

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

BELİRSİZ ALACAK DAVASI

DOKTORA TEZİ

Cemil SİMİL

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ

Kasım 2012

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ.....	vii
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM.....	3
BELİRSİZ ALACAK DAVASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER.....	3
§ 1. MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TALEP SONUCUNU KESİN OLARAK BELİRLEME ZORUNLULUĞU	3
A. Genel Olarak	3
B. Talep Sonucunu Kesin Olarak Belirleme Zorunluluğunun Hukuki Dayanağı	6
C. Talep Sonucunu Kesin Olarak Belirleme Zorunluluğunun Nedenleri	6
I. Dava Türünün Tespiti	6
II. Tasarruf İlkesi	7
III. Hukuki Dinlenilme Hakkı	8
IV. Derdestlik	9
V. Zamanaşımı Kesilmesi.....	10
VI. Hükümün Tesisi ve İcrası.....	10
VII. Yargılama Giderleri	11
VIII. Kanun Yoluna Başvuru.....	13
IX. Maddi Anlamda Kesin Hüküm	13
D. Talep Sonucunun Kesin Olarak Belirlenmemesinin Sonucu	14
E. Talep Sonucunu Kesin Olarak Belirleme Zorunluluğunun İstisnası	15
I. Genel Olarak	15
II. Belirsiz Alacak Davası	18
§ 2. TERİM SORUNU, BELİRSİZ ALACAK DAVASININ KAPSAMI VE AMACI.....	21
A. Terim Sorunu	21
B. Belirsiz Alacak Davasının Kapsamı	24
C. Belirsiz Alacak Davasının Amacı	28
§ 3. İSVİÇRE, ALMAN VE TÜRK HUKUKUNDA GENEL OLARAK BELİRSİZ ALACAK DAVASI	36
A. İsviçre Hukukunda Belirsiz Alacak Davası.....	36
I. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan Önceki Durum.....	36
II. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Düzenleme	40
B. Alman Hukukunda Belirsiz Alacak Davası	42
C. Türk Hukukunda Belirsiz Alacak Davası	45
I. Genel Olarak	45
II. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Kabulünden Önceki Dönem	46
1. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Kabulünden Önceki Durum	46
2. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki Durum	49
a. Genel Olarak.....	49
b. Belirsiz Alacakların Talep Edilme Yöntemine İlişkin Görüşler ve Tam Eda Davasına Alternatif Çözüm Önerileri	51
c. Görüşlerin Değerlendirilmesi	58
III. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası	62
§ 4. BELİRSİZ ALACAK DAVASINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER.....	64
A. Genel Olarak	64

B. Belirsiz Alacak Davasının Kabulüne İlişkin Görüşler	64
C. Belirsiz Alacak Davasının Reddine İlişkin Görüşler.....	68
Ç. Görüşümüz	73
§ 5. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	81
A. Genel Olarak	81
B. Hukuki Niteliği.....	81
§ 6. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ KISMİ DAVA İLE	
KARŞILAŞTIRILMASI	85
A. Genel Olarak	85
B. Talep Sonucu Bakımından.....	90
C. Uygulama Alanı Bakımından	92
D. Sonuçları Bakımından	95
§ 7. BELİRSİZ ALACAK DAVASI YERİNE AÇILABİLECEK DAVALAR	99
A. Tam Eda Davası	99
B. Kısmi Dava.....	99
C. Tespit Davası	101
I. Genel Olarak.....	101
II. Belirsiz Alacaklarda Alacak Miktarının Tespitine İlişkin Dava Açılması (Belirsiz Tespit Davası).....	102
III. Tespit Davasının Açılması.....	109
IV. Kısmi Dava ile Birlikte Belirsiz Tespit Davasının Açılması	110
§ 8. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ TEMEL HAKLARLA VE MEDENÎ	
USÛL HUKUKUNA HÂKİM OLAN BAZI İLKELERLE İLİŞKİSİ.....	112
A. Temel Haklarla Olan İlişkisi	112
B. Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan Bazı İlkelerle İlişkisi	114
I. Tasarruf İlkesi Bakımından.....	114
II. Hukuki Dinlenilme Hakkı Bakımından.....	117
III. Somutlaştırma Yükü Bakımından	120
IV. Usul Ekonomisi İlkesi Bakımından.....	122
V. Hâkimin Aydınlatma Ödevi Bakımından.....	124
VI. Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunma Yükü Bakımından	127
II. BÖLÜM	129
BELİRSİZ ALACAK DAVASININ TÜRLERİ VE ŞARTLARI.....	129
§ 9. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ TÜRLERİ.....	129
A. Genel Olarak	129
B. Alacak Miktarının Hâkimin Takdirine Göre Belirlenebildiği Hallerde Belirsiz Alacak Davası	130
I. Genel Olarak Hâkimin Takdir Yetkisi.....	130
II. Belirsiz Alacak Davasında Hâkimin Takdir Yetkisinin Uygulama Alanı	135
C. Alacak Miktarının Yargılama Sırasında Belirlenebildiği Durumlarda Belirsiz Alacak Davası	150
I. Alacak Miktarının Karşı Tarafın Verdiği Bilgi Sonucunda Belirlenebildiği Hallerde Belirsiz Alacak Davası	150
1. Genel Olarak	150
2. Bilgi Talebinde Bulunmanın Şartları.....	158
3. Mahkemenin Vereceği Karar ve Bu Kararın Sonuçları.....	159
a. Mahkemenin Hukuki Yarar Yokluğu Nedeniyle Davayı Reddetmesi	159
b. Mahkemenin Davayı Dinlenilebilir Kabul Etmesi.....	160
c. İbraz Talebi Karşısında Davalının Tutumu ve Sonuçları	160

aa. Genel Olarak.....	160
bb. Davalının Elindeki Belgeyi Mahkemeye İbrazı.....	161
cc. Davalının Belgenin Elinde Olduğunu İkrar Etmesine Karşılık Mahkemeye İbraz Etmemesi.....	163
dd. Davalının Belgenin Elinde Olduğunu İnkâr Etmesi	170
4. Bilgi Paylaşımından Kaçınma İmkânı	171
5. Alacağın Miktarının Üçüncü Kişilerin Verdiği Bilgi Sonucunda Belirlenebildiği Hallerde Belirsiz Alacak Davası	172
II. Alacak Miktarının Delillerin İncelenmesinden Sonra Belirlenebildiği Hallerde Belirsiz Alacak Davası	174
§ 10. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ ŞARTLARI.....	178
A. Genel Olarak	178
B. Alacak Miktarının veya Değerinin Belirlenememesi	180
I. Alacak Miktarının veya Değerinin Kesin Olarak Belirlenmesinin İmkânsız Olması	185
1. Genel Olarak	185
2. Objektif İmkânsızlık.....	187
3. Sübjektif İmkânsızlık	189
4. Hukuki İmkânsızlık.....	189
5. Geçici imkânsızlık.....	190
II. Alacak Miktarının veya Değerinin Kesin Olarak Belirlenmesinin Davacıdan Beklenememesi	191
1. Genel Olarak Beklenebilir Olmama.....	191
2. Bilirkişi İncelemesinin Gerektiği Durumlarda Belirsiz Alacak Davasının Açılması	195
III. Belirlenebilen Alacaklar İçin Belirsiz Alacak Davası Açılmasının Sonuçları	200
C. Alacaklının Hukuki İlişkiyi Somut Olarak Ortaya Koyması.....	204
I. Genel Olarak	204
II. Hukuki İlişkinin Kapsamı	207
III. Hukuki İlişkinin Eksik Ortaya Konulmasının Sonuçları	211
IV. Hukuki İlişkinin Hiç Ortaya Konulmamasının Sonuçları	213
D. Alacaklının Geçici Değer Gösterme Zorunluluğu.....	214
I. Genel Olarak	214
II. Alman ve İsviçre Hukukundaki Durum.....	216
1. Alman Hukukundaki Durum	216
a. Genel Olarak.....	216
b. İleri Sürülen Teoriler	217
aa. Asgari Miktarın Gösterilmesini Yeterli Sayan Teori (Sınırsızlık Teorisi)	217
bb. Üst Sınırın Gösterilmesini Zorunlu Sayan Teori (Bağlılık Teorisi)	220
cc. Belirli Bir Miktarın Gösterilesine Bağlı Olarak Belirli Bir Oranda Hareket Serbestisi Tanıyan Teori (Serbesti Alanı Teorisi)	221
2. İsviçre Hukukundaki Durum.....	224
III. Türk Hukukundaki Durum.....	225
1. Geçici Miktarın veya Değerin Belirlenmesi	225
2. Geçici Miktarın veya Değerin Eksik Gösterilmesinin Sonuçları.....	227
3. Geçici Miktarın veya Değerin Hiç Gösterilmemesinin Sonuçları	229
4. Geçici Miktarın veya Değere Bağlanan Sonuçlar	230

III. BÖLÜM.....	233
BELİRSİZ ALACAK DAVASININ HÜKÜMLERİ VE TÜRK	
HUKUKUNDAKİ BAŞLICA UYGULAMALARI.....	233
§ 11. USUL HUKUKU BAKIMINDAN HÜKÜMLERİ.....	233
A. Görevli ve Yetkili Mahkeme	233
I. Görevli Mahkeme	233
II. Yetkili Mahkeme	236
B. Talep Sonucunun Rakamsal Olarak Belirlenmesi (Geçici Miktarın veya Değerin Artırılması)	237
I. Genel Olarak	237
II. Davacının Talep Sonucunu Rakamsal Olarak Belirlemesi.....	238
1. Davacının Talep Sonucunu Rakamsal Olarak Belirleme İmkânı.....	238
2. Davacının Talep Sonucunu Rakamsal Olarak Belirleme Zamanı (Geçici Miktarın veya Değerin Artırılması Zamanı)	242
a. Genel Olarak.....	242
b. Hâkimin Süre Vermesi	246
3. Davacının Artırdığı Kısım İçin Harç Ödeme Zorunluluğu	252
4. Davalıya Rakamsal Olarak Belirlenen Talep Sonucunun Bildirilmesi ve Savunma İmkânının Tanınması.....	253
5. Hâkimin Rakamsal Olarak Kesinleşen Talep Sonucuna Göre Karar Verme Zorunluluğu	255
III. Davacının Talep Sonucunu Rakamsal Olarak Belirlememesi (Geçici Miktarı veya Değeri Artırmaması).....	255
1. Genel Olarak	255
2. Talep Sonucunun Geçici Miktara veya Değere Göre Rakamsal Olarak Kesinleşmesi	256
3. Geçici Miktarın veya Değerin Değerin Kesinleşmesinden Sonra Davacının Talep Sonucunu Artırması	256
a. Davalının Açık Rızası.....	256
b. İslah	257
4. Artırılmayan Kısımın Akîbeti.....	258
C. Derdestlik	261
Ç. İspat	265
D. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri.....	266
I. Kabul.....	266
II. Sulh.....	273
III. Feragat.....	275
E. İhtiyati Tedbir	278
F. İhtiyati Haciz	281
G. Yargılama Giderleri	285
I. Yargılama Giderlerinin Kapsamı	285
1. Harçlar.....	285
2. Gider Avansı.....	287
3. Vekalet Ücreti.....	288
4. Diğer Yargılama Giderleri	289
II. Yargılama Giderlerinden Sorumluluk.....	289
Ğ. Kanun Yoluna Başvuru.....	294
H. Kesin Hüküm	296
§ 12. MADDİ HUKUK BAKIMINDAN HÜKÜMLERİ	301
A. İyi Niyetin Ortadan Kalkması	301

B. Faiz	301
C. Zamanaşımının Kesilmesi	303
§ 13. TÜRK HUKUKUNDAKİ BAŞLICA UYGULAMALARI	312
A. Genel Olarak	312
B. Aile Hukukunda Mal Rejimi Nedeniyle Açılacak Davalar	312
C. Borçlar Hukukunda	317
I. Maddi Tazminat Davaları	317
II. Manevi Tazminat Davaları	325
III. Sebepsiz Zenginleşmede İade Davaları	331
IV. Hizmet Sözleşmelerinde İşçinin İşin Sonucundan Pay Alma Taleplerine İlişkin Davalar	333
V. Hizmet Sözleşmelerinde İşçinin Aracılık Ücreti Taleplerine İlişkin Davalar	334
Ç. Eşya Hukukunda.....	336
I. Denkleştirme Durumlarında Belirsiz Alacak Davası.....	336
II. Kaynaklara Zarar Verilmesi Durumunda Tazminat Talepleri.....	336
D. Miras Hukukunda Tenkis Davaları	338
E. Ticaret Hukukunda	341
I. Haksız Rekabette	341
II. Acentenin Ücretinin Belirlenmesi	344
III. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda	346
IV. Markalar Hukukunda.....	350
V. Patent Hukukunda.....	356
VI. Endüstriyel Tasarımlar Hukukunda	357
VII. Entegre Devre Topografyaların Korunması Hukukunda.....	358
F. İş Hukukunda	358
G. İdare Hukukunda	368
SONUÇ.....	375
BİBLİYOGRAFYA.....	384

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	Ankara Barosu Dergisi
ABK	Alman Borçlar Kanunu
AHMK	Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYİM	Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
b.	bent
BK	Borçlar Kanunu
Bknz.	Bakınız
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
c.	cümle
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİDDGK	Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
dn.	dipnot
E.	Esas
EDTK	Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun
EndTasKHK	Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun

HarçK	Harçlar Kanunu
HAD	Hukuk Araştırmaları Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMKY	Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği
Hrsg	Herausgeber
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İç. Bir. Kar	İçtihadı Birleştirme Kararı
İHFM	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İHMK	İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İKİD	İlmi ve Kazai İctihatlar Dergisi
İHSGHD	Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İKÜHFD	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	Karar
Kap.	Kapitel
Karş.	Karşılaştırınız
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
Kn.	Kenar notu
m.*	madde

* Sadece (m.) kısaltması ile gösterilen maddeler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aittir.

MarkKHK	Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MİHDER	Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi (Legal)
MK	Medeni Kanun
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
No	Numara
OLG	Oberlandesgericht
PatKHK	Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
Rn.	Randnummer
RG	Resmi Gazete
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	sayfa
S.	Sayı
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	Tarih
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TK	Ticaret Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
VersR	Versicherungsrecht
vd.	ve devamı

Y.	Yıl
YD	Yargıtay Dergisi
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
YTÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZPO	Zivilprozessordnung

GİRİŞ

1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dava çeşitleri ayrı bir bölüm halinde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu kanunun bazı maddelerinde dava çeşitlerine ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktaydı. Bazı dava çeşitleri ise, söz konusu kanunda açıkça düzenlenmemesine rağmen, doktrinde incelemelere ve yargı kararlarına konu olmuştu. Buna karşılık, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dava çeşitleri, ayrı bir bölüm altında düzenlenmiştir. Kanun koyucunun, yeni usul kanununda dava türlerini düzenlerken, 1086 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, doktrindeki görüşleri ve yargı kararlarındaki değerlendirmeleri de göz önüne aldığı görülmektedir. Bununla beraber yeni usul kanununda, doktrinde ve yargı kararlarında pek tartışma konusu yapılmamış olan, yeni bir dava türü olarak, belirsiz alacak davası düzenlenmiştir. Yeni bir dava türü olması sebebiyle belirsiz alacak davası, kapsamından uygulama alanına bir çok konuda tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Özel hukukta yargılama sisteminin, davacının talebini belirleyerek dava açmasına göre düzenlendiği görülmektedir. Davacının dava açarken talebini belirlemesine bir takım sonuçlar bağlanmıştır. Bu sonuçlar davanın açıldığı andan, hükmün kesinleşmesine kadar yargılamanın yürütülmesinde belirleyici olmaktadır. Örneğin, davacı dava açarken dava konusu yaptığı alacağın miktarı üzerinden harç yatırmakta, davalı kendisinden tam olarak neyin talep edildiğini dava dilekçesinde görebildiği için kendini ona göre savunabilmekte veya davayı kabul edebilmekte, hâkim de davacının dava dilekçesinde gösterdiği talebe bağlı olarak hüküm kurabilmektedir.

Bununla beraber, bazı durumlarda, alacaklı dava açtığı anda, talebinin miktarını belirleyemeyebilir. Alacaklının talebinin miktarını belirleyememesi, imkânsızlık sebebiyle söz konusu olabilir. Bunun yanında, alacaklının talebini belirlemesi, önemli ölçüde külfet altına girmesiyle mümkün ise, alacaklıdan dava açmadan önce buna katlanması beklenemez. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, bu durumlarda dahi alacaklı, dava açmak isteyebilir. Belirsiz alacak davası, söz konusu durumlarda alacaklıya istisnai olarak, talebinin miktarını tam ve kesin olarak belirlemeksizin dava açabilmesine ve talebinin miktarını yargılama sırasında belirleyebilmesine imkân tanımıştır. Belirsiz alacak davası, istisnai olarak açılabilen bir dava olmasına

rağmen, uygulamada, her türlü alacağın belirsiz alacak davası yoluyla talep edilmesi eğilimi görülmektedir. Bu nedenle, belirsiz alacak davasının amacı, türleri, şartları ve sonuçlarının belirlenmesi oldukça önemlidir. Biz de belirsiz alacak davasını bu çerçevede incelemeye çalışacağız. Belirsiz alacak davasının, düzenlenme amacına göre uygulanmasına yardımcı olabilmek, çalışmamızın konusunu ve amacını oluşturmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, belirsiz alacak davası hakkında genel bilgiler verildikten sonra, bu davanın amacı, kapsamı ve hukuki niteliği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Belirsiz alacaklar bakımından, söz konusu davanın açılması, diğer davaların açılmasına oranla daha etkin koruma sağladığı için, bu bölümde diğer bazı dava türleriyle beraber değerlendirmelerde bulunmaya çalışacağız. Ayrıca temel haklar ve yargılamaya hâkim olan ilkeler, belirsiz alacak davası ile bağlantılı olarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Belirsiz alacak davasının, düzenlenme amacına uygun olarak sonuç doğurabilmesi için, bu davanın şartlarına bağlı kalmak gerekir. Aksi takdirde, her talebin, belirsiz alacak davası yoluyla ileri sürülmesi gündeme gelecektir ki, bu davanın düzenlenme amacı ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle ikinci bölümde, belirsiz alacak davasının türleri üzerinde durulup, şartlarını belirlemeye çalışacağız. Söz konusu şartlara uymamanın sonuçlarını açıklamaya çalışacağız.

Belirsiz alacak davasının açılmasıyla ortaya çıkan sonuçlar, sadece usul hukuku bakımından değil, maddi hukuk bakımından da bir takım özellikler barındırmaktadır. Çalışmamızın son bölümünde, belirsiz alacak davasının açılmasıyla doğan sonuçlara ilişkin tartışmaları ve tereddütleri değerlendirmeye, ana hatlarıyla çözüm önerileri sunmaya çalışacağız. Türk hukukunda başlıca uygulama alanlarına da bu bölümde yer vererek, belirsiz alacak davasının istisnai olarak açılacak bir dava olmasına rağmen, geniş bir alanda uygulamasının söz konusu olabileceğini ortaya koymaya çalışacağız.

I. BÖLÜM

BELİRSİZ ALACAK DAVASI HAKKINDA

GENEL BİLGİLER

§ 1. MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TALEP SONUCUNU KESİN OLARAK BELİRLEME ZORUNLULUĞU

A. Genel Olarak

Medeni usûl hukukunda “*davanın ana ögesi*”¹, “*davanın çekirdeği*”², “*alacaklının talebinin özü*”³ talep sonucudur. Talep sonucu, “*mahkemeden istenilen şey olup, davanın mevzuunu teşkil eder*”⁴. Başka bir ifadeyle talep sonucu, mahkemenin davayı kabul etmesi halinde, hükmedilmesi istenen şey; davalının neye mahkûm edilmesi istemi olarak anlaşılmaktadır⁵.

Dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin (d) bendinde davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değerinin; (ğ) bendinde ise açık bir şekilde talep sonucunun dava dilekçesinde yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Talep sonucunun açık olmasından kasıt, davacının mahkemeden ne tür bir hukuki koruma istediğinin hiç bir tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olmasıdır⁶. Bununla beraber talep sonucunun

¹ LEUENBERGER, Christoph/UFFER-TOBLER, Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rn. 6.1, s. 145.

² VOGEL, Oscar, Die Stufenklage und die dienende Funktion des Zivilprozessrechts, recht 1992, s. 58.

³ LIEBSTER, Pascal Leumann, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Basel/Genf/München 2005, s. 42.

⁴ POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 232; BERKİN, Necmeddin M., Tatbikatçılara Medeni Usûl Hukuku Rehberi, İstanbul (Tarihsiz), s. 381.

⁵ BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 440; ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 146; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 338; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Ankara 2011, s. 298; KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 426; BERKİN, Necmettin M., Medeni Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 94; ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 466.

⁶ BLECHSCHMID, Hans Georg, Der unbezifferte Klageantrag bei Schadenersatz- und

açık olması bu hukuki korumaya uygun olarak talebin kapsamının da belirli olmasını zorunlu kılar⁷. Yani davacı, mahkemeden “*adil bir tazminatın davalıya yükletilmesi*”⁸ veya “*hakkım olan miktarda buğdayın hüküm altına alınması*” gibi belirsiz taleplerde bulunamaz. Bu nedenle, davacı tarafından özellikle para alacaklarında talep edilen paranın miktarı⁹ veya bir şeyin teslimine ilişkin davalarda teslimi istenen şeyin ayırıcı özellikleri, miktarı ve değeri dava dilekçesinde gösterilmelidir¹⁰.

Schmerzensgeldansprüchen, Frankfurt/M. 1964, s. 49; SCHILKEN, Eberhard, Zivilprozessrecht, 6. Aufl., München 2010, Rn. 209, s. 102; TANRIVER, Süha, Medeni Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Bası, Ankara 2007, s. 82; YILMAZ, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 6100 sayılı HMK'na göre değiştirilmiş 3. Bası, Ankara 2012, s. 193.

⁷ BERG, Hans, Das Erfordernis der Bestimmtheit des Klageantrages bei der unbezifferten Leistungsklage, Juristische Rundschau 1967, s. 83; BLECHSCHMID, s. 49; ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010, § 95, Rn. 26, s. 521; SCHILKEN, Rn. 209, s. 102; ZEISS, Walter/SCHREIBER, Klaus, Zivilprozessrecht, 11. Aufl., Tübingen 2009, Rn. 331, s. 131; ADOLPHSEN, Jens, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Rn. 11, s. 98; GREGER, Reinhard, ZÖLLER Zivilprozessordnung, 29. Aufl., Köln 2012, § 253, Rn. 13, s. 836; LOOSLI, Peter, Die unbezifferte Forderungsklage, unter besonderere Berücksichtigung des Kantons Zürich, Zürich 1978, s. 95. ÜSTÜNDAĞ, eda davalarında netice talebin dava dilekçesinde istenilmiş olan edanın çevre ve çeşidine göre bir belirsizlik, gayrimuayenlik mevcut olmayacak şekilde beyan edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 147).

⁸ UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 356; GULDENER, Max, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, Zürich 1976, s. 193.

⁹ BLECHSCHMID, s. 1, 49; WURM, Micheal, Der unbezifferte Zahlungsantrag, Juristische Arbeitsblätter, 1989, s. 66; BERG, s. 83; MENGES, Volker, Die Zulässigkeit des unbezifferten Klageantrags, Hamburg 2004, s. 1; UBERT, Guido Der unbezifferte Klageantrag bei Schadenersatz- und Schmerzensgeldansprüchen, München 1970, s. 1; KERN, Joachim, Die Zulässigkeit des unbezifferten Klageantrags, Frankfurt a. M., Nürnberg 1970, s. 1; POHLMANN, Petra, Zivilprozessrecht, München 2009, Rn. 25, s. 57; SCHÖNKE, Adolf/KUCHINKE, Kurt, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Karlsruhe 1969, § 41 II, s. 192; SCHILKEN, Rn. 210, s. 103; SPÜHLER, Karl/DOLGE, Annette/GEHRI, Myriam, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrecht, Neunte Aufl. des von Oscar Vogel begründeten Werkes, Bern 2010, Rn. 58, s. 131; BERGERFURTH, Bruno, Der Zivilprozeß (Klage-Urteil-Rechtsmittel), 6. Aufl., Freiburg 1991, Rn. 105, s. 66; FOERSTE, Ulrich, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Hrsg (MUSIELAK, Hans-Joachim), 8. Aufl., München, 2011, § 253, Rn. 30, s. 849; GREGER, in Zöller, § 253, Rn. 13a, s. 836; ROTH, Herbert, Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Tübingen 2008, § 253, Rn. 37, s. 124; BECKER-EBERHARD, Ekkehard, Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, 3. Aufl., München 2008, § 253, Rn. 95, s. 1367; SCHELLHAMMER, Kurt, Zivilprozess (Gesetz-Praxis-Fälle), 13. Aufl., Heidelberg 2010, Rn. 37, s. 28; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 27, s. 521; ZIMMERMANN, Walter, Zivilprozessordnung, 9. Aufl., Münster 2011, § 253, Rn. 10, s. 485; GULDENER, s. 193; PEKCANITEZ, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011, s. 13; KURU, Usûl El Kitabı, s. 339; ÜSTÜNDAĞ, Yasak, s. 147-148; ÜSTÜNDAĞ, s. 466; ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medeni Usûl Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 229.

¹⁰ ZEISS/SCHREIBER, Rn. 331, s. 131; JAUERNIG, Othmar/HESS, Burkhard, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., München 2011, § 39, Rn. 4, s. 163; LENT, Friedrich, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., München/Berlin 1959, s. 110; BLOMEYER, Arwed, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., Berlin 1985, § 43 II, s. 252; FÖRSCHLER, Peter/STEINLE, Hermann, Der Zivilprozess, 7. Aufl., Stuttgart 2010, Rn. 344, s. 98; FOERSTE, in Musielak Komm ZPO, § 253, Rn. 32, s. 849; SCHELLHAMMER, Rn. 42, s. 29; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 31, s. 118; ASSMANN, Dorothea, in: Wieczorek/Schütze, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze Großkommentar, 3. Aufl., Berlin 2007, § 253, Rn. 86, s. 99; ASSMANN, Dorothea, Das Verfahren der Stufenklage, Köln/Berlin/Bonn/München 1990, s. 8; SAENGER, Ingo, ZPO Handkommentar, 4. Aufl., Baden-

Davacının talebini davanın konusuyla beraber açıkça belirtmiş olması durumunda da talep sonucunun belirli olması zorunluluğu gerçekleşmiştir¹¹.

Davacının, dava dilekçesinde belirlediği talep sonucu kural olarak kesindir. Talep sonucunun kesin olması iki hususu ifade etmektedir. Öncelikle talep sonucunun kesin olması, kural olarak davacının dava dilekçesinde gösterdiği talep sonucu ile bağlı olmasını ifade eder. Davacı, talep sonucunu yargılama sırasında kanunda kabul edilen istisnalar dışında genişletemeyeceği gibi değiştiremeyecektir (m. 141; m. 319). İkinci olarak, hâkim de davacının talep sonucunu değiştiremez¹². Başka bir deyişle hâkim, kural olarak davacının dava dilekçesinde gösterdiği talep sonucuna bağlı olarak karar vermek zorundadır. Hâkim, ne talep sonucundan fazlasına ne de talep sonucundan başka bir şeye kural olarak karar verebilir (m. 26). Çünkü davacının dava açarken belirlediği talep sonucu, hâkim için de kesin olup, hâkimin hükmünün sınırını göstermektedir¹³.

Alacaklının, dava açarken dava dilekçesinde talebini belirleme zorunluluğu, somutlaştırma yükü kapsamında değerlendirilmelidir¹⁴. Talep sonucunun somutlaştırılması, para alacaklarında parasal değer bildirilmesi, para alacakları dışındaki alacaklar bakımından ise örneğin taşınırın malın teslimine ilişkin davalarda taşınır malın cinsi, niteliği, miktarı ve değerinin talep sonucunda yer alması şeklinde mümkündür.

Baden 2011, § 253, Rn. 18, s. 608.

¹¹ KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, 6. Bası, C. 2, İstanbul 2001, s. 1607. Türk hukukunda, dava konusu belireyen şeyin, yalnızca talep sonucu olduğu görüşü hâkimdir. Dava konusunu belirleyen teoriler, çalışmamızın kapsamını aştığı için yer verilmemiştir. Teoriler için bkz.: SCHILKEN, Rn. 224-232, s. 110-115; JAUERNIG/HESS, § 37, s. 150-158; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 92, Rn. 8-22, s. 506-508; LÜKE, Wolfgang, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., München 2011, Rn. 162-164, s. 156-160; POHLMANN, Rn. 11-23, s. 114-120; RECHBERGER, Walter H./SIMOTTA, Daphne-Ariane, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Wien 2010, Rn. 384-390, s. 212-216; SCHWAB, Karl Heinz, (Çev.: ALANGOYA, Yavuz), İhtilaf Konusu (Müddeabih) Hakkındaki Doktrinin Durumu, İÜHF 1968/3-4, S. 288-303; YILMAZ, İslah, s. 185 vd.; TANRIVER, s. 71 vd.; YILDIRIM, M. Kamil, Medeni Usûl Hukukunda Dava Konusu Teorileri, HAD 1991/1-3, s. 23-50; MUŞUL, Timuçin, Medeni Usûl Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 95 vd.; HANAĞASI, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 118 vd.; AKYOL ASLAN, Leyla, Medeni Usûl Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010, s. 198 vd.; ÖZKAYA FERENDECİ, Hamide Özden, Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 142 vd.; BÖRÜ, Levent, Dava Konusunun Devri, Ankara 2012, s. 213 vd.

¹² ÜSTÜNDAĞ, Yasak, s. 71.

¹³ RECHBERGER/SIMOTTA, Rn. 383, s. 211; MENGES, s. 82; MUSIELAK, Hans-Joachim, Grundkurs ZPO, 10. Aufl., München 2010, Rn. 68, s. 102; MERİÇ, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 98-99.

¹⁴ LOOSLI, s. 83.

Talep sonucunun kesin olarak belirli olmasının birçok nedenleri vardır. Bu zorunluluğun davacı ve davalı bakımından doğurduğu bazı olumlu ve olumsuz sonuçları vardır. Bununla beraber bazı durumlarda, bu zorunluluğa mutlak olarak bağlı kalınmasının mümkün görülmemektedir. Bu sebeple, istisnai olarak davacının talep sonucunu kesin olarak belirleyemese dahi, dava açabileceği kabul edilmiştir (m. 107; İHMK m. 85).

B. Talep Sonucunu Kesin Olarak Belirleme Zorunluluğunun Hukuki Dayanağı

Talep sonucunun belirli olması zorunluluğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava dilekçesinin içeriğine ilişkin 119. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, davacı dava dilekçesinde, talep sonucunu açık bir şekilde göstermek zorundadır. Talep sonucunun açık bir şekilde dava dilekçesinde yer alması dava dilekçesinin zorunlu unsurudur (m. 119/2). Dava dilekçesi kendisine tebliğ edilen davalı da davaya cevap verdiği takdirde, cevap dilekçesinde açık bir şekilde talep sonucunu bildirmek zorundadır (m. 129/1, b. g). Talep sonucunu kesin olarak belirleme zorunluluğu, dava dilekçesinin içeriğine ilişkin Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendinde; İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ise 221. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde kabul edilmiştir.

C. Talep Sonucunu Kesin Olarak Belirleme Zorunluluğunun Nedenleri

I. Dava Türünün Tespiti

Dava türünün tespiti çok önemlidir. Çünkü, görevli mahkeme, yargılama usulü, hükme karşı kanun koyuna başvuru, hükmün icra edilebilirliği, hükmün icrası için kesinleşmesinin gerekip gerekmediği gibi bir çok sonuç, dava türüne bağlıdır. Bir davanın hangi dava türüne girdiği ise, dava dilekçesinde yer alan talep sonucundan anlaşılmaktadır¹⁵. Çünkü davacı dava dilekçesinde, tüm vakıaları sıra numarasına

¹⁵ ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 26, s. 113; SCHILKEN, Rn. 209, s. 102; REICHHOLD, Klaus, Thomas/Putzo Zivilprozessordnung Kommentar, 32. Aufl., München 2011, § 253, Rn. 11, s. 428; ZEISS/SCHREIBER, Rn. 331, s. 131; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 4, s. 163; CRAUSHAAR, von Götz, Zivilprozeß und Zwangsvollstreckung, Stuttgart 1979, § 12, Rn. 54; BLOMEYER, § 43 II, s. 252; ADOLPHSEN, Rn. 11, s. 98; SCHELLHAMMER, Rn. 35, s. 26; ASSMANN, in

göre anlattıktan sonra, mahkemeden ne tür bir hukuki koruma istediğini talep sonucunda bildirir. Örneğin, ödünç verilen 10.000 liranın iadesi veya hukuki ilişkinin tespiti yahut boşanma talebi gibi. Bu nedenle talep sonucundan davacının, eda davası mı, tespit davası mı yoksa inşâî dava mı açtığı çıkartılır¹⁶. Bunun gibi davacının, alacağın tümünü mü yoksa belirli kesimini mi¹⁷ talep ettiği veya terditli bir talepte mi bulunduğu yahut birden fazla talebini aynı davada mı talep ettiği, talep sonucundan anlaşılmaktadır.

II. Tasarruf İlkesi

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda, talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğu, tasarruf ilkesinin bir gereğidir¹⁸. Aksi takdirde, hâkimin talepten fazlaya veya talepten başka bir şeye hükmetme rizikosu ortaya çıkabilir. Özel hukukta, tarafların kendi hakları üzerinde tasarruf yetkisi vardır. Tasarruf yetkisi, uyuşmazlığın yargı organına intikalinden önce, uyuşmazlığın yargı önüne getirilmesinde ve yargı organına intikalinden sonra dahi mevcudiyetini korumaktadır. Tasarruf ilkesi gereğince, alacaklı alacağını dava edip etmeme, dava açma zamanını, talebinin kapsamını belirleme; davalı da kendisinden talep edileni kısmen veya tamamen kabul edip etmeme hakkına sahiptir¹⁹. Başka bir deyişle, taraflar, tasarruf ilkesi gereğince talep sonucu hakkında söz söyleme, onu belirleme hakkına sahiptirler²⁰. Tasarruf ilkesi gereğince, davacı dava konusunu

Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 76, s. 95; PEKCANITEZ, s. 16; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 298.
¹⁶KARSLI, s. 426-427; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usûl Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s. 430; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 229; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 298.

¹⁷SCHÖNKE/KUCHINKE, § 41 II, s. 191.

¹⁸BULL, Der unbezifferte Klageantrag, Juristische Rundschau 1958, s. 95; MUSIELAK, Rn. 64, s. 37; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 4, s. 163; POHLMANN, Rn. 7, s. 16; FOERSTE, in Musielak Komm ZPO, § 253, Rn. 29, s. 848; KLETT, Barbara, Schadenersatzrente: Die Rahmenbedingungen aus dem Verfahrensrecht und aus dem Anwaltsrecht, HAVE Haftpflichtprozess 2011, s. 74; VOGEL, s. 58 FÜLLEMANN, Daniel, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St.Gallen 2011, Art. 84, Rn. 4; s. 826; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 59, s. 131; GULDENER, s. 193; PEKCANITEZ, s. 15; KURU, Usûl El Kitabı, s. 340; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299; KILIÇOĞLU, Mustafa, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s. 581; ÜÇER, Mehmet, Roma Hukuku ve Hukukumuzda Belirsiz Alacak Davası, İKÜHFD, Y. 11, C. 11, S. 2, Temmuz 2012, s. 19. Tasarruf ilkesi bakımından belirsiz alacak davası için bknz.: § 8, B, I.

¹⁹POHLMANN, Rn. 6-11, s. 16-17.

²⁰SCHILKEN, Rn. 339, s. 159; GRUNSKY, Wolfgang, Zivilprozessrecht, 13. Aufl., Köln-München 2008, Rn. 36, s. 25; MUSIELAK, Rn. 68, s. 102; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 182-183; KARSLI, s. 255; KARAFAKİH, İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları, Ankara 1952, s. 74.

belirler. Bu bağlamda dava açmak isteyen alacaklı, talep sonucunda uyuşmazlığın miktarını ve değerini belirler. Davalı da davacının talep sonucuna göre kabul beyanında bulunarak uyuşmazlığı sonlandırabilmektedir. Bu ise talep sonucunun kesin olarak belirli olması durumunda mümkündür. Aynı şekilde, sulh bakımından da talep edilen şeyin miktar ve değeri kesin olarak belirlenmediği durumlarda, tarafların lehlerine veya aleyhlerine olan rizikoyu ölçmeleri zorlaşacağı için²¹ sulh girişimlerinin başarıya ulaşabilmesi de talep sonucunun belirli olmasına bağlıdır.

Tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak, hâkim tarafların talebiyle bağlıdır (m. 26). Hâkim, davacının talep ettiği şeyden başka bir şeye hükmedemeyeceği²² gibi davacının talep ettiği şeyden fazlasına da hükmedemez²³. Bu ilke gereği hâkim, kendi isteğine göre karar verememekte; aksine tarafların talebine göre karar vermektedir. Bu nedenle, dava dilekçesinde talep sonucunun hüküm fıkrası formunda, hâkimin hüküm verirken herhangi bir tereddüt yaşamasına mahal vermeyecek şekilde, belirli olması gerekir²⁴.

III. Hukuki Dinlenilme Hakkı

Medeni usûl hukukuna hâkim olan ilkelerden bir diğeri de hukuki dinlenilme hakkıdır (m. 27). Hukuki dinlenilme hakkı gereğince, davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri yargılama ile ilgili bilgi sahibi olma hakkına sahiptir²⁵. Bu açıdan, talep sonucunun kesin olarak belirli olma zorunluluğu kuralı davalı bakımından, hukuki dinlenilme hakkının yerine getirilmesi bakımından önem taşımaktadır²⁶. Davalı, davada kendisinden tam olarak neyin talep edildiğini bilmeli

²¹ LIEBSTER, s. 43.

²² SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 59, s. 131; SCHILKEN, Rn. 209, s. 102; RECHBERGER/SIMOTTA, Rn. 828, s. 476; ONAR, Sıddık Sami/BELGESAY, Mustafa Reşit, Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s. 95.

²³ JAUERNIG/HESS, § 25, Rn. 8, s. 94; ZEISS/SCHREIBER, Rn. 171, s. 63; MUSIELAK, Rn. 64, s. 37; BERKİ, Şakir, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Ankara 1959, s. 22. Taleple bağlılık kuralının istisnaları olarak: Yargılama giderlerine ilişkin: m. 326/1-2, m. 332/2; Disiplin cezalarına ilişkin: m. 42/4, m. 49, m. 182, m. 218/2 m. 245, m. 253, m. 269/2, m. 291/3, m.329/2; TMK 170/2'deki boşanma talep edilmesine rağmen, ayrılığa karar verilebilmesi; TBK m. 227/4'tek alıcının seçim hakkında olduğu gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: MERİÇ, s. 121 vd.

²⁴ PAULUS, Christoph G., Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Berlin 2010, Rn. 184, s. 65; FÖRSCHLER/STEINLE, Rn. 344, s. 98; KURU, Usûl, C. 2, s. 1607; YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 733.

²⁵ Bknz.: § 8, B, II.

²⁶ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 91;

ki, ona göre davada gerekli tavrı alabilmeli²⁷ ve dava ile ilgili tüm rizikoları göz önüne alarak kendini hiçbir sınırlama veya engel ile karşılaşmaksızın eksiksiz şekilde savunabilme imkânına sahip olabilmelidir²⁸. Hukuki dinlenilme hakkı, talep sonucunun kesin olarak belirleme zorunluluğu kapsamında, davalının, davacının kendisinden tam olarak neyi talep ettiğini bilme hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹.

IV. Derdestlik

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, olumsuz dava şartları arasında derdestliği kabul etmiştir (m. 114/1, b. 1). Derdestlik aynı davanın, ikinci kez açılmasını engeller. Yani, alacaklı bir dava açtığında, aynı davanın daha önceden açılmamış ve halen görülmekte olmaması gerekir (m. 114/1, b. 1). Aksi takdirde, davacının açacağı ikinci davası, derdestlik nedeniyle dava şartı yokluğundan usulden reddedilecektir (m. 115/2, c.1).

Talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğu, görülmekte olan bir davanın konusu olan talebin, ikinci bir davanın konusu yapılmak istenmesi durumunda, ikinci dava ile görülmekte olan davanın aynı olup olmadığının tespitini sağlar³⁰. Aynı alacak için görülmekte olan bir davanın varlığını kendiliğinden veya davalının itirazı sonucunda tespit eden hâkim (ikinci davaya bakan), diğer şartlarının da varlığı halinde derdestlik nedeniyle davanın usulden reddine karar verecektir. İkinci davaya bakan hâkim, iki davanın konusunun aynı olup olmadığına ise, birinci davanın talep sonucu ile ikinci davanın talep sonucunu karşılaştırarak karar verecektir³¹. Talep sonucunun belirli olması zorunluluğu, derdestliğin şartlarından biri

PEKCANITEZ, s. 14; KLETT, s. 74; GULDENER, s. 193. LOOSLI, talep sonucunun kesin olarak belirleme zorunluluğunu bir yükümlülük olarak yargılama ilişkin ilkelerden saymakta ve buna dikkat edilmemesinin hukuki dinlenilme hakkına aykırık teşkil edeceğini belirtmektedir, s. 15.

²⁷ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 59, s. 131.

²⁸ LIEBSTER, s. 44; KLETT, s. 74; VOGEL, s. 59; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 84, Rn. 4, s. 526; GEISLER, Herbert, Prütting/Gehrlein ZPO Kommentar, 3. Aufl., Köln 2011, § 253, Rn. 16, s. 719; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 76, s. 95; BAUMBACH, Adolf/LAUTERBACH, Wolfgang/ALBERS, Jan/HARTMANN, Peter, Zivilprozessordnung, 67. Aufl., München 2009, § 253, Rn. 49, s. 989; YILMAZ, s. 277; PEKCANITEZ, s. 14; ÜÇER, s. 19.

²⁹ LIEBSTER, s. 44.

³⁰ MENGES, s. 29. Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 11, C.

³¹ TANRIVER, s. 83; ULUKAPI, Ömer, Medeni Usûl Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları, YD, C. 21, S. 4, Ekim 1995, s. 426.

olan, iki davanın dava konularının aynı olup olmadığının tespitini sağlar³².

V. Zamanaşımı Kesilmesi

Talep sonucunun belirli olması, zamanaşımı bakımında da önem arz etmektedir³³. Davanın açılması ile dava konusu alacak veya hak için söz konusu olan zamanaşımı kesilmiş olur (TBK m. 154/2). Davanın açılması ile zamanaşımının kesilmesi sadece talep sonucu yapılan alacak miktarı için, yani dava dilekçesinde gösterilen miktar için söz konusudur³⁴. Alacaklı, alacağının sadece belirli bir kısmı için dava açmışsa, zamanaşımı sadece davaya konu edilen kısım için kesilmiş olur³⁵. Bu durumda alacaklı, alacağın dava konusu yapılmayan kesimi için zamanaşımı süresi içinde dava açmalıdır. İşte, dava konusu alacağın kesin olarak belirli olması kuralı, davanın açılmasıyla alacaklının ne miktardaki alacağı için zamanaşımının kesildiğinin tespitini sağlamaktadır.

VI. Hükümün Tesisi ve İcrası

Tasarruf ilkesi ve taleple bağıllık ilkesi gereğince hâkim, talep sonucuna uygun hüküm verir. Kanun koyucu, hükmün kapsamına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinin ikinci fıkrasında, hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Örneğin hâkim, sadece davacının davalıdan alacaklı olduğunu belirtir şekilde hüküm tesis edemez; ayrıca bu alacağa ilişkin talebin hangi miktarda kabul veya reddedildiğinin de hükmün sonucunda belirtmelidir. Hükümün sonuç kısmının hâkim tarafından bu kadar açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde tespit edilip yazılabilmesi, ancak talep sonucunun aynı netlikte, şüphe ve tereddüde yer vermeyecek şekilde dava dilekçesinde yer almasına bağlıdır³⁶.

³² OBERHAMMER, Paul, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 85, Rn. 1, s. 498.

³³ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 25, s. 521. Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 12, C.

³⁴ SCHÖNKE/KUCHINKE, § 41 II, s. 192.

³⁵ MEIER, Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010, s. 221. Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 6, D.

³⁶ 15. HD, 28.11.2011, E. 2011/6040, K. 2011/6961 (YKD, C. 38, S. 3, Mart 2012, s. 506 vd.);

Hükmün davalı tarafından yerine getirilmemesi durumunda, davacının kendiliğinden hak arama yasağı gereğince hükmün icrasına başvurmadan başka çaresi bulunmamaktadır. İcra edilecek kısım, dava dilekçesinde yer alan talep sonucu olmayıp yargılama sonucunda hükmün kapsamında yer alan hüküm fıkrasıdır³⁷. Talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğu, hükmün tesisi ve daha sonra bunun icrası sırasında doğabilecek tereddütlere mahal vermemesi için son derece önemlidir³⁸. Bu zorunluluk özellikle para alacakları dışındaki alacaklar bakımından oldukça önemlidir. Örneğin, bir taşınırın teslimine yönelik açılan davada, davacı taşınırın ayırıcı özelliklerini ve değerini açıkça yazmalıdır ki hâkim ona göre hüküm tesis etsin ve dava sonra icra memurları hiçbir tereddüt yaşamadan hangi taşınır için hüküm verilmişse, ona ilişkin ilâmın icrasını yerine getirebilsin. İcra memurunun, hükmü değiştirme, tashih veya tazyik yetkisi yoktur. Bu nedenle, icra emrinin mutlaka ilâma uygun olması gerekir. Aksi takdirde icra memurunun yaptığı işleme karşı süresiz şikâyet yoluna başvurulur (İİK m. 16 vd.). Bu nedenle talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğu, hem hükmün tesisi hem de hükmün icrası bakımından önemli kolaylık sağlamakta ve ortaya çıkabilecek muhtemel tereddütleri engellemektedir.

VII. Yargılama Giderleri

Talep sonucunun belirli olması zorunluluğu, yargılama giderleri bakımından da sonuç doğurmaktadır. Yargılama giderleri, genel olarak bir yargısal koruma faaliyetinin yürütülmesi için ödenmesi gereken ve bu sebeple ortaya çıkan giderlerdir³⁹. Bu giderler, harçlar, masraflar ve vekâlet ücreti şeklinde karşımıza çıkar. Bu giderlerden karar ve ilâm harcı ile vekâlet ücreti kural olarak talep

KURU, Usûl El Kitabı, s. 340; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, "Eda davalarında neticeyi talep cebri icraya müraعاتın cereyanına müsait bir muhtevada olmalıdır", s. 229. Benzer şekilde: PAULUS, Rn. 184, s. 65; ADOLPHSEN, Rn. 11, s. 98; ASSMANN, in Wiczorek/Schütze, § 253, Rn. 75, s. 95.

³⁷ SUTSCHET, s. 280, 282.

³⁸ POHLMANN, Rn. 25, s. 57; LENT, s. 110; MUSIELAK, Rn. 64, s. 37-38; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 4, s. 163; BLOMEYER, § 43 II, s. 252; FOERSTE, in Musielak Komm ZPO, § 253, Rn. 29, s. 848; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 59, s. 131; KLETT, s. 75; VOGEL, s. 59; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 84, Rn. 4, s. 525; BERG, s. 83; KERN, s. 1; FÖRSCHLER/STEINLE, Rn. 344, s. 98; SCHILKEN, Rn. 210, s. 103; CRAUSHAAR, § 12, Rn. 54; GRUNSKY, Rn. 109, s. 94; GEISLER, in Prütting/Gehrlein, § 253, Rn. 16, s. 719; LÜKE, Rn. 142, s. 137; PEKCANITEZ, s. 14.

³⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 840; YILMAZ, s. 1375; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 729.

sonucuna; masraflar ise yapılacak masrafın niteliğine göre belirlenir. Konusu para ile değerlendirilemeyen dava ve işlerde karar ve ilâm harcı maktudur. Maktu harç, dava açarken davacıdan peşin olarak alınır (HarçK m. 27/1). Konusu para ile değerlendirilen dava ve işlerde ise, nisbi karar ve ilâm harcı alınır ve bu da talep sonucuna bağlıdır. Nisbi karar ve ilâm harcının dörtte biri, dava açılırken peşin olarak alınır. Ancak, ölüm ve bedensel zarar sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında karar ve ilâm harcının yirmide biri peşin alınır (HarçK m.28/1, b. a). Bu kısmın hesabı da dava dilekçesinde belirtilen talep sonucuna göre, yani orada yer alan miktar veya değere göre belirlenir. O nedenle dava dilekçesinde, talep sonucunun kesin olarak belirli olması harçların hesaplanması ve davanın açıldığı anda alınabilmesi bakımından da gereklidir.

Davada tarafların veya sadece bir tarafın kendisini avukatla temsil ettirmiş olması durumunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendine göre, vekâlet ücreti yargılama giderlerinden sayılmıştır. Mahkeme dava sonunda haksız çıkan taraf aleyhine Avukatlık Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca, vekâlet ücretine hükmeder. Bu vekâlet ücreti, tarafla vekil arasında kararlaştırılan avukatlık ücretinden ayrıdır. Mahkeme, yargılama gideri olan vekâlet ücretini Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerini esas alarak kararlaştırır. Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerine göre konusu para ile değerlendirilemeyen bir şey olan davalarda vekâlet ücreti, maktu tarifeye göre tespit edilir. Konusu para ve para ile değerlendirilebilen davalarda ise vekâlet ücreti nisbi tarifeye göre hesaplanır. Nisbi vekâlet ücreti de dava konusunun miktar veya değerine göre belirlenir. Davanın tamamen kazanılması veya reddedilmesi durumunda, nisbi vekâlet ücreti dava konusunun değeri üzerinden belirlenir. Davanın kısmen reddi halinde ise, kabul edilen miktar için davacı, reddedilen miktar için de davalı lehine vekâlet ücreti takdir edilir (m. 326/2).

Talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğu, davalının yargılama giderleri bakımından kendini savunması açısından da önemlidir. Talep sonucunun belirli olması ile davacı yargılama sonunda davayı kaybettiği durumda ne kadar yargılama giderine mahkûm olacağını tahmin edebilir⁴⁰. Davalı, savunmasını ancak kendisinden tam olarak neyin talep edildiğini bildiği takdirde eksiksiz yerine

⁴⁰ LOOSLI, s. 15; SCHÖNKE/KUCHINKE, § 41 II, s. 192.

getirebileceği için, gereksiz yere davanın uzamasına da engel olabilir. Diğer bir ifadeyle davalı, davayı kabul veya sulh yoluyla yargılama giderlerinden tamamen veya kısmen sorumlu olmaktan kurtulabilir⁴¹ (m. 312/2; HarçK m. 22).

VIII. Kanun Yoluna Başvuru

Doktrinde kanun yolu, tarafa, kendi aleyhine olan henüz kesinleşmemiş bir yargı kararının bir üst derece mahkemesinde incelenmesi ve bertaraf edilmesi imkânı veren hukuki çare olarak tanımlanmaktadır⁴². Kanun yoluna başvuru ile, hükmün şekli anlamda kesinleşmesi engellenmektedir. Talep sonucunun kesin olarak belirli olması, hükümden sonra kanun yoluna başvuru imkânı ve bu imkândan kimin yararlanabileceğinin belirlenmesi bakımından da oldukça önemlidir⁴³. Davanın tamamen kabulü veya reddi ile davanın kısmen kabulü ve kısmen reddi halinde, verilen hükme karşı kanun yoluna başvuru imkânının bulunup bulunmadığı, kabul edilen veya reddedilen kısma göre belirlenecektir. Bu ise, talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğunu doğurmaktadır. Talep sonucunun kesin olarak belirli olma zorunluluğu olmasaydı, talebin kısmen mi tamamen mi kabul edildiği veya kısmen kabul veya kısmen reddedildiği durumlarda bunun miktarının kanun yoluna başvuru sınırını aşıp aşmadığının tesbiti mümkün olmazdı⁴⁴.

IX. Maddi Anlamda Kesin Hüküm

Maddi anlamda kesin hüküm, hükmün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesi, bu hükme karşı olağan kanun yollarına başvurulamaması ve hükmün daha sonra açılan davada bağlayıcı olmasıdır⁴⁵. Bir hüküm maddi anlamda kesinleştikten sonra, ikinci kez aynı dava açılamaz. Çünkü aynı davanın daha önceden kesin olarak hükme bağlanmamış olması, bir dava şartı olarak kabul edilmiştir (m. 114/1, b. i). Maddi anlamda kesin hüküm için, ön şart hükmün şekli anlamda kesinleşmesidir⁴⁶. Diğer şartları ise, her iki davanın taraflarının, dava

⁴¹ SCHÖNKE/KUCHINKE, § 41 II, s. 192.

⁴² AKCAN, Ramazan, Usûl Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s. 7 vd.; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 445; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 599.

⁴³ BULL, s. 95.

⁴⁴ Karş: LOOSLI, s. 144. Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 11, Ğ.

⁴⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 714. Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 11, H.

⁴⁶ Söz konusu karara karşı, kanun yoluna başvuru imkânı bulunmayan veya bu imkânın kalmadığı

sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olmasıdır (m. 303/1). Talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğu, ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olup olmadığının tespitini sağlamamıza yardımcı olur⁴⁷. Bu nedenle talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğu, maddi anlamda kesin hükmün tespiti ve kapsamının belirlenebilmesibakımından da gereklidir⁴⁸.

D. Talep Sonucunun Kesin Olarak Belirlenmemesinin Sonucu

Dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddenin (ğ) bendinde açık bir şekilde talep sonucunun dava dilekçesinde yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Davacı, dava dilekçesinde talep sonucuna açıkça yer vermemişse, hâkim aynı maddenin ikinci fıkrasına göre bu eksikliğin tamamlanması için davacıya bir haftalık kesin süre verir. Talep sonucunun dava dilekçesinde açıkça gösterilmesi, dava dilekçesinin zorunlu unsurlarındandır⁴⁹. Davacı bu bir haftalık süre içinde talep sonucunu açık bir şekilde belirlerse, davaya devam edilir; aksi takdirde dava açılmamış sayılır (m. 119/2). Ayrıca, davacı, dava dilekçesinde talep sonucuna yer vermekle beraber, talep sonucu belirsiz yahut çelişkili ise, hâkim, davayı aydınlatma ödevi (m. 31) gereğince, talep sonucunu netleştirmek için davacıya açıklama yaptırmalıdır⁵⁰.

hallerde, şekli anlamda kesin hüküm oluşmaktadır (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 712; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 684-685).

⁴⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 687.

⁴⁸ JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 4, s. 163; FÖRSCHLER/STEINLE, Rn. 344, s. 98; MENGES, s. 29; SUTSCHET, Holger, Bestimmter Klageantrag und Zwangsvollstreckung, Zeitschrift für Zivilprozess 2006, s. 279; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 59, s. 131; VOGEL, s. 59; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 84 Rn. 4, s. 526; KERN, s. 1; CRAUSHAAR, § 12, Rn. 54; FOERSTE, in Musielak Komm ZPO, § 253, Rn. 29, s. 848; GEISLER, in Prütting/Gehrlein, § 253, Rn. 16, s. 719; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 76, s. 95.

⁴⁹ Buna karşılık ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, Yargıtay uygulamasını da dayanak göstererek, dava dilekçesinde talep sonucunun ne olduğunun anlaşılması halinde bunun hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir noksanlık olduğunu, yani bir dava şartının söz konusu olduğunu ifade etmektedirler (s. 230). HMK'da talep sonucunun açık olması, dava şartı olarak değil (m. 114), dava dilekçesinin zorunlu unsuru olarak kabul edilmiş olup, buna uyulmaması halinde davanın açılmamış sayılacağı düzenlenmiştir (m. 119/2).

⁵⁰ FOERSTE, in Musielak Komm ZPO, § 253, Rn. 29, s. 849; MERİÇ, Nedim, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, C.11, Özel S. 2009, İzmir 2010, s. 392; KURU, Usûl, C. 2, s. 1608; KURU, Usûl El Kitabı, s. 340; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299; YILMAZ, s. 733. “Davacı vekilin dilekçesinde tahsili talep edilen miktar gösterilmediğinden bu husus açıklattırdıktan sonra tarafların itiraz ve savunmaları bildirilecek miktara göre değerlendirilip davanın sonuçlandırılması gerekirken ...” 15. HD, 28.11.2011, E. 2011/6040, K. 2011/6961 (YKD, C. 38, S. 3, Mart 2012, s. 506 vd.); “ ... Dava

Talep sonucunun açık bir şekilde dava dilekçesinde yer almasının yanısıra, malvarlığına ilişkin davalarda, dava konusunun değerinin de dava dilekçesinde yer alması gerekir (m. 119/1, b. d). Dava konusunun değeri, dava dilekçesinin unsurlarını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinde zorunlu unsurlardan sayılmamasına rağmen, Harçlar Kanunu'nun 16. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, eksikliği durumunda dava dilekçesinin işleme konulmasına engel olmaktadır. Bu nedenle, dava konusunun değerinin dava dilekçesinde gösterilmesini de, dava dilekçesinin zorunlu unsuru olarak kabul etmek gerekmektedir. Ancak, bu eksikliğin yaptırımı Harçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre de, davacı, dava dilekçesinde, dava konusunun değerini göstermezse, bu eksiklik giderilmedikçe dava dilekçesi işleme konulmayacaktır.

E. Talep Sonucunu Kesin Olarak Belirleme Zorunluluğunun İstisnası

I. Genel Olarak

Bazı durumlarda, davacıdan dava açtığı anda talep sonucunu tam olarak belirlemesi beklenemez veya davacının bunu belirleyebilmesi imkânsızdır⁵¹. Buna rağmen alacaklı, kesin olarak belirleyemediği alacağını dava yoluyla talep etmek istediği takdirde, buna olanak tanımak gerekmektedir⁵². Diğer bir ifadeyle, davanın açıldığı anda alacak miktarının kesin olarak belirlenememesinin, alacaklının maddi hukuktan kaynaklanan talebinin ileri sürülmesine engel teşkil etmemelidir⁵³. Bu nedenle, talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğunun istisnasız uygulanması, davanın açıldığı anda alacak miktarının belirlenemediği durumlarda, alacaklının alacağını dava yoluyla ileri sürmesine engel olabilir. Çünkü bu kurala göre alacaklı, dava dilekçesinin zorunlu unsuru olduğu için, dava dilekçesinde mutlaka talep sonucunun miktarını kesin olarak göstermek zorundadır (m. 119/1, b. ğ). Aksi

açıldığında mahkemece tahsil istemi de dikkate alınarak talep edilen miktarın açıklattırılması, harcın tamamlanması gerekirdi. Zira salt tespit istemi bulunmamaktadır. ...” 9. HD, 23.1.2012, E. 2011/51613, K. 2012/1076 (yayımlanmamıştır). TERCAN da, bu durumda isticvabın değil de tarafın dinlenmesi yoluna gidilmesi gerektiğini ifade etmektedir (TERCAN, Erdal, Medeni Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurma), Ankara 2001, s. 113).

⁵¹ STEINLE, Franz, Kostenrisiko beim unbezifferten Schmerzensgeldantrag, Versicherungsrecht 1992, s. 425; FUCHS, Josef, Die Kostenentscheidung beim unbezifferten Klageantrag, Das Juristische Büro 1990, s. 560; GASSER, Dominik/RICKLI, Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, Zürich/St.Gallen 2010, Art. 85, Rn. 1, s. 76.

⁵² LOOSLI, s. 1.

⁵³ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 61, s. 131.

takdirdehâkim, kendiliğinden bunu dikkate alacak⁵⁴ ve bu eksikliğin giderilmesi için davacıya süre verecektir⁵⁵. Ancak davacı, imkansızlık veya beklenememe durumlarda, kendisine verilen süre içinde dahi talep sonucunu kesin olarak belirleyemez. Çünkü, imkansızlık ve beklenememe durumları, davacının, alacak miktarını belirlemeye yarayan bilgi ve belgelere sahip olmamasına dayandığı için veya söz konusu miktarın belirlenmesi özel bir incelemeyi gerektirdiği için, verilen sürede de bu eksikliğin giderilmesi kural olarak mümkün görülmemektedir. Bu durumda davacı, kendisine verilen süre içinde eksikliği gidermezse, davası açılmamış sayılacaktır. Böylelikle, davanın açılmasına bağlanan tüm sonuçlar ortadan kalkacaktır. Bu ise, alacağın zamanaşımına uğrama riskini doğurur.

Talep sonucunu kesin olarak belirleyememesine rağmen, alacağının zamanaşımına uğramasından çekinen alacaklı, alacak miktarına ilişkin bir tahminde bulunup, dava açabilir. Bu durumda alacaklı, yüksek yargılama giderleri rizikosu karşısında talep miktarını gereğinden düşük gösterebilir⁵⁶. Bu ise, alacaklının alacağının tümüne kavuşamaması sonucunu doğurabilir. Yargılama sırasında talep miktarını çok düşük gösterdiğini gören davacı, ya karşı tarafın talep miktarını artırmasına izin vermesini bekleyecek ya da ıslah yoluna başvuracaktır. Islah yoluna başvurduğu takdirde, ıslah sebebiyle doğan masraflara katlanmak zorundadır. Bu durum davacı bakımından yargılama giderlerinin artması sonucunu doğurur. Dava açarken belirlediği talebin çok düşük olduğunu gören davacı, aynı davada bu alacağını istemediği takdirde, ayrı bir dava açarak geri kalan alacak miktarını isteyebilir⁵⁷. Bu ihtimalde ise, aynı hukuki ilişkiden doğan birden çok dava ile mahkemelerin iş yükünün artması ve çelişik kararların ortaya çıkması söz konusu olabilir. Ayrıca, aynı hukuki ilişkiden doğan talebin birden fazla davaya konusu olmasının usul ekonomisine de uygun olduğu söylenemez.

Talep sonucunu kesin olarak belirleyemeyen alacaklı, alacağının zamanaşımına uğramasına engel olmak için yargılama giderleri rizikosunu da göze alarak talep miktarını gereğinden fazla belirleyebilir. Bu durumda alacaklının ıslah yoluna

⁵⁴ LIEBSTER, s. 48.

⁵⁵ Dava konusunun değerinin gösterilmemesi için bkz.: § 10, D, III, 3.

⁵⁶ MEIER, s. 13; OBERHAMMER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Art. 85, Rn. 3, s. 498.

⁵⁷ OBERHAMMER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Art. 85, Rn. 3, s. 498.

başvurması veya ikinci bir dava açması gerekmemektedir. Buna karşılık alacaklı, yüksek yargılama giderlerine mahkûm olma riski ile karşı karşıyadır. Ayrıca alacaklının vekille temsil edildiği durumlarda, alacak miktarını yüksek değerlendirdiğinde, vekille yapacağı avukatlık sözleşmesi de bu yüksek miktar üzerinden yapılacaktır⁵⁸. Sonuç olarak, talep sonucunun kesin olarak belirli olmaması durumunda, davacı gereğinden fazla masraf yapmak zorunda kalabilmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, talep sonucunu kesin olarak belirleme zorunluluğu, davalı bakımından bir takım olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Öncelikle, davalı davacının kendisinden tam olarak ne istendiğini dava dilekçesinde görebildiği için, kendisini daha iyi savunabilmektedir. Bazı durumlarda, davalı davacının alacaklı olduğu kabul etmekle birlikte, kendisinin tam olarak ne kadar borçlu olduğunu bilmeyebilir. Bu özellikle tazminat borçlarında söz konusudur. Dava dilekçesinde talep sonucunu gören davalı, bu durumda davayı kabul edebileceği gibi davacı ile sulh girişiminde de bulunabilir. Bu ise davanın daha kısa, süratli ve daha az masraflı sonuçlanmasını sağlar. Yani usul ekonomisinin gereği yerine getirilmiş olur. Ancak, talep sonucunun belirli olması zorunluluğu, davalıya sağladığı yarar kadar, bu zorunluluğun davacı bakımından doğurduğu olumsuz sonuçlara, davalının da dolaylı olarak katlanmasına sebebiyet vermektedir. Başka bir deyişle, talep sonucunun belirli olması zorunluluğu nedeniyle, daha önce ifade edildiği üzere, yargılamanın uzaması veya bazı durumlarda aynı hukuki ilişki için birden fazla dava açılması ve davalının aynı hukuki ilişkiden dolayı, birden çok dava tehdidi altında kalması sonucu doğabilmektedir. Bu durumda ise davalı, bu davalar karşısında kendini savunmak zorunda kalmaktadır.

Sonuç olarak, taraflar arasında tek bir dava ile kolay, hızlı ve basit şekilde giderilecek uyuşmazlığın bazen daha uzun, daha masraflı ve karmaşık hale gelmesi; bazen de söz konusu uyuşmazlığın ancak birden fazla yargılama sonucunda giderilmesi mümkün olmaktadır. Görüldüğü üzere, talep sonucunun dava dilekçesinde kesin olarak belirli olması zorunluluğuna sıkı sıkıya bağlı kalmak, davanın tarafları bakımından olduğu gibi mahkemelerin de iş yükünü artırıcı ve ayrıca fazla davanın açılması durumunda çelişik kararların ortaya çıkması gibi bazı olumsuz sonuçların doğmasına neden

⁵⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 470.

olabilir. Bu nedenle talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğu istisnasız şekilde uygulanmaz⁵⁹.

II. Belirsiz Alacak Davası

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası ile belirsiz alacak davası düzenlenmiştir. Belirsiz alacak davası, davanın açıldığı anda alacak miktarının kesin olarak belirlenemediği durumlarda, dava dilekçesinde talep sonucunu kesin olarak belirleme zorunluluğunun bir istisnası olarak düzenlemiştir⁶⁰. Böylece belirsiz alacak davasıyla alacaklıya, talep sonucunu, karşı tarafın verdiği bilgi veya belge yahut delillerin incelenmesi sonucunda kesin olarak belirleme imkânı tanınmıştır. Talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğu, hâkim tarafından kendiliğinden göz önüne alınacağından, bu kuralın istisnasının da kanunla açıkça düzenlenmiş olması son derece isabetlidir. Aksi takdirde, belirsiz alacak davasının dinlenebilirliği konusunda Alman doktrininde yaşanan tartışmaların benzerlerinin Türk hukuk uygulamasında da ortaya çıkması muhtemeldi.

Belirsiz alacak davasında davacının mahkemeden ne tür bir hukuki koruma talep ettiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Davacının talebi de belirlidir. Kural olarak belirsiz alacak davası, davacının, alacağının tümünün hüküm altına alınması amacıyla açtığı tam bir eda davasıdır. Ancak tam bir eda davasından farklı olarak davacı, talebinin miktarını yargılama sırasında rakamsal olarak kesin şekilde belirlemektedir. Bir diğer deyişle belirsiz alacak davası, davacıyı talebini kesin olarak belirleme zorunluluğuna tabi kılmadan, dava açabilme imkânı vermektedir. Böylelikle davacı, yargılama sırasında talebinin miktarını karşı tarafın rızasına veya ıslaha ihtiyaç duymaksızın belirleyebildiği gibi, hâkim de davacının belirlediği bu miktara göre karar verebilmektedir.

⁵⁹ VOGEL, s. 59; MUSIELAK, Rn. 66, s. 40.

⁶⁰ OBERHAMMER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Vor Art. 84-90, Rn. 3, s. 487; MEIER, Zivilprozessrecht, s. 221; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 2, s. 527; MOHS, Florian, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 84, Rn. 2, 195; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 374; GÖRGÜN, Şanal/KODAKOĞLU, Mehmet, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2012, s. 139; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 109. ÜSTÜNDAĞ, talep sonucunun belirli olması zorunluluğuna istisna olarak paydaşlığın giderilmesine ilişkin talepleri örnek olarak vermekte; paydaşlığın giderilmesinde davacının sadece paylaşırma talebinde bulunmasının yeterli olduğu ifade etmektedir (s. 471).

Talep sonucunu kesin olarak belirleme zorunluluğunun bir istisnası olarak belirsiz alacak davası⁶¹, bu kuralın olumsuzluklarını giderdiği gibi, esasında bu kuralın kabul edilme nedenlerine de aykırı değildir. Öncelikle hâkim kararını talep sonucuna göre verdiği için, belirsiz alacak davasında da davacı yargılama sırasında talep sonucunu rakamsal olarak kesinleştirmektedir. Belirsiz alacak davasındaki belirsizlik, kural olarak hüküm aşamasına gelmeden giderildiği için, hükmün uygulanması bakımından da herhangi bir tereddüt mevcut değildir. Kaldı ki, dava açarken dava konusunun kesin olarak belirtilmemesi, hükmün icrasına engel değildir. Çünkü davacının dava dilekçesinde talep ettiği miktar değil; yargılama sonucunda hüküm fıkrasında talebin kabul edilen miktarının icrası söz konusu olacaktır⁶². Davalı, kendisinden talep edilen miktarı yargılama sırasında öğrenebildiği için buna karşı savunma yapabilecek ve bu nedenle hukuki dinlenilme hakkına⁶³ aykırı davranılmamış olacaktır. Aynı şekilde, usul ekonomisi gereğince, belirsiz alacak davasında yargılama daha hızlı, basit ve ucuz gerçekleşecektir. Aynı yargılama içinde tüm taleplerin incelenmesi mümkün olacağı için, birden fazla dava açılmaması, aynı davada ıslah yoluna başvurulmaması veya aynı alacak için gereksiz bilirkişi incelemelerin yapılmaması sağlanmış olacaktır⁶⁴. Ayrıca aynı alacak için birden fazla dava açılmasına ihtiyaç duyulmaması, çelişik kararların ortaya çıkma ihtimalini de ortadan kaldırdığı için, belirsiz alacak davasının kanunda düzenlenmesi, hukuki güvenlik bakımından da yerindedir.

Talep sonucunu kesin olarak belirleme zorunluluğu, somutlaştırma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir⁶⁵. Belirsiz alacak davası, kanunda açıkça düzenlendiği için, davanın açıldığı sırada talep sonucunun kesin olarak belirlenmemesi, somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği sonucunu doğurmaz⁶⁶. Çünkü davacının talep sonucunun dayanağı olan tüm somut vakıaları ve ayrıca bu somut vakılara ilişkindelillerini mahkemeye sunması gerekmektedir (m. 107/; m.

⁶¹ MEIER, Zivilprozessrecht, s. 221.

⁶² SUTSCHET, s. 280.

⁶³ LIEBSTER, s. 44.

⁶⁴ ALANGOYA, davaların sonuçta elde edilecek hükmün yararını ortadan kaldıracak kadar uzamasına sebebiyet veren usûl kurallarının sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığını ifade etmektedir (ALANGOYA, Yavuz, Anayasanın Medeni Yargılama Hukukuna Etkisi, MHB 1981/2, Y. 1, S. 1-4, s. 4).

⁶⁵ LIEBSTER, s. 44.

⁶⁶ LOOSLI, s. 83

194). Bu nedenle belirsiz alacak davasında da somutlaştırma yükü davacı tarafından yerine getirilmekte olup, hâkime yükletilmemektedir⁶⁷.

⁶⁷ LOOSLI, s. 84

§ 2. TERİM SORUNU, BELİRSİZ ALACAK DAVASININ KAPSAMI VE AMACI

A. Terim Sorunu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi, “Belirsiz alacak ve tespit davası” kenar başlığı ile iki yeni dava türünü düzenlemektedir. Kanun koyucu ilk iki fıkrada belirsiz alacak davasına ilişkin düzenleme getirmişken, üçüncü fıkrada belirsiz alacaklara ilişkin özel bir tespit davasını düzenlemiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her iki davanın aynı maddede düzenlenmesi kanaatimizce yerinde olmamıştır. Çünkü aynı maddede, talep edilen hukuki korumaya göre birbirinden farklı iki dava türü düzenlenmiştir. Belirsiz alacak davası, hukuki niteliği bakımından kural olarak eda davası iken, belirsiz alacaklar için öngörülen tespit davası⁶⁸ ise adından da anlaşılacağı üzere bir tespit davasıdır. Nasıl ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesinde eda davası; yine aynı kanunun 109. maddesinde de tespit davası düzenlenmişse, belirsiz alacaklar için kabul edilen eda ve tespit davalarının da ayrı ayrı düzenlenmesi kanunun sistematigi açısından daha isabetli olurdu⁶⁹.

Belirsiz alacak davası, davanın açıldığı anda davacının talebini dayandırdığı tüm vakialardan, talebinin miktarını rakamsal olarak belirleyememesi durumunda söz konusu olmaktadır⁷⁰. Kanun koyucu, belirsiz alacak davasını düzenlediği maddede gerekli özeni göstermemiştir. Bu durum kendisini öncelikle maddenin kenar başlığında göstermektedir. “*Belirli*” kelimesi sözlük anlamı olarak, başka bir şeyle karıştırılmasına imkân kalmayacak surette ve kesin olarak sınırlanmış veya kararlaştırılmış olan, belgeli, muayyen olarak tanımlanmıştır⁷¹. “*Belirsiz*” ise, belirli olmayan, belgisiz, gayri muayyen; niteliği hakkında aydın bir fikir edinilemeyen, müphem; bilinmeyen, meçhul olarak tanımlanmıştır⁷². Belirsiz alacak davası denildiğinde, belirsiz sıfatı alacağı nitelemektedir. Bu ifade biçiminden, belirsiz alacak davası, sanki alacağın varlığı belirsiz, meçhul olduğu durumlarda açılacak

⁶⁸ Bundan sonra, belirsiz tespit davası olarak ifade edilecektir.

⁶⁹ Çalışmamızın konusu belirsiz alacak davası ile sınırlı olduğu için, bundan sonraki açıklamalarımız ayrı tutulmadıkça, belirsiz alacak davasına ilişkindir.

⁷⁰ ÜBERT, s. 2.

⁷¹ AĞAKAY, Mehmet Ali, Türkçe Sözlük, Üçüncü Bası, Ankara 1959, s. 101.

⁷² AĞAKAY, s. 101.

bir dava gibi anlaşılmaktadır. Hâlbuki maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde de belirtildiği üzere, belirsiz olan “*alacağın miktarı veya değeri*” dir. Alacağın varlığı ise belirsiz değildir. Çünkü belirsiz alacak davası açan davacı, hukuki ilişkiyi belirtmek zorundadır (m. 107/2). Yani alacaklı, borçlu ile arasındaki hukuki ilişkiyi ve bu hukuki ilişkinin dayanağı olan vakıaları ve de bu vakıaların dayanağı olan delilleri somutlaştırma yükü çerçevesinde mutlaka dava dilekçesinde belirtmelidir (m. 107/2; m. 119/1, b. e, f; m. 194).

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu maddenin kenar başlığı “*unbezifferte Forderungsklage*” yani rakam olarak belirlenmemiş alacak davasıdır (İHMK, m. 85). Bununla beraber, İsviçre hukukunda kanunda yer almamasına rağmen, uygulamada ve doktrinde “*kademeli/basamaklı dava*⁷³ (*Stufenklage*)” belirsiz alacak davasının bir türü olarak kabul edilmektedir. Basamaklı dava, objektif dava birleşmesi olarak görülmektedir⁷⁴. Alman hukukunda ise, kanunda belirsiz alacak davası açıkça düzenlenmemiştir. Bununla beraber İmparatorluk Mahkemesi kararlarından bu yana, belirsiz alacak davasının açılacağı kabul edilmektedir⁷⁵. Alman hukukunda uygulamada ve doktrinde, belirsiz alacak davası için “*rakam olarak belirlenmemiş dava dilekçesi*” (*unbezifferter Klageantrag*)⁷⁶, “*rakam olarak belirlenmemiş talep*” (*unbezifferter*

⁷³ Doktrinde, kademeli dava terimi, terditli dava için de kullanılmaktadır (MUŞUL, Terditli Dava, s. 29; KURU, Usûl, C. 2, s. 1484; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 399; BERKİN, s. 388; BERKİN, Usûl, s. 95; KİRAZ, Taylan Özgür, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 29). Yargıtay da yeni tarihli bir kararında, terditli dava için kademeli dava terimini kullanmıştır. Söz konusu kararda, “ ... Diğer bir anlatımla, HMK'nun 111. maddesinde davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik ve fer'ilik ilişkisi kurmak suretiyle aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan HMK'nun yürürlüğe girmesinden önce de uygulamada kabul edildiği şekilde kademeli olarak dava açılmıştır. Kademeli davalarda talepler arasında hukuki ve ekonomik bir bağlantının bulunması, asıl talebin reddedilmesi halinde fer'i talebin incelenmesi gerekir. ...” ifade edilmiştir 14. HD, 27.10.2011, E. 2011/12069, K. 2011/12841 (yayımlanmamıştır). YILMAZ, terditli dava için hem kademeli dava hem de basamaklı dava terimini kullanmıştır (Şerh, s. 753). Kademeli dava terimi, terditli dava için daha yaygın kullanıldığından, Stufenklage'ye ilişkin açıklamalarda, terditli dava ile karıştırılmasına mahal vermemek için, basamaklı dava terimini kullanmayı uygun gördük. Karş.: PEKCANITEZ, s. 23.

⁷⁴ Basamaklı davada davacı iki talebini objektif dava birleşmesi olarak aynı davada ileri sürmektedir. Davacının yardımcı talebinin konusu, alacağın miktarını belirleyen bilgi ve belgelere ilişkin; asıl talebinin konusu ise, henüz miktarını belirlemediği alacağının hüküm altına alınmasıdır. Davacı, yardımcı talep hakkında karar verildikten sonra asıl talebinin miktarını belirlemekte ve mahkeme de asıl talep hakkında karar vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 9, C, I, 1.

⁷⁵ Bknz.: § 3, B.

⁷⁶ SCHÖNKE/KUCHINKE, § 41 II, s. 193; LÜKE, Rn. 142, s. 138; FÖRSCHLER/STEINLE, Rn. 349, s. 99; POHLMANN, Rn. 27, s. 58; PAULUS, Rn. 190, s. 67; PRECHTEL, Günter/OBERHEIM, Rainer, Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess, 4. Aufl., Köln 2009, Rn. 478, s. 150; BECKER-EBERHARD, in MünchKommZPO, § 253, Rn. 117, s. 1371.

Antrag)⁷⁷, “rakam olarak belirlenmemiş ödeme talebi” (unbezifferter Zahlungsantrag)⁷⁸, “belirsiz dava dilekçesi” (unbestimmter Klageantrag)⁷⁹, “rakam olarak belirlenmemiş eda talepleri” (unbezifferter Leistungsantrag)⁸⁰ ifadesi kullanılmaktadır. Bununla beraber Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda basamaklı dava açıkça düzenlenmiştir (AHMK m. 254). Alman hukukunda basamaklı dava, İsviçre hukukunda kabul edilen basamaklı dava ile paralel düzenlenmesine rağmen, belirsiz alacak davasının bir türü olarak görülmemektedir⁸¹. Gerek basamaklı dava gerekse belirsiz alacak davası, talep sonucunun rakamsal olarak belirli olması zorunluluğunun istisnası olarak kabul edilmektedir⁸². Türk hukukunda basamaklı davaya benzer bir düzenleme bulunmamaktadır.

Türk hukukunda bir görüş, gerek İsviçre gerekse Alman hukukundaki kullanıma uygun olarak, belirsiz alacak davası yerine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda “rakamlandırılmamış alacak davası” ibaresinin kullanılmasının daha isabetli olacağını ifade etmektedir⁸³. İsviçre hukukunda, rakam olarak belirlenmemiş alacak davası veya rakamlandırılmamış alacak davasının kullanımı yerindedir. Çünkü İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84. maddesinin ikinci fıkrasında özel bir düzenleme vardır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında, eda davasıyla belirli bir şeyin yapılması, yapılmaması veya bir şeye katlanmaya mahkum edilmesi düzenlendikten sonra, ikinci fıkrasında paranın ödenmesine ilişkin taleplerin mutlaka rakamsal olarak belirlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu maddeden sonradüzenlenen rakamsal olarak belirlenmemiş alacak davası veya

⁷⁷ POHLMANN, Rn. 27, s. 58; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 38, s. 523.

⁷⁸ REICHOLD, in Thomas/Putzo, § 253, Rn. 12, s. 429; PANTLE, Norbert, Die Praxis des Zivilprozess, Stuttgart 1992, Rn. 169, s. 88; ADOLPHSEN, Rn. 13, s. 99; MUSIELAK, Rn. 67, s. 41; FOERSTE, in Musielak Komm ZPO, § 253, Rn. 30, s. 849; SAENGER, § 253, Rn. 16, s. 607.

⁷⁹ SCHILKEN, Rn. 213, s. 105.

⁸⁰ BGH, NJW 2006, s. 517; SIEGEL, Julian, Die Kostenfrage der Stufenklage, Berlin 2009, s. 42 vd.; DUNZ, Walter, Der unbezifferte Leistungsantrag nach der heutigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Neue Juristische Wochenschrift 1984, s. 1734.

⁸¹ PANTLE, Rn. 169, s. 88; CRAUSHAAR, § 12, Rn. 55; KERN, Basamaklı davaya ilişkin AHMK m. 254'ten, genel olarak belirsiz alacak davasının dinlenebilirliğine ilişkin bir sonucun çıkarılamayacağını ifade etmektedir, s. 100. Aynı şekilde: FRECH, s. 62.

⁸² FETT, Klaus, Die Stufenklage, Kirn 1978, s. 9; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 29, 38, s. 522, 523; PAULUS, Rn. 189-190, s. 66-67; SCHILKEN, Rn. 211, s. 104; ZEISS/SCHREIBER, Rn. 332-333, s. 132; BRUNS, Rudolf, Zivilprozessrecht, Hannover 1949, s. 76; BLOMEYER, § 43 II, s. 252; ADOLPHSEN, Rn. 13-14, s. 99; SCHELLHAMMER, Rn. 57-58, s. 37; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 91, s. 101. MENGES ise paraya ilişkin taleplerin mutlaka rakamsal olarak belirli olması gerektiğini; bunun bir istisnası olarak da basamaklı davanın (Stufenklage) düzenlendiğini ifade etmektedir (s. 27).

⁸³ YILMAZ, s. 734

rakamlandırılmamış alacak davasının da buna paralel olarak, para alacaklarına ilişkin düzenlendiği kabul edildiği için, maddenin kenar başlığından ne anlaşılması gerektiği hususunda tereddüt yaşanmamaktadır⁸⁴. Bu nedenle, kanaatimizce, belirsiz alacak davası yerine, rakamlandırılmamış alacak davası ibaresi de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davasını açıklamaya yeterli değildir. Çünkü söz konusu maddede düzenlenen belirsiz alacak davasının, sadece para alacaklarına ilişkin düzenleme getirmediğini kabul etmek gerekir. Para alacakları dışındaki talepler de belirsiz alacak davasının konusunu teşkil edebilir⁸⁵. Bu nedenle maddenin kenar başlığı, para alacakları ve diğer alacakları da kapsar şekilde “*talep sonucu rakamsal olarak belirlenemeyen taleplere ilişkin dava*” olarak kabul edilseydi daha isabetli olurdu⁸⁶.

B. Belirsiz Alacak Davasının Kapsamı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu dava türleri bakımından para alacakları ile diğer malvarlığı haklarına ilişkin alacak türleri arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu, belirsiz alacak davası bakımından da söz konusudur. Bir diğer deyişle, kanun koyucu belirsiz alacak davasının kapsamı bakımından bir sınırlama yapmamıştır. Para alacakları bakımından belirsiz alacak davasının açılmasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak para alacağı dışındaki taleplerin belirsiz alacak davasının konusu teşkil edip etmeyeceği tereddüt oluşturmaktadır.

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda eda davası dışındaki dava türleri bakımından, para alacağı ile diğer alacak türlerinin düzenlenişi bakımından bir ayırım yapılmamıştır⁸⁷. Bir üst başlıkta da ifade edildiği üzere, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84. maddesinin birinci fıkrasına göre, eda davasıyla davacının davalının

⁸⁴ Bknz: § 3, A, II.

⁸⁵ Bknz: § 2, B.

⁸⁶ Maddenin kenar başlığı bu şekilde düzenlenmiş olsaydı, kanun yapma tekniği bakımından uzun olduğu ileri sürülebilirdi. Ancak kanun koyucu, gerekli olduğu durumlarda, bazı maddelerde uzun kenar başlıklarını kabul etmekte sakınca görmemiştir. Örneğin, 78. maddenin kenar başlığı, “*Vekilin veya vekalet verenin duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışı*”; 214. maddenin kenar başlığı, “*Sahtelik hakkında hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının etkisi*”; 263. maddenin kenar başlığı “*Yalan yere veya menfaat temin ederek tanıklık edilmesi ve sonuçları*” gibi. Ayrıca bknz.: m. 223; m. 326, m. 386; m. 395.

⁸⁷ Söz konusu ayırımın, diğer dava türleri bakımından da gerekli olduğu görüşü için bknz.: COURVOISIER, Matthias, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 84, Rn. 3, s. 365.

belirli bir şeyi yapmaya, yapmamaya veya bir şeye katlanmaya mahkûm edilmesini talep edebileceği düzenlenmiş; ikinci fıkrasında ise para alacakları için ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre ise, paranın ödenmesine ilişkin bir eda davası açıldığında, davacının talep edilen paranın miktarını rakam olarak belirlemesi (*beziffern*) gerektiği vurgulanmıştır. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84. maddesinin ikinci fıkrasında kullanıldığı gibi "*beziffern*" kavramı genellikle para alacaklarının belirlenmesi için kullanılmaktadır. "*Ziffer*", rakam⁸⁸; "*in Ziffern*", rakamla⁸⁹; "*beziffern*" ise rakam koymak, numaralamak, rakamlarla işaret etmek anlamındadır⁹⁰. Para alacakları dışındaki alacaklar bakımından ise, aynı maddenin birinci fıkrasında kullanıldığı üzere "*bestimmen*" yani bir durumu kesin ve açık bir biçimde belirtmek; tanımlamak kelimesi kullanılmaktadır⁹¹. Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi, dava türleri bakımından, para alacakları ile diğer malvarlığı haklarına ilişkin alacaklar bir ayrıma tabi değildir. Her ne kadar Alman hukukunda belirsiz alacak davası açıkça düzenlenmemişse de bu dava türü hep para alacakları bakımından düşünülmüştür. Alman hukukunda da belirsiz alacak davası için para alacaklarıyla birlikte kullanılan "*beziffern*" kelimesi kullanılmıştır. Gerek Alman⁹² gerekse İsviçre⁹³ doktrininde, belirsiz alacak davasının genellikle para alacakları için açılacağı düşünülmüştür.

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davasına ilişkin maddenin, kenar başlığında ve madde metninde söz konusu Kanun'un 84. maddesindeki gibi para alacağı ile diğer alacaklar bakımından bir

⁸⁸ KIYGI, Osman Nazım, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil II, München 1999, s. 957; ÖNEN, Yaşar/ŞANBEY, Cemil Ziya, Almanca-Türkçe Sözlük, C. 2, Ankara 1993, s. 1346.

⁸⁹ KIYGI, Teil II, s. 957.

⁹⁰ ÖNEN, Yaşar/ŞANBEY, Cemil Ziya, Almanca-Türkçe Sözlük, C. 1, Ankara 1993, s. 153.

⁹¹ ÖNEN/ŞANBEY, C. 1, s. 144; KIYGI, Teil II, s. 144.

⁹² MERTINS, Wolfgang, Der unbezifferte Klageantrag - und kein Ende ?, Versicherungsrecht 2006, Heft 1, s. 47; WURM, s. 66; BERNHARDT, Wolfgang, Der unbezifferte Klageantrag, Juristische Rundschau 1968, s. 213; FÖRSCHLER/STEINLE, Rn. 349, s. 99; ADOLPHSEN, Rn. 13, s. 99; POHLMANN, Rn. 27, s. 58; SCHÖNKE/KUCHINKE, § 41 II, s. 193; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 5, s. 163; FETT, s. 9.

⁹³ LOOSLI, s. 10, 11; COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 1, s. 367; HURNI, Christoph, Gedanken zur künftigen Anwendung der neuen Schweizerischen ZPO durch das Bundesgericht, recht 2010, s. 88; SENEL, Toylan, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft 2011, Rn. 272, s. 100, 101; VOGEL, s. 59; MOHS, para alacağına ilişkin taleplerin belirli olması zorunluluğunun istisnası olarak belirsiz alacak davasını görmektedir (MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 84, Rn. 2, 195). Aynı yönde: FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 84, Rn. 1, s. 524; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010 Art. 84, Rn. 3, s. 634.

ayrım yapılmaksızın sadece “*Forderungsklage*”, yani alacak davası⁹⁴ denilmiştir⁹⁵. İsviçre hukukunda, uygulama ve kanunun metninden belirsiz alacak davasının, asıl olarak para alacaklarına ilişkin talepler bakımından değerlendirildiğini; ancak para alacakları dışındaki talepler bakımından da şartların varlığı halinde belirsiz alacak davasının açılmasında herhangi bir engelin bulunmadığını ifade edilmektedir⁹⁶. Özellikle, bir malın iadesine ilişkin taleplerin, şartların varlığı halinde belirsiz alacak davasına konu olabileceğini ifade etmektedir⁹⁷. Alman hukukunda da özellikle misli eşyalara ilişkin talepler bakımından belirsiz alacak davasının açılabilmesi ifade edilmiştir⁹⁸. Ayrıca Alman hukukunda, basamaklı davanın, para alacakları dışındaki talepler bakımından da açılabilmesi kabul edilmektedir⁹⁹.

Türk hukukunda ise, belirsiz alacak davasının sadece para alacaklarına ilişkin olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁰. Belirsiz alacak davasının genellikle para alacaklarına ilişkin davalarda uygulama olanağı bulunacağı muhakkaktır. Bununla birlikte kanaatimizce para alacakları dışındaki alacak talepleri bakımından da uygun düştüğü oranda belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanınmalıdır. Kaldı ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi de buna imkân tanımaktadır. Öncelikle söz konusu maddede genel bir ifade kullanılmış olup, belirsiz alacak davasının para alacakları dışında diğer talepler bakımından açılmayacağı yönünde bir sınırlama getirilmemiştir. Kanun koyucu maddeyi düzenlerken “*alacağın miktarının yahut*

⁹⁴ KIYGI, Teil II, s. 287.

⁹⁵ İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, bazı kanton usûl kanunlarında yer alan belirsiz alacak davasına ilişkin düzenlemelerden de, bu davanın para alacağına ilişkin talepler için söz konusu olduğu, kanunun lafzından anlaşılmaktadır. Örneğin, Solothurn HMK, m. 130; Obwalden HMK, m. 120; Glarus HMK, m. 74.

⁹⁶ OBERHAMMER, Paul, in: Oberhammer (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Basel 2010, Art. 85, Rn. 11, s. 377.

⁹⁷ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 11, s. 377.

⁹⁸ MELISSINOS, Gerassimos, Die Bindung des Gerichts an die Parteianträge nach § 308 I ZPO, Berlin 1982, s. 147 vd..

⁹⁹ SCHILKEN, Rn. 211, s. 104; CRAUSHAAR, § 12, Rn. 54; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 98, s. 104-105; LÜKE, Rn. 142, s. 137; MUSIELAK, Rn. 66, s. 40; ASSMANN, s. 45. Aynı şekilde Avusturya hukuku için bkz.: RECHBERGER/SIMOTTA, Rn. 531, s. 296.

¹⁰⁰ KİRAZ, Taylan Özgür, Belirsiz Alacak Davası, Çatı, Y. 7, S. 30, Nisan-Mayıs-Haziran 2012, s. 16; BÖRÜ, s. 211; SÜZEK, s. 109; ÇİL, Şahin/KAR, Bektaş, 6100 sayılı HMK'ye göre İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 26; YILMAZ, Zekeria, Açıklamalı-İçtihatlı 6100 sayılı HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) ve Getirdiği Yeni Hükümler, Ankara 2012, s. 305. Buna karşılık KARSILI da, belirsiz alacak davasının konusunun para alacakları olacağını; ancak para alacakları dışındaki alacakların HMK'nın 107. maddesi dava edilmesinin kabul edilip edilmeyeceğini tartışma konusu olabileceğini ifade etmektedir (s. 345). PEKCANITEZ ise, konusu olmayan eda talepleri için belirsiz alacak davasının açılmayacağını; ancak çok istisnai olarak bir şeyin yapılması veya yapılmamasının da belirsiz alacak davasına konu olabileceğini ifade etmektedir (s. 81).

değerinin” demek suretiyle, bu davanın sadece para alacakları bakımından düşünülmediğini ortaya koymaktadır. Çünkü davacı, para alacağı söz konusu olduğu takdirde bunun miktarını; para alacağı dışında bir talebi olduğu takdirde ise bunun değerini ve ayrıca gerektiğinde miktarını da göstermek zorundadır. Söz konusu maddede bu ifade, alacaklının göstereceği asgari değer veya miktar bakımından da kullanılmıştır. Böylelikle alacaklı, davanın açıldığı anda para alacağını miktar olarak tam ve kesin belirleyemediği durumda belirsiz alacak davası açabilecektir. Para alacağı dışındaki bir alacağın, davanın açıldığı anda miktarının veya değerinin belirlenememesi durumunda ise, alacaklı yine tespit ettiği değeri asgari değer olarak göstererek belirsiz alacak davası açabilecektir. Para alacakları dışındaki alacaklar da miktar olarak talep edilebilir. Örneğin, elde edilen ürünün yarısının verilmesi gibi. Ancak, alacaklı her halükarda özellikle peşin harcın belirlenebilmesi için alacağın değerini de dava dilekçesinde göstermek zorundadır (m. 119/1, b. d; HarçK, m. 16/III). Bu nedenlerle, kanaatimizce, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun da belirsiz alacak davasının uygulama alanına ilişkin öngörülmeleyen bir sınırlamanın yorum yoluyla çıkarılması uygun değildir.

Daha önce de ifade edildiği gibi, belirsiz alacak davasının en sık uygulama alanı tazminat talepleri bakımından karşımıza çıkmaktadır¹⁰¹. Para alacağı dışında bir alacak talebi için belirsiz alacak davasına şu örnekler verilebilir: Bir (A) ve (B) inşaat şirketleri tarafından hafriyat dökülmüş olsun. Arsa sahibi, (A) şirketine karşı, şirketin döktüğü hafriyatın kaldırılması talebi ile dava açmak istemektedir. Ancak arsa sahibi, (A) şirketinin ne kadar hafriyat döktüğünü tam olarak belirleyememektedir. İşte bu durumda, arsa sahibinin (A) şirketi tarafından dökülen hafriyatın kaldırılması için belirsiz alacak davası açabilmelidir. Arsa sahibi, (A) şirketinin davanın açıldığı ana kadar döktüğünü tespit edebildiği hafriyat miktarını asgari değer olarak göstererek belirsiz alacak davası açabilecektir. Burada arsa sahibinin talebi (A) şirketi tarafından dökülen hafriyatın kaldırılmasıdır; yoksa arsa sahibi tarafından hafriyatın kaldırılması için yapılacak masrafların talebi değildir. Yargılama sırasında arsa sahibi, hafriyatı döken şirketin tuttuğu kayıtlardan, elindeki bilgi ve belgelerden yararlanarak, söz konusu şirketin ne kadar hafriyat döktüğünü tam olarak belirleyebilir. Böylelikle (A) şirketinin döktüğü hafriyat miktarı tam

¹⁰¹RGZ 10, s. 356; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 3, s. 109; GREGER, in Zöllner, § 253, Rn. 14a, s. 838.

olarak belirleyebilen arsa sahibi talep sonucunu kesin olarak belirleyerek, (A) şirketi tarafından dökülen tüm hafriyatın kaldırılmasını sağlayabilir. Bir diğer örnek olarak ise, yarıcılık sözleşmesi verilebilir. Tarlasını yarıcılık sözleşmesiyle kiraya veren, elde edilen ekinlerin yarısının kendisine verilmesi hususunda kiracı ile anlaşır ve fakat kiracı borcunu ifa etmezse, kiraya veren davanın açıldığı anda kiracının ne kadar ekin elde ettiğini bilecek durumda değildir. Bu durumda kiraya veren, belirleyebildiği asgari değeri göstererek belirsiz alacak davası açabilmelidir. Kiraya veren, tahkikat aşamasında talebinin geri kalanını belirleyerek, talebini buna uygun olarak artırabilmelidir. Böylelikle davacı, elde edilen ürünlerin değerini değil, doğrudan ürünün verilmesi için belirsiz alacak davası açabilmelidir. Biz çalışmamızda, belirsiz alacak davasını genel olarak para alacakları bakımından değerlendirmekle birlikte farklılık gösteren durumlarda diğer alacak türleri bakımından da değerlendirmeye çalışacağız.

C. Belirsiz Alacak Davasının Amacı

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde, Anayasa Mahkemesi' nin 20.7.1999 tarihli ve 1/33 sayılı iptal kararından¹⁰² önce 87. maddenin son cümlesinde “*Müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyid edemez*” ibaresi bulunmaktaydı. Bu açık hüküm nedeniyle, dava konusu ıslahla artırılmamaktaydı¹⁰³. Anayasa Mahkemesi, anılan kararıyla bu hükmün hak arama özgürlüğünü sınırladığını, zorlaştırdığını ve ayrıca usul ekonomisine de aykırı olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında, Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi vurgulanmış; ayrıca Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetine göre, hukuk devletinin hak arama hürriyetini daraltan sınırlamaları kaldırması ve böylelikle adaletin tam olarak gerçekleşmesini sağlaması gerektiği

¹⁰² RG, 4.11.2000, No: 24220.

¹⁰³ YILMAZ, söz konusu hüküm iptal edilmeden önce yazdığı monografisinde, diğer yanıtların düzeltilmesi izin verildiği gibi, istem sonucunun da ıslah yoluyla düzeltilmesine imkân tanımının gerektiğini; aksi halde iddianın genişletilmesi yasağının katılığının yargılama hukukunun amacı olan adaletli karar vermeye aykırı olacağı ve bunun maddi gerçeğe ulaşamaması olduğunu ifade ederek, söz konusu hükmü eleştirmişti. Ayrıca yazar, karşı tarafın izniyle dava konusunun artırılmasına ve karşı taraf izin vermese dahi ıslahla dava konusunun değiştirilmesine imkân tanınmasına rağmen, bu hükmün amacının anlaşılmadığını ifade etmiştir (YILMAZ, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982, s. 171). BERKİN de, eksik talep edilen miktarın, derdestlik ve kesin hüküm engeli nedeniyle ikinci bir davada ileri sürülememesi gerekçesine dayanarak, bu miktarın ıslah yoluyla tamamlanabilmesine imkân tanınmasını hakkaniyet gereği olduğunu ifade etmişti (Usûl, s. 146).

ifade edilmiştir. İslahla dava konusunun artırılmamasının, davacıyı ikinci bir dava açmaya zorladığı ve mahkemenin iş yükünü gereksiz şekilde artırdığı ve bunun da Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen usul ekonomisine aykırı olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁴.

Anayasa Mahkemesi, kararında iptale konu hükmün uygulamada yarattığı sorunları ise, şöyle ifade etmektedir: “İptale konu HUMK m. 87/son cümle uyarınca dava açmak üzere mahkemeye müracaat eden kişilerin ve çok dikkatli davranmaları gerekmektedir. İddia ettikleri haklarını tam olarak belirlemeleri ve asla hata yapmamaları gerekmektedir. ...Oysa çoğunlukla davacı, daha davanın başlangıcında gerçekte haklı olduğu miktarı tam olarak bilememektedir. Davanın başlangıç safhasında, ne davacı, ne davalı ne de mahkeme gerçek hak miktarını tam olarak bilemezler. Çok defa davacının hakkının ne kadar olduğu, uzun süren yargılama safahatı sonunda bilirkişi raporları, tanık beyanları ve ibraz edilen diğer yazılı delillerle belirlenebilmektedir. Bu sebeple, her zaman gerçek haktan daha az miktar hakkında dava açılması mümkündür. Bu durumda, delillerin toplandığı mahkemede davanın ıslah edilmesine ve mahkemenin gerçek hakka karar vermesine engel olmak, davacıya aynı konuda ikinci bir dava daha açmaya zorlamak hem boş yere emek, masraf ve zaman harcanmasına sebep olmakta hem de mahkemelerin iş yükünü artırmaktadır. ...İslah yolu ile talebin artırılması mümkün olsa başkaca araştırma yapmadan hakkın tamamı konusunda karar vermek mümkün olacaktır.” Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla 1086 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu dönemde, dava açıldığı anda alacak miktarının kesin olarak belirlenemediği durumlarda, davacıya talebini belirleme (artırma) imkânı, ıslah ile mümkün kılınmıştır. Halbuki davacı, bazı durumlarda talebini, imkansızlık veya beklenememe hallerinden birinin varlığı nedeniyle belirleyememektedir. Ayrıca, ıslah ile dava konusunun artırılmasına izin verilmesi, alacak miktarının belirlenemediği durumlarda ortaya çıkan sorunları ortadan kaldırmaya elverişli değildir¹⁰⁵. Çünkü ıslaha rağmen belirsiz alacak davasının düzenlenmediği dönemde, davacının, dava açarken kesin bir talep sonucunu göstermesi gerekmektedir. İslah imkânının yargılamada bir kez

¹⁰⁴ Detaylı bilgi için bkz.: YILMAZ, İslah, s. 222 vd.; ULUKAPI, Ömer, Hukuk Usûlu Muhakemeleri Kanunu md. 87/son Hükmünün İptali, SÜHFD, C. 9, S. 1-2, 2001, s. 369 vd.; UMAR, Bilge, Anayasa Mahkemesinin, HUMK m. 87'deki "Müddeabihin İslah Yoluyla Arttırılmaması" Kuralını İptal Eden 20.7.1999 Günlü Kararı (RG 4.11.2000, No. 24220) Üzerine, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2004, s. 420.

¹⁰⁵ PEKCANITEZ, s. 19.

kullanılabilmesi ve ıslah giderinin bunu yapan tarafından karşılanması, alacaklının ıslah yaparken çok dikkatli değerlendirme yapmasını gerektirmektedir. Çünkü davacı, ıslah ile talebini belirledikten sonra, bir daha talep miktarı ile ilgili değerlendirme yapmamaktaydı. Ayrıca, ıslah hakkının, alacak miktarının belirlenmesi için kullanılması durumunda, daha sonra yargılama sırasında yapılan diğer usulî işlemlerin düzeltilmesini engellemektedir. Gerçi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre de taraflar bir kez ıslah yoluna başvurabilmektedirler. Ancak, belirsiz alacak davasında davacı ıslah gerekmeksizin talep miktarını belirleyebilmektedir. Davacı, bu belirlemede, eksik bir değerlendirme yaptığı düşüncesinde ise bu defa ıslah ile talep miktarını artırabilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki belirsiz alacak davasında davacı, ıslaha gerek duymadan talep miktarını yargılama sırasında belirleyebildiği için, ıslah hakkını, gerektiğinde yargılama sırasında yaptığı diğer usul işlemlerinin düzeltilmesi için kullanabilir.

Kanaatimizce, ıslah yoluyla veya karşı tarafın rızası ile alacaklının talebini artırabildiği yahut değiştirebildiği bir hukuk düzeninde, alacak miktarının belirsiz olduğu durumlarda, (her ne kadar talebin belirlenmesi davanın genişletilmesi veya değiştirilmesi değilse¹⁰⁶ de) yargılama sırasında davacının talebini belirlenmesini mümkün kılmak gereklidir. Eğer kanun koyucunun tercihi her halükarda alacaklının talep sonucunu belirleyerek dava açması olsaydı, karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla dahi yargılama sırasında talebini değiştirmesi veya genişletilmesine de izin vermemesi gerekirdi¹⁰⁷. Bu takdirde belirsiz alacak davasına da izin verilmezse, hukuk tekniği bakımından kanun koyucunun yargılamanın başladığı andan yargılamanın sona ermesine kadar dava konusunun değiştirilmesini veya genişletilmesi istemediği, hem nitelik hem de nicelik bakımından yargılamanın başladığı andan itibaren aynı dava konusu üzerinden devam edip, sona ermesini arzuladığı kabul edilebilirdi. Ancak karşı tarafın rızası veya ıslah ile talep sonucu genişletilebiliyorsa, artık burada belirsiz alacak davasına da imkân tanımak gerekmektedir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu buna imkân tanımıştır. Söz konusu Kanun'un 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davasıyla, davacı

¹⁰⁶ Bknz.: § 11, B, II, 1.

¹⁰⁷ LOOSLI, s. 33; YILMAZ, İslah, 1. Bası, s. 171; ULUKAPI, İptal, s. 371. Benzer şekilde, dava konusunun artırılması meselesi ile kısmi davada saklı tutup tutmama meselesinin bağlantılı olduğuna dair bknz.: ALANGOYA, Yavuz, Kısmi Davaya Hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bir Kararı Hakkında, Kazancı, S. 2, Ağustos 2004, s. 27. Davanın değiştirilmesinin yasak olarak düzenlenmesindeki amaçlar için bknz.: GULDENER, s. 235; KARSLI, s. 345.

davanın açıldığı anda, alacak miktarını belirleyemediği durumlarda, yargılama sırasında karşı tarafın rızasına veya ıslaha gerek olmaksızın, talebini belirleyebilmektedir. Görüldüğü gibi, belirsiz alacak davasıyla kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararından bir adım ötesini kabul ederek, belirsiz alacak davasında, davacıya karşı tarafın rızasına veya ıslaha ihtiyaç duymaksızın talebini belirleme imkanı getirmiştir.

Belirsiz alacak davasının amacı ayrıca bu davanın düzenlenmesindeki gerekliliği ve ihtiyacı ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin gerekçesinde, bu davanın kabul edilme nedeni olarak, hak arama özgürlüğü, etkin hukuki koruma ve usul ekonomisi sayılmıştır¹⁰⁸. Bunlarla beraber, kanaatimizce belirsiz alacak davasının asıl amacı sübjektif hakların “*tam olarak*” yerine getirilmesini sağlamaktır¹⁰⁹. Belirsiz alacak davasıyla alacaklı, maddi hukuktan doğan alacağının tümünün hüküm altına alınmasını amaçlamaktadır.

Bilindiği üzere, usul kuralları, tarafların maddi hukuktan kaynaklanan taleplerini önleyici veya engelleyici nitelikte olmayıp; aksine talepte bulunan tarafın, maddi hukuktan kaynaklanan talebinin en hızlı şekilde yerine getirilmesini sağlamaya hizmet eder¹¹⁰. Talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğu da

¹⁰⁸ Adalet Komisyonu Gerekçesi: “... *Hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukuki ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağın 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 araması 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 halde bir yasakla karşılaşması gibi de bir engel söz konusuydu. Oysa, hak arama özgürlüğü, böyle bir kısıtlamayı ve gerçek dışı davranmaya zorlamayı değil, gerçekten hakkı ihlal edilen veya ihlal tehlikesi altında olan kişiyi, mümkün olduğunca geniş şekilde korumayı amaçlamalıdır. Son dönemde, gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda artık salt hukuki korumanın ötesine geçilerek “etkin hukuki 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, usul ekonomisine aykırı bir durum da meydana getirecektir. Ayrıca miktarı veya değeri bilinmeyen bir alacak için klasik kısmi davanın da tam bir çözüm üretmediği gerçektir. ...” HMK m. 107’ye ilişkin Adalet Komisyonu Gerekçesi’nin tam metni için bkz.: YILMAZ, s. 731’deki dn. 5.*

¹⁰⁹ FUCHS, s. 566.

¹¹⁰ BLECHSCHMID, s. 28.

alacaklının maddi hukuktan kaynaklanan hakkın talebine engel olmamalıdır¹¹¹. Bu sebeple belirsiz alacak davasının da alacaklının, maddi hukuktan doğan alacağına ilişkin taleplerin en uygun ve etkili şekilde yerine getirilmesini amaçladığını kabul etmek zorunludur. Başka bir deyişle, belirsiz alacak davasının temel amacı, alacak miktarının kesin olarak belirlenemediği durumlarda alacaklının, sübjektif hakkının tam olarak yerine getirilmesini sağlamaktır. Alacaklı, belirsiz alacak davası ile alacağının miktarını tam olarak yargılama sırasında belirleyebilmekte ve bu belirlediği alacağının tümünün aynı davada hüküm altına alınmasını sağlayabilmektedir. Daha öncede kısaca ifade edildiği gibi, alacak miktarının davanın açıldığı anda belirlenemediği durumlarda, alacaklının belirsiz alacak davası dışında açacağı diğer davalarla alacağına tam olarak kavuşabilmesi bakımından bazı riskler bulunmaktadır. Bu risklerin başında, belirlenemeyen alacağın zamanaşımına uğraması gelmektedir¹¹². Belirsiz alacak davasının en sık uygulama alanı bulacağı durumlardan biri tazminat talepleridir. Örneğin, haksız fiil taleplerinde, zamanaşımı süreleri kısa olmasına karşılık, zamanaşımının başlaması için zararın miktarının belirli olması gerekmektedir¹¹³. Bu nedenle, açılacak bir kısmi dava ile beraber alacaklıya ıslah yoluna başvurma imkânının tanınmış olması veya kısmi dava sonrasında alacaklının ikinci bir dava açma imkânının bulunması, uzun yargılama gerektiren tazminat davalarında, alacağın miktarının tam olarak belirlenmeden, dava konusu yapılmayan kısmı, zamanaşımına uğrama rizikosuyla karşı karşıya bırakmaktadır. Çünkü alacak miktarının kesin olarak belirlenemediği uyuşmazlıklar, uzun yargılamayı gerektiren, genellikle bilirkişi incelemesi neticesinde somut olarak alacağın miktarının ortaya çıktığı uyuşmazlıklardır. Alacaklı dava açtığı anda, alacak miktarını kesin olarak belirlemeye zorlandığı takdirde, yargılama gideri rizikosunu nedeniyle yapacağı yanlış bir değerlendirme sonucu, gereğinden daha az bir talep miktarı belirleyerek maddi hukuktan doğan gerçek alacağına kavuşamama rizikosuyla karşı karşıya kalacaktır¹¹⁴. Çünkü alacaklının dava açarken belirleyemediği, saklı tuttuğu kısım için zamanaşımı süresi işlemeye devam edecektir. Bir diğer ihtimalde, yanlış değerlendirme yaparak gereğinden fazla bir miktar talep eden davacı, bu takdirde yüksek yargılama gideri ödemek zorunda

¹¹¹ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 61, s. 131.

¹¹² PEKCANITEZ, s. 27.

¹¹³ Bknz.: § 12, C.

¹¹⁴ PEKCANITEZ, s. 27.

kalacaktır¹¹⁵. Bu da maddi hukuktan kaynaklanan alacağına kavuşmak için davacının gereksiz yere yargılama giderlerine mahkûm edilmesi anlamına gelecektir. Böylelikle sübjektif hakkını arayan davacının, malvarlığında gereksiz yere azalma meydana gelecektir. Belirsiz alacak davası, dava açıldığı anda alacağın miktarı belirlenemese de, alacağın tümü açısından zamanaşımına uğrama ihtimalini bertaraf ettiği için, yargılama sırasında maddi hukuktan kaynaklanan gerçek alacak miktarını belirleyen alacaklı, alacağın tümüne gereksiz masraf yapmaksızın kavuşabilmektedir. Ayrıca belirsiz alacak davasıyla, davalı daha önce temerrüde düşürülmemişse, alacağının tümü bakımından davanın açıldığı tarihten itibaren faiz işletileceği için, sadece asıl alacak için değil, asıl alacağa bağlı hakların da korunmasıyla, sübjektif hakkın tam olarak yerine getirilmesini mümkün kılmaktadır. Sonuç olarak, belirsiz alacak davası ile davacı, bir yandan sübjektif hakkına tam olarak ulaşabilmekte, diğer yandan ise bu hakka ulaşmak için gereksiz masraflar yapması¹¹⁶ önlenmektedir.

Belirsiz alacak davası, alacaklının maddi hukuktan doğan alacağına tam olarak kavuşabilmesi için hak arama özgürlüğü önündeki sınırlamaları gidermekte ve bu sayede etkin hukuki korumayı yerine getirmektedir. Oysa ki belirsiz alacak davasının düzenlenmesinden önceki dönemde alacak miktarının kesin olarak belirlenemediği durumlarda dahi alacaklı dava konusunun değerini mutlaka kesin olarak davanın açıldığı anda belirlenmeye zorlanmaktaydı. Belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davasının konusunu teşkil eden tüm uyuşmazlık çeşitlerinde, davacı bakımından talebin miktarının belirlenmesinde ya objektif bir imkânsızlık bulunmakta ya da bunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyeceği bir durum söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda, alacak miktarının belirlenememesi, alacaklının, ne bir ihmalinden ne de bir kusurundan kaynaklanmaktadır. Alacaklı kendisinden beklenebilecek ölçüde tüm araştırmalarına rağmen ve dürüstlük kuralı çerçevesinde alacağın miktarını belirleyememektedir. Bu durumda dahi alacaklıyı, alacak miktarını kesin olarak belirleyerek dava açmaya zorlamak, hak arama özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır. Hak arama özgürlüğü, Anayasa ve uluslararası anlaşmalarla

¹¹⁵ LÜKE, Rn. 142, s. 138.

¹¹⁶ Belirsiz alacak davası, davanın açılması anında davacının karşılaşacağı yargılama giderleri riskini tamamen veya kısmen ortadan kaldırmaya yarayan enstrüman olarak kabul edilmektedir (MEIER, Isaak, Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos, HAVE Haftpflichtprozess 2010, s. 13).

güvence altına alınmıştır¹¹⁷. Alacaklı, alacak miktarını kesin olarak belirleyemediği durumlarda, yanlış değerlendirme yapacağı endişesiyle dava açmaktan kaçınabilir. Bu ise hak arama özgürlüğünü daraltan ve zorlaştıran bir aykırılık teşkil etmektedir. Hak arama özgürlüğünün tam anlamıyla yerine getirilebilmesi, alacaklının, alacağının miktarını belirlemeye yarayan bilgi ve belgelere sahip olabilmesi koşuluna bağlıdır¹¹⁸. Belirsiz alacak davasında alacaklı, alacağının miktarını belirlemeye yarayan bilgiye iki şekilde ulaşabilmektedir. Bunlar, karşı tarafın veya üçüncü kişiler elindeki bilgi ve belgeler ile alacağın miktarını belirlemeye yarayan bilirkişi raporlarıdır. Bu nedenle davacının yargılama sırasında bunlara ulaşması ve buna göre alacak miktarını yargılama sırasında belirlemesi hak arama özgürlüğünün bir gereğidir.

Anayasa'nın 40. maddesinde, anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı bulunduğu kabul edilmiştir. Mahkemeye başvurma hakkı, somut olayın özelliklerinden dolayı zorlaştırılmamalıdır¹¹⁹. Çünkü hak arama özgürlüğünün etkin şekilde korunması, hak ihlallerine karşı hukuki yollara başvurma imkânının ve hakkının sağlanmasına bağlıdır¹²⁰. Alacaklının dava açıldığı anda belirleyemediği alacağı da mülkiyet haklarındanadır. Bu nedenle, alacağın miktarının belirlenemediği durumlarda, davacıya önce alacağını belirleme şart koşulmadan, dava açma hakkı tanınmalıdır. Böylelikle, belirsiz alacak davası ile Anayasa'nın 40. maddesinde öngörülen etkin hukuki koruma da sağlanmış olmaktadır.

Belirsiz alacak davasının diğer bir amacı da usul ekonomisini yerine getirmektir¹²¹.

¹¹⁷ Bknz: § 8, A.

¹¹⁸ GÜRAN, Sait, Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu, Anayasa Mahkemesi'nin 30. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26-27 Nisan 1992 Ankara, s. 29.

¹¹⁹ AKKAN, Mine, Medeni Usûl Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER, S. 6, Y. 2007/1, s. 35.

¹²⁰ AKKAN, s. 37.

¹²¹ MEIER, belirsiz alacak davasının amacı olarak doktrinde alacaklının yargılama giderleri rizikosununu önemli derece azaltmasını göstermektedir (s. 13). Aynı yönde: MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 1, s. 197; PEKCANITEZ, s. 27-28. Kanaatimizce belirsiz alacak davasının amacı usûl ekonomisine hizmet etmekle beraber, davacının yargılama giderleri rizikosunu azaltmak değildir. Belirsiz alacak davasında, davalının yargılama giderleri rizikosunun önemli ölçüde ortadan kalkması bu davanın doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Nitekim gerek İsviçre gerekse Alman usûl kanunlarında yargılama giderleri bakımından belirsiz alacak davasının açıldığı durumlarda, davacıyı koruyucu hükümler bulunmaktadır (İHMK m. 107; AHMK, m. 92). Bu hükümlere rağmen, her iki hukuk sisteminde de belirsiz alacak davası kabul edilmektedir. Bknz.: § 4, C; § 11, H, I, 4.

Usul ekonomisi ilkesi, Anayasa'nın 141. maddesinde ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenmiştir. Usul ekonomisi ilkesine göre, davaların makul sürede ve gereksiz gider yapılmaksızın bitirilmesi gerekir¹²². Belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanınmaması ile yargılama sırasında talebin miktarının belirlenmesi için ıslah yapılmasına ihtiyaç olmadığı için gereksiz gider yapılması önlenmiş olacaktır. Aynı yargılamada alacak miktarı ıslah ile belirlenmediği durumlarda bu tür alacaklar bakımından ikinci bir davanın açılması ihtiyacı belirsiz alacak davası ile önlenmiştir. Bu nedenle, belirsiz alacak davası, usul ekonomisi ilkesinin yerine getirilmesine de hizmet etmektedir. Ayrıca, belirsiz alacak davası, alacağın tümünün tek bir dava ile hüküm altına alınmasını sağladığından, ikinci bir davanın açılmasına gerek olmadığı için, yargıya olan güveni ve hukuki güvenliği zedeleyecek çelişkili kararların verilmesi ihtimali de bertaraf edilmiş olmaktadır.

¹²² Bknz.: § 8, B, IV.

§ 3. İSVİÇRE, ALMAN VE TÜRK HUKUKUNDA GENEL OLARAK BELİRSİZ ALACAK DAVASI

A. İsviçre Hukukunda Belirsiz Alacak Davası

I. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan Önceki Durum

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanunu'ndan önce, İsviçrede federal olarak kabul edilmiş bir usul kanunu bulunmayıp, her Kanton'un ayrı bir usul kanunu bulunmaktaydı. Bu nedenle belirsiz alacak davası bakımından Kanton usul kanunlarıyla uygulamalarında farklılıklar bulunmaktaydı.

İsviçre hukukunda, belirsiz alacak davasının dinlenebilir olup olmadığı Alman hukukuna oranla pek bir tartışma konusu yapılmamıştır¹²³. Belirsiz alacak davasına bazı Kanton usul kanunlarında açıkça izin verilirken, bazılarında ise yargılama giderlerine ilişkin düzenlemelerde belirsiz alacaklar ifade edilmekteydi. Buna karşın bazı Kantonlarda her halükarda davacının talebini belirlemesi gerektiği düzenlenirken, bazılarında ise bu konuda bir hüküm bulunmamaktaydı. Her ne kadar İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan önce, Kanton usul kanunlarında farklı düzenlemeler kabul edilmiş olsa da, Federal hukukta, gerek Patent Kanunu'nun 73. maddesinin ikinci fıkrasına göre, gerekse Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasına göre, zarar gören alacaklının, zararın miktarını belirleyemediği durumlarda belirsiz alacak davası açılabilmesine ilişkin maddi hukuk dayanakları bulunmaktaydı. Bu durumlarda Federal Mahkeme, kanton hukukunda belirsiz alacak davasına tamamen izin verilmemesini, Federal hukuka aykırı görmekteydi¹²⁴. Çünkü kanton usul kanunlarında, belirsiz alacak davasının düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, Kantonların, söz konusu durumlarda Federal hukukun kanton hukukları karşısındaki üstün gücü nedeniyle (wegen der derogatorischen Kraft des

¹²³ LOOSLI, konuyu inceleyen yazarların, sadece kanuni düzenleye bağlı kalarak incelemede bulduklarını; kanuni düzenlemenin bulunduğu Kantonlarda da yargı kararlarında belirsiz alacak davasının dinlenebilir olma nedenlerin tartışma konusu yapılmadığını ; daha çok bu davanın kabul edilmesi kanuni düzenleme ve yıllardan beri gelen uygulamaya bağlandığını ifade etmektedir (s. 12).

¹²⁴ BGE 116 II 215.

Bundesrechts)¹²⁵ belirsiz alacak davasının açılmasına izin vermesi gerektiği kabul edilmektedir¹²⁶. Kanton usûl hukuklarının, Federal medeni kanunların uygulanmasına engel olmaması ve onların anlam ve ruhuna aykırı olmaması gerektiğini ifade eden Federal Mahkeme, usûl hukukunun amacının maddi hukuktan doğan hakların gerçekleştirilmesi olduğuna göre, bunu zorlaştıracak usul kurallarının Federal yasaya uygun olmadığını ifade etmişti¹²⁷. Böylece Federal Mahkeme, yıllardan beri gelen uygulamasıyla, belirsiz alacak davasının açılabileceğini desteklemişti¹²⁸. Federal Mahkeme özellikle İsviçre Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasına göre¹²⁹, zararın miktarının ispatlanmasının imkânsız olduğu ve bu nedenle hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda, belirsiz alacak davasının açılabileceği kabul edilmektedir¹³⁰. Bununla beraber Federal Mahkeme, sadece hâkime takdir tanınan durumlarda değil ayrıca talep miktarının delillerin incelenmesinden sonra belirli hale gelebildiği veya talep sonucunun belirlenebilir olmasının davalıdaki bilgi ve belgelere bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanımaktaydı¹³¹. Bunların yanı sıra doktrinde, davacının dava açtığı anda talebinin miktarını belirlemesi kendisinden beklenemeyecek veya imkânsız olduğu durumlarda da belirsiz alacak davasının açılabileceği kabul edilmekte¹³²; İsviçre Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasını da buna dayanak olarak gösterilmektedir¹³³.

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce de belirsiz alacak davasının açılması durumunda, davacının asgari değeri dava dilekçesinde göstermesi gerektiği kabul edilmektedir¹³⁴. Aynı şekilde davacının, davasını normal bir eda davasında olduğu gibi somutlaştırması, yani hukuki ilişkiyi tam olarak ortaya koyması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁵.

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: LOOSLI, s. 47 vd..

¹²⁶ LOOSLI, s. 73.

¹²⁷ BGE 116 II 215; BGE 115 II 131.

¹²⁸ BGE 131 III 240.

¹²⁹ TBK m. 50/2.

¹³⁰ BGE 131 III 240; BGE 116 II 215.

¹³¹ BGE 123 III 140; BGE 116 II 215.

¹³² LOOSLI, s. 7; LIEBSTER, s. 104.

¹³³ LIEBSTER, s. 104.

¹³⁴ VOGEL, s. 63; LIEBSTER, s. 166; WALDMANN, davacının asgari değer ya da en üst değer yahut yaklaşık değer göstermesi gerektiğini ifade etmektedir (WALDMANN, Yves, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Basel 2009, s. 277).

¹³⁵ LOOSLI, s. 87.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Kanton usul kanunlarında, talep sonucunun kesin olarak belirli olmasının zorunluluğu ve buna bağlı olarak belirsiz alacak davasına ilişkin hükümler farklı şekilde düzenlenmişti. Örneğin, Solothurn ve Obwalden Kantonlarının usul kanunlarına göre davacı, para alacağına ilişkin taleplerinde, talebini rakamsal olarak belirlemeliydi (Solothurn HMK, m. 130/1; Obwalden HMK, m. 120/1). Ancak davacı, yargılamanın başlangıcında, talebinin üst miktarını rakamsal olarak belirleyemediği durumlarda, talebini delillerin incelenmesinden sonra rakamsal olarak belirleyebileceği veya hâkimin takdirine göre belirlenmesini isteyebileceği düzenlenmekteydi (Solothurn HMK, m. 130/2; Obwalden HMK, m. 120/2).

Glaurus Kantonunda ise, davacı kural olarak para alacaklarına ilişkin bir dava açtığı anda, bunu rakamsal olarak belirlemek zorundaydı (Glaurus HMK, m. 74/1, c. 2). Ancak davacı, davanın açıldığı anda talebini belirleyemediği durumlarda, alacak miktarını en geç delillerin incelenmesi aşamasından sonra belirleyebilmekteydi (Glaurus HMK, m. 74/2). Davacı, talebini karşı tarafın vereceği bilgilerden sonra belirleyebiliyorsa, bu durumda da karşı tarafın verdiği bilgilerden sonra talebini belirleyebilirdi (Glaurus HMK, m. 74/3).

Lozan ve St. Gallen Kantonlarında¹³⁶ da, kural olarak davacının talebinin üst sınırını rakamsal olarak belirlemesi gerektiği kabul edilmişti (Lozan HMK, m. 92/1; St. Gallen HMK m. 65/1). Ancak, davacının talebinin üst sınırının belirli olması delillerin incelenmesinden sonra mümkünse, bu durumlarda davacı talebini delillerin incelenmesinden sonra belirli hale getirebilirdi (Lozan HMK, m. 92/2; St. Gallen HMK m. 65/2).

Zürih Kantonunda ise, belirsiz alacak davasına ilişkin düzenlemelere hem davanın değiştirilmesine ilişkin 61. maddede hem de yargılama giderlerinden sorumluluğun düzenlendiği 64. maddede yer verilmiştir. Zürih Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61. maddesine göre, davacı, davanın açıldığı tarihte talebini rakamsal olarak belirleyemiyorsa, en geç delillerin incelenmesinden sonra talebini belirleyebilmekteydi (Zürih HMK m. 61/2). Yargılama giderlerinin paylaşılmasına

¹³⁶ Aynı şekilde: Bern Kantonu, HMK m. 157; Zürih Kantonu, HMK m. 106-107.

ilişkin 64. maddeye göre, taraflar kural olarak haklılık oranlarına göre yargılama giderlerinden sorumludurlar (Zürich HMK m. 64/2; Ayrıca bakınız: Zürich HMK m. 64/1). Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, davacı talebini tam olarak belirleyemediği durumlarda açtığı davada ilke olarak haklı bulunduğu takdirde hâkim, yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin kuraldan ayrılabilirdi. Bu ise tazminat miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda uygulama alanı bulmaktaydı¹³⁷. Çünkü diğer durumlarda, davacı delillerin incelenmesinden sonra talebini belirlemelidir.

Schaffhausen, Schwyz, ve Zug kantonlarının usul kanunlarında ise, yargılama giderlerine ilişkin hükümlerde, alacaklı, talebini (talep miktarını) tam olarak dava açarken belirleyebilecek durumda değilse, davası kısmen reddedilse bile yargılama giderlerinden ya tamamen ya da kısmen sorumlu tutulmayabilir, yargılama giderleri davalıya kısmen veya tamamen yükletilebilirdi (Schaffhausen HMK, m. 254; Scwyz HMK, m. 59/3 HMK; Zug HMK, m. 38/3).

Aargau ve Uri Kantonlarında ise, para alacaklarına ilişkin taleplerde para alacağının miktarı rakamsal olarak belirli olmak zorundaydı (Aargau HMK, m. 168/1; Uri HMK, m. 86/2, c. 1). Eğer alacaklı, bunu kesin olarak belirleyemiyorsa, uygun bir miktarın belirlenmesini hâkimin takdirine bırakabilmekte; ancak bu durumda dahi davacı, talebinin üst sınırını belirtmek zorundaydı (Aargau HMK, m. 168/2; Uri HMK m. 86/2, c. 2, 3). Hâkim bu miktara bağlı olarak takdir yetkisini kullanabilmekteydi¹³⁸.

Freiburg kantonunda ise, belirsiz alacak davasının açılıp açılmayacağına ilişkin gerek dava dilekçesinin içeriğinde gerekse delillerle yargılama giderlerine ilişkin hükümlerde herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı.

Kanton uygulamalarındaki farklılık, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile giderilmiştir. Söz konusu kanunun 85. maddesinde yargılamanın başlangıcında, alacak miktarının üst sınırının rakamsal olarak belirlenemediği durumlarda, belirsiz alacak davasının açılabilmesine imkân tanınmıştır.

¹³⁷ LOOSLI, s. 30.

¹³⁸ MEIER, s. 26.

II. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Düzenleme

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 121. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre dava dilekçesinde talep sonucu; (c) bendine göre dava konusunun değeri gösterilmelidir. Aynı kanunun 84. maddesinde ise, hem para alacakları bakımından hem de diğer alacaklara ilişkin taleplerin dava dilekçesinde belirlenebilir olması yeterli olmayıp, eda davası açılacağı durumlarda talebin mutlaka belirli olması, para alacağına ilişkin eda davalarında ise talebin rakamsal olarak belirlenmesi gerektiğini düzenlemiştir¹³⁹. Bu, davacı bakımından bir yükümlülüktür. Ancak davacının her durumda, davanın açıldığı anda talep sonucunu rakamsal olarak kesin belirlenmesi yükümlülüğünü yerine getirmesi, kendisinden beklenemeyecek kadar zordur. Çünkü davacı bazı durumlarda gerekli tüm özeni gösterse dahi, talebinin tamamını belirleyebilecek durumda değildir. Belirsiz alacak davası işte bu durumlara çare olan bir dava türü olarak kabul edilmiştir¹⁴⁰.

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84-90. maddeleri arasında dava türleri sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki bu sayma tahdidi değildir¹⁴¹. Söz konusu kanunun 85. maddesi, rakam olarak belirlenmemiş alacaklara ilişkin alacak davasını (unbezifferte Forderungsklage) düzenlemiştir. Para alacakları, ancak rakamsal olarak ifade edildiği takdirde belirli hale gelebilir. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeye göre, söz konusu dava, sadece para alacaklarına ilişkinmiş gibi bir sonuç doğursa da daha önce ifade edildiği üzere doktrinde para alacakları dışında da bu davanın açılacağı kabul edilmektedir¹⁴².

İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 85. maddesine göre¹⁴³,

“(1) Davacının alacak talebini yargılamanın başında rakamsal olarak belirlemesi imkânsız veya kendisinden beklenemez ise, rakam olarak belirlenmemiş alacak davası açabilir. Bununla birlikte davacı, dava konusunun geçici değeri olarak asgari bir değer göstermek zorundadır.

¹³⁹ MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 84, Rn. 2, s. 195.

¹⁴⁰ OBERHAMMER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Art. 85, Rn. 1, s. 498.

¹⁴¹ OBERHAMMER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Art. 84, Rn. 1, s. 486.

¹⁴² OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 11, s. 377.

¹⁴³ Ayrıca bkz.: KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem, Tespit Davaları, İstanbul 2010, s. 148; YILMAZ, s. 734'deki dn. 6; PEKCANITEZ, s. 22.

(2) Davacı delillerin incelenmesinden sonra veya davalı tarafça verilen bilgidен sonra alacak miktarını rakam olarak belirleme durumunda olur olmaz, talebini rakamsal olarak belirlemelidir. Dava konusunun değeri, görev sınırını aştığı durumlarda dahi, davanın açıldığı mahkeme görevli olmaya devam eder.”

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinin birinci fıkrasında, hangi durumlarda belirsiz alacak davasının açılabilceğı düzenlenmiştir. Buna göre davacının, yargılamanın başında, alacak miktarını belirlememesi imkânsız veya kendisinden bu beklenemeyecek ise belirsiz alacak davası açılabilir. Belirsiz alacak davası açan davacı, gerek görevli mahkemenin tespiti gerekse yargılama usulünün belirlenmesi için, geçici bir miktarı dava konusunun değeri olarak dilekçesinde göstermelidir¹⁴⁴.

İkinci fıkraya göre davacı, alacak talebinin miktarını rakamsal olarak belirleyebildiği anda bunu yerine getirmelidir. Söz konusu fıkraya göre, davacı alacak miktarını ya delillerin incelenmesinden sonra ya da karşı tarafça verilen bilgidен sonra belirleyebilmektedir. Buna göre özellikle, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84. maddesinin ikinci fıkrasına göre, para alacaklarına ilişkin taleplerin dava açarken kesin olarak dilekçede gösterilmesi zorunluluğı, belirsiz alacak davasının söz konusu olduğu durumlarda, yargılama sırasında yerine getirilmekte olup başlangıçtaki eksiklik telafi edilmektedir. İkinci fıkranın son cümlesi, davacının talep sonucunu belirledikten sonra, talebin miktarı görev sınırını aşsa dahi geçici miktara göre davanın açıldığı mahkemenin görevsizlik kararı veremeyeceğı, davaya bakmakla görevli olduğu düzenlenmiştir¹⁴⁵.

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesine göre, belirsiz alacak davası iki şekilde söz konusudur. Bunlardan ilki, alacak miktarının karşı tarafın verdiği bilgi sonucu belirlenebildiği durumlarda belirsiz alacak davası; diğeri ise delillerin incelenmesinden sonra alacak miktarının belirlenebilir olduğu durumlarda belirsiz alacak davasıdır. Belirsiz alacak davasının bu iki türü doktrinde de tartışmasız kabul edilmekle birlikte, bazı yazarlar üçüncü tür olarak, özellikle zararın miktarının veya alacak miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda da belirsiz alacak

¹⁴⁴ MEIER, s. 12.

¹⁴⁵ Bknz: § 11, A, I.

davasının açılabileceğini kabul etmektedirler¹⁴⁶. Bunun en tipik örneği ve Federal Mahkeme kararlarında da kabul edileni, zararın miktarının belirlenmesine ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin 2. fıkrası gösterilmektedir. Doktrinde de alacak miktarının belirlenmesi hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda belirsiz alacak davasının açılabilmesi, özellikle İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinin bunu engelleyici bir hüküm olmadığı ileri sürülmektedir¹⁴⁷.

B. Alman Hukukunda Belirsiz Alacak Davası

Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesinde dava dilekçesinin içeriği düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendine göre davacı, dava konusu olarak belirli bir talebini ve bu talebin dayanağı somut vakıaları dava dilekçesinde göstermek zorundadır. Davacının talebi para alacağına ilişkin ise, doktrinde kabul edildiği üzere davacı kural olarak para alacağının miktarını rakamsal olarak belirleyerek, dava dilekçesinde göstermelidir¹⁴⁸. Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık belirsiz alacak davasının dinlenebilirliği hususunda bazı yazarlar¹⁴⁹ olumsuz görüş bildirmelerine rağmen, doktrininde hâkim görüş belirsiz alacak davasının açılabilmesine yöneliktir¹⁵⁰.

¹⁴⁶ MEIER, s. 21; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 63, s. 132; MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 5, s. 197; LOOSLI, s. 11; OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 376-377; LIEBSTER, s.104.

¹⁴⁷ MEIER, s. 22.

¹⁴⁸ BERNHARDT, s. 213; MERTINS, s. 47; BERG, s. 83; BLECHSCHMID, s. 1.

¹⁴⁹ MENGES, s. 159; BULL, s. 95 vd.; GERSTENBERG, Eike Markus, Der unbezifferte Klageantrag und der Dornröschlaf des § 92 II ZPO, Neue Juristische Wochenschrift 1988, s. 1352 vd.; KERN, s. 52 vd.; RÖHL, Klaus F., Der Unbezifferte Klageantrag, Zeitschrift für Zivilprozess, 85. Band, Heft 1, 1972, s. 52 vd.; UBERT, s. 85.

¹⁵⁰ ALLGAIER, Edwin, Nochmals: "Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen" Versicherungsrecht 1987, s. 31 vd.; BÄHR, VersR 1986, s. 533; BERNHARDT, s. 212 vd.; BLECHSCHMID, s. 47; BLOMEYER, § 43 II, s. 253; BUTZER, Hermann, Prozessuale und kostenrechtliche Probleme beim unbezifferten Klageantrag, Monatsschrift für deutsches Recht 1992, s. 539 vd.; DUNZ, Walter, Zur Praxis des unbezifferten Leistungsantrags, Neue Juristische Wochenschrift 1957, s. 1661 vd.; DUNZ, s. 1734 vd.; FRAHM, Wolfgang, Keine Beschränkung durch § 308 Abs. s. 1 ZPO beim unbezifferten Schmerzensgeldantrag - Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 30.4. 1996 (VI ZR 55/95) VersR 96, 990-, Versicherungsrecht 1996, s. 212 vd.; FUCHS, s. 559 vd.; GERLACH, von Jürgen, Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen, Versicherungsrecht 2000, s. 525 vd.; GREGER, in Zöller, § 253, Rn. 14, s. 838; HUSMANN, Johann Hermann, Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen- Eine Kritik der Rechtsprechung des BGH, Versicherungsrecht 1985, s. 715 vd.; HUSMANN, Johann Hermann, Der unbezifferte Klageantrag als Abwehrrecht gegen unbillige Kostenlast und die Kostenvorschrift des § 92 II ZPO, Neu Juristische Wochenschrift 1989, s. 3126 vd.; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 5, s. 163; LÜKE, Rn. 142, s. 137-138; MELISSINOS, s. 147 vd.; MÜLLER, JurBüro 2001, s. 119 vd.; MUSIELAK, Rn. 67, s. 41; PAULUS, Rn. 190, s. 67;

Alman hukukunda belirsiz alacak davasının tarihi gelişimine bakacak olursak¹⁵¹, ilk olarak İmparatorluk Mahkemesi bazı durumlarda alacaklının talebini rakamsal olarak belirlemesindeki zorluklar nedeniyle, alacaklının talebini rakamsal olarak belirlemeden de dava açılabilceğini kabul etmiştir¹⁵². İmparatorluk Mahkemesi, 28.6.1888 tarihli kararında, alacaklının talebini rakamsal olarak belirleyemeyeceği durumlarda, alacaklıdan dava dilekçesinde, talebinin miktarını rakamsal olarak gösterilmesini aramamış; bunun yerine alacaklının talebini hiç bir kuşkuya yer vermeyecek şekilde bireyselleştirmesini sağlayacak dava konusunu ve dava konusu talebin dayanaklarını dava dilekçesinde gösterilmesini yeterli saymış, talep miktarının hâkim tarafından veya ihtiyaç duyulduğu takdirde bilirkişi tarafından belirlenmesine imkân tanıyacak şekilde düzenlenmesini yeterli saymıştı¹⁵³. Bu çerçevede Alman İmparatorluk Mahkemesi, alacaklının talebini rakamsal olarak belirlemeksizin dava açabilmesine istisnai olarak, maddi ve manevi tazminat davalarında, talebin miktarının belirlenmesinin, delillerin sunulması ve bunların incelenmesinden sonra mümkün olduğu hallerle, talebin belirlenmesi hâkimin takdirine veya değerlendirilmesine bağlı olduğu durumlarda açılabilceğini belirtmişti¹⁵⁴.

Alman Federal Mahkemesi de İmparatorluk Mahkemesi kararlarına uygun olarak, söz konusu durumlarda alacaklının dava açarken dava dilekçesinde talebinin

PAWLOWSKI, Hans Martin, Die Problematik des unbezifferten Klageantrages, Neue Juristische Wochenschrift 1961, s. 341 vd.; PROBST, JR 1997, s. 158 vd., JR, 2000, s. 154 vd.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 38, s. 523; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 45, s. 128; RÖTTGER, Friedhelm, Die Bindung des Gerichts an den unbezifferten Zahlungsantrag, Neue Juristische Wochenschrift 1994, s. 368 vd.; RUTTLOFF, Marc, Die Angabe des Mindestbetrags bei unbeziffertem Klageantrag und das sofortige Anerkenntnis, Versicherungsrechts 2008, s. 50; SAENGER, § 253, Rn. 16, s. 607; SCHELLHAMMER, Rn. 58 vd., s. 37 vd.; SCHLOSSER, Peter, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.04.1996 (VI ZR 55/95) Juristen-Zeitung 1996, s. 1082 vd.; REICHOLD, in: Thomas/Putzo, § 253 Rn. 12, s. 429; WEILAND, Ulrich, Streitwert und Kostenentscheidung bei einer Zahlungsklage mit unbeziffertem Antrag, Das Juristische Büro 1980, s. 994 vd.; WIECZOREK, § 253; WILLMS, Die Festsetzung des Streitwerts bei unbezifferten Leistungsklage, Juristen-Zeitung 1952, s. 618 vd.; WURM, s. 65 vd.; ZEISS/SCHREIBER, Rn. 333, s. 132; ZIMMERMANN, § 253, Rn. 11, s. 486.

¹⁵¹ Roma hukukunda belirsiz alacak davası için bkz.: ÜÇER, s. 7-18; KERN, s. 5-7.

¹⁵² RGZ 10, s. 356; RGZ 21, s. 386-387; RGZ 140, 213. Bununla birlikte İmparatorluk Mahkemesi, davacının talep sonucunu rakamsal olarak belirleyerek dava açmasının esas olduğunu, belirsiz alacak davasının tazminat davalarıyla sınırlı olarak açılabilceğini ifade etmiştir (RGZ 13, s. 435).

¹⁵³ RGZ 21, s. 386-387. Aynı şekilde: RGZ 10, s. 356. Bu şartlar altında açılacak olan bir belirsiz alacak davasında, davalı da kendi tarafından, talep edilen miktarı tahmin edebilecek ve buna göre gerekli tutumu alabilecektir (RGZ 10, s. 356).

¹⁵⁴ RGZ 140, s. 213.

miktârını rakamsal olarak göstermeden de dava açabileceğini kabul edilmektedir¹⁵⁵.

Alman hukukunda alacaklının talebini rakamsal olarak belirlemeden dava açabileceği durumlar istisnai olarak kabul edilmektedir. Bunun için, davacının dava açarken talebini rakamsal olarak belirlemesinin ya imkânsız olması¹⁵⁶ ya da talebin belirlenmesinin davacıdan beklenemeyeceği bir durumun söz konusu olması gerekir¹⁵⁷. Bu tür durumlar ise, özellikle maddi ve manevi tazminat davalarında, tazminat miktarının hâkimin takdirine veya değerlendirmesine bağlı olduğu durumlarla¹⁵⁸ tazminat miktarının belirlenmesi için delillerin gösterilmesi ve incelenmesi (özellikle bilirkişi incelemesi yapılması) gereken durumlarda söz konusudur¹⁵⁹.

Alman hukukunda davacının dava açarken asgari değer göstermesi gerekip gerekmediği ve bu asgari değere bağlanan sonuçlar tartışmalıdır¹⁶⁰. Alman Federal Mahkemesi, 02.02.1999 tarihli kararında, belirsiz alacak davasının şartları arasında, davacının asgari değer veya yaklaşık değer göstermesi zorunluluğunun bulunmadığını ifade etmiştir¹⁶¹. Bununla beraber, doktrinde asgari değere bağlanan

¹⁵⁵ BGHZ 4, 141; BGH, NJW 1967, s. 1421; BGH, NJW 1969, s. 1427-1928; BGH, VersR 1992, s. 374.

¹⁵⁶ BRUNS, s. 70.

¹⁵⁷ BGH, NJW 1967, s. 1421; BGH, NJW 1970, s. 281; VersR 1970, s. 83; BGH, NJW 2002, s. 3769; BECKER-EBERHARD, in MünchKommZPO, § 253, Rn. 117, s. 1371; REICHOLD, in Thomas/Putzo, § 253, Rn. 12, s. 429; WURM, s. 66; RUTTLOFF, s. 50; SCHILKEN, Rn. 211, s. 105; PRECHTEL/OBERHEIM, Rn. 471, s. 148; BLOMEYER, § 43 II, s. 252; POHLMANN, Rn. 29, s. 58; BERGERFURTH, Rn. 105, s. 66; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 37, s. 125; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 98, s. 105; FOERSTE, in Musielak Komm ZPO, § 253, Rn. 34, s. 851.

¹⁵⁸ WURM, s. 66; PRECHTEL/OBERHEIM, Rn. 471, s. 148; FÖRSCHLER/STEINLE, Rn. 349, s. 99; BECKER-EBERHARD, in MünchKommZPO, § 253, Rn. 122, s. 1372; SCHÖNKE/KUCHINKE, § 41 II, s. 193; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 5, s. 163; MUSIELAK, Hans-Joachim, Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, 3. Aufl., München 2008, § 308, Rn. 16, s. 1858; SCHELLHAMMER, Rn. 35, s. 27; BGH, NJW 1967, s. 1421; BGH, NJW 1969, s. 1428

¹⁵⁹ BGH, NJW 1967, s. 1421; BERG, s. 83; FUCHS, s. 560; ADOLPHSEN, Rn. 13, s. 99; PANTLE, Rn. 170, s. 88; CRAUSHAAR, § 12, Rn. 54; REICHOLD, in Thomas/Putzo, § 253, Rn. 12, s. 429; BECKER-EBERHARD, in MünchKommZPO, § 253, Rn. 122, s. 1372; GRUNSKY, Rn. 109, s. 94; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 98, s. 105. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 38, s. 523. Alman hukuku uygulamasında hangi uyumsuzluk için belirsiz alacak davasının açıldığı için bkz.: MENGES, s. 1 vd.; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 47 vd., s. 130 vd.; BECKER-EBERHARD, in MünchKommZPO, § 253, Rn. 122, s. 1372; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 104-107, s. 108-109; FOERSTE, in Musielak Komm ZPO, § 253, Rn. 35, s. 851; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 40, s. 524.

¹⁶⁰ Bknz: §10, B, III, 2, a.

¹⁶¹ BGHZ 140, s. 341 (BGH, NJW 1999, s. 1339-1340); BGH, NJW 1996, s. 2425, 2427; REICHOLD, in Thomas/Putzo, § 253, Rn. 12, s. 429; GERLACH, s. 525, 527; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 102, s. 107. Alman Federal Mahkemesi, daha önceki kararlarında,

sonuçlar farklı olarak değerlendirilmiş olsa da, baskın görüşe göre belirsiz alacak davası açan davacının mutlaka asgari değer (veya yaklaşık değer yahut belli aralıklarda bir değer) göstermesi gerekmektedir¹⁶². İmparatorluk Mahkemesi kararlarında ve daha sonra Alman Federal Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, davacı talebini rakamsal olarak belirleyemediği durumlarda, belirsiz alacak davası açıldığında, talebinin dayanağı olan maddi vakıaları ve bu vakıaların delillerini mahkemeye sunmak zorundadır. Yani, Alman hukukunda da davacı belirsiz alacak davası açarken, hukuki ilişkiyi ortaya koymak zorundadır¹⁶³.

C. Türk Hukukunda Belirsiz Alacak Davası

I. Genel Olarak

1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde, belirsiz alacak davası açık olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeyi incelemeyi incelemeyi önce, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabulünden önceki duruma ve belirsiz alacak davasının kabulünden önce belirsiz alacakların nasıl dava konusu yapıldığına değinmekte yarar görmekteyiz.

belirsiz alacak davasının dinlenebilirliği için davacının asgari değer (yaklaşık değer) göstermesini zorunlu kabul etmekteydi. Söz konusu asgari değer, davanın kabulü, dava konusunun değerinin tespiti ve kanun yoluna başvuru için gerekli olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde: NJW 1982, s. 340; NJW 1984, s. 1807, s. 1809; NJW 1992, s. 312. Ayrıntılı bilgi için bkz.: §10, B, III, 2, a, bb, aaa.

¹⁶² BECKER-EBERHARD, in MünchKommZPO, § 253, Rn. 121, s. 1372; PAWLOWSKI, s. 341 vd.; PAULUS, Rn. 190, s. 67; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 5, s. 163; MUSIELAK, Rn. 67, s. 41; ZEISS/SCHREIBER, Rn. 333, s. 132; RUTTLOFF, s. 50; ALLGAIER, s. 31; WEILAND, s. 995; STEINLE, s. 425; POHLMANN, Rn. 29, s. 58; ADOLPHSEN, Rn. 13, s. 99; GREGER, in Zöller, § 253, Rn. 14, s. 838; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 45, s. 130, Fn. 72; MUSIELAK, Rn. 67, s. 41; PANTLE, Rn. 171, s. 88; ZIMMERMANN, § 253, Rn. 11, s. 486; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 253, Rn. 67, s. 992. MÜMMLER, aksi takdirde, hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde bunun gösterilmesini talep edeceğini ifade etmektedir (MÜMMLER, D. A., Streitwert der unbezifferten Leistungsklage, Das Juristische Büro 1985, s. 652'deki dn. 21). Aynı yönde: BERG, s. 85; FUCHS, s. 561. Karş.: SCHNEIDER, s. 993; HUSMANN, s. 719.

¹⁶³ BGH, NJW 1974, s. 1551; BGH, NJW 1970, s. 281-282; BGH, NJW 2002, s. 3769; MENGES, s. 2-3; PAULUS, Rn. 190, s. 67; ZEISS/SCHREIBER, Rn. 333; PANTLE, Rn. 171, s. 88; BLOMEYER, § 43 II, s. 252; ADOLPHSEN, Rn. 13, s. 99; FÖRSCHLER/STEINLE, Rn. 349, s. 99; GREGER, in Zöller, § 253, Rn. 14, s. 838; BECKER-EBERHARD, in MünchKommZPO, § 253, Rn. 121, s. 1372; REICHOLD, in Thomas/Putzo, § 253, Rn. 12, s. 429; ZIMMERMANN, § 253, Rn. 11, s. 487; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 45, s. 130; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 98, s. 105; LÜKE, Rn. 142, s. 138. Aksi takdirde, hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde, açıklama yaptıracağı ifade edilmektedir (BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 253, Rn. 65, s. 991).

II. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Kabulünden Önceki Dönem

1. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Kabulünden Önceki Durum

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan önce belirsiz alacak davası ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamakla beraber, belirsiz alacaklar bakımından da dava açılabilmesine ilişkin çeşitli düzenlemeler görmek mümkündür. Mecelle-i Ahkâmı Adliyye¹⁶⁴ (Mecelle)'de kural olarak dava konusunun ve dava konusunun değerinin belirli olması kabul edilmiştir. Ancak, 1862 (1278) tarihli Usulü Muhakeme-i Ticariye Nizamnamesi'nin 98. maddesi ile 1879 (1295) tarihli Usûl-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nun 175. maddesindeki düzenlemeler, kısmen de olsa belirsiz alacak davasıyla benzerlikler göstermektedir.

Mecelle-i Ahkâmı Adliyye¹⁶⁵ (Mecelle)'de dava konusunun belirli olması şart kılınmıştı (Mecelle m. 1619). Dava konusu, dava konusu şeyin ayırt edici özelliğinin gösterilmesi ile belirli olduğu kabul edilmişti (Mecelle m. 1620)¹⁶⁶. Dava konusu taşınır mala ilişkinse ve yargılama sırasında mahkemede hazır değilse, ayrıca kıymetinin de bildirilmesi; alacak ise bunun da miktarının bildirilmesi gerekliydi (Mecelle m. 1620). Dava konusu, menkul malın aynına ilişkin ise ve mahkemede hazır değil ve masrafsız olarak da hazır edilmesi mümkün değilse, bu durumda da davacı menkul malın kıymetini bildirmeliydi (Mecelle m. 1620). Ancak bu kurala bir istisna getirilmişti. Gasb ve rehin davalarında, menkul malın kıymetinin bildirilmesi gerekmemektedir¹⁶⁷. Örnek olarak da, “*Meselâ bir zümriid yüzüğümü gasb etti dese ve kıymetini beyan etmese ve hatta kıymetini bilmem dese bile da'vası sahih olur*” denilmişti (Mecelle m. 1621). Yani davacının, dava konusu yaptığı şeyin ayırıcı özelliklerini bildirmesi yeterli olup dava konusu şeyin değerini bildirmesine gerek duyulmamıştı. Dava konusu para borcu ise, davacı paranın cinsini, türünü, vasfını ve

¹⁶⁴ Mecelle'nin Latin harfleriyle basılmış bir metni için bkz. Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, metni kontrol ve Lûgatçeyi hazırlayan, Ali Hikmet BERKİ, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1959.

¹⁶⁵ Mecelle'nin Latin harfleriyle basılmış bir metni için bkz.: BERKİ, Ali Hikmet (Metni Kontrol ve Lûgatçeyi Hazırlayan), Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1959.

¹⁶⁶ Mecelle'deki bu hükümlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiye Kamusu, C. 6, İstanbul 1952, s. 313-317.

¹⁶⁷ BİLMEN, s. 314.

miktarını bildirmeliydi (Mecelle m. 1626).

Sonuç olarak Mecelle’de belirsiz alacak davasına ilişkin bir düzenleme mevcut değil; aksine dava konusunun ve miktarının belirli olması, dava konusu şeyin ayırıcı özelliklerini, yani cinsini, çeşidini ve vasfını da davacının dava açarken bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Özellikle para alacaklarında bu çok açık şekilde düzenlenmişti.

1278 (1862) tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Ticârete Dâir Nizamname'si Türk hukukunda kabul edilen ilk yargılama kanunudur¹⁶⁸. Söz konusu Nizamname¹⁶⁹,nin ikinci maddesine göre, dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar arasında davacının talebi de bulunmaktaydı. Nizamname’de dava türleri açıkça düzenlenmemekle birlikte, belirsiz alacakların dava yoluyla ileri sürülebileceğine dair hükümler mevcuttu. Örneğin söz konusu Nizamname’nin 55. maddesine¹⁷⁰ göre, zarar ve ziyanın giderilmesine karar verilmesiyle beraber, ne miktarda zararın giderilmesi gerektiği veya henüz miktar belli olmaması nedeniyle, talepte bulunan, sahip olduğu her çeşit mal, hak ve değerini yazılı olduğu müfredat defterini mahkemeye sunması gerekmektedir. Yani zararın miktarının tespiti daha sonra davacının vereceği müfredat defteri ile belirlenebilmekteydi.

Nizamname’nin dokuzuncu Faslı, İstinaf hakkındadır. Bu Fasılda yer alan 98. maddeye göre¹⁷¹, parasal miktarı belirsiz olan iddialar üzerine verilen hüküm ve kararlar da istinaf olunabilir. Belirsiz olan iddia, aslında kıymet takdiri yapılması mümkün olmayan veya mümkün olup da taraflarca kıymet takdiri yapılmayan talepleri ifade etmekteydi. Kıymet takdiri, davacının dava dilekçesinde veya dava sırasında tarafların ifadelerine göre belirleneceği ifade edilmekteydi. Sözü edilen

¹⁶⁸ ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usûlleri, 7. Bası, Ankara 1960, s. 11; UMAR, AYM'nin HUMK m. 87'deki Kuralın İptali Kararı Üzerine, s. 420. Kaanûnnâme-i Ticâret ve Zeyilleri için bkz.: GÜRZUMAR, Fikri/GÜRZUMAR, Tekin, (Metni Kontrol Eden: BERKİ, Ali Hikmet) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1962.

¹⁶⁹ GÜRZUMAR/GÜRZUMAR, s. 217 vd.

¹⁷⁰ 1278 tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Ticârete Dâir Nizamname madde 55: “Zarar ve ziyan i'tası hükmolunmasıyla beraber ne miktar meblağ i'ta olunacağı veyahut henüz mâlûm olmadığı sûrette müsted'isi tarafından müfredat defterinin meclise i'tası beyan ve tenbîh olunacaktır.”

¹⁷¹ 1278 tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Ticârete Dâir Nizamname madde 98: “Akçece miktarı gayr-i muayyen olan iddia üzerine terettüp eden hüküm ve karar dahi kabil-i istinaf olacaktır. Gayr-i muayyen denilen iddia gerek hadd-i zatında takdir-i kıymeti mümkün olmayan yahut mümkün olup da tarafeynden takdir-i kıymet kılınmayan müddeadan ibarettir ve takdir-i kıymet maddesi müddeinin istid'asında yahut hin-i muhakemede tarafeynin vaki' olacak ifadelerinde beyan olunur.”

hükümde, belirsiz alacaklar bakımından dava açılabilceğini belirtilmiştir. Bu davalar sonucunda verilen hükme karşı istinaf yoluna gidilebileceği açıkça düzenlendiğine göre; belirsiz alacaklar bakımından da kuşkusuz dava açılabilceğinin kabulü gereklidir. Nizamnamede sözü edilen hükümde, kıymet takdirinin de ne nasıl ve ne zaman yapılacağı düzenlenmişti. Buna göre, davacı özellikle dava açarken kıymet takdirini yapabileceği gibi özellikle dava açarken kıymet takdiri yapılamayacak durumlarda, tarafların ifadeleri sonucunda kıymet takdiri yapılabileceği düzenlenmişti. Bu düzenleme, bugünkü düzenlemede yer alan, talep sonucunun tahkikat sonunda veya karşı taraftan gelecek bilgi ve belgeler neticesinde belirlenebilir hale gelmesine benzemektedir. Burada dikkat edilirse, hükmün son cümlesinde, kıymet takdirinin sadece davacının beyanlarına göre değil tarafların denilerek davalının da beyanlarına dayanılarak yapılabileceği düzenlenmişti. Bu ise özellikle bugünkü düzenlemede yer alan, davacının tahkikat aşamasında veya karşı tarafın vereceği bilgiden sonra talep sonucunun belirlenmesine paralel bir düzenlenmedir.

1295 (1879) tarihli Usûl-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nda da Usûl-i Muhâkeme-i Ticârete Dâir Nizamname'deki düzenlenmeye benzer bir hüküm bulunmaktaydı. Söz konusu Kanun'un 175. maddesine göre de belirsiz alacaklar dava yoluyla ileri sürülebilir ve bu dava sonucunda verilen hükümlere karşı istinafa başvurulabilirdi. Aynı şekilde, belirsizlik hali ve bunun ne zaman ve nasıl giderileceği de Nizamname'nin 98. maddesine paralel olarak düzenlendiği için yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyoruz.

Usûl-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nda, Usûl-i Muhâkeme-i Ticârete Dâir Nizamname'den farklı olarak, icraya ilişkin hükümler de bulunmaktaydı. Söz konusu Kanun'un 273. maddesine göre, haczin icrası, yerine getirilebilmesi için alacak miktarının belirli olması şarttır. Böylelikle, söz konusu Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde de belirsiz alacaklar bakımından dava açılmasına imkân tanınmasına rağmen, bugünkü düzenlemede olduğu gibi, bu talep miktarını belirlemeksizin icra yoluyla takibine imkân tanınmamıştı. Alacaklı, ancak alacağını belirleyebildiği kısım için icra takibi yapabilecektir.

2. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki Durum

a. Genel Olarak

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişti. Söz konusu Kanun'un dava dilekçesinin içeriğine ilişkin 179. maddesinin ikinci bendinde, “*açık bir şekilde dava konusu*”; beşinci bendinde ise “*açık bir şekilde iddia ve savunma*”¹⁷² denilerek alacaklıdan, dava açarken talep sonucunu kesin olarak dava dilekçesinde belirlemesi istenmekteydi. 1086 sayılı Kanun'un 179. maddesinde, davacının malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değerini açıkça göstermesi gerektiği düzenlememle beraber, gerek görevli mahkemenin belirlenmesi (HUMK m. 1-8) gerekse dava açarken alınacak harçlar (HarçK m. 16, 28) için davacı dava dilekçesinde dava konusunun değerini de göstermeliydi. Dava konusunun değerinin gösterilmemiş olması durumunda, bugün olduğu gibi, Harçlar Kanunu'nun 16. maddesi gereğince, davacı önce ihtar edilmekte, daha sonra davacı değer gösterirse dilekçe kabul edilmekte; aksi takdirde dilekçe işleme konulmamaktaydı (HarçK m. 16/3). Talep sonucunun açıkça gösterilmesi ise yine dava dilekçesinin zorunlu unsurları arasında kabul edilmekteydi¹⁷³. Ayrıca Kanun'da, dilekçenin zorunlu unsurlarından birinin bulunmaması halinde bunun ancak davalı tarafından ilk itiraz olarak ileri sürülebileceği kabul edilmiş (HUMK m. 187, b.7), bu ilk itiraz üzerine mahkemenin dilekçenin iptaline karar vereceği düzenlenmişti (HUMK m. 193/1). Bununla birlikte, doktrinde dilekçede bulunması gereken zorunlu unsurların eksikliğinin her zaman dikkate alınacağı¹⁷⁴, hatta örneğin zorunlu unsurlardan sayılan mahkemenin

¹⁷² Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 179. maddesinin beşinci bendinde yer alan “*açık bir şekilde iddia ve savunma*” ibaresinin hatalı olduğu doktrinde kabul edilmekteydi. Öncelikle savunma kelimesinin gereksiz olduğu, çünkü davacının iddiası olacağı, savunması olmayacağı belirtilmiştir. Açık bir şekilde iddia deyiminden de 7.2.1945 gün ve 4/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda belirtildiği üzere açık bir şekilde talep sonucu şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir (KURU/ARSLAN/YILMAZ, 21. Baskı, s. 313). UMAR, “*açık seçik yazılmış olarak, istem*” olarak ifade etmiştir (UMAR, Bilge, İktisatçılar İçin Medeni Usûl Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ders Notları, İzmir 1973, s. 30). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesinin ikinci fıkrasında ise, “*istek sonucu*” ifadesi kullanılmıştı. Aynı yönde: BİLGE, Necip, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1965, s. 320; BİLGE/ÖNEN, s. 440; ÖNEN, s. 146; KURU, Usûl El Kitabı, s. 338; ÜSTÜNDAĞ, s. 466; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 228; POSTACIOĞLU, s. 393; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 9. Bası 241; BERKİN, s. 379.

¹⁷³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 9. Bası, s. 327; KURU/ARSLAN/YILMAZ, 21. Baskı, s. 316.

¹⁷⁴ ÜSTÜNDAĞ, s. 479. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, ilk itiraz olarak düzenlenen hükmün fiilen uygulanmasının mümkün olmadığını, dava dilekçesindeki zorunlu unsurlardaki eksikliğin

adının belirtilmemesi, tarafların adı ve soyadı ya da ünvanının gösterilmemesi gibi durumlarda hâkimin davaya bakmasının aslında mümkün olmadığı belirtilmiştir¹⁷⁵. Talep sonucun açık bir şekilde gösterilmesi de zorunlu unsurlardan kabul edilmekteydi¹⁷⁶. Çünkü davacının mahkemeden talebinin ne olduğu ancak talep sonucunun açıkça gösterilmesi halinde mümkün olabilmektedir¹⁷⁷. Böylelikle mahkeme kararını, talep sonucuna bağlı olarak ve buna uygun olarak verebilmektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yargılamaya hâkim olan ilkeler ayrı bir bölüm altında düzenlenmemiş olup, bu ilkelerin bazıları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde¹⁷⁸ ve Anayasa'da yer almakta, bazıları ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bazı maddelerinde açık veya zımni şekilde düzenlenmiştir. Örneğin herkesin adil yargılanma hakkı olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ve Anayasa'nın 36. maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Yargılamanın özellikleri çerçevesinde mümkün olduğunca, en basit, en çabuk ve en ucuz şekilde olmasını ifade eden usul ekonomisi ilkesi ise hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde, Anayasa'nın 141. maddesinde hem de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 77. maddesinde düzenlenmiştir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde de özel hukukta tasarruf ilkesi ve teksif ilkesi geçerliydi. O dönemde de, tasarruf ilkesi bugün anladığımız şekliyle, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde tasarruf edebilmelerine imkân tanımaktaydı. Bu nedenle, davacının mahkemeden yalnızca hukuki koruma talep etmesi yeterli olmayıp, ayrıca dava açarken ne yönde bir hukuki koruma istediğini de, yani açık bir şekilde talep sonucunu belirlemesi gerekirdi (HUMK m. 179, b.5). Tasarruf ilkesinin sonucu olarak hâkim, davacının talebiyle bağlı olup, talepten fazlasına hükmedemeyeceği gibi talepten farklı bir şeye de hükmedememekteydi (HUMK m. 74/I). Teksif ilkesi gereğince de, taraflar bütün iddia ve savunma nedenlerini, belirli bir usul kesitine kadar ileri sürebilirlerdi. Davaların gereksiz yere ve kötü niyetle uzatılmasına engel olması nedeniyle usul

çoğu kez hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınacağını ifade etmekteydiler (9. Bası, s. 317).

¹⁷⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 9. Bası, s. 317.

¹⁷⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 9. Bası, s. 317; KURU/ARSLAN/YILMAZ, 21. Baskı, s. 316. Karş.: ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 230.

¹⁷⁷ Bknz: § 1, A

¹⁷⁸ RG, 19.3.1954, S. 8662.

ekonomisi ilkesiyle de doğrudan bağlantılı olan teksif ilkesi gereğince, bu usul kesitinden sonra, davacı davasını davalının rızası olmaksızın genişletmemekteydi (HUMK m. 185/III). Davasını genişletmek isteyen alacaklı bu durumda sadece ıslah yoluna başvurabilmekteydi. Özellikle 1086 sayılı Kanun'un 87. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa Mahkemesinin kararı ile iptaline kadar davacı talep sonucunu dahi artıramamaktaydı¹⁷⁹.

Gerek tasarruf ilkesi gerekse teksif ilkesinin hem tarafları hem de hâkimi bağlayıcı etkileri nedeniyle, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğü döneminde belirsiz alacak davası açık bir şekilde tartışma konusu yapılmamıştır. Belirsiz alacaklar için alacaklılar Yargıtay uygulamasını da dikkate alarak çoğunlukla alacağın geri kalan kısmını saklı tutarak kısmi dava açmaktaydılar. Kısmi dava, genellikle yargılama giderleri rizikosunu nedeniyle açılmasına rağmen, bazı hallerde de alacağın miktarının belirlenememesinden kaynaklanmaktaydı. Özellikle tazminat davalarında, kısmi dava yargılama giderleri rizikosunu nedeniyle değil, alacağın miktarının belirlenememesinden dolayı açılmaktaydı. Bu durumda açılan kısmi davalarda saklı tutulan kısım, davacının alacağını belirleyemediği kısımdan başka birşey değildi. Ayrıca doktrinde, belirsiz alacaklar için alacağın tümünü tespiti yönelik bir tespit davasının da açılabilmesi kabul edilmekteydi¹⁸⁰.

b. Belirsiz Alacakların Talep Edilme Yöntemine İlişkin Görüşler ve Tam Eda Davasına Alternatif Çözüm Önerileri

Belirsiz alacak davası, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda da yer almadığı için, Meclis Genel Kurulu'nda kabul edilinceye kadar doktrinde açıkça tartışılmamıştır. Uygulamada ise, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde tenkis davaları belirsiz alacak davasının bir türü olarak karşımıza çıkmaktaydı. Tenkis davasında hâkim, davacının dava açarken gösterdiği değere bağlı olmaksızın yargılama sırasında tespit ettirdiği tenkisi tabi malların değeri davacının dava dilekçesinde gösterdiği değerden fazla ise, kendi tespit ettirdiği değere göre saklı hisseyi hesaplar ve ona göre hüküm verir. Yargıtay

¹⁷⁹ Bknz: § 2, C.

¹⁸⁰ Bknz: § 3, C, II, 2, b.

Hukuk Genel Kurulu Kararı¹⁸¹ şöyledir: “*Saklı payın hesaplanması, malların, miras bırakanın ölüm tarihindeki değerinin tespiti ile mümkündür. Malların ölüm tarihindeki değeri bilinmedikçe dava dilekçesinde bu konuda gösterilen rakam, bir tahminden başka bir şeye dayanmaz. Bundan dolayı mahkemenin bu rakamı esas alarak değil, tespit edilen gerçek değeri esas alarak saklı pay isteğini karara bağlamış olması, istekten fazlaya karar verme sayılmaz (HUMK. m. 74). Gerçek değer mahkemece, usulünce tesbit ettirildikten sonra dava harcının buna göre alınması yasa gereğidir.*” Yargıtay, tenkis davası açan davacının dava açtığı anda tenkise tabi kazandırmaların belirlenmesindeki zorluğu göz önüne alarak, belirsiz alacak davasına imkân tanıdığı görülmektedir. Hatta hâkimin bu durumda, davacının gösterdiği geçici değerle bağlı olmaksızın karar verebileceği Yargıtay kararında açıkça ifade edilmektedir. Bu dönemde tenkis davaları dışında, doktrinde, belirsiz alacak davasının en yaygın uygulama alanı bulacağı tazminat davaları bakımından, bu davaya duyulan ihtiyaç bazı eserlerde ifade edilmiştir. Ancak doktrinde, belirsiz alacak davasına alternatif çözüm yolları öneren veya belirsiz alacak davasını istisnasız reddeden görüşler de ileri sürülmüştür.

KULAKSIZ, davacının dava açarken gerek 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 179. maddesinin beşinci bendine göre, gerekse Harçlar Kanunu'nun 16. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, dava dilekçesinde talebini belirlemek zorunda olduğunu ve Alman hukukunda kabul edildiği gibi alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlar dâhil, belirsiz alacak davasının açılmasının istisnasız olarak mümkün olmadığını ifade etmektedir¹⁸². Yazar, Türk hukukunda, davacının her halükarda dava dilekçesinde, talebini rakamsal olarak göstermesi gerektiğini; davacının zararın miktarının belirlenmesini hâkimin takdirine bırakılamayacağını ifade etmektedir. Zararın miktarının hâkim tarafından belirlendiği (BK m. 42/2) durumlarda, yargılama sırasında, davacının zararının miktarının dava dilekçesinde gösterdiği miktardan düşük olduğu tespit edildiğinde, davacının reddedilen kısım için yargılama giderlerine mahkum olacağını; mahkemenin zararın miktarının dava dilekçesinde gösterilen miktardan fazla olduğunu takdir ettiği durumlarda ise, hâkimin taleple bağlı olması ilkesi (HUMK m. 74) gereğince, dava dilekçesinde

¹⁸¹ HGK, 26.5.1965, E. 781/2, K. 223 (OLGAÇ, s. 327).

¹⁸² KULAKSIZ, Cengiz, Die Teilklage im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht, Frankfurt 2004, s. 70.

gösterilen miktara hükmedeceğini ifade etmektedir¹⁸³. Yargılama sırasında, delillerin gösterilmesinden sonra, zararının dava dilekçesinde gösterilen miktardan daha fazla olduğunu tespit eden davacının, ek bir dava ile geri kalan kısmı talep edebileceğini ifade etmektedir. Yazar bunun ise, gereksiz yere davaların açılmasına sebebiyet verdiğini, bunu önlemek için, Alman hukukunda olduğu gibi belirsiz alacak davasının açılmasına imkan tanınması ve tazminatın miktarının belirlenmesinin hâkimin takdirine bırakılmasının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu şekilde usul ekonomisinin de yerine getirileceğini ifade eden yazar, Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin (TBK m. 50) de lafzen buna engel görünmediğini ifade etmektedir¹⁸⁴. Yazar, manevi tazminat talepleri bakımından da aynı sonuca ulaşmaktadır¹⁸⁵.

ÜSTÜNDAĞ, davacının talep sonucunda, mahkemenin davayı kabul etmesi durumunda kararından neyi hüküm altına alacağı hususunu açıkça beyan etmesini yani dava dilekçesinde herhangi bir belirsizliğin mevcut olmaması gerektiğini, para alacaklarında da talep sonucunun rakamla belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazar, örneğin bir kazadan doğan tüm zararın giderilmesi talebiyle açılan davada, talep sonucunun kanunda istenilen belirliliğe kavuşmadığını belirtmektedir¹⁸⁶. Ayrıca, Alman hukukunda dava konusunun para olduğu hallerde istisnai bazı durumlarda, bunun bir rakamla ifade edilmesinden bir dereceye kadar vazgeçildiğini belirtmekte ve buna uygulamada genellikle maddi tazminat taleplerinde rastlanıldığını ifade etmektedir¹⁸⁷. Yazar, Alman hukuk uygulamasında adını vermeksizin belirsiz alacak davası hakkında bilgi vermektedir. Türk hukuku uygulamasında tazminat davaları için de geçerli olan talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğunun bazı sakıncalara davet ettiğini ifade etmekte, örnek olarak da yargılama giderleri bakımından ortaya çıkan sorunlara değinmektedir¹⁸⁸. Bununla beraber yazar, Borçlar Kanunu'nun 42. maddesi (TBK m. 50) uyarınca hâkimin zararın tutar ve kapsamını doğrudan doğruya araştırmak ve tespit etmek zorunda olmasının, davacının dava açarken, dava dilekçesinde tazminat tutarını rakamsal olarak belirlemesi

¹⁸³KULAKSIZ, s. 71.

¹⁸⁴KULAKSIZ, s. 71.

¹⁸⁵KULAKSIZ, s. 73.

¹⁸⁶ ÜSTÜNDAĞ, s. 466.

¹⁸⁷ ÜSTÜNDAĞ, s. 468-469.

¹⁸⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 469.

zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedir¹⁸⁹. Görüldüğü üzere yazar, her halükarda davacının talep sonucunu dava dilekçesinde rakamsal olarak değerinin veya miktarının yazılması gerektiğini ifade etmektedir.

ANSAY, haksız fiilden doğan zararın tam miktarı halen belirlenemeyen ve ancak bir kısmı için eda davası açılabilen hallerde tespit davasının açılabilceğini belirtmektedir¹⁹⁰. Yazar, haksız fiilden doğan zararın miktarının hemen tamamıyla belirlenemeyeceğini ve kısa zamanaşımı tehlikesi durumunda da haksız fiilin ve zararın vukuunun tespiti için, tespit davasının açılabilceğini söylemektedir. ANSAY, talep sonucunun kesin olarak davanın açıldığı tarihte belirlenememesi durumunda, alacağın zamanaşımına uğrama ihtimali karşısında, çözüm önerisi olarak tespit davası açılmasını belirtmekte, belirsiz alacak davasına değinmemektedir.

KURU, Tespit Davası¹⁹¹ adlı çalışmasında, eda davasının mümkün olduğu hallerde, kural olarak tespit davasının açılmasında hukuki yarar olmadığını ifade etmekle beraber bu kuralın bazı istisnalarının olduğunu belirtmiştir¹⁹². Yazar, haksız fiilden doğan zararın Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasına (TBK m. 50/2) göre dahi tam olarak tespitinin mümkün olmadığı hallerde, zararın tayin edilen kesiminde bir eda davasının açılmasının mümkün olmasına rağmen, örneğin Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki (TBK m. 72) kısa zamanaşımını kesmek maksadıyla haksız fiili ve haksız fiilden doğan tazminat yükümlülüğünü tespit ettirmek için bütün hukuki ilişki hakkında bir tespit davasının açılabilceğini belirtmektedir¹⁹³. Yazar, belirsiz alacak davasına değinmemiş; alacağın belirlenemeyen kesiminin zamanaşımına uğramasını önlemek amacıyla, tüm hukuki ilişkiyi kapsar şekilde tespit davasının açılabilmesini önermiştir.

POSTACIOĞLU, eda davasının açılmasına imkân bulunan hallerde, davacının tespit

¹⁸⁹ ÜSTÜNDAĞ, s. 469'daki dn. 37.

¹⁹⁰ ANSAY, s. 189, 230.

¹⁹¹ Tespit davasına ilişkin açıklamalarımız, ayrıkt tutulmadıkça müspet (olumlu) tespit davasına ilişkindir.

¹⁹² KURU, Baki, Tespit Davaları, Ankara 1963, s. 36. Aynı şekilde: KURU/BUDAK, s. 146, 152.

¹⁹³ KURU, s. 40-41. Yazar, 1971 tarihli Hukuk Yargılama Usûlü Kanunu Tasarı'sının bu yöndeki 231. maddesine de vurgu yapmıştır. Söz konusu maddeye göre, hakkın tamamı belli ve bu hususta eda davası açılması mümkün olan hallerde tespit davası açılmaz denilmekte; ancak alacağın tamamının belirlenemediği durumlarda tespit davasının açılabilceği ifade edilmişti. Aynı yönde: HANAĞASI, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 256; KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem, Tespit Davaları, İstanbul 2010, s. 146-147.

davası açmasında bir menfaatinin bulunduğunu iddia ve ispat ettiği takdirde, eda davası açılabilirken davacının tespit davası açabileceğini belirtmektedir¹⁹⁴. Davacı tarafından miktarı bilinmeyen bir zararın miktarının mutlaka rakamsal olarak belirtilmesinin zorunlu olması halinde, davacının talebinin reddedilen kısmı için gereksiz yere yargılama giderlerine mahkûm edileceği; buna karşılık böyle bir endişe nedeniyle gerçek zararının altında bir meblağ talep etmesi halinde de, hakkından gereksiz yere fedakârlıkta bulunmaya sevkedileceğini, bu nedenle bu gibi durumlarda külfetli ve masraflı eda davası yerine tespit davasının açılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁹⁵.

ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, para alacağına ilişkin davalarda, alacağın rakamla belirlenmesi gerektiği belirtmişlerdir.¹⁹⁶ Yazarlar, eda davasının açılacağı hususlarda genel olarak hukuki menfaat bulunmadığından tespit davasının açılmayacağını; ancak tazminat davalarında, Alman Yüksek Mahkemesi'nin zarar miktarının belli olmadığı hallerde, özellikle alacağın zamanaşımına uğrama tehdidinin mevcut olduğu hallerde tespit davasının açılabilirliğini kabul ettiğini belirtmekte¹⁹⁷, belirsiz alacak davasından söz etmemektedirler.

PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, tasarruf ilkesinin tarafa yükümlülük yüklediğini, bunun da talep edilen miktarın dilekçede doğru ifade edilmesi olduğunu belirtmişlerdir. Yazarlar, haksız fiile dayanan tazminat davasında, talebin yüksekliği önceden belirlenebilir olmadığını, eğer davacının az talep eder ve fakat yargılama sırasında zarar daha fazla belirlenirse, mahkemenin talepten fazlasına karar veremeyeceği için bu miktar lehine hükmedemeyeceğini; buna karşılık fazla bir miktar talep eder ve fakat zararın bu kadar olmadığı belirlenirse, fazla istediği kısmın reddedileceği ve bu kısım için yargılama giderine mahkûm edileceğini belirtmektedirler. Bu durumda davacının, kısmi dava açması ve Yargıtay uygulamasını da dikkate alarak geri kalan kısmı saklı tutması yolunu önermektedirler¹⁹⁸. Yazarlar, haksız fiile dayanan talepler bakımından talep

¹⁹⁴ POSTACIOĞLU, s. 258.

¹⁹⁵ POSTACIOĞLU, s. 259-260.

¹⁹⁶ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 229.

¹⁹⁷ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 204.

¹⁹⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 9. Bası, s. 317.

sonucunun kesin olarak belirlenmesi zorunluluğunun doğurduğu sakıncalara değinmiş olup, bu gibi durumlarda çözüm önerisi olarak kısmi davanın açılmasını önermişlerdir.

BELGESAY, alacak miktarının, davalının vereceği hesaba göre belirleneceği durumlarda, davacının, dava dilekçesinde mutlaka belirli bir miktar belirtmesinin gerekmediğini ifade etmiştir. Bu durumda, talep sonucunda, hesap istendiğinin yeterli sayılması gerektiğini ifade etmektedir. Kesin miktarın, hesap sonunda celsede istenebileceğini ifade etmiştir¹⁹⁹. Ayrıca yazar, alacak miktarının hâkimin takdir yetkisine bağlı olduğu durumda da, davacının dava dilekçesinde istediği miktarı beyan etmeye zorlanamayacağını belirtmiştir²⁰⁰.

İYİMAYA, alacağın belirsiz olması halinde dava dilekçesinde miktar yazılmaksızın eda talebinin dava dilekçesinde yer almasının gerekli ve yeterli görülmesini, yargılama sonunda belirlenecek miktarın ise tamamının hüküm altına alınabilmesinin mümkün olması gerektiğini ifade etmekte; bu gibi durumlarda tek çıkar yolun kısmi dava açılması gerektiği yönündeki uygulamayı eleştirmektedir²⁰¹. Bu yönde bir uygulamanın usul ekonomisi ilkesine uygun olduğu ve birçok problemin çözümüne katkı sağlayacağını belirten yazar, Alman Federal Mahkemesi'nin belirsiz alacak davası için son dönemlerde kabul ettiği uygulamayı hukukumuz bakımından önermektedir²⁰².

PEKCANITEZ, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarı halindeyken, söz konusu tasarıdan hareketle yazdığı eserinde, belirsiz alacak davasının kabulüne ilişkin geniş açıklamalarda bulunmuştur. Yazar, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde de Türk hukukunda belirsiz alacak davasının açılabilmesinin maddi hukukta dayanakları olduğunu, medeni usûl hukukunun sübjektif hakların gerçekleşmesini amaçladığını, bu nedenle belirsiz

¹⁹⁹ BELGESAY, Mustafa Reşit, Dava Teorisi, İstanbul 1943, s. 248.

²⁰⁰ BELGESAY, s. 248.

²⁰¹ İYİMAYA, Ahmet, İnsan Zararları Konusunda Belirmekte Olan Bazı Eğilimlerin Analizi, TBBD, 1994/2, s. 231, dn. 51.

²⁰² İYİMAYA, ayrıca özellikle tazminat davalarında tazminat alacaklarının zamaaşımına uğramasına engel olmak amacıyla (s. 200), kısmi dava ile beraber tespit davasının açılabilceğini ifade etmektedir (İYİMAYA, Ahmet, Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar, Yargıtay Dergisi, 1985/3, s. 198).

alacak davasının açılabilirliğini belirtmiştir²⁰³.

Özel hukukta gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında belirsiz alacak davasına ilişkin tartışmalar çok sınırlı olmasına rağmen, idari yargıda, adı konulmaksızın belirsiz alacak davasının açılabilirliği kabul edilmekteydi. İdari yargıda belirli bir alanda, belirsiz alacak davasının açılabilirliğini gerek Danıştay gerekse doktrinde özellikle GÜRAN ifade etmişlerdir²⁰⁴. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun, 1983 tarihinde verdiği kararda²⁰⁵“*Yukarıda açıklanan nedenlerle içtihadın, kamu görevlilerine ilişkin mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda, İdari Yargılama Usulü Kanununun 3/d maddesinde yer alan ' tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterileceği ' yolundaki hükmün, ancak bunun mümkün olduğu, yani zarar miktarının hesaplanabileceği durumlar için uygulama alanı bulunduğu, kamu görevlilerini ilgilendiren mevzuat dolayısıyla zararın tespit edilememesi nedeniyle uyuşmazlık konusu miktarın dilekçede gösterilmemiş olmasının iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılmasını engellemeyeceği, dolayısıyla zarar miktarının tespitinin mümkün olmadığı hallerde dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabilirliği görüşüne dayanan Beşinci ve İkinci Mürettep Daire kararları doğrultusunda birleştirilmesine 29.12.1983 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.*” denilerek, alacak miktarının davanın açıldığı anda belirlenemediği durumlarda, davacının talebini dava dilekçesinde rakamsal olarak belirlemeden de dava açabilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

GÜRAN, idare hukukunda taleple bağıllık kuralının yarattığı sakıncalar nedeniyle tam yargı davalarında mutlaka terk edilmesi gerektiğini açıkça ifade etmektedir ve hak ihlallerinin tam olarak karşılanması için mahkemenin, karar tarihi itibarıyla belirlenen gerçek zararın, davacının dava açarken belirlediği talepten daha yüksek olduğu durumlarda, taleple bağılı olmaksızın tespit edilen zararın tazminine karar

²⁰³ PEKCANITEZ, s. 19 vd.; PEKCANITEZ, Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD C.11, Özel S. 2009, İzmir 2010, s. 533. Yazarın, Türk hukukunda verdiği örnekler için bkz., s. 529-533. KARSLI da benzer şekilde, belirsiz alacak davasının usûl kanununda yeni düzenlenmesine rağmen maddi hukukta dayanaklarının mevcut olduğunu ifade etmekte; örnek olarak da BK m. 42'yi (TBK m. 50) göstermektedir (s. 345).

²⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 13, G.

²⁰⁵ Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 29.12.1983, E. 1983/1, K. 1983/10. (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası). Aynı şekilde: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 27.10.2000, E. 1999/996, K. 2000/1038 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

verebilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁰⁶. Esasına bakılırsa GÜRAN'ın bu görüşü tazminat miktarının belirlenmesinin tamamen hâkimin takdir yetkisine bırakıldığı durumlarda²⁰⁷, zararın miktarı hâkimi bağlayan üst sınır olmak şartıyla, özel hukukta gerek İsviçre hukukunda gerekse Alman hukukunda öteden beri savunulan ve belirsiz alacak davasının bir türü olarak kabul edilen bir görüştür.

GÖZLER ise İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3. maddesinin (d) bendinde öngörülen dava açarken davacının tazminat miktarını belirtmesi kuralının bazı durumlarda bilirkişi incelemesi sonuna bırakılması gerektiğini; ancak bunun kanunun açık düzenlemesi karşısında söz konusu maddede yapılacak bir değişiklikle mümkün olabileceğini ifade etmektedir²⁰⁸.

c. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, İsviçre ve Alman hukukunda, kural olarak belirsiz alacak davası para alacaklarına ilişkin davalarda uygulama alanı bulup, bu dava çoğunlukla tazminat davalarında, davacının dava açarken alacak miktarının üst sınırını hesaplayamamasından doğan olumsuzlukların giderilmesine çare olarak görülmektedir. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davasına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Aynı durum Alman hukukunda ve İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce İsviçre'nin bazı Kantonları bakımından da geçerliydi. Buna rağmen Alman ve İsviçre hukukunda uygulama ve doktrinde belirsiz alacak davasının açılması istisnai olarak kabul edilmiştir. Türk hukukunda da alacak miktarının belirsiz olması ve alacaklının dava açarken alacak miktarını rakam olarak belirleyemediği durumlara verilen örnek, genellikle haksız fiil nedeniyle doğan zararların giderilmesi ilişkin tazminat davaları olmuştur. Alacaklının dava açarken talep sonucunu belirleyememesi durumunda, bazı yazarlar²⁰⁹ alacaklının kısmi dava açmasını, bazı yazarlar²¹⁰ alacaklının tespit davası

²⁰⁶ GÜRAN, Sait, Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Hesaplanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 168.

²⁰⁷ "Bilirkişi incelemelerinin tam rakamı veremediği veya zararın oluşmasına başka etkenlerin de katkısının eklenmesi halinde maddi tazminata taktiren. ..." (Danıştay 6. Daire, 30.6.1971, K. 2178, Danıştay Dergisi 5, s. 210).

²⁰⁸ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, 2. Bası, C. 2, Bursa 2009, s. 1366-1367.

²⁰⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 9. Bası, s. 317; İYİMAYA, kısmi dava ile beraber tespit davasının açılmasını önermiştir (Kısmi Tazminat, s. 199).

²¹⁰ ANSAY, s. 230; KURU, s. 36, 39; POSTACIOĞLU, s. 259-260.

açmasını bazı yazarlar da²¹¹(zımnen de olsa) belirsiz alacak davasının açılabilmesini önermişlerdir. Ancak gerek kısmi dava gerekse tespit davası, belirsiz alacaklar bakımından alacaklıyı yeterli ölçüde korumamaktadır.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, alacak miktarının belirsiz olması durumunda alacaklıların başvurduğu en yaygın dava türü kısmi davaydı²¹². Alacaklı, alacağının bir kısmını dava dilekçesinde göstererek, davacının aynı hukuki ilişkiden doğan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmi dava denir²¹³. Kısmi dava açılmasının önerilmesi, alacaklıyı belirsiz olan alacağını fazla göstermesi durumunda ödeyeceği yargılama giderlerinden korumak içindir. Ancak, belirsiz alacaklar bakımından kısmi dava yeterli koruma sağlamamaktadır. Her şeyden önce, kısmi davada zamanaşımı, dava edilen kısım bakımdan kesilir. Belirsiz alacaklar bakımından da bu husus farklılık göstermez. Burada da alacaklının dava açarken belirleyemediği alacak miktarı bakımından zamanaşımı süresi işlemeye devam eder²¹⁴. Bu durumda, kısmi dava sonuçlanana kadar veya alacaklı, yargılama sırasında alacak miktarının üst sınırını tespit edene kadar, alacağının zamanaşımına uğrama ihtimali söz konusudur. Diğer taraftan, kısmi davada, alacaklı, dava açarken belirleyemediği alacak miktarının üst sınırını yargılama sırasında belirlerse, talep sonucunu artırmak için ya karşı tarafın buna rıza göstermesi gerekir, ya da ıslah yoluna başvurması gerekmektedir. Ayrıca aynı davada talep sonucunu arttıramayan alacaklı, bu durumda ikinci bir dava açmak zorundadır. Bu da usul ekonomisi

²¹¹ KULAKSIZ, s. 71,73; İYİMAYA, s. 230 vd.; BELGESAY, s. 248; GÜRAN, s. 167 vd..

²¹² Önemle belirtmek gerekir ki, 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde açılan ve 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesi ile görülmeye devam eden kısmi davaları veya tespit davalarını, belirsiz alacak davası olarak kabul etmek mümkün değildir. HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde belirsiz alacak davasının düzenlenmemiş olması da sonucu değiştirmeyecektir. Çünkü, HMK'nın 448. maddesine göre, bu kanunun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek şartıyla derhal uygulanacaktır. Davacı, HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce kısmi dava açmışsa, bunu tamamlanmış işlem olarak kabul edip, davaya kısmi dava olarak görmeye devam etmek gerekir (PEKCANITEZ, s. 87; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 395-396). Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur. Kararlar için bkz.: 9. HD, 23.1.2012, 51609/1072; 9. HD, 23.1.2012, 51613/1076 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası). HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde açılmış olan kısmi dava veya tespit davası, ancak karşı tarafın açık rızası ile veya ıslah yoluyla belirsiz alacak davası olarak devam edilebilir (PEKCANITEZ, s. 87). Çünkü hâkim, bir davanın niteliğini değiştiremez (BERKİ, s. 23). Karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla kısmi dava veya tespit davası, belirsiz alacak davasına dönüştürüldüğü takdirde, belirsiz alacak davasının sonuçları, karşı tarafın açık rıza gösterdiği veya ıslah tarihinden itibaren ortaya çıkacaktır. Örneğin, kısmi davanın konusu yapılmayan alacağın geri kalan kısmı için zamanaşımı, kısmi davanın açıldığı tarihten itibaren değil, karşı tarafın açık rıza gösterdiği veya ıslah tarihinden itibaren kesilmiş olacaktır.

²¹³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 405.

²¹⁴ Zamanaşı süresinin başlaması, zararın kapsamının bilinmesine bağlı olmadığı için bkz.: § 12, C.

ilkesine uygun değildir²¹⁵. Faiz bakımından alacaklı, belirsiz alacaklar bakımından kısmi dava açtığı takdirde, daha önce temerrüde düşürülmemişse, sadece dava ettiği kısım bakımından temerrüde düşer ve lehine o kısım için faize hükmedilir. Alacaklı, aynı davada talep sonucunu artırırorsa, artırdığı tarihten itibaren artırdığı kısım için lehine faiz yükletilecektir²¹⁶.

Tespit davası da belirsiz alacaklar bakımından yeterli koruma sağlamamaktadır. Çünkü, tespit davası sonunda verilen hüküm tespit hükmü niteliğindedir. Tespit hükmü de edaya yönelik bir emir içermediğinden, alacaklı tespit hükmüne dayanarak ilâmlı icraya başvuramaz. Bu durumda alacaklı, alacak miktarı tespit edildikten sonra ya eda davası açacak ya da ilâmsız icra yoluna başvurması gerekecektir. Alacaklı, eda davası açtığı takdirde, aynı alacak için birden fazla davanın açılması söz konusu olacaktır. Bu hem usul ekonomisi uygun değildir hem de mahkemeleri iş yükünü artırmaktadır. Alacaklı, tespit hükmü ile ilâmsız icraya başvurduğu takdirde, borçlu takibe itiraz ederse, alacaklı itirazı hükümden düşürmek için yine mahkemeye başvurmak zorundadır²¹⁷.

Doktrinde bazı yazarların²¹⁸, belirsiz alacak davasına ilişkin ileri sürdükleri görüşlerin tartışılmaması, uygulamada, belirsiz alacak davasına ilişkin örneklerin çok istisnai hallerde ve sınırlı alanlarda görülmesine neden olmuştur. Kanaatimizce de PEKCANITEZ'in ifade ettiği gibi²¹⁹, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde dahi belirsiz alacak davasının açılmasına engel bir durum bulunmamaktaydı. Belirsiz alacak davası, alacak miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği hallerde, alacak miktarının karşı tarafın verdiği bilgi sonucunda belirlenebildiği hallerde ve alacak miktarının delillerin incelenmesi sonucunda belirlenebildiği hallerde söz konusu olmaktadır. Maddi hukukta 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce belirsiz alacak davasının her bir türü için örnekler mevcuttur²²⁰. Örneğin, KULAKSIZ'ın da işaret ettiği gibi, o dönemde yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci

²¹⁵ PEKCANITEZ, s. 18.

²¹⁶ Belirsiz alacak davasının kısmi dava ile karşılaştırılması için bkz.: § 6

²¹⁷ Belirsiz tespit davası için bkz.: § 7, C, II.

²¹⁸ KULAKSIZ, s. 71; İYİMAYA, s. 230 vd.; BELGESAY, s. 248; GÜRAN, s. 167 vd..

²¹⁹ PEKCANITEZ, bugüne kadar bu davanın açılmamış olmasının davacıya önemli zararlar verdiğini belirtmektedir, s. 81.

²²⁰ Belirsiz alacak davasının, Türk hukukunda başlıca uygulamaları için bkz.: § 13.

fıkrasına (TBK m. 50/2) göre açılacak bir tazminat davasında, davacının zararların varlığını ve bunun mahkemece takdiri için gerekli somut vakıaları mahkemeye sunması durumunda, mahkemenin takdirine göre zararın miktarının tespiti ve aynı Kanununun 43. maddesine göre²²¹ de tazminatın miktarının tespiti mahkemenin takdirine bırakılabilir²²². Nitekim Alman ve İsviçre hukukunda da bu çözüm kabul edilmektedir. Alacak miktarının karşı tarafın vereceği bilgi ve belgeye göre belirlenebildiği hallere örnek olarak ise, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 65. maddesi verilebilir. Bu maddeye göre, marka sahibi, markanın kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep edebilir. Bu durumda, marka sahibi yargılamadan önce söz konusu belgelere ulaşamamışsa ve yargılama sırasında belgelerin ibrazı hükümleri çerçevesinde söz konusu belgelere ulaşmışsa, talebini de o andan itibaren belirlemesine engel bir durum bulunmamaktaydı. Son olarak haksız fiil sorumluluklarında, zararın miktarı bilirkişi incelemesi neticesinde belirlenebildiği durumlarda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi söz konusu olabilirdi. Nitekim belirsiz alacak davasının açıkça düzenlenmediği durumlarda Alman ve İsviçre hukukundaki gibi uygulama ile bu davanın açılmasına imkân tanınabilirdi. Yargıtay, tenkis davaları ile sınırlı kalınarak belirsiz alacak davasının açılabilmesi kabul edilmiştir. Hatta tenkis davasında bir adım daha ileri gidilerek davacının talebinin miktarını dahi belirlemesi aranmaksızın hâkimin tenkis oranına göre karar verebileceği kabul edilmektedir²²³. Ayrıca, Danıştay da istisnai olarak tam yargı davalarının, belirsiz alacak davasına ilişkin düzenlemeye paralel şekilde açılabilmesini ifade etmiştir. Ancak uygulamanın da belirsiz alacak davasına çok sınırlı şekilde imkân tanınması karşısında kanun koyucu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile alacak miktarının davanın açıldığı anda belirlenemediği durumlarda açılması mümkün olan belirsiz alacak davasını, ayrı bir dava türü olarak

²²¹ TBK m. 51.

²²² KULAKSIZ, s. 71.

²²³ “Davacı, dava dilekçesinde zikrettiği mahfuz hisse miktarı, tahmini ve harca esas olmak üzere gösterilmiş olup, hakiki mahfuz hisse miktarı keşfen tespit olunacak değere ve murisin ölüm tarihinde sabit alacak aktif ve pasifine göre yapılacak hesaptan sonra ancak anlaşılabilir. Bu itibarla, davacının dava dilekçesinde gösterilen miktardan fazla olarak mahfuz hisse miktarına hüküm verilmesi gerekirken, tenkis davasındaki isteklerin ve davanın niteliğinden ileri geldiği düşünülmesizin dava dilekçesinde gösterilen tahmine dayanan miktara hükmedilmesi yolsuzdur.” 2. HD, 8.11.1968, 5731/6393 (KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, 6. Baskı, C. 3, İstanbul 2001, s. 3107).

düzenlemiştir.

III. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası

Daha önce de ifade edildiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda, dava türleri arasında belirsiz alacak davasına yer verilmemişti. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında, Tasarı'nın 113. maddesine yeni bir dava türü olarak "Belirsiz Alacak ve Tespit Davası" kenar başlıklı yeni bir madde eklenmiştir. Bazı maddelerin tasarıdan çıkartılması sonucunda 113. madde, 107. madde olarak kanunlaşmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun belirsiz alacak davasına ilişkin 107. maddesinin birinci fıkrasına göre, alacaklı, davanın açıldığı tarihte alacağının miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya imkânsız olduğu durumlarda belirsiz alacak davası açabilecektir. Bu hükme göre, belirsiz alacak davasının açılabilmesi için alacağın miktarının belirlenmesinde bir imkânsızlık veya beklenememe durumu olması şarttır. Belirsiz alacak davası açan alacaklı, her ne kadar alacak miktarını belirleyemiyorsa da borçlu ile arasındaki hukuki ilişkiyi göstermek zorundadır. Ayrıca, davacı dava açarken, asgari bir miktar veya değeri dava dilekçesinde göstermelidir. Söz konusu asgari miktar veya değer, davacının dava konusunun geçici miktar veya değeridir.

Sözü edilen maddenin ikinci fıkrasında, belirsiz alacak davası açan davacıya, alacak miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olduğu anda, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında göstermiş olduğu talebini artırma imkânı tanınmıştır. Böylece, yargılama sırasında davacıya dava konusunun değerini tam olarak belirleme imkânı tanınmaktadır. Bununla birlikte bu fıkra, davacının davanın başında göstermiş olduğu miktarı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın artırabilme imkânı süre bakımından sınırlandırılmıştır. Bu fıkraya göre davacı, karşı tarafın verdiği bilgi yahut tahkikat sonucu alacağın miktarını veya değerini belirleyebildiği anda, talep sonucunu, herhangi bir yasağa tabi olmaksızın artırabilecektir. Hâkimin alacak miktarı belirlenebilir olduğu anda

davacıya alacak miktarını belirlemesi için süre vermesi gerekmektedir²²⁴.

Üçüncü fıkra ise, alacak miktarının belirsiz veya tartışmalı olduğu durumlarda, alacaklıya tespit davası açarak alacak miktarını veya değerini tespit ettirme imkânı tanımaktadır. İlk iki fıkrada düzenlenen eda davasından farklı olarak burada tespit davası düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada alacaklının tespit davası açmakta hukuki yararı olduğu varsayılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin üçüncü fıkrasına göre açılacak tespit davaları, çalışmamızın kapsamı dâhilinde olmadığı için, sadece belirsiz alacak davasına ilişkin açıklamalarda ihtiyaç duyulduğu ölçüde söz konusu tespit davası da ele alınacaktır.

²²⁴Bknz.: § 11, B, II, 2, b.

§ 4. BELİRSİZ ALACAK DAVASINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A. Genel Olarak

Belirsiz alacak davası hakkında Alman ve İsviçre hukukunda önemli ölçüde tartışmalar yapılmıştır. Daha önce de ifade edildiği üzere Alman hukukunda konuyla ilgili açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Alman uygulamasının belirsiz alacak davasının açılmasına izin vermesine ve bir asır geçmesine rağmen tartışmalar halen devam etmektedir. Alman hukukunda hâkim görüş belirsiz alacak davasının gerekliliği yönünde olmakla beraber, bu davanın usûl hukuku sistemi ile bağdaşmadığı ve kanuna aykırı olduğu ifade edilmiştir. Alman hukukunda tartışmalar özellikle, dava açarken davacının dava dilekçesinde göstereceği değer ile hâkimin taleple bağlı olması ilkesi nedeniyle, belirsiz alacak davasının tasarruf ilkesine aykırı olup olmadığı üzerinde cereyan etmektedir²²⁵. İsviçre hukukunda ise federal anlamda kabul edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kantonlardaki farklı uygulamalar giderilmiştir. Türk ve İsviçre hukukundaki düzenlemeler önemli ölçüde benzer olmakla beraber, İsviçre hukukunda özellikle alacak miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin olduğu durumlarda da belirsiz alacak davasının gerekliliği doktrinde vurgulanmıştır. Türk hukukunda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Buna rağmen doktrinde, belirsiz alacak davasının açılabileceği ifade edilmekteydi²²⁶.

B. Belirsiz Alacak Davasının Kabulüne İlişkin Görüşler

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davasına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte doktrinde bazı yazarlar örtülü olarak bazı yazarlar ise açıkça bu davanın gerekliliğini ileri sürmüşlerdir²²⁷. Türk hukukuna baktığımızda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu kabul edilene kadar gerek uygulamada gerekse doktrinde belirsiz alacak davası, üzerinde geniş tartışma yapılan bir konu olmamıştır²²⁸.

²²⁵ Bknz.: § 10, D, II, 1, b, aa.

²²⁶ PEKCANITEZ, Makale, s. 533.

²²⁷ Bknz.: § 3, C, II, 2, b.

²²⁸ Ayrıntılı bilgi için bknz.: 3, C, II.

Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendine göre, dava dilekçesinin zorunlu unsurları arasında²²⁹, davacının dava dilekçesinde davanın konusunu, belirli bir talebini ve bu talebinin dayanaklarını dava dilekçesinde göstermesi aranmıştır. Alman hukukunda, belirli bir talebin dava dilekçesinde yer verilmesi dava dilekçesinde arandığı için, özellikle tazminat davalarında olduğu gibi, alacaklının dava açarken talep sonucunu kesin olarak belirlemesinin imkânsız veya bunun kendisinden beklenemeyecek olduğu durumlarda, öncelikle Alman İmparatorluk Mahkemesi daha sonra da Alman Federal Mahkemesi tarafından belirsiz alacak davasının açılabilmesine izin verilmiştir²³⁰. Alman hukukunda belirsiz alacak davasının açılabilmesini savunan yazarlar, Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendinde, dava dilekçesinde talebin belirli olması (bestimmter Antrag) gerektiği düzenlenmekte olup, talebin rakamsal olarak belirli olmasının (bezifferter Antrag) aranmadığını, bu nedenle söz konusu davanın usûl hukuku ile bağdaştığını ifade etmektedirler²³¹. Alman uygulaması da, alacaklının dava dilekçesinde, talep ettiği miktarı rakamsal olarak göstermesi gerekliliğini aramamış, aksine alacaklının talebini hiç bir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde bireyselleştirmesini sağlayacak dava konusunu ve talebin dayanaklarını dava dilekçesinde göstermesini yeterli saymış, talep miktarının hâkim tarafından veya ihtiyaç duyulduğu takdirde bilirkişi tarafından belirlenmesine imkân tanıyacak şekilde düzenlenmesini yeterli saymıştır²³². Doktrinde de bazı yazarlar, Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre alacaklının sadece dava dilekçesinde talebini belirlemek zorunda olduğunu, Kanun'un alacaklıdan talebini rakamsal olarak belirlemesini beklemediğini ileri sürerek, İmparatorluk Mahkemesi'nin kararında belirtilen gerekçelere uygun olarak bu davanın açılabileceğini ve bunun kanuna uygun olduğunu ileri sürmüşlerdir²³³.

Alman hukukunda yıllardan beri uygulamanın belirsiz alacak davası açılmasına izin

²²⁹ WURM, s. 65.

²³⁰ Bknz: § 3, B.

²³¹ BGH, NJW 1970, s. 281; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 45, s. 128; HUSMANN, s. 715; HUSMANN, NJW 1989, s. 3128; BUTZER, s. 539; WURM, s. 66. Aksi yönde: BULL, s. 95; UBERT, s. 10.

²³² RGZ 21, s. 386. Alman İmparatorluk Mahkemesi, kararlarında, belirsiz alacak davasının kabulü için, alacaklının hem nitelik hem de nicelik bakımından talebini bireyselleştirmesini aramıştır (RGZ 10, s. 356). BGH, NJW 1970, s. 281.

²³³ MÜLLER, s. 119; HUSMANN, s. 715. Aksi yönde: MENGES, kanun koyucunun amacını ve kanun sistematliğini de göz önünde tutarak hem lafzen hem de amaçsal yorum neticesinde paraya ilişkin taleplerin rakamsal olarak belirli olması gerektiğini ifade etmektedir (s. 19 vd.).

verdiğini, bu nedenle örf ve adet hukuku gereğince de bu davanın kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür²³⁴. Alman Federal Mahkemesi, belirsiz alacak davasının uygulama alanını daraltmasına rağmen, buna tamamen karşı çıkan bir uygulama görülmemektedir²³⁵. Gerçekten Alman hukukunda, İmparatorluk Mahkemesi kararlarından beri belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanınmıştır.

Alman hukukunda belirsiz alacak davasının en çok karşılaşılan uygulama alanı manevi tazminat talepleridir. Manevi tazminat davalarında davacı dava açtığı sırada zararını tam olarak belirleyebilme imkânına sahip değildir. Ayrıca uygulamada benzer olaylara rağmen farklı miktarda tazminatlara hükmedilmesi, özellikle tazminat davalarında talebi belirlemeye yardımcı olan tabelaların²³⁶ da yeterli olmadığını göstermektedir²³⁷. Bu tür durumlarda tazminat miktarını belirleyen bir birinden farklı birçok faktör bulunduğu için matematiksel bir değerlendirme de yapılamaz²³⁸. Uygun tazminat miktarının ne olduğunu hâkim belirleyecektir²³⁹.

²³⁴ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 253, Rn. 56, s. 990; BUTZER, s. 539; SCHNEIDER, Egon, Problemfälle aus der Prozesßpraxis, Die Bindung des Gerichts an eine Wertvorstellung des Schmerzensgeldklägers, Monatsschrift für deutsches Recht 1985, s. 992; SCHILKEN, Rn. 211, s. 104; PRECHTEL/OBERHEIM, Rn. 470, s. 148; SCHELLHAMMER, Rn. 35, s. 27; OLG Frankfurt, NJW 1960, s. 390.

²³⁵ WURM, s. 66. RÖHL, belirsiz alacak davasına ihtiyacın bulunmadığını savunmakta ve bunun yıllardan beri uygulamaya dayanımlar açılacağı kabul etmemektedir, s. 74.

²³⁶ Yaklaşık 3.000 hükmü içeren bu tür bir çalışma için bkz.: SLIZYK, Andreas, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabella 2011 (Von Kopf bis Fuß), 7. Aufl., München 2011. Ayrıca bkz.: HACKS, Susanne/RING, Ameli/BÖHM, Peter, Schmerzensgeld Beträge, 30. Aufl., 2011; JAEGER, Lothar/LUCKEY, Jan, Schmerzensgeld (Systematische Erläuterungen, Schmerzensgeltabella, Muster, Urteilstexte auf CD), 6. Aufl., Köln 2011.

²³⁷ ALLGAIER, s. 31; BLECHSCHMID, s. 41; BUTZER, s. 540; SCHELLHAMMER, Rn. 58, s. 37; FRAHM, s. 1213. MENGES, tabelaların daha çok avukatla temsil söz konusu olduğu durumlarda, avukatlara talebini belirlemede yol gösterdiğini ifade etmektedir. Avukatla temsil edilmeyen davacının tek başına bu tabelardan talebinin belirlenmesinin zahmetli olduğunu; ayrıca mahkemenin de bu tabelalara bağlı olmadığını ifade etmektedir. Yazar da özellikle kişilik hukukuna aykırı durumlarda manevi tazminat miktarının büyük farklılıklar içerdiğini ifade etmektedir (s. 136). UBERT de, talebaların önemine işaret etmekle beraber, tabelaların talebin miktarını belirlemesine yardımcı olmasının, belirsiz alacak davasına duyulan ihtiyacın reddedilmesi sonucunu doğurmayacağını ifade etmektedir (s. 34). ERTAŞ, özellikle manevi tazminatı, aritmetik olarak hesaplamak mümkün olmadığını (s. 88); manevi tazminat miktarını önceden belirli bir tarifeye bağlamanın mümkün olmamasına rağmen benzer olaylarda daha önce mahkemelerce hükmedilen manevi tazminat miktarlarının hâkim için yol gösterebileceğini ve bu sayede mahkemeler arasındaki takdir farklılıklarının minimuma inebileceğini ifade etmektedir (ERTAŞ, Şeref, Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 106-107). Manevi tazminat tutarlarının tespiti için tarife yapılamayacağına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: BGE 90 II 184 (KANETİ, Selim, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964) I- Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 1968, s. 155).

²³⁸ BUTZER, s. 540.

²³⁹ SCHELLHAMMER, Rn. 58, s. 37; GREGER, in Zöllner, § 253, Rn. 14a, s. 838. MENGES, belirsiz alacak davasına karşı çıkmakla beraber, bu durumlarda davacının talebini yüksek göstermesi durumunda yargılama giderleri rizikosunu ile; düşük göstermesi durumunda ise alacağının tümüne kavuşmama durumu ile karşı karşıya kalabileceğini ifade etmektedir (s. 1).

Belirsiz alacak davası, tasarruf ilkesinin aşılmasını sağlamaktadır²⁴⁰. Bu gibi durumlarda hâkim davacının dava dilekçesinde gösterdiği geçici değer veya yaklaşık değerle bağlı olmaksızın, tazminat miktarını takdir etmektedir. Alman hukukunda bu durumlarda belirsiz alacak davasının açılabilmesini kabul eden yazarlar, bunun Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 308. maddesinde düzenlenen taleple bağlılık ilkesine de aykırı olmadığını kabul etmektedirler. Çünkü söz konusu ilkenin, medeni usûl hukukun maddi hukuka hizmet eden fonksiyonu gereği, davacı lehine uygun tazminatın verilmesini engellememesi gerektiği kabul edilmektedir²⁴¹.

İsviçre hukukunda ise, belirsiz alacak davasının gerekliliğine yönelik görüş bildiren yazarların önemli argümanlarından biri, alacak miktarının belirlenmesinin imkânsız veya davacıdan beklenemeyeceği durumlarda açılabilen söz konusu davanın davacının yargılama giderleri rizikosunu önemli ölçüde azalttığıdır²⁴². Yargılama gideri baskısı, açılacak bu tür davalarda uygun miktarda tazminat taleplerine engel olmamalıdır. Alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda olduğu gibi, alacağın miktarı davalının delilleri ibraz etmesinden ve bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra tam ve kesin olarak belirlenebilecek hallerde de alacaklıya dava açarken talep sonucunu kesin olarak belirleme zorunluluğu yükletilmemelidir²⁴³. Çünkü davacı, alacağının miktarını kesin olarak belirleyemediği bu gibi durumlarda, alacak miktarını yüksek tutarsa, talebin reddedilen kısmı için yargılama gideri ödeme riski altındadır. Buna karşılık, alacak miktarını düşük tutarsa hâkimin taleple bağlı olması ilkesi gereğince maddi hukuktan kaynaklanan alacağının tamamına yargılama sırasında kavuşamayacaktır²⁴⁴. Usul hukukunun maddi hukuka hizmet eden işlevi, tasarruf ilkesi nedeniyle alacaklının uygun olmayan bir miktarı dava dilekçesinde gösterme zorunluluğuna engel olmalıdır²⁴⁵. Diğer yandan bilirkişi incelemesi gereken durumlarda, alacaklının dava açmadan önce talebini belirleyebilmesi için pahalı uzman görüşlerine başvurması beklenemez. Böylelikle belirsiz alacak davasıyla, alacaklının talep sonucunu yüksek göstermesi ihtimaline karşı, yargılama giderleri

²⁴⁰ MEIER, s. 13.

²⁴¹ FRAHM, s. 1213. Aynı şekilde İsviçre hukuku için: MEIER, s. 13.

²⁴² MEIER, s. 13; GASSER/RICKLI, Art. 85, Rn. 2, s. 76; MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 197. Aynı şekilde Alman hukukunda: BLECHSCHMID, s. 46; WEILAND, s. 994; PRECHTEL/OBERHEIM, Rn. 469, s. 148.

²⁴³ PEKCANITEZ, Makale, s. 514.

²⁴⁴ MEIER, s. 13; PANTLE, Rn. 169, s. 88.

²⁴⁵ BLECHSCHMID, s. 4; HUSMANN, NJW 1989, s. 3126.

rizikosunu sınırlamaktadır²⁴⁶.

Belirsiz alacak davasının gerekliliğini savunan görüş, alacaklının özellikle avukatla temsil edilmediği davalarda, bu davanın alacaklının talep miktarını yanlış değerlendirmesini önlediği, aksi takdirde alacaklının davanın başında hakkaniyete uygun bir değerlendirme yapamayacağını ileri sürmektedir²⁴⁷.

C. Belirsiz Alacak Davasının Reddine İlişkin Görüşler

Alman hukukunda belirsiz alacak davasını detaylı şekilde inceleyen bazı yazarlar bu davanın reddi yönünde görüş bildirmişlerdir²⁴⁸. Alman hukukunda bazı yazarlarca kabul edilen ve Federal Mahkemece de uygulanan, mahkemenin asgari değer veya yaklaşık değerle bağlı olmaksızın karar vermesi, bu davanın çok ciddi eleştirilmesine neden olmuştur. Belirsiz alacak davasının reddine ilişkin görüşü savunan yazarlar, bu davanıninandırıcı ve mantıklı şekilde temellendirilemediğini ileri sürmektedirler²⁴⁹. Ayrıca, talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğunun özellikle iki fonksiyonuna dikkat çekilmektedir²⁵⁰. Bunlardan ilki, talep sonucunun kesin olarak belirli olması zorunluluğu, kesin hükmün kapsamını belirler. Belirsiz alacak davasında bu herhangi bir rol oynamamaktadır. Çünkü davacı, bu belirlemenin mahkeme tarafından yapılmasını beklemekte olup, mahkemenin belirlediği miktara razı olmaktadır. İkinci olarak da davalı her şeyden önce, kendisinden talep edileni bilmek zorundadır. Bu hem davalının kendini savunabilmesi hem de karşılaşacağı gereksiz yargılama giderleri bakımından önemlidir.

²⁴⁶ ALLGAIR, s. 32. Yargılama giderlerinin paylaşılmasına ilişkin kurallara rağmen, belirsiz alacak davası, alacaklının yüksek yargılama gideri rizikosunu ortadan kaldırdığı için, alacaklının bu davayı açmakta, hukuken korunmaya değer yararı vardır (BLECHSCHMID, s. 14, 46).

²⁴⁷ FRAHM, s. 1213.

²⁴⁸ BULL, 95 vd.; GERSTENBERG, s. 1352 vd.; KERN, s. 52 vd.; RÖHL, s. 52 vd.; UBERT, s. 85. Alman hukukundaki eleştirilerin, Alman hukuku dikkate alarak değerlendirilmesi gerekir. Yukarıda da ifade edildiği için, uygulamada belirsiz alacak davasına sıklıkla maddi ve manevi tazminat talepleri için belirsiz alacak davası açılmaktadır. Bu tür belirsiz alacak davalarında ise mahkeme, geçici değerle bağlı olmadan ve davacının geçici değerini artırmasını beklemeden kendiliğinden alacağın miktarını belirterek hüküm vermektedir.

²⁴⁹ BULL, s. 95. GERSTENBERG, Alman hukukunda belirsiz alacak davasının, kanuna uygun olduğunu söyleyen İmparatorluk Mahkemesi Kararı'nın belirli kısımlarına sürekli atıflar yapıldığını, kapsamlı ve kabul edilebilir bir gerekçelendirmenin bu zamana kadar yapılmadığını ifade etmektedir. Mahkemelerin, bugün hâlâ bu davayı ya örf adet hukukuna ya da İmparatorluk Mahkemesi'nin sözü geçen kararlarına dayandırdıklarını söylemektedir (s. 1353).

²⁵⁰ DUNZ, s. 1734.

Belirsiz alacak davasının kabul edilmesini savunan görüş, alacaklının, davanın başında, alacak miktarını belirleyebilme durumunda olmadığını ileri sürerek bu davanın gerekliliğini savunmaktadır. Bu davanın reddine ilişkin görüş belirten bazı yazarlar ise alacaklının bu durumda, yani alacak miktarını belirleme durumunda olmaması halinde, dava açmak için gerekli şartlara sahip olmadığını ileri sürmüşlerdir²⁵¹. Alacaklı, hâkimin talep miktarını belirlemesi, takdir etmesi için gerekli bilgi ve belgeleri verdikten sonra, neden talep sonucunu da kendisi belirlemesin ki, denilerek belirsiz alacak davasına ihtiyaç olmadığı ileri sürülmüştür²⁵². Belirsiz alacak davasına ihtiyaç duyulmadığını ifade eden yazarlardan RÖHL, özellikle etkisi devam eden zararlar bakımından talep sonucunun belirlenmesinin imkânsız olduğu durumlarda alacaklının, tespit davası açması gerektiğini veya icabında kısmi dava ile birlikte tespit davası açması gerektiğini savunmaktadır²⁵³. Belirsiz alacak davasının açılmasına izin verilen tazminat davalarında olduğu gibi, zarar görenin zararının devam ettiği durumlarda veya gelecekteki zararlar bakımından ne alacaklı ne de mahkeme talep edilecek miktarı belirleyebilecek durumdadır²⁵⁴. Bu gibi durumlarda alacaklı zaten eda davası açamaz veya kısmi dava olarak eda davası açabilir. Buna benzer hallerde alacaklı, geçici olarak tespit davası ile yetinmek zorundadır. Bu bakımdan belirsiz alacak davasına ihtiyaç olmadığı ileri sürülmektedir²⁵⁵.

Belirsiz alacak davasını kabul eden görüşü savunan yazarlar, davacı bakımından, yargılama giderleri rizikosunu, bu davanın kabulü için önemli bir neden olarak kabul etmişlerdir. Ancak belirsiz alacak davasının reddini savunan görüş, Alman hukukunda, Alman Usul Kanunu'nun 92. maddesinin ikinci fıkranın ikinci bendine göre bu rizikonun giderilebileceğini ileri sürmektedir²⁵⁶. Çünkü bu bende göre, talep

²⁵¹ BULL, s. 95.

²⁵² BULL, s. 95.

²⁵³ RÖHL, s. 57. Aynı şekilde bu durumda tespit davasının açılması gerektiği yönünde bkz.: BULL, s. 95; PAWLOWSKI, s. 342. Karş.: BLECHSCHMID, s. 45.

²⁵⁴ MENGES, s. 128.

²⁵⁵ RÖHL, s. 59. Karş.: BLECHSCHMID, s. 44-45.

²⁵⁶ MENGES, s. 82, 138 vd.; BULL, s. 95; GERSTENBERG, s. 1356 vd.; KERN, s. 134 vd.; UBERT, s. 35 vd.. RÖHL, söz konusu maddenin uygulanması bakımından hâkimin takdir yetkisi olmasına rağmen, hâkimin burada tamamen serbest olmadığı, maddenin uygulama şartlarının gerçekleştiği takdirde, hâkimin bu maddeyi uygulamak zorunda olduğu söylemektedir (s. 74, 76). Aynı şekilde: MENGES, s. 148. Bununla beraber, belirsiz alacak davasının kabul edilme nedeninin sadece yargılama giderleri rizikosu olmadığına ilişkin bkz.: BUTZER, s. 539 vd.. MUSIELAK da belirsiz alacak davasının kabulü için ileri sürülen davacının talep sonucunu yüksek belirlediği durumlarda yargılama giderleri rizikosu taşımamasının söz konusu hüküm nedeniyle, gerçekçi olmadığını ifade

edilen miktarın belirlenmesi hâkimin takdirine, bilirkişi incelemesine veya karşı tarafın hesaplamasına bağlı olduğu durumlarda, hâkim, yargılama giderlerinin tümünden taraflardan birini sorumlu tutabilir²⁵⁷. Bu hüküm karşısında davacının, yargılama giderleri rizikosunu taşımadığı kabul edilmektedir.

Belirsiz alacak davasının reddini savunan görüşe göre, davacının yargılama giderleri riskini taşıması tek başına bu davanın kabulü için yeterli değildir. Kaldı ki, medeni usûl hukukunda, yargılama giderleri rizikosunu kural olarak davacının taşıması gereklidir²⁵⁸. Oysa belirsiz alacak davasının talep sonucu ile yargılama giderlerini taşıma rizikosu arasındaki bağlantıyı yumuşattığı veya ortadan kaldırdığı sürülmektedir²⁵⁹. Talep sonucunun belirli olması zorunluluğu ile yargılama giderlerine katlanma rizikosu arasındaki bağlantının birçok pratik faydası olduğu ifade edilmektedir. Yargılama giderleri, gereksiz yere dava açılmasını önleyici etkiye sahip olduğu gibi, aşırı taleplerin de ileri sürülmesini engellemektedir²⁶⁰. Ayrıca belirsiz alacak davasında da yargılama giderleri riskini tamamıyla davalı taşımamalı; bu risk taraflar arasında paylaştırılması gerektiği ifade edilmiştir²⁶¹.

Alman hukukunda, belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda, davacı, tazminatın miktarının belirlenmesi keyfiyetini, mahkemenin takdirine bırakıldığı ifade edilmektedir. Bu nedenle, söz konusu davanın, medeni usûl hukukunun genel sistemine ve özellikle tasarruf ilkesine aykırı olduğu bazı yazarlarca

etmektedir (Rn. 67, s. 42).

Benzer hüküm İHKM m. 107/1, (a) bendinde de bulunmaktadır. Bu hükme göre de alacak miktarının belirlenmesi hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda veya talebin belirlenmesinin zor olduğu durumlarda, davacı talebinde ilke olarak haklı bulunmakla beraber, dava dilekçesinde gösterdiği talep miktarının tümü kabul edilmese hâkim, 106. maddede düzenlenen yargılama giderlerinden sorumluluk kuralından ayrılarak, takdirine göre yargılama giderlerinden sorumluluğu belirleyebilir. İHKM m. 106/2 de, Türk hukukunda olduğu gibi talebin kısmen kabulü kısmen reddi halinde kural olarak yargılama giderlerinden kabul ve red oranında sorumlu olmayı düzenlemektedir.

²⁵⁷ BUTZER, hâkimin, bu bende göre yargılama giderlerinin tümünden taraflardan birini “*sorumlu tutmak zorunda olmadığını*”; takdir yetkisini kullanarak taraflardan birini “*sorumlu tutabileceğini*”, ki uygulama buna çok az dikkat edildiğini söylemektedir (s. 539). Aynı şekilde: HUSMANN, s. 719; HUSMANN, NJW 1989, s. 3129; STEINLE, s. 425; WILLMS, s. 619. Bu kuralın çok sık uygulanmamasının belirsiz alacak davasının reddi için gerekçe olmayacağı yönünde ise: BLECHSCHMID, 43-44. FUCHS, davacının açık değerlendirme hatası yaptığı durumlarda, AHMK m. 92/2, b.2 dikkate alınmayacağını ifade etmektedir (s. 564).

²⁵⁸ KERN, s. 26; PAWLOWSKI, s. 344. MENGES, belirsiz alacak davasının, davacının yargılama gideri rizikosunu tamamen ortadan kaldırdığını; bunun ne kanun koyucu tarafından amaçlandığını ne de yargılama hukuku bakımından istenen bir durum olduğunu ifade etmektedir (s. 129).

²⁵⁹ DUNZ, s. 1734.

²⁶⁰ RÖHL, s. 52; BULL, s. 96; GERSTENBERG, s. 1357; KERN, s. 93, 121; MENGES, s. 139.

²⁶¹ GERSTENBERG, s. 1356; RÖHL, s. 62.

savunulmuştur²⁶². Talep sonucu, belirli bir sistematik içinde, davanın açılmasıyla, hükümle, yargılama giderleriyle, verilen hükme karşı kanun yoluna başvurmaya bağlantılıdır. Hâkim, taleple bağlı olduğundan, dava dilekçesinde talep edilenden başka şeye veya talep edilen şeyden fazlasına hüküm veremez (AHMK m. 308). Aynı şekilde davanın kısmen reddi veya kabulü halinde yargılama giderleri red ve kabul oranında taraflar aleyhine hükmedilir. Tarafların kanun yoluna başvuruda, alacaklının dava dilekçesinde belirlediği talep sonucunun tamamen veya kısmen kabul ve reddine göre ortaya çıkmaktadır. Hukuki yararın varlığı yine talep sonucuna göre belirlenmektedir. Yani medeni usûl hukuku sistemi, alacaklının dava dilekçesinde talep miktarını kesin olarak belirlemesi durumu üzerine kurulmuştur ve bu sadece alacaklının talep sonucunu kesin olarak belirlemesi halinde sorunsuz şekilde işlemektedir²⁶³. Medeni usûl hukukunda, talep sonucunun yanlış değerlendirilmesi riskini davacı taşır ve her şeyden önce alacaklı olarak, alacak miktarını en iyi bilecek olan ve bunu değerlendirebilecek olan bizzat kendisidir²⁶⁴. Belirtilen gerekçelerle, belirsiz alacak davası medeni usûl hukukunun genel sistematığına uygun olmadığı ileri sürülmüştür.

Belirsiz alacak davasının, örf ve adet hukukuna dayandırılarak da temellendirilemeyeceği ileri sürülmektedir. Çünkü örf ve adet hukuku, kırılğan olduğu ifade edilmiştir. Örf ve adet hukuku, hukuki bir kategoriden çok sosyal bir kategoriyi ifade eder. Belirsiz alacak davası ile ilgili tartışmalarda, uzun yıllardan beri gelen uygulamanın göz ardı edilemeyeceği kabul edilmekle beraber, örf ve adet hukuku argümanının problemin çözümü için yeterli görülmediği ifade edilmektedir²⁶⁵.

Belirsiz alacak davasını reddeden yazarlarca bu davanın, davalının kendini savunma imkânını önemli ölçüde kısıtladığı da ileri sürülmektedir²⁶⁶. Kendisinden tam olarak ne miktarda alacak talep edildiği dava dilekçesinde yer almadığı için, davalı yargılama sonunda hangi kararlar karşı karşıya kalabileceğini bilmemektedir²⁶⁷. Bu

²⁶² GERSTENBERG, s. 1359; RÖHL, s. 62, 85.

²⁶³ RÖHL, s. 63.

²⁶⁴ GERSTENBERG, s. 1355.

²⁶⁵ RÖHL, s. 58

²⁶⁶ MENGES, s. 2

²⁶⁷ MENGES, s. 2, 26-27. MERTINS, ise belirsiz alacak davasının davalı bakımından doğurduğu bu sonucu kabul etmekle beraber bunun tek başına belirsiz alacak davasının reddi sonucunu

ise davalının savunma imkânını güçleştirdiği gibi, bazı durumlarda talebin isteyerek yerine getirilmesine²⁶⁸ veya davanın kabulüne engel olmaktadır²⁶⁹. Bu durum, davalının davanın başında davayı kabul etmesi nedeniyle yargılama giderlerinden sorumlu tutulmayacağı hükmünün uygulanmasına imkân tanımamakla beraber (HMK m. 312/2; AHMK m. 93), davacı bakımından yargılama giderleri riskini tamamen ortadan kaldırdığı için eleştirilmektedir²⁷⁰.

Belirsiz alacak davasının kabulüne getirilen bir diğer eleştiri de bu dava türünün, mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünü de güçleştirdiğidir²⁷¹. Ayrıca bazı yazarların kabul ettiği gibi, bazı durumlarda bu davanın açılmasına izin vermek bazı durumlarda izin vermemek keyfiliğe neden olabilmektedir. Alman hukukunda, belirsiz alacak davasının açılmasına sadece belirli hallerde izin verip sınırlandırmanın da hatalı uygulamanın gerekçelendirilmesine uygun olmadığı ifade edilmektedir. Belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanınan talep sonucunun kesin olarak belirlenmesinin imkânsız olmasının hiçbir durumda söz konusu olmadığı ifade edilmektedir²⁷².

İsviçre hukukunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davası açık bir şekilde düzenlendiği için yapılan eleştiriler daha sınırlıdır. İsviçre hukukunda da alacak miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda belirsiz alacak

doğurmayacağını ifade etmektedir (s. 48). ÜSTÜNDAĞ, davacı tarafından ileri sürülen iddia vasıtalarının açık şekilde bilinmesi ve tanınmasının, ihtilafın davalı bakımından açık bir şekilde tanınabilmesine imkân tanıdığını ve böylelikle davalının da aynı açıklıkta savunma yapabilme imkânına sahip olacağını ifade etmekte; buna davalının müdafa menfaatleri denildiğini belirtmektedir (Yasak, s. 4-5).

²⁶⁸ MENGES, s. 2

²⁶⁹ BERNHARDT, s. 213; GERSTENBERG, s. 1354; RÖHL, s. 61; WURM, s. 66; MENGES, s. 2.

²⁷⁰ MENGES, s. 2. Bu nedenlerden dolayı Alman Federal Mahkemesi ilk kararlarında, belirsiz alacak davasını sıkı şartlar altında açılmasına izin vermiştir. Belirsiz alacak davasının şartları olarak, davacı hâkimin talep miktarını, kapsamını belirlemesi için gerekli tüm bilgi ve belgeyi sunması yeterli sayılmamaktaydı; ayrıca davacı talebinin en alt sınırı ile en üst sınırını da dava dilekçesinde bildirmek zorundaydı. Böylelikle, davalı hangi risiko ile karşı karşıya olduğunu bilerek savunma yapabilmekteydi. Mahkeme de davacının bildirdiği en üst sınırdan fazlasına ve başka bir şeye hükmedemediği için taleple bağlılık ve tasarruf ilkesine uygun karar vermekteydi. Ancak daha sonraki yıllarda, Alman Federal Mahkemesi, dava şartı olarak saydığı davacının dava dilekçesinde alacak miktarının en alt ve en üst miktarını belirleme zorunluluğunu terk etmiştir. Davacı üst sınır olarak bir değer belirtme zorunluluğu olmadığı gibi bunu belirtmiş olsa bile, mahkeme bundan fazlasına karar verdiği durumları hâkimin taleple bağlılık ilkesine aykırı görmemiştir. Alman Federal Mahkemesi yeni sayılabilecek bir kararında, davacının 5.000 DM talep etmesine rağmen, 30.000 DM'ye hükmetmesini kanuna uygun görmüştür. Karar için bkz.: NJW 2001, s. 3417. Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 10, D, II, 1, b.

²⁷¹ GERSTENBERG, s. 1354; KERN, s. 92'deki dn. 30.

²⁷² RÖHL, s. 60; BLECHSCHMID, s. 39; KERN, s. 121. Karş.: DUNZ, s. 1735.

davasına ilişkin kanuni bir düzenleme yoktur. Buna rağmen gerek yargı kararlarında gerekse de doktrinde belirsiz alacak davasının bu türü kabul görmüştür. İsviçre hukukunda belirsiz alacak davasının kabul edilmesinin asıl nedeni olarak yargılama giderleri rizikosunu gösterilmiştir. MEIER, eğer İsviçre hukukunda da Amerikan hukukundaki gibi, yargılama giderinden sorumluluk bakımından tarafların davanın sonucuna bağlı olmaksızın sorumlu tutuldukları kuralı yer almış olsaydı, belirsiz alacak davasına ihtiyacın olmadığını ileri sürmektedir²⁷³.

Ç. Görüşümüz

Kanaatimizce belirsiz alacak davasının kabulü zorunludur²⁷⁴. Çünkü belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda, davacı, alacağının miktarını ve dolayısıyla talep sonucunu rakamsal olarak kesin belirlemesine imkân sağlayan unsurlara sahip değildir. Talebin miktarını belirlemeyi sağlayan unsurlarda gerçek anlamda bir belirsizlik söz konusudur²⁷⁵. Davacı alacak miktarını, bazı durumlarda delillerin incelenmesinden sonra ve özellikle bilirkişi incelemesinden sonra bazı durumlarda ise ancak karşı taraftaki veya üçüncü kişilerdeki bilgi ve belgelere dayanarak belirleyebilmektedir. Özellikle tazminat davalarında olduğu gibi, bazı durumlarda ise alacak miktarının belirlenmesinde hâkime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Davacının dava açtığı anda alacak miktarını belirleyemediği bir durumda, kendisinden tahmini bir değerlendirme yapıp dava açması beklenemez. Bu nedenle alacaklının alacak miktarının üst sınırını davanın açıldığı anda belirleyemediği veya belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda, belirsiz alacak davasının istisnai olarak kabul edilmesi gerekmektedir²⁷⁶. Bu durumda davacının, dava açtığı anda talep miktarını kesin olarak belirlemesinden ziyade, hukuki ilişkiyi tam olarak ortaya koyması ve yargılama sırasında alacak miktarının tam ve kesin şekilde belirlenmesine imkân tanıyan vakıaları mahkemeye sunması yeterli görülmelidir²⁷⁷. Belirsiz alacak davası, sadece davanın açıldığı anda alacak miktarının kesin olarak belirlenmesinin imkânsız olması veya bunun alacaklıdan beklenemeyecek olması

²⁷³ MEIER, s. 14.

²⁷⁴ HUSMANN, belirsiz alacak davasında davacının talebini belirleyemesinin imkânsız olduğunu, 'Ultra posse nemo obligatur' yani, 'kimse yapabileceğinin ötesine zorlanamaz' cümlesinin hukukun ortaya çıktığı andan beri geçerli olduğunu ifade etmektedir (s. 718).

²⁷⁵ BUTZER, s. 539.

²⁷⁶ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 61, s. 131.

²⁷⁷ RGZ 21, s. 386; RGZ 10, s. 356.

durumunda mümkündür²⁷⁸. Bunun dışındaki hiç bir neden belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanımamaktadır. Bu nedenle belirsiz alacak davası istisnai olarak açılan bir dava olup yargılama giderleri rizikosu²⁷⁹ veya ispat zorluğu yahut sorunları bu davanın açılması için kabul edilebilir gerekçeler değildirler.

Kanaatimizce, belirsiz alacak davası, sübjektif hakların tam olarak yerine getirilmesine hizmet ettiği için, medeni usûl hukukunun amacına da uygundur²⁸⁰. Medeni usûl hukuku, maddi hukukta tanınmış hakların yerine getirilmesine hizmet ettiği ve belirsiz alacaklar bakımından belirsiz alacak davası bunu tam olarak sağladığı için bu dava türünün kabulü zorunludur. Bu nedenle belirsiz alacak davası, medeni usûl hukukunun temel amacına ve sistematığına aykırı değildir. Medeni usûl hukuku özel hukuktan doğan sübjektif hakların korunması ve gerçekleşmesini amaçlayıp adaletin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Belirsiz alacak davası da alacaklının maddi hukuktan kaynaklanan alacağını tam ve kesin şekilde kavuşmasına sağlayan bir dava türüdür.

Ayrıca belirtelim ki, belirsiz alacak davası, hak arama özgürlüğünün etkin şekilde yerine getirilmesini sağlamaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere alacağın miktarı tam olarak belirli olmadığından dava açmaktan imtina edilmesini önlediği için bu davanın kabulü zorunludur. Belirsiz alacak davasının açılması gereken durumlarda da davanın başında alacaklıdan, dava konusu talebin kesin ve net şekilde belirlenmesini talep etmek, alacaklının maddi hukuktan doğan alacağını, dava yoluyla ileri sürmesine engel olabilir. Alacaklının maddi hukuktan doğan talebinin miktarı davanın açıldığı anda imkânsızlık veya davacıdan beklenememe nedeniyle tam olarak belirlenememesi durumunda bunların talep edilmesini engelleyecek nitelikte usul kurallarının olmaması gerekir²⁸¹. Aksi halde alacaklı, yanlış veya eksik bir değerlendirme yapmak çekincesiyle veya henüz dava açmak için gerekli koşullara sahip olmadığı düşüncesiyle dava açmaktan kaçınabilir.

²⁷⁸ STAEHELIN, Adrian/STAEHELIN, Daniel/GROLIMUND, Pascal, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen-unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich/Genf/Basel 2008, Rn. 4, s. 184; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 61, s. 131.

²⁷⁹ Aksi yönde: BLECHSCHMID, s. 46.

²⁸⁰ KARSLI, s. 346. İsviçre'de belirsiz alacak davasının kabul edilme nedenleri arasında Kanton usûl hukuklarının, maddi (federal) hukukun gerçekleşmesine hizmet ettiği düşüncesine dayandığı ifade edilmektedir (HURNI, s. 89).

²⁸¹ BGE 116 II 215.

Belirsiz alacak davası bunların yanı sıra, usul ekonomisi ilkesinin yerine getirilebilmesi için de gereklidir. Bu davaya izin verilmemesi halinde, davacı gereksiz yere masraf yapma riskiyle veya ikinci bir dava açma durumu ile karşı karşıyadır²⁸². Alacaklının yapacağı olası masraflar farklı şekillerde kendini gösterebilir. Öncelikle hukukumuzda teksif ilkesinin önemli bir sonucu olarak, davacı cevaba cevap dilekçesi verdikten sonra, kanunda belirtilen istisnalar dışında davasını genişletip değiştiremez (m. 141). Yani talep sonucunu arttıramaz. Davanın genişletilmesi yasağının ön inceleme duruşmasından sonra davalının muvafakati aranmaksızın mümkün olduğu tek istisna, ıslahıdır (m. 141/2). Buna karşılık bilindiği gibi ıslah masrafsız değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 178. maddesine göre, ıslah yapan taraf, ıslah sebebiyle geçersiz hale gelen işlemler için yapılan yargılama giderleri ile karşı tarafın uğradığı zararları ve uğrayabileceği olası zararları karşılamak zorundadır. Belirsiz alacak davası açılması gereken durumlarda, alacaklı, genellikle cevaba cevap süresine kadar, alacak miktarını tespit edecek durumda değildir. Kanun koyucunun da belirttiği gibi, belirsiz alacak davasına izin verilen hallerde, alacaklı, ancak karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarını tam ve kesin olarak belirleyebilecek durumdadır. Belirsiz alacak davasıyla, alacağın tam ve kesin olarak tespit edildikten sonra, davanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davacının, alacak miktarını belirlemesine imkân tanınmıştır. Böylelikle davacının, talep sonucunu artırması nedeniyle yapacağı olası gereksiz masrafların önüne geçilmiştir. Belirsiz alacak davası açılması gereken durumlarda, bu davanın kabul edilmemesi, aynı alacak için aynı davalıya karşı birden fazla dava açılması sonucu doğurur²⁸³. Aynı alacak için birden fazla dava açılması ise, kısmi dava şeklinde ortaya çıkacaktır. Alacak miktarını tam olarak belirleyemeyen alacaklı, bu durumda belirleyebildiği kısım için kısmi dava açacak; geri kalan kısım için ise ikinci bir dava açma yoluna gidecektir. Aynı alacak için ikinci bir dava açmak istemeyen alacaklı, açtığı kısmi davada ıslah yoluna giderek talebini arttırabilir. Bu da yukarıda belirtildiği gibi masrafsız değildir. Bu nedenle, belirsiz alacak davasıyla, alacak miktarı kesin ve net şekilde yargılama içinde belirlenebildiğinden, alacaklının aynı alacak için ikinci bir dava açmasının önüne de geçilmiş olacaktır. Bu ise hem masraf bakımından hem de zaman bakımından önemli bir tasarruf sağladığı için usul

²⁸² MERTINS, s. 47; KULAKSIZ, s. 71.

²⁸³ KARSLI, s. 345.

ekonomisi ilkesinin de uygulanmasını sağlamaktadır²⁸⁴.

Belirsiz alacak davası, alacaklının dava başında yapacağı yanlış değerlendirme sonucu alacak miktarını yüksek gösterdiği takdirde, yargılama sonucunda ödeyeceği olası yargılama giderinin de önüne geçmektedir. Çünkü davada yargılama giderleri tarafların haklılık oranlarına göre paylaşılır (m. 326). Belirsiz alacak davasının söz konusu olduğu durumlarda, alacaklı kesin olarak alacaklı olduğunu ileri sürmekte; ancak alacak miktarını tespit etme imkânına sahip değildir. Alacaklıyı yargılama gideri tehdidinde maruz bırakmadığı ve alacaklının maddi hukuktan kaynaklanan alacak hakkının tamamına kavuşmasını sağladığı için de belirsiz alacak davası yerinde bir dava türüdür. Belirsiz alacak davası açan alacaklının, kesin olarak alacaklı olduğu kural olarak kabul edilmekte, yargılama giderleri bakımından ise Türk hukukunda davacıyı koruyucu bir hüküm olmamasına rağmen bu davanın doğal sonucu olarak davacı yargılama giderleri bakımından önemli ölçüde korunmaktadır. Davacı, alacak miktarını belirledikten sonra talebi tamamen kabul edilirse veya alacak miktarının belirlenmesi hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda davacının haklılığı hüküm altına alınmışsa yargılama giderlerinden kural olarak sorumlu tutulmayacaktır²⁸⁵. Bununla birlikte yargılama giderleri bakımından davalı da savunmasız durumda değildir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329. maddesine göre, hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Ayrıca bu durumda davacı ek olarak, beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasından kadar disiplin cezası ile mahkûm edilebilir. Söz konusu hüküm, belirsiz alacak davası bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Belirsiz alacak davası, tasarruf ilkesinin de tam olarak yerine getirilmesini sağlamaktadır. Çünkü burada da talep sonucunu belirleyen davacıdır. Bu dava ile davacıya, dava sırasında, karşı tarafın rızası veya ıslah yoluna başvurmasına gerek olmaksızın, davanın başında göstermiş olduğu geçici miktar veya değeri artırma imkânı tanınmaktadır. Burada da hâkim, tasarruf ilkesine uygun olarak ve taleple bağlı kalarak, artırılan miktardan fazlasına veya başka bir şeye hükmedemeyecektir.

²⁸⁴ LIEBSTER, s. 48; KARSLI, s. 346; YILMAZ, Z., s. 305.

²⁸⁵ MEIER, s. 14.

Belirtmek gerekir ki, tazminat davalarında, hâkimin takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda da hâkim taleple bağlıdır. Bu durumda da davacı, belirsiz alacak davası ile zararının tümünün giderilmesini talep etmekte²⁸⁶; hâkim de tazminat miktarını buna göre belirlemektedir. Hâkimin bu durumda da tasarruf ilkesine bağlılığı, tazminat miktarının üst sınırının zararın miktarını aşmamasıyla ve böylelikle davacının talebinden daha fazlasına hükmetmemekle gerçekleşmektedir²⁸⁷. Tenkis davalarında da kabul edildiği gibi, davacı tenkis talebinde bulunmakta ve hâkim de saklı pay oranını gerçekleştirecek miktar kadar tenkise karar vermektedir²⁸⁸.

Alacak miktarının belirsiz olduğu durumlarda, davacının tespit davası açabilmesi veya belirleyebildiği kısım kadar kısmi dava açabilmesiyle, belirsiz alacak davası, bir birinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Davacının bu tür imkânlarla sahip olması dava açtığı anda talebini belirleyememesinden bağımsızdır²⁸⁹. Gerek kısmi dava²⁹⁰ gerekse tespit davası, alacaklıya yeterli koruma sağlayamadığı ve bu nedenle gerçek anlamda belirsiz alacak davasının alternatifi olmadığı için alacaklının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararı bulunmaktadır. Kısmi davada alacağın geri kalan kısmının zamanaşımına uğrama rizikosuna²⁹¹ veya ıslah giderleriyle ikinci bir dava açıldığında yapılacak yargılama giderleri, kısmi dava açılabilmesine rağmen alacaklının belirsiz alacak davasına duyduğu ihtiyacı ortaya koymaktadır. Açılacak bir tespit davası ile alacaklı sadece alacağın miktarının tespitini sağlayabilecek; aldığı tespit hükmüne dayanarak ilâmların icrası (İİK m. 24 vd.) yoluna başvuramayacaktır²⁹². Böylelikle alacaklının ya tespit hükmüne dayanarak bir ilâmsız takip yoluna başvurması gerekir ya da bir eda davası açıp, ilâmlı icraya elverişli bir hüküm elde etmesi gerekmektedir. Ayrıca normal bir tespit davası, tek başına alacaklının yargılama giderleri rizikosunu ortadan kaldırmaz. Sadece belirsiz tespit davası, alacaklının yargılama giderleri rizikosunu ortadan kaldırmaktadır²⁹³.

²⁸⁶ HUSMANN, s. 716.

²⁸⁷ Bknz.: § 8, B, I; § 9, B, II.

²⁸⁸ Bknz.: § 13, D.

²⁸⁹ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 4, s. 375; BLECHSCHMID, s. 45.

²⁹⁰ LOOSLI, s. 104; BLECHSCHMID, s. 44; KARSLI, s. 345.

²⁹¹ KİRAZ, s. 16. BLECHSCHMID, kısmi davada zamanaşımın sadece talep konusu yapılan kısım için kesildiğini ve bu nedenle talep edilmeyen kısmın, tazminat talepleri için Alman hukukunda kabul edilen *üç yıllık kısa zamanaşımı süresi* nedeniyle zamanaşımına uğrama rizikosunun bulunduğuna dikkat çekmektedir (s. 44).

²⁹² BLECHSCHMID, s. 45.

²⁹³ BLECHSCHMID, s. 45. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, tespit davasının da eda

Türk hukukunda tespit davasında, alınacak harçlar ve vekâlet ücretleri bakımından Yargıtay'ın birbirinden farklı kararları bulunmaktadır²⁹⁴. Yargıtay bazı kararlarında, tespit davalarını maktu harca göre ve vekâlet ücretine ise nisbi tarife üzerinden hükmedileceğini kabul etmektedir²⁹⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.3.1996 tarihinde verdiği bir kararında, vasiyetnameye dayanılarak vasiyetnamenin yerine getirilmesinin talep edildiği hallerde, harcın nisbi olduğunu; ancak vasiyetnamenin geçerliliğinin tespiti talebiyle açılacak davanın ise edaya yönelik bir talep bulunmadığı için maktu harca tabi olduğunu ifade etmiştir²⁹⁶. Ayrıca tespit davalarının eda davalarının öncüsü olması nedeniyle, eda davası gibi harca tabi olması gerektiğini; vekâlet ücretinin de nispi tarifeye göre hesaplanması gerektiğini ifade edilmektedir²⁹⁷. Bu nedenle Yargıtay, müspet tespit davalarında da normal bir eda davasında olduğu gibi vekâlet ücretine nispi tarifeye hükmedilmesi gerektiğini ifade etmektedir²⁹⁸. Bu durumda ise, tespit davası açan davacı, eda davasında olduğu gibi yine yargılama giderleri rizikosunu taşımaktadır. Sonuç olarak tespit davası tek başına belirsiz alacak davasının sağladığı korumayı sağlamamaktadır.

Buna karşılık ifade etmek gerekir ki, belirsiz alacak davasının kabul edilmesiyle, davalının menfaatleri de göz ardı edilemez²⁹⁹. Belirsiz alacak davasına karşı çıkan yazarların en önemli dayanak noktası, bu davanın, davalının savunma imkânını önemli ölçüde sınırladığıdır. Belirsiz alacak davasında, davalı kendisinden talep edilen alacak miktarını bilmediği ve bu nedenle hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği ileri sürülmektedir. Hukuki dinlenilme hakkı, davalının tam olarak davada kendisinden neyin talep edildiğini bilme hakkını da kapsamaktadır. Davalı kendisinden tam olarak neyin talep edildiğini bildiği durumda davayı kaybetme rizikosunu öngörebilmekte ve ona göre savunma yapabilmektedir³⁰⁰. Belirsiz alacak

davalarıyla aynı şekilde harçlara tabi olduğunu ifade etmektedirler (s. 206).

²⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: KURU/BUDAK, s. 305 vd..

²⁹⁵ 9. HD, 25.9.2007, E. 32984, K. 28088 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

²⁹⁶ HGK, 13.2.1996, E. 2-6, K. 144 (İKİD 1997/434, s. 12379-12380).

²⁹⁷ KURU, Usûl, C. 2, s. 1417. BUDAK ise, harçlar ve vekalet ücretinde menfi tespit davası ile müspet tespit davası ayrımı yapmakta, bu görüşe menfi tespit davası bakımından katıldığını ifade etmektedir. Müspet tespit davası bakımından ise, aynı uyumsuzluk için hem tespit davasında hem de daha sonra eda davasında iki kez harç ve yargılama gideri ödenmesine yol açmamak için, harç ve vekalet ücretinin maktu tarifeye göre hükmedilmesi gerektiğini ifade etmektedir (KURU/BUDAK, s. 310).

²⁹⁸ HGK, 7.3.1970, 8/1441-109 (İKİD 1970/117, s. 8830).

²⁹⁹ BERNHARDT, s. 213; HUSMANN, NJW 1989, s. 3128; PEKCANITEZ, Hakan, HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) Değerlendirmesi, Ankara 2012, s. 79.

³⁰⁰ SUTSCHET, s. 279.

davasında, davacı hukuki ilişkiyi ve bu hukuki ilişkinin dayanağı olan vakıaları mahkemeye sunmak zorunda olduğundan, davalı, davacının ne istediğini bildiği için³⁰¹ kendisine karşı açılan davaya yabancı değildir. Belirsiz alacak davasında da talep sonucu, yargılama sırasında rakamsal olarak kesin ve net şekilde belirleneceği için, bunun başlangıçta tam ve kesin olarak belirlenememesi, hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelmez. Ancak bunun için, davacının alacak miktarını belirledikten sonra bunun davalıya bildirilmesi ve davalıya belirlenen alacak miktarını değerlendirme imkânı sağlanmalıdır.

Hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğu kabul edilmemiştir³⁰². Bazı durumlarda alacaklı hakkını ileri sürerken, usul kurallarını bilmediği için gereksiz masraflar yapabileceği gibi, yanlış değerlendirmeler nedeniyle yargılama sonunda yargılama giderlerinin bir kısmını ödeme ile karşı karşıya kalabilir. Gerçi bu ihtimal her davada söz konusudur. Ancak örneğin bir sözleşmeye dayanan alacak ile haksız fiilden doğan alacağın talep edilmesinde, bu taleplerin belirlenmesinin birbirinden farklı olduğu açıktır. Türk hukukunda avukatla temsil zorunluluğu olmadığı için de kanaatimizce belirsiz alacak davasının kabulü yerindedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davası, maddi hukuk bakımından özellikle zamanaşımı ve faiz açısından önem arz etmektedir. Belirsiz alacak davasının açılması gereken durumlarda, alacaklının muradı sadecedavanın açıldığı anda alacağının belirlenebilen kısmına değil, alacağının tümüne kavuşmaktır. Bu nedenle, belirsiz alacak davası açılmasına imkân tanınan hallerde, bu davanın açılmasına bağlanan sonuçları, alacağın tümü bakımından değerlendirmek gerekmektedir. Miktarı belirlenemeyen alacaklarda, alacağın tümü bakımından davanın açılmasına bağlanan sonuçlardan yararlanmak isteyen davacının, belirsiz alacak davası açması gerekir. Bu nedenle davacı belirsiz alacak davası açtığı anda, zamanaşımı alacağın tümü bakımından kesilecektir³⁰³. Şunu da ekleyelim ki, zamanaşımı bakımından kabul edilen sonucu, faiz bakımından da kabul etmek gerekmektedir. Belirsiz alacak davasında, borçlu daha önce temerrüde düşürülmemişse, faiz talep eden alacaklı, davanın açıldığı tarihten itibaren, sadece

³⁰¹ HUSMANN, s. 716.

³⁰² Avukatla temsil zorunluluğunun amaçları hakkında bkz.: AKKAN, Mine, Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Ankara 201, s. 107 vd..

³⁰³ Bknz.: § 12, C.

geçici değer bakımından değil alacağın tümü bakımından faiz talep edebilmektedir. Bu durumda, alacak miktarı belirlendiğinde, bu miktar üzerinden faize hükmedilmesi gerekir³⁰⁴.

³⁰⁴ Bknz.: § 12, B.

§ 5. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Bir hukuk sisteminde davalar değişik şekillerde sınıflandırılabilir. Bu sınıflandırmalardan en önemlisi mahkemeden istenilen hukuki korumaya göre yapılanıdır. Davacı, eda davası ile davalının bir şeyi yapmaya, bir şey vermeye veya bir şeyi yapmamaya mahkûm edilmesini ister (m. 105). Tespit davası ile mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesini talep edebilir (m. 106). İnşâî dava ile mahkemeden, yeni bir hukuki durumun yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılmasını talep edebilir (m. 108).

Davaların mahkemeden istenilen hukuki korumaya göre ayrımının yanı sıra karşılaşılan diğer ayrım da talep sonucuna göre yapılandır. Bunlar ise kısmi dava (m. 109), davaların yığılması (m. 110), terditli dava (m. 111), seçimlik dava (m. 112), topluluk davası (m. 113) ve mütelâhik davadır. Alacaklının, alacağının tümünün hüküm altına alınmasını istediği tam davayı da talep sonucuna göre davalardan sayabiliriz.

B. Hukuki Niteliği

Belirsiz alacak davası, mahkemeden istenilen hukuki korumaya göre kural olarak bir eda davasıdır³⁰⁵. Eda davalarında olduğu gibi belirsiz alacak davasıyla da davacı, davalının bir şeyi vermeye veya bir şey yapmaya mahkûm edilmesini isteyecektir.

³⁰⁵ LOOSLI, s. 9; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.9 vd., s. 147-148; PAULUS, Rn. 190, s. 67; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 27 vd., s. 521 vd.; ZEISS/SCHREIBER, Rn. 331-332, s. 132; POHLMANN, Rn. 27, s. 5; DUNZ, s. 1734; MUSIELAK, Rn. 66, s. 41; PEKCANITEZ, s. 31; KİRAZ, s. 16; ÖZBAY, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi ?, Ankara 2012, s. 127. Yargıtay da kararlarında belirsiz alacak davasının, eda davası olduğunu ifade etmektedir. Bknz.:10. HD, 1.3.2012, E. 2010/9799, K. 2012/3613 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası); 9. HD, 24.10.2011, E. 2011/47206, K. 2011/39092 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası). Buna karşılık ÇELİK, söz konusu davanın “*edaya yönelik tespit davası*” olduğunu ifade etmektedir (ÇELİK, Ahmet Çelik, 6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasası'na Göre Tazminat ve Alacak Davaları, Ankara 2012, s. 28). Kanaatimizce yazarın bu tanımlaması hatalıdır. Çünkü belirsiz alacak davası sonucunda, davanın kabulü halinde mahkeme alacağın varlığına ilişkin tespit hükmü değil, eda hükmü vermektedir.

Bir şeyi yapmama borcu, belirsiz alacak davasının konusunu teşkil etmez³⁰⁶. Belirsiz alacak davasının konusu para olduğu takdirde, davacı davalının parayı ödemeye mahkûm edilmesine; para alacağı dışındaki alacaklar bakımından ise bir şeyi vermeye ya da yapmaya mahkûm edilmesini isteyecektir. Yukarıda örnek olarak ifade edildiği gibi, elde edilen ürünün yarısının verilmesi veya hafriyatın araziden kaldırılması talebiyle açılan belirsiz alacak davaları bir şeyin verilmesine veya yapılmasına dair belirsiz alacak davalarındandır³⁰⁷.

Belirsiz alacak davası aslında bir eda davası olmakla birlikte, talep sonucu, davanın açıldığı anda rakamsal olarak tespit edilemediği için özel olarak düzenlenme gereği duyulmuştur. Belirsiz alacak davası sonucunda verilen hüküm genel olarak düzenlenen eda davalarında (m. 105) verilen hükümle nitelik bakımından aynıdır. Yani verilen hüküm, alacağın varlığının tespiti ve bu alacağın yerine getirilmesine ilişkin emri içerir. Belirsiz alacak davasını tam eda davasından ayıran özellik ise, alacaklının alacağının üst sınırının kesin olarak belirlenmesinin imkânsız olması veya alacaklıdan belirlemesinin beklenememesi nedeniyle davanın geçici değer gösterilerek açılması ve davacıya talebinin miktarını yargılama sırasında belirleme imkânının tanınmasıdır. Belirsiz alacak davasının bu özelliği, bu davanın hukuki niteliğini değiştirmez³⁰⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesine göre, alacaklı, alacak miktarı belirsiz ise, belirsiz alacak davası açabileceği gibi belirsiz tespit davası da açabilir³⁰⁹. Söz konusu maddenin birinci ve ikinci fıkrasında belirsiz alacak davası düzenlenmiş, üçüncü fıkrası ise kısmi eda davasının açılabilmesi hallerde tespit davasının da açılabilmesini düzenlemiştir. Alacaklının belirsiz olan alacağın sadece miktarının tespiti için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin üçüncü fıkrasına göre açtığı davanın hukuki niteliği ise tespit davasıdır. Eda davasından farklı olarak burada verilen hüküm, bir şeyin verilmesi veya yapılmasına ilişkin bir emir içermeyip, sadece alacağın miktarını tespite yöneliktir.

Bir görüş, belirsiz alacak davası, talep sonucuna göre dava çeşitleri bakımından

³⁰⁶ Karş.: PEKCANITEZ, s. 81.

³⁰⁷ Bknz.: § 2, B.

³⁰⁸ MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 197; LOOSLI, s. 10.

³⁰⁹ Belirsiz alacaklar bakımından kısmi dava da açılabilir (m. 109/2). Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 6, C.

kısmi davanın bir türü olarak değerlendirmektedir³¹⁰. Kısmi dava da mahkemeden istenilen hukuki korumaya göre, bir eda davasıdır. Bu bakımından belirsiz alacak davası ile kısmi dava arasında hukuki nitelik bakımından bir fark bulunmamaktadır. Ancak belirsiz alacak davasının, kısmi davanın bir türü olduğu yönündeki görüşe katılmak, kanaatimizce mümkün görülmemektedir. Çünkü kısmi dava ile alacaklı, aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının dava konusu yapılan kısmının hükmü altına alınmasını istemektedir. Belirsiz alacak davasında ise alacaklının talebinin konusu, alacağının tümünün hükmü altına alınmasıdır. Belirsiz alacak davası, alacak miktarının yargılama sırasında belirlendiği tam bir eda davasıdır³¹¹. Bu nedenle belirsiz alacak davasında alacaklının alacağının tümünü dava konusu yapması, bu davanın kısmi davadan ayırıcı en önemli özelliğidir³¹².

Kanun koyucunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde düzenlediği belirsiz alacak davasındaki belirsizlik durumunu sınırlı şekilde anlamamız gerekir. Bir diğer deyişle, buradaki belirsizlik, sadece alacak miktarının veya değerinin üst sınırında söz konusudur. Alacaklı, borçlu ile arasındaki hukuki ilişkiyi ve bu hukuki ilişkinin dayanağı olan vakıaları ve de bu vakıaların dayanağı olan delilleri mutlaka somutlaştırma yükümlülüğü çerçevesinde belirlemelidir.

Belirsiz alacak davası, kural olarak eda davası şeklinde görülebileceği gibi çok istisnai durumlarda inşaî dava şeklinde de görülebilir³¹³. Bu durumlarda, alacak, inşaî davadan sonra belirli hale gelebilmektedir. Özellikle tenkis davalarında bu durum söz konusu olacaktır³¹⁴. Tenkis davasının, inşaî dava olduğu konusunda doktrinde tereddüt bulunmamaktadır³¹⁵. Bu nedenle, belirsiz alacak davasına konu olan bir tenkis talebini, hukuki niteliği itibarıyla inşaî dava olarak kabul etmek gerekir. Belirsiz alacak davasının, inşaî dava olarak görülmesi çok istisnai bir durum olduğu için, bundan sonraki açıklamalar da bu davanın eda davası olduğuna yönelik

³¹⁰ KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İBD, C. 85, S. 2011/5, Eylül-Ekim 2011, s. 12.

³¹¹ Çalışmamızda ifade ettiğimiz tam eda davası veya normal eda davası, alacağın tümünün hükmü altına alınması amacıyla açılan eda davasını ifade etmekte olup, alacağın bir kısmının hükmü altına alınması amacıyla kullanılan kısmi davadan ayırmak amacıyla kullanılmaktadır.

³¹² Kısmi dava ile karşılaştırılması için bkz.: § 6.

³¹³ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 38, s. 523. Karş.: PEKCANITEZ, s. 81.

³¹⁴ Bknz.: § 13, D.

³¹⁵ ÖNEN, Ergun, İnşai Dava, Ankara 1981, s. 78; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku C. 4 (Miras Hukuku), 4. Bası, İstanbul 2009, s. 267; KURU, Usûl, C. 2, s. 1479; POSTACIOĞLU, Usûl, s. 265; TÜFEK, K. Gültekin, Miras Hukukunda Tenkis ve İade Davaları, Ankara 1977, s. 103.

olacaktır.

Sonuç olarak, belirsiz alacak davası, davanın açıldığı tarihte talep edilecek alacağın miktarının, davacı tarafından rakamsal olarak belirlenmesinin beklenemeyeceği veya imkânsız olması durumlarda, davacıya talebinin miktarını bazı durumlarda yargılama sırasında karşı tarafın veya üçüncü kişinin vereceği bilgiler veya delillerin incelenmesinden sonra belirleme imkânı tanıyan, bazı durumlarda da ise doğrudan hâkim tarafından belirlenmesini sağlayan bir eda davası olarak tanımlanabilir.

§ 6. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ KISMİ DAVA İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Genel Olarak

Davacının aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmî dava denir³¹⁶. Kısmi dava davacının talebinin bir bölümü olduğu için ileri sürülen talebin bölünebilir olması gerekir (m. 109/1). Kısmi dava ile davacı, mahkemeden sadece dava konusu yaptığı kısmın hüküm altına alınmasını istemektedir. Hâkim de taleple bağlılık ilkesi gereğince, sadece dava konusu yapılan kısım hakkında hüküm verebilmektedir.

Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun miktarının, taraflar arasında tartışmalı veya belirsiz olması gerekir³¹⁷. Kanun koyucu, dava konusu talebin miktarı belirli veya tartışmasızsa, davacının kısmi dava açmakta hukuki yararının olmadığını belirtmiştir³¹⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesine ilişkin Hükümet Gerekçesi'nde "*...Bununla kısmi dava kurumunun amaç dışı kullanılmasının önüne*

³¹⁶ WÜTHRICH, Walter, *Teilklage und Teilurteil*, Zürich 1952, s. 11; KULAKSIZ, s. 2; KURU, Usûl, C. 2, s. 1515; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 410 ; YILMAZ, s. 748; KARSLI, s. 341; ÖZKAYA-FERENDEÇİ, s. 181; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 212.

³¹⁷ YILMAZ, s. 748.

³¹⁸ Söz konusu fıkra da "*veya*" bağlacı kullanılarak her iki durumdan birinin bulunması durumunda kısmi davanın açılmayacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, kısmi davanın açılabilmesi için, hem alacağın miktarının belirsiz olması hem de belirsiz olan bu alacağın tartışmalı olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bilindiği üzere, kanun hükmünün anlaşılması zor ise, yahut kanun hükmü kapalı, çelişkili veya eksik ise ve bu nedenle kanun koyucunun amacı anlaşılamiyorsa, hükmün uygulanmasında yoruma ihtiyaç vardır (KARSLI, s. 103; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 78). Hâkim, medeni usul kurallarını da yorumlanırken öncelikle lafzi yorumu uygulanmaktadır. Ancak lafzi yorum, amaca aykırı sonuç veriyorsa, diğer yorum kurallarının uygulanması gerekir. Çünkü sadece kanunun kullandığı kelimelere bakılarak amaca ve işin niteliğine uygun düşmeyen yorum usulü artık geçerli değildir (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 79). Bu nedenle yorum konusunda, kanun maddesinin kabul edilmesindeki amaç ve kanun koyucunun o kuralı koyarken güttüğü amaç da son derece önemlidir. Bu nedenle, gerekçe, yorum yapılırken çok önemli ve dikkate alınmalıdır. Her ne kadar kanun koyucunun gerekçesi de, yorumda bağlayıcı değilse de, hükmün yorumunda oldukça önemlidir (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 79). Söz konusu fıkra da, gerekçede de belirtildiği üzere, kısmi davanın amaç dışı kullanımının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Ancak bu fıkra, kısmi davanın tamamen işlevsiz bırakılması amacı taşımamaktadır. Eğer kısmi davanın açılmaması sadece belirli olması veya sadece tartışmasız olması sonucu çıkarılır ise, zaten son derece sıkı şartlara bağlanan kısmi davanın açılabilmesi neredeyse mümkün görülmemektedir. Bu nedenle kanaatimizce, gerekçede de ifade edildiği üzere, maddedeki "*veya*", "*ve*" olarak anlaşılmalı ve kısmi davanın açılmaması için, alacak hem belirli olmalı hem de tartışmasız olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, alacak belirli ve fakat tartışmalı ise, yahut alacak belirsiz ve fakat tartışmasız ise kısmi davanın açılabilmesi gerekir. Nitekim doktrinde KURU/ARSLAN/YILMAZ da, "*Talep konusunun miktarı açıkça belli ise ve taraflar arasında bu konuda herhangi bir tartışma yoksa kısmi dava açılması mümkün değildir (m. 109,2)*" demektedirler (s. 286).

geçilmek istenmiş, yani sözü edilen halde davacının kısmi dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı kabul edilmiştir." Kanaatimizce, kanun koyucunun burada hukuki yararın var olmadığını varsayması amacını aşan bir düzenleme olmuştur. Alacaklı, tasarruf ilkesi gereğince, nasıl ki talebini dava konusu yapıp yapmamak hakkına sahipse, alacağın bir kısmını dava etmek istediğinde de buna imkân tanımak gerekir³¹⁹. Çünkü, tasarruf ilkesi, davacıya, talebinin kapsamını belirleme hakkı da vermektedir³²⁰. Davacı bu durumda, kural olarak dilerse alacağın tamamını dilerse de alacağının bir kısmını dava konusu yapabilmelidir. Kısmi davanın açılması ayrıca hak arama özgürlüğünün de bir gereğidir. Alacaklıyı mutlaka alacağın tamamı için dava açmaya zorlamak³²¹, ya dava konusu yapılmayan kısımdan feragat etmeye zorlamakta³²² ya da dava edilmek istenen kısmın dahi hukuki yarar yokluğu nedeniyle dava edilmesine engel olmaktadır. Bu ise alacaklının mahkemeye başvuru imkânını kısıtladığı için hak arama özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır. Kaldı ki, 6100 sayılı Kanun ile kısmi dava düzenlenmeden önce hukuki yararın bulunmadığı veya dava hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda kısmi davanın açılmayacağı kabul edilmekteydi³²³. Kısmi davanın açıldığı durumlarda da davacının hukuki yararının var olduğunu kural olarak kabul etmek daha yerindedir. Doktrinde, kısmi davadaki hukuki yararı, "*ispat durumunun zorluğu ve hukuki durumun açık olmamasından kaynaklanan yargılama giderleri rizikosunun azaltılması*"³²⁴ olarak ifade edilmektedir³²⁵. Kanaatimizce, kanun koyucunun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun

³¹⁹ WÜTHRICH, s. 13; GASSER/RICKLI, Art. 86, Rn. 1, s. 77; KULAKSIZ, s. 9; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 286; ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 182.

³²⁰ PAULUS, Rn. 312, s. 107-108; MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 86, Rn. 1, s. 199.

³²¹ Kanunda yer alan istisnalar dışında kimse dava açmaya zorlanamaz. Ayrıntılı bilgi için ilişkin bkz.: WÜTHRICH, s. 13; POSTACIOĞLU, s. 251; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 286. Yargıtay da, "*...alacaklı alacağının tümü hakkında dava açmak zorunda olmayıp... Yasanın verdiği bu hakkı kötüye kullanmadıkça ve kısmi dava açma hususunda korunmaya değer bir yararı bulduğukça, alacağın kalan bölümünü sonradan açacağı kısmi dava ile talep edebilir...*", ifade ederek, alacaklının, kural olarak alacağının tamamını talep etmeye zorlanamayacağını belirtmiştir, 21. HD, 6.11.1997, 7074/7186 (KURU, Usûl, C. 2, s. 1522).

³²² Kanun koyucunun muradının bu olmadığı HMK m.109/3'te açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu fıkraya göre, geri kalan kısımdan açıkça feragat edilmedikçe, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.

³²³ KULAKSIZ, s. 11; HANAĞASI, s. 265; ARSLAN, Ramazan, Medeni Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 67; KURU, Usûl, C. 2, s. 1367, 1523; KURU/ARSLAN/YILMAZ, 21. Baskı, s. 303-304; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 9. Baskı, s. 301.

³²⁴ HANAĞASI, s. 265; KULAKSIZ, s. 10. Aynı şekilde: LÜKE de, talebin, fiili ve hukuki nedenlerden dolayı şüpheli olması durumunda, davacının, yargılama gideri rizikosunu sınırlandırmak için, kısmi dava açabileceğini ifade etmiştir (Rn. 144, s. 137).

³²⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, yargılama giderleri rizikosu nedeniyle kısmi davanın açılmayacağını kabul etmektedirler (s. 409). Buna karşılık KARSLI, HMK 109/2'nin ekonomik yararı dışlayıp hukuki yararı ön plana çıkaran bir düzenlemeye yer verdiğini ifade ettikten sonra (s. 341), ekonomik yararın da bir hukuki yarar olduğunu belirtmiştir (s. 342).

109. maddesinin ikinci fıkrasında hukuki yararın yokluğunu varsayması yerine, her somut olaya göre değerlendirme imkânı tanınması ve dava hakkının kötüye kullanılmasının kısmi dava açılmasına engel olması yönünde doktrinde ve uygulamada yerleşen görüşe³²⁶ üstünlük tanınması daha isabetli olurdu³²⁷. Ayrıca maddi hukuk bakımından da alacaklının alacağına bir kısmını talep edebilmesine bir engel yoktur (TBK m. 84). Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin ikinci fıkrasının kaldırılması yerinde olacaktır. Kanaatimizce, bu fıkra yerine, kısmi davanın dürüstlük kuralına aykırı şekilde açılmayacağına dair bir düzenlemeye dahi ihtiyaç bulunmamaktadır. Çünkü, dürüstlük kuralı hâkim tarafından

KURU/ARSLAN/YILMAZ ise, davacının gerçekten alacaklı olup olmadığı ve eğer alacaklı ise alacağına miktarında tereddüt ettiği konularda, yargılama giderleri riskini azaltmak için kısmi davanın açılabilirliğini ifade etmektedirler (s. 276). KURU, davacının kısmi dava yoluna giderden (masraftan) tasarruf için başvurduğunu ifade etmektedir (Usûl, C. 2, s. 1520). Benzer şekilde: ZEISS/SCHREIBER, Rn. 578, s. 219. JAUERNIG/HESS ise, davacının mutlaka alacağına tümünü dava etmek zorunda olmadığını, yargılama giderleri rizikosunu sınırlandırmak için de kısmi davanın açılabilirliğini ifade etmektedir (§ 39, Rn. 7, s. 164). MEIER, belirsiz alacak davası yerine, yargılama giderleri rizikosunu azaltmak için kısmi davanın açılabilirliğini ifade etmiştir (s. 34). GASSER/RICKLI de yargılama giderleri rizikosunu azaltmak ve gerektiğinde görevli mahkemenin ve de yargılama usûlünün belirlemek için kısmi davanın açılabilirliğini ifade etmektedirler (Art. 86, Rn. 2, s. 77). Aynı yönde: COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 86, Rn. 3, s. 372. Kanaatimizce, kısmi davanın açılabilmesinde kıstas olarak, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanımına aykırılık olmama kabul edilmelidir. Eğer alacaklı, bu kıstaslara uygun kısmi dava açmışsa, artık ekonomik yararını mı veya ispat rizikosunu mu ön plana çıkardığına bakılmamalıdır. Ayrıca bu durum, belirsiz alacak davasının ispat rizikosunu veya yargılama giderleri rizikosunu nedeniyle açılmaması görüşümüzle de çelişmemektedir. Çünkü, belirsiz alacak davasının açılabilmesindeki tek kıstas, alacaklının, davanın açıldığı anda, talep sonucunu belirlemesi kendisinden beklenmemesi veya bunu belirlemesinin imkânsız olmasıdır.

³²⁶ KULAKSIZ, s. 11; HANAĞASI, s. 265; ARSLAN, s. 67; KURU, Usûl, C. 2, s. 1367, 1523; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 287; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 409. Yargıtay da 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlükte olduğu dönemde bunu açıkça ifade etmiştir. Örneğin, "*Medeni Kanunda yer alan dürüstlük ilkesi (MK m. 2) genel bir hukuk ilkesi olup usûl hukukunda da geçerlidir. Devletin bir kurumu olan mahkemenin haksız, hileli ve kanuna aykırı şekilde bir yargılama ile uyumsuzluğu çözümlenmesi düşünülemez. Ayrıca dürüstlük kuralı, kamu yaran açısından da dikkate alınmayı gerektirir. Çünkü, davanın usûl ekonomisine uygun şekilde sonuçlanması, ancak dürüstlük kuralının medenî usûl hukukunda da geçerli olması ve hâkim tarafından kendiliğinden nazara alınmasıyla mümkün olur.*" (Prof Dr. Hakan Pekcanitez/Prof. Dr. OGUZ Atalay/Doç. Dr. Muhammet Özekes. *Medenî Usûl Hukuku*. 6. Bası. Ankara 2007. s. 275-2) Kısmi dava açılmasını engelleyen bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte; hâkim tarafından re'sen uygulanması gereken iyiniyet kuralına, taraflar ve avukatların da uyma yükümlülüğü gözetildiğinde; alacağın küçük parçalara bölünmesi suretiyle ayrı davalara konu yapıp, birden fazla vekâlet ücreti edinilmesine yol açar şekilde dava hakkının kötüye kullanılmasının, yukarıdaki hukuksal ilkeler ışığında korunmasına olanak bulunmadığı ve bu yönün kamu düzenine ilişkin olduğu gözetilmeksizin, davalı Kurumun toplam borcun çok üzerinde vekâlet ücreti ve yargılama gideriyle sorumluluğuna yol açılması usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." 10. HD. 29.1.2008, 5188/645 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

³²⁷ Benzer şekilde: KARSLI, s. 342. PEKCANITEZ de, kısmi davadaki sınırlamanın uygulamada başka sıkıntılara neden olabileceğini, bu nedenle hak arama özgürlüğü ile dürüstlük kuralına aykırılığı bağdaştırarak biçimde kısmi davanın daha açık şekilde düzenlenmesinde yarar olduğunu ifade etmektedir (HMK Değerlendirmesi, s. 76). ÖZEKES de, kısmi davanın açılabilmesi ve kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla, kısmi davada hukuki yararın varlığı ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılmaması kriterlerin aranması gerekeceğini ifade etmektedir (ÖZEKES, Muhammet, HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) Değerlendirmesi, Ankara 2012, s. 76-77).

kendiliğinden dikkate alınacağı için³²⁸, buna aykırı açılacak kısmi davanın da reddi gerekecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce doktrinde bazı yazarlar ve Yargıtay, davacının açıkça kısmi dava açtığını dava dilekçesinde belirtmediği takdirde ve fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmadığı durumlarda, dava konusu yapmadığı geri kalan kısımdan feragat ettiğini kabul etmekteydiler³²⁹. Yargıtay'ın bu tutumu ve doktrindeki bu görüş eleştirilmekteydi³³⁰. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun üçüncü fıkrası, doktrindeki eleştiriler doğrultusunda düzenlemiş ve davacı açıkça feragat etmedikçe dava konusu edilmeyen kısımdan feragat ettiği sonucunun çıkmayacağı düzenlenmiştir. Böylelikle davacı, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmasa dahi, dava konusu etmediği kısmı ek dava konusu yapabilecektir³³¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile alacak miktarı belirsiz olduğu durumlarda davacının dilerse belirsiz alacak davası, dilerse de kısmi dava açabilme imkânı düzenlenmiştir. Belirsiz alacak davası ile kısmi dava konusu, amacı ve sonuçları bakımından birbirinden tamamen farklı iki dava türüdür. Her iki davanın mahkmeden istenen hukuki korumaya göre eda davası olması ve ortak bazı özelliklerinin bulunması bu sonucu değiştirmemektedir. Belirsiz alacak davası açan davacı, kısmi davanın sonuçlarından yaralanamayacağı gibi kısmi dava açan bir

³²⁸ ARSLAN, s. 26; AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 10.

³²⁹ HGK, 1.2.1984, E. 9-223, K. 1984/49 (YKD, S. 4 Y. 1984, s. 1333); KURU, Usûl, C. 2, s. 1530; KURU/ARSLAN/YILMAZ, 21. Baskı, s. 304; POSTACIOĞLU, s. 251; BERKİN, Usûl, s. 98.

³³⁰ KULAKSIZ, s. 81 vd.; ÖZKAYA-FERENDECI, s. 183 vd.; MERİÇ, s. 132 vd.; ALANGOYA, Kısmi Dava, s. 27 vd.; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 217 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 9. Bası, s. 302, 304; UMAR, AYM'nin HUMK m. 87'deki Kuralın İptali Kararı Üzerine, s. 425; AKYOL ASLAN, s. 161-165; PEKCANITEZ, Hakan/AKYAZILI, Erdem, İslaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 2, İstanbul 2008, s. 542.

³³¹ "... 6100 sayılı HMK'nun geçici birinci maddesi nazara alınarak, karar tarihinde yürürlükte bulunan aynı Kanun'un 109/3. maddesindeki "Dava açılırken talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hali dışında kısmi dava açılması talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez." hükmü uyarınca, ıslah dilekçesinde fazlaya dair hak saklı tutulmasa dahi, davacı ek davada talep ettiği miktar yönünden açıkça feragat etmediğinden, ek davada talep edilen miktarın da kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması, doğru görülmemiştir. ..." 5. HD, 18.4.2012, E. 2012/2120, K. 2012/8074 (YKD, C. 38, S. 6, Haziran 2012, s. 1101 vd.). Bununla birlikte doktrinde, davacının alacağını talep ederken, açtığı davanın kısmi dava olduğunu belirtmemişse veya dava dilekçesinden anlaşılmasaydı, bu davadaki hükmün kesinleşmesinden sonra alacağın geri kalanının dava edilemeyeceği ifade edilmektedir (PEKCANITEZ, s. 68-69). KURU/ARSLAN/ YILMAZ ise, bu durumda davanın, tam dava olduğunu ifade etmektedir (s. 286).

davacı da belirsiz alacak davasının sonuçlarından yararlanamaz. Hâkim de kısmi dava olarak açılmış bir davayı belirsiz alacak davası olarak nitelendiremeyeceği gibi, belirsiz alacak davası olarak açılan davaya kısmi dava veya normal eda davası olarak devam edemez.

Türk hukukunda, belirsiz alacak davasının kısmi davanın bir türü olduğu açıkça veya örtülü olarak bazı yazarlarca ifade edilmektedir. KURU/BUDAK, belirsiz alacak davasının kısmi davanın bir türü olarak ihdas edildiğini ifade etmekle beraber bu sonuca nasıl vardıklarını açıklamamaktadırlar³³². MUŞUL ise, eda davası başlığı altında “kısmi eda davası (belirsiz alacak davası)” olarak 107. maddede düzenlenen belirsiz alacak davası; kısmi dava olarak da 109. maddede düzenlenen “kısmi dava” alt başlıklarına yer vermiştir³³³. Yazar belirsiz alacak davasını, kısmi eda davası olarak görmekte; kısmi dava ile farkını ortaya koymaksızın her iki alt başlık altında kanuni düzenlemeye yer vermekle yetinmiştir. KILIÇOĞLU ise kısmi dava ile belirsiz alacak davasının aynı olduğu sonucu çıkabilecek ifadelerle, bu davayı zamanaşımı bakımından değerlendirmiştir³³⁴. Yazar kısmi dava ile belirsiz alacak davası arasındaki farkı açıkça ortaya koyamamıştır. ÇİL/KAR, belirsiz alacak davası ile kısmi davanın ortak özelliklerini ortaya koyarken, her iki davanın da ancak alacağın dava açılırken belirlenememesi, miktarın taraflar arasında tartışmalı olması halinde açılabileceğini ifade etmektedirler³³⁵. Aşağıda belirtildiği üzere, alacağın tartışmalı olması ile belirsiz olması bir birinden farklı iki durumdur. Alacak belirsiz ise, alacaklının belirsiz alacak davası veya kısmi dava açmakta seçim hakkı vardır. Ancak, alacak miktarı belirlenmesine rağmen tartışmalı ise alacaklı sadece kısmi dava açabilir. Bu durumda alacaklı, belirsiz alacak davası açamaz. ŞAHLANAN, belirsiz alacak davasının açılabilmesi için gereken şartları ortaya koyduktan sonra, belirsiz alacak davasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde belirtilmemişse de belirsiz alacak ve tespit davasının açılabilmesi için aynı kanunun kısmi davaya ilişkin 109. maddesinin ikinci fıkrasının da göz ardı edilmemesi gerekeceğini ifade etmiştir. Yazar daha sonra, belirsiz alacak ve tespit davalarıyla

³³² KURU/BUDAK, Yenilikler, s. 12.

³³³ MUŞUL, Timuçin, Medeni Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012, s. 129.

³³⁴ KILIÇOĞLU, “Fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması suretiyle alacak davasının kısmen açılması ile ilgili olarak yeni HMK m. 107 hükmü” (s. 864), “...kısmi dava hakkı kötüye kullanılmış olacaktır” (KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na göre Hazırlanmış), 15. Bası, Ankara 2012, s. 866).

³³⁵ ÇİL/KAR, s. 28.

kısmi davalar için kabul edilen ölçütleri birlikte değerlendirmiştir³³⁶.

Kanaatimizce, belirsiz alacak davası kısmi dava olmadığı gibi³³⁷ kısmi davanın bir türü de değildir³³⁸. Çünkü aşağıda her iki davanın farklarını ortaya koymaya çalışırken de ifade edeceğimiz gibi, alacaklı, belirsiz alacak davasıyla alacağının tamamının hüküm altına alınmasını amaçlamaktadır. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde de ifade edildiği üzere, belirsiz alacak davası, alacağın miktarının yahut değerinin “*tam ve kesin olarak*” belirlenemediği hallerde açılan bir dava olup; alacaklının yargılama sırasında alacak miktarını belirleyerek tamamının hüküm altına alınmasını amaçladığı bir davadır. Bu nedenle, belirsiz alacak davası, kısmi dava olmayıp, tam bir eda davasıdır. Belirsiz alacak davası ile kısmi davanın ayrımı son derece önemli olduğu için, biz, kısmi dava ile belirsiz alacak davasını, talep sonuçları, uygulama alanı ve sonuçları bakımından ayrı ayrı karşılaştırmakta fayda görmekteyiz.

B. Talep Sonucu Bakımından

Belirsiz alacak davası ile kısmi davanın ayırt edilmesindeki en önemli kıstas, davacının dava dilekçesinde gösterdiği talep sonucudur. Burada sorulması gereken soru, davacının mahkemeden talebinin ne olduğudur. Alacağın tamamının mı hüküm altına alınmasını yoksa sadece dava dilekçesinde göstermiş olduğu alacağının bir kısmının mı hüküm altına alınmasını istemektedir?

Talep konusunun niteliği itibariyle bölünebilir olduğu durumlarda, alacaklı sadece alacağının bir kısmını dava yoluyla ileri sürebilir (m. 109/1). Kısmi davada alacaklı bölünebilir alacağının belirli bir kısmını dava konusu yapmaktadır. Alacaklı, dava konusu yapmadığı alacağını aynı davada isteyebileceği gibi ayrı bir (ek) davanın konusu³³⁹ da yapabilmektedir. Belirsiz alacak davasında da alacaklı, kısmi davada olduğu gibi alacağının belirli bir kısmını geçici dava değeri olarak dava dilekçesinde

³³⁶ ŞAHLANAN, Fevzi, İşçi Alacaklarında Kısmi Dava-Belirsiz Alacak Davası, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S. 387, Temmuz 2012, s. 6.

³³⁷ BGH, NJW 2002, s. 3770; MENGES, s. 46; YILMAZ, Islah, s. 221.

³³⁸ Alacağın miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda da açılan belirsiz alacak davasının, kısmi dava olmadığı; çünkü kısmi davada, davanın açıldığı anda alacağın miktarının belirli olması gerektiği ifade edilmektedir (WÜTHRICH, s. 11-12).

³³⁹ Ek dava açmakta hukuki yararın bulunduğu durumlar için bkz.: HANAĞASI, s. 266 vd.

göstermelidir (m. 107/2). Ayrıca Harçlar Kanunu'nun 16. maddesinin 3. fıkrasına göre de davacının dava dilekçesinde dava konusunun değerini göstermesi zorunludur. Alman hukukunda, belirsiz alacak davasının en sık karşılaşıldığı durum olan tazminat miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği veya hâkimin hakkaniyete göre karar verdiği durumlarda, alacaklı geçici değer göstermeden dahi belirsiz alacak davası açabilmektedir³⁴⁰. Alacaklı, talep sonucunu yaklaşık olarak belirlese veya asgari değer gösterse dahi hâkim bu belirleme ile bağlı olmasının karar verebilmektedir. Meğer ki, alacaklı talep sonucunu kesin olarak, hâkimi bağlayacak şekilde belirlesin. Türk ve İsviçre hukukunda da belirsiz alacak davasında davacının dava açtığı anda dava dilekçesinde gösterdiği geçici değer davacının talep sonucu değildir. Çünkü belirsiz alacak davasında talep sonucu, alacağın tümünün hüküm altına alınmasıdır. Alacağın tümü, yani miktarı veya değeri dava dilekçesinde gösterilen geçici değere bağlı olmaksızın yargılama sırasında belirlenmektedir. Kısmi dava da ise talep sonucuna bağlı olarak davacı, hüküm altına alınmasını istediği dava konusunun değerini kesin olarak dava açtığı anda dava dilekçesinde belirlemektedir. Başka bir deyişle, kısmi davada davacının talep sonucu dava açıldığı anda rakamsal olarak kesin şekilde belirlidir. Bu nedenle kısmi davada davacının, dava konusu yaptığı kısmi talebini, belirsiz alacak davasında olduğu gibi, artırması mümkün değildir. Belirsiz alacak davasında alacaklının dava dilekçesinde alacağının belirli kısmını geçici değer olarak göstermesi, bu davanın kısmi dava olduğu veya kısmi davanın bir türü olduğu sonucu doğurmaz. Alacaklı, belirsiz alacak davasında geçici değer göstermekte ve fakat bu değer alacaklının talebinin tamamı değildir. Belirsiz alacak davasında alacaklı, kısmi davadan farklı olarak, sadece gösterdiği geçici değer hâkimin hüküm altına alınması değil bununla beraber yargılama sırasında belirlediği alacağının tümünün hüküm altına alınmasını istemektedir³⁴¹.

Belirsiz alacak davasında davacı, davanın açıldığı ana kadar belirleyebildiği alacağının miktarını veya değerini, geçici değer veya miktar olarak göstermek zorundadır. Başka bir deyişle, davacı, belirsiz alacak davasında, geçici değeri istediği gibi belirleyememekte, dava açtığı ana kadar belirleyebildiği alacağının dava konusunun geçici miktarı veya değeri olarak göstermektedir³⁴². Kısmi davada ise,

³⁴⁰Bknz.: § 10, D, II, 1, b, aa.

³⁴¹HUSMANN, s. 716; MENGES, s. 110.

³⁴²Ayrıntılı bilgi için bknz.: § 10, D, III, 1.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinde, böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. Yani alacak miktarı tartışmalı veya belirsiz ise, davacı, talep sonucunu dürüstlük kuralına uygun olarak dilediği gibi belirleyerek kısmi dava açabilecektir. Başka bir ifadeyle, davacı, örneğin, alacağın miktarı belirsiz ise, belirli olan miktarının tümünü değil de, bir kısmını dava konusu yaparak kısmi dava açabilecektir. Alacaklı bu durumda, mutlaka, belirsiz alacağının belirlenebilen kısmının tümünü, kısmi davanın konusu yapmak zorunda değildir.

Gerek Alman hukukunda gerekse İsviçre ve Türk hukukunda, belirsiz alacak davası açan alacaklı, davanın konusunu, talebini ve talebinin dayanağı olan hukuki ilişkinin somut vakıalarını mahkemeye sunmalıdır. Ancak bu şekilde hâkim belirsiz alacak davasının açılabilip açılmayacağına, yani davacının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulup bulunmadığına karar verebilecektir. Alman hukukunda da hâkim, böylece, alacaklının iddia ettiği alacağının miktarını hakkaniyete göre belirleyebilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin 2. fıkrası gereğince kısmi davada da davacının, kısmi dava açmakta hukuki yararın varlığını ortaya koyması gerekmektedir.

C. Uygulama Alanı Bakımından

Kısmi davanın uygulama alanı, belirsiz alacak davasının uygulama alanından daha geniştir. Çünkü belirsiz alacak davası sadece, davacının, dava açtığı anda alacağının miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirli olmadığı durumlarda açılabilir. Yani, miktar veya değer bakımından belirsiz bir alacağın varlığı halinde, alacaklı belirsiz alacak davası açabilecektir. Eğer alacak miktarı belirli ise veya belirli olmamakla beraber bunun belirlenmesi alacaklı tarafından davanın açıldığı sırada mümkün ise, alacaklı belirsiz alacak davası açamayacaktır. Bu durumda alacaklı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesinde düzenlenen normal eda davası açabilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin ikinci fıkrasında, hangi durumlarda kısmi davanın açılmayacağı düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz. Buna göre, ancak iki durumda kısmi dava açılabilir. Birincisi, talep

konusunun miktarı taraflar arasında tartışmalı; ikincisi talep konusunun miktarı belirsiz ise kısmi dava açılabilir. Belirlenebilen veya tartışmasız alacaklar için kısmi dava açıldığında, hukuki yarar nedeniyle usulden reddedilir³⁴³.

Öyleyse denilebilir ki, davacı, belirsiz alacak davasının açılabilirdiği her durumda dilerse kısmi dava açabilir. Buna bir engel görülmemektedir. Çünkü alacak miktarı belirsiz ise davacının her iki davadan birini açmakta seçim hakkı vardır. Buna karşılık kısmi davanın açılabilirdiği her durumda belirsiz alacak davası açılmaz. Alacak miktarı davacı tarafından davanın açıldığı anda belirli olmasına rağmen tartışmalı ise, davacı belirsiz alacak davası açmamakla beraber kısmi dava açabilecektir. Bu nedenle talep konusunun miktarının tartışmalı olması ile belirsiz olmasını aynı kavram gibi değerlendirmek son derece hatalı olacaktır. Buna rağmen Yargıtay, alacak miktarının tartışmalı olması ile belirsiz olması kavramları arasındaki farkı pek gözetmemektedir. Örneğin Yargıtay'ın 27.02.2012 tarihli kararında³⁴⁴"... *Tazminat ve alacaklara hak kazanma ve hesap yönlerinden hizmet süresi pek çok etkenlere bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. En başta işçinin işe giriş ve fesih tarihlerinin taraflar arasında uyuşmazlık konusu olması halinde tazminata ve alacağa esas süre daima tartışmalıdır. Bu durumdaki belirsizlik, yargılama ile giderilir.*" ifadelerine yer verilmiştir. Kanaatimizce, burada belirsizlikten değil de alacağın miktarında bir tartışmanın varlığından söz edilmesi ve Yargıtay kararlarında yer alan belirsizliğin de tartışmalı olma şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Buna karşılık doktrinde ÇİL/KAR, açıkça alacağın miktar veya değerinin taraflar arasında tartışmalı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davasının açılabileceğini ifade etmektedirler³⁴⁵. Bize göre, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü alacağın miktarı veya değeri belirli olmakla beraber, alacağın kendisi tartışmalı olabilir. Örneğin, sözleşmeden doğan bir alacak, belirli bir alacaktır. Bu nedenle kural olarak belirsiz alacak davasının konusunu teşkil etmez. Ancak bu sözleşmeden doğan belirli alacak, taraflar arasında tartışmalı olabilir. Örneğin, borçlunun borcu ödemediği ya da irade bozukluğu nedeniyle sözleşmenin geçersiz olması ve borcun doğmadığı yönündeki itirazları belirli olan alacağı tartışmalı hale getirir. Bu nedenle, alacağın

³⁴³ ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ne Getiriyor ?, Esas (Aylık Hukuk Dergisi), S. 1, Ekim 2011, s. 8.

³⁴⁴9. HD, 27.2.2012, E. 2012/1757, K. 2012/5742 (ÇİL/KAR, s. 192-197). Aynı şekilde: 9. HD, 27.2.2012, E. 2012/1756, K. 2012/5741 (ÇİL/KAR, s. 198-202).

³⁴⁵ ÇİL/KAR, s. 28.

tartışmalı olduğu her durumda alacaklı belirsiz alacak davası açamaz; ancak kısmi dava açabilir. Alacak hem tartışmalı hem de belirsiz ise, alacaklı bu durumda belirsiz alacak davası ile kısmi davanı birini tercih etmek hakkına sahiptir.

Talep konusunun miktarının tartışmalı olup olmadığının tespiti ise her zaman kolay değildir. Bazı durumlarda, talep konusunun miktarının tartışmalı olup olmadığı, dava açmadan önce belirli hale gelebilir. Örneğin, borcun ödenmesine ilişkin çekilen ihtar karşı borçlunun cevabı veya alacaklının sözlü talebine karşı borçlunun cevabı talep konusunun miktarının tartışmalı olup olmadığını ortaya koyabilir. Bu durumlarda alacaklı, dava açmadan önce kısmi dava açabilip açamayacağını bilecek durumda olduğu için, buna uygun dava açmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesiyle sırf yargılama giderlerine mahkûm olmamak için kısmi dava açmanın mümkün olmadığı açıkça belirtilmiştir.

Doktrinde talep konusunun miktarının tartışmalı olup olmadığının davalının dava ilekçesine vereceği cevap dilekçesiyle ortaya çıkacağı ifade edilmektedir³⁴⁶. Kanaatimizce burada da belirsiz alacak davasında olduğu gibi, durumu sadece davacı açısından değerlendirmek gerekmektedir. Davacı, alacağın miktarının tartışmalı olduğunu iddia etmiş ve bunu ortaya koymuşsa kısmi dava açmakta hukuki yararının varlığı kabul edilmelidir. Borçlu, alacaklının gerek ihtar çekmesi gerekse sözlü talebi sonucunda borcunu inkâr etmişse, davacının artık kısmi dava açmakta hukuki yararı vardır. Kısmi dava özellikle iş hukuku alanında uygulama alanı bulacaktır. Örneğin işçinin gerçek ücreti ile kayıt altına alınan ücretin miktarı farklı olduğunda davacı, kayıt altına alınan ücretin miktarı kadar kısmi dava açabilecektir. Buna karşılık alacaklı, gerçekte ne kadar ücret aldığını bildiği için, yani ücret alacağı belirli olduğu için belirsiz alacak davası açamaz. Aynı durum işverence tutulan kayıtlarla gerçek durum arasında farklılık bulunan haller için de geçerlidir. İşçi, 3 yıldır çalıştığını iddia etmekle beraber, sadece bir yıl kayıt altında çalışmışsa artık burada çalışma süresi bakımından tartışma olduğunu kabul edip kısmi dava açabilmesine imkân

³⁴⁶ KARSLI, s. 207. UMAR, talep konusunun miktarının dava açıldıktan sonra davalının miktar yönünde ikrarı ile tartışmasız olacağını ifade etmektedir (UMAR, Bilge, Yeni HMK Düzenlemesinin Kısmi Davâ Konusunda Getirdiği Kural, Prof. Dr. Erdal Adal'a Armağan, YTÜHFD, C. 8, S. 2-C. 9, S. 1, 2011-2012, s. 31). Aynı şekilde: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 409. Bununla beraber yazarlar, dava açılmadan önceki dönemde davalı, o davanın talep konusunun miktarı bakımından bir uyuşmazlık çıkarmış ve bu konuyu tartışmalı hale getirmiş idi ise, davacının kısmî dava açmakta hukuki yararının varlığının kabulü gerektiğini ifade etmektedirler (s. 409-410).

tanımak gerekir. Ancak bu durum da işçi talep edeceği miktarı belirleyebileceği için belirsiz alacak davası kural olarak açılmaz.

Sonuç olarak, belirli alacaklar bakımından belirsiz alacak davası açılmazken, belirli veya belirlenebilen bir alacak tartışmalı ise, alacaklı tam bir eda davası yerine kısmi dava açabilecektir. Belirsiz alacak davasının açılabilirdiği her durumda, alacaklı kısmi dava açabilirken, kısmi davanın açılabilirdiği her durumda alacaklı, belirsiz alacak davası açamayacaktır.

D. Sonuçları Bakımından

Belirsiz alacak davası, alacaklının alacağının tamamının hüküm altına alınması için açılan bir eda davasıdır. Davanın açıldığı anda, alacaklının alacağının miktarını kesin olarak belirlenememesi bu sonucu değiştirmez. Alacaklı, belirsiz alacak davasıyla, alacağının tümünün hüküm altına alınmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle, belirsiz alacak davasının hükümleri ve sonuçları, alacağın tamamı bakımından hüküm doğurur. Kısmi dava da ise, alacaklının muradı, alacağın tümünün hüküm altına alınması olmayıp; dava edilen kısmın hüküm altına alınmasıdır. Bu nedenle, kısmi davanın hüküm ve sonuçları, alacağın tamamı bakımından sonuç doğurmamakta; sadece dava edilen miktar bakımından sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle, kısmi dava ile belirsiz alacak davasının sonuçları bakımından da önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Kısmi dava açan alacaklı, talep konusunun geri kalan kısmından açıkça feragat etmedikçe, gerek aynı yargılama sırasında gerekse ayrı bir davanın konusu yaparak alacağın geri kalan kısmını talep edebilir. Bu durumda kısmi dava açan davacı, aynı davada bunu talep ettiği takdirde, davalının açık rızasına, davalının açık rızası yoksa ıslah yoluna başvurmak zorundadır. Kısmi dava açan davacı, talep edilmeyen kısım için ayrı bir dava açması halinde hem gereksiz masrafların yapılmasına sebep olmuş hem de mahkemelerin iş yükünü artırmış olmaktadır. Ancak, kısmi davanın şartları mevcutsa ve alacaklının kısmi dava açması hakkın kötüye kullanılması veya dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmiyorsa, alacaklının kısmi dava açması da engellenemez. Çünkü tasarruf ilkesi gereğince, kimse alacağının tamamını dava konusu yapmaya zorlanamayacaktır. Belirsiz alacak davasında ise, alacaklı geçici değer olarak dava dilekçesinde belirli bir miktarı göstermekte olup alacağının

tamamının hüküm altına alınmasını istemektedir. Bu davanın kabul edilme amacına uygun olarak da, yargılama sırasında geçici değere bağlı olan alacağının tamamı belirli hale geldiğinde, davacı, davalının açık rızasına veya ıslaha ihtiyaç duymaksızın alacağını belirleyebilmekte yani geçici değeri artırabilmektedir³⁴⁷.

Kısmi davanın konusu yapılmayan geri kalan kısım ayrı bir davanın konusu yapıldığında derdestlik itirazı veya kısmi davada verilen hüküm şekli anlamda kesinleşse dahi ek davada kesin hüküm itirazı ileri sürülemez³⁴⁸. Belirsiz alacak davasında ise alacaklı, alacağının tamamını dava konusu yapmaktadır. Bu nedenle belirsiz alacak davası devam ederken açılacak tam bir eda davası veya kısmi dava derdestlik nedeniyle usulden reddedileceği gibi belirsiz alacak davasına konu olan alacak için kesin hüküm ortaya çıkmışsa, bu takdirde de açılacak ek bir dava kesin hüküm nedeniyle reddedilecektir.

Kısmi davanın açılmasıyla zamanaşımı sadece dava konusu yapılan alacak miktarı bakımından kesilir³⁴⁹. Talep konusu yapılmayan geri kalan kısım bakımından zamanaşımı işlemeye devam edecektir³⁵⁰. Böyle olunca, geri kalan kısmın aynı yargılama içinde talep edilmesi veya ayrı bir davanın konusu yapılması, alacağın geri kalan kısmının zamanaşımına uğramamış olmasına bağlıdır. Aksi takdirde karşı taraf zamanaşımı definde bulunarak alacaklının talebini sonuçsuz bırakabilecektir³⁵¹.

³⁴⁷ ÇİL/KAR, “Alacak miktarının belirlenmesi halinde belirsiz alacak davasında tamamının istenmesi, kısmi davada belirlenen bakiye miktarın ek dava veya ıslah sureti ile istenmesi, davanın genişletilmesi yasağı itirazı ile karşı karşıya kalmaz.” diyerek belirsiz alacak davası ile kısmi dava arasındaki ortak özelliği ortaya koymaya çalışmaktadırlar (s. 28). Yazarların ifadeleri hatalıdır. Öncelikle, belirsiz alacak davasında, alacak miktarı belirli hale geldikten sonra, davacının talep miktarını artırmasının iddiayı genişletme yasağı teşkil etmediği HMK m. 107/2’de açıkça düzenlenmiştir. Kısmi davada ise, talep konusu yapılmayan alacağın geri kalan kısmı aynı davada talep edilmek istendiğinde bu ancak karşı tarafın rızası ile mümkündür. Çünkü bu durum, iddianın genişletilmesi yasağı kapsamındadır. Ancak, karşı taraf buna izin vermediği takdirde, kısmi dava açan davacı ıslah yoluyla, geri kalan kısmı talep edebilecektir. Islah, iddianın genişletilmesi yasağının istisnası olduğu için, bu durumda zaten iddianın genişletilmesi yasağı itirazı söz konusu olmaz. Geri kalan kısmın ayrı bir dava (ek dava) konusu yapılmasında da bu tür bir engel bulunmamaktadır.

³⁴⁸ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 86, Rn. 6, s. 372; ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 228; MERİÇ, s. 133. Karş: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 411; PEKCANITEZ, s. 68-69; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 286.

³⁴⁹ BGH, NJW 2002, s. 3769; ADOLPHSEN, Rn. 85, s. 113; ZIMMERMANN, § 253, Rn. 13, s. 487; KURU, Usûl, C. 2, s. 1540; ÖNEN, s. 156; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 235; PEKCANITEZ/AKYAZILI, s. 552; YILMAZ, Islah, s. 603.

³⁵⁰ MEIER, Zivilprozessrecht, s. 221; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 305; YILMAZ, s. 750.

³⁵¹ Yargıtay kararları da bu yöndedir. Örneğin, “Dava, trafik kazası nedeni ile uğranılan zararın gideriminden ibarettir. Sonradan açılıp birleştirilen (ek) dava, 3.8.1994 gününde açılmıştır. Olay, 26.1.1989 tarihinde meydana gelmiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 109. ve BK.nun 60/2. ve TCK.nun 455/1, 102/4. maddeleri uyarınca, bu davaya konu olay beş yıllık zamanaşımına bağlıdır. Davalı taraf, zamanaşımı definde bulunduğuna göre, birleştirilen (ek) davanın

zamanaşımı, tüm alacak için davanın açıldığı tarihte kesilir. Yani zamanaşımı sadece geçici değer bakımından kesilmemektedir.

Kısmi dava açan davacı, talep konusunun geri kalan kısmı karşı tarafın izniyle veya ıslah yoluyla davada ileri sürdüğünde, artırılan bu kısım için faiz istediğinde, artırılan bu kısım için (daha önce temerrüde düşürülmemişse) artırdığı tarihten itibaren faiz talep edebilecektir³⁵⁴. Belirsiz alacak davasında ise davacı, dava açarken faiz talep etmişse, davanın açıldığı tarihten itibaren tüm alacak için faize hükmedilir. Böylece, yargılama sırasında alacak miktarını belirleyen davacı lehine, artırılan kısım bakımından da, davanın açıldığı tarihten itibaren faize hükmedilecektir.

Kısmi davada, harç, davacının talep ettiği miktar üzerinden alınır. Belirsiz alacak davasında ise, harç ilk önce geçici değere göre belirlenir ve yargılama sırasında alacak miktarı belirlendiğinde, harç tamamlatılır. Kısmi davada hüküm, davacının dava dilekçesinde talep ettiği miktar üzerinden verildiği için vekâlet ücreti de bu miktara göre belirlenir. Belirsiz alacak davasında ise davacı yargılama sırasında alacak miktarını belirlemişse, vekâlet ücreti geçici değere göre değil, alacaklının belirlediği miktara göre belirlenir.

(yayımlanmamıştır); 4. HD, 23.5.2012, E. 2011/7894, K. 2012/9100 (yayımlanmamıştır). 6100 sayılı Kanunu'nun ıslah ile ilgili hükümlerinde 1086 sayılı kanundan farklı olarak bu yorumu gerektirecek bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay'ın vermiş olduğu karara katılmak mümkün değildir. Çünkü zamanaşımı yukarıda da ifade edildiği üzere, sadece talep edilen kısım bakımından kesilir. Talep edilmeyen kısım için zamanaşımı işlemeye devam eder. Belirsiz alacak davasında alacağın tümü davanın açıldığı anda talep edildiğinden, zamanaşımı da alacağın tümü için kesilmektedir. Kısmi davada ise, alacağın bir kısmı dava edildiği için, zamanaşımı sadece o kısım için kesilir. Davacı, ek bir dava açtığında veya ıslah suretiyle geri kalan kısım talep ettiğinde, bu kısım için zamanaşımının kesilme sebebi ek dava tarihi veya ıslah tarihidir. Çünkü davacı, ek dava tarihi veya ıslah tarihiyle beraber geri kalan kısım için hüküm verilmesini talep etmektedir. Bu nedenle, alacağın geri kalanı zamanaşımı süresi içinde sürülmemişse, gerek ek dava gerekse ıslah yoluyla talebin artırılması durumunda davalı zamanaşımı definde bulunabilecektir. Ayrıca burada ıslahın süresinde yapılıp yapılmadığına karşı (ıslaha karşı) bir itiraz değil; artırılan kısmın zamanaşımına uğradığına yönelik bir itiraz söz konusudur. YILMAZ'ın aynı yönde son derece açık olan örneği için bkz.: Islah, s. 603 ve devamındaki kararlar.

³⁵⁴ PEKCANİTEZ, s. 72; YILMAZ, Islah, s. 300. Buna karşılık alacağın tümü için daha önce temerrüde düşürülmüşse, ıslah ile artırılan kısım için faiz de temerrüt tarihinden itibaren istenebilir. Örneğin kesin vadeli işlerde, vade tarihi belirli olduğu için temerrüt halinde faizin başlangıç tarihi de kesin vade olarak kararlaştırılan tarih olduğu için, kısmi dava açan davacı davada ıslah ile artırdığı kısım için, kesin vade tarihinden itibaren faiz isteyebilir (YILMAZ, Islah, s. 283 ve devamındaki kararlar). Haksız fiil sorumluluklarında da TBK m. 117/2'e göre, haksız fiilin işlendiği tarih borçlunun temerrüde düştüğü tarihtir. Bu nedenle, haksız fiil sorumlulukları bakımından da kısmi dava açıldığında davacı ıslah yoluyla faiz istediğinde, artırdığı kısım için de haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren faiz talebinde bulunabilir.

§ 7. BELİRSİZ ALACAK DAVASI YERİNE AÇILABİLECEK DAVALAR

A. Tam Eda Davası

Belirsiz alacak davasının açılabilirdiği hallerde, alacaklı dilerse normal bir eda davası da açabilir³⁵⁵. Burada alacaklının, alacak miktarının üst sınırını her ne kadar kesin olarak belirleyemediği bir durum söz konusu olsa dahi, alacaklının kendi değerlendirmesi sonucu tahmini olarak alacak miktarını belirleyerek veya uzman görüşü yardımı ile belirlediği miktar üzerinden tam eda davası açmasında bir engel bulunmamaktadır.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda, alacaklının kendi değerlendirmesi sonucu tahmin ettiği alacak miktarına dayanarak, tam eda dava açmasının, alacaklı bakımından bazı rizikoları mevcuttur. Zaten rizikolar, belirsiz alacak davasının kabul edilme nedenlerini doğurmuştur. Daha önce de ifade edildiği gibi, yargılama giderleri rizikosunu ve alacağın tamamına kavuşamama rizikosunu davacının tam eda davası yerine, belirsiz alacak davası açmasındaki menfaatini ortaya koymaktadır³⁵⁶. Alacaklı, uzman görüşü yardımıyla alacak miktarını belirlediği takdirde ise pahalı uzman görüşü ücretini kural olarak kendi ödemek zorundadır. Ayrıca, yargılama sırasında bilirkişiyeye başvurulması yargılamadan önce uzman görüşüne başvurulması karşısında birçok açıdan alacaklının menfaatindedir³⁵⁷.

B. Kısmi Dava

Kısmi dava ile belirsiz alacak davasını karşılaştırırken belirttiğimiz üzere³⁵⁸, alacaklı, alacağının miktarının belirsiz olduğu durumlarda, dava açtığı ana kadar belirleyebildiği alacağının hemen hüküm altına alınmasını isteyebilir. Bu özellikle gelecekteki zararın miktarının hâlâ tespit edilememesi durumlarında söz konusu

³⁵⁵ MEIER, s. 35; PEKCANITEZ, s. 67.

³⁵⁶ Bknz.: § 2, C; § 4, B, Ç.

³⁵⁷ Bknz.: § 10, B, II, 2.

³⁵⁸ Bknz.: § 2, 6.

olabilir³⁵⁹.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere belirsiz alacak davasının açılabilirdiği her durumda, alacaklı kısmi dava açabilecektir³⁶⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin ikinci fıkrasında, alacağın belirsiz olduğu durumlarda alacaklının belirsiz alacak davası açma imkânı yerine kısmi dava da açılmasına imkân tanınmıştır. Belirsiz alacak davası açan davacı, dava açtığı tarihe kadar tespit ettiği alacağını, dava konusunun geçici değeri olarak göstermekte ve yargılama sırasında alacak miktarını rakamsal olarak da belirlemektedir. Belirsiz alacak davası açmak istemeyen alacaklı, dava açtığı zamana kadar tespit ettiği alacak miktarını kısmi davanın konusu yaparak dava açması mümkündür³⁶¹. Çünkü alacak miktarı belirsiz ise alacaklının kısmi dava açmada hukuki yararın olduğu varsayılmıştır (m. 109/2).

Buna karşılık alacaklının belirsiz kısmi dava açıp açamayacağı tartışılabilir. Bir görüşe göre, alacaklı, belirsiz kısmi dava açamaz.³⁶² Buna karşılık diğer bir görüş ise, talep sonucunun hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda, alacaklının belirsiz kısmi dava açabileceğini ve buna bir engelin bulunmadığını ifade etmektedir³⁶³. Bu durumlarda da alacaklının, belirsiz olan talebini bölebileceğini ve bölünmüş bu talep hakkında hâkimin takdir yetkisinin söz konusu olabileceğini, bu durumun da hâkim için büyük bir problem teşkil etmediği ifade edilmektedir. Bununla birlikte yazar, takdir yetkisinin kişiye bağlı olduğunu ilk davadaki hâkimin takdir yetkisi ile ikinci davada başka bir hâkimin takdir yetkisinin farklı olabileceği ve ikinci davada geri kalan kısım için hâkimin daha düşük bir miktara hükmetme ihtimalinin davacı için riziko oluşturduğunu ifade etmektedir³⁶⁴. Alacaklının belirsiz kısmi dava açamaması durumunda ise alacaklının tüm talebinin sadece belirlenebilir kısmını dava konusu yapabileceğini, bunun ise alacağın miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumda bu tür bir bölünmenin mümkün olmaması halinde, kısmi dava açılmasına engel teşkil edeceğini ifade etmektedir.³⁶⁵ Kanaatimizce, alacaklının belirsiz kısmi

³⁵⁹ LOOSLI, s. 101.

³⁶⁰ MEIER, belirsiz alacak davası yerine kısmi davanın açılabilirdiğini ve yargılama sırasında ıslah yoluna başvurabileceğini; bunun avantajının da kısmi talepte değeri düşük tutup yargılama giderleri rizikosunu azaltmak olarak ifade etmiştir (s. 34).

³⁶¹ BLECHSCHMID, s. 44; PEKCANITEZ, s. 68.

³⁶² WÜTHRICH, s. 11-12.

³⁶³ LOOSLI, s. 102.

³⁶⁴ LOOSLI, s. 103.

³⁶⁵ LOOSLI, s. 103.

dava açması mümkün görülmemektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi, belirsiz alacak davası, alacaklının alacağına tamamına kavuşmasına hizmet etmektedir. Kısmi dava da ise, talep konusu yapılan belirli bir kısmın hüküm altına alınması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, kısmi davada talep sonucunun davanın açıldığı anda rakamsal olarak belirli olması gerekir. Alacağın miktarının, hâkim tarafından belirleneceği durumlarda da kısmi belirsiz alacak davası açılmaz. Çünkü bu durumda açılacak kısmi davada da davacının, dava konusu yapılan miktarı belirleyerek dava açması zorunludur³⁶⁶.

Alacaklının kısmi dava açtıktan sonra acaba kısmi dava ile talep etmediği bakiye alacağı için yeni bir belirsiz alacak davası açabilir mi sorusunun cevabı ise kısmi davadan sonra alacaklının belirleyemediği kısmın kısmen veya tamamen belirli hale gelmesine bağlıdır. Çünkü kısmi davada mahkeme alacağın tümünü araştırmamakta, sadece dava konusu yapılan talep bakımından inceleme yapmaktadır. Bakiye kısmın da tamamen belirlenmesinde imkânsızlık veya bunun alacaklıdan beklenemeyeceği durum söz konusu ise, alacaklı daha sonra bakiye kısımdan belirleyebildiği kısmı geçici değer olarak gösterip belirsiz alacak davası veya yine ortaya çıkan kısım için hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemek kaydıyla kısmi dava açabilir. Ancak, kısmi dava açıldıktan sonra, davacı kalan kısmı belirlemeyi sağlayan unsurlara ulaşmışsa, artık bakiye kısım için belirsiz alacak davası açamaz.

C. Tespit Davası

I. Genel Olarak

Belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda, alacaklının tespit davası açması iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Alacaklı, dilerse, tüm alacağının tespiti için bir belirsiz tespit davası açabilir. Ayrıca alacaklı, dava açtığı tarihe kadar belirlediği kısım için bir eda davası açıp, geri kalan kısmın tespiti için ise bir tespit davası açabilir.

³⁶⁶WÜTHRICH, s. 11-12.

II. Belirsiz Alacaklarda Alacak Miktarının Tespitine İlişkin Dava Açılması (Belirsiz Tespit Davası)

Tespit davasının dinlenilebilmesi için genel dava şartlarından başka, bu dava türü için iki özel dava şartının daha bir arada bulunması gerekir³⁶⁷. Bunlardan ilki tespit davasının konusuna ilişkindir. Tespit davasının konusu sadece hukuki ilişkiler olabilir³⁶⁸. Diğeri ise, tespit davası açanın bu hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına hemen tespitinde hukuki bir yararı bulunması³⁶⁹ ve davacının bunu ispat etmesidir³⁷⁰. Hukuki yarar, tespit davası bakımından özel bir önem içerir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tespit davasına ilişkin 106. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. Hukuki ilişkinin mevcut olduğu her durumda tespit davası açılmaz. Bunun için hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına mahkemece hemen tespitinde davacının hukuki bir yararı olmalıdır. Davacının hukuki ilişkinin hemen tespitinde menfaatinin varlığı, bazı şartların bir arada bulunmasına bağlıdır. Tespit davasının açılmasında hukuki yararın varlığının kabulü için öncelikle, davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel ve ciddi bir tehlike ile tehdit edilmelidir³⁷¹. Bu tehdit genellikle borçlunun davranışlarıyla örneğin, bir hakkın inkârı şeklinde olabileceği gibi, zamanaşımının kesilmesi için açılan tespit davasında olduğu gibi borçlunun davranışından bağımsız da olabilir³⁷². Söz konusu bu tehdit sebebiyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte olmalıdır³⁷³. Son olarak, tespit davası sonucu alınacak ve kesin hüküm tesirini haiz olan, fakat cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü, bu tehdit ile ortaya çıkan tehlikeyi bertaraf etmeye elverişli ve en uygun yol olmalıdır³⁷⁴. Tespit davasından daha kapsamlı bir hukuki koruma sağlayan yolların bulunması halinde, alacaklının kural olarak tespit davası açmakta hukuki yararının bulunmadığı ifade edilmektedir³⁷⁵. Bu nedenle,

³⁶⁷HGK, 22.10.2003, 7/651-613 (YILMAZ, Z., s. 296 vd.); 7. HD, 25.3.2010, E. 2009/7998, K. 2010/1637 (YKD, C. 36, S. 12, Aralık 2010, s. 2225 vd.)

³⁶⁸GASSER/RICKLI, Art. 88, Rn. 2, s. 78.

³⁶⁹KURU, s. 23 vd.; KURU/BUDAK, s. 80 vd..

³⁷⁰COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 88, Rn. 4, s. 378.

³⁷¹HANAĞASI, s. 249; KURU/BUDAK, s. 94.

³⁷²KURU/BUDAK, s. 94-96.

³⁷³KURU/BUDAK, s. 96; HANAĞASI, s. 250.

³⁷⁴KURU/BUDAK, s. 97; HANAĞASI, s. 251; GASSER/RICKLI, Art. 87, Rn. 4, s. 78.

³⁷⁵KURU/BUDAK, s. 127.

alacaklının kural olarak eda davası açabileceği hallerde tespit davası açmasında hukuki yararının bulunmadığı kabul edilmektedir³⁷⁶. Ancak eda davası sonunda elde edilecek hükmün tespite ilişkin bölümünün kapsamı, tespit davasında elde edilecek tespit hükmünden daha dar ise, eda davasının açılması mümkün olmasına rağmen, alacaklının eda davası yerine tespit davası açmasında da hukuki yararının bulunduğu kabul edilir³⁷⁷.

Belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda, alacaklı, alacağının miktarının tespiti için bir tespit davası açabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin son fıkrasında bu durum açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra, alacaklının hukuki yararı olduğu da varsayıldığı için, hâkim bu durumlarda hukuki yararın var olup olmadığını incelemeyecektir. Özellikle Alman doktrininde bazı yazarlar³⁷⁸, belirsiz alacak davası hakkında kanuni bir düzenleme bulunmadığı için, belirsiz alacakların tespit davası yoluyla ileri sürülmesi gerektiğini; bu nedenle belirsiz alacak davasının dinlenilebilir olmadığını ileri sürmektedirler. Ancak doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, belirsiz alacaklar için tespit davasının açılabilmesi belirsiz alacak davasına engel teşkil etmemelidir³⁷⁹. Belirsiz alacak davasının düzenlenmediği, 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde, belirsiz alacaklar için, kısmi davanın zamanaşımı ve faiz bakımından yeterli koruma sağlamadığı, bu nedenle alacaklının tüm hukuki ilişkiyi kapsar şekilde tespit davası açabileceği kabul edilmekteydi³⁸⁰.

Tespit davası bakımından, eda veya inşaî davalar gibi hukuki yararın bulunduğu kural olarak varsayılmaz. Tespit davası açanın, hukuki yararı bulunduğunu iddia ve ispat etmesi gerekir. Bu kurala istisna olarak ise, tespit davasının açılabilirdiğini özel bir kanun hükmüyle düzenlendiği haller gösterilebilir. Bu hallerde, tespit davası açan davacının, güncel bir hukuki yararının bulunup bulunmadığını iddia ve ispat etmesi gerekmemektedir³⁸¹. Bu husus belirsiz alacakların tespit davasına konu edilmesinde ayrı bir öneme haizdir. Çünkü belirsiz alacak davası ile zamanaşımının tüm alacak

³⁷⁶ KURU, Usûl, C. 2, s. 1437; KURU/BUDAK, s. 127; GULDENER, s. 210. LOOSLI, ihlalil devam ettiği durumlarda ve zararın arttığı durumlarda bu kuralın uygulanamayacağını ifade etmektedir (s. 104).

³⁷⁷ HANAĞASI, s. 255.

³⁷⁸ BULL, s. 95; PAWLOWSKI, s. 342.

³⁷⁹ BLECHSCHMID, s. 45.

³⁸⁰ KURU, s. 40; KURU/BUDAK, s. 146, 152; ANSAY, s. 230.

³⁸¹ KURU/BUDAK, s. 88.

için kesilmesi ve talep sonucu rakamsal olarak kesin şekilde belirlendikten sonra faizin artırılan kısım için de davanın açıldığı tarihten itibaren işlemeye başladığının kabul edilmesi, belirsiz alacaklar bakımından artık tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunmadığı sonucunu doğurur. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi, belirsiz alacak davası veya benzer davaların mevcut olduğu hukuk sistemlerinde, değer veya miktarı henüz tespit edilemeyen talepler bakımından eda davası açılabileceği için, davacının kural olarak ayrı bir tespit davası açmakta hukuki yararı yoktur³⁸². Eğer kanun koyucu belirsiz alacak davasını düzenlememiş olsaydı, alacaklı, belirsiz alacaklar için, yargılama giderleri rizikosunu veya somutlaştırma yükümlülüğü nedeniyle kısmi dava açmak zorunda kalacaktı ve kısmi dava alacaklı bakımından tam bir hukuki koruma sağlamadığı için, alacaklının tespit davası açmasında hukuki yararının bulunduğu söylenebilirdi. Çünkü alacaklı kısmi dava ile sadece alacağının dava konusu yaptığı kısmı bakımından hukuki koruma elde edebilecektir. Kısmi dava sonunda verilecek hükmün tespite ilişkin bölümü de sadece dava edilen kısmı kapsar. Bu durumlarda, alacaklı hukuki ilişkinin tümünün tespitini talep ettiğinde, kısmi dava sonucu elde edeceği hukuki korumadan daha geniş kapsamlı bir hukuki koruma (hukuki ilişkini tümünün tespiti) elde edebileceği için, tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmaktaydı. Belirsiz alacak davası sonucunda verilen hükmün tespit bölümü de alacağın tümünü kapsadığı için, belirsiz alacaklar bakımından, davacının tespit davası açmasında hukuki yararı yoktur. Davacı belirsiz alacak davasıyla alacağının belirlenemeyen kısmının da yargılama sırasında belirlenmesini ve hüküm altına alınmasını sağlayabilmektedir. Bununla beraber, kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 107. madde de belirsiz alacak ve tespit davalarını beraber düzenlemiştir.

Kanun koyucu belirsiz alacaklar bakımından tespit davası açmakta hukuki yararınvarlığını kanun hükmü ile kabul ettiği için³⁸³, belirsiz alacaklar bakımından tespit davasında hukuki yararın var olup olmadığı araştırılmayacak, alacaklı dilerse belirsiz alacağının sadece miktarının tespitini talep edebilecektir. Bu durumlarda,

³⁸² KURU/BUDAK, s. 148. TANRIVER, HMK m. 107/3'ün kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir (TANRIVER, Süha, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler, TBB Dergisi, S. 99, Mart- Nisan 2012, s. 23). İsviçre hukukunda LOOSLI, belirsiz alacak davasının açılabilirdi durumlarda, tespit davasının açılmasında hukuki yararın bulunmadığını söylemektedir (s. 105-106). GREGER de, basamaklı davanın açılabilirdi durumlarda, tespit davasının açılmasında hukuki yararın olmadığını ifade etmektedir (in Zöller, § 254, Rn. 2, s. 842).

³⁸³ KURU/BUDAK, hukuki yararın özel bir kanun hükmü ile varsayılmasının gerekli olmadığını ifade etmektedirler (s. 148-149).

kanun hükmünün öngördüğü biçimde açılan belirsiz tespit davasında hukuki yararın var olduğu kabul edilir³⁸⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin son fıkrası, alacaklıya belirsiz tespit davası açma imkânı tanımıştır. Belirsiz tespit davası, Alman hukukunda da kabul edilmiştir³⁸⁵. Belirsiz tespit davasının açılması, belirsiz alacak davasında olduğu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasındaki şartların varlığına bağlıdır. Yani, alacaklının dava açarken talep sonucunu kesin olarak belirlemesinin imkânsız olması veya bunun kendisinden beklenemeyecek olması gerekir. Ayrıca alacaklının, dava açarken belirleyebildiği kısmı geçici değer olarak gösterip alacağının geri kalan kısmının tespit edilmesini mahkemeden talep etmelidir. Alacak belirli hale geldiğinde ise alacaklı, karşı tarafın rızasına veya ıslaha ihtiyaç duymaksızın tespitini istediği talep sonucunu belirleyebilecektir³⁸⁶.

PEKCANITEZ, söz konusu fıkranın, aynı maddenin ilk iki maddesiyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, bu nedenle söz konusu fıkradan, belirsiz alacak davasının açılabildiği hallerde davacının dilerse tespit davası açabileceği sonucunun çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir³⁸⁷.

YILMAZ da aynı şekilde, 107. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen tespit davasının 106. maddede genel olarak düzenlenen tespit davası ile ilgili olmadığını; kısmi davanın açılabileceği durumlarda açılacak tespit davasına ilişkin bir düzenleme getirdiğini ifade etmektedir.

Kanaatimizce de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin son fıkrası isabetli değildir³⁸⁸. Öncelikle maddede "*kısmi eda davası*" ifadesi kullanılmıştır. Oysa, bu ifade hatalıdır. Kısmi dava zaten mahkemeden istenilen hukuki korumaya göre bir eda davasıdır. Bu nedenle, fıkroda yer alan "*eda*" ifadesine ihtiyaç

³⁸⁴ HANAĞASI, s. 133.

³⁸⁵ BLECHSCHMID, s. 45.

³⁸⁶ PEKCANITEZ, s. 80.

³⁸⁷ PEKCANITEZ, s. 76.

³⁸⁸ KURU/BUDAK, s. 148

bulunmamaktadır³⁸⁹. Söz konusu fıkra, belirsiz alacak davasıyla birlikte düzenlenmesine rağmen, sadece belirsiz alacak davası ile ilgili olmayıp, kısmi dava ile de ilgilidir. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hem belirsiz alacak ve tespit davasına ilişkin 107. maddesi, kısmi davaya ilişkin 109. maddesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Çünkü söz konusu kanunun 107. maddenin son fıkrasında düzenlenen tespit davası, ancak kısmi davanın açılabilmesi hallerde mümkündür. Kısmi davanın açılabilmesi için alacak miktarı ya taraflar arasında tartışmalı ya da belirsiz olmalıdır. Bu fıkra ile birlikte, alacak belirsiz ise, alacaklı dilerse kısmi dava; dilerse belirsiz alacak davası; dilerse belirsiz tespit davası; dilerse de kısmi dava ile beraber tespit davası açabilir. Alacak miktarı tartışmalı ise, alacaklı dilerse kısmi dava; dilerse belirsiz tespit davası; dilerse de kısmi dava ile beraber belirsiz tespit davası açabilecektir.

Kanaatimizce, belirsiz alacaklar bakımından, belirsiz alacak davasının açılması mümkünken, ayrıca tespit davasının da açılabilmesini ve bu durumda hukuki yararın varsayılmasını haklı kılacak bir sebep bulunmamaktadır³⁹⁰. Söz konusu maddenin gerekçesi olarak, "*Edâ davasının açılabilmediği hallerde tespit davası açılmaz*" yollu önermenin hak-arama özgürlüğünün ulaştığı kapasite ve hukuki yarar koşulunun muhtevası karşısında geçerliği yoktur³⁹¹. Miktarı belirsiz alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin var olduğu hallerde yalnızca tespit yahut kısmi edâ ile birlikte tespit davasının açılabilmesi genel olarak kabul edilmektedir. ... Önerge ile varılması gereken bir usulî imkân hukukumuzda kazandırılmış olacaktır." ifade edilmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere, eda davasının açılabilmediği durumlarda tespit davası açılmaz görüşü mutlak anlamda kabul edilen bir görüş değildir. Miktarı belirsiz alacak bakımından, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun

³⁸⁹ TANRIVER de, hukukumuzda zaten kısmi tespit davası diye bir kurumun mevcut olmadığına işaret ederek, kısmi eda davasından kastın, kısmi dava olduğunu ifade etmektedir (HMK'nın Revizyonu, s. 23). Bununla birlikte MUŞUL, kısmi eda davası başlığı altında, belirsiz alacak davasını incelemiştir (s.129) KİRAZ, kısmi dava ile kısmi eda davasını ayırmakta, kısmi eda davasından kastın, mahfuziyet kaydı taşıyan ve HMK ile bu kaydın da aranmadığı kısmi dava değil, aksine belirleyebildiği kısmi tam olarak talep ettiği dava olarak ifade etmektedir (s. 19). Kanaatimizce, bu tür bir ayrımı haklı kılan bir gerekçe bulunmamaktadır. Kısmi eda davasından kast, HMK'nın 109. maddesinde düzenlenen kısmi davadır. Bu nedenle, alacaklı, belirsiz alacaklarda, sadece tespit ettiği alacak miktarını dava konusu ettiği durumlarda da, alacağın bir kısmını dava konusu yaptığı için, yine açtığı davayı kısmi dava olarak kabul etmek gerekir. Burada alacaklının, belirsiz alacağının belirleyebildiği kısmının tamamını veya bir kısmını dava konusu yapması da sonucu değiştirmeyecektir.

³⁹⁰ PEKCANITEZ, s. 74.

³⁹¹ Bknz: § 7, C, III.

yürürlüğünden önce de alacaklının tüm hukuki ilişkinin tespiti için, kısmi dava açılabilmesine rağmen, alacağın tümü bakımından zamanaşımının kesilmesi için tespit davasının açılmasında hukuki yararın varlığı kabul edilmekteydi³⁹².

Bu düzenlenmenin ikinci nedeni olarak gerekçede, “*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 ilâm genel haciz yoluyla takibe konabilecek, itiraz halinde borçlunun göze alamayabileceği icra-inkâr tazminatı yaptırımını 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.*” açıklamasına yer verilmiştir. Alacaklıyı dava açmaya yönelten asıl neden, alacağına bir an önce kavuşmaktır. Bu nedenle alacağına bir an önce kavuşmak isteyen alacaklının, bir eda davası açarak, yargılama lehine sonuçlanmasına karşılık, borçlu borcunu ifa etmediği durumlarda ilâmlı icraya başvurması daha doğrudur. Belirsiz alacak davasının kabul edilme nedenleri arasında, usul ekonomisi önemli yer tutar. Belirsiz alacak davası bir yandan taraflar bakımından gereksiz yargılama masraflarından kaçınma imkânı sağlarken, diğer yandan da aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacak için birden fazla davanın açılması önlenmek istenmektedir. Oysa alacaklı, belirsiz alacak için tespit davası açtığı takdirde, tespit davası sonunda sadece tespit hükmü verildiği için, alacaklının ilâmlı icra yoluna başvurması mümkün değildir. Bunun için ikinci bir dava açması gerekir ki, bunun da usul ekonomisine uygun olmadığı muhakkaktır³⁹³. Tespit davası açan alacaklının, bu hükme dayanarak daha sonra alacağını genel haciz yoluyla takibe konu edip, borçlunun itirazını bekleyeceğini düşünmek, kanun koyucunun bu hükmü düzenlemesinde gerekçe olarak kabul edilemez. Kaldı ki, kısmi dava sadece para alacakları için değil, diğer alacaklar bakımından da mümkündür. Bu durumlarda, tespit hükmü alınsa dahi genel haciz yoluyla takibin konusu yapılamayacağından alacaklının tespit hükmünden sonra da eda davası açması gerekmektedir. Gerekçede, tespit davasının taraf barışını kolaylaştıran bir özelliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık kanaatimizce tespit davasının bu şekilde bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Aksi takdirde, kanun koyucu her durumda ilk önce

³⁹²Bknz.: § 3, C. II, 2. b.

³⁹³ LOOSLI, s. 106; PEKCANITEZ, s. 74.

tespit davasının açılmasını zorlardı³⁹⁴. Tespit davası sonucu verilen hüküm, sadece tespite ilişkin olduğu için, borçlu tespit hükmü vasıtasıyla borcunu ödemeye zorlanamaz. Buna karşılık eda davaları sonucunda, borçlunun bir edayı yerine getirmesi emir olarak hükümde yer aldığı için, borçlu bakımından baskı oluşturması, borcunu yerine getirme zorunluluğu duygusu daha yoğun kendini göstermektedir.

Fıkranın gerekçesinde diğer bir neden olarak “*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 usulî bir hak olarak tanımaktadır.*”denilmiştir. Her şeyden önce, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda tespit davaları açıkça düzenlenmemesine rağmen gerek doktrinde gerekse uygulamada bu davanın gerekliliği hususunda fikir birliği mevcut olup, bu zamana kadar uygulanmıştır. Yani, tespit davasının açılmasını engelleyici veya bu davanın açılmasını zorlaştırılması yönünde ne bir kanun hükmü mevcuttur ne de doktrinde veya uygulama bu yönde bir görüş veya içtihat mevcuttur. Her dava için, olumlu dava şartı sayılan hukuki yarar tespit davası için de aranmıştır. Bu hukuki yararın varlığı yukarıda da belirtildiği üzere bazı şartlara bağlanmıştır. Bu, hak arama özgürlüğüne de aykırı değildir. Çünkü hak arama özgürlüğü, alacaklının dilediği gibi dava açma özgürlüğü değildir. Hak arama özgürlüğü de, bu hakkın amacına ve karşı tarafa ve kamuya zarar vermeden kullanılmalıdır³⁹⁵.

Belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin son fıkrasında, hukuki yararın varlığı kabul edilmeseydi, belirsiz alacaklar bakımından tespit davasının açılması mümkün olmayacaktı. Ancak artık belirsiz alacaklar için tespit davasının açılabilmesi için hukuki yararın varlığı aranmayacağı için alacaklı dilerse bu durumlarda tespit davası da açabilir. Belirsiz tespit davası açan alacaklı, bu davasını ancak karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla belirsiz alacak davasına dönüştürebilir. Ayrıca belirsiz tespit davasının varlığına rağmen alacaklı, belirsiz alacak davası veya kısmi dava yahut normal bir eda davası açabilecektir. Burada taleplerin konusu birbirinden farklı olduğu için derdestlik itirazında da

³⁹⁴ PEKCANITEZ, s. 76.

³⁹⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 306.

bulunulamaz³⁹⁶. Ancak alacaklının belirsiz tespit davası açtıktan sonra edaya yönelik ikinci bir dava açıp mahkemelerin iş yükünü artırmak yerine, belirsiz tespit davasındaki talebini karşı tarafın rızası ile veya ıslah yolu ile eda talebine dönüştürmesi usul ekonomisi bakımından daha uygun olacaktır.

Belirsiz tespit davası açan davacının, 107. maddenin birinci ve ikinci fıkradaki şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Yani, tespit davasının geçici değeri olarak o ana kadar tespit edebildiği alacağını ve hukuki ilişkiyi belirtmesi gerekir³⁹⁷. Yargılama sırasında da alacağın miktarı belirlendikten sonra, hâkimin vereceği süre içinde talebini belirlemesi gerekir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, belirsiz tespit davası açan davacı, ancak iddianın genişletilmesi yasağı kapsamında davasını belirsiz alacak davasına veya tam eda davasına dönüştürebilecektir³⁹⁸. Bunu, doktrinde kabul edildiği üzere eda davasının açılmasının mümkün olmaması durumunda, davacının tespit davası açmış olması, tespit davası görülürken eda davası açma imkânı doğduğunda, davacının tespit davasına devam etmekte hukuki yararı kalmadığı ve bu nedenle davacının talebi üzerine davaya eda davası olarak devam edilebileceği ve bunun için davalının muvafakatine veya ıslah gerek olmadığı yönünde kabul edilen görüşten³⁹⁹ ayırt etmek gerekir. Çünkü belirsiz alacak davası açılacakken dahi kanun koyucu belirsiz tespit davasının açılmasında hukuki yararın var olduğunu kabul ettiği için, belirsiz tespit davasında bu şekilde bir sonuç doğmayacaktır.

III. Tespit Davasının Açılması

Belirsiz alacak davasının ve belirsiz tespit davasının kabul edilmesiyle beraber, alacaklının belirsiz alacak bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106. maddesine göre bir tespit davası açmasında hukuki yararı yoktur. Başka bir ifadeyle, alacaklının eda davasında olduğu gibi, alacağın miktarını kendisinin dava açmadan önce tahminen belirlemesi ve bu miktarın tespiti için bir tespit davası açması, hukuki

³⁹⁶ Bknz.: § 13, C.

³⁹⁷ PEKCANITEZ, s. 80.

³⁹⁸ BLECHSCHMID, belirsiz tespit davasının tam eda davasına dönüştürülmesi durumunda davanın değiştirilmesinin söz konusu olmadığını ifade etmektedir, s. 61'deki dn. 2.

³⁹⁹ KURU, Usûl, C. 2, s. 1461-1462; KURU/BUDAK, s. 155; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 370. Karşılaştırınız: HANAĞASI, s. 259-260; MUŞUL, s. 133.

yarar yokluğu nedeniyle mümkün görülmemektedir. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin üçüncü fıkrasına ilişkin Adalet Komisyonu Gerekçesinde yer alan, “*Edâ davasının açılabilirdiği hallerde tespit davası açılama*” yollu önermenin hak-arama özgürlüğüne ulaştığı kapasite ve hukuki yarar koşulunun muhtevası karşısında geçerli değildir.” ifadesinin sadece belirsiz tespit davası için geçerli olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁰⁰. Aksi bir kabul, eda davasının açılması gereken her durumda tespit davasının açılmasına imkân tanıyan bir sonuç doğurur⁴⁰¹. Öncelikle eda davasının açılabilirdiği her halde tespit davasının da açılabilirdiği kabul edilmek istenseydi, bunun ya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesinde eda davasına ilişkin hükümde ya da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106. maddesinde tespit davasına ilişkin hükümde düzenlenmesi gerekirdi. Ayrıca, eda davasının açılabilirdiği her durumda tespit davasının açılabilirdiğinde davacının hukuki yararı bulunmamasıyla beraber, usul ekonomisine de uygun bir sonuç ortaya çıkmayacaktır.⁴⁰²

IV. Kısmi Dava ile Birlikte Belirsiz Tespit Davasının Açılması

Alacak miktarını kesin olarak belirleyemeyen alacaklı, kısmi dava ile birlikte tespit davası açabilir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin gerekçesinde bu durum ifade edilmiştir. Gerekçede, “*miktarı belirsiz alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin varolduğu hallerde yalnızca tespit yahut kısmi eda ile birlikte tespit davasını açabileceği genel olarak kabul edilmektedir.*” denilmektedir⁴⁰³. Burada alacaklı, dava açtığı ana kadar tespit ettiği alacak miktarını kısmi davanın konusunu yapabilir; geri kalan kısmı yani davanın açıldığı anda

⁴⁰⁰ YILMAZ, s. 744; ÖZBAY, s. 128. UMAR, yasanın sözüyle ve özüyle uygulanacağını işaret ettikten sonra gerekçenin de yasanın yorumu açısından bağlayıcı olmadığını, aydınlatıcı ve bilgi verici olduğunu vurgulamaktadır (Kısmi Dava, s. 31).

⁴⁰¹ “ ... Öğreti ve uygulamada eda davası açılmasının mümkün olduğu hallerde tespit davasının açılmasına yasal olanak bulunmamaktadır. Kural olarak hukuki yarar dava koşuludur. ... somut olayda dava koşulu sağlanmamıştır. ...” 7. HD, 26.4.2012, E. 2012/224, K. 2012/3091 (yayımlanmamıştır). Yargıtay'ın kararında da ifade edildiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra da, eda davasının açılabilirdiği durumlarda tespit davası açılmaz. Bunun için davacının, tespit davası açmasında hukuki yararının bulunması gerekir.

⁴⁰² YILMAZ, Şehr, s. 744.

⁴⁰³ Alacaklının eda davasıyla beraber tespit davası açabilmesi hukukumuzda yeni değildir. 6100 sayılı HMK yasalaşmadan önce İYİMAYA, kısmi dava ile beraber tespit davasının açılabilirdiğini ifade etmekteydi (Kısmi Tazminat, s. 197-199). Yargıtay, eda davası ile tespit davasının birlikte açılabilirdiğini ifade etmiştir. Yargıtay kararları ve kararların değerlendirilmesi için bkz.: KURU/BUDAK, s. 150-152.

belirleyemediği alacağının tespitini de aynı mahkemeden isteyebilir⁴⁰⁴. Bunun alacaklıya sağlayacağı en önemli fayda ise, alacağın tamamı için zamanaşımının kesilmesidir. Kısmi dava ile alacaklı, sadece talep ettiği kısım bakımından zamanaşımı kesebilmektedir. Ancak alacaklı kısmi dava ile beraber, alacağın geri kalanının tespitini talep ettiği takdirde, alacağın tümü için zamanaşımının kesilmesini sağlayacaktır.

Bu durumda mahkeme, kısmi dava ile talep ettiği kısım için eda hükmüne; alacağın geri kalan kısmı bakımından ise tespit hükmüne karar verecektir. Kısmi dava ile belirsiz tespit davasını birlikte açan davacı, yargılama sırasında alacağının tümü belirli hale geldikten sonra, alacağın tamamına yönelik karşı tarafın edaya mahkum edilmesini, ancak karşı tarafın açık rızası veya ıslah yoluyla talep edebilir⁴⁰⁵. Çünkü bu talebi, davanın genişletilmesi yasağı kapsamında değerlendirilecektir. Belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin 2. fıkrası burada sadece kısmi dava ile birlikte açılan belirsiz tespit davasında, davacının alacağın miktarını belirlemesinde uygulama alanı bulacaktır.

⁴⁰⁴ TANRIVER, kısmi davanın her halükarda, hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun bir bütün halinde belirlenmesine yönelik incelemeyi doğası gereği yapmaya zorunlu olduğunu; bu nedenle kısmi davanın açılabilirdiği durumlarda, geri kalan kısım için tespit davasının, derdestlik nedeniyle dava şartı yokluğundan reddedileceğini ifade etmiştir (HMK'nın Revizyonu, s. 23). Kanaatimizce, burada derdestlik söz konusu olmayacaktır. Çünkü kısmi davada, derdestlik, sadece dava konusu yapılan kısım için söz konusu olacaktır. Davacı, dava konusu yaptığı kısmın tespitini talep ederse, derdestlik söz konusu olacaktır. Yine aynı şekilde, davacı, kısmi dava değil de tam eda davası açmış olsaydı, derdestlikten söz edilebilirdi. Ancak burada davacı, kısmi dava dışında kalan kesimin tespitini talep ettiği için, derdestlik engeli ile karşılaşmayacaktır. KURU/BUDAK da şöyle ifade etmektedirler: “Açılan bir eda davasında, tespit davası (müspet veya menfi) açılır ve eda davası aynı şekilde hukuki ilişkinin tamamının tespitini de kapsıyorsa, yani mesela eda davası kısmi dava değilse, sonradan açılan müspet veya menfi tespit davasına karşı derdestlik itirazı yapılabilir. Çünkü, tespit davası ile istenen hukuki ilişkinin tespiti, eda davasında da istenmiştir ve bu nedenle dava konuları (müddeabih) aynıdır. Bundan dolayı, eda davasından sonra tespit davası açılmasında davacının hukuki yararı yoktur. Fakat, bu söylenenler eda davasının hukuki ilişkinin tamamına ilişkin olması hali içindir. Eda davası kısmi veya hukuki ilişkiden doğan mütabele haklarından bazılarına ilişkin ise, sonradan açılan tespit davasına (müspet veya menfi) karşı derdestlik itirazı yapılamaz.” , s. 326. Aynı şekilde: KURU, s. 95. Karş.: TANRIVER, s. 88-89.

⁴⁰⁵ PEKCANITEZ, s. 79; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 393.

§ 8. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ TEMEL HAKLARLA VE MEDENÎ USÛL HUKUKUNA HÂKİM OLAN BAZI İLKELERLE İLİŞKİSİ

A. Temel Haklarla Olan İlişkisi

Belirsiz alacak davası, hak arama özgürlüğü ile doğrudan bağlantılıdır. Hak arama özgürlüğü, öncelikle Anayasa'nın ikinci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gereği olarak koruma altındadır⁴⁰⁶. Anayasa'nın 36. maddesinde, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” denilerek hak arama özgürlüğünü düzenlemiştir. Anayasa'nın 40. maddesinde ise, “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.*” denilerek sadece hak arama özgürlüğünün kabul edilmesinin yeterli olmadığı, ayrıca etkin hukuki korumanın sağlanabilmesinin gerekliliği üzerinde durulmuştur. Hak arama özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında da güvence altına alınmıştır. Söz konusu fıkraya göre, “*herkes ... bir mahkeme tarafından davasının ... görülmesini istemek hakkında sahiptir.*”. Böylece, mahkemeye başvuru imkânının öncelikle koruma altına alındığı kabul edilmektedir⁴⁰⁷. Mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen kapatılması veya kullanımını imkânsız kılar ölçüde koşullara bağlanıp sınırlandırılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırılık teşkil edecektir⁴⁰⁸. Çünkü adil yargılanma hakkının ön koşulu, kişilere mahkemeye başvuru hakkının tanınması, bunun geçici de olsa kapatılmaması veya kullanımını olanaksız kılan koşullara bağlanmamasına bağlıdır⁴⁰⁹.

Alacak miktarının tam olarak belirlenememesi durumunda dahi hak sahibine mahkemeye başvuru imkânının tanınması ve bu başvuru imkânını zorlaştıracak veya engelleyecek koşulların bulunmaması gerekir. Hak arama özgürlüğü ile bağlantılı

⁴⁰⁶ ALANGOYA, Anayasanın Etkisi, s. 3.

⁴⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. Bası, Ankara 2007, Kn. 505, s. 276-277.

⁴⁰⁸ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 277.

⁴⁰⁹ DUMAN, İlker Hasan, Hukuk Devleti, 2. Baskı, İstanbul 2003, s. 96.

olan ve hukuk devletinin bir gereği olarak etkin hukuki koruma sağlamak için, gerekli düzenlemelerin yapılması zorunlu olup, hakka ulaşmada ortaya çıkabilecek engellerin ortadan kaldırılması gerekir. Aksi bir tutum başta hukuk devleti ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 2. maddesi ile hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesi ve etkin hukuki korumayı talep hakkını düzenleyen 40. maddesine aykırılık teşkil eder. Hukuk devletinde, kendiliğinden hak arama kuralı olarak yasak olduğu için, hakkı ihlal edilen herkes, geciktirilmeden dava açma imkânının tanınmasını isteme hakkına sahiptir. Bu nedenle alacaklı, sırf alacak miktarını tam olarak belirleyemediği için mahkemeye başvuru konusunda bir tereddüt yaşamamalıdır. Bu tereddütün yaşanması, hak arama özgürlüğünü zedeleyecektir.

Hak arama özgürlüğü, bizatihi bir temel hak niteliği taşımakla beraber, diğer temel hak ve özgürlüklerin de gereken şekilde korunmasını sağlayan en etkili güvencelerdendir⁴¹⁰. Bu bağlamda bilindiği üzere alacak hakkı, mülkiyet haklarından biridir. Mülkiyet hakkı, anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir." Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu protokolünün birinci maddesinde mülkiyet hakkının korunması düzenlenmiştir⁴¹¹. Yukarıda ifade edildiği gibi, Anayasanın 40. maddesi, gereğince, mülkiyet hakkı ihlal edilen kimseye geciktirilmeden dava açma imkânının tanınması gerekir. Belirsiz alacak davası, alacaklının borçlu tarafından ihlal edilen malvarlığına yeniden tam olarak kavuşmasına imkân tanıdığı için mülkiyet hakkının korunması da sağlanmaktadır. Belirsiz alacak davasının genel amacı, alacaklının rakamsal olarak belirleyemediği alacağını dava yoluyla ileri sürebilmesine imkân tanınmasıdır. Böylelikle mülkiyet hakkı ihlal edilen alacaklının, alacağının miktarı tam olarak belirlenmeden dava yoluyla alacağına (mülkiyet hakkına) kavuşması sağlanmaktadır.

⁴¹⁰ DUMAN, s. 96.

⁴¹¹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, mülkiyet hakkına karşı müdahalenin resmi makamlar tarafından gelmeyip özel kişiler arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanması durumunda Ek 1 No'lu protokolün uygulanmayacağını ifade etmektedirler (s. 431).

B. Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan Bazı İlkelerle İlişkisi

I. Tasarruf İlkesi Bakımından

Özel hukuk, taraflara kendi hakları üzerinde tasarruf yetkisi ve imkânı vermiştir⁴¹². Bu yetki ile taraflar yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilmekte; dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir (m. 24). Bu bakımdan tasarruf ilkesi, davacının yargılamayı başlatması, yargılamanın konusunu ve böylelikle dava konusunu belirlemesi, davayı geri alması, davadan feragat etmesi davalının davayı kabul etmesi ve tarafların sulh olmalarıyla tarafların kanun yoluna başvurmaları, kanun yolu başvurularını geri almaları, kanun yolu başvurularından feragat etmeleri ve kanun yolunda incelenmesini istedikleri sebebi belirlemelerini kapsar⁴¹³. Başka bir deyişle, tasarruf ilkesi yargılamanın tümüne hâkim olan bir ilkedir⁴¹⁴.

Hâkimin tarafların dilekçeleri ile bağılılığı tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü tarafların hukuki koruma talep edip etmemekte, dava konusunu istedikleri gibi belirlemekte özgür olmaları diğer taraftan hâkimi vereceği hüküm yönünden sınırlamaktadır⁴¹⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26. maddesinde bu durum açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, kanunda aksi bir düzenleme olmadıkça, hâkim tarafların talep sonucuyla bağlı olup, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre hâkim, talep sonucundan azına karar verebilir. Böylelikle hâkimin hüküm verme sınırını, davacı dava dilekçesiyle belirlemektedir⁴¹⁶. Bu nedenle, dava dilekçesinde talep sonucunun belirli olması kabul edilmektedir.

Belirsiz alacak davasının, medeni usûl hukukuna hâkim olan ilkelere tasarruf ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığı özellikle Alman hukukunda çok tartışılmıştır. Alman hukukunda, belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda, davacının talep sonucu

⁴¹² PAULUS, Rn. 311-312, s. 107-108; MUSIELAK, Rn. 68, s. 102; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 293; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 350.

⁴¹³ MERİÇ, s. 53-54; GASSER/RICKLI, Art. 58, Rn. 1, s. 45; SCHILKEN, Rn. 340, s. 160; LOOSLI, s. 75-76; ZEISS/SCHREIBER, § 26, s. 62-64.

⁴¹⁴ ZEISS/SCHREIBER, Rn. 169, s. 62.

⁴¹⁵ MERİÇ, s. 98.

⁴¹⁶ MERİÇ, s. 98-99; MENGES, s. 82; MUSIELAK, Rn. 68, s. 102.

olarak asgari bir miktarı veya yaklaşık bir alacak miktarı göstermesi durumunda, hâkimin bununla bağlı olmaksızın daha fazlasına hükmedebileceği kabul edilmektedir. Alman Federal Mahkemesi, 30.04.1996 tarihinde verdiği bir karar⁴¹⁷da, davacının en az 25.000 DM manevi zararın giderilmesi için açtığı davada 50.000 DM'ye hükmedilmesini Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 308. maddesinde düzenlenen hâkimin taleple bağlı olması ilkesine aykırı görmemiştir. Çünkü belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda, tazminat miktarının belirlenmesi hâkimin takdirine bırakılmıştır. Buna karşılık davacı eğer belirsiz alacak davasının açabileceği halde, talebinin üst sınırını belirlemişse hâkim bundan fazla hükmedememektedir. Çünkü bu durumda davacı, mahkemeden hangi miktarda talepte bulunduğunu belirlemekte; hâkim bu miktardan fazlasına hükmedememektedir⁴¹⁸. Alman Federal Mahkemesi'nin bu görüşü doktrinde de büyük ölçüde kabul edilmektedir⁴¹⁹. Örneğin, doktrinde, belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda, hâkimin kararının taleple bağlı olması ilkesine aykırılık teşkil ettiğinin düşünülmemeyeceği ifade edilmektedir⁴²⁰. Bazı yazarlar, hâkimin hareket özgürlüğünün sınırlandırılmayacağını belirtmektedirler⁴²¹. Bazı yazarlar ise, taleple bağlılık ilkesine aykırılığın, ancak mahkemenin hakkaniyete uygun tazminat miktarından fazlasına hükmettiği takdirde söz konusu olabileceğini ifade etmişlerdir⁴²². Buna karşılık bazı yazarlar, belirsiz alacak davasının açıldığı durumlarda da davacının mahkemeyi bağlayacak şekilde talepte bulunması gerektiği; aksi takdirde talep sonucunu davacının değil mahkemenin belirlediğini ileri süren yazarlar, mahkemenin belirsiz alacak davasında da taleple bağlı olduğunu; aksi bir kararın hâkimin taleple bağlı olduğu ilkesine (AHMK, m. 308) aykırı olduğunu kabul etmektedirler⁴²³. Davacının dava dilekçesinde gösterdiği değer %20 veya %25 üzerinde karar verebileceğini kabul eden yazarlar da bu orandan fazlasına karar verilmesi halinde,

⁴¹⁷ BGHZ 132, s. 351.

⁴¹⁸ MENGES, s. 84.

⁴¹⁹ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 308, Rn. 11, s. 1297; FRAHM, s. 1213; GERLACH, s. 526 vd; MÜSIELAK, in MünchKommZPO, § 308 Rn. 16, s. 1858-1859; SCHLOSSER, s. 1082 vd; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 47, s. 131; REICHOLD, in: Thomas/Putzo, § 253 Rn. 12, s. 429; SAENGER, § 253, Rn. 16, s. 608; LEIPOLD, Dieter, Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Tübingen 2008, § 308, Rn. 4, s. 1027.

⁴²⁰ MELISSINOS, s. 152.

⁴²¹ FUCHS, s. 563; SCHNEIDER, s. 198.

⁴²² KERN, s. 76; HUSMANN, NJW 1989, s. 3127.

⁴²³ GERSTENBERG, NJW 1988, s. 1356; RÖTTGER, s. 369. Aynı yönde: OLG München, NJW 1986, s. 3090.

söz konusu ilkeye aykırılığın söz konusu olduğunu ifade etmektedirler⁴²⁴. MENGES de davacının mahkemeyi bağlar şekilde talep sonucunun üst sınırı belirlenmesi gerektiğini, buna uygun olmayan dava dilekçesinin belirli olması zorunluluğu ile de bağdaşmadığını belirterek, Alman Federal Mahkemesinin buna uygun olmayan kararlarını kanuna aykırı bulmaktadır⁴²⁵.

İsviçre ve Türk hukukunda alacak miktarı belirlenebilir olduğu anda davacı talebini de rakamsal olarak belirlemelidir (HMK m. 107/2; İHMK m. 85/2). Her iki hukuk sisteminde, davacı dava açarken geçici miktarı göstermekte, yargılama sırasında da talebi belirli hale geldiğinde bunu kesin olarak belirleme imkânına sahiptir. Bu nedenle, belirsiz alacak davası, tasarruf ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir⁴²⁶. Tasarruf ilkesi, davacının talebinden fazlasına veya başka bir şeye karar verilmesi engel olmaktadır. Belirsiz alacak davasında da davacı, normal bir eda davasındaki gibi talebinin miktarını kesin olarak belirlemektedir. Ancak burada normal bir eda davasından farklı olarak, davacı dava açarken talep sonucunu kesin olarak belirleyememekte; belirleyebildiği miktarı geçici değer olarak mahkemeye sunmaktadır. Davacının, talep sonucu hüküm anına kadar kesin olarak belirli hale geldiği için, hâkimin karar verme sınırı da yine davacı tarafından belirlenmektedir. Bu nedenle belirsiz alacak davasında da hâkim, davacının talep sonucunu kesin olarak belirlediği veya talep sonucunun kesin olarak belirli hale geldiği hallerde, bu taleple bağlıdır. Hâkim bu durumda da talepten fazlasına veya başka bir şeye hükmedemeyecektir (HMK m. 26; İHMK m. 58).

Bununla beraber, İsviçre hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi alacak miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda davacının talebini belirlemesine gerek olmadığı ve hâkimin geçici değerden fazlasına hükmedebileceği kabul edilmektedir. Alacak miktarının hâkim tarafından belirlendiği durumlarda da belirsiz alacak davası tasarruf ilkesine aykırılık teşkil etmez. Çünkü burada, davacı, uğradığı zararın tümünün giderilmesini talep etmekte ve fakat zararının miktarını tam olarak bilmemektedir. Ancak bu durumlarda, hayat deneyiminin, her davacının hâkimden hakkı olan üst sınırını belirleyemediği

⁴²⁴ DUNZ, 1736 vd.; BUTZER, s. 541; WURM, s. 70. Aynı şekilde: OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, s. 955.

⁴²⁵ MENGES, s. 93.

⁴²⁶ LOOSLI, s. 79 vd.

alacağının tamamının hüküm altına alınmasını istediğini kabul etmeyi gerektirmektedir⁴²⁷. Hâkim tazminatın kapsamını durumun şartlarını göz önüne alarak hakkaniyete uygun şekilde belirler (TBK m. 51; İBK m. 43). Ancak hâkim yine de davacının talebi doğrultusunda davacının alacağı miktarında karar verebilir. Daha fazlasına karar vermesi durumunda taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu durumlarda tasarruf ilkesi bakımından davalı, davacıdan daha zor bir durumda da değildir.

II. Hukuki Dinlenilme Hakkı Bakımından

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde hukuki dinlenilme hakkı düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında, davanın taraflarının, müdahillerin ve yargılama ile ilgili olanların kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir⁴²⁸. Bu hakkın içeriği ikinci fıkrada düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, hukuki dinlenilme hakkı, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olmasını; açıklama ve ispat hakkı ile mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararın somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir⁴²⁹.

Belirsiz alacak davasının özünün hukuki dinlenilme hakkına aykırı olduğu sonucunu çıkarılamaz⁴³⁰. Çünkü belirsiz alacak davasının hangi durumlarda açılabileceğini kanun koyucu açıkça düzenlemiştir. Bu çerçevede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kabul edilen ve anayasal bir hak olan hukuki dinlenilme hakkına aykırı bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından getirmek istendiği kabul edilemez. Bununla beraber hukuki dinlenilme hakkının iki unsuru, belirsiz alacak davası bakımından ayrı önem ifade eder. Bunlardan ilki, davalının bilgi sahibi olmasıdır. İkincisi, buna uygun olarak davalıya açıklama ve ispat hakkının tanınmasıdır. Eğer belirsiz alacak davasında, bu iki unsur dikkate alınmadan yargılama yapılır ve karar

⁴²⁷ LOOSLI, s. 79.

⁴²⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, hukuki dinlenilme hakkının içeriği düzenlenmekle birlikte, bu hakkın tanımı yapılmamıştır. Geniş bir tanım için bkz.: ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 31.

⁴²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 85 vd.; PEKCANITEZ, Hakan, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 753 vd.; TANRIVER, Süha, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Makalelerim I (1985-2005), Ankara 2005, s. 224 vd.; MUSIELAK, Rn. 99, s. 65-66; JAUERNIG/HESS, § 29, s. 121 vd.; ZEISS/SCHREIBER, § 32, s. 72-75; RECHBERGER/SIMOTTA, Rn. 427-428, s. 237-239.

⁴³⁰ LOOSLI, s. 87.

verilirse, hukuki dinlenilme hakkına aykırı davranılmış olunur⁴³¹.

Bilgilenme hakkının yerine getirilmesi için davalının yargılamadan haberdar olması tek başına yeterli olmayıp, yargılamaya esas olan vakılardan ve bu vakıaların delillerinden de haberdar olması gerekir. Bunun için, davanın temelini oluşturan vakıalar, iddialar ve bu iddiaların ispatına ilişkin hususlarda hakkında da davalı, tam ve eksiksiz bilgi sahibi olmalıdır⁴³². Bunun tam olarak sağlanabilmesi için de davacı, iddia ettiği hususlar ve bunların delilleri hakkında tam bilgi vermeli, dava konusu ve dava konusuna göre talebini haklı kılan vakıalar ve bu vakıaların dayanaklarını mahkemeye sunmalıdır. Aksi takdirde davalının, davaya cevap vermesi, yeterli savunma yapması, delil göstermesi, ispat faaliyetine girişmesi ve karşı iddiada bulunması mümkün değildir. Çünkü davalı, kendisine yöneltilen bir davada, kendisinden ne istendiğinin ve bunun dayanağı olan maddi vakıaları bildiği ölçüde hukuk düzeninin tanıdığı hakları ve bu çerçevede hukuki dinlenilme hakkını gereği gibi kullanabilir⁴³³.

Bilgilenme hakkı gereğince, davalı, yargılamada ne ile karşı karşıya olduğunu bilmektedir. Bunun sonucu olarak da davayı kaybetme rizikosunu görebilmekte ve buna uygun savunma yapabilmektedir⁴³⁴. Alman hukukunda belirsiz alacak davasının, davalının savunma hakkını önemli ölçüde sınırladığı ileri sürülmüştür⁴³⁵. Bunun nedeni olarak da, davacının dava açarken talep sonucunu kesin olarak belirlememesi gösterilmiştir. Davalı da, davacının tam olarak ne talep ettiğini bilmediği için, buna engel olabilecek olası savunmalarını yapamadığı ve hangi mahkûmiyet rizikosu altında olduğunu göremediği ileri sürülmüştür⁴³⁶.

Belirsiz alacak davasında, davacı, dava açarken geçici miktar veya değer göstermelidir. Bununla birlikte davacı, hukuki ilişkiyi de açıkça ortaya koymalıdır. Bunun anlamı, geçici de olsa talep sonucunu, talep sonucunu haklı çıkartan vakıaları ve bu vakıaların delillerini de sunmalıdır. Belirsiz alacak davasında, belirsiz olan

⁴³¹ LIEBSTER, s. 44.

⁴³² ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 91; TANRIVER, Adil Yargılanma, s. 227; PEKCANITEZ, Hukuki Dinlenilme, s. 770.

⁴³³ ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 91.

⁴³⁴ LIEBSTER, s. 44.

⁴³⁵ MENGES, s. 2.

⁴³⁶ MENGES, s. 2.

sadece talep sonucunun rakamsal olarak değeridir. Önemle belirtmek gerekir ki, bu belirsizlik de geçicidir. Davacı, talep miktarı belirlenebilir hale geldiğinde talep sonucunu rakamsal olarak belirleyebilmektedir. Ancak, davacı buna mecbur da değildir. Bu nedenle, davacı talep sonucunu belirleyebilecek durumda olduğunda geçici talebini artırır ve bunu belirler veya süresi içinde belirlemezse, yargılama sırasında davacının talep sonucu kesinleşmiş olur. Bunun sonucu olarak davalı, kendisinden kesin olarak neyin istenildiğini öğrendiği için, yukarıda ileri sürülen çekinceler de ortadan kalkacaktır.

Belirsiz alacak davasının hukuki dinlenilme hakkına uygun olması için, davalının sadece bilgilenme hakkının yerine getirilmesi yeterli olmayıp, talep sonucunun kesinleşmesinden sonra davalıya gerekli savunma imkânı da tanınmalıdır. Bu nedenle, herşeyden önce, davacı talebini belirledikten sonra bunun davalıya bildirilmesi gerekir⁴³⁷. Davalının bilgi sahibi olduğu şeyler dışında yeni şeyler ileri sürülürse, bunlar için de ayrıca açıklama imkânı tanınmalıdır⁴³⁸. Çünkü yargılamada yeni bir durum veya uyuşmazlık çıktığında, açıklama hakkının da kendiliğinden ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁴³⁹. Bu çerçevede, davacının talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesi hem yeni bir durumdur; hem de davalının belirlenen bu miktarı tartışma konusu yapması yeni bir uyuşmazlık unsuru teşkil edecektir. Bu nedenle, davacı talep sonucunu rakamsal olarak belirledikten sonra, davalıya açıklama hakkı tanınmalı ve bu çerçevede savunma imkânı sağlanmalıdır. Davalıya bu şekilde açıklama hakkı ve savunma yapabilme imkânı tanındığı takdirde, belirsiz alacak davası da hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmeyecektir⁴⁴⁰. Çünkü açıklama hakkı ile davalının rakamsal olarak kesin şekilde belirlenen talep sonucuna karşı, savunma yapabilmesine imkân tanınmış olacaktır. Böylece davalıya, kendi hakkında verilecek kararı etkileyebilme şansı da tanınmış olacaktır⁴⁴¹. Belirsiz alacak davasında, davalının hem bilgilenme hakkı hem de açıklama hakkı bu şekilde yerine getirildiği takdirde, davalının savunma hakkının sınırlandırıldığı⁴⁴² ve bunun sonucu olarak hukuki dinlenilme hakkına aykırı olduğu ileri sürülemez.

⁴³⁷Bknz.: § 11, B, II, 4.

⁴³⁸ ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 108; PEKCANITEZ, Hukuki Dinlenilme, s. 773.

⁴³⁹ ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 109.

⁴⁴⁰ LIEBSTER, s. 44.

⁴⁴¹ ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 106; TANRIVER, Adil Yargılama, s. 228; PEKCANITEZ, Hukuki Dinlenilme, s. 776.

⁴⁴² LOOSLI, s. 88.

Alacak miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda da belirsiz alacak davasının açılması hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmemektedir. Çünkü davalı gibi bu durumda davacı da hâkimin takdir yetkisini nasıl kullanacağını bilecek durumda değildir. Bu nedenle, aslında davalı yargılamada davacıdan daha kötü durumda değildir⁴⁴³. Ayrıca davacının dava açarken geçici değer göstermesi ve talebinin dayanağı olan vakıaları ortaya koyması nedeniyle, davalı talep hakkında bilgi sahibi olduğu için, davacının ne tür bir beklentide olacağını tahmin edebilecek durumdadır. Böylelikle davalı da aynı şekilde talebin dayanağı olan ve talebin miktarını ilgilendiren somut vakıaları ortaya koyabilecek durumdadır⁴⁴⁴. Bu nedenle, bu tür bir belirsiz alacak davasında da davalının savunma hakkının sınırlandırıldığı söylenemez.

III. Somutlaştırma Yükü Bakımından

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 194. maddesinde delillerin gösterilmesi ile somutlaştırma yükü birlikte düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, taraflar dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. İkinci fıkraya göre ise, tarafların dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur.

Somitlaştırma yükü, taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucudur⁴⁴⁵. Özel hukukta, tasarruf ilkesinin sonucu olarak, bir uyuşmazlığın çözülebilmesi için, uyuşmazlığın davacı tarafından mahkemenin önüne getirilmesi gerekir. Özel hukukta sadece uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesi kabul edilmemiş bununla beraber uyuşmazlığın çözülmesi için gerekli olan dava malzemelerinin de mahkemeye sunulmasını taraflara yüklemiştir. Bu husus, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. İkinci fıkraya göre ise, hâkim için konulan bu yasak sadece vakıalar bakımından olmayıp

⁴⁴³ LOOSLI, s. 87; PEKCANITEZ, s. 38.

⁴⁴⁴ LOOSLI, s. 87.

⁴⁴⁵ LOOSLI, s. 82; ATALAY, Oğuz, Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 31.

deliller bakımından da geçerlidir. Yani hâkim, kanunda belirtilen durumlar dışında, kendiliğinden delil toplayamaz. Böylelikle hâkim, taraflarca getirilmiş vakıaları ve delilleri inceleyebilecek ve bunlar üzerinden hüküm verebilecektir (m. 25). Hakim, tarafların getirmedeği veya ileri sürmedeği vakıaları veya delilleri araştıramayacağı gibi hükmüne de esas alamaz⁴⁴⁶.

Dava malzemesinin tamamen mahkemeye getirilmemesi ve bunun sonucu olarak da tarafların taleplerini somutlaştıramamasının sorumluluğunu ise taraflar yüklenecektir. Davacı ne kadar haklı olurda olsun, talebini somutlaştıracak dava malzemesini mahkemeye sunamamışsa, talebi reddedilme rizikosuyla karşı karşıyadır⁴⁴⁷.

Davacının dava açarken talep sonucunu rakamsal olarak kesin belirlemesi, kural olarak somutlaştırma yükü kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁴⁸. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi, hem normal bir eda davasında hem de belirsiz alacak davasında, alacaklının talebinin dayanağı olan vakıaları mahkemeye sunması⁴⁴⁹ ve davasını temellendirmesi durumunda yerine getirilmiş sayılmaktadır⁴⁵⁰.

Önemle belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davası, kanunda öngörülen şartların varlığında ve kural olarak istisnai durumlarda açılacaktır. Belirsiz alacak davasının açılabildeği durumlarda, alacaklı sadece talep sonucunu rakamsal olarak kesin belirleyememekte; bunun dışında hukuki ilişkiyi ve talebinin dayanağı olan tüm dava malzemelerini mahkemeye sunmalıdır. Ayrıca alacaklı, talep sonucunu kesin olarak belirleyememekle beraber, dava açacağı zamana kadar belirleyebildiği alacağının miktarını veya değerini de bildirmek zorundadır. Ancak alacaklı, yargılama sırasında alacak miktarı veya değeri belirli hale geldiğinde bu belirsizlik de giderilmektedir. Bu nedenle, belirsiz alacak davasında, davacının somutlaştırma yükünü tam olarak yerine getirmedeği söylenemez⁴⁵¹. Özellikle, tazminat miktarının hâkim tarafından belirlendiği durumlarda açılacak belirsiz alacak davasında, hükmedilecek uygun miktarı yargılamanın sonunda hâkim kendisi takdir etmektedir. Bu durumda da davacı her ne kadar yargılama sırasında talebini belirlemekten muaf olsa da, hâkimin

⁴⁴⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 299-300.

⁴⁴⁷ Bknz.: § 10, C, II.

⁴⁴⁸ LOOSLI, s. 83.

⁴⁴⁹ ATALAY, s. 34.

⁴⁵⁰ LIEBSTER, s. 42.

⁴⁵¹ LOOSLI, s. 83.

takdir yetkisini kullanmasını sağlayacak maddi vakıalarla, bunların delillerini de mahkemeye sunması gerektiğinden, bu durumda da somutlaştırma yükünü yerine getirdiği kabul edilmelidir⁴⁵².

Somitlaştırma yükünün yerine getirilmesi belirsiz alacak davasında diğer davalardan ayrı olarak özel önem arz etmektedir. Çünkü belirsiz alacak davası belirli şartların varlığında açılacaktır. Davacı, talebini tam olarak somutlaştırmalıdır ki, gerçekten belirsiz alacak davasının açılması için gerekli şartların varlığını ortaya koyabilsin. Bir diğer deyişle davacı, belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının varlığını göstermelidir. Davacı, alacak miktarını dava açtığı anda belirleyemediğini somutlaştırmadığı takdirde, hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde verdiği sürede ortaya koymalıdır. Aksi takdirde, dava usulden reddedilecektir.

IV. Usul Ekonomisi İlkesi Bakımından

Usul ekonomisi, medeni usûl hukukuna egemen olan ilkelerden biridir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde, mahkemelerin makul bir süre içinde karar vermeleri öngörülmüştür. Bu nedenle usul ekonomisi bu yönüyle, adil yargılanma hakkının da gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, devlet, yargının basit, çabuk ve ucuz gerçekleşmesi için gereken tedbirleri almak zorundadır. Devlet hem yargı yoluna başvuru için hem de yargılamanın bu ilkeye uygun yürütülmesini sağlayabilmek için tedbirler almakla yükümlüdür. Anayasal bu düzenleme neticesinde devletin, usul ekonomisi ilkesine uygun yargılama yapması için gerekli olan tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yargının basit, çabuk ve ucuz şekilde gerçekleşmesini sağlayıcı tedbirlerin alınması etkin hukuki korumanın ve hak arama özgürlüğünün gerçek anlamda sağlanması için de son derece gereklidir. Anayasal bir düzenleme olduğu için usul ekonomisi ilkesine aykırılık, Anayasaya aykırılık sonucunu doğurmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesinde de hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür. Anayasa ile devlet, usul ekonomisi ilkesine uygun şekilde yargılama için gerekli tedbirleri almaya zorunlu tutulmakla beraber, Hukuk

⁴⁵² LOOSLI, s. 83.

Muhakemeleri Kanunu ile de yargılamayı yürüten hâkimin de yargılamanın olağan sürede, gereksiz gider yapılmaksızın en basit şekilde yapılmasını sağlama yükümlülüğü getirilmiştir.

Usul ekonomisi ilkesi üç ögeyi birlikte içermektedir. Bunlar, basitlik, çabukluk ve ucuzluktur⁴⁵³. Bu üç öğeden oluşan usul ekonomisi ilkesi, yasalarda öngörülen düzenlemeler çerçevesinde, yargılamanın kolaylaştırılmasını ve karmaşık hale getirilmemesini; yargılamada ön görülen olağan sürenin aşılmamasını ve gereksiz gider yapılmamasını amaçlamakta, bunu hâkime bir ödev olarak yüklemektedir⁴⁵⁴. Yoksa yargılamanın tabi olması gereken şekilciliğini bir yana bırakarak keyfiliğe yol açan veya hatalı karara götürür bir şekilde gereksiz aceleciliği amaçlayan yahut hiç bir para harcamadan yargılamanın bitmesini hedefleyen bir ilke değildir⁴⁵⁵.

Belirsiz alacak davasının usul ekonomisi ilkesine uygun olduğu kabul edilmektedir⁴⁵⁶. Esasında, belirsiz alacak davası, usul ekonomisine uygun yargılamanın yapılmasını sağlayan bir dava türüdür. Çünkü belirsiz alacak davası, bu davanın açılabilirdiği durumlarda, alacaklının hakkına en basit, en çabuk ve en az masrafla ulaşmasını sağlar. Her şeyden önce belirsiz alacak davası, taraflar arasında ikinci bir dava açılma ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. İslahla dava konusunun artırılmamasına ilişkin 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 87. maddesinin son cümlesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal kararında usul ekonomisi de gerekçe gösterilmiştir⁴⁵⁷. İptal kararında, söz konusu cümlenin davacıyı ikinci bir dava açmaya zorlayarak mahkemelerini yükünü gereksiz şekilde artırdığını, bu nedenle de Anayasa'nın 141. maddesinin usul ekonomisini düzenleyen son cümlesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Belirsiz alacak davası, bu yönüyle davacının tek bir dava ile alacağına kavuşmasına hizmet etmektedir. Belirsiz alacak davasının düzenlenmediği dönemde, davanın açıldığı tarihte alacak miktarının kesin olarak

⁴⁵³ YILMAZ, Ejder, çabukluk yerine hızlılık terimini kullanmaktadır, Usûl Ekonomisi, Prof. Dr. Necip Bilge Armağanı, AÜHFD, C. 57/1, Ankara 2008, s. 243; YILMAZ, s. 323 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 333; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 356; KURU, Usûl, C. 2, s. 1934.

⁴⁵⁴ YILMAZ, Usûl Ekonomisi, s. 250.

⁴⁵⁵ YILMAZ, Usûl Ekonomisi, s. 250.

⁴⁵⁶ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 13, s. 642; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 1, s. 527; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 3, s. 109.

⁴⁵⁷ AYM'nin 20.7.1999 T. ve 1/33 sayılı kararı, RG, 4.12.2000, s. 24220.

belirlenemediği durumlarda alacaklı ya kısmi dava açmakta ya da tespit davası açmaktaydı. Bu ise alacaklının karşı tarafın rıza göstermemesi ve ıslah yoluna başvurulmaması durumunda ikinci bir dava açmasına sebebiyet vermektedir. Bu nedenle, belirsiz alacak davası alacaklının alacağına daha basit kavuşmasını sağlamakla beraber, borçlu bakımından da ikinci bir dava ile karşı karşıya kalma ihtimalini ortadan kaldırabilmektedir. Ayrıca ikinci bir dava açılması, mahkemenin iş yükünü de gereksiz şekilde artırmaktadır. Kısmi dava açıldığı durumlarda ise, ikinci bir dava açmak istemeyen alacaklının, karşı tarafın rıza göstermediği durumlarda ıslah yoluna başvurusu gerekmektedir. Belirsiz alacak davasında ise alacaklı, alacak miktarı kesin olarak belirlendiği anda dava dilekçesinde gösterdiği geçici değeri artırmak için karşı tarafın rızasına veya ıslaha ihtiyaç duymamaktadır. Bu nedenle alacaklı, belirsiz alacak davasıyla alacağına daha basit ve hızlı şekilde ulaşmaktadır. Alacaklının, ikinci bir dava açma gereği duymaması ve ıslah yoluna başvurmaksızın alacak miktarı kesinleştikten sonra talep sonucunu artırabilmesi yargılamanın daha ucuz yürütülmesini sağlamaktadır. Ayrıca ikinci bir dava açılmasına ihtiyaç olmadığı için mahkemelerin de gereksiz şekilde iş yükünün artması önlenmiştir. Bu nedenlerle, belirsiz alacak davasının usul ekonomisi ilkesine tam anlamıyla hizmet ettiği sonucu çıkarılabilir.

V. Hâkimin Aydınlatma Ödevi Bakımından

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil göstermesini isteyebilir. Hâkimin aydınlatma ödevi, maddi vakıalara, hukuki sebeplere, delil gösterilmesine ve talep sonucuna ilişkindir⁴⁵⁸. Davayı aydınlatma ödevi, taraflarca getirilme ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir⁴⁵⁹. Çünkü hâkim, ancak taraflarca mahkemeye sunulan dava malzemesinde bulunan belirsizliğin giderilmesi için aydınlatma ödevi çerçevesinde hareket edebilir. Bu nedenle taraflar, bu belirsizlik veya çelişki giderilirken, iddianın ve savunmanın

⁴⁵⁸ MERİÇ, Davayı Aydınlatma, s. 395-396; ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 141 vd.; SUTTER-SOMM/VON ARX, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 56, Rn. 17, s. 394.

⁴⁵⁹ JAUERNIG/HESS, § 25, Rn. 47, s. 102.

değiştirilmesi veya genişletilmesi sonucu doğuracak yeni vakıa ileri süremezler; talep sonucunu değiştiremezler veya genişletemezler⁴⁶⁰.

Belirsiz alacak davasında söz konusu madde sıklıkla uygulama alanı bulacaktır. Daha önce de ifade edildiği gibi, belirsiz alacak davasında, belirsiz olan davacının talebi veya taraflar arasındaki hukuki ilişki olmayıp, davacının dava açtığı anda talebinin miktarı veya değeridir. O nedenle kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ilk fıkrasında belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda davacının hukuki ilişkiyi açıkça ortaya koymasını zorunlu tutmuştur. Davacının hukuki ilişkiyi tam olarak ortaya koymasının nedeni, gerçekten belirsiz alacak davasının şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinin sağlanmasıdır. Davacının ortaya koyduğu hukuki ilişkiden ve bu hukuki ilişkinin dayanağı olan somut vakıalardan ve bu vakıaların delillerinden, dava konusu yapılan talebin belirsiz alacak davasının konusu teşkil edip etmeyeceği açıkça anlaşılmıyorsa, hâkim davacıya, aydınlatma ödevi çerçevesinde sorular sormalı ve belirsiz kalan hususları aydınlatmalıdır. Gerekirse bunlar hakkında delil gösterilmesini istemelidir. Bunun neticesinde, eğer belirsiz alacak davasının şartlarının mevcut olduğu açıklığa kavuşmuşsa, davaya devam edilmeli; aksi takdirde dava, hukuki yarar yokluğu nedeniyle dava şartı eksikliğinden usulden reddedilmelidir. Hukuki yararın yokluğu, eksikliği giderilebilecek dava şartlarından olmadığı için, hâkimin davacıya bu eksikliğin giderilmesi için süre vermesi de söz konusu değildir.

Hâkimin aydınlatacağı belirsizlik, vakıalara ilişkin olabileceği gibi talep sonucuyla da ilgili olabilir⁴⁶¹. Belirsiz alacak davası, kısmi davadan birçok yönüyle farklı olmasına rağmen en çok bu dava türü ile karıştırılmaya müsaittir⁴⁶². Bu sebeple, davacı, dava açarken kısmi dava mı açtığını yoksa belirsiz alacak davası mı açtığını açıkça ortaya koymalıdır. Özellikle alacak miktarının veya değerinin belirsiz olduğu durumlarda davacının seçim hakkı olduğu için, bu durumlarda davacının hangi davayı açtığı talep sonucundan anlaşılabilmesi gerekir. Talep sonucu, davacının ne tür bir dava açtığı konusunda tam bir açıklık içermiyorsa, hâkim doğru karar verebilmek için, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, davacının tam olarak ne

⁴⁶⁰MERİÇ, Davayı Aydınlatma, s. 394, 399.

⁴⁶¹ALANGOYA, s. 142; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 312.

⁴⁶²Bknz.: § 6.

istediğini sormalıdır ve bunu açıklığa kavuşturmalıdır⁴⁶³. Davayı aydınlatma yükümlülüğü bu çerçevede, sürpriz kararlarla da karşılaşılmasını önlemektedir⁴⁶⁴. Davacının verdiği bilgi ve yaptığı açıklamalar neticesinde, yargılamaya devam edilmelidir. Çünkü belirsiz alacak davası ile kısmi davanın hem şartları hem de davanın sonuçları daha önce de açıkladığımız gibi birbirinden farklıdır. Belirtmek gerekir ki, davacıdan, talebini belirlemesini talep etmek ve davacının bunu yerine getirmesi talep sonucunun değiştirebileceği anlamına gelmez⁴⁶⁵. Davacı, burada sadece talep sonucundaki belirsizliği gidermektedir. Bu nedenle, kısmi dava açan bir davacı belirsizliğin giderilmesi için açıklama yaparken davasına belirsiz alacak davası olarak devam edilmesini isteyemez. Talep sonucundaki bu tür bir değişiklik ancak iddiayı değiştirme veya genişletme kuralları çerçevesinde mümkündür.

Belirsiz alacak davasında davacı, alacak miktarı belirlenebilir olduğu anda talep sonucunu rakamsal olarak belirlemelidir. Davacı, alacağının miktarını yargılama sırasında belirlemediği takdirde, hâkim geçici değere göre hüküm verecektir. Bu karar kesinleştiği takdirde, belirsiz alacak davası tam eda davası olduğu için, yargılama sırasında belirlemediği kısmı kesin hüküm engeli nedeniyle talep edemeyecektir⁴⁶⁶. Bununla birlikte, belirsiz alacak davasında alacak miktarı birçok somut olayda farklı şekillerde belirli hale gelebilmektedir⁴⁶⁷. Davacının alacak miktarının ne zaman belirli hale geldiğini tam olarak belirlemesi her durumda kolay değildir. Bu nedenle, alacak miktarı belirli olduğu anda hâkimin davacıya süre vermesi gerekir⁴⁶⁸. Hâkim davacıya talebini belirlemesi için süre vermesi, aydınlatma ödevinin sınırını aşmamaktadır⁴⁶⁹. Çünkü aydınlatma ödevinin sınırını, her davanın mevcut durumu değerlendirilerek tespit edilebilir⁴⁷⁰. Burada hâkim, davanın açıldığı anda talep sonucunun miktarına ilişkin mevcut olan belirsizliğin giderilmesi talep etmektedir. Bu belirsizliğin ne zaman giderileceğini bir yargılamada en iyi hâkim

⁴⁶³ 17. HD, 7.6.2012, E. 2012/1406, K. 2012/7467 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

⁴⁶⁴ JAUERNIG/HESS, § 25, Rn. 42, s. 101.

⁴⁶⁵ MERİÇ, Davayı Aydınlatma, s. 395.

⁴⁶⁶ Bknz.: § 11, B, III, 4.

⁴⁶⁷ Bknz.: § 11, B, II, 2, a.

⁴⁶⁸ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 9, s. 376; MEIER, Zivilprozessrecht, s. 224; MEIER, s. 16, 17; COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 8, s. 365; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 15, s. 642; MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 4, s. 197; WALDMANN, s. 227. LOOSLI, hâkimin davacıya talebini belirlemesi için imkân tanınması gerektiğini ifade etmektedir, s. 69. Aksi yönde: PEKCANITEZ, s. 52; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 389.

⁴⁶⁹ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 9, s. 376; KLETT, s. 75.

⁴⁷⁰ ALANGOYA, s. 157.

bilebilecektir⁴⁷¹. Hâkimin davacıya alacak miktarını belirlemesi için süre vermesi, davacının geçici değeri artırması gerektiği yönünde bir öneri veya yol gösterme olarak kabul edilemez. Eğer hâkim süre verirken, bu yönde bir hatırlatmada veya yol göstermede bulunmuşsa, bu hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamını aşan bir sonucu doğurur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasına göre hâkim, kural olarak, tarafların ileri sürmediği vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve bunları hatırlatabilecek davranışlarda bulunamaz. Yine, hâkimin iki taraftan birine öğüt vermesi ya da yol göstermesi hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulacak bir neden olarak kabul edilmiştir (m. 36/1-a). Bu nedenle gerek 25. maddenin birinci fıkrası⁴⁷² gerekse 36. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi hâkimin aydınlatma ödevini sınırlamaktadır. Aksi bir uygulama, hâkimin reddi sonucunu doğurmaktadır.

VI. Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunma Yükü Bakımından

Belirsiz alacak davası, alacaklının talebini belirlemeye yarayan belgelerin borçluda veya üçüncü kişilerde bulunması durumunda da söz konusu olabilmektedir. Alacaklı bu durumda, açtığı dava ile davalıda veya üçüncü kişilerde bulunan bilgi ve belgelerin ibrazını sağlamakta ve bu sayede talebini belirleyebilmektedir. İsviçre hukukunda taraflara ve üçüncü kişilere katkıda bulunma yükümlüğü getirilmiş ve bu sayede ellerindeki belgeleri mahkemeye vermek zorunda oldukları düzenlenmiştir (İHMK m. 160). Türk hukukunda da belgelerin ibrazı hükümleri (m. 217 vd.) çerçevesinde davalının veya üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğü kabul edilmiştir. Katkıda bulunma yükümlülüğü sadece usûl hukuku kaynaklı olmayıp maddi hukukta da tarafların katkıda bulunma yükü düzenlenmiştir (TBK m. 403/2; TBK m. 404/5; MarkKHK m. 65). Katkıda bulunma, davalı taraf bakımından bir yük olmakla beraber üçüncü kişi bakımından bir yükümlülüktür⁴⁷³. Davalı bakımından yük olması, yerine getirilmemesi durumunda sadece Kanunda öngörülen usulî sonuca katlanması nedenine dayanır (m. 220/3). Üçüncü kişi ise davalıdan farklı olarak, davanın tarafı olmadığı için ve davayı kaybetme rizikosunu bulunmadığından,

⁴⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 11, B, II, 2.

⁴⁷² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 312.

⁴⁷³ ERDÖNMEZ, Güray, Medeni Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İstanbul 2010, s. 97; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Rn. 65, s. 275; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 9.57, s. 230. BELGESAY, taraf bakımından bir yükümlülük olarak görmektedir). (BELGESAY, Mustafa Reşit Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, İstanbul 1935, s. 99.

tanıklık gibi ibraz yükümlülüğünün de kamu hukuku karakteri ve maddi gerçeğin ortaya çıkması amacı söz konusudur.⁴⁷⁴ Üçüncü kişi, kaçınma hakkı olmaması durumunda yaptırımla karşılaşacağından (m. 221/3), katkıda bulunma onun için yükümlülük olarak kabul edilmektedir. Böylelikle katkıda bulunma yükü genel kural haline gelerek, “*nemo tenetur contra se edere*” yani kimse kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamaz ilkesinin, kural olarak artık uygulama alanı bulmadığını göstermektedir. Kanunda ön görüldüğü durumlarda taraf, kendi aleyhine dahi olsa, kanunda sayılan belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadır⁴⁷⁵. Bu çerçevede, belirsiz alacak davasında da davalı veya üçüncü, davacının talebini belirlemeye imkân tanıyan bilgi ve belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar.

⁴⁷⁴ ERDÖNMEZ, s. 98.

⁴⁷⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 402; BELGESAY, C. 2, s. 99.

II. BÖLÜM

BELİRSİZ ALACAK DAVASININ TÜRLERİ VE ŞARTLARI

§ 9. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Belirsiz alacak davası iki şekilde ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁶. Bunlardan ilki, alacak miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği hallerde açılacak olan belirsiz alacak davasıdır. Bu tür belirsiz alacak davasına “*dar anlamda belirsiz alacak davası*”da denilmektedir⁴⁷⁷. Belirsiz alacak davasının düzenlediği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde, alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olarak belirlendiği durumlarda belirsiz alacak davasının açılıp açılmayacağı konusunda açık bir düzenleme yoktur. Bu durumda belirsiz alacak davasının açılıp açılmayacağı İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinde de düzenlenmemiştir. Ancak bu durumlarda da kural olarak belirsiz alacak davasının açılabilirliği konusunda doktrinde tereddüt yaşanmamaktadır⁴⁷⁸. Alman hukukunda da belirsiz alacak davasının bu türü görülmektedir. Belirsiz alacak davasının diğer türü ise gerek Türk hukukunda gerekse İsviçre hukukunda açıkça düzenlenmiş olan alacak miktarının yargılamada davacı tarafından sonradan belirlenmesi durumunda açılacak belirsiz alacak davasıdır (m. 107; İHMK m. 85). Bu tür belirsiz alacak davasına ise, “*geniş anlamda belirsiz alacak davası*”denilmektedir⁴⁷⁹. Bu tür belirsiz davasında, talep miktarı ya karşı tarafın verdiği bilgi sonucunda belirlenebilecektir ya da tahkikat sonunda yani delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi sonucunda belirlenebilecektir. Bazı yazarlar, belirsiz alacak davasını üçlü ayrıma tabi tutmuşlar ve alacak miktarının davacı tarafından sonradan belirlendiği halleri ayrı iki başlık

⁴⁷⁶ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 638; LOOSLI, s. 10-11; LIEBSTER, s.103.

⁴⁷⁷ LOOSLI, s. 11.

⁴⁷⁸ MEIER, s. 21; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 63, s. 132; MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 5, s. 197; LOOSLI, s. 11; OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 376-377.

⁴⁷⁹ LOOSLI, s. 10-11.

altında değerlendirmektedirler⁴⁸⁰. Bu ayrımı yapan yazarlar da alacak miktarının sonradan belirlenebildiği durumları delillerin incelenmesi sonucuna veya karşı taraftan elde edilen bilgilere bağladıkları için, aslında ikili ayırım yapan yazarlardan⁴⁸¹ nicelik olarak farklı bir ayırım kabul etmemektedirler.

Biz de bu ayrımlar çerçevesinde öncelikle alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olarak belirlenebildiği hallerde belirsiz alacak davalarını incelemeyi; daha sonra alacak miktarının davacı tarafından belirlenebildiği durumları ise ayrı alt başlıklar halinde incelemeyi uygun gördük.

B. Alacak Miktarının Hâkimin Takdirine Göre Belirlenebildiği Hallerde Belirsiz Alacak Davası

I. Genel Olarak Hâkimin Takdir Yetkisi

Kanunlardaki genel ve soyut kuralların toplumun ihtiyaçlarını karşılaması ve zamanla değişen hayatın gerekliliğine göre somut olaylara uygulanabilmesi için hâkime takdir yetkisi tanınması zorunludur⁴⁸². Bu zorunluluk, özel hukukta, hayatta karşılaşılabilecek bütün özel hallerin kanunla düzenlenemeyeceği esasına dayanmaktadır⁴⁸³.

Kanun koyucu hukuk kurallarını öngördükten sonra, o kural artık bağımsız bir varlık kazanır ve kanun koyucunun denetiminden çıkar. Böyle bir kuralın muhtemel olaylara veya ilişkilere uygulanabilmesi için çok genel ve esnek olması gerekir⁴⁸⁴. Bu nedenle, kanun koyucu bilerek, isteyerek ve bilinçli olarak kanunun kendi içinde boşluklar bırakmıştır⁴⁸⁵. Bu gibi durumlarda kanun, belli bir kural öngörmekle beraber, olayın özelliklerine ve ihtiyaçlara göre o kuralın hâkim tarafından

⁴⁸⁰ MEIER, s. 15 vd.; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 3 vd., s. 528 vd..

⁴⁸¹ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 6 vd., s. 639 vd.; LOOSLI, s. 10-11; LIEBSTER, s. 103.

⁴⁸² EGGER, A., (Çev.: ÇERNİS, Volf), İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Mad. 1-10 ve 11-89, Ankara 1947, m. 4, No. 4, s. 109; EDİS, Seyfullah, Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınan Takdir Yetkisi, AÜHF, C. 30, S. 1-4, Ankara 1973, s. 169.

⁴⁸³ İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, 2. Baskı, İstanbul 1976, s. 181-182.

⁴⁸⁴ EDİS, Takdir Yetkisi, s. 169.

⁴⁸⁵ EGGER (Çev.: ÇERNİS), m. 4, No. 4, s. 109; EDİS, Takdir Yetkisi, s. 169.

tamamlanmasına imkân vermiştir⁴⁸⁶. İşte hâkime tanınan takdir yetkisi, kanun koyucunun bilinçli olarak bıraktığı kural içi boşlukların, hâkim tarafından, somut olaydaki özelliklerle takdir yetkisi tanınan kuralın amacı, hakkaniyet, sosyal adalet gibi hususlar göz önünde tutularak ferdileştirilip doldurulması yetkisidir⁴⁸⁷.

Özel hukukta bir çok yerde hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkime tanınan bu takdir yetkisi bizzat kanun hükmü ile verilmiştir. Bazı kanun kuralları mutlak ve kesindir. Bu durumlarda hâkimin takdir yetkisi söz konusu değildir⁴⁸⁸. Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesine göre, bir kimsenin on sekiz yaşını doldurması veya evlenmesi kişiyi ergin kılar. Yine Türk Medeni Kanunu'nun 176. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hâkim, manevi tazminatın irat biçimde ödenmesine karar veremez. Bu gibi durumlarda kanun koyucu, hâkime takdir yetkisi bırakmamıştır⁴⁸⁹. Bazı durumlarda ise kanun, hâkimin takdir yetkisinin varlığını düzenlenmiştir. Bu bazen söz konusu hâkime takdir yetkisi tanıyan kuralda açıkça belirtilmektedir. Hâkimin takdir yetkisinin açıkça düzenlendiği durumlara örnek olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 410. maddesinin birinci fıkrasında işçilerin ücretinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceği, başkasına devredilemeyeceği ve rehnedilemeyeceği; ancak işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için “*hâkim tarafından takdir edilecek miktar*”, bu orana dahil olmadığı; Türk Medeni Kanunu'nun 757. maddesinde düzenlenen kaynak ve yeraltı sularına zarar verilmesi durumunda tazminatın gerekip gerekmediği, gerekiyorsa miktar ve türünü “*hâkimin takdir*” edeceği ; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 66. maddesine göre açılacak tecavüzün önlenmesi ve tazminatın “*takdirinde hâkime tanınan yetki*” örnek olarak gösterilebilir.

Bazı durumlarda kanun, hâkimin takdir yetkisinin varlığını açıkça düzenlememiş “*durumun gereği*”, “*uygun tazminat*”, “*hakkaniyete uygun*” “*serbestçe değerlendirme*”; “*serbestçe belirleme*” gibi ifadelerle hâkime takdir yetkisinin tanındığını belirtmiştir. Bunlara örnek olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*hâkim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini*

⁴⁸⁶ EDİS, Takdir Yetkisi, s. 169.

⁴⁸⁷ EDİS, Takdir Yetkisi, s. 172.

⁴⁸⁸ SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), İstanbul 2001, § 4, Kn. 15, s. 99-100.

⁴⁸⁹ İMRE, s. 182-183.

durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler”; Türk Medeni Kanunu'nun 347. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “...*durumun gereklerine göre...hâkim aynı önlemleri alabilir*”; Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “... *hâkim ... zararın miktarını hakkaniyete uygun belirler*”; Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “*diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak belirler*”; Türk Medeni Kanunu'nun 176. maddesinin dördüncü fıkrasında “*hakkaniyetin gerektirdiği hallerde...karar verebilir*”; Türk Borçlar Kanunu'nun 437. maddesinin ikinci fıkrasında “...*hâkim...serbestçe değerlendirir*”; Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin üçüncü fıkrasında “*hâkim...serbestçe belirleyeceği bir tazminatı...*” gösterilebilir.

Bazı yerlerde ise, kanunun yazılışından, “*hâkim, ... indirebilir, verebilir, kaldırabilir*” gibi ifadelerden kanun koyucunun hâkime takdir yetkisi tanıdığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bunlara da, Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin birinci fıkrasında “...*hâkim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir*”, aynı maddenin ikinci fıkrasında “...*hâkim, tazminatı indirebilir*”; Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin birinci fıkrasında “*Hâkim... zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir*”, aynı maddenin ikinci fıkrasında “*zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir paranın ödenmesine karar verebilir*”; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 70. maddesine göre “*mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir*”; Türk Medeni Kanunu'nun 252. maddesinin birinci fıkrasına göre “*hâkim, kusurlu eşin payının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir*”; Türk Medeni Kanunu'nun 440. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*hâkim, ... pazarlıkla satışa da karar verebilir*” hükümleri örnek olarak verilebilir.

Özel hukukta bir çok yerde hâkime takdir yetkisinin tanınmasından doğabilecek sakıncaları ve aşkın kullanımları önlemek düşüncesi ve amacıyla Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesinde bu takdir yetkisi nasıl kullanılacağı genel olarak düzenlenmiştir⁴⁹⁰. Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesine göre, “*Kanunun takdir*

⁴⁹⁰ EDİS, Takdir Yetkisi, s. 172. Hâkimin takdir yetkisinin Yargıtay tarafın denetlenmesine ilişkin bkz.: GÜRDOĞAN, Burhan, Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Usûlü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, Ankara 1967.

yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” Söz konusu maddeden de anlaşılacağı üzere, hâkime takdir yetkisini tanınan hallerde, hâkim bunu kullanıp kullanmamakta bir serbestiye sahip olmayıp; aksine hâkim takdir yetkisini kullanmakla yükümlüdür⁴⁹¹. Yani hâkim, takdir yetkisini kullanmakla ilgili şartların gerçekleşmesi durumunda, takdir yetkisini kullanmalıdır; aksi takdirde, bir hakkın yerine getirilmemesi (HMK m. 45/6) sebebiyle devletin sorumluluğu yoluna gidilebilir⁴⁹². Bu genel düzenlemeye Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmiş olmasının, sadece bu Kanun'da hâkime hâkime takdir yetkisi tanınan hallerde değil, aksine tüm özel hukukta ve hatta idari yargıda⁴⁹³ ve idari merciler tarafından takdir yetkisinin kullanılmasında da uygulaması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁹⁴.

Hâkime tanınan takdir yetkisi, sınırsız değildir⁴⁹⁵. Doktrinde ifade edildiği üzere, bu yetki üç bakımdan sınırlandırılmıştır⁴⁹⁶. Öncelikle hâkime tanınan takdir yetkisi, kanunla tanınmış olmalıdır⁴⁹⁷. Çünkü hâkime takdir yetkisi, kanun metninde bulunan kanun koyucu tarafından bilerek, istenerek ve bilinçli boşluğun hâkim tarafından doldurulması için tanındığından, kanun metninde hâkime açıkça veya örtülü takdir yetkisi tanınmadıkça, hâkim takdir yetkisinden söz ederek karar veremez⁴⁹⁸. İkinci olarak hâkim, takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanacaktır⁴⁹⁹. Hâkim, kanunun kendisine takdir yetkisi tanıdığı hallerde ancak hakkaniyete göre karar

⁴⁹¹ ERLÜLE, Fulya, 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2011, s. 348.

⁴⁹² EDİS, Takdir Yetkisi, s. 172.

⁴⁹³ ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986, s. 223.

⁴⁹⁴ EDİS, Takdir Yetkisi, s. 171; EGGGER (çev.: ÇERNİS), m. 4, No. 3, s. 111 BELGESAY, Mustafa Reşit, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, 5. Tabı, İstanbul 1957, m. 4, No. 4, s. 66.

⁴⁹⁵ AKYOL, hâkimin takdir yetkisini kullanırken yararlandığı temel ilkelerden birinin dürüstlük kuralı olduğunu ifade etmiştir (s. 16).

⁴⁹⁶ EDİS, Takdir Yetkisi, s. 181; EGGGER (çev.: ÇERNİS), m. 4, No. 8-12, s. 113-114; GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, 9. Bası, Bursa 2012, s. 362; DİNÇKOL, Abdullah, Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında “Hak ve Nisfet”, YD, C. 19, S. 3, Temmuz 1993, s. 216 vd..

⁴⁹⁷ DURAL, Mustafa/SARI, Suat, Türk Özel Hukuku C. 1 (Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri), İstanbul 2011, Kn. 836, s. 130.

⁴⁹⁸ AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. 1, 6. Bası, İstanbul 2007, s. 145; EDİS, Takdir Yetkisi, s. 181; ERLÜLE, s. 350. Bununla beraber, doktrinde bazı yazarlar, hâkimin takdir yetkisinin varlığının açıkça veya örtülü olarak düzenlenmediği durumlarda, herhangi bir hukuki ilişkinin takdir hakkının kullanılmasını haklı göstereceği yerlerde ve gerçek olmayan boşluklarda takdir yetkisinin kullanılmasını gerektiğini ileri sürmektedirler (EGGER (çev.: ÇERNİS), m. 4, No. 5, s. 110). Karş.: EDİS, Takdir Yetkisi, s. 182 vd.

⁴⁹⁹ OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 17. Bası, İstanbul 2011, s. 91; EDİS, Takdir Yetkisi, s. 181; ERLÜLE, s. 350.

verebilir. Bu nedenle hâkim, hükmün amacıyla ve korumak istediği menfaatle bağlı⁵⁰⁰ ve onunla bütünleşecek, somut olaya en uygun gelecek şekilde takdir yetkisini kullanmalıdır⁵⁰¹. Hâkim takdir yetkisini kullanırken subjektif davranmayarak⁵⁰² gerekçelerini de açıkça göstermek zorundadır⁵⁰³. Hâkim, takdir yetkisini o hukuk kuralının sınırları içerisinde kalarak somut olaya göre ferdileştirmelidir⁵⁰⁴. Örneğin, İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasına göre, işveren, işçiyi süresi içinde işe başlatmadığı takdirde, işçiye ödenecek tazminat miktarı takdir edilirken kanunun belirlediği en az dört aylık ücretin altında belirlenemeceği gibi en fazla sekiz aylık ücreti de aşamaz. Burada takdir yetkisinin alt ve üst sınırı belirlendiği için, hâkim bu sınırın dışına çıkamaz⁵⁰⁵. Takdir yetkisinin kullanımında kabul edilen üçüncü sınır, verilen hükmün hakkaniyete ve hukuka aykırı olmamasıdır. Burada hukuktan, pozitif hukuk kuralları; hakkaniyetten ise kanunun uygulanmasında tarafların özel durumlarının ve şartların dikkate alınması anlaşılmalıdır⁵⁰⁶. Bu sınır takdir yetkisinin aşkın kullanımından veya saptırılmış kullanımından doğabilecek sakıncaları ortadan kaldırmak için öngörülmüştür⁵⁰⁷.

Hâkimin takdir yetkisi, üç şekilde karşımıza çıkabilir⁵⁰⁸. Kanunda, bazen hukuki vakıanın takdiri, bazen hukuki sonucun takdiri bazen de her ikisinin birden takdiri hâkime bırakılmıştır. Belirli bir hukuki vakıanın takdirine Türk Medeni Kanun'un 27. maddesi örnek olarak verilebilir⁵⁰⁹. Bu maddeye göre, bir kimse haklı sebeplere dayanarak mahkeme kararıyla adını değiştirebilir. Kanun koyucu burada bir kimsenin adını değiştirebileceğini düzenlemekle beraber, nelerin haklı neden olduğunu hususunu hâkimin takdirine bırakmıştır. Çünkü bu sebepler her somut olayın

⁵⁰⁰ OĞUZMAN/BARLAS, s. 91.

⁵⁰¹ EDİS, Takdir Yetkisi, s. 181; ERLÜLE, s. 350.

⁵⁰² SEROZAN, § 4, Kn. 15, s. 100.

⁵⁰³ Bknz.: ERLÜLE, s. 352-355.

⁵⁰⁴ EDİS, Takdir Yetkisi, s. 173; EGGER (çev.: ÇERNİS), m. 4, No. 12, s. 114-115

⁵⁰⁵ TMK m. 171'de düzenlenen, hâkimin ayrılığa bir yıldan üç yıla kadar bir süre için karar verebilmesi de hâkimin takdir yetkisinin sınırlarını göstermektedir. Ancak hâkimin takdir yetkisindeki sınır her zaman bu kadar açık değildir (TBK m. 52).

⁵⁰⁶ GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 363; TMK m. 4'te hukuka kelimesinin yer verilmesinin anlamsız ve gereksiz olduğuna dair bknz.: OĞUZMAN/BARLAS, s. 91, dn. 92.

⁵⁰⁷ EDİS, Takdir Yetkisi, s. 186.

⁵⁰⁸ İMRE, s. 183; OĞUZMAN/BARLAS, s. 90; ÖZSUNAY, s. 224; EDİS, takdir yetkisini, belirli bir olay veya belli bir olayın unsurlarında ya da hukuki sonuçların takdirinde olmak üzere ikiye ayırmaktadır, Takdir Yetkisi, s. 185; GÖZLER ise hâkimin takdir yetkisini şartlarda takdir yetkisi ve hükümde takdir yetkisi olarak ikiye ayırmaktadır, Hukuka Giriş, s. 360-361. Aynı şekilde: DURAL/SARI, Kn. 840-841, s. 131; ATAAY, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi (Temel Bilgiler-Genel Kavramlar), 3. Bası, İstanbul 1980, s. 245-246.

⁵⁰⁹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 90; İMRE, s. 183; ÖZSUNAY, s. 224; DURAL/SARI, Kn. 840, s. 131.

gereklere ve özelliklerine göre değişik olabilir⁵¹⁰. Aynı şekilde akıl hastalığı nedeniyle açılan boşanma davasında akıl hastalığı nedeniyle ortak yaşamın karşı taraf için çekilmez olup olmadığı da hâkimin takdir yetkisindedir (TMK m. 165).Yine, evlilik birliğinin temelinden sarsılması boşanma sebebi olarak kabul edilmekte (TMK m. 166), hangi hallerde evlilik birliğinin temelden sarsıldığı ise hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu hallerde, hukuki vakıanın takdir yetkisinin hâkime bırakıldığı hallerden kabul edilmelidir⁵¹¹. Hukuki sonucun hâkim tarafından takdirine ise en açık örnek Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesinde düzenlenen, boşanma ve ayrılık davaları sonucunda anne ve babanın hakları ve çocukla olan kişisel ilişkileri hakkında hâkime tanınan takdir yetkisidir⁵¹². Hâkim, boşanma veya ayrılığa karar verdiği takdirde, anne ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. Burada hâkim, velayetin kimin tarafından kullanılacağına ve karşı tarafın yükümlüklerini belirler. Hem hukuki vakıanın hem de hukuki sonucun hâkim tarafından takdirine ise haksız fiil nedeniyle tazminat talepleri örnek olarak verilebilir⁵¹³. Haksız fiilen nedeniyle tazminat isteyen taraf, kusurlu ve hukuka aykırı fiili ve zararın varlığını ispat etmek zorundadır (TBK m. 49; m. 50). Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların akışını ve zarar görenin önlemlerini göz önüne tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun belirler. Aynı şekilde hâkim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini de durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler (TBK m. 51/1). Burada hâkime tanınan takdir yetkisi hem haksız fiili yapanın kusuru, vakıalarının varlığı ve genişliklerinin saptanması hem de zararın miktarının belirlenmesi ve tazminatın kapsamı ve ödeme biçimi hakkındadır⁵¹⁴. Aynı şekilde manevi zararın bulunup bulunmadığı, varsa, manevi tazminatın miktarını da hâkim tayin edecektir (TBK m. 56)⁵¹⁵.

II. Belirsiz Alacak Davasında Hâkimin Takdir Yetkisinin Uygulama Alanı

Öncelikle belirtelim ki, alacak miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği

⁵¹⁰ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 142.

⁵¹¹ EDİS, Takdir Yetkisi, s. 186.

⁵¹² OĞUZMAN/BARLAS, s. 91-92; İMRE, s. 183

⁵¹³ İMRE, s. 183; ÖZSUNAY, s. 224-225. Karş.: ATAAY, s. 246.

⁵¹⁴ İMRE, s. 183.

⁵¹⁵ İMRE, s. 183.

davaların belirsiz alacak davası olarak açılabilmesinde tereddüt etmemek gerekir⁵¹⁶. Belirsiz alacak davasının bu türünün gerek Türk hukukunda gerekse Alman ve İsviçre hukukunda, maddi hukuk dayanakları mevcuttur (TBK m. 50/2 ; İBK m. 42/2; AHMK m. 287). Çünkü alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda, davacının, dava açtığı anda talebinin miktarını belirlemesi imkânsızdır⁵¹⁷. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre, haksız fiilden doğan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayın akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önüne tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler⁵¹⁸. Burada tazminat alacağı zararın meydana gelmesi ile doğmakla beraber tazminatın miktarı hâkimin kararı ile belirli hale gelmektedir⁵¹⁹. Zararın miktarının ispatlanamaması, zararın kendisine özgü niteliği ve özelliğinden kaynaklanabilir. Özellikle kişilik hakkı veya fikri ve sınai hak ihlallerinde, zararın varlığının ispat edilemediği durumlarda dahi, söz konusu fıkranın uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁵²⁰. Zararın miktarını ispatlayamayan davacıdan, hâkimin hakkaniyete uygun olarak takdir yetkisini nasıl kullanacağını bilmesini ve bu yönde talep sonucunu rakamsal olarak kesin belirlemesini beklemek mümkün değildir⁵²¹.

Belirsiz alacak davasının bu türünde, davacı, yargılama sırasında talep edilen

⁵¹⁶ MEIER, s. 21; LOOSLI, s. 11; GASSER/RICKLI, Art. 85, Rn. 3, s. 76; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 530-531; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 63, s. 132; MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 5, s. 197; OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 376-377; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 6-7, s. 639-640.

⁵¹⁷ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 63, s. 132; NOMER, Haluk N., Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava, İHFM, C. LVIII, Y. 2000, S. 1-2, s. 228.

⁵¹⁸ İNAL, hâkimin söz konusu hükmü uygularken müsamahakar olmaktan kaçınması ve bu hükmün istisnai niteliğini koruması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, TBK m. 50/2'nin (BK m. 42/2) uygulanmasının davacının, uğradığı zararların delillerini getirmekten kurtarmadığını, dava dosyasından, davalı tarafından haksız şekilde yapıldığını iddia ettiği fillerin zararı meydana getirmeye elverişli olduğunu inandırıcı şekilde açıkça ortaya koymak zorunda olduğunu ifade etmiştir (İNAL, Tamer, Manevi Zararın Takdiri ve Paraya Çevrilerek Hesaplanması, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 71-72, s. 220). Hakikaten, TBK'nun 50/2 maddesi, zararın meydana geldiğinin ispatı bakımından bir değişiklik öngörmemekdir. Başka bir deyişle davacı, zararın meydana geldiğini ispat etmelidir. Söz konusu hüküm, zararın miktarının ispatlanamaması durumunda uygulama alanı bulacaktır. Ancak buna rağmen davacı, zararın meydana geldiğini iddia ve ispat yükü altındadır. Ayrıca her ne kadar zararın miktarını ispatlayamazsa da hâkimin bu yönde değerlendirme yapabilmesini sağlayacak tüm vakıaları ve bunların delillerini ortaya koymak zorundadır.

⁵¹⁹ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 9. Bası, İstanbul 2012, s. 65; NOMER, Kısmi Dava, s. 223.

⁵²⁰ ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 517.

⁵²¹ BERNHARDT, s. 213. Benzer şekilde: NOMER, Kısmi Dava, s. 228.

miktarın belirlenmesinden tamamen muaftır⁵²². Ancak bunun için davacının talep sonucunu belirleyememesinin imkânsız olması veya kendisinden beklenememe durumu, delillerin incelenmesinden sonra veya karşı tarafın elindeki bilgi ve belgeleri vermesine rağmen devam etmelidir. Eğer davacı, delillerin incelenmesinden sonra veya karşı taraftaki bilgi ve belgeleri edindikten sonra talebinin miktarını belirleyebiliyorsa, bundan kaçınmaz⁵²³. Bu nedenle bu tür belirsiz alacak davası, talep sonucunun sonradan, yani delillerin incelenmesi veya karşı taraftan edinilen bilgi ve belgelere göre belirlendiği belirsiz alacak davasından farklılık göstermektedir⁵²⁴.

Alacak miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda açılacak belirsiz alacak davasının, mutlaka kanunlarda açıkça düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵²⁵. Kanaatimizce hâkime açıkça takdir yetkisi tanınmayan durumlarda, alacaklıalacağın miktarını tam olarak tespit edemese dahi, gerek delillerin incelenmesi aşamasından sonra gerekse karşı taraftan edinilen bilgi ve belgeler çerçevesinde, hâkimin verdiği süre içerisinde alacak miktarını belirlemelidir. Aksi takdirde, dava konusunun geçici değeri davacının talebi olarak kabul edilecek ve bu değer üzerinden hüküm kurulacaktır.

Önemle belirtelim ki, hâkimin takdir yetkisinin olduğu her durumda belirsiz alacak davası açılmaz. Belirsiz alacak davası açılabilmesi için, davanın açıldığı anda alacaklının alacağının miktarını belirleyememesi gerekir. Alacaklının alacağının miktarı belirli ise, belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararı yoktur⁵²⁶. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, hâkim aşırı gördüğü cezai şartı kendiliğinden indirebilmektedir. Doktrinde bir görüş, bu durumlarda belirsiz alacak davasının açılabileceğini, çünkü davacının yapılacak indirim oranını davanın açıldığı anda bilemeyeceğini ifade etmiştir⁵²⁷. Kanaatimizce

⁵²² BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 638.

⁵²³ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 640; LIEBSTER, s. 105; LOOSLI, s. 68.

⁵²⁴ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 6, s. 639.

⁵²⁵ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 640.

⁵²⁶ Bknz.: § 10 B, III.

⁵²⁷ ÇİL/KAR, s. 34. Benzer şekilde: SÜZEK, s. 111. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 27.2.2012 tarihinde verdiği kararında " ... alacak miktarının ve değerinin hâkimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak belirlendiği durumlarda da alacak belirsizdir." demektedir 9. HD, 27.2.2012, E. 2012/1757, K. 2012/5742 (ÇİL/KAR, s. 192-197).

bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü burada davayı açan cezai şart borçlusudur. Cezai şartın miktarı belirlidir; ancak hâkim aşırı gördüğü takdirde, adalet ve hakkaniyet çerçevesinde değerlendirerek indirebilecektir. Ortada belirlenemeyen bir alacak yoktur. Davacı cezai şartın miktarını dava dilekçesinde göstererek bunun indirilmesini talep edecektir⁵²⁸. Burada davacının, karşılaştırılan cezai şartın ne miktarda aşırı olduğunu bildirmesine gerek yoktur⁵²⁹. Ancak bir miktar gösterilmişse, bu durumda hâkim bu taleple bağlıdır. Hâkimin takdir yetkisini ne yönde kullanacağını bilinememesi muhakkaktır. Bununla birlikte bu durum tek başına belirsiz alacak davası açmaya imkân tanımaz. Kaldığı hâkim cezai şartı aşırı bulup indirim kararı verse dahi tüm yargılama giderlerine yine cezai şart borçlusu katılacaktır⁵³⁰. Aynı durum sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin davalar bakımından da geçerlidir (TBK m. 138). Hâkimin buradaki takdir yetkisini, zararın miktarının davacı tarafından ispat edilemediği durumlarda, bunun hâkimin belirlemesine imkân tanıyan Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasıyla karıştırmamak gerekir. Söz konusu fıkra ile, hâkime zararın miktarı davacı tarafından ispat edilemediği için olayların akışına ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önüne tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleme imkânı tanınmıştır. Kaldığı ki, davanın açıldığı anda, davacının zararının miktarı belirli olsaydı, sırf

⁵²⁸ 1086 sayılı Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde görevli mahkeme dava konusunun değerine göre belirlenmekteydi. Cezai şartın indirimi talebiyle dava açıldığında, görevli mahkemenin cezai şartın miktarına göre belirleneceği doktrinde kabul edilmekteydi. Bknz.: TUNÇOMAĞ, Kemal, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 161; KOCAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK. m. 159-161), Ankara 2003, s. 244; GÜNAY, Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2002, s. 203.

⁵²⁹ TUNÇOMAĞ, indirim talebinin dava veya karşılık dava yoluyla yapılması gerektiği görüşü kabul edilirse, borçlunun, kendisine göre indirilmesi gerekli miktarı talebinde göstermek zorunda olduğunu ve hâkimin bu miktarın altında bir indirim kararı veremeyeceğini; buna karşılık, indirim talebinin def'i şeklinde de yapılabileceği kabul edilirse, bu durumda borçlunun, bir miktar göstermek zorunda olmadığını ifade etmektedir (s. 164). Aynı şekilde: KOCAĞA, s. 246. Kanaatimizce indirim talebi ayrı bir davanın konusu olabileceği gibi def'i olarak da ileri sürülmesinde bir engel bulunmamaktadır. Ayrı bir dava olarak açıldığını, davacının cezai şartın miktarını bildirmesi ve hâkimden sadece uygun bir miktara göre indirilmesini talep etmesi yeterli görülmelidir (ÜSTÜNDAĞ, Yasak, s. 148). Hâkim cezai şartın amacını da göz önünde tutarak uygun bir miktar indirebilecektir.

⁵³⁰ "Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin (TBK m. 182/son) son fıkrası hükmünce cezai şart miktarının fahiş olup olmadığının takdiri hâkime aittir. Davacının önceden bunu takdir etmesi düşünülemez. Bu itibarla mukavele ile tayin edilen cezai şartın tahsilini istemek hakkını haiz olan davacının açtığı dava sonunda cezai şartın hakim tarafından fahiş görülerek tenkis edilmesi halinde tenkis edilen miktardan dolayı davacı taraf aleyhine avukatlık ücreti ve mahkeme masraflarına hüküm edilmemesinin gerektiğinin düşünülmemesi bozmayı gerektirir. " 4.HD, 13.1.1976, E. 1975/2348, K. 1976/332 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası). Yine benzer şekilde 9. HD'si yeni tarihli bir kararında, eski görüşünden dönmüş ve fazla çalışma alacağından yapılan indirimler sebebiyle reddedilen miktar bakımından, avukatla temsil edilen davalı lehine avukatlık ücretine hükmedilemeyeceğini kabul etmiştir. 9. HD, 13.7.2011, E. 2009/46218, K. 2011/23975 (ÇİL/KAR, s. 110'daki dn. 146.)

tazminatın belirlenmesine⁵³¹ ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi ve 52. maddesine dayanılarak belirsiz alacak davası açılmazdı⁵³². Çünkü yargılama sırasında mahkemece dikkate alınacak indirim sebepleri davacının talebi bakımından etkili olmamakta; mahkemece tayin edilecek tazminat miktarı açısından etkili olmaktadır⁵³³. Bu durumda davacının tam eda davası açması gerekecekti. Burada belirsiz alacak davasının açılmasındaki esas neden, davacının zararın miktarını belirleyememesidir. Yoksa hâkimin tazminatın belirlenmesinde, durumun gereğini ve kusurun ağırlığını dikkate almasıyla, indirim sebeplerinin bulunup bulunmaması değildir. Aynı şekilde tazminat miktarının alt ve üst sınırlarının belirlendiği durumlarda da davacının talep sonucunu belirleyebilir niteliktedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesine göre, hâkim, hizmet sözleşmesinin haklı sebebe dayanmaması durumunda bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, işçinin altı aylık ücretinden fazla olmamak şartıyla, serbestçe belirleyebileceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir. Bu durumda işçi, hâkimin takdir yetkisini nasıl kullanacağını bilmediği gerekçesiyle belirsiz alacak davası açamaz. Çünkü, işçi, bu durumda, en fazla ne kadar tazminat talebinde bulunabileceğini belirleyebilmektedir. Bu da en fazla altı aylık ücreti kadardır. Hâkimin, bu talebin ne kadarına hükmedeceğini davadan önce tahmin edememek, talebin miktarını belirsiz kılmaz. Bu nedenle kanaatimizce, bu durumlarda da belirsiz alacak davası açılmaz.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, belirsiz alacak davasının düzenlendiği İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinde alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda belirsiz alacak davasının açılıp açılmayacağı konusunda bir düzenleme yoktur⁵³⁴. İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de yürürlükteki düzenlemeye paralel olarak, alacak miktarının belirlenmesinin delillerin incelenmesinden sonra veya karşı tarafın elindeki bilgi ve belgelere bağlı olduğu durumlarda, belirsiz alacak davasını kabul etmişti⁵³⁵. Ancak gerek Federal Mahkeme gerekse doktrinde bazı yazarlar, alacak miktarının belirlenmesinin hâkimin takdirine

⁵³¹ Tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak hususlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: NOMER, Haluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 63 vd.

⁵³² Aksi yönde: ÇİL/KAR, s. 30.

⁵³³ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 125 dn. 386.

⁵³⁴ Solothurn ve Obwanden kantonlarının usûl kanunlarında buna ilişkin açık düzenlemeler bulunmaktaydı (Solothurn HMK m. 130; Obwanden HMK m. 120).

⁵³⁵ BGE 123 III 140, BGE 116 II 215.

bağlı olduğu durumlarda ikili bir ayrıma gitmiştir. Bir görüşe göre, hâkime tanınan takdir yetkisinin, sadece hukuki sonucun takdiri ile sınırlı olduğu durumlarda belirsiz alacak davasının açılmayacaktır⁵³⁶. Bu görüşü savunan yazarlar örnek olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde düzenlenen manevi tazminat davalarıyla, yine aynı kanunun 336a maddesinde düzenlenen haksız fesih nedeniyle açılacak tazminat davalarını göstermektedirler. Bu dönemde, İsviçre Federal Mahkemesi, 1.5.1990 tarihli kararında belirsiz alacak davasının ancak Federal Kanunlarda açıkça düzenlendiği durumlarda (İPatentK. 73/2) ve hâkimin takdir yetkisinin söz konusu olduğu özellikle maddi tazminat alacaklarına ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasına göre açılacak davalarda, söz konusu olacağını kabul etmiştir⁵³⁷. Federal Mahkeme 2.12.2004 tarihli kararında da belirsiz alacak davasının hangi durumlarda açılabileceğini belirterek Kanton usûl hukuklarının bu durumlarda belirsiz alacak davasına izin vermesi gerektiğini vurgulamıştır⁵³⁸. Bununla beraber Federal Mahkeme kanton usul kurallarının belirsiz alacak davasına imkân tanınması zorunluluğu bakımından hâkimin takdir yetkisinin hukuki sonuca ilişkin olduğu durumlar ile somut vakıalara ilişkin olduğu durumlar bakımından ayrıma gitmiştir⁵³⁹. Federal Mahkeme, hâkimin takdir yetkisinin sadece hukuki sonuca ilişkin olduğu durumlarda, kanton usûl hukukunda talep sonucunun belirlenerek dava açılabilmesi yönünde bir düzenlemenin yapılabileceğini ifade etmiştir⁵⁴⁰. Buna gerekçe olarak hâkimin maddi vakıaların tespitine dair bir takdir yetkisinin bulunmadığını ve bu nedenle takdir yetkisi ile delillerin incelenmesi sonucu elde edilecek sonuç arasında bağlantı bulunmadığı ifade edilmektedir⁵⁴¹. Doktrinde de, alacaklının bu hallerde talep sonucunu belirleyebilecek durumda olduğu ifade edilmektedir⁵⁴². Federal Mahkeme bu durumda, davacının alacak miktarını belirleyerek dava açması durumunda yargılama giderleri bakımından riziko taşıdığını kabul etmektedir. Ancak,

⁵³⁶ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 5, s. 369; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.15, s. 150; MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 5, s. 197-198; KLETT, s. 77; KAUFMANN, Martin, Rechtsbegehren zur Regelung der Scheidungsfolgen, Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch), 4/2011, s. 903. Karş: BGE 116 II 215; BGE 131 III 240.

⁵³⁷ BGE 116 II 215.

⁵³⁸ BGE 131 III 240.

⁵³⁹ BGE 131 III 240.

⁵⁴⁰ LEUENBURGER, Christopf, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2005, Veröffentlicht im Band 131, ZBJV 143/2007, s. 168. Yazar, karara prensip itibarıyla katıldığını; ancak davanın reddi yerine davacıya talebini belirlemesi için süre verilmesi gerektiğini ifade etmektedir, s. 168

⁵⁴¹ BGE 131 III 243. Aynı yönde: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.15, s. 150

⁵⁴² LEUENBURGER, ZBJV 143/2007, s. 168; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.15, s. 150. KLETT, bu gibi durumlarda mahkemenin talebi nitelendirme, somutlaştırma ödevinin de bulunmadığı ifade etmektedir. s. 77-78.

bu rizikonun yargılama giderleri kuralları ile ortadan kaldırılabileceği görüşündedir. Çünkü bu durumda, yargılama giderlerinin mutlaka her zaman matematiksel olarak tarafların haklılık oranına göre paylaştırılmayacağını, davacının talebi kısmen de kabul edilmiş olsa, kural olarak haklı olduğunu gösterdiğini ifade etmiştir⁵⁴³.

Dikkat edilirse Federal Mahkeme sadece hukuki sonucun takdir yetkisinin hâkimde olduğu durumlarda, belirsiz alacak davasının mutlak olarak açılmayacağını ifade etmemektedir. Zaten gerek Solothurn gerekse Obwalden Kantonlarının usul kanunlarında, bu durumlarda belirsiz alacak davasının açılabilmesine ilişkin açık düzenlemeler mevcuttu (Solothurn HMK m. 130; Obwalden HMK m. 120). Böylece Federal Mahkeme kararında talep sonucunun hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda kanton usûl hukukunda normal bir alacak davası açılması gerektiği yönünde, yani talep sonucu belirlenerek alacak davasının açılması yönünde bir düzenleme yapılabileceğine işaret etmektedir. Buna karşılık Federal Mahkeme, hâkimin takdir yetkisinin sadece hukuki sonuca ilişkin olmadığı yani somut vakıaların da takdiri söz konusu olduğu durumlarda, sadece usulî gerekçelerle alacaklıdan alacağının miktarını belirlemesinin talep edilemeyeceğini ifade etmektedir⁵⁴⁴. Hem Federal Mahkeme hem de doktrinde bu durumlarda belirsiz alacak davasının açılabilmesini açıkça kabul edilmektedir⁵⁴⁵. Buna örnek olarak da haksız fiil nedeniyle açılacak maddi tazminat davası (İBK m. 42/2) gösterilmektedir.

Federal Mahkeme'nin yukarıdaki kararlarında yer verdiği ve doktrindeki bu görüşe karşılık, bazı yazarlar ise ayırım yapmaksızın hâkimin takdirine göre alacak miktarının belirlenebildiği her durumda belirsiz alacak davasının açılabilmesini kabul etmektedirler. Çünkü bu görüşe göre, belirsiz alacak davasının açılmasındaki esas kriter, davanın açıldığı anda alacaklının alacağının miktarını belirlemesinin

⁵⁴³ İHMK m. 107/1 (a) bendine göre hâkim, bu durumda yargılama giderlerinden sorumluluğu belirlemede takdir yetkisine sahiptir.

⁵⁴⁴ BGE 116 II 215. Ayrıca bkz: BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn.1, s. 638.

⁵⁴⁵ BGE 132 III 243; BGE 122 III 219; OBERHAMMER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Art. 85, Rn. 10, s. 500; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 6, s. 639 ; LOOSLI, s. 62 vd.; GASSER/RICKLI, Art. 85, Rn. 3, s. 76. FÜLLEMANN, böyle bir ayırımı haklı kılan ikna edici gerekçelerin bulunmadığı; ayırımın pratik olmadığını ve böyle bir sınırlamadan kaçınılması gerektiği ifade etmektedir (in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 531). MEIER, 'Schweizerisches Zivilprozessrecht' kitabında bu soruyu cevapsız bırakırken (s. 224), konuya ilişkin yazdığı makalede bunu açıkça kabul etmiştir (s. 18 vd.). BGE 132 III 243; BGE 122 III 219.

mümkün olup olmadığı veya bunun kendisinden beklenip beklenemeyeceğidir⁵⁴⁶. Alacaklı, dürüstlük kuralına bağlı ve tüm özeni göstermiş olmasına rağmen alacak miktarını belirleyemiyorsa, artık belirsiz alacak davası açabilmesi gerekir⁵⁴⁷. Ayrıca sadece talep sonucunun hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davasının açılmasına izin vermek gerekir. Talep sonucunun da hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda davacının bunu önceden belirleyebilmesi imkânsız olduğu için böyle bir ayrımı haklı kılacak bir gerekçe mevcut değildir⁵⁴⁸. Zararın miktarının ispat edilememesi nedeniyle belirsiz alacak davasına imkân tanınan haller gibi, manevi tazminat taleplerinde de uygulamada sıklıkla karşılaşılmaya rağmen, hâkimin kararı önceden öngörülebilir değildir⁵⁴⁹. Bu nedenle böyle bir ayrımın yapılması ve belirsiz alacak davasının uygulama alanını sınırlandırılması mümkün olmamalıdır. Her ne kadar yargılama giderlerine ilişkin kuralların bu durumlarda davacıyı korumakta olduğu ifade edilmişse de, alacak miktarı ancak hâkimin kararı ile belirlendiği için alacaklının bu durumlarda da davayı açtığı sırada talebinin miktarını belirlemede imkânsız durumdadır. Kaldık ki, belirsiz alacak davasının kabul edilmesindeki tek gerekçe davacıyı yargılama giderleri rizikosundan kurtarmak olmayıp, gerek usûl hukuku gerekse maddi hukuk bakımından belirsiz alacak davasının kabulü bir zorunluluktur⁵⁵⁰. Kanaatimizce de bu gerekçelerle herhangi bir ayrım yapmaksızın maddi hukuka dayalı alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu her durumda belirsiz alacak davası açılabilir. Doktrinde de ifade edildiği üzere, hâkimin takdir yetkisinin maddi vakıalara mı yoksa hukuki sonucuna göre mi olduğuna ilişkin ayrımın pratik bakımından büyük bir önemi bulunmamaktadır⁵⁵¹. Ayrıca bir çok durumda hâkimin takdir yetkisinin sadece maddi vakıalara mı ilişkin olduğu yoksa sadece hukuki sonuçlara mı ilişkin olduğu net değildir. Örneğin, İsviçre hukukunda kabul edilenden farklı olarak, Türk hukukunda İMRE, manevi tazminat taleplerinde de hâkimin hem hukuki vakıaları hem de hukuki sonucu takdir ettiğini

⁵⁴⁶ FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 530.

⁵⁴⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, ayrıca talep sonucu, davacının talebi ancak delillerin incelenmesinden sonra belirlenebilecekse belirsiz alacak davası açabileceği (Rn. 5, s. 184).

⁵⁴⁸ FÜLLEMANN, bu nedenle manevi tazminat taleplerinde ve haksız fesihe ilişkin taleplerde de belirsiz alacak davasının açılabilirliğini ifade etmektedir (in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 530-531).

⁵⁴⁹ Hâkimin takdir yetkisinin olduğu her durumda belirsiz alacak davasının açılabilirliğini kabul eden MEIER, bu durumlarda hâkimin kararının olsa olsa kabaca tahmin edilebileceğini ifade etmektedir. Talep miktarının belirsiz alacak davasına imkân tanınan diğer durumlarda da kabaca tahmin edilebileceği, bu düşüncenin kabul edilmesi durumunda belirsiz alacak davasının bu durumlarda da reddedilmiş olması gerektiği belirtmiştir (s. 21).

⁵⁵⁰ Bknz.: § 4, Ç.

⁵⁵¹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 90.

ifade etmektedirler⁵⁵². Kanaatimizce de manevi tazminat davasında (İBK m. 477; Eski BK m. 47; TBK m.56) hâkim sadece hukuki sonucu takdir etmemektedir. Çünkü hâkim olayın özelliklerini de göz önüne tutmaktadır. Bu nedenle, örneğin bir araba kazasında uğranılan manevi zararlar, sokak ortasında dövülme sonucu ortaya çıkan manevi zararın miktarı farklı olacaktır. Bu durumlarda da hâkim sadece hukuki sonucu değil vakıa takdirinde de bulunacaktır. Yani bu durumlarda hâkimin olayın özelliklerini göz önünde tutması ancak somut vakıaları değerlendirmesiyle mümkündür.

İsviçre hukukunda, alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlar ile alacak miktarının daha sonra belirlenebildiği durumlarda açılacak belirsiz alacak davaları arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda, davacı alacak miktarını yargılama sırasında belirlemek zorunda olmayıp⁵⁵³ alacak miktarını hâkim belirlemektedir⁵⁵⁴. Bu özellikle tazminat davalarında söz konusu olmaktadır. Alacaklı bu durumlarda alacak miktarını belirlemekten muaf tutulmuştur⁵⁵⁵. Buna rağmen davacı, somutlaştırma yükümlülüğünü yerine getirmeli⁵⁵⁶ ve geçici değer göstermek zorundadır⁵⁵⁷. Bu

⁵⁵² İMRE, s. 183.

⁵⁵³ MEIER, s. 21; KAUFMANN, s. 904; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 531; COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 369; LOOSLI, s. 65, 69; LIEBSTER, s. 105. Buna karşılık İBK m. 42/2'yi örnek vererek bazı kanton usûl kanunlarına gönderme yapan VOGEL, bu durumda da davacının delillerin incelemesinden sonra talebini belirleyeceğini ifade etmektedir (VOGEL, s. 60).

⁵⁵⁴ LOOSLI, s. 69; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 6, s. 639-640; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 531; COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 5, Rn. 7, s. 369; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.14, s. 149; MEIER, s. 23; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Rn. 7, s. 185. LOOSLI, Federal hukukta, alacak miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği durumda Kanton usûl kanunlarının buna uygun olması gerektiğini ifade ettikten sonra bu durumlarda Kanton hukuklarının davacıdan, hâkimin bağlı olduğu şekilde alacak miktarını kesin olarak belirlemesini talep edemeyeceğini, aksi takdirde hâkimin bu miktarla bağlı olması nedeniyle miktarı serbestçe tespit edemeyeceğini ve Federal hukuka uygun olarak hüküm veremeyeceğini ifade etmektedir. Yazar, aynı sonucu miktar bakımından belirli sınırlar içinde hâkimin takdir yetkisinin sınırlandırılması durumu halinde de kabul ediyor. Bu durumda da hâkim yine davacının belirlediği sınırlar içinde karar vermek zorundadır. Bu nedenle kanton usûl hukukunda talep sonucunun rakamsal olarak belirli olması zorunluluğu kabul edilmiş olsa dahi, Federal hukukun izin verdiği durumlarda, bunu hâkimin davacının beklentisi olarak görmesi gerektiğini ifade etmektedir. (s. 65-66).

⁵⁵⁵ LOOSLI, s. 69. BOPP/BESSENICH, bu nedenle yazar, bu tür bir belirsiz alacak davasının ancak alacak miktarının delillerin incelenmesinden veya karşı tarafın verdiği bilgilerden de belirlenmesinin imkânsız veya alacaklıdan beklenemeyeceği hallerde açılabilceğini ileri sürmektedir (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 6, s. 639).

⁵⁵⁶ OBERHAMMER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Art. 85, Rn. 10, s. 500; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 63, s. 132.

⁵⁵⁷ OBERHAMMER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Art. 85, Rn. 10, s. 500; OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 377; FÜLLEMANN, in:

zorunluluk hem görevli mahkemenin hem de yargılama usulünün belirlenmesinden kaynaklanmaktadır⁵⁵⁸. Bunun dışında, özellikle davacının iddia ve ispat yükünü yerine getirmesi gibi diğer tüm davalarda geçerli olan kurallar, bu tür belirsiz alacak davasında da geçerlidir⁵⁵⁹.

Alman hukukunda belirsiz alacak davası, özellikle maddi ve manevi tazminat davalarında, tazminat miktarının belirlenmesinin hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda açılabilir (AHMK m. 287; eski ABK m. 847). Alman hukukunda, uygulamada doktrindeki düşüncelerden farklı olarak, alacaklının dava açtığı anda geçici veya yaklaşık bir değer göstermesi zorunlu değildir. Ancak, davacı, hâkimin takdir yetkisini kullanıp alacak miktarını belirlemesini sağlayacak somut vakıaları göstermelidir. Yani somutlaştırma yükümlülüğünü yerine getirmesi zorunlu ve yeterli kabul edilmektedir. Alman hukukunda da bu durumlarda davacı, yargılama sırasında talebini belirlememekte, hâkim takdir yetkisine göre karar vermektedir⁵⁶⁰.

Alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda belirsiz alacak davasının açılması bir zorunluluktur. Çünkü bu tür davalarda alacak miktarını hâkim takdir ettiği için, davanın açıldığı anda davacıdan alacak miktarını kesin olarak belirlemesi beklenemez. Tazminat miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda, taraflar hâkimin nasıl karar vereceğini bilecek durumda değildir⁵⁶¹. Alacaklının, alacak miktarı hükümlerle birlikte tam olarak belirli hale gelmektedir⁵⁶². Taraflar bakımından bu belirsizlik sadece hâkimin takdir edeceği tazminatın miktarı bakımından değil, bazı durumlarda tazminatın şekli bakımından da söz konusudur (TBK m.51/1). Bu nedenle yukarıda ifade edildiği gibi, gerek Alman hukukunda gerekse İsviçre hukukunda alacak miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği hallerde, davacının yargılama sırasında alacak miktarını dahi belirlemesi aranmamıştır. Alman ve İsviçre hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi, hâkimin taleple bağlı olması (AHMK m. 308; İHMK m. 58) düzenlenmiştir⁵⁶³.

Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 8, s. 531; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 63, s. 132; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Rn. 7, s. 185.

⁵⁵⁸ FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 8, s. 531.

⁵⁵⁹ LOOSLI, s. 72.

⁵⁶⁰ Bknz.: § 3, B; § 10, D, II, 1, b, aa.

⁵⁶¹ LOOSLI, s. 63.

⁵⁶² OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 65.

⁵⁶³ LEIPOLD, AHMK'nun 308. maddesinde ifade edilen taleple bağlılık ilkesinin, belirsiz alacak davası açılabilen durumlarda, alacaklının mutlaka talebinin üst sınırını rakamsal olarak belirlemesi

Alman hukukunda, davacının dava dilekçesinde hâkimin takdir yetkisini sınırlamaksızın yaklaşık miktar veya geçici miktar göstererek belirsiz alacak davası açtığı hallerde, hâkimin talep edilen geçici veya asgari değerden fazlasına karar verebilmesinin, bu ilkeye aykırılık teşkil edip etmediği doktrinde hararetle tartışılmakla beraber, Federal Mahkeme bunu taleple bağlı olma ilkesine aykırı görmemektedir. Buna karşılık davacı, yaklaşık miktar veya geçici miktar göstermek yerine talebinin üst sınırı hâkimi bağlayacak şekilde belirterek dava açmışsa, hâkimin artık bu durumda taleple bağlı olduğu ve talepten fazlasına hükmedemeyeceği kabul edilmektedir⁵⁶⁴.

İsviçre hukukunda da gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse Borçlar Kanunu'nda davacının bu tür bir belirsiz alacak davası açtığında talebini artırma zorunluluğu olup olmadığı konusunda bir düzenleme yoktur. Ancak İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinde düzenlenen diğer iki tür belirsiz alacak davasında, davacının talep sonucunu artırması gerektiği, aksi takdirde hâkimin geçici değere göre karar vereceği ifade edilmektedir⁵⁶⁵. Ancak söz konusu maddedeki düzenlemeye rağmen, yukarıda da ifade edildiği üzere, hâkimin takdir yetkisine göre alacak miktarının belirlendiği durumlarda, davacının, yargılama sırasında talep sonucunu artırması gerekli görülmemiştir⁵⁶⁶.

Türk hukukunda ise, konuyu idari yargı bakımından değerlendiren GÜRAN, özel hukukta geçerli olan hâkimin taleple bağlı olması ilkesinin, idari yargıda “*mutlaka*” terk edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, belirsiz alacak davasından açıkça söz etmemekle beraber bu düşüncesinin gerekçesi olarak hem belirsiz alacak davasının düzenlenme nedenlerini ve amacını göstermiş hem de bu yolla belirsiz alacak davasının türlerine değinmiştir. Yazar, idari davalarda çoğu zaman zarar ve tazminat miktarının ancak dallarında uzman bilirkişilerce belirlenebileceği ve

zorunluluğu sonucunun çıkarılamayacağını ifade etmektedir (in Stein/Jonas, § 308, Rn. 4, s. 1027'deki dn. 13). Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 10, D, II, 1, b, aa.

⁵⁶⁴ BGH, NJW 1996, s. 2425, 2427; BGH, NJW 2002, s. 3769; MELISSINOS, s. 152. Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 10, D, II, 1, b, aa.

⁵⁶⁵ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 9, s. 376.

⁵⁶⁶ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 369; LOOSLI, s. 65, 69; LIEBSTER, s. 105; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 6, s. 639-640; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 531; COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 5, Rn. 7, s. 369; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.14, s. 149; MEIER, s. 23; KAUFMANN, s. 904; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Rn. 7, s. 185.

mahkemenin re'sen inceleme yetkisiyle donatılması gerektiğini ve ayrıca bazı durumlarda ise idare elindeki bilgi ve belgelerin celbinden sonra aydınlatılabildiğini, bu nedenle tazminatın üst sınırının, davacının talebiyle sınırlandırılmasının ve gerçek zararlar bu tam olarak karşılayan tazminat miktarının bulunmasına rağmen hükmedilememesinin, tam yargı davasının hedefi ve işlevi ile bağdaşmadığını belirtmektedir⁵⁶⁷. GÜRAN, sadece zarar ve tazminat miktarının belirlenmesinin hâkimin takdir yetkisine bağlı olduğu durumlarda değil, ayrıca bilirkişi incelemesi ve idarenin elindeki bilgi ve belgeleri paylaşmasından sonra belirlendiği durumlarda da hâkimin kendiliğinden dava dilekçesinde gösterilen talep miktarı ile bağlı olmaksızın karar verebileceğini ifade etmektedir. Kanaatimizce, idari yargıda dava açma sürelerinin kısa olması ve Danıştay'ın ıslah yoluyla tam yargı davalarında talep sonucunun artırılmasına olanak tanımaması bu görüşün ortaya çıkmasında etkili olmuştur⁵⁶⁸.

Türk hukukunda belirsiz alacak davasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları, İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 85. maddesiyle paralellik göstermektedir. Ancak özel hukukta konuya değinen PEKCANITEZ, alacak miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği hallerde belirsiz alacak davası açan davacının en geç tahkikatın sonunda talep sonucunu belirleyip telepte bulunması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁶⁹. Yazar, tahkikat sonunda hükmedilmesi gereken miktarı davacının hâkimin takdirine bırakamayacağını ifade etmektedir⁵⁷⁰. KULAKSIZ ise, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde, davacının her halükarda talep sonucunu rakamsal olarak belirleyerek dava açması gerektiğini, bunun da zararın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda, olumsuz sonuçlar doğurduğunu, bunun için Alman hukukunda olduğu gibi, bu durumlarda belirsiz alacak davasına izin verilerek, zararın miktarının hâkimin takdirine bırakılmasına imkan tanınması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁷¹.

Alacak miktarının belirlenmesi hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda belirsiz

⁵⁶⁷ GÜRAN, s. 168.

⁵⁶⁸Bknz.: § 13, G.

⁵⁶⁹ PEKCANITEZ, s. 52.

⁵⁷⁰ PEKCANITEZ, s. 56. Aynı şekilde: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 385

⁵⁷¹KULAKSIZ, s. 71, 73.

alacak davası açan davacı nasıl ki dava açtığı anda alacak miktarını belirleyemiyorsa, yargılama sırasında da bunu belirleyebilecek durumda değildir. Çünkü burada, alacak miktarını somut olayın özelliklerini de dikkate alarak hâkim takdir edecektir. Buradaki durum aşağıda inceleyeceğimiz, delillerin incelenmesinden sonra alacak miktarının belirlendiği belirsiz alacak davasından farklıdır. Delillerin incelenmesinden sonra alacak miktarının belirlendiği durumlarda hâkimin alacak miktarını takdir yetkisi olmadığı için, davacı mutlaka yargılama sırasında alacak miktarını belirlemelidir. Burada ise deliller incelendikten sonra dahi hâkim, bazı durumlarda hem hukuki vakıaları hem de talep sonucunu takdir ederek alacak miktarını belirleyecektir. Yani delillerin incelenmesinden sonra dahi hâkimin takdir yetkisi söz konusu olmakta; davacı alacak miktarını tam olarak belirleyememektedir. Eğer delillerin incelenmesinden sonra, alacak miktarı belirlenebilecek ise bu durumda hâkimin takdir yetkisi de söz konusu olmayacaktır. Ancak delillerin incelenmesinden sonra da alacak miktarı belirlenemeyecekse, davacı hâkimin takdir yetkisini ne yönde kullanacağını bilecek durumda değildir. Hâkimin takdir yetkisini belirli sınırlar çerçevesinde kullanması veya geçmiş içtihatlar davacıya yol gösterse de davacı tarafından talebinin miktarını belirlemesi için yeterli değildir. Bu nedenle kanaatimizce, Alman ve İsviçre hukukunda kabul edilen çözüm tarzının bizde de kabul edilmesi yerinde olacaktır. Yani alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda davacının yargılama sırasında sonradan talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesi beklenmeksizin ve hâkimin geçici değerle bağlı olmaksızın karar verebilmesi gerekir. Bunun için, davacının gerçek zararı belirlemeyi sağlayacak gerekli bilgi ve belgeleri⁵⁷², zararın doğumunu kabule esas olan ve miktarının tespitini kolaylaştıran olayları⁵⁷³, vakıaları ve emareleri de mümkün olduğu ölçüde mahkemeye sunmalıdır⁵⁷⁴. Çünkü takdir hakkı, tarafların getirmediği bir vakıayı hâkimin kendiliğinden dikkate alma hakkı vermez⁵⁷⁵. Hâkim de davacının mahkemeye sunduğu vakıalara, delillere veya emarelere göre, zararın miktarını belirleyecektir. Maddi hukuk da bu çözüm tarzına imkân vermektedir⁵⁷⁶. Örneğin, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 67. maddesine

⁵⁷² GÜRAN, s. 161.

⁵⁷³ TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 579.

⁵⁷⁴ LOOSLI, s. 124; TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara 1961, s. 264; EREN, Fikret, 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012, s. 725.

⁵⁷⁵ YILDIRIM, M. Kamil, Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 86.

⁵⁷⁶ Bknz.: § 13.

göre, yoksun kalınan kazanca hâkim tarafından makul bir payın eklenmesine imkan tanıyan hukuk sistemimizde, zararın miktarının davacı tarafından belirlenememesi durumlarında, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hâkimin hakkaniyete uygun olarak zararın miktarını belirlemesi ve bu miktar çerçevesinde tazminata karar verebilmesine engel bir durumun olmadığı kanaatindeyiz⁵⁷⁷. Özellikle manevi tazminat taleplerinde davacı, yargılama sırasında dahi talebini belirleyemeyeceği için, hâkimin zararın miktarını kendisinin belirlemesi ve buna uygun olarak tazminata karar verebilmesi gerekir⁵⁷⁸.

Kanaatimizce, bu çözüm önerisi hâkimin taleple bağlı olması ilkesine de aykırılık teşkil etmeyecektir. Hâkimin taleple bağlı olduğu ilkesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hükmedemez; ancak talep sonucundan daha azına hükmedebilir. Belirsiz alacak davası açan davacı, mahkemenen alacağına tümünün hüküm altına alınmasını istemektedir⁵⁷⁹. Hâkimin, taleple bağlılık ilkesine uygun karar vermesi, davacının, talep sonucu ile hüküm sonucunun örtüşmesine bağlıdır. Davacının, talep sonucuna ilişkin iradesine bakılarak, hâkimin neye hüküm veremeyeceği belirlenebilmektedir⁵⁸⁰. Alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda açılacak belirsiz alacak davasında, alacaklının talebi, alacağının tamamının hüküm altına alınması olduğuna göre ve alacaklı, hâkimi bağlayıcı bir miktar bildirmediği takdirde, yargılama sırasında alacağın miktarını belirleyen hâkim, bu miktar geçici

⁵⁷⁷ KULAKSIZ, s. 71.

⁵⁷⁸ Bknz.: § 13, C, II.

⁵⁷⁹ Tenkis davalarında her ne kadar hâkimin doğrudan takdir yetkisi olmasa dahi, tenkise tabi kazanımların değerinin tespiti ve davacının tenkis talebine bağlı olarak tenkis miktarını kendiliğinden tespit etmesi ve ayrıca bu miktar davacının dava dilekçesinde gösterdiği tahmini değerden fazla olsa dahi buna hükmedebilmesi açısından son derece önemlidir. *“Tenkis davalarında talebin belirlenmesinde terekenin gerçek durumunun bilinmesi ve açık olarak tespiti her zaman mümkün olmadığından, kesin hesaplar yapılmadan taleple ilgili bir miktar yapılması halinde, bildirilen bu miktar, harca esas değer olarak kabul edilir ve tahmini bir değer olarak göz önüne alınır. Hâkim tenkis hesapları sonunda, el atılan saklı pay tutarını belirleyerek, dilekçede tahmini ve harca esas olmak üzere bildirilen değer dışındaki, belirlediği el atılan gerçek saklı pay tutarını ve buna uygun harcı belirleyerek peşin harç noksansa ikmal ettirecektir. (Harçlar K. Md. 30-32) Davacının dava dilekçesinde gösterdiği değer, harca esas değer olup, bağlayıcı değildir. Tenkis davasının amacı, el atılan saklı payının karşılanmasını talep etmektedir. Mahkemece Yargıtay denetimine imkân verecek şekilde davacının el atılan saklı payı hesaplattırılmayarak, bu payın talep edilenden fazla olduğunun tespiti ile yetinilmiş olması isabetsiz olduğu gibi, kabule göre de, eksik nispi harcın tamamlattırılması yoluna gidilmemiş olması da isabetsiz olup...”* 16. HD, 25.3.2011, E. 2011/2498, K. 2011/1511 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

⁵⁸⁰ MERİÇ, s. 118.

miktar veya değerden fazla olsa dahi, buna hükmetmesi taleple bağıllık ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir⁵⁸¹. Çünkü, davacının, belirsiz alacak davası açarken ortaya koyduğu iradesi bu yöndedir. Yukardaki örnekte olduğu gibi, uğradığı zararın miktarını tespit edemeyen davacı, belirsiz alacak davasıyla uğradığı zararın tamamının tazmini talep edecektir. Bu durumda hâkimin takdir yetkisi, zararın miktarı ile sınırlıdır. Yani hükmedilecek tazminatın üst sınırını zararın miktarı belirleyecektir. Zararın üst sınırını tespit eden hâkim, buna hükmettiği takdirde taleple bağıllık ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Çünkü hâkim, zarar miktarını aşan bir tazminata hükmedemez⁵⁸². Eğer hâkim, gerçek zararın fazlasına hükmederse, taleple bağıllık ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁵⁸³. Burada davacı, belirsiz alacak davası açarken, hukuki ilişkiyi ve geçici değeri dava dilekçesinde bildirmelidir. Davacı ayrıca, hâkimin takdir yetkisini kullanmayı sağlayacak tüm vakıaları da mahkemeye sunmak zorundadır. Bununla beraber, davacı, yargılama sonunda hüküm altına alınmasını istediği alacak miktarını açıkça belirtmişse, yani belirsiz alacak davasında yargılama sırasında talebini belirlemişse, hâkim, zararın daha fazla olduğunu tespit etse dahi, davacı tarafından belirlenen bu miktardan fazlasına hükmedemez. Aynı şekilde, alacaklı, belirsiz alacak davası açabilecekken, talebini tahminen belirleyip, tam bir eda davası açmışsa, hâkim taleple bağlı olduğu için,

⁵⁸¹ MELISSINOS, s. 152; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 308, Rn. 11, s. 1297; FRAHM, s. 1213; GERLACH, s. 526 vd; MÜSIELAK, in MünchKommZPO, § 308 Rn. 16, s. 1858-1859; SCHLOSSER, s. 1082 vd; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 47, s. 131; REICHOLD, in: Thomas/Putzo, § 253 Rn. 12, s. 429. OĞUZMAN/ÖZ, “Şayet hâkimin tazminat olarak belirlediği miktar davalının talebini aşıyorsa, hâkim talepten fazlasına hükmedemez. Ancak belirtelim ki, yeni usûl yasamız olan HMK'nun 107. maddesi ile getirilen “belirsiz alacak davası” açılırken, dava dilekçesinde belirtilmesi gereken asgari miktar, hâkimi bağlamayacak ve dava sonunda ortaya çıkacak tutar bundan fazla olsa da hüküm altına alınacaktır.” (C. 2, s. 125).

⁵⁸² OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 82; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 583; TANDOĞAN, s. 261; EREN, s. 763; NOMER, Tazminatın Belirlenmesi, s. 63. HGK da 14.3.2007 tarihli, E. 2007/4-105, K. 2007/131 sayılı kararında, “Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemelerinde taşınmazdan alınan malzeme bedelleri hesaplanmış, ancak taşınmazın değeri konusunda bir belirleme yaptırılmamıştır. Sorumluluk hukuku ilkelerine göre haksız eylem sonucu bir taşınmazda oluşan zarar miktarın o taşınmazın değerinden fazla olması durumunda değerden fazlasına hükümlenemez. Zarara ilişkin alınan raporlardaki miktarlar ile taşınmazın nitelikleri gözetildiğinde taşınmazın değerinin ne olduğunun ve taşınmazın değerinin zarardan fazla olup olmadığının belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Şayet zarar miktarının değerden fazla olması durumunda taşınmaz değerine hükümlenirken tapu kaydının davacı üzerinde bırakılması durumunda davacının hem taşınmaz değerini alıp hem de tapu kaydını devretmemesi nedeniyle taşınmaz değerinden uygun oranda bir indirim yapılarak tazminata hükümlenmesi, aksi durumda ise taşınmazın tam değeri karşılığında tapu kaydının davalı üzerine tesciline karar verilmesi gerekmektedir. ... Özel Dairenin bozma kararında öngörülen biçimde araştırma yapılması, taşınmaz değerinin belirlenmesi, daha sonra davacının zararının bozma kararında belirtilen şekilde tazmini yoluna gidilmesi zorunludur.” denilmiştir (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası).

⁵⁸³ FRAHM, s. 1213. Benzer şekilde: KERN, s. 76; HUSMANN, NJW 1989, s. 3127.

belirlenen miktardan fazlasına hükmedemez⁵⁸⁴.

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda, İsviçre ve Alman hukukunda olduğu gibi, hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda davacının talebini çok yüksek göstermesi durumunda yargılama giderleri bakımından sorumluluğunu azaltacak veya tamamen ortadan kaldıracak bir hüküm de bulunmamaktadır. Gerek İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, gerekse Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 92. maddesinin ikinci fıkrasının 2. bendinde bu durumda davacıyı yargılama giderleri bakımından koruyucu hükümler bulunmaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce Türk hukukunda evleviyetle belirsiz alacak davasının bu türü uygulama alanı bulmalıdır.

C. Alacak Miktarının Yargılama Sırasında Belirlenebildiği Durumlarda Belirsiz Alacak Davası

I. Alacak Miktarının Karşı Tarafın Verdiği Bilgi Sonucunda Belirlenebildiği Hallerde Belirsiz Alacak Davası

1. Genel Olarak

Belirsiz alacak davasının bu türünde davacı, talebini belirlemesini sağlayacak bilgi ve belgelere sahip olmaması nedeniyle dava açtığı anda talebini rakamsal olarak belirleyememektedir⁵⁸⁵. Bu durumda alacaklıdan kural olarak söz konusu bilgi ve

⁵⁸⁴“Diğer taraftan, mahkemeler 6100 sayılı HMK 26. maddesine (HUMK 74) göre tarafların talepleri ile bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Somut olayda davacı taraf dava dilekçesinde 2.000,00 TL manevi tazminat talep etmiş 14/06/2006 tarihli dilekçede manevi tazminatın 500,00 TL'lik kısmının baba Halil Dalkılıç; 1.500,00 TL'lik kısmının da davacı Duran Dalkılıç adına talep edildiği belirtilmiş olmasına rağmen Yerel Mahkeme talebi aşarak davacı Duran için 2.000,00 TL; davacı Halil için 500,00 TL manevi tazminata hükmetmiştir. Taleple bağlı kalmayarak talepten fazlasına hükmedilmesi de ayrıca bozmayı gerektirmiştir.” 3. HD, 25.01.2012, 19048 /1667 (PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 296'daki dn. 6).

⁵⁸⁵ MEIER, s. 15, 16. Türk hukukunda, TANRIVER, HMK'nın 107. maddesinde ifade edilen “karşı tarafın verdiği bilgi veya” ibaresinin, sanki belirsizliğin sübjektif olduğu hallerde de belirsiz alacak davasının açılabilmesi zannını uyandırdığını, bu nedenle madde metninden tümüyle çıkarılması gerektiği ifade etmektedir (HMK'nın Revizyonu, s. 23). Kanaatimizce, yazarın bu düşüncesine katılmak mümkün değildir. Sübjektif imkânsızlık olduğu durumlarda dahi belirsiz alacak davası açılabilir. Ayrıca, talep sonucunun miktarının belirlenmesi, karşı tarafın vereceği bilgiye bağlı olduğu durumlarda maddi hukukta bir çok örnek bulunmaktadır. Örneğin, TBK m. 403; TBK m. 404; MarkKHK, m. 65 gibi. Bu nedenle belirsiz alacak davasının bu türünün muhafaza edilmesi son derece önemlidir.

belgelere ulaşabilene kadar alacağını rakamsal olarak belirlemesi beklenemez⁵⁸⁶. Alacaklı söz konusu bilgi ve belgelere ulaştığı anda talep sonucu da rakamsal olarak belirleyebileceği için hâkimin vereceği süre içinde talebini belirlemelidir.

İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da, karşı tarafın verdiği bilgi sonucu alacak miktarının belirlenebildiği durumlarda belirsiz alacak davasının açılacağı ifade edilmişken, bu bilgi kavramından ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Buna karşılık Hukuk Muhakemleri Kanunu'nun 199. maddesinde belgenin ne olduğu belirtilmiştir. Söz konusu maddeye göre, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamlardaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belge olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber, kanaatimizce, bilgi kavramını, belge kavramını da kapsar şekilde geniş yorumlamak gerekir. Başka bir deyişle, alacağın miktarını belirlemeye yarayan bilginin, mutlaka belgeye dayanması gerekmemektedir. Çünkü, hukuk devletinin bir gereği olan etkin hukuki koruma gereğince, kullanılmaya müsait olan tüm bilgilerden mümkün olduğunca yararlanılmalıdır⁵⁸⁷. Bu nedenle, bilginin mutlaka belgeye bağlanması gerekmemektedir. Çok istisnai hallerde, belgeye dayanmayan bilgi alacağın miktarını belirlemeyi sağlıyorsa, belirsiz alacak davası açılabilir. Özellikle, maddi hukuktan doğan belge düzenleme yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde veya belgenin ibraz edilemediği hallerde, davacı, davalının dinlenmesi veya isticvap edilmesi neticesinde elde edeceği bilgi ile alacağının miktarını belirleyebilmelidir. Bu durumlarda, karşı tarafın dinlenmesi veya isticvabı ile hâkimde belirli bir bilgi ve kanaat oluşabilecektir⁵⁸⁸.

Alacak miktarının karşı tarafın verdiği bilgi sonucunda belirlenebilir olduğu hallerde belirsiz alacak davasının açılacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir (m. 107/2). Belirsiz alacak davasının bu türüne Türk Borçlar Kanunu'nun 403. maddesine dayanılarak açılacak bir alacak davası örnek olarak gösterilebilir. Bu maddeye göre, işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kardan belli bir pay verilmesi kararlaştırılan hallerde, payın hesaplanmasında uyuşmazlık çıkması durumunda,

⁵⁸⁶ LOOSLI, s. 7.

⁵⁸⁷ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 373.

⁵⁸⁸ TERCAN, s. 120 vd..

işveren işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları veya hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağı olan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemesine sunmak; kardan pay verilmesi kararlaştırılmışsa, işveren işçiye, istemi üzerine ayrıca yıl sonu kar zarar cetvelini vermek zorundadır. İşçi, kendisine verilen bilgi, bu bilginin dayanağı olan işletmeyle ilgili defterler ve belgeleri inceledikten sonra alacak miktarını kesin olarak belirleyebilir. Eğer söz konusu bilgi, belge ve defterler bilirkişiye verilmişse, davacı işçi ancak bilirkişi tarafından söz konusu bilgi, belge ve defterlerin incelemesi sonucunda alacak miktarını kesin olarak belirleyebilecektir. Söz konusu inceleme yapılmaksızın, işçi, hangi miktarda üretilenden, cirodan veya kardan pay hakkına sahip olduğunu bilecek durumda değildir.

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlar arasında, talep miktarının davalının elindeki bilgiye bağlı olduğu durumlar düzenlenmiştir (İHMK m. 85/2)⁵⁸⁹. İsviçre hukukunda, doktrinde ve uygulamada kabul edildiği üzere alacak miktarının davalının elindeki bilgi ve belgelere bağlı olarak belirlenebileceği durumlarda iki şekilde davanın açılması söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilki basamaklı dava (Stufenklage) şeklinde açılmaktadır⁵⁹⁰.

Basamaklı dava, dava türleri arasında İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmediği gibi Kanton usul kanunlarında da düzenlenmemiştir⁵⁹¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da bu tür bir dava düzenlenmemiştir. Belirsiz alacak

⁵⁸⁹ İHMK'nu, ön tasarı halindeyken, ön tasarınnın 75. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davasına ilişkin maddede bu yönde bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bununla beraber, söz konusu ön tasarını hazırlayan komisyonun raporunda, 75. maddeye ilişkin açıklamalarda, belirsiz alacak davasının karşı taraftaki veya üçüncü kişilerdeki bilgilere bağlı olduğu durumlarda da açılabilirdiği ifade edilmekteydi. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ön tasarı halindeki 75. maddesi ve buna ilişkin Komisyon raporu için bkz: LIEBSTER, s. 89-90.

Ön tasarı için bkz.:

http://www.esbk.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht/entw-zpo-d.pdf (11.10.2012).

Ön tasarınnın Türkçe çevirisi için bkz.: ATALI, Murat, İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı, MİHDER, 2005, S. 1, s. 123-188.

Raporun tümü için bkz.: http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf (11.10.2012).

⁵⁹⁰ MEIER, s. 15; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.12, s. 148; BGE 123 III 140; BGE 116 II 215. İsviçre hukukunda basamaklı dava için bkz: LIEBSTER, s. 3 vd.; VOGEL, s. 58 vd. Alman hukukunda basamaklı dava için bkz: ASSMANN, s. 5 vd.; FETT s.1 vd.; SIEGEL, s. 26 vd.

⁵⁹¹ Basamaklı davanın İsviçre Kantonlarındaki düzenleme ve uygulamaları ile Federal Mahkeme uygulamaları için bkz: LIEBSTER, s. 58 vd.

davasının düzenlendiği hükümde de bu adla bir dava isimlendirilmemiş, sadece alacak miktarının karşı tarafça verilecek bilgilere göre belirlenebileceği durumlarda belirsiz alacak davasının açılacağı düzenlenmiştir (m. 107/2; İHMK, m. 85/2). Basamaklı davaya bizim tespit edebildiğimiz ölçüde Türk hukuk uygulamasında rastlanılmamaktadır. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ve doktrinde belirsiz alacak davasının bir türü olarak, tereddütsüz şekilde kabul edilmiştir⁵⁹². Basamaklı davada iki talep bulunmaktadır. Bu nedenle terditli davaya benzemektedir. Ancak terditli davadan farklıdır. Davacı bu dava ile maddi hukuktan doğan talep hakkı⁵⁹³ ile alacak miktarını belirlemek için davalının elinde bulunan bilgilerin, belgelerin verilmesini talep etmektedir. Bu talep davacının yardımcı talebidir. Davacı, davalının bilgi ve belgeleri paylaşmasından sonra, alacak miktarını belirleyerek davalının belirli bir miktar veya değerde edaya mahkûm olmasını talep etmektedir. Bu ise davacının asıl talebidir. Yani, basamaklı davada, davacının yardımcı talep ile asıl talep olmak üzere iki talebi bulunmaktadır⁵⁹⁴. Bu nedenle İsviçre hukukunda bazı yazarlar basamaklı davanın bir objektif dava birleşmesi olduğunu kabul etmektedirler⁵⁹⁵. Bazı yazarlar⁵⁹⁶ ise basamaklı dava için bu davanın objektif dava birleşmesi gibi bir dava olduğunu ifade ederken bir diğer görüşe göre⁵⁹⁷ ise objektif dava birleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Davacı, belgelerin verilmesi talebi ile alacağı ilişkin talebini basamaklı dava ile aynı davada birleştirmektedir⁵⁹⁸. Aksi takdirde davacının önce belgelerin ibrazına ilişkin bir dava açması gerekip bu dava sonucunda talebini belirleyerek yeni bir eda davası açması gerekecekti⁵⁹⁹.

⁵⁹² BGE 116 II 215; BGE 123 III 140; BGE 116 II 351; VOGEL, s. 60 vd.; MEIER, s. 15 vd.; COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 4, s. 368; LIVSCHITZ, Mark, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 90, Rn. 5, s. 388.

⁵⁹³ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.12, s. 149; LIEBSTER, s. 58 vd.

⁵⁹⁴ Davacının ilk talebi bilgi paylaşımını konu alan normal bir eda davası; asıl talebi ise İHMK m. 85 göre, belirsiz alacak davası olarak kabul edilmektedir (OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 13, s. 378).

⁵⁹⁵ LIVSCHITZ, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 90, Rn. 5, s. 388; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 9, s. 641; GASSER/RICKLI, Art. 85, Rn. 5, s. 76; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.12, s. 149; OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 15, s. 378; VOGEL, s. 63; LIEBSTER, s.s. 95. Aynı şekilde Alman hukukunda da basamaklı dava objektif dava birleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bknz.: SIEGEL, s. 27; POHLMANN, Rn. 28, s. 58; PAULUS, Rn. 189, s. 66; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 6, 164.

⁵⁹⁶ FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 4, s. 529; KAUFMANN, 902

⁵⁹⁷ LIVSCHITZ, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 90, Rn. 5, s. 388

⁵⁹⁸ VOGEL, s. 61. Davacının bilgi talebi davalı tarafından reddedildiğinde, davaların ayrılması gerektiği yönünde: MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 8, s. 199; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 4, s. 529; VOGEL, s. 63; LIEBSTER, s. 173

⁵⁹⁹ VOGEL, s. 60.

Basamaklı dava, davacının asıl ve yardımcı talebi olmak üzere iki talebi⁶⁰⁰ bulunmasına rağmen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 111. maddesi anlamında bu bir terditli dava değildir. Terditli davada da davacı davalıya karşı birden fazla talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmektedir. Ancak, davacı, bu talepleri arasında aslilik ve ferilik ilişkisi kurmaktadır⁶⁰¹. Mahkeme davacının asıl talebini reddetmedikçe, ferî talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz. Bir diğer deyişle, ferî talebin incelenebilmesi için asıl talebin reddedilmesi gerekir. Asıl talep kabul edildiği takdirde, mahkeme ferî talebi incelemeksizin davayı hükme bağlayacaktır. Basamaklı davada ise, mahkeme önce yardımcı talebi hükme bağlamakta, bu yardımcı talebe dayanarak davacı talebini belirleyebilmekte ve hâkim daha sonra davacının asıl talebi hakkında karar vermektedir⁶⁰². Yani hâkim basamaklı davada öncelikle davacının yardımcı talebini incelemektedir. Daha sonra asıl talebini incelemektedir. Bu nedenle basamaklı davada talepler arasında aslilik-ferilik ilişkisi, biri diğerinin incelenmesini engelleyecek şekilde değil; aksine asıl talebin belirlenmesi için yardımcı talebin incelenmesi şeklindedir. Yardımcı talep incelendikten sonra hâkim davaya devam etmekte; asıl talep hakkında karar vermektedir. Basamaklı dava şeklinde dava açılmamış olsaydı dahi, her bir talep ayrı dava konusu olabilecekti. Bu tür belirsiz alacak davasında, mahkeme öncelikle yardımcı talep hakkında karar vermektedir⁶⁰³. Yani burada mahkeme bilgi paylaşımı talebine ilişkin kısmi karar vermektedir⁶⁰⁴. Mahkemenin vermiş olduğu bu kararın icra edilebileceği⁶⁰⁵ gibi tek başına temyiz edilebileceği de kabul edilmektedir⁶⁰⁶. Mahkeme davacının yardımcı talebini kabul

⁶⁰⁰ BGE 116 II 215; BGE 116 II 351; VOGEL, s. 63; MEIER, s. 16.

⁶⁰¹ MUŞUL, s. 147; KARSLI, s. 340; KİRAZ, Yenilikler, s. 29.

⁶⁰² Basamaklı davanın da en önemli sonucu, asıl alacağın miktarı davanın açıldığı anda belirsiz olsa dahi, zamanaşımı davanın açıldığı anda kesilmiş olmasıdır: ZEISS/SCHREIBER, Rn. 332, s. 132; MUSIELAK, Rn. 66, s. 41; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 6, 164; SCHILKEN, Rn. 212, s. 105; LÜKE, Rn. 143, s. 138.

⁶⁰³ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.13, s. 149; OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 14, s. 378. MEIER, Basamaklı davada da sadece asıl talebin miktar olarak değil ayrıca talebin kendisi de tartışmalı ise asıl talebe ilişkin davanın da belgelerin verilmesine ilişkin dava ile beraber görülebileceğini ifade etmektedir (s. 16).

⁶⁰⁴ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 14, s. 378. VOGEL, davacının yardımcı talebi yani bilgi talebi kabul edildiğinde kısmi kararının verildiğini (ve asıl talebin inceleneceğini); ancak bu talebin kabul edilmediği takdirde nihai karar teşkil ettiğini (asıl talebin artık incelenmeyeceğini) ifade etmektedir (s. 63).

⁶⁰⁵ İcraya konu edilebilmesine rağmen, icra yoluyla zorla verilmesinin sağlanamayacağına ilişkin bkz: s.

⁶⁰⁶ FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 4, s. 529; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.13, s. 149. BOPP/BESSENICH, burada mahkemenin ilk önce davacının bilgi talebi hakkında esasa ilişkin hüküm verdiğini, daha sonra davacının alacak talebi hakkında da esasa ilişkin ikinci bir hüküm verdiğini yani mahkemenin bu davada iki defa basamaklı olarak esasa ilişkin karar verdiğini ifade etmektedir (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/

ettikten sonra, davacıya talep sonucunu kesin olarak belirlemesi için süre verecek ve davacı talep sonucunu belirledikten sonra mahkeme alacak davasını inceleyecektir⁶⁰⁷. Davacının bilgi talebi mahkemece reddedilirse, bunun asıl talebin de reddi sonucu doğurmayacağı, davacıya buna rağmen mahkemece alacak miktarını belirleme fırsatının verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁰⁸. Çünkü davacının bilgi talebi reddedilmesi, davacının belirsiz alacak davası bakımından tamamen delilden yoksun olduğu sonucunu doğurmayıp; diğer delillerle beraber hiç olmasa alacağının belirli bir kısmının varlığını ortaya koyabilir. Aksi bir durum davacının hukuki dinlenilme hakkının ihlalini de doğuracaktır. Davalı, davacının bilgi verme talebini reddederse, bu durumda da davacının alacağın miktarına ilişkin yaklaşık bir tahminde bulunacağı kabul edilmektedir⁶⁰⁹. Bu durumda ortaya çıkacak yargılama giderleri rizikosundan da İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir⁶¹⁰. Bu takdirde davacı, gereğinden fazla bir miktar talep ederse, yargılama giderleri açısından davacı sadece geçici değer bakımından sorumlu olması gerektiği, sonradan artırdığı kısım bakımından ise bilgi paylaşımında bulunmayan veya katkıda bulunmayan davalının sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir⁶¹¹.

Bu tür belirsiz alacak davasında davacı, davalıda bulunan bilgi ve belgeler nedeniyle alacak miktarını belirleyememektedir. Davacı, alacak miktarını, davalının elindeki bilgi ve belgeleri paylaştıktan sonra belirlemektedir⁶¹². Bu nedenle, davacı ilk önce bu bilgi ve belgelerin verilmesini talep etmektedir. Davacının bu tür bir dava açabilmesi için, davalının maddi hukuktan doğan bir bilgi, belge ve defterleri paylaşma yükümlülüğünün bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁶¹³. Diğer bir deyişle, davacının basamaklı dava açabilmesi için, maddi hukukun kendisine davalıdan bilgi ve belge talep edebilme hakkı tanınması gerekir. Bu nedenle, bu tür bir

Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 9, s. 641).

⁶⁰⁷ MEIER, s. 16.

⁶⁰⁸ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 15, s. 378. Karş.: VOGEL, recht 1992, s. 63.

⁶⁰⁹ BGE 123 III 140.

⁶¹⁰ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 370.

⁶¹¹ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 370.

⁶¹² FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 4, s. 529.

⁶¹³ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.12, s. 149; MEIER, s. 16; MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 6, s. 198; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 4, s. 529; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 14, s. 642; OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 13, s. 378. KAUFMANN, s. 902; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 221, Rn. 34, s. 1263.

belirsiz alacak davasının daha çok sözleşmeden doğan sorumlulukta, aile hukukunda veya şirketler hukukunda söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁶¹⁴. Buna karşılık, sözleşmede dışı sorumluluklarda ise zarar verenin maddi hukuktan kaynaklanan bir bilgi ve belge paylaşımı zorunluluğu bulunmadığı için basamaklı davanın açılmayacağı kabul edilmektedir.⁶¹⁵

Basamaklı dava dışında İsviçre hukukunda, alacak miktarının karşı tarafın elindeki bilgi ve belgelere bağlı olduğu durumlarda da normal bir belirsiz alacak davasının açılabileceği ve bu bilgi ve belgelerin yargılama sırasında karşı taraftan talep edilebileceği ifade edilmektedir⁶¹⁶. Hatta İsviçre doktrininde davacının alacak miktarını belirleyebilmesi için gerekli bilgileri delillerin incelenmesi aşamasında daha kolay elde edilebileceği ifade edilmektedir⁶¹⁷. Çünkü İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 160. maddesinde, tarafların ve üçüncü kişilerin delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğü bulunduğu ve bu nedenle bu kişilerin ellerindeki belgeleri mahkemeye vermek zorunda oldukları düzenlenmiştir. Bu anlamda doktrinde, alacak miktarının karşı tarafın elindeki bilgi ve belgelere bağlı olarak belirlenebildiği durumlarda alacaklının mutlaka basamaklı dava açmak zorunda olmadığı, bunun yerine normal bir belirsiz alacak davası açabileceği ve gerekli bilgi ve belgelerin delillerin incelenmesi aşamasında, delillerin ibrazı çerçevesinde talep edilebileceği ifade edilmektedir⁶¹⁸. Bu durumda davalının delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir⁶¹⁹. Ayrıca, alacaklının delillerin tespiti yoluyla dava açmadan önce, söz konusu belge ve bilgilere ulaşılabileceği ifade edilmektedir⁶²⁰.

⁶¹⁴ MEIER, s. 17.

⁶¹⁵ MEIER, s. 17. Karş.: MEIER, s. 17 dn. 11'de anılan yazarlar.

⁶¹⁶ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 641; GASSER/RICKLI, Art. 85, Rn. 6, s. 76; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), vom 28. Juni 2006, <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7221.pdf>, Art. 83, s. 7287.

⁶¹⁷ GASSER/RICKLI, Art. 85, Rn. 6, s. 76.

⁶¹⁸ FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 5, s. 529; Aynı şekilde: GASSER/RICKLI, Art. 85, Rn. 6, s. 76; Botschaft zur ZPO, Art. 83, s. 7287; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 641; LIEBSTER, s.s. 85

⁶¹⁹ FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 5, s. 529; GASSER/RICKLI, Art. 85, Rn. 6, s. 76.

⁶²⁰ GASSER/RICKLI, Art. 85, Rn. 6, s. 76; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 5, s. 530; OBERHAMMER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Art. 85, Rn. 5, s. 499. Türk hukukunda da, bu tür bilgi ve belgelerin verilmesinin delil tespiti yoluyla da mümkün olduğu kabul edilmektedir (ARKAN, Marka Hukuku, C. 2, Ankara 1998, s. 248; UZUNALLI, Sevilay, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara 2012, s. 574). Kanaatimizce de, HMK'nın 400/1 fıkrası gereğince, henüz dava açmadan önce, delil tespiti yoluna alacağın miktarını belirlemeye yarayan bilgi ve belgelere ulaşmak mümkün görülmektedir. Çünkü

İsviçre hukukunda uygulanan basamaklı dava (Stufenklage), Türk hukukuna yabancı bir dava türüdür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105 ila 114. maddeleri arasında düzenlenen dava türleri arasında yer verilmediği gibi, belirsiz alacak davasının düzenlendiği 107. maddede de bu tür bir davaya yer verilmemiştir. Türk hukukunda, alacak miktarının karşı taraftaki bilgi ve belgeye bağlı olduğu durumlarda, basamaklı dava gibi objektif dava birleşmesinin açılabilmesi mümkün görülmemektedir. Basamaklı davadaki gibi davacının, iki talebinin bulunması objektif dava birleşmesinin varlığını doğurmaz. Çünkü objektif dava birleşmesi için, her iki talebin ayrı ayrı dava konusu yapılabilmesi gerekir. Davacı, davalıya sadece bilgi ve belgelerin verilmesi için dava açtığında, davası, hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilecektir. Yani sadece karşı tarafta yer alan belgelerin verilmesine ilişkin talep, ayrı bir dava konusu yapılamaz. Bu talep ancak açılacak bir alacak davasında ileri sürülebilir. Doktrinde de, bilgi talebinin asıl talebin belirlenmesi için sadece yardımcı olma fonksiyonunun bulunduğu, dava konusunun değerinde objektif dava birleşmesine ilişkin kuralın uygulanamayacağı, çünkü bilgi talebinde bulunmanın tek başına maddi değer ifade etmediği belirtilmektedir⁶²¹.

Türk hukukunda, İsviçre hukukunda kabul gören basamaklı dava gibi objektif dava birleşmesinden ziyade, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesine göre açılacak bir belirsiz alacak davasında, karşı taraftaki veya üçüncü kişilerdeki bilgi ve belgelerin talep edilmesi ve bunun sonucunda alacak miktarının kesin olarak belirlenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Davacının bilgi talebi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219. maddesi ve devamında düzenlenen belgelerin ibrazı zorunluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde yerine getirilmelidir.

söz konusu fıkraya göre, alacaklı, davada ileri sürebileceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılmasını, bilirkişi incelemesi yaptırılmasını ya da tanık ifadelerinin alınmasını delil tespiti yoluyla talep edebilmektedir. Buna karşılık ERDÖNMEZ, bu görüşe katılmanın mümkün olmadığını, ileride kaybolması veya elde edilmesi güç olan bir delilin şimdiden elde edilmesi gerektiğinde delil tespitine gidilebileceğini ifade etmektedir (s. 44'deki dn. 172). Delil tespiti yolu ile alacağın miktarı belirlenebilir olduğu takdirde, alacaklı artık normal bir eda davası açmalıdır. Başka bir deyişle, bu durumda artık belirsiz alacak davası açamaz.

⁶²¹ MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 198; STEIN-WIGGER, Matthias, de dava konusunun değerinin asıl talebe göre belirleneceğini ifade etmektedir, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 91, Rn. 24, s. 683.

2. Bilgi Talebinde Bulunmanın Şartları

Belirsiz alacak davası açan davacı, dava dilekçesinde geçici değerle beraber hukuki ilişkiyi de ortaya koymak zorundadır. Yani talebinin dayanağını oluşturan vakıaları ve bu vakıaların delillerini mahkemeye sunarak talebini somutlaştırmalıdır. Bu durum, talebin miktarının karşı tarafta bulunan bilgiye bağlı olarak belirlenebileceği iddiasıyla belirsiz alacak davası açılması durumunda da geçerlidir.

Belirsiz alacak davasının bu türünün açılabilmesi için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, davacının talebinin miktarı karşı tarafın verdiği bilgi veya belgelere bağlı olarak belirlenebilir olmalıdır. Alacaklın bu tür bir belirsiz alacak davası açmak için, dava açmadan önce mutlaka karşı taraftan söz konusu bilgi ve belgeleri talep etmek zorunda değildir⁶²². Belirsiz alacak davası, davacıya yargılama sırasında belge ve bilgileri talep etme imkânını vermiştir. Belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bilgi ve belgelerin daha önceden talep edilmesi şartına bağlanırsa, hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil eder. Çünkü hak arama özgürlüğünün somut görünümü olan dava açma hakkı şarta bağlanamaz⁶²³. Bu nedenle alacaklı davadan önce bilgi paylaşımını borçludan talep etmemiş⁶²⁴ veya talep etmiş olsa dahi borçlu bunu reddetmişse, diğer şartların varlığı halinde alacaklı belirsiz alacak davası açarak söz konusu bilgi ve belgelerin yargılama sırasında verilmesini talep edebilecektir.

Belirsiz alacak davasında bilgi talebinde bulunulabilmesi için davacının öncelikle bu bilginin dayanağı olan vakıalara vakıf olması gerekir. Bu nedenle belirsiz alacak

⁶²² BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 13, s. 642. Bununla beraber belirsiz alacak davasında, alacaklı dürüstlük kuralı gereğince gerekli özeni göstermesine rağmen talebini belirlemede imkansızlık veya beklenememe durumunun bulunduğunu ortaya koymak zorundadır. Böylelikle, alacaklının belirsiz alacak davası açmaktaki hukuki yararının var olup olmadığı tespit edilebilecektir. Bu nedenle alacaklı, dava açmadan önce talebini belirlemeye yarayan bilgi ve belgelere rahatlıkla ulaşabiliyorsa veya borçlu bu tür bilgi ve belgeleri paylaşmaktan kaçınmıyorsa, bu durumda alacağın miktarını belirlemede imkansızlık veya beklenememe durumunun varlığından söz edilemez (COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 398; PEKCANITEZ/ATALAY/ ÖZEKES, s. 381). Özellikle maddi hukuktan doğan ibraz yükümlülüğünde (örneğin, MarkKHK m.65), alacaklının dava açmadan önce gerekli özeni gösterip alacağı belirlemeye yarayan belgeleri talep etmesi gerekmektedir. Yine alacağın miktarının belirlenmesi, üçüncü kişinin elindeki bilgi ve belgelere bağlı ise, yine alacaklının özen yükümlülüğü gereğince borçluya dava açmadan önce, üçüncü kişiden söz konusu bilgi ve belgeleri talep etmesi; bu talebi sonuçsuz kaldığı takdirde belirsiz alacak davası açması gerekmektedir. Ayrıca bkz.: § 10, B.

⁶²³ HANAĞASI, s. 45 vd..

⁶²⁴ Özellikle bilgi talebinde bulunmanın sonuçsuz kalacağı durumlarda söz konusu olacaktır.

davasında, davacının, bilgi talebiyle beraber esasında hiç sahip olmadığı vakıaları elde etmesine imkân tanınmaz. Davacı, somutlaştırma yükünü tam olarak yerine getirmelidir ki, hâkim de bu çerçevede davacının karşı taraftan veya üçüncü kişiden bilgi talebini kabul edebilsin. Böylelikle tarafların bilgi sahibi olmadıkları vakıalara dayanarak talepte bulunmaları önlenecek ve mahkeme de taleple bağlantılı olmayan vakıalar hakkında delil toplamayacaktır⁶²⁵.

Belirsiz alacak davasında davacı, talebinin miktarını belirlemeyi sağlayan bilgi ve belgeleri talep edebilir; yoksa talep sonucunu haklı çıkarmaya yarayacak vakıaları öğrenmek amacıyla bilgi talebinde bulunamaz⁶²⁶. Bu nedenle davacı, belgenin içeriği ve ayırt edici unsurları hakkında bilgi vermelidir. Burada davacının belgenin içeriği hakkında tam bir bilgi sahibi olması beklenemez. Aksi takdirde, davacı, belirsiz alacak davası yerine normal bir eda davası açmak zorunda kalırdı. Bununla beraber, davacının toplu şekilde davalının elindeki tüm belgeleri hedef alır biçimde bilgi talebinde bulunması durumunda, bu talebin reddi gerekir. Burada davacının talebini dayandırdığı belgenin, davalıda bulunan diğer belgelerden ayırt edilmesini sağlayacak genel bilgilerin verilmesi yeterli sayılmalıdır. Bu nedenle karşı taraftaki bilgiye dayanarak talebinin miktarını belirleyebileceği iddiasıyla belirsiz alacak davası açan davacı, söz konusu belgenin davalı nezdinde olduğunu ispat etmelidir. Burada ispat ölçüsü olarak yaklaşık ispat yeterli olup; tam ispat aranmaz⁶²⁷.

3. Mahkemenin Vereceği Karar ve Bu Kararın Sonuçları

a. Mahkemenin Hukuki Yarar Yokluğu Nedeniyle Davayı Reddetmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, alacaklı sadece alacağın miktarını belirlemeye yarayan bilgi ve belgelerin kendisinde bulunmadığı ve bu nedenle belgelere ve bilgilere ulaşılmaksızın alacak miktarını belirlemesinin imkânsız olduğunu gerekçe göstererek belirsiz alacak davası açabilir. Alacaklı, iddiasının dayanağı olan ve

⁶²⁵ ERDÖNMEZ, s. 145.

⁶²⁶ ERDÖNMEZ, s. 148; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD de, asıl talebi belirlemeyi değil de ek bilgi toplamaya yönelik basamaklı davaların dinlenilemeyeceğini ifade etmektedir (§ 95, Rn. 29, s. 522).

⁶²⁷ ERDÖNMEZ, üçüncü kişinin davanın tarafı olmaması ve uyuşmazlığın çözümünde bir menfaatinin de bulunmadığını göz önünde tutarak, belgelerin üçüncü kişilerin elinde olduğu iddia edildiği durumlarda, ispat ölçüsünün artırılması ve daha katı tutum izlenmesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 167-169).

alacak miktarını belirlemeye yardımcı olmayan vakıalara ulaşmak veya bu tür bir eksikliği gidermek amacıyla belirsiz alacak davası açamaz. Bu nedenle davacının bilgi talebi, alacağın miktarının belirlenmesine yönelik olmadığı veya belgenin davalının veya üçüncü kişinin elinde bulunduğu inandırıcı şekilde ispatlanmadığı takdirde, hâkim, davacının belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararı olmadığı gerekçesiyle davayı usulden reddedecektir. Ancak davacı talebini yeterince somutlaştırmamışsa veya belgenin ayırt edici unsurlarını tam olarak ortaya koyamamışsa, hâkimin söz konusu eksiklikleri gidermesi için davacıya, süre vermesi gerekir. Bu süre sonunda davacı talebini somutlaştırmazsa veya talebini belirlemeye yarayan bilgi ve belgeler hakkında yeterince açıklama yapamazsa, yani belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararının bulunduğunu ortaya koyamazsa, mahkemenin belirsiz alacak davasının reddi yönünde karar vermesi gerekecektir. Bu red kararı usule ilişkin olduğu için, davacı daha sonra iddiasını somutlaştırarak ve hukuki yararın varlığını ortaya koyarak, belirsiz alacak davası açabilir. Davacı her nasılsa dava açmadan önce belgelere ulaşmışsa, bu durumda artık alacağını belirleyerek normal bir eda davası açabilecektir.

b. Mahkemenin Davayı Dinlenilebilir Kabul Etmesi

Mahkeme, davacının karşı taraftaki bilgilere göre alacak miktarını belirleyebileceği yönünde bir kanaate ulaştığı takdirde belirsiz alacak davasının esasına girecektir. Bu durumda mahkeme belgelerin ibrazı hükümleri çerçevesince, alacağın miktarını belirlemeye yarayan belge ve bilgilerin ibrazına karar verecektir. Mahkeme davalı tarafa söz konusu bilgi ve belgelerin ibrazı için uygun süre vermelidir. Mahkemenin belgelerin ve bilgilerin ibrazı kararı üzerine davalının tutumu önemlidir. Bu sebeple, aşağıda, ayrı bir başlık altında ibraz talebi karşısında davalının tutumu ve davalının tutumunun sonuçlarına yer verilmiştir.

c. İbraz Talebi Karşısında Davalının Tutumu ve Sonuçları

aa. Genel Olarak

Davacının talebinin miktarının, davalının elindeki bilgi ve belgelere göre belirlenebileceğine ilişkin maddi hukukta bir çok düzenleme vardır. Örneğin Türk

Borçlar Kanunu'nun 404. maddesine göre, işverence işçinin belli işlerde aracılık yapmasında durumunda ücret vereceği kararlaştırıldığında, aracılık ücretinin belirlenmesinde ihtiyaç halinde işverenin bilgi vermesi ve ayrıca bilginin dayanağı olan işletme ile ilgili defter ve belgeleri işçi veya bilirkişi atanmışsa bilirkişinin incelemesine sunması zorunludur. Benzer şekilde, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 65. maddesine göre, marka sahibi, markanın kendi izni olmaksızın kullanılmış olması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için, tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri talep edebilir. Benzer bir hükme Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 139. maddesinde de yer verilmiştir.

Maddi hukukta, bilgi verme yükümlüğü ve bu bilginin dayanağı olan belgelerin paylaşılması düzenlenmekle beraber bunun nasıl olacağı ve bu paylaşım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda sonuçlarının ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu durum bir usûl hukuku sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kendisinden bilgi ve belge talep edilen kimsenin, kendiliğinden bilgi ve belgeleri talepte bulunanın incelemesine sunması oldukça ender görülmektedir. Böyle olunca talepte bulunan, ancak dava yoluyla söz konusu bilgi ve belgelerin ibrazını mümkün kılabilir.

Davacının talebinin davalı elinde bulunan bilgi ve belgelere bağlı olarak belirlenebileceği mahkemece de kabul edildikten sonra, kendisinden bilgi ve belge talep olunan davalının tutumu son derece önemlidir. Davalı taraf, bilgi ve belge talebi karşısında iki şekilde hareket edebilir. Davalı, davacının talep ettiği bilgi ve belgelerin elinde bulunduğunu ya ikrar edebilir ya da inkar edebilir. Davacının talebinin miktarını belirlemeye yarayan bilgi ve belgelerin elinde bulunduğunu bildiren davalı bunları ibraz edebileceği gibi, ibrazdan da kaçınabilir. Bu durumlarda davacının talebini nasıl belirleyebileceği her bir durum için ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

bb. Davalının Elindeki Belgeyi Mahkemeye İbrazı

Talebin miktarının karşı taraftaki bilgi ve belgelere bağlı olarak belirlenebileceğin iddia edilerek belirsiz alacak davası açılması durumunda davalı, davacının talep ettiği

bilgi ve belgeleri mahkemeye ibraz edebilir. Bunun için mutlaka mahkemenin söz konusu belgelerin ibrazı için bir karar vermesine de ihtiyaç yoktur. Davalı, cevap dilekçesiyle beraber söz konusu bilgi ve belgeleri mahkemeye sunabilir. Bu durumda davacı talebini cevaba cevap dilekçesiyle belirleyebilir. Davacı cevaba cevap dilekçesi vermemişse veya cevap dilekçesi vermiş olmasına rağmen talebini belirlememişse ön inceleme aşamasında bunu tespit eden hâkimin, davacının talebini belirlemesi için uygun bir süre vermesi gerekir.

Davalı cevap dilekçesiyle beraber, söz konusu bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmamışsa bu takdirde, mahkeme belgelerin ibrazı hükümleri çerçevesinde, davacının talep ettiği belge ve bilgilerin ibrazını davalıdan talep edecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220. maddesinin birinci fıkrasına göre, mahkeme, davalının bilgi ve belgeleri sunması için davalıya uygun süre verecektir. Belirtelim ki, mahkemenin verdiği bu süre kesindir. Davalı kendisine verilen süre içinde söz konusu belgeleri ibraz ettiği takdirde, davacı söz konusu belgelere dayanarak talebinin miktarını rakamsal olarak kesin bir şekilde belirleyebilecektir. Bu durumda tahkikatın sonuna kadar beklemeye de ihtiyaç yoktur. Çünkü davacı dava açarken söz konusu belgeler yedinde bulunmadığı için alacak miktarını belirleyemediğini iddia etmiştir. Söz konusu belgeler ibraz edildikten sonra davacı bakımından dava açtığı andaki eksiklik giderilmiş olacağı için, söz konusu bilgi ve belgelerin paylaşılmasından sonra talebini belirlemesi gerekir. Bununla beraber bazı durumlarda, bilgi ve belge paylaşımı ile beraber bilirkişi incelemesinin yapılması da gerekli olabilir (TBK m. 403; TBK m. 404). Örneğin, hekimin sorumluluğunda bu durum söz konusu olabilir. Şöyle ki, hekim, tedavi ile ilgili elindeki tüm bilgi ve belgeleri paylaşırsa dahi, yanlış tedavi sonucunda ortaya çıkan iş gücü kaybının oranı, iş gücü kaybının devamlı mı geçici mi olduğu, bunun gelecekteki kazanca etkisi gibi bir çok faktörün belirlenmesi için bilirkişi incelemesi gerekmektedir. Bu durumlarda ise, talebin belirlenmesi için sadece bilgi ve belgelerin ibrazına değil, ayrıca bilirkişi incelemesine de ihtiyaç duyulduğundan, davacı ancak bilirkişi incelemesi tamamlandıktan sonra talebini belirleyebilir. Her halükarda davacının talebini belirleyebilmesi için hâkimin tahkikat aşamasında uygun süre vermesi gerekir.

Davalı elindeki bilgi ve belgeleri ibraz etmekle beraber, belgelerde eksiklik veya çelişki olabilir. Bu durumda aşağıda inceleyeceğimiz gibi, hâkimin diğer delillerin

incelenmesinden sonra davacıya süre vererek talebini belirleme imkânı tanınmalı ve ve belgelerdeki eksiklik veya çelişki hâkim tarafından delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekir.

cc. Davalının Belgenin Elinde Olduğunu İkrar Etmesine Karşılık Mahkemeye İbraz Etmemesi

Davalı verdiği cevap dilekçesinde, davacının talep ettiği belgelerin elinde olduğunu ikrar etmiş olabilir. Davalı cevap dilekçesinde, davacının belgelere ilişkin iddia veya talebine cevap vermemiş; fakat hâkimin yargılama sırasında belgelerin ibrazı talebi üzerine söz konusu belgerin elinde olduğunu ikrar da etmiş olabilir. Yahut davalı, mahkemece belgelerin ibrazına ilişkin talep üzerine sessiz kalmış olabilir. Son olarak belgenin var olduğu resmi bir kayıtle anlaşılmış veya başka bir belgede ikrar edilmiş olabilir. Bütün bu hallerde, mahkeme söz konusu belgenin ibrazı için davalıya kesin süre verir (m. 220/1). Davalı kendisine verilen kesin süre içinde belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesine ilişkin kabul edilebilir bir mazeret göstermezse, mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir⁶²⁸. Burada mahkemenin takdir yetkisi söz konusu olup, tarafların belgenin içeriğine ilişkin tüm beyanları mutlaka kabul edeceği gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Ancak dikkat edilirse, mahkemenin belgenin ibraz edilmemesi durumunda, diğer tarafın (belirsiz alacak davasında davacının) belgenin içeriği konusundaki beyanını kabul edebileceği düzenlenmiştir. Burada hâkime tanınan takdir yetkisi, belgenin içeriği ile ilgili karşı tarafın beyanlarının kabul edilip edilmeyeceği hususundadır. Ancak bu hükmün belirsiz alacak davasında, alacağın miktarının belirlenebilmesi bakımından kanunun ifade ettiği şekliyle uygulanması her zaman mümkün değildir. Çünkü belirsiz alacak davasında, alacaklı, alacağının miktarını belirleyecek derece bilgi sahibi olmayıp, belgenin içerisini bilmemektedir. Aksi takdirde, davacının talebinin miktarını belirleyebilmesi için, talebinin dayanağı olan belgenin mutlaka elinde olması gerekmez. Davacı, içeriğini bildiği, fakat elinde olmayan bir belgeye dayanmakta ise, söz konusu belgenin elinde olmadığını gerekçe göstererek belirsiz

⁶²⁸ Davalı süresinden sonra belgeyi ibraz etmek isterse, mahkeme ancak eski hale getirmenin şartları varsa davalının talebini kabul edebilir. Davalı sırf davayı uzatmak amacıyla ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde belgeyi süresinde ibraz edememişse, eski hale getirme talebi kabul edilmemelidir (ERDÖNMEZ, s. 254-255).

alacak davası açamaz. Davacı bu durumda belge elinde olmasa dahi, talebini belirleyerek normal bir eda davası açmalıdır.

Davalının, davacının iddia ettiği ve talebini dayandırdığı belgenin elinde olduğunu inkar etmesi veya ikrar etmesi, fakat ibraz etmemesi halinde belirsiz alacak davasına nasıl devam edileceği ve davacının bu durumlarda talebini nasıl belirleyebileceği kanunda düzenlenmemiştir. İsviçre ve Alman hukukunda sorun basamaklı davanın açılması durumunda tartışılmıştır. Basamaklı davada yardımcı talep olarak kabul edilen bilgi talebinin reddedilme nedenine göre, farklı görüşler ileri sürülmüştür⁶²⁹. Buna göre davacının yardımcı talebinin asıl taleple bağlantılı olmayan bir nedenle mahkemece reddedildiği durumda, bu red kararının sadece yardımcı talep üzerinde sonuç doğuracağı; asıl talep hakkında davaya devam edilmesi gerekeceği kabul edilmektedir⁶³⁰. Asıl talebin incelenmesi için aslında bilgi paylaşımına ihtiyaç duyulmaması veya bilgi ve belgenin yardımcı talep hakkında karar verilmeden önce ele geçirilmiş olması durumları örnek olarak verilmektedir⁶³¹. Buna karşılık yardımcı talep olan bilgi talebi asıl taleple temelde hukuki ilişki bulunmaması nedeniyle reddedildiğinde, sonucun ne olacağı konusunda farklı görüşler vardır. Alman hukukunda hâkim görüş, bu durumda bilgi talebi reddedildiği takdirde bunun asıl davanın reddi sonucunu doğuracağıdır⁶³². İsviçre hukukunda ise bu durumda bilgi talebi üzerine verilen kararın asıl talep bakımından sonuç doğurmayacağı, çünkü bilgi talebi yargılamasında asıl talebin dava konusu olmadığı, bu nedenle asıl talebi de kapsayacak şekilde davanın reddine karar verilemeyeceği ileri sürülmektedir⁶³³. Doktrinde, basamaklı davanın bir objektif dava birleşmesi olduğu, asıl talebin bir edaya hükmedilmesi yönünde olduğunu, belgelerin paylaşılması talebinin reddedilmesinin (hangi nedenle reddedildiği konusunda bir ayırım yapmaksızın) asıl talebin de reddi sonucunu doğurmayacağını ileri sürülmektedir⁶³⁴. Bu durumda da

⁶²⁹ LIEBSTER, s. 175 vd.

⁶³⁰ ASSMANN, s. 71; LIEBSTER, s. 182-183.

⁶³¹ LIEBSTER, s. 175.

⁶³² ROSENBERG/SCWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 34; GREGER, in Zöllner, § 254, Rn. 9, s. 843. Aynı sonuç Avusturya hukukunda RECHBERGER/SIMOTTA, tarafından da kabul edilmektedir (Rn. 531, s. 296). İsviçre hukukunda aynı yönde: LIEBSTER, s. 183. Alman hukukunda aksi yönde: ASSMANN, s. 72-73; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 254, Rn. 59, s. 159.

⁶³³ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 15, s. 378. Alman hukukunda aynı şekilde: ASSMANN, s. 72-73. Bazı yazarlar ise, yardımcı talep hakkında verilen kararların bazı durumlarda asıl talep hakkında etki edebileceğini ifade etmişlerdir (VOGEL, s. 63).

⁶³⁴ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 15, s. 378; Aynı yönde: MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 198-199.

davacı talebini belirleme imkânına sahiptir⁶³⁵. Davacının bilgi talebi reddedilse dahi, bu onun başka delillerinin olmadığı anlamına gelmez. Davacı diğer imkânlarla kısmen de olsa talebine ulaşabilir. Aksi bir tutum, davacının hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edeceği⁶³⁶ için, burada da hâkim tarafından davacıya talebini belirlemesi için fırsat verilmesi ve talebinin miktarını diğer yollarla somutlaştırmasına imkân tanınması gerekir⁶³⁷. Bir diğer yazar da, davalının elindeki bilgi ve belgeleri paylaşmaması durumunda, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 164. maddesinin uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir⁶³⁸. Söz konusu maddeye göre, taraflardan biri haklı bir neden olmaksızın delillerin toplanmasına katkıda bulunmazsa, mahkemenin bu durumu delillerin takdirinde dikkate alacağı düzenlenmiştir. Yazar bu durumda ispat yükünün dahi yer değiştirebileceğini ifade etmektedir⁶³⁹. Ayrıca sorunu yargılama giderleri bakımından da değerlendiren yazar, davalının bilgi paylaşımında bulunmaması durumunda, davacının, gereğinden fazla bir miktar talep ettiği takdirde, yargılama giderleri bakımından, sadece geçici değer bakımından sorumlu olması gerektiği, sonradan artırdığı kısım bakımından ise bilgi paylaşımında bulunmayan veya katkıda bulunmayan davalının sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁴⁰. Aynı durum, bilgi paylaşımı talebinin mahkemece kabul edilmesi, fakat davalının bunu yerine getirmemesi durumunda da söz konusu olacaktır. İsviçre hukukunda bilgi paylaşımına ilişkin talebin mahkemece kabul edilmesine karşılık, davalının bunu kendi isteğiyle yerine getirmemesi durumunda, icra hükümlerine dayanarak davalının bilgi paylaşımına zorlanamayacağı kabul edilmektedir⁶⁴¹. Bu durumda davacının gösterdiği yaklaşık değer, talebin miktarının tespitinde temel alınması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁴². VOGEL, bu duruma ilişkin 1988 tarihli yayımlanmamış Zürih Ticaret Mahkemesi kararından yaptığı alıntıda, mahkemenin her durumda davacının

⁶³⁵ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 370; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 254, Rn. 59, s. 159.

⁶³⁶ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 15, s. 379.

⁶³⁷ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 15, s. 379.

⁶³⁸ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 370; Aynı şekilde: BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn.10, s. 641.

⁶³⁹ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 370. Aynı yönde: Botschaft zur ZPO, Art. 83, s. 7287.

⁶⁴⁰ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 370.

⁶⁴¹ VOGEL, s. 63. GULDENER, bu nedenle basamaklı davayı (Stufenklage) "hantal" bulup; amaca uygun bulmamaktadır, 167. Usûl ekonomisine uygun olmadığı yönünde: BGE 116 II 215. VOGEL ise basamaklı davanın usûl ekonomisi gereği kabul edilmediğini; kabul edilme nedeninin doğrudan maddi hukuktan kaynaklandığını ifade etmektedir (s. 64).

⁶⁴² VOGEL, s. 63.

geçici değer olarak gösterdiği 250.000 doları uygun bulduğunu ve muhtemelen davacı lehine bu miktara hükmedileceğini belirttiğini ifade etmektedir⁶⁴³. İsviçre Federal Mahkemesi de daha sonraki bir kararında, bu durumda davalının bilgi paylaşımında bulunmamasının yargılama sırasında göz önünde tutulacağı ve gerekirse ispat yükünün yer değişeceğini; davacının bildirdiği dava konusunun değeri olarak tahmin edilen yaklaşık değer, mahkemece talebin miktarının tespitine dayanak olduğunu ifade etmektedir⁶⁴⁴.

Türk hukukunda belirsiz alacak davasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde, davalının elindeki bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmaması durumunda bunun sonuçlarının ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu nedenle kanaatimizce soruna, belgelerin ibrazına ilişkin hükümler çerçevesinde çözüm aramak gerekmektedir.

Öncelikle karşı taraftaki bilgi ve belgeye bağlı olarak talebini belirleyebileceği iddiasıyla belirsiz alacak davası açan davacı, dayandığı belgeleri, bu belgelerin dayanağı olan vakıalarla bağlantısını ve bu belgelerin ayırıcı unsurlarını mahkemeye dava dilekçesiyle beraber sunmalıdır. Böylelikle mahkeme davacının, bu durumda belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının var olup olmadığını tespit edebilecektir. Davalının belgelerin varlığını ikrar etmesine rağmen ibraz etmemesi durumu, davacının belirsiz alacak davasının dinlenebilirliği hakkında olumsuz sonuç doğurmayacaktır. Bu durumda da yargılamaya belirsiz alacak davası olarak devam etmek gerekmektedir. Bir diğer deyişle, davacıya diğer delillerin incelenmesinden sonra talebini belirleme imkânının tanınması gerekir. Çünkü alacağın miktarını belirlemeye yarayan bilgi ve belgelerin ibrazının imkânsız olduğu durumlarda ispat yükü taşıyan tarafın otomatik olarak mağdur hale gelmesi sonucu doğmamalıdır⁶⁴⁵. Bu nedenle davacıya talep sonucunu rakamsal olarak belirleme imkânı tanınmadan gösterdiği geçici değer üzerinden hüküm tesis edilemez.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesi, tarafların yargılamada dürüstlük kuralına uygun davranmak zorunda olduklarını ve davanın dayanağı olan vakıalara

⁶⁴³ VOGEL, s. 63'deki dn. 22.

⁶⁴⁴ BGE 123 III 140. Aynı yönde: MEIER, s. 16.

⁶⁴⁵ YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 148.

ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir şekilde yapmakla yükümlü olduklarını düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak, karşı taraf, delil ikame eden tarafın, iddiasını ispat için dayandığı ve elinde bulunan delilleri vermekten kusurlu olarak kaçınmaz⁶⁴⁶; bunları yok veya tahrif ederek bilgi edinilmesini engelleyemez⁶⁴⁷. Bu durumda ispat yükü taşımayan tarafın asıl ispata katılma yükümlülüğü vardır⁶⁴⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220. maddesinin üçüncü fıkrasında, belgenin elinde olduğunu kabul ettiği halde mahkemeye ibraz etmemenin sonuçları düzenlenmiş ve buna göre, belgenin ibrazını talep eden tarafın belgenin içeriği konusundaki beyanları mahkemece kabul edilebilir olarak değerlendirilmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi davacı, talep miktarının belirlenmesi bakımından belgenin içeriğine ilişkin bilgi sahibi olmadığı için belirsiz alacak davası açmaktadır. O nedenle, bu hükmün talep miktarının belirlenmesi bakımından belirsiz alacak davasında uygulama alanı oldukça sınırlıdır. Talep miktarının belirlenmesi dışında, davacının belgenin içeriğine ilişkin beyanları ise söz konusu hüküm çerçevesinde değerlendirilecektir.

Davalının belgelerin ibrazını inkar etmesi durumunda davacı diğer delillerin incelenmesi sonucunda talebini belirleyebilmelidir. Haklı bir neden olmaksızın belgeleri ibraz etmeyen davalı ise bunun sonucuna katlanmalıdır. Örneğin, hekimin sorumluluğunda olduğu gibi, hastane belgeleri ibrazdan kaçınırsa bu durumda bilirkişi raporuna dayanarak davacı zararının miktarını belirleyebilecektir. Hastanenin belgeleri ibraz etmemesi nedeniyle tedavinin doğru uygulanıp uygulanmadığı, hastanın tedavinin beklenen oranda olumlu sonuç vermemesinde kusurunun bulunup bulunmadığı tespit edilemezse, hastane bunun sonuçlarına katlanacaktır. Bu durumda hâkim, davacının beyanına üstünlük tanımalı tazminat miktarını belirlerken indirim sebeplerini ona göre değerlendirmelidir. Benzer şekilde örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 404. maddesinde düzenlenen aracılık ücretinin belirlenmesi durumunda da işveren bilgi vermekten kaçınırsa, işletmeyle ilgili defterlerin ibrazından kaçınırsa, yapılan işler karşılığında hak kazanılan aracılık ücreti diğer delillerle, örneğin, tanık beyanları veya gerektiğinde bilirkişi yardımıyla belirlenmeye çalışılacaktır.

⁶⁴⁶ YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s.148; ERDÖNMEZ, s. 255; ARSLAN, s. 90.

⁶⁴⁷ BELGESAY, Mustafa Reşit, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi I, Teoriler, C. 1, İspat Teorisi, 3. Bası, İstanbul 1950, s. 40.

⁶⁴⁸ ATALAY, s. 157.

Davalın delil ikamesini engellemesi durumunda bunun sonucunun ne olacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır⁶⁴⁹. Bir görüşe göre, bu durumda, ispat yükünün yer değiştirilmesi gerektiğini ve dürüst davranmayan tarafa geçmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁵⁰. Bir diğer görüş ise, en azından delillerin yok edilmesi durumunda delil gösterme yükünün ters çevrilmesinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler⁶⁵¹. Bir başka görüşe göre ise, davalının bu davranışının delillerin değerlendirilmesinde hâkim tarafından dikkate alınacağını ifade edilmektedir⁶⁵². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, senetle ispat kuralının uygulandığı bir davada, ispat yükü kendisine düşen tarafın göstereceği senedin karşı tarafça ortadan kaldırılması durumunda, o tarafın iddianın senetle ispat edilebileceğini ileri sürmesini dürüstlük kuralına aykırı görmüş ve bu durumda senetle ispat kuralının söz konusu olmayacağını, ispat yükü kendine düşen tarafın takdiri delillere dayanabileceğini ifade etmiştir⁶⁵³.

Kanaatimizce, yukarda da ifade edildiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220. maddesinden yola çıkarak bir çözüm bulmamız gerekmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu maddede, haklı bir neden olmasızın belgenin ibrazından kaçınılması halinde, ispat yükünün veya delil ikame yükünün karşı tarafa geçmesi gibi bir sonuç kabul edilmemiştir⁶⁵⁴. Öncelikle, Türk hukukunda, ispat yükünün hiç bir durumda yer değiştirmeyeceği, delil ikame yükünün ise, bazı durumlarda yer değiştirebileceği kabul edilmektedir⁶⁵⁵. Ancak burada, delil ikame yükünün yer değiştirilmesi kabul edilirse, davacının kendisine verilen süre içinde belirlediği alacağının miktarı, "*ispat edilmiş gibi*"⁶⁵⁶ bir sonuç doğuracaktır. Bu ise, doğrudan doğruya belgenin ibrazını talep eden tarafın iddiasının doğru olduğu

⁶⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 148 vd.; ERDÖNMEZ, s. 261 vd..

⁶⁵⁰ ARSLAN, s. 91.

⁶⁵¹ UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder, İsbat Yükü, İstanbul 1980, s. 64.

⁶⁵² ERDÖNMEZ, s. 263; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 9.22, s. 219; YILDIRIM, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 149, 151. ATALAY ise, ispat yükünü taşımayan tarafın, belge sunma yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, diğer tarafça o belgelerle ispatlanacak vakıanın ispat edilmiş olduğunun varsayılabilceğini ifade etmektedir (s. 158).

⁶⁵³ HGK, 8.10.1958, 4-45/43 (ARSLAN, s. 90-91).

⁶⁵⁴ İsviçre hukukunda aynı şekilde: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 9.22, s. 219.

⁶⁵⁵ ÖZEKES, HMK Değerlendirmesi, s. 144-14; UMAR/YILMAZ, s. 34-35; ATALAY, s. 15-16. İspat yükü kurallarının kural olarak maddi hukuka ilişkin; delil gösterme kurallarının ise usûl hukuka ilişkin kuralardan olduğu kabul edilmektedir (UMAR/YILMAZ, s. 10, 32; ATALAY, s. 9).

⁶⁵⁶ ERDÖNMEZ, s. 263.

sonucunu doğurmaktadır. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220. maddesine göre, karşı taraf herhangi bir haklı sebebi olmaksızın katkıda bulunma yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, hâkim tamamen pasifleştirilmemiş ve talepte bulunanın belgenin içeriği konusundaki beyanı hakkında hâkime değerlendirme yapma imkânı verilmektedir. Aksi durumda davacının aslında hiç hakkı olmadığı bir miktarı dahi talep etmesine sebebiyet verebilir.

Bununla beraber önemle belirtmek gerekir ki, davalının belgenin ibrazından kaçınması durumunda, bu davranışın olumsuz sonuçlarına da katlanması gerekir. Davacı diğer delillerin incelenmesinden sonra, alacağının miktarını belirleyebilmelidir. Ancak haklı bir sebep olmaksızın belgeyi ibraz kaçınan davalının bu davranışı, delillerin değerlendirilmesinde hâkim tarafından dikkate alınacaktır⁶⁵⁷. Davacının yargılama sırasında belirlediği miktar hâkimin karar verirken dayanak noktası olmakla beraber, hâkim, tüm somut olayın özelliklerini ve diğer delillerle birlikte belgenin ibrazından kaçınan tarafın bu davranışını değerlendirecektir. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken davalının belgenin ibrazından neden kaçındığını araştırmalı ve ibrazdan kaçınma nedenlerini de dikkate alarak tüm delilleri değerlendirmelidir⁶⁵⁸.

Son olarak, davacı, söz konusu belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle ve diğer delillerle de alacağının miktarını belirleyemiyorsa, kanaatimizce bu durumda da, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası uygulama alanı bulabilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay da, yeni tarihli kararlarında,⁶⁵⁹ "Dava markaya tecavüz fiillerinin durdurulması, maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. ... 556 sayılı KHK'nın 61/c maddesi uyarınca davalının bu eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği açıktır. ... Davacı vekili, maddi ve manevi tazminat istemini KHK'nın 62, 66/b ve 67. maddelerine dayandırmış, maddi zararın karşılığı olarak davalının markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç karşılığını istemiştir. Ancak, davalı defter ve kayıtların incelenmesinde elde edilen kazanç tespit edilememiştir. Bu durum karşısında, davacının zarara uğradığı sabit olduğuna ve bunun miktarı ispat

⁶⁵⁷ ERDÖNMEZ, s. 263; UZUNALLI, s. 411.

⁶⁵⁸ ERDÖNMEZ, s. 265.

⁶⁵⁹ 11. HD, 8.10.2007, E. 2006/9700, K. 2007/12510 (GÜNAY, s. 266; Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası). Benzer şekilde: 11. HD, 11.5.2009, E. 2008/1536, K. 2009/5629 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası); 11. HD, 22.9.1998, E. 1998/3880, K. 1998/5842 (KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 531-532).

edilemediğine göre, B.K'nun 42. maddesi (TBK m. 50) uyarınca uygun bir tazminata karar verilmesi gerekmektedir. " denilerek, zararın miktarını belirlemeye yarayan belgelere dayanılarak zararın miktarı belirlenemezse, hâkimin bunu takdir edeceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce, belgenin ibraz edilmemesi nedeniyle alacağın miktarının belirlenemediği durumlarda da, bunun belirlenmesinde hâkimin takdiri söz konusu olabilecektir⁶⁶⁰.

dd. Davalının Belgenin Elinde Olduğunu İnkâr Etmesi

Davalı verdiği cevap dilekçesinde, davacının talep ettiği belgenin elinde olduğunu inkâr edebilir. Bu durumda davacının artık delillerin ibrazı yoluna başvuramayacağı; çünkü cevap dilekçesiyle davalının zaten böyle bir belgenin elinde olmadığını beyan ettiği ileri sürülebilir. Ancak, davacının bir belgenin ibrazı talebi mahkemece kabul edilmesine karşılık, davalı belgenin elinde olduğunu inkâr etmekte ise, mahkeme, davalıya yemin teklifinde bulunur (m. 220/2). Yemin tehditi altında, davalı inkâr ettiği belgeyi ibraz edebilir. Ayrıca, davalı maddi hukuktan doğan bir belge düzenleme yükümlülüğü bulunduğu durumlarda, bu belgelerin elinde olduğunu inkâr ederek ibraz etmekten kaçınmaz. Buna rağmen davacı, belgelerin ibrazını talep etmişse ve davalı bunu reddetmişse, davacı iddiasını ispat etmiş sayılmayacaktır⁶⁶¹. Bu durumda dahi, bir üst başlıkta ifade edildiği gibi, hâkim delillerin değerlendirilmesi çerçevesinde bu durumu değerlendirecektir⁶⁶².

Davalı cevap dilekçesinde, davacının belgelere ilişkin iddia veya talebine cevap vermemiş, fakat hâkimin yargılama sırasında belgelerin ibrazı talebi üzerine belgelerin elinde olduğunu inkâr etmiş olabilir. Bu durumda, söz konusu belgeye dayanan ve ibrazını talep eden davacı, davalının bu iddiasının aksini ispat edebilir⁶⁶³. Davacı, davalının beyanının aksini ispat edemediği takdirde ise, davalıya yemin teklif etmekten başka çaresi yoktur. Mahkeme, davalıya, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı halde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklifinde bulunur (m. 220/2). Yemin son çare olduğu için, hâkim, davalıya yemin teklifinden önce, davalıyı dinleyebilmeli, hattadavalının

⁶⁶⁰ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 640.

⁶⁶¹ UZUNALLI, s. 411.

⁶⁶² Bknz.: § 9, C, I, 3, c, cc.

⁶⁶³ ERDÖNMEZ, s. 268.

isticvabı yoluna dahi başvurabilmelidir⁶⁶⁴. Böylelikle hâkim, belge gerçekten davalının elinde olmasa dahi belgenin içeriğine ilişkin, bilgi edinip kanaat oluşturabileceği gibi ikrar dahi elde edebilir. Davalı isticvap sonucunda da belgenin elinde olduğunu inkar ederse ve belgenin içeriği ile ilgili bilgi vermezse, bu durumda davalıya yemin teklif edecektir. Davalı, teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir (220/3). Yemin, belgenin davalının elinde olup olmadığına ilişkin olup davacının iddiasına ispat edememesi durumunda yargılamanın sonunda başvurduğu yeminden farklıdır. Bu nedenle davacı, diğer delillerle alacağını belirlemeye çalışacaktır. Kanaatimizce, bu durumda da, somut olaya göre, diğer delillerin incelenmesi sonucunda dahi, alacak miktarı belirlenemiyorsa, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. Maddesinin ikinci fıkrası uygulama alanı bulacaktır.

4. Bilgi Paylaşımından Kaçınma İmkânı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 221. maddesinde üçüncü kişilerin belgeyi ibraz etmemesi ile belgeyi ibraz zorunda olanların hangi durumda belgeyi ibrazdan kaçınabilecekleri düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasına göre, davalı taraf tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümler çerçevesinde, belgeyi ibrazdan kaçınabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 248, 249 ve 250. maddeleri tanıklıktan çekinme hallerini düzenlemiştir. Söz konusu maddelerde sayılan durumlardan biri gerçekleştiği durumda, davalı taraf belgeyi ibrazdan kaçınabilir. Hâkim, davalının veya üçüncü kişinin sunduğu delillerden, kaçınma sebebinin haklı olduğuna kanaat getirirse, ibraz talebinin reddine karar verecektir (m. 252). Bu durumda davalı taraf aleyhine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220. maddenin üçüncü fıkrası uygulama alanı bulmayacaktır. Diğer bir deyişle, burada davalının belgeyi ibrazdan kaçınması haklı nedene dayandığı için, ibrazdan kaçınma onun aleyhine bir sonuç doğurmayacaktır⁶⁶⁵. Ancak bu durumda dahi, davacıya delillerin incelenmesinden sonra talebini belirleme imkânının tanınması gerekir.

Bu durumda, davacının talebini nasıl belirleyeceği önemli bir sorun teşkil etmektedir. Örneğin, ticari veya mesleki sırların korunması gereğince, belgenin ibrazından

⁶⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ERDÖNMEZ, s. 273 vd..

⁶⁶⁵ ERDÖNMEZ, s. 265.

kaçınma halinde davacı burada talebini belirleyebilmesi oldukça güçtür. Doktrinde, tarafların veya üçüncü kişilere ait sırların korunması için, gizli yargılama yapılması; bunun ise, tarafın veya üçüncü kişinin sahip olduğu sırrın mahkeme için önem taşımayan vakırlarla ilgili olduğunda, bilirkişiden, dava için önemli vakırları sır teşkil eden vakırlardan ayrılmasının talep edilebileceği veya bazı hallerde karşı tarafın delillerin toplanması ve incelenmesi sırasında yargılama dışında bırakılmasının söz konusu olabileceği ifade edilmiştir⁶⁶⁶. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, gizli yargılamaya ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle kannatimizce gizli yargılama yapılmasına tereddütle yaklaşmak gerekmektedir. Belirsiz alacak davasında, sırların korunması bakımından gizli yargılama yapılması kabul edilse dahi, diğer kaçınma sebeplerinde davacının talebini nasıl belirleyebileceği sorusu hâlâ cevapsız kalacaktır.

Belgelerin ibrazından kaçınma hallerinin bulunduğu durumlarda da, davacıya, talebini belirlemesi için imkân tanınması gerekir. Eğer davacı, talebini diğer delillerin incelenmesinden sonra belirleyebiliyorsa, bundan kaçınmaz. Hâkimin vereceği süre içinde talebini belirlemelidir. Ancak diğer delillerin incelenmesine rağmen, talebini belirleyemiyorsa, gizli yargılamanın yapılmasından ziyade, kanaatimizce hâkimin Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının uygulama alanı bulması gerekir⁶⁶⁷. Alacağın miktarının belirlenmesinin, karşı taraftaki bilgi ve belgelere bağlı olduğu durumlarda da alacaklı, alacağının tümünün hüküm altına alınmasını talep ettiği için, hâkimin bu çerçevede karar verebilmesi mümkün görülmelidir.

5. Alacağın Miktarının Üçüncü Kişilerin Verdiği Bilgi Sonucunda Belirlenebildiği Hallerde Belirsiz Alacak Davası

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında, talebin miktarının belirlenmesinin davalıda bulunan bilgi ve belgeye bağlı olduğu durumlarda belirsiz alacak davasının açılabilmesi kabul edilmekle beraber, söz

⁶⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ERDÖNMEZ, s. 368 vd..

⁶⁶⁷ TBK'nın 114/2 maddesi gereğince, haksız fiile ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağından, genellikle sözleşmeye aykırılık durumunda açılması gündeme gelecek bu tür bir belirsiz alacak davasında, TBK'nın 50/2 maddesi uygulama alanı bulabileceğinden tereddüt etmemek gerekir.

konusu belgenin davalı taraf dışında üçüncü kişilerde bulunması halinde belirsiz alacak davasının açılıp açılmayacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu maddenin hükümet gerekçesinde de sadece davalı taraftaki bilgi ve belgelere bağlı olarak söz konusu davanın açılabilmesi kabul edilmiştir. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesindeki düzenleme de benzerdir. Ancak İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu ön tasarı halindeyken, ön tasarımı hazırlayan komisyonun verdiği raporda, talep miktarının üçüncü kişilerde bulunan bilgilere bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi ifade edilmiştir⁶⁶⁸.

Kanaatimizce, davacının talep miktarını belirleyen belgelerin sadece davalıda bulunduğu durumlarda değil üçüncü kişinin veya kurumun nezdinde bulunduğu durumlarda da, alacaklı dava açmadan önce söz konusu bilgi ve belgeleri edinmemişse, belirsiz alacak davasına imkân tanımak gerekir⁶⁶⁹. Çünkü bu durumda da davacı söz konusu olan bilgi ve belgeler olmaksızın talebini belirleyemeyecektir. Yani imkânsızlık durumu söz konusu olacaktır. Bu durumda mahkeme üçüncü kişi elinde bulunan belgenin davacının talebini belirlemeyi sağlayan belgelerden olduğuna karar verirse, belgenin ibrazını emreder (m. 221/1). Bu durumda belgeyi ibraz etmesine karar verilen, elindeki belgeyi ibraz etmek zorundadır. Davacı, söz konusu belge ibraz edildiği durumlarda hâkimin vereceği süre içinde talebini belirleyebilecektir. Ancak belgeyi ibrazına karar verilen kimse belgeyi ibrazdan da kaçınabilir. Üçüncü kişi belgeyi ibraz edememesi halinde bunun sebebini delilleri ile birlikte açıklamak zorundadır. Mahkeme yapılan açıklamayı yeterli görmezse, bu kimseyi tanık olarak dinleyebilir (m. 221/2). Üçüncü kişi de tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak belgeyi ibrazdan kaçınabilir.

Üçüncü kişi belgeyi ibraz etmezse veya mahkemece tanık olarak dinlenmesine karar verilmesine rağmen tanıklık yapmazsa, tanıklar için öngörülen yaptırımlarla karşılaşır (m. 221/3). Buna göre, üçüncü kişi aleyhine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesine göre, disiplin para cezasına ve bu yüzden doğan yargılama giderlerini ödemeye hükmedilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de üçüncü kişi, kendisine sorulan sorulara cevap vermezse veya yemin etmezse iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilir. Kanunda öngörülen bu

⁶⁶⁸ Bknz.: LIEBSTER, s. 89-90.

⁶⁶⁹ PEKCANITEZ, s. 49.

yaptırımlar sayesinde, üçüncü kişi sahip olduğu bilgileri açıklamaya veya elindeki belgeyi ibraza zorlamaktır. Buna rağmen bir sonuç elde edilmediği durumlarda dahi alacaklıya diğer delillerin incelenmesinden sonra alacak miktarını belirleme imkânı tanınmalıdır.

II. Alacak Miktarının Delillerin İncelenmesinden Sonra Belirlenebildiği Hallerde Belirsiz Alacak Davası

Davacının talebinin miktarının delillerin incelenmesi aşamasından sonra belirlenebildiği durumlarda, alacaklı belirsiz alacak davası açabilecektir⁶⁷⁰. Bu durumda davacı delillerin incelenmesinden sonra talebini rakamsal olarak kesin bir şekilde belirleyebilecektir⁶⁷¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin 2. fıkrasında, alacağın miktarının kesin olarak tahkikat sonucu belirlenebildiği durumlarda belirsiz alacak davasının açılabileceği düzenlenmiştir. Tahkikat sonucu ibaresinden anlamamız gereken, alacağın miktarını belirlemeyi sağlayan delillerin incelenmesinden sonra olmalıdır. Nitekim İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, tahkikatın sonucu yerine daha isabetli olarak delillerin incelenmesinden sonra denilmektedir. Çünkü alacak miktarı bu durumda, alacağın miktarını belirlemeyi sağlayan delillerin incelenmesinden sonra belirlenebilir olduğu için, tahkikatının sonuna kadar beklemeyi gerektirecek bir durum yoktur. Bu nedenle, ayrıca, mutlaka tüm delillerin incelenmesini beklemek de gerekmemektedir. Özellikle talebin belirlenmesine ilişkin delillerle, talebin kabulüne veya reddine ilişkin delillerden farklı olduğu durumlarda, davacının, talebini belirlemeye yarayan delillerin incelenmesinden sonra, talebini belirlemesi gerekir. Çünkü belirsiz alacak davası, yargılama sırasında davacının ispat rizikosunu gidermeye ve daha sonra davacının bu çerçevede talebini belirlemesine hizmet etmemektedir. Ayrıca davacının talebini belirlemesinden sonra davalıya tebliğ edilmesi ve davalıya cevap verme imkânı tanınması gerekir. Tahkikatın sonunda bunun davalıya tebliğ edilmesi, bazı durumlarda davalının cevabı ile tahkikatın devam edilmesini gerektirebilir. Ayrıca davalının, davacının talebini belirledikten sonra davayı kabul etmesi durumlarında da gereksiz yere tahkikatın uzaması ihtimali doğabilir.

⁶⁷⁰ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 64, s. 132; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 528; BERNHARDT, s. 213.

⁶⁷¹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.10, s. 148.

Belirsiz alacak davasının bu türü sorumluluk hukukundan doğan uyuşmazlıklarda⁶⁷² sıklıkla uygulama alanı bulacaktır. Alacak miktarının delillerin incelenmesinden sonra belirlenebildiği durumlarda, davanın açıldığı anda alacaklının talebinin miktarını kesin olarak belirlemesi kendisinden beklenemez. Çünkü davacı, uyuşmazlıkla ilgili talebinin miktarını belirlemeye yardımcı olacak tüm unsurları bilmemektedir⁶⁷³. Davacı, talebinin miktarını ancak delillerin toplanması ve bunların incelenmesinden sonra somutlaştırabilmektedir⁶⁷⁴. Çünkü bu durumlarda delillerin incelenmesinden özellikle de bilirkişi incelenmesinden sonra talebinin miktarına ilişkin tüm unsurlar tespit edileceği için, davacı da ancak bu andan sonra talebinin miktarını kesin olarak belirleyebilir. Örneğin, haksız fiilden kaynaklanan zararlarda alacaklının uğradığı zararın miktarı veya varsa malullüğün kapsamı ve buna benzer sorular ancak bilirkişi incelemesi sonucunda açılığa kavuşmaktadır⁶⁷⁵. Alacaklıya bu tür durumlarda belirsiz alacak davası açma imkânı tanınması, daha dava açmadan önce oldukça kapsamlı olarak talebini belirlemeyi sağlayacak delilleri toplamasının⁶⁷⁶, bu bağlamda örneğin alacaklının kendisinin uzman bir kişi yardımıyla alacak miktarını belirlemeye zorlanamayacağı ve bunun alacaklıdan da beklenememesi sonucudur⁶⁷⁷.

Alacaklıyı, dava açmadan önce alacağını belirleyebilmesi için uzman bir kişiden yardım almaya zorlamak, hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştıracak ve etkin hukuki korumanın sağlanmasına engel teşkil edecektir. Bu tür uzman görüşleri son derece pahalı olup, kural olarak yargılama giderlerinden sayılmamaktadır. Bu nedenle, alacaklı davanın açılmasından önce özel olarak uzman bir kişiden alacağın miktarını belirlemeye yarayacak bilgileri alsa ve buna göre normal bir eda davası açsa, söz konusu rapor için yaptığı masraflara kendisi katlanmak zorunda kalacaktır. Ancak, yargılama sırasında bilirkişi incelemesi gerektiren durumlarda, bilirkişi ücreti yargılama giderlerinden sayıldığından dava lehine sonuçlandığında kural olarak bilirkişi ücretini ödemek zorunda olmayacaktır. Ayrıca bu tür uzman görüşlerine

⁶⁷² MEIER, s. 17.

⁶⁷³ MEIER, s. 17.

⁶⁷⁴ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 9, s. 640-641.

⁶⁷⁵ MEIER, s. 17; Zivilprozessrecht, s. 223; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, örneğin çalışma gücünün kaybının oranının bilirkişiye sorulacağı ve buna göre tazminatın belirlenebileceğini ifade etmektedirler (s. 608).

⁶⁷⁶ SENEL, Rn. 273, s. 101.

⁶⁷⁷ FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 528; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn 6.10, s. 148.

rağmen, yargılama sırasında gerek davalının talebi üzerine gerekse de mahkeme kendiliğinden yeni bir bilirkişi incelemesi yapılabilir. Bu nedenle, alacağın belirlenmesinin delillerin incelenmesine bağlı olduğu durumlarda, davacıya alacağını belirleyebilmesi için öncelikle delilleri inceleme imkânı tanınmalıdır⁶⁷⁸.

Doktrinde bir görüş, bu tür belirsiz alacak davasına İsviçre uygulamasında neredeyse hiç rastlanmadığını ifade etmektedir. Yazar, bunu ise ya bu tür belirsiz alacak davasının pratik olmamasından ya da bu tür bir kararın yayımlanmasını gerektirecek bir nedenin bulunmamasına bağlamıştır. Bu tür bir belirsiz alacak davasına neredeyse ihtiyacın olmadığını ifade eden yazar, bu durumlarda somut vakıaların ve zararın az veya çok belirlenebildiği anda davanın açılabileceğini ifade etmektedir⁶⁷⁹. Alacak miktarının delillerin incelenmesinden sonra belirli hale gelse dahi, usuli taktik gereğince, özellikle sulh müzakereleri için başlangıçtan itibaren belirli bir taleple dava açmasının isabetli olacağını ifade etmektedir⁶⁸⁰. Buna karşılık bir diğer görüş, belirsiz alacak davasının kabul edilme gerekçelerini tekrarlayarak, bu sayede davacının muhtemel gereğinden fazla bir miktarı talep olarak mahkemeye sunmasını; yargılama giderleri rizikosunu nedeniyle davacının önce kısmi dava açmasını engellediği için usul ekonomisine uygun olduğuna dikkat çekmektedir⁶⁸¹.

Kanaatimizce, birinci görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü alacak miktarının delillerin incelenmesinden sonra belirli hale geldiği durumlarda, bu davanın belirsiz alacak davası şeklinde açılması hem usul ekonomisi bakımından hem de maddi hukuktan kaynaklanan hakların eksiksiz şekilde yerine getirilmesini sağlaması bakımından son derece önemlidir. Öncelikle delillerin incelenmesinden sonra davacıya talep sonucunu belirleme imkânının tanınması, davacının, yargılama giderleri rizikosunu nedeniyle, alacak miktarını düşük göstererek kısmi dava açıp talebini delillerin incelenmesi aşamasından sonra artırma⁶⁸² veya aynı alacak için birden fazla dava açması zorunluluğunu da bertaraf etmektedir. Ayrıca, bu tür belirsiz alacak davası, alacaklının davanın açıldığı anda yanlış değerlendirme yaparak alacak miktarını gereğinden fazla dava konusu yapma riskini de

⁶⁷⁸ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 8, s. 370.

⁶⁷⁹ MEIER, s. 18.

⁶⁸⁰ MEIER, s. 18.

⁶⁸¹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.10, s. 148

⁶⁸² FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 528

engellemektedir⁶⁸³. Bunun yanısıra, belirsiz alacak davasının özellikle zamanaşımı ve faiz bakımından doğurduğu sonuçlar da bu tür davanın kabulünü zorunlu kılar. Özellikle alacağın miktarının belirlenmesi için bilirkişi incelemesi gerekli olduğu durumlarda, davacı belirsiz alacak davası yerine alacağını belirleyip normal bir eda davası açtığı takdirde, maddi hukuktan kaynaklanan alacağının tümüne kavuşamama rizikosuyla karşı karşıyadır. Tazminat taleplerinde, haksız fiilin doğurduğu sonuçlarla zararın miktarı bir çok durumda bilirkişi incelemesi sonucu belirlenebilir. Buna engel olmak için de davacı, yargılama sırasında zamanaşımı süresi dahilinde, ıslah masraflarına katlanarak talep sonucunu artırmaktadır. Örneğin, Yargıtay kararına konu olan bir olayda, manevi tazminat talebini 20.000.000 TL'den 50 kat artırarak 10.000.000.000 TL'ye çıkarmıştır⁶⁸⁴. Diğer bir olayda, davacı dava açarken fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak olumlu ve olumsuz zararı olarak şimdilik 1.000.000.000 TL'sinin faiziyle tahsilini talep etmiş, bilirkişi raporu neticesinde talebini 59.500.000.000 TL'ye çıkartarak 59.5 kat artırmıştır⁶⁸⁵. Sulh müzakereleri, geçici değer üzerinden yapılabileceği gibi talebin belirlenmesinden sonra da yapılabilecektir. Bu nedenle kural olarak belirsiz alacak davasının sulh müzakerelerini zorlaştırıcı veya engelleyici bir yönü bulunmamaktadır⁶⁸⁶.

⁶⁸³ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn 6.10, s. 148

⁶⁸⁴ 21. HD, 15.2.2005, 125/1171 (YILMAZ, Islah, s. 257-258).

⁶⁸⁵ 13. HD, 6.12.2005, 11504/18503 (YILMAZ, Islah, s. 318); Aynı Doğrultuda: Davacı dava açarken maddi ve manevi zararı 90.000.000 TL olarak belirlemiş, bilirkişi incelemesi sonucu ise taleplerini ıslahla 3 kattan fazla artırarak 277.824.523.788 TL'ye çıkarmıştır, 13. HD, E. 2004/6493 K. 2004/15431 (YILMAZ, Hekimin Sorumluluğu, s. 227-228); Davacının 43.000.000.000 TL maddi tazminat talebini, hesap raporu sonucunda yaklaşık 2 kat artırarak 84.519.034.519 TL'ye çıkarmasına ilişkin HGK, 4-200/227, 14.4.2004 (YILMAZ, Islah, s. 244 vd.). Danıştay 10. Dairesi, 20.10.1999 tarihli E. 1997/721, K. 1999/5266 sayılı kararda talep edilen miktar 100.000 lira olmasına karşın hesaplanan miktar 2.837.783 liradır (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

⁶⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 11, D, II.

§ 10. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin birinci fıkrası, belirsiz alacak davasının şartlarını düzenlemiştir. Bu hüküm çerçevesinde belirsiz alacak davasının üç şartı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, belirsiz alacak davası açmak isteyen alacaklının dava açtığı anda, alacağının miktarını veya değerini tam ve kesin olarak belirlemesinin kendisinden beklenilememesi veya imkânsız olmasıdır. İkincisi, belirsiz alacak davası açmak isteyen alacaklının, alacak miktarının tam ve kesin olarak belirlenmesinin kendisinden beklenemeyeceğini veya imkânsız olduğunu ortaya koymasıştır. Yani davacı, belirsiz alacak davası açmasını gerektiren hukuki ilişkiyi dava dilekçesinde göstermelidir. Son olarak davacı, her ne kadar alacak miktarını tam ve kesin şekilde belirleyemezse de dava açtığı ana kadar belirleyebildiği miktar veya değeri dava dilekçesinde göstermek zorundadır. Yani alacaklı dava konusunun değeri olarak geçici bir miktar veya değer göstermek zorundadır. Belirtmek gerekir ki, bu üç şartın bir arada bulunması gerekir. İlk iki şartta söz konusu olacak bir eksiklik, alacaklının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yarar yokluğu ile davanın usulden reddine (m. 115/2); üçüncü şarttaki eksiklik ise dava dilekçesinin işleme konulmamasına (HarçK m.16/3) neden olmaktadır⁶⁸⁷.

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nunda da belirsiz alacak davasının şartları Türk hukukundaki düzenlemeye paraleldir. Söz konusu kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Davacının alacak talebini yargılamanın başında rakamsal olarak belirlemesi imkânsız veya kendisinden beklenemez ise, rakam olarak belirlenmemiş alacak davası açabilir. Bununla birlikte davacı, dava konusunun geçici değeri olarak asgari bir değer göstermek zorundadır.*" Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi için alacak miktarının veya değerinin belirlenmesinde bir imkânsızlık ya da davacıdan beklenememe durumunun bulunması gerekir⁶⁸⁸. Bu durumda dahi belirsiz alacak davası açmak

⁶⁸⁷KURU/ARSLAN/YILMAZ, ise herhangi bir ayırım yapmaksızın, hâkimin, belirsiz alacak davasında, kanunun aradığı şartlara uygun olarak açıldığını tespit etmesi halinde, hukuki yararın varlığını kabul ederek davayı göreceğini, aksi takdirde dava şartı eksikliğinden davayı usulden reddedeceğini ifade etmektedirler (s. 263-264).

⁶⁸⁸ BGE 116 II 215; BGE 131 III 243; SCHLEIFFER MARAIS, Prisca, in: Baker&McKenzie (Hrsg),

isteyen alacaklı, dava konusunun değeri olarak geçici bir değer göstermek zorundadır. İsviçre hukukunda hukuki ilişkinin gösterilmesi kanunda ayrıca ifade edilmemiştir.

Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber Alman hukukunda da belirsiz alacak davası ancak; davacının alacak talebini belirlemesinin kendisinden beklenemeyeceği veya imkânsız olduğu durumlarda açılabilir⁶⁸⁹. Ayrıca alacaklı Türk hukukunda olduğu gibi hukuki ilişkiyi ortaya koymak zorundadır⁶⁹⁰. Alman Federal Mahkemesi önceleri⁶⁹¹ davacının dava dilekçesinde asgari veya yaklaşık değer göstermesini belirsiz alacak davasının bir şartı olarak kabul etmesine rağmen, son kararlarında alacaklının, asgari veya yaklaşık değer göstermese dahi belirsiz alacak davası açabileceğini kabul ettiği görülmektedir⁶⁹².

Sonuç olarak, gerek Alman ve İsviçre hukukunda gerekse Türk hukukunda belirsiz alacak davası, sadece alacak miktarının davanın açıldığı anda belirlenmesinin **davacıdan** beklenmemesi veya imkânsız olması durumlarında açılabilir. Davacının talebinin belirli olmasına rağmen davalı tarafından alacağın kısmen veya tamamen inkar edilmesi veya alacağı belirleyecek unsurlar arasında tarafların anlaşamamaları ise, bu alacağı belirsiz hale getirmez⁶⁹³. Bu nedenlerle belirsiz alacak davası açılmaz.

Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 91, Rn. 22, s. 399; LEUENBERGER, Christoph, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 221, Rn. 33, s. 1263; Botschaft zur ZPO, Art. 83, s. 7287.

⁶⁸⁹ BGH, NJW 1967, s. 1421; BGH, NJW 1970, s. 281.

⁶⁹⁰ BGHZ 4, s. 138 vd.; BGH, NJW 1967, s. 1421; BGH, NJW 1970, s. 282; BGH, NJW 1982, s. 340.

⁶⁹¹ BGH, NJW 1982, s. 340; BGH, NJW 1984, s. 1809.

⁶⁹² BGH, NJW 1999, s. 1340.

⁶⁹³ Bu nedenle Türk hukukunda, ÇİL/KAR'ın verdikleri örnek yanlıcıdır. Örneğe göre, davacı 5 yıl çalıştığını iddia ederken, davalı ise davacının 3 yıl çalıştığını savunmakta, böyle bir durumda süre yönünden tartışma olduğu ve dolayısıyla belirsiz hale geldiğini ifade etmişlerdir (s. 32). Burada alacağın belirli olup olmadığı davacı kendisi değerlendirmelidir. Davacı, 5 yıl çalıştığı iddiasında ise, davacı için süre bakımından bir belirsizlik yoktur. Davalının 3 yıl çalışma savunması bu durumu belirsiz kılmaz. Örneğe bağlı olarak denilebilir ki, davacı bakımından belirsizlik ancak davacının kaç yıl çalıştığını bilmemesi durumunda ortaya çıkacaktır. Yani işçi, dava açmadan önce kaç yıl çalıştığını bilmiyorsa ve buna bağlı olarak taleplerini belirleyemiyorsa, bu takdirde belirsiz alacak davası açılabilir. Bu bağlamda PEKCANITEZ'in verdiği örnek belirsiz alacak davasının açılabilmesi şartını açıklaması bakımından son derece isabetlidir. PEKCANITEZ, alacaklının 100.000 liralık alacak iddiasına karşılık davalının 10.000 lira borcunun kaldığı savunmasına rağmen bunun alacaklının alacağını belirleyemeyeceği anlamına gelmeyeceğini, alacaklının alacağının miktarını belirleyebilecek durumda olduğu için belirsiz alacak davası açamayacağını ifade etmektedir (s. 45-46).

B. Alacak Miktarının veya Değerinin Belirlenememesi

Daha önce de belirttiğimiz gibi, belirsiz alacak davasının açılabilmesi için davanın açıldığı anda davacının talep miktarını kesin olarak belirleyememesi gerekir. Ancak, davacının talep miktarını belirleyebilmesinin zor olduğu her durum, belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir⁶⁹⁴. Davacının belirsiz alacak davası açabilmesi için, talep miktarını belirleyememesinin ya bir imkânsızlığa ya da kendisinden beklenemeyecek bir duruma dayanması gerekir⁶⁹⁵. Davacı, belirsiz alacak davası ile imkânsızlık ve beklenememe durumunu ortadan kaldıran talebini belirlemeyi sağlayacak gerekli bilgi ve belgeleri elde edecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde, alacaklının, alacak miktarını veya değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu durumlarda belirsiz alacak davasının açılabileceği düzenlenmekle beraber, hangi durumlarda alacaklıdan bunun beklenemeyeceği veya bunun belirlenmesinin imkânsız olduğu düzenlenmemiştir. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da bu bakımdan bir farklılık bulunmamaktadır. Her iki kanunda da gerek imkânsızlık gerekse beklenememe durumunun varlığı belirsiz alacak davasının açılması için yeterli sayılmış, imkânsızlık ve beklenememe bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Önemle belirtmek gerekir ki, imkânsızlık ve belirleyememe durumlarını kesin şekilde belirleyebilecek bir kategori yapılamaz⁶⁹⁶. Her somut olaya göre değerlendirme yapmak gerekmektedir. Yargı kararları bu konuda yol gösterici olacaktır. Hangi durumda bir imkânsızlığın söz konusu olduğu, hangi durumda ise beklenilmeyen bir durumun söz konusu olduğunu tespit etmek ve bunları birbirinden ayırmak kolay değildir⁶⁹⁷. Ayrıca alacak miktarının hangi durumda

⁶⁹⁴ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 61, s. 131; KLETT, s. 76.

⁶⁹⁵ LOOSLI, sadece bekleneme durumunun belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli sayılması gerektiğini ifade etmektedir (s. 68).

⁶⁹⁶ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 11, s. 641-642.

⁶⁹⁷ BOPP/BESSENICH, alacak miktarının belirlenmesinin bilirkişi incelemesi bağlı olduğu durumlar ile davalı taraf veya üçüncü kişide bulunan bilgi ve belgelere bağlı olduğu durumları hem imkânsızlık hem de beklenememe durumlarına örnek olarak göstermektedir (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 12-13, s. 642). LOOSLI, alacak miktarını belirlemeye yarayan bilgi ve belgelerin davacı değil de davalı veya üçüncü kişide bulunmasını bazı durumlarda imkânsızlık olarak değerlendirmiş, bazı durumlarda ise beklenememe olarak değerlendirmiştir (s. 7, 68). COURVOISIER, ise imkânsızlık halleri ile beklenememe durumunu her hangi bir ayırma tabi tutmaksızın ikisini bir değerlendirerek açıklamalarda bulunmuştur (in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 2, 3, 4, s. 368). Aynı şekilde: MOHS, in: Gehri/Kramer

belirsiz olduğu bir usul problemi olmadığı için usul kanunlarında bu yönde bir düzenlemenin yapılması da doğru olmazdı. Bu problem bir maddi hukuk sorudur. Bu nedenle maddi hukukta alacak miktarının belirlenemediği bazı durumlarda bunu belirlemeyi sağlayacak düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle tazminat taleplerinde zararın miktarı belirlenemediği durumlarda zarar verenin elindeki bilgi ve belgeleri paylaşması zorunluluğu getirilmişken (MarkKHK m.65) bazı durumlarda ise tazminat miktarının belirlenmesinde hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır (TBK m. 50/2; TBK m. 58/2). Bazen de hâkime tazminat miktarını artırma yetkisi tanınmıştır (MarkKHK m.67).

Alacak miktarının belirsiz olması kavramı, daha önce Türk hukukunda alacağın likit olup olmaması bakımından değerlendirilmiştir⁶⁹⁸. Yargıtay'ın icra hukukunda inkar tazminatına hükmedilebilmesi için yaptığı alacağın likit olup olmadığı ayrımı doktrinde de benimsenmiştir. Likit alacak, tutarı belli, hesaplanabilen alacak anlamında kullanılmaktadır⁶⁹⁹. Hukuk Genel Kurulu bir kararında⁷⁰⁰ *“alacağın gerçek miktarı belli ve sabit ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmekte veya bilinmesi gerekmekte ve böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesi mümkün ise başka bir ifadeyle, borçlu yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda ise”* alacağın belirli, likit olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, alacaklının, alacak miktarını belirlemeye yarayan unsarlara sahip

(Hrsg), Art. 85, Rn. 2, s. 197. LIEBSTER de imkânsızlık ve bekleneme hallerini eş değer görmekte, alacak miktarının belirlenmesinin karşı taraftaki bilgi ve belgelere bağlı olduğu durumları, bekleneme olarak belirtmektedir (s. 105).

⁶⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: YILMAZ, Ejder, İcra İnkâr Tazminatı Açısından "Likid Alacak" Kavramı, Bankacılar Dergisi, S. 67, 2008, s. 85 vd.; KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, C. 1, İstanbul 1988, s. 304 vd.; KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul 2006, s. 230 vd.; KURU, Baki, Ödeme Emrine İtirazın İptali ve İcra İnkâr Tazminatı, Makaleler, İstanbul 2006, s. 624-627; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2011, s. 167-169; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, Ankara 2012, s. 206-207; KARSLI, Abdürrahim, İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010, s. 427-428; MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 337.

⁶⁹⁹ YILMAZ, s. 737; POSTACIOĞLU, belirli bir miktar paranın verilmesi halinde doğan alacağın likit alacak olduğunu ifade etmektedir. Yazar tazminat taleplerinin haksız fiil veya sözleşmeden doğsa dahi likit olmadığını; çünkü tarafların tazminat alacağının miktarı üzerinde mutabık olmadığı takdirde, muhtacı muhakeme olduğunu ifade etmektedir. Yazar, tazminat miktarının likit olmasının iki şekilde mümkün olduğunu ifade etmektedir. İlki, tazminat miktarının borçlu tarafından kabul edilmesi ve tanınması; ikinci ise mahkemenin tazminat miktarı hakkındaki kararı ile alacağın likit hale gelmesidir (POSTACIOĞLU, İlhan, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 148'deki dn. 2).

⁷⁰⁰ HGK, 12.3.2003, 19-109/152 (YILMAZ, s. 738-739). Aynı şekilde: 13. HD, 22.2.2012, E. 2011/13019, K. 2012/3580 (İBD, C. 86, S. 2012/4, Temmuz-Ağustos 2012, s. 446 vd.)

olmaması durumunda, alacağın belirsiz olduğunu kabul etmek gerekecektir⁷⁰¹. Yargıtay'ın likit alacak-likit olmayan alacak ayrımı belirsiz alacak davasında da yol gösterici⁷⁰² olmasına karşın tek başına yeterli değildir. Bu nedenle, kanun koyucu likid alacak kavramı yerine, alacağın hangi durumlarda belirsiz olarak kabul edileceğini ayrıntılı olarak düzenlediği görülmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay kararları incelendiği, likit alacak-likit olmayan alacak ayrımı, temel olarak, bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulup duyulmaması⁷⁰³ veya dava konusu alacağın yargılamayı gerektirip gerektirmediğine⁷⁰⁴ göre yapılmaktadır⁷⁰⁵. Ayrıca alacağın likit sayılabilmesi için ön görülen, alacağın miktarının belirlenmesi için tarafları anlaşmaları kıstası⁷⁰⁶ da, kanaatimizce alacağın miktarını belirsiz kılmamaktadır. Çünkü daha önce de ifade edildiği üzere, tarafların alacağın miktarı bakımından anlaşamamaları alacağı belirsiz kılmamakta, fakat tartışmalı kılmaktadır. Alacağın miktarının tartışmalı olması ise, belirsiz alacak davasının açılmasına imkân vermemektedir. Ayrıca, alacağın belirsiz olması, sadece bilirkişi incelemesi gerekmesi durumuna göre de ortaya çıkmamaktadır. Aşağıda detaylı olarak belirtildiği üzere, bilirkişi incelemesinin gerekli olduğu haller dışında, borçlunun veya üçüncü kişilerin elinde bulunan bilgi ve belgelere bağlı olan alacaklar da belirsiz alacak davası bakımından, belirsiz olarak kabul edilmektedir. Esasında bu tür alacaklar likit olmasına rağmen, belirsiz alacak davası bakımından miktarı belirsiz alacaklardandır. Ayrıca, belirsiz alacak kavramını, likid alacak kavramı ile eş değer görmek, belirsiz alacak davasının şartlarını göz ardı edilmesine de sebebiyet verebilir. Kanaatimizce, likit alacak kavramını sadece inkar tazminatı bakımından değerlendirmek gerekir. Bu nedenlerle, biz aşağıda hangi durumda alacak miktarının belirlenmesinin imkânsız veya davacıdan beklenemeyeceğini belirlemeye ve

⁷⁰¹ ÜSTÜNDAĞ, likit alacağı, alacağın miktarının daha alacağın doğumu anında muayyen olduğu alacaklar olarak ifade etmektedir (s. 108). Aynı şekilde: MUŞUL, İcra Hukuku, s. 337.

⁷⁰² YILMAZ, s. 737.

⁷⁰³ HGK, 7.11.2001, 19-1028/766 (OSKAY, Mustafa/KOÇAK, Çoşkun/DEYNEKLİ, Adnan/DOĞAN, Ayhan, İİK Şerhi, Madde 1-67, C. 1, Ankara 2007, s. 1340 vd.); 15. HD, 30.6.2004, 1430/3656 (OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, C. 1, s. 1335 vd.).

⁷⁰⁴ HGK, 10.5.2000, 19-839/879 (DEYNEKLİ, Adnan/KISA, Sedat, İtirazın İptali Davaları, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 745-746); 19. HD, 18.11.2003, E. 2002/9738, K. 2003/11650 (DEYNEKLİ/KISA, s. 739).

⁷⁰⁵ Aynı şekilde bkz.: KURU, İcra İnkâr Tazminatı, s. 624-625; YILMAZ, s. 737; KARSLI, İcra Hukuku, s. 427.

⁷⁰⁶ POSTACIOĞLU, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982, s. 148, dn. 2; YILMAZ, Likid Alacak, s. 92; KURU, C. 1, s. 305; KURU, El Kitabı, s. 230; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra-İflas, s. 167; ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 108; PEKCANİTEZ/ATALAY /SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 207; KARSLI, İcra Hukuku, s. 427; MUŞUL, İcra Hukuku, s. 337.

böylece belirsiz alacak kavramını ortaya koymaya çalışacağız.

Alacaklıdan dava açtığı anda alacak miktarının üst sınırını belirleyebilmesi, alacak miktarını belirlemeyi mümkün kılacak bilgi ve belgelerin kendisinde bulunması veya en azından bunlara ulaşabilmesine bağlıdır. Alacak miktarının belirlenmesini sağlayan veya yardımcı olan bilgi ve belgelerin alacaklının bünyesinde bulunmaması durumunda, alacaklının alacak miktarını tam olarak belirlemesi imkânsızdır⁷⁰⁷. Buna rağmen alacaklının, alacağının miktarını kesin olarak belirledikten sonra dava açabileceğini şart koşturmak, alacaklının bu bilgi ve belgelere ulaşana kadar dava açamamasına neden olabilir⁷⁰⁸. Bununla beraber alacak miktarının belirlenmesinde hâkimin geniş takdir yetkisi bağlı olduğu durumlarda da davacının alacak miktarını belirlemesi imkânsızdır. Örneğin, maddi tazminat taleplerinde, zararın miktarının zarar gören tarafından tam olarak ispat edilemediği durumlarda, hâkim geniş takdir yetkisini kullanarak zararın miktarını kendisi belirlemektedir (TBK m. 50/2). Benzer bir durum manevi tazminat talepleri bakımından da söz konusudur (TBK m. 56; TBK m. 58). Bu durumlarda, alacaklı, davanın açıldığı anda talebinin üst sınırını belirleyemez. Çünkü burada tazminatın miktarı ancak hükümle beraber tam olarak belirli hale gelmektedir. Bu nedenle bu durumlarda alacaklının talep sonucunu belirlemesi imkânsızdır⁷⁰⁹.

Bazı durumlarda da alacaklının, alacağının üst sınırını belirleyebilmesi, delillerin incelenmesinden sonra mümkündür. Bu özellikle tazminat zararın miktarının belirlenmesinde bilirkişi incelemesinin gerekli olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda alacaklıdan, dava açmadan önce alacağının miktarını belirlemeye yönelik uzman kişilerden rapor alması beklenemez⁷¹⁰. Bu nedenle bu durumlarda da alacaklıdan, davanın açıldığı anda alacak miktarının üst sınırını kesin olarak belirlemesi beklenemez⁷¹¹. Çünkü, bu durumlarda alacağın miktarı ancak

⁷⁰⁷ BGE 123 III, s. 140; LOOSLI, s. 7; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 2, s. 527-528; PEKCANITEZ, s. 44. Karş: LIEBSTER, bu durumu imkânsızlık değil de beklenememe durumu olarak kabul etmiştir, s. 105. Türk hukukunda da ŞAHLANAN, bu durumda alacağın davanın açıldığı anda alacaklı tarafından objektif olarak belirlenmesinin kendisinden beklenmeyeceği durum olarak kabul etmektedir (s. 6).

⁷⁰⁸ LOOSLI, s. 7.

⁷⁰⁹ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 63, s. 132; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 2, s. 528; LOOSLI, s. 7; LIEBSTER, S, s. 105; PEKCANITEZ, s. 44.

⁷¹⁰ Bknz.: § 10, B, II.

⁷¹¹ FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 528; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn. 6.10, s. 148; LOOSLI, s. 7; BERNHARDT, s. 213;

yargılama sırasında delillerin incelenmesinden sonra belirlenebilir hale gelecektir.

Önemle belirtelim ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin birinci fıkrasında yer alan alacak miktarının üst sınırının kesin olarak belirlenmesinin imkânsız veya davacıdan beklenemeyeceği durumlar, davacının kendisinden kaynaklanan nedenlere dayanmamalıdır⁷¹². Davacı, talep sonucunu kesin olarak belirleyebilecek bilgi ve belgelere ulaşabilecek durumda olmasına rağmen, bunun için herhangi bir emek veya zaman harcamamışsa, kanunda kabul edilen şekilde bir imkânsızlık hali veya beklenememe durumu söz konusu değildir⁷¹³. Çünkü alacaklı dava açmadan önce alacağın miktarını belirleyebilmek için gerekli özeni göstermelidir. Bu nedenle davacı belirsiz alacak davası açarak dava malzemesinin toplanmasını sağlayamacağı gibi, bu eksikliği veya ihmalkârlığı belirsiz alacak davası ile gideremez. Ancak, belirsiz alacak davasında, talebin miktarının belirlenebilmesinde imkânsızlık veya beklenememe durumunun bulunup bulunmadığı değerlendirilirken, davacıdan dava açmadan önce alacağını belirlemeyi sağlayacak her türlü önlemleri alması örneğin, bu bağlamda daha önce de belirttiğimiz gibi dava açmadan önce bir uzmandan rapop alması da beklenemez⁷¹⁴. Davacının belirsiz alacak davası açabilmesi için dürüstlük kullarına göre tüm özeni göstermesine rağmen talebini belirleme imkânsızlık ve beklenemeyen bir durumun varlığı nedeniyle talebini belirleyememesi yeterli sayılmalıdır⁷¹⁵. Yoksa alacaklının diğer dava imkânlarını kullanabilmesi veya dava açmadan önce alacağını belirleyebilecek bir takım olanaklarının bulunması, belirsiz alacak davasını açma imkânının sınırlandırılması veya açılmasının zorlaştırılması sonucunu doğurmaz⁷¹⁶.

LENT, s. 110; PEKCANITEZ, s. 44.

⁷¹² COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 368

⁷¹³ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 398. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, bu nedenle örneğin, Sosyal Güvenlik kurumuna müracaatla, alacak miktarını belirlemeyi sağlayacak bilgiye ulaşması mümkün olan alacaklının, belirsiz alacak davası açamayacağını ifade etmektedir (s. 381). Ayrıca bkz.: § 9, C, I, 2.

⁷¹⁴ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 375.

⁷¹⁵ FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 530; OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 6, s. 375.

⁷¹⁶ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 4-5, s. 375.

I. Alacak Miktarının veya Değerinin Kesin Olarak Belirlenmesinin İmkânsız Olması

1. Genel Olarak

Belirsiz alacak davası, alacaklının tüm iyiniyetine ve gayretine rağmen alacak miktarını davanın açıldığı anda kesin olarak belirlemesinin imkânsız olması durumunda açılabilir. Davanın açıldığı anda, alacak miktarının kesin olarak dava dilekçesinde gösterilmesinin imkânsız olabileceği durumların var olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir fikre göre, alacaklı hiç bir durumda alacak miktarını kesin olarak belirlemekte imkânsızlık içinde bulunmamaktadır⁷¹⁷. Çünkü alacaklının her halükarda dava dilekçesinde herhangi bir miktarı gösterebileceği ifade edilmektedir⁷¹⁸. Buna karşılık bir diğer fikir, imkânsızlık hallerini kabul edip hangi durumlarda söz konusu olduğuna kısaca değinmiştir⁷¹⁹.

Hakikaten bazı yazarların⁷²⁰ ifade ettiği gibi, alacaklının her durumda, yani alacak miktarını kesin olarak belirleyebilecek durumda olmasa dahi, dava dilekçesinde, talep sonucu olarak rakamsal bir miktarı gösterebileceği, bu nedenle dava dilekçesinde talep sonucu olarak kesin bir miktarın veya değer gösterilmesinin hiçbir durumda imkânsız olmadığı ileri sürülebilir⁷²¹. Ancak alacaklının alacak miktarını belirlemesinin imkânsız olması veya kendisinden beklenememesi ile alacak miktarını düşük veya yüksek tahmin etmesi; alacaklının alacak miktarını yanlış değerlendirme veya belirleme ihtimalinin her davada söz konusu olması yahut alacaklının kısmi dava açma imkânının bulunması birbirinden farklı hususlardır⁷²². Alacaklı elbette alacak miktarını kesin olarak belirleyemezse dahi, dava konusunun değeri olarak, tahmini bir değer belirleyebilir. Ancak, yargı kararları incelendiğinde,

⁷¹⁷ RÖHL, s. 60; BLECHSCHMID, s. 39; KERN, s. 121.

⁷¹⁸ RÖHL, s. 59; UBERT, s. 22 vd.. Kanaatimizce BLECHSCHMID, imkânsızlık durumunu hatalı olarak değerlendirmektedir. Yazar, imkânsızlık durumunun sadece davanın açıldığı anda hükümlerle kabul edilecek miktarın belirlenmesinde söz konusu olabileceğini, bunun ise sadece belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanıyan tazminat alacakları bakımından değil tüm davalar bakımından geçerli olduğunu ifade etmektedir (s. 38).

⁷¹⁹ LOOSLI, s. 7; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 12, s. 642; UBERT de imkânsızlık hallerini açıklamakla beraber belirsiz alacak davasının açılmasını zorunlu kılan bir durumun var olmadığını ifade etmektedir (s. 22-25).

⁷²⁰ RÖHL, s. 59; UBERT, s. 22 vd..

⁷²¹ Bknz.: OBERHAMMER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Art. 85, Rn. 3, s. 498.

⁷²² OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 4, s. 375.

bu durumlarda alacaklının ve hatta avukatların değerlendirmelerinin, tahminlerinin hiç de yerinde olmadığı görülmektedir⁷²³. Burada araştırılması gereken, alacaklının yargılamanın başlangıcında alacak miktarını ne ölçüde rakamsal olarak belirleyebildiği; bunu tam olarak belirlemesine engel durumun imkânsızlık sayılıp sayılamayacağıdır.

Alacak miktarının belirlenemesinin imkânsız olduğu durumlar, kanaatimizce ya alacaklının alacak miktarını belirlemeyi mümkün kılan bilgi ve belgelere sahip olmaması⁷²⁴ ya da alacak miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin geniş olduğu hallerde söz konusu olacaktır. Bu durumlarda alacak miktarının davanın açıldığı anda alacaklı tarafından belirlenebilmesi imkânsızdır.

Aşağıda da belirtileceği üzere, alacaklının davanın açıldığı anda talep sonucunu kesin olarak belirlemesinin imkânsız olması durumu bir çok şekilde karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu imkânsızlık türlerinin tümü alacaklı bakımından değerlendirilecektir. Bir diğer deyişle, bazı durumlarda sadece alacaklı alacak miktarının üst sınırını belirleyebilecek durumda olamamakla beraber, borçlu veya üçüncü kişi belirleyebilecek durumda olacaktır. Bu durum belirsiz alacak davasının açılmasına engel değildir. Tabi alacaklının bu durumlarda gerçekten alacak miktarını belirleyip belirleyememekte objektif imkânsızlığının bulunması gerekir⁷²⁵. Yani, alacaklı kim olursa olsun bu durumlarda alacak miktarını belirleyemeyecek durumda olmalıdır. Yoksa alacaklının gereken özeni göstermemesi durumunda alacak miktarı belirlenemiyorsa, imkânsızlıktan söz edilemez. Örneğin, basit hesap işlemleri ile alacak miktarının belirlenebileceği durumlarda alacaklı imkânsızlık nedeniyle belirsiz alacak davası açamaz. Ancak, bir çok durumda gerek hukuki imkânsızlıkta gerekse geçici imkânsızlıkta, alacak miktarının kesin olarak belirlenmesi alacaklı bakımından alacağın miktarını belirlemeyi sağlayan unsurlarla buna ilişkin belge ve bilgilere sahip olmamaktan kaynaklanmaktadır. Bu durumlarda alacak miktarının belirlenmesi alacaklı bakımından imkânsız olmakla birlikte borçlu bakımından veya

⁷²³ Bknz.: § 9, C, II.

⁷²⁴ LOOSLI, s. 7; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 12, s. 642; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 2, s. 527-528; PEKCANITEZ, HMK Değerlendirmesi, s. 74. Alman hukukunda KERN bu durumda davacının AHMK m. 254'e göre basamaklı davanın açabileceğini, bu nedenle belirsiz alacak davasına ihtiyacın olmadığını işaret etmektedir (s. 133-134).

⁷²⁵ BLECHSCHMID, s. 36.

üçüncü kişi bakımından imkânsız olmayabilir. Örneğin, alacaklı pul koleksiyonunun iadesi için dava açtığında, iade yükümlülüğü bulunan borçluda ne kadar pulun olduğunu bilecek durumda olmayabilir. Ancak borçlu, kendisine ait olmayan ve iade etmesi gereken pulları bilecek durumdadır. Aynı şekilde, bir arsaya dökülen hafriyat miktarının kaldırılması için dava açan arsa sahibi, hangi işletmenin tam olarak ne kadar arsasına hafriyat döktüğünü bilecek durumda değildir. Ancak işletme sahipleri kayıtlarını inceleyerek bunu bilecek ve belirleyebilecek durumdadırlar. Bu nedenle imkânsızlık hali değerlendirilirken, tüm imkânsızlık türleri bakımından, alacaklı bakımından bir imkânsızlığın bulunup bulunmadığını ve bu imkânsızlığın alacaklı bakımından objektif olup olmadığını değerlendirmek gerekir.

Belirsiz alacak davasının açılabilmesi için bulunması gereken imkânsızlık halleri dört şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlar objektif, subjektif, hukuki ve geçici imkânsızlıktır. Bir çok durumda bu imkânsızlık hallerinden bir kaçı bir arada bulunmakla beraber bazı durumlarda ise, bir olay için imkânsızlığın tüm halleri bir arada görülmektedir.

2. Objektif İmkansızlık

Objektif imkânsızlık, davacının davanın açıldığı anda, talep sonucunu kesin olarak belirlemede objektif olarak başa çıkılamaz engellerle karşı karşıya bulunduğu durumlarda söz konusudur⁷²⁶. Bu durumdaki imkânsızlık hali, sadece davacı bakımından değil, davalı ve üçüncü kişiler bakımından da söz konusudur. Objektif imkânsızlık, alacağın miktarını belirlemeye yarayan unsurların davanın açıldığı anda henüz sonuçlanmadığı, değişkenlik gösterdiği durumlarda söz konusudur.

Bu imkânsızlık hali, özellikle haksız fiil sorumluluklarında, devam eden zararlar bakımından davacının talebini kesin olarak belirleyememesi nedeniyle söz konusu olur⁷²⁷. Devam eden zararlar, zararın kapsamını tayin etmek mümkün olmadığı için objektif imkânsızlığın bulunduğu kabul edilmelidir. Örneğin haksız fiil nedeniyle

⁷²⁶ UBERT, s. 32. PEKCANITEZ, bu tür imkânsızlığı biyolojik imkânsızlık olarak ifade etmektedir (s. 43).

⁷²⁷ UBERT, bu tür imkânsızlık halini ortaya koymakla beraber (s. 22-23) davacının burada talebini rakamsal olarak belirlemeksizin tespit davası açabileceğini, bu nedenle davacının kaçınılmaz olarak belirsiz alacak davası açmasına ihtiyacının bulunmadığını ifade etmektedir (s. 23). MENGES, imkânsızlık durumunun sadece devam eden zararlar bakımından söz konusu olabileceğini kabul etmekle beraber, bu durumda dahi belirsiz alacak davasının açılmayacağını ifade etmektedir (s. 128).

yaralanan kimsenin, sakatlığın derecesi ve bunun meydana getirdiği kazanç kaybı belirlenebilir olmadıkça zararın miktarı tam olarak öğrenilemez. Ancak bunlar öğrenilene kadar da tedavi giderleri gibi bir takım zararların tespiti de mümkündür. Davacı zararın kapsamını kesin olarak belirleyebilecek durumda olmaksızın da dava açmak isteyebilir. Bu durumda zarar görenin uğradığı zararın kapsamı belirlenebilir olduktan sonra, dava açması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, zarar gören kişinin, uğradığı zarar sürekli şekilde artmaya devam ettiği durumlarda bile, dava açtığı ve hüküm anına kadar uğradığı zararların tazminini talep etmek isterse, buna engel bir durumun yaratılmaması gerekir. Davacı bu durumda, dava açacağı zamana kadar uğradığı zararları tespit edip, bunu belirsiz alacak davasına konu yapmalıdır. Davacının, dava açtığı zamana kadar tespit ettiği zarar miktarı, onun dava dilekçesinde gösterdiği dava konusunun geçici değerini ifade eder. Tahkikat aşaması sonuna kadar davacının zararları belirlenebilir hale geldiği takdirde, bunları da iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın ileri sürebilmelidir. Bu durumda hâkimin, gerektiğinde hükmü değiştirme hakkını saklı tutarak kararını vermesi daha isabetli olur⁷²⁸.

Alman hukukunda belirsiz alacak davasının düzenlenmemesi sebebiyle, bu durumda, alacaklının imkânsızlık içinde bulunmadığını savunan yazarlar, alacaklının illaki belirsiz alacak davası açmasına gerek olmadığını; zarar görenin bu durumda tespit davası açabileceğini ve tespit davası bakımından da zarar görenin talebini belirlemekte bir zorluk yaşamayacağı ileri sürülmektedirler. Burada tespit davasının açılması gerektiğini öneren yazarlar, davacının tespit davasında sadece zarara neden olan hususları dava dilekçesinde belirtmesinin yeterli olduğu, bu nedenle bir belirsizliğin söz konusu olmadığını savunmaktadırlar⁷²⁹. Bu durumda, zarar gören bakımından kaçınılmaz olarak belirsiz alacak davası açma mecburiyeti söz konusu olmadığı için bir imkânsızlığın da bulunmadığı savunulmaktadır. MENGES de bu durumda henüz bir eda davasının açılabilmesi için gereken şartların meydana gelmediğini savunmaktadır⁷³⁰. Yazar, burada davacının, mahkemenin kendi yerine talep sonucunu belirlemesini bekleyemeyeceği gibi, mahkemenin de zaten davacı gibi zararın miktarını belirleyebilecek durumda olmadığını ifade etmektedir.

⁷²⁸ PEKCANITEZ, s. 43.

⁷²⁹ UBERT, s. 23.

⁷³⁰ MENGES, s. 128.

Yazara göre bu durumda tespit davasının zarar gören bakımından yeterli hukuki koruma sağlamaktadır⁷³¹. Ancak, daha önce de vurgulandığı gibi, bu durumlarda tespit davasının açılmasının usul ekonomisi bakımından fayda sağlamamakla beraber, zarar gören bakımından da yukarıda verilen örnekte olduğu gibi yeterli hukuki koruma sağlamamaktadır. Ayrıca, tespit davasının açılabilmesi, imkansızlık durumunu ortadan kaldırmaz. Objektif imkânsızlık durumunda, sadece alacaklı bakımından değil hem borçlu hem de üçüncü kişiler bakımından söz konusudur. Çünkü zarar veren eylem her ne kadar sona ermiş olsa da, zarar devam etmektedir. Bir diğer deyişle, ne zarar gören ne zarar veren ne de hâkim zararın miktarını tam olarak belirleyebilecek durumdadır. Bu durumda açılacak belirsiz alacak davası sonunda verilecek hüküm, sadece o zamana kadar doğan ve belirlenebilen zarara ilişkindir. Hükümden sonra ortaya çıkacak zararlar için zarar gören tekrar dava açabilir. Bunlar kesin hükmün kapsamında değildirler.

3. Sübjektif İmkansızlık

Sübjektif imkânsızlık hali, davacının, dava açıldığı anda talep sonucunu rakamsal olarak hiç bir şekilde belirleyebilecek durumda olamaması halinde söz konusudur⁷³². Bu tür bir imkânsızlık durumunda davacı, talebinin miktarını belirleyecek bilgi ve belgelere sahip değildir. Belirtmek gerekir ki, sübjektif imkânsızlık halinin objektif imkânsızlıktan farklıdır. Çünkü sübjektif imkânsızlık davacının nezdinde doğmaktadır. Bir başka deyişle, talep sonucunu kesin olarak davacı yargılamanın başlangıcında belirleyememektedir. Davacı dışında davalı veya üçüncü kişi talebin belirleyebilecek durumda olabilir. Sübjektif imkânsızlık hali, geçici imkânsızlık hali ile beraber olabileceği gibi objektif ve hukuki imkânsız halleri ile birlikte de söz konusu olmaktadır. Davacının, davanın açıldığı anda talep sonucunu rakamsal olarak belirlemede sübjektif imkânsızlık durumu, yargılama sırasında karşı taraftan veya üçüncü kişi tarafından gelecek bilgi ve belgelere bağlı olarak ortadan kalkmaktadır.

4. Hukuki İmkansızlık

Hukuki imkânsızlık hali, davacının yargılamanın başlangıcında, talep sonucunu

⁷³¹ Benzer şekilde: BERG, s. 85; KERN, s. 133.

⁷³² UBERT, s. 24.

süreklilik arz edecek şekilde bir hukuki engel nedeniyle kesin olarak belirlemesinin imkânsız olması durumunda söz konusu olmaktadır⁷³³.

Hukuki imkânsızlık hali, özellikle tazminat miktarının belirlenmesinin hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır⁷³⁴. Tazminat miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda zarar görenden alacak miktarını tam ve kesin olarak belirlemesi imkânsızdır. Bu durumlarda davacı, yargılamanın başlangıcında hâkimin takdir yetkisini ne yönde kullanacağını kestiremeyeceği için davanın açıldığı anda talebini belirleyebilecek durumda değildir. Bu durumda, tazminat miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu, onun değerlendirmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle alacaklı bakımından talep sonucunu kesin olarak belirlemek hukuki olarak imkânsızdır. Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 56 ve 58. maddelerinde öngörülen manevi tazminat taleplerinde hâkim geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Aynı durum maddi tazminata ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasında da söz konusudur. Bu nedenle bu durumlarda alacaklı, hukuki imkânsızlık nedeniyle belirsiz alacak davası açacaktır⁷³⁵.

5. Geçici imkânsızlık

Geçici imkânsızlık durumu, davacının davanın açıldığı anda alacak miktarını kesin olarak belirleyememesine rağmen yargılama sırasında belirleyebildiği durumlarda söz konusu olmaktadır.

Bu durumda alacaklının davacı olabilmesi için gerekli şartların oluşmadığı ve gerekli şartların oluşmasına kadar alacaklının dava açmasının mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Söz konusu bilgi ve belgelere ulaşamayan alacaklı, maddi hukuktan kaynaklanan alacağına kavuşamama tehlikesiyle karşı karşıya kalabileceği gibi alacağını dava yoluyla ileri sürmesi de zorlaştırılmış olur. Çünkü alacaklı, zararının giderilmesini yargı yoluyla ileri sürmedikçe alacağının miktarını belirleyebilecek durumda değildir. Bu çeşitli nedenlere dayanabilir. Örneğin, alacaklı alacağının miktarını belirlemek için gerekli bilgi ve belgelere ulaşmak amacıyla hukuki ilişkinin

⁷³³ UBERT, s. 23.

⁷³⁴ MENGES, s. 129.

⁷³⁵ Karş.: UBERT, s. 23-24.

borçlusuna başvurduğunda borçlu, söz konusu bilgi ve belgeleri paylaşmaktan kaçınabilir. Bu durumda alacaklının, borçlunun elindeki bilgi ve belgelere ulaşmasının tek yolu, dava açarak iddiasını bunlara dayandırması halinde mümkündür. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219. maddesi tarafların belgelerin ibrazı zorunluluğunu düzenlemiştir. Buna göre, taraflar, kendilerinin ve karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye sunmak zorundadırlar. Yargılamanın başlangıcında talep sonucunu kesin olarak belirlemesi imkânsız olan davacı, söz konusu belgelerin ibrazı ile talep sonucunu kesin olarak belirleyebilecektir. Bu nedenle belirsiz alacak davası bu durumlarda, hakkın yerine getirilmesi ve hukuki korumanın etkin olmasına hizmet etmektedir. Davacının, davanın açıldığı anda alacak miktarını belirlemedeki imkânsızlık durumu, bilgi ve belgelere ulaşması durumunda ortadan kalkacağı için burada geçici imkânsızlık söz konusudur.

II. Alacak Miktarının veya Değerinin Kesin Olarak Belirlenmesinin Davacıdan Beklenememesi

1. Genel Olarak Beklenebilir Olmama

Talep sonucunun kesin olarak gösterilmesinin imkânsızlığa dayanıp dayanmadığı tartışmalı olmakla beraber, bunu kabul etmeyen yazarlar dahi bazı durumlarda talep sonucunun kesin olarak belirlenmesinin davacıdan beklenemeyeceğini söylemektedirler⁷³⁶.

Belirsiz alacak davasının açıkça düzenlenmediği Alman hukukunda, talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyeceği hallerin başında, maddi ve manevi tazminat taleplerinde davacıyı tehdit eden yargılama giderleri rizikosu gösterilmektedir⁷³⁷. Buna karşılık, kanaatimizce, yargılama giderleri risikosunun tek başına belirsiz alacak davasının açılması için yeterli saymamalıdır⁷³⁸. Çünkü

⁷³⁶ UBERT, s. 26.

⁷³⁷ BLECHSCHMID, s. 46; PRECHTEL/OBERHEIM, Rn. 469, s. 148.

⁷³⁸ PEKCANITEZ, s. 20; MENGES, s. 134 vd.; UBERT, s. 25 vd.; BLOMEYER, § 43 II, s. 252; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 45, s. 129; BECKER-EBERHARD, sadece yargılama giderleri rizikosuna davalının katlanmasına hizmet eden belirsiz alacak davasının dinlenemeyeceğini ifade etmektedirler (in MünchKommZPO, § 253, Rn. 117, s. 1371). Aynı şekilde: SCHELLHAMMER, Rn. 59, s. 38; REICHHOLD, in Thomas/Putzo, § 253, Rn. 12, s. 429.

yargılama giderleri rizikosu her davada mevcuttur⁷³⁹. Belirsiz alacak davasının amacı davacıyı yargılama giderleri rizikosundan kurtarmak değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, belirsiz alacak davasının şartları kanunda belirlidir ve bu şartlar dışında başka sebepler gösterilerek belirsiz alacak davası açılmaz. Alacaklının alacak miktarını belirleyememesi ile yargılama giderleri rizikosu birbiriyle bağlantılı değildir. Önemle belirtelim ki, bu davanın taraflar ve yargılama hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar ile davanın açılabilme şartları birbiriyle karıştırılmamalıdır. Bu nedenle davacı, belirsiz alacak davasının davacı bakımından yargılama giderleri rizikosunu en aza indirdiği gerekçesiyle açamaz.

Yargıtay kararlarında⁷⁴⁰ “... miktar ve değer belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyor ise talep konusu alacağın tartışmalı veya açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmeli ve kısmi dava olarak görülmelidir.” denilmektedir. Alacak miktarının kesin olarak belirlenmesinin davacıdan beklenemeyeceği haller olarak, davacının dava açarken hukuki ilişkinin dayanağı olan vakıaları bilmemesi, bunlara ulaşamaması, uğradığı zarar ile borçlu olarak düşündüğü kişi veya kişilerle nedensellik bağı kuramaması gösterilemez⁷⁴¹. Davacının, hukuki ilişkinin temelini oluşturan vakıalara kısmen ulaşması veya tamamen ulaşamaması ile ispat araçlarına sahip olmaması yahut talebinin hangi miktarda ispat edebileceğinin belirlenmesi amacı, belirsiz alacak davası açmasını haklı kılamaz⁷⁴². Bu nedenle Yargıtay kararlarında yer alan, “miktar ve değer belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyor ise” ibaresini dar yorumlamamız gerekiyor. Bu durum ancak, bilinen bir vakıa içerisinde, alacağın miktarını belirleyen bir unsurun tespiti şeklinde anlaşılması

⁷³⁹ PEKCANITEZ, s. 47;

⁷⁴⁰ 9. HD, 27.2.2012, E. 2012/1757, K. 2012/5742 (ÇİL/KAR, s. 192-197). Aynı şekilde: 9. HD, 27.2.2012, E. 2012/1756, K. 2012/5741 (ÇİL/KAR, s. 198-202).

⁷⁴¹ UBERT, s. 26

⁷⁴² Benzer şekilde: BGH, NJW 1967, s. 1421; LOOSLI, s. 20; UBERT, s. 8, 26-27; WURM, s. 67-68. SCHÖNKE/KUCHINKE, § 41 II, s. 193; SCHELLHAMMER, Rn. 59, s. 38; ZIMMERMANN, § 253, Rn. 12, s. 487; REICHHOLD, in Thomas/Putzo, § 253, Rn. 12, s. 429; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 45, s. 129-130; ASSMANN, in Wiczorek/Schütze, § 253, Rn. 99, s. 105; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 41, s. 524. ÇİL/KAR, iş hukuku bakımından yaptıkları değerlendirmede, tazminat ve alacaklara esas hesabın unsurlarından olan süre ve ücret, kayıt dışılılık nedeniyle kanıtlamayı gerektireceğinden süre ve ücretin tartışmalı olması alacağı belirsiz hale getireceği yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir (s. 32, 34). Alacaklının iddia ettiği süre ve ücret miktarını ispat etmesi sorunu ile alacağın belirli olması sorunu birbirinden farklıdır. Burada alacak miktarı belirlidir; ancak alacaklının kayıt dışılılık nedeniyle ispat rizikosu bulunmaktadır. İspat rizikosu ise tek başına belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanımamaktadır.

gerekir. Örnek vermek gerekirse, haksız fiil nedeniyle çalışma gücünün yitirilmesi söz konusu olduğunda, tazminatın miktarını belirleyen en önemli unsurlar, çalışma gücündeki kaybın oranı ve bu kaybın geçici mi daimi mi olduğudur. Bu ise, yargılama sırasında bilirkişi incelemesi neticesinde tespit edilebileceği için, belirsiz alacak davası açılabilir. Buna karşılık, alacaklı, olayda kendi kusurunun olup olmadığını bilmediğini, böyle bir durum varsa bunun talep edeceği tazminatın miktarını etkileceğini, bu nedenle alacağın miktarını belirleyemediğini ileri sürerek belirsiz alacak davası açamaz. Çünkü bu durumda alacaklı, alacağın miktarını belirlemekten ziyade, alacağın varlığına ilişkin bir vakıayı belirleyemeye çalışmaktadır. Alacaklının hukuki ilişkisinin dayanağı olan vakıalara ulaşamaması ya da yargılama sırasında bunları tespit etmeyi amaçlaması, talep sonucunu kesin olarak belirlemesinin beklenemeyeceği durumlardan sayılamaz. Bu durumda, alacaklı, talebini somutlaştıramama durumu ile karşı karşıyadır. Alacaklının talebini somutlaştıramaması ise, belirsiz alacak davası açmasına imkân tanımamaktadır. Ayrıca burada ifade etmeye çalıştığımız husus ile yukarıda açıklanan karşı tarafın elindeki bilgi ve belgeye dayanarak belirsiz alacak davası açılmasına izin verilen durum birbirleriyle karıştırılmamalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, alacaklı söz konusu durumda tüm vakıaları bilmekte; iddiasını somutlaştırabilmekte; ancak vakıaların dayanağı olan bilgi ve belgeler karşı tarafın elinde bulunduğu için talep miktarını kesin olarak belirleyememektedir. Örneğin, arsasına hafriyat dökülen davacının durumunda olduğu gibi. Alacaklı hangi işletmelerin hafriyat döktüğünü bilmekle birlikte miktarını bilmemekte; bunu bilmesi ise, hafriyatı döken şirketlerdeki bilgi ve belgelere sahip olmaması nedeniyle imkânsız olduğu için, talep sonucunu kesin olarak belirleyememektedir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki, alacaklı, hafriyatın kimin tarafından döküldüğünü bilmeden, talebinin borçlusu belirlemek amacıyla belirsiz alacak davası açamaz.

Önemle belirtmek gerekir ki, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi, belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Bir davada bilirkişiye başvurulmasına rağmen, davacı dava açarken alacak miktarını belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılmaz. Bununla beraber doktrinde, yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiren her alacağın belirsiz olduğunu ifade etmişlerdir⁷⁴³.

⁷⁴³ ÇİL/KAR, s. 32.

Kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesine göre hâkim, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurabilir. Doktrinde, özel bilginin, hukuk bilimi dışında belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koymuş olduğu sonuçlara ilişkin bilgi; teknik bilginin ise, fizik, kimya, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgi olduğu ifade edilmiştir.⁷⁴⁴ Söz konusu madde gereğince, hâkimin, genel hayat tecrübesi uyarınca sahip olması gereken bilgilerle hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvuramaz⁷⁴⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hangi durumlarda bilirkişiye başvurulabileceği açıkça gösterilmekle beraber uygulamada buna uyulmadığı durumlar da bulunmaktadır⁷⁴⁶. Bilindiği gibi, uygulamada bazı basit hesap işlemleri dahi bilirkişiye gönderilmektedir⁷⁴⁷. Çünkü mahkemeler bu işlemlerin özel ve teknik bilgi gerektirdiğini kabul etmekte ve bu nedenle hesap işlerinden anlayan bilirkişilere başvurumaktadırlar. Kanaatimizce, hesap raporu alınması gereken her durumda, alacağın miktarı tartışmalı veya belirsiz değildir. Uygulamada, "hesap işi", çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerden kabul edildiği için, mahkemeler hesap gerektiren işlerde, hesap işlerinden anlayan bilirkişiye başvurumaktadırlar. Ancak, alacaklının, yalnız başına hesap edebileceği alacaklar belirlidir. Bu nedenle, basit özel bilgiler ve yine basit hesaplamalar ile bulunacak talep sonucu belirli sayılmalıdır. Davacının yalnız başına yapabileceği hesaplama ile mahkemenin davada gideceği hesap bilirkişi incelemesini birbiriyle karıştırarak sonuca varmamak

⁷⁴⁴ ARSLAN, Ramazan, Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Yargı Reformu 2000 Sempozyum, İzmir 2000, s. 195. TANVERDİ, Özel ve teknik bilginin, mesleki ve bilimsel tecrübe kuralları olduğunu ifade etmektedir (TANVERDİ, Mücahit, Medeni Usûl Hukukunda Bilirkişilik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991, s. 96).

⁷⁴⁵ TANRIVER, Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan, DEÜHFD, C. 11, İstanbul 2010, s. 578.

⁷⁴⁶ TANRIVER durumu şu çarpıcı ifadelerle açıklamaktadır: “Yargılama sistemi içerisinde üstlenmiş olduğu işlevin ağırlığına ve önemine rağmen, bilirkişilik kurumu, uygulamada sıkça amacı aşkın bir biçimde kullanılmakta, bu durum da anılan kurumun sürekli olarak yozlaştığı; ona mutlaka bir çeki düzen verilmesi gerektiği şeklinde yakınmalara sebebiyet vermektedir. Öte yandan, bilirkişilerin de, görevlerini, her zaman büyük bir titizlik ve özen içinde yerine getirdikleri de söylenemez. Bu bağlamda, zaman zaman deyiş yerindeyse, bir başıboşluğun egemen olduğu, bilirkişilik kurumunun sürekli yargının kanayan bir yarası niteliği taşıdığı hususu sık sık dillendirilmektedir.” (Bilirkişilik, s. 578-579).

⁷⁴⁷ TANVERDİ, hukuk, ticaret ve iş mahkemelerinde genellikle, bizatihi hâkimin bilmek durumunda olduğu, salt hukuk konularında dahi maalesef bilirkişiye gidildiğini; bunun sonucu olarak davaların uzadığını, yargılama masraflarının arttığını, hâkimlerin bilirkişi raporlarını aynen hüküm haline getirdiğini, bilirkişi seçiminde gerekli titizliğin gösterilmediğini ifade ederek, kurumun amacından saptığına işaret etmiştir. (TANVERDİ, s. 44). Yazarın ifade ettiği yanlış uygulamanın maalesef halen devam ettiğini söylemek mümkündür. Özellikle iş hukuku alanında bilirkişiliğin uygulamasına ilişkin değerlendirmeler için bkz.: ŞİŞLİ, Zeynep, İş Hukukunda Bilirkişilik, Yargı Reformu 2000 Sempozyum, İzmir 2000, s. 222 vd.

gerekir⁷⁴⁸. Önemli olan, davacının dava açarken dava dilekçesine yazacağı talep sonucunu hesaplayabilmesi ve kendi açısından belirleyebilmesidir. Hesap bilirkişisine gidilen davalarda, alacak miktarı taraflar arasında tartışmalı ise kısmi dava açılabilir. Ancak bu durumlarda, kural olarak alacak miktarını davacı kendisi belirleyebileceği için, belirsiz alacak davası açılmaz. Bu nedenle kanaatimizce bu durumlarda da alacak miktarı belirlidir⁷⁴⁹. Mahkemenin yargılama sırasında bilirkişiye başvurması da sonucu değiştirmeyecektir⁷⁵⁰. Kaldı ki bu durumlarda yargılama sırasında hâkimlerin de gerekli özeni gösterip, bilirkişiye başvuramaları gerekir⁷⁵¹. Çünkü, davacının veya vekilinin yapabileceği basit hesap işlemlerini hâkimin yapamayacağı kabul edilemez. Hakimlerin iş yükü de haklı gerekçe olarak kabul edilemez.

2. Bilirkişi İncelemesinin Gerektiği Durumlarda Belirsiz Alacak Davasının Açılması

Alacaklının alacak miktarını belirleyebilmesi için bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyduğu durumlar daha çok tazminat davalarında söz konusu olacaktır. Çünkü tazminat davalarında zararın miktarının belirlenmesi bir çok unsurun bilinmesine bağlıdır. Örneğin haksız fiil nedeniyle yaralanmada, ortaya çıkacak olan çalışma gücü kaybının oranı, bunun çalışma gücüne etkisi, devamlılık içerip içermemesi gibi unsurlar doğrudan doğruya zararın miktarının tespiti bakımından bilinmesi gereken unsurlardır. Tazminat miktarı ise bunların yanı sıra, kusur sorumluluğu varsa kusurun ağırlığı, birlikte kusur halinde bunun etkisi, zarar görenin aldığı önlemler gibi somut olayın özelliklerine göre bir çok unsura bağlıdır. Bu unsurların bir çoğunun belirlenmesi ancak özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlardandır. Alacaklının davanın açıldığı anda bu hususları bilmesi, belirleyebilmesi mümkün olmadığı gibi yargılama sırasında da hâkim ancak bilirkişiye başvurarak bu hususlar hakkında yeterli derecede bilgi sahibi olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu gibi durumlarda

⁷⁴⁸ YILMAZ, s. 740-741.

⁷⁴⁹ YILMAZ, s. 740-741; Aksi yönde: SÜZEK, s. 111.

⁷⁵⁰ YILMAZ, s. 741.

⁷⁵¹ ARSLAN, bilirkişiye ilişkin hükümlerin yanlış uygulanması veya en azından titizlikle uygulanmaması sonucunda, bilirkişilik uygulamasının yargıya olan güveni sarsıcı unsurlardan biri durumuna geldiğini ifade etmektedir (Bilirkişilik, s. 191). Aynı şekilde: ARSLAN, Ramazan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi, YD, C. 15, S. 1-4, Ocak-Ekim 1989, s. 158.

davacının talebi ancak bilirkişi incelemesi sonucunda belirli hale gelmektedir⁷⁵². Daha önce de ifade edildiği üzere, alacaklıdan, alacağın miktarının bilirkişi incelemesinden sonra tam olarak belirlenebildiği bu gibi durumlarda, dava açmadan önce alacağının miktarını tahminen belirlemesi istememez. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinin birinci fıkrasına göre, alacaklı alacak miktarını tam olarak belirleyemediği durumlarda uzman görüşüne başvurabilir. Ancak bu hükme rağmen, alacaklıdan dava açmadan önce alacak miktarını uzman kişiden yardım alarak belirlemesi de beklenemez. Bazı durumlarda olayın özellikleri göz önüne alındığında, farklı alanlardaki birden fazla uzmanın görüşünün alınmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle alacaklının talebinin miktarını, yargılama sırasında bilirkişi incelemesi yapılmasından sonra belirlemesine imkân tanınması gerekir.

Alacaklıdan dava açmadan önce uzman kişilerden rapor aldıktan sonra talebinin miktarını belirlemesinin kendisinden beklenilmemesi çeşitli nedenlere dayanmaktadır. Bu nedenlerden en önemlisi, bu tür raporların çok pahalı olmasıdır⁷⁵³. Alacaklıyı dava açmadan önce bu tür bir külfetin atına sokmak, hak arama özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır. Özellikle alacak miktarının belirlenmesi farklı uzmanlık alanlarından bir araya gelecek kişilerce belirlenebildiği durumlarda alacaklının davadan önce böyle bir heyetten alacağı rapor için ödemek zorunda kalacağı ücret daha da artacaktır. Dava açmadan önce böyle bir rapor alan alacaklı bunun ücretini davayı kazansa dahi kural olarak kendisi ödemek zorundadır⁷⁵⁴. Doktrinde bir görüşe göre, mutlaka uzman görüşüne başvurulması gereken durumlarda, uzmana ödenen bu tür ücretlerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendine göre “*yargılama sırasında yapılan diğer giderlerden*” olduğu gerekçesiyle karşı taraftan talep edilebileceğini belirtmektedirler⁷⁵⁵. Kanaatimizce de uzman görüşü için ödenen ücretler çok istisnai durumlarda bu bent gereğince,

⁷⁵² FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Art. 85, Rn. 3, s. 528

⁷⁵³ LOOSLI, s. 7; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 12, s. 642; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Art. 85, Rn. 3, s. 528; LIEBSTER, s. 105; ZEISS/SCHREIBER, Rn. 332, s. 132; LENT, s. 110; BERGERFURTH, Rn. 105, s. 66.

⁷⁵⁴ PEKCANITEZ, s. 45; UBERT, s. 32. Hükümet Gerekçesi'nde de bu durum açıkça ifade edilmiştir: “*Uzman görüşüne başvuracak tarafın bu konudaki gerekli masrafları kendisinin karşılayacağı doğaldır. mahkemeden veya karşı taraftan bu giderlerle ilgili herhangi bir talepte bulunulamaz ve bu giderler yargılama giderleri içerisinde sayılmaz.*”

⁷⁵⁵ PEKCANITEZ, Hakan, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 403

yargılama giderlerinden sayılabilmelidir⁷⁵⁶. Başka bir deyişle, teknik bilgi olmaksızın alacağın miktarının belirlenemediği durumlarda uzmandan alınan rapor, yargılama sırasında da gerekli olduğu ispatlanmışsa, diğer yargılama giderlerinden sayılmalıdır⁷⁵⁷. Ancak ödenecek ücretin, yargılama sırasında bilirkişi için ödenmesi gereken ücreti aşmaması gerekmektedir⁷⁵⁸. Yani alacaklı yargılamadan önce 5.000 lira karşılığında uzmandan yardım almış ise, yargılama sonunda haklı çıksa dahi davalı aleyhine bilirkişi ücreti olarak 5.000 liraya hükmedilmemeli; söz konusu husus için yargılama sırasında bir bilirkişiye ödenecek ücret ne ise, yargılama giderleri arasında o miktarda ücrete de karar verilmesi yerinde gerekir. Ancak, her halükarda, yargılamadan önce alacaklının uzmana başvurması, uzmanın ücretinin büyük kısmını kendisinin ödemesini gerektirecektir. Bu ise alacaklıya ek külfet getirmektedir. Yargılama sırasında, hâkimin kararı ile yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda ödenecek ücret, yargılama giderlerinden sayıldığı için yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin hükümler çerçevesinde taraflar sorumlu olacaktır (m. 323/1- e; m. 326). Yargılama sırasında hâkim kararı ile yapılan bilirkişi ücreti ise her halükarda uzmana ödenecek ücretten daha azdır. Bu durumda bilirkişilik ücreti, hâkim tarafından, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak ve her yıl güncellenen tarife⁷⁵⁹ esas alınarak, bilirkişinin harcadığı emek ve mesaiyle orantılı bir ücret takdir edilecektir (m. 283).

Alacaklı, dava açmadan önce, dava dilekçesini hazırlamak, iddiasını güçlendirmek için uzman görüşüne başvurabilir⁷⁶⁰. Alacak miktarını kesin olarak belirleyemeyen alacaklı da, dava açmadan önce, talep sonucunu kesin olarak belirlemek istediği takdirde uzman görüşüne başvurabilir. Bu takdirde, uzman görüşü veya özel bilirkişi raporu sayesinde alacaklı, dava açmadan önce talebinin miktarını belirleyebileceği

⁷⁵⁶ Aksi yönde: KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 456; KARSLI, s. 554; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 676.

⁷⁵⁷ PEKCANITEZ, Uzman Görüşü, s. 403; UBERT, s. 32.

⁷⁵⁸ PEKCANITEZ, Uzman Görüşü, s. 403.

⁷⁵⁹ Adalet Bakanlığınca 2012 yılı için çıkarılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bilirkişi Ücret Tarifesinin 5. maddesine göre bilirkişi ücretleri, sulh hukuk mahkemelerinde görülen dava ve işler için 150,00 lira; icra hukuk mahkemelerinde görülen dava ve işler için 150,00 lira; asliye hukuk mahkemelerinde görülen dava ve işler için 250, 00 lira; aile mahkemelerinde görülen dava ve işler için 200,00 lira; iş mahkemelerinde görülen dava ve işler için 200,00 lira; kadastro mahkemelerinde görülen dava ve işler için 200, 00 lira; tüketici mahkemelerinde görülen dava ve işler için 150,00 lira; fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinde görülen dava ve işler için 300,00 lira; asliye ticaret ve denizcilik ihtisas mahkemelerinde görülen dava ve işler için 300,00 liradır (RG, 30.9.2011, S. 28070)

⁷⁶⁰ KARSLI, s. 554.

için belirsiz alacak davası açamaz; normal bir eda davası açabilir. Ancak yargılama esnasında, davadan önce uzmandan aldığı raporunda eksiklik veya yanlış hesaplama olduğunu fark ederse, dava konusu yaptığı değer dışında kalan kısmı davalının rıza göstermemesi durumunda ıslah yoluyla veya ikinci bir dava ile talep edebilecektir. Yargılama sırasında davacı, bilirkişi raporuna süresi içinde itiraz edebileceği gibi ek veya yeni bir raporun istenmesini de talep edebilir. Mahkeme ise herhangi bir süreye bağlı kalmaksızın ek veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabilir (m. 281). Bu durumda davacı, tüm bu bilirkişi raporlarının veya ek raporları değerlendirerek tahkikatın sonunda alacağının miktarını kesin olarak belirleyeceği için, yargılamadan önce uzmandan alınan rapora dayanarak açılan normal bir eda davasından daha avantajlı durumdadır.

Uzman ile taraf arasında bir eser sözleşmesinin ya da telif hakkı sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir. Hatta ek yükümlülüklerin varlığı halinde, hizmet veya vekalet sözleşmesi de olabileceği kabul edilmektedir⁷⁶¹. Uzmanın tarafa karşı sorumluluğu, aralarında yapmış oldukları anlaşmaya dayanmaktadır. Uzman, karşı tarafa karşı sorumlu değildir. Dava açılmadan önce uzman kişilerden alınan raporlar, yargılama sırasında alınan resmi bilirkişi raporu gibi delil olmayıp, tarafların gerek iddialarını gerekse savunmalarını güçlendirmek için mahkemeye sundukları açıklamalarıdır⁷⁶². Hâkim, uzmanın hazırladığı raporu da serbestçe takdir eder⁷⁶³. Hâkimin, davacının iddiasını güçlendirmek için dava açmadan önce, davacının uzmandan aldığı rapora kural olarak bağlı olmaması, davacının, belirsiz alacak davası açmadan önce alacağını belirlemek için bilirkişiye başvurmasının kendisinden beklenmemesine neden olmaktadır⁷⁶⁴. Özellikle uzman, tarafla ilişkisi de raporun değerlendirilmesinde dikkate alınacaktır. Hâkim talep üzerine veya kendiliğinden gerekli olduğu durumlarda uzman raporuna rağmen, yargılama sırasında bilirkişi

⁷⁶¹ PEKCANİTEZ, Uzman Görüşü, s. 403.

⁷⁶² PEKCANİTEZ, Uzman Görüşü, s. 398. ÖZEKES, uzman görüşünün delil olmadığını ifade ederek, bunun taraf delili sayılabileceğini ve taraf beyanlarının parçası kabul edebileceğini ifade etmektedir (HMK Ne Getiriyor ?, s. 9). PEKCANİTEZ, uzmandan alınan raporun, tarafın dilekçesinin bir eki olduğunu ifade etmektedir. Yazar, iki tarafın uzmandan alınan raporun bilirkişi raporu gibi değerlendirilmesi konusunda mutabık oldukları takdirde, uzman görüşünüm bilirkişi raporu gibi değerlendirilebileceğini ifade etmektedir (HMK Değerlendirmesi, s. 98). KARSLI da, uzmandan alınan raporun, tarafların idda ve savunmalarının bir parçasını oluşturduğunu ifade etmektedir (s. 554). Benzer şekilde: KİRAZ, Yenilikler, s. 73. Karş.: ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 370.

⁷⁶³ KARSLI, s. 554; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 456.

⁷⁶⁴ LOOSLI, s. 7, 68; BERNHARDT, s. 213.

incelemesi yaptırmak zorundadır⁷⁶⁵. Ancak hâkim, hukuki dinlenme hakkı çerçevesinde, uzman tarafından hazırlanan raporu neden kabul veya reddetmiş olduğunu mutlaka gerekçeli olarak cevaplandırmalıdır⁷⁶⁶. Hâkim re'sen veya talep üzerine, kendisinden rapor alınan uzmanın dinlenmesine karar verebilir. Uzman, çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmaksızın gelmez ise, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirilmeye tabi tutulmaz (m.293/3). Hâkim de uzmanın zorla mahkemeye getirilmesini sağlayamaz. Yargılama sırasında, kendisine başvuru bilirkişi ise, görevini ifa ettiği sürece Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir (m. 284). Bu nedenle bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler (m. 285/1). Yargılamadan önce, uzman görüşüne dayanan taraf ise böyle bir durumda ancak sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde uzmanın sorumluluğuna gidebilir.

Yargılama sırasında bilirkişi incelemesi gerektiren durumlarda, resmi bilirkişiler ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 268. maddesinde belirtilen listelerde yer almış olanlar ve bilgisine başvurulacak konu hakkında, meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar bilirkişilik görevini kabule mecburdurlar. Bununla birlikte, bilirkişiliği kabulle yükümlü olan kişiler, tanıklıktan çekinme sebeplerine veya mahkemece kabul edilebilir başka bir sebebe dayanarak bilirkişilikten çekinebilirler (m. 269/1). Geçerli bir özrü olmaksızın mahkemece yapılan davate uyup, tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmayan yahut mahkemeye gelip de yemin etmekten veya süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişiler hakkında, tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanır (269/1). Bir başka deyişle, bilirkişi zorla getirilir; ayrıca bilirkişi aleyhine haklı bir neden olmaksızın gelmemesinden dolayı sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur (m. 245). Önemle ifade edelim ki, bilirkişinin tarafsızlığı mutlak olarak aranmıştır. Bu nedenle kanun koyucu bir yandan bilirkişinin yasaklılık halleri ve reddini hâkimler hakkında uygulanan yasaklılık ve redde ilişkin hükümlere tabi tutmuşken diğer yandan bilirkişinin tarafsız bir biçimde görev yapması için kendisine

⁷⁶⁵ BERNHARDT, s. 213.

⁷⁶⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 536. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, uzman görüşü olduğu durumlarda, bu dikkate alınmadan resmi bilirkişi raporu esas alınarak karar verilemeyeceğini ifade etmektedirler (s. 370).

yemin verdirilmesini düzenlemiştir. Buna karşılık, uzmanın reddi veya yasaklı olması durumu söz konusu olmadığı gibi uzmandan yemin etmesi de istenemez. Uzmanın zorla dinlenmesi mümkün görülmemektedir⁷⁶⁷. Bu nedenle davacının yargılama sırasında bilirkişi raporuna dayanmak istemesi makuldur.

Bilirkişi, raporunu hazırlarken gerekli gördüğü hallerde, tarafları da dinleyebilir. Bu nedenle, bilirkişi, sadece bir tarafın verdiği bilgi ve belgelere dayanarak değil, karşı tarafın da elindeki bilgi ve belgelere göre bir değerlendirme yapma imkânına sahip olduğu için, uzman tarafından hazırlanan rapordan, daha kapsamlı ve daha gerekçeli bir rapor hazırlayabilir. Bu sayede davacı, alacak miktarını daha doğru bir şekilde belirleyebilir. Çünkü alacaklının sadece kendi verdiği bilgi ve belgeye göre düzenlenen raporda, alacak miktarı normalden az veya yüksek tespit edilebilir.

Bütün bu nedenlerden dolayı, alacaklı bazı durumlarda dava açmadan uzman görüşünden yararlanarak alacağın miktarını belirleyebilse de, buna zorlanamaz. Ayrıca yukarıda ifade edildiği üzere davacının yargılama sırasında bilirkişi incelemesinden sonra alacağın miktarını belirlemesi kendisi için daha uygundur.

III. Belirlenebilen Alacaklar İçin Belirsiz Alacak Davası Açılmasının Sonuçları

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, belirsiz alacak davasının şartlarından biri, alacak miktarının belirlenmesinin imkânsız olması veya bunun davacıdan beklenememesidir. Bilindiği gibi, dava şartları kamu düzenine ilişkindir. Mahkeme, dava şartlarını kendiliğinden araştırır (m. 115/1). Ayrıca taraflar da hüküm kesinleşinceye kadar dava şartlarındaki eksikliği davanın her aşamasında ileri sürebilirler.

Dava şartları, davanın esasına girilmesine engel olan dava engellerindedir. Mahkeme gerek kendiliğinden gerekse tarafların talebi üzerine yaptığı incelemede, dava şartı eksikliğini tespit etmesi halinde davanın esasına girmeksizin davayı usulden reddeder. Ancak dava şartı eksikliğinin giderilmesi mümkün ise, mahkeme davayı hemen reddetmez; dava şartı eksikliğinin giderilmesi için davacıya kesin süre

⁷⁶⁷ UBERT, s. 29.

verir (m. 115/2). Örneğin gider avansının yatırılmasında olduğu gibi (m. 120/2). Davacı bu kesin süre içinde dava şartı eksikliğini giderirse, davaya kaldığı yerden devam edilir. Buna karşılık, davacı verilen kesin süre içinde de dava şartı eksikliğini gidermezse, davası, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilir. Ancak kesin hükmün bulunmaması gibi eksikliği giderilemeyecek bir dava şartı söz konusu ise, mahkeme herhangi bir süre vermeksizin davayı usulden reddedecektir. Belirlenebilen bir alacak için belirsiz alacak davası açıldığında, hâkim bunu tespit ettiği takdirde ne yönde karar vermesi gerektiği üzerinde durulması gerekir. Belirsiz alacak davasında, alacak miktarının belirsiz olmasını, özel bir dava şartı olarak mı yoksa hukuki yarar şartına göre mi değerlendirmemiz gerekir? Bu sorun özellikle, davacı belirli alacaklar için belirsiz alacak davası açtığına, hâkimin dava şartı eksikliğini gidermek için davacıya süre verme imkânının bulunup bulunmadığının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

Türk hukukunda belirli alacaklar için belirsiz alacak davası açıldığında, davacının hukuki yararının olmadığı kabul edilmektedir⁷⁶⁸. Yargıtay da, belirlenebilen alacaklar için, hukuki yarar yokluğu nedeniyle belirsiz alacak davasının açılmayacağına karar vermiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi söz konusu kararda⁷⁶⁹ “... *alacağın miktarının açıkça belirli olduğu, taraflarca kolayca belirlenebilir olduğu durumda ne kısmi dava ne de belirsiz alacak veya tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunduğu bahsedilemez. Somut olayda; davaya konu geç ödenen yaşlılık aylığı miktarının, aylıkların ödenmesi gereken tarihlerin, fiili ödemenin yapıldığı tarihin, yani faiz başlangıç ve bitiş tarihlerinin ve nihayet yasal faiz oranlarının bulunduğu tartışmasızdır. Yasal faiz oranlarının uygulanmasından ibaret faiz alacağı tam ve kesin olarak tespit edilebilir olduğundan ne tespit, ne belirsiz alacak ve tespit ne de kısmi dava açılması şartları bulunmadığı anlaşıldığından, 6100 sayılı Kanun sistematigi açısından da hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddine karar*

⁷⁶⁸ Adalet Komisyonu Gereğesinde “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...” denilerek hukuki yarar vurgusu yapılmıştır. Aynı şekilde: YILMAZ, s. 735; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 277; GÖRGÜN/KODAKOĞLU, s. 138; ÖZBAY, s. 128; ŞAHLANAN, s. 6; PEKCANITEZ, HMK Değerlendirmesi, s. 79. KARSLI, görüşünü bildirmeksizin bu durumda üç ihtimalin söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Birinci ihtimal, dava şartı yokluğundan davanın reddi; ikinci ihtimal, hâkimin davaya eda davası olarak görmeye devam etmesi; üçüncü ihtimal ise, HMK m. 119 hükmünden hareketle eksikliğin giderilmesi için bir haftalık sürenin verilmesi.

⁷⁶⁹ 10. HD, 1.3.2012, E. 2010/9799, K. 2012/3613 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

verilmesi gerekmektedir.” denilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, hukuki yararın eksikliği giderilebilen dava şartı olup olmadığı hususuna girmeksizin, davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddine karar vermiştir. Buna karşılık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, benzer bir olaya ilişkin kararında, hukuki yararı, eksikliği giderilebilecek dava şartı olarak kabul etmiştir⁷⁷⁰. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, söz konusu kararında “...*dava şartı olan hukuki yarar şartı tamamlanması gereken şartlardandır. Bu kabule göre ise yine davacı vekiline davasını tam dava olarak devam etmesi ve dava şartı olan hukuki yarar şartında eksikliği gidermesi için HMK.un 115/2 maddesi uyarınca bir haftalık kesin süre verilmesi gerekirken Mahkemece kesin süre verilmeden yazılı şekilde davanın usulden reddi de isabetsizdir...*” demektedir. Kanaatimizce, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin hukuki yararı tamamlanabilen dava şartı olarak kabul etmesine katılmak mümkün değildir. Çünkü, hukuki yarar, eksikliği giderilebilecek bir dava şartı değildir⁷⁷¹. Mahkeme davacıya olmayan hukuki yararın tamamlanması için süre veremez. Bunun en tipik örneği eda davası açılabilir durumlarda tespit davası açıldığında ortaya çıkmaktadır. Eda davasının açılması gereken durumlarda kural olarak tespit davası davacıya yeterli hukuki himaye sağlamadığı için mahkeme davacının hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle davayı usulden reddetmektedir. Bu durumda mahkeme, davacıya, tespit talebini, davalının bir edaya mahkûm edilmesi talebine dönüştürmesi için süre vermemektedir. Belirsiz alacak davasında da eğer davacı belirlenebilir bir alacak için geçici değer göstererek belirsiz alacak davası açmışsa, hukuki yarar yokluğu kabul edilirse, hâkim davacıya talebini belirlemesi için süre veremez⁷⁷².

İsviçre hukukunda da talebin miktarının belirlenmesinin davacıdan beklenemeyeceği

⁷⁷⁰ 9. HD, 27.2.2012, E. 2012/1756, K. 2012/1741 (ÇİL/KAR, s. 192-197). Aynı şekilde: ÇİL/KAR, s. 51.

⁷⁷¹ HANAĞASI, s. 323; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 383.

⁷⁷² Hukuki yararın yokluğu ile dava dilekçesinde talep sonucunun hiç gösterilmemesi veya dava konusu değer eksik gösterilmesini karıştırmamak gerekir. Talep sonucunun hiç gösterilmemesi dava dilekçesinin zorunlu unsurlarında eksiklik (m. 119/2) olmakla beraber hukuki yarar dava şartıdır (m. 114/1, b. h). Belirli bir alacak için, belirsiz alacak davası açıldığında burada talep sonucunun gösterilmemesi veya dava konusu değer eksik gösterilmesi söz konusu değildir. Yani dava dilekçesinde bir eksiklik bulunmamaktadır; ancak dava şartı olan hukuki yarar bulunmamaktadır. Bu nedenle hâkim, belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açıldığında, dava dilekçesinde talep sonucunun açıkça belirli olması gerekçesiyle davacıya talep sonucunu belirlemesi için HMK m. 119/2'ye göre süre veremez. Karş.: ÇİL/KAR, s. 51-52.

veya imkânsız olması gerekliliği, belirsiz alacak davasının şartları arasında kabul edilmiştir. Yani, dava açıldığı anda talebin miktarı belirlenebilir ise dava şartı yokluğu nedeniyle belirsiz alacak davası açılmaz⁷⁷³. İsviçre hukukunda, talebin miktarının belirli olması hukuki yararlarla ilişkilendirilmemiştir. Çünkü doktrinde, belirli alacaklar için belirsiz alacak davası açıldığında, belirsiz alacak davasının şartlarında eksiklik bulunduğu, bu nedenle davanın bu şekilde görülemeyeceği; ancak hâkimin davacının talebini belirlemesi için davacıya süre vermesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷⁴. Bu nedenle, İsviçre hukukunda belirli alacaklar için belirsiz alacak davası açıldığında bunun, eksikliği giderilebilen özel bir dava şartı olarak kabul edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Türk hukukunda özel dava şartlarının dahi genellikle hukuki yararlarla ilişkilendirildiği görülmektedir. Örneğin, tespit davalarında iki özel dava şartı kabul edilmektedir. Bunlar, tespit davasının konusunun yalnız hukuki ilişki olabileceği ile davacının bu hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının hemen tespitinde hukuki yararının bulunmasıdır⁷⁷⁵. Tespit davasında dahi özel olarak kabul edilen dava şartı esasında yine hukuki yararın varlığıdır. Eğer davacının hukuki ilişkinin var olup olmadığını hemen tespitinde hukuki yararı yoksa, davacı, tespit davası açmamaktadır. O nedenle kanaatimizce belirsiz alacak davası için özel dava şartı ihdas etmeyi gerektirecek bir durum yoktur. Çünkü belirsiz alacak davası istisnai olarak sadece alacak miktarının belirlenemeyen durumlarda, yargılama sırasında alacağın miktarını belirlemeyi amaçlayan ve bunu sağlayan bir davadır. Alacak miktarı belirli ise, davacının bu yönde bir amacı bulunmadığı için bu davayı açmasında hukuki yararı yoktur. Davacının belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı, davacının, dava açıldığı andaki durumuna göre belirlenir. Davacı, davanın açıldığı anda, alacağın miktarını belirlemede imkânsız olması veya kendisinden belirlemesi beklenemeyecek bir durumun bulunması gerekir. Bu nedenle belirsiz alacak davasında da, davacının, hukuki yararı, diğer davalarda kabul edildiği gibi⁷⁷⁶, kural olarak davanın açıldığı anda var olmalıdır. Bu nedenle mahkeme, belirli alacak için belirsiz alacak davası açıldığında süre vermeksizin davayı usulden

⁷⁷³ LOOSLI, s. 123. ROTH, Alman hukukunda da talep miktarının belirli olduğu durumlarda belirsiz alacak davasının dinlenemeyeceği ifade etmekle yetinmiştir (in Stein/Jonas, § 253, Rn. 45, s. 129).

⁷⁷⁴ LEUENBERGER, ZBJV 143/2007, s. 168; LOOSLI, s. 123-124; MEIER, s. 31-32.

⁷⁷⁵ KURU/BUDAK, s. 80 vd..

⁷⁷⁶ HANAĞASI, s. 323; KURU, Baki, Dava Şartları, Makaleler, İstanbul 2006, s. 178; KURU, Usûl, C. 2, s. 1391; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 360.

reddetmelidir⁷⁷⁷. Mahkeme kendiliğinden davayı normal bir eda davası olarak da görmeye devam edemez. Ancak, davalı belirlenebilir alacağı için belirsiz alacak davası açmış, fakat yargılama sırasında bu fark edilmeksizin davacı ıslah yoluyla veya karşı tarafın açık rızasıyla talep sonucunu değiştirmiş ise artık mahkeme hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar veremeyecektir (m. 115/3)⁷⁷⁸.

Hukuki yarar yokluğu nedeniyle usulden red kararı sadece hukuki yarar yokluğu hakkında maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecektir⁷⁷⁹. Bu nedenle belirlenebilen alacaklar bakımından açılan ve hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilen belirsiz alacak davasına konu yapılan talep, normal eda davasına konu yapıldığında, davalı, maddi anlamda kesin hüküm itirazında bulunamaz.

C. Alacaklının Hukuki İlişkiyi Somut Olarak Ortaya Koyması

I. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde, belirsiz alacak davası açan davacının, hukuki ilişkiyi belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabileceği kabul edilmiştir. Bu nedenle davacı belirsiz alacak davasında, talep sonucunun dayanağı olan tüm vakıaları eksiksiz olarak bildirmelidir⁷⁸⁰. İsviçre Hukuk Muhakemeleri

⁷⁷⁷ ÇİL/KAR, belirli alacaklar bakımından belirsiz alacak davası açılması durumunda, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde davacıya süre vermesi gerektiğini ve bu süre zarfında davacının talep sonucundaki eksikliği giderebileceğini kabul etmektedirler (s. 52). Hâkim, aydınlatma ödevi çerçevesinde, taraflardan belirsizlikleri veya çelişkileri gidermelerini talep etmekte; ancak bu durum davacıya talep sonucunu değiştirme imkânı vermemektedir. Davacının belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açması durumunda, davasını normal bir eda davasına dönüştürmesi talep sonucunun değiştirilmesi olacağı için ancak davalının açık rızası veya ıslah yoluyla mümkündür. Burada hukuki yarar eksikliği bulunduğu için de davacı ancak hâkimin hukuki yarar eksikliğini tespit etmesinden önce davasını değiştirebilecektir. Bu durumda davaya devam edilebilir. Aksi takdirde hâkim, hukuki yarar yokluğu nedeniyle açılan belirsiz alacak davasının reddine karar verecektir. Aynı şekilde: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 383.

⁷⁷⁸ PEKCANITEZ, HMK Değerlendirmesi, s. 80. Davanın açıldığı tarihte bulunmayan menfaatin, dava sırasında doğması hakkında yapılan tartışmalar ve geniş bilgi için bkz.: HANAĞASI, s. 326-330.

⁷⁷⁹ HANAĞASI, s. 325; KURU, Dava Şartları, s. 187; KURU, Usûl, C. 2, s. 1402; KURU/BUDAK, s. 158; ÖNEN/BİLGE, s. 413.

⁷⁸⁰ PEKCANITEZ, haklı olarak belirsiz alacak davasında, belirsiz olanın dava olmadığını bu sebeple de davanın isminin “belirsiz dava” değil; “belirsiz alacak davası” olduğunu vurgulamaktadır (s. 49). YILMAZ ise, davacının belirsiz alacak davasında dayandığı bütün vakıaları göstermesinin, davalının kendini savunması bakımından önemli olduğunu ifade etmektedir. Yazar, belli bir aşamadan sonra vakıaların gösterilmesinin iddianın genişletilmesi yasağı kapsamında mümkün olacağı için davacının bütün vakıaları dava dilekçesinde göstermesinin önemine işaret etmektedir (Şerh, s. 741).

Kanunu'nun belirsiz alacak davasına ilişkin 85. maddesinde ise, alacaklının hukuki ilişkiyi açıkça ortaya koyması düzenlenmemiştir. İsviçre hukukunda, alacağının miktarı belirli olan alacaklının normal olarak zaten talebini belirleyerek dava açacağını; belirsiz alacak davasının özel bir kötüye kullanma potansiyelinin olmadığı ifade edilmiştir⁷⁸¹. Bununla beraber, doktrinde de davacının, alacak miktarını belirlemeye yarayan bilgileri mahkemeye sunması gerektiği, yani iddiasını somutlaştırması⁷⁸² gerektiği kabul edilmektedir.⁷⁸³

Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesinde genel olarak kabul edilen dava dilekçesinin içeriğinde, davacının talep sonucunun dayanağı olan vakıaları ileri sürmesi gerektiği düzenlenmiştir. Alman hukukunda belirsiz alacak davası açıkça düzenlenmemiş; ancak Alman uygulaması, davacının belirsiz alacak davasını açarken hukuki ilişkiyi açıkça ortaya koymasını dava şartı olarak kabul etmiştir⁷⁸⁴. Yargısal kararlar incelendiğinde, talep sonucunu kesin olarak belirleyemeyen alacaklının, mahkemece bunu tespitine sağlayacak derece gerekli vakıaları dava dilekçesinde mahkemeye sunmak zorunda olduğu ifade edilmektedir⁷⁸⁵. Talep sonucu belirlenemediği, yani bir belirsiz alacak davasının açılmasının gerekli olduğu durumlarda, bu davanın dinlenebilirliği, davacı tarafından dava dilekçesinde talep sonucunun tespiti ve tahminini sağlayan vakıaların gösterilmiş olmasına bağlı kılınmıştır. Alacaklı, hukuki ilişkiyi ve kendi uğradığı zararı tespit edebilmekle birlikte, özellikle birlikte kusurun bulunduğu hallerde, delillerin toplanmasını sağlamak amacıyla belirsiz alacak davası açamaz⁷⁸⁶. Örneğin, bir trafik kazasından doğan uyuşmazlıkta, alacaklının uğradığı zarar belirli olmakla beraber, acaba kendisinin trafik kurallarını ihlal edip etmediğini yargılama sırasında tespit ettirmek amacıyla belirsiz alacak davası açmasına Alman Federal Mahkemesi, haklı olarak olumsuz cevap vermiştir⁷⁸⁷. Çünkü burada alacaklı talep sonucunu belirleyebilmektedir. Alacaklının delillerin toplanmasını sağlaması ve daha sonra

⁷⁸¹ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 6, s. 375.

⁷⁸² OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 6, s. 375; LOOSLI, s.87.

⁷⁸³ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 63, s. 132; LOOSLI, s. 83, s. 124 vd..

⁷⁸⁴ FUCHS, dava dilekçesinin belirsiz olması ile rakamsal olarak belirli olmamasının farkını işaret etmekte ve ilkinde davanın dinlenemeyeceğini buna karşılık ikincisinde istisnai olarak davanın dinlenebileceğini ifade etmektedir (s. 561). UBERT de dava dilekçesinin içeriğinden, davacının mahkemeye sunduğu dava malzemesinden talebinin belirsiz alacak davasına mı ilişkin olup olmadığını anlayabileceğini ifade etmektedir (s. 2).

⁷⁸⁵ BGH, NJW 1967, s. 1420; BGH, NJW 1970, s. 281.

⁷⁸⁶ WURM, s. 67.

⁷⁸⁷ BGH, NJW 1969, s. 1421.

talebini kesinleştirme isteği, yargılama giderlerinden kurtulma çabası olduğu için, bu durumda belirsiz alacak davası açılmaz. Çünkü yargılama giderleri rizikosu her davada mevcuttur ve yukarıda belirtildiği üzere belirsiz alacak davasının açılmasına imkân vermez.

Türk hukukunda belirsiz alacak davası açan davacının hukuki ilişkiyi göstermesinin zorunlu kılınması, muhtemelen belirli alacaklar için de belirsiz alacak davasının açılmasının engellenmesi amacını taşımaktadır. Çünkü belirsiz alacak davası, normal eda davasının sağladığı korumayı sağlamakla beraber, davacıya, geçici değer üzerinden harç yatırma imkânı tanımaktadır. Her ne kadar davacı alacak miktarını belirledikten sonra ortaya çıkan miktar için başlangıçta yatırdığı harcı tamamlamak zorunda olsa da en azından davanın açıldığı anda daha az harç yatırmaktadır. Ayrıca belirsiz alacak davasında, tahkikat aşamasında özellikle delillerin incelenmesinden sonra alacaklı alacak miktarını belirleyebilmektedir. Özellikle bilirkişi incelemesi yapılan durumlarda, Yargıtay'ın da tutumu⁷⁸⁸ dikkate alındığında davacı az çok mahkemenin hangi miktar üzerinden alacağına hükmedeceğini öngörebilir. Belirsiz alacak davasının sağladığı bu faydalar nedeniyle belirli alacaklar bakımından da davacı, yargılama sırasında tahkikatın gidişatına göre alacak miktarını belirleyerek yargılama giderlerine mahkûm edilme rizikosunu en aza indirmek isteyebilir. Kanaatimizce, kanun koyucu buna engel olmak için, belirsiz alacak davasında hukuki ilişkinin açıkça ortaya konulmasını ayrıca vurgulama ihtiyacı duymuştur.

Belirsiz alacak davası ile tam eda davası arasında, hukuki ilişkinin ortaya konulması gerekliliği bakımından bir ayrım bulunmamaktadır. Çünkü belirsiz alacak davası gibi normal eda davası açan davacı da talep sonucunun dayanağı olan tüm vakıaları dava dilekçesinde göstermelidir⁷⁸⁹. Aksi takdirde, yeni vakıalar ileri sürülmek istendiğinde, davanın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalınacaktır. Belirsiz alacak davası da davacıya, yargılama sırasında, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın yeni vakıalar ileri sürme imkânı tanımamaktadır. Kanun koyucu, hukuki ilişkinin açıkça dava dilekçesinde yer alması gerektiğini düzenlememiş olsaydı dahi, somutlaştırma yükü nedeniyle, davacının belirsiz alacak davası açtığı anda, hukuki ilişkiyi de ortaya

⁷⁸⁸Bilirkişi raporunun değerlendirilmesi bakımından Yargıtay'ın tutumu ve Yargıtay'ın tutumunun değerlendirilmesi için bkz.: KURU, Usûl C. 3, s. 2769 vd.

⁷⁸⁹UBERT, s. 53; LOOSLI, s. 124.

koyması gerekecekti. Aksi takdirde hâkim, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, bu konudaki eksikliğin giderilmesini sağlayabilirdi.

Belirsiz alacak davasında, belirsiz olan alacak miktarının üst sınırdır. Belirsiz alacak davasında talep sonucu belirlidir. Yani davacının davalıdan talebi ve bu talebin hangi hukuki ilişkiden kaynaklandığı belirli olmasına karşılık, bu talebin miktarı veya değeri belirli değildir. Burada davacının davalıdan talebindeki belirsizlik nitelik olarak değil, nicelik olmaktadır. Bu nedenle belirsiz alacak davası açan davacı hukuki ilişkiyi dava dilekçesinde açıkça göstermelidir. Hukuki ilişkinin kapsamı ve hukuki ilişkinin gösterilmemesi halinde bunun sonuçlarının ne olduğu kanunda düzenlenmemiştir.

II. Hukuki İlişkinin Kapsamı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasında, dava ayrımı yapılmaksızın, davacının dava açarken dava dilekçesinde belirtmesi gereken hususlar düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada yer alan bentlerden bazılarında (zorunlu unsurların) dava dilekçesinde yer verilmemesi halinde, hâkimin söz konusu eksikliğin tamamlanması için davacıya bir haftalık kesin süre vereceği, bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması halinde davanın açılmamış sayılacağı kabul edilmiştir.

Kanun koyucu diğer dava türlerinden ayrı olarak belirsiz alacak davasında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinden ayrı olarak davacının dava dilekçesinde hukuki ilişkiyi göstermesi gerektiğini özel olarak belirtmiştir. Hukuki ilişkiden kastın, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan "*dayanılan hukuki sebepler*" olmadığı açıktır. Söz konusu fıkrada yer alan dayanılan hukuki sebeplerin anlamı, davacının talebini dayandırdığı hukuki sebeplerdir⁷⁹⁰. Belirtelim ki, hukuki sebepler dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından değildir⁷⁹¹. Bu nedenle davacının hukuki sebepleri göstermemiş olması, eksik veya hatalı göstermesi durumunda bu eksikliğin giderilmesi için davacıya kesin süre verilmez (m. 119/2). Çünkü tarafların davada

⁷⁹⁰ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 428.

⁷⁹¹UMAR, Ders Notları, s. 30.

dayandığı vakıalara uygun olan hukuki sebepleri hâkim kendiliğinden bulur ve uygular (m. 33). Basit bir örnek vermek gerekirse, haksız fiilden kaynaklanan bir alacak için dava açan davacı, uğradığı zararın tazmini için hukuki sebep olarak sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri göstermiş olsa dahi hâkim davacının dava dilekçesinde dayandırdığı vakıalara dayanarak, haksız fiile ilişkin hükümleri kendiliğinden uygulayacaktır.

Bilindiği üzere, davacı, dava dilekçesinde iddiasının dayanağı olan bütün vakıaları sıra numarası altında açık bir şekilde özetini belirtmelidir(m. 119/1, b. e). Ancak davacının bütün vakıaları dava dilekçesinde bildirmesi, dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından olmayıp uyuşmazlığın çözümü hakkında karar verilebilmesi için gerekli unsurlardandır. Davacının dava dilekçesinde, vakıaları eksiksiz ve doğru olarak göstermesi hem davalı hem de davacı ve mahkeme bakımından oldukça önemlidir. Davalı, dava dilekçesinde davacının dayandığı vakıalara karşı cevap verecek ve davacının belirttiği vakılardan başka bir husus varsa onları da cevap dilekçesinde belirtecektir. Mahkeme de özellikle ön inceleme aşamasında uyuşmazlığın hangi hususlarda olduğunu dava dilekçesi ve buna karşı verilen cevap dilekçesinden belirler ve tahkikatı bu yönde sürdürür. Vakıaların dava dilekçesinde eksiksiz gösterilmesi davacı bakımından çok önemlidir. Çünkü taraflarca getirme ilkesi gereğince, mahkeme davacının dava dilekçesinde göstermediği vakıaları kendiliğinden araştıramaz ve inceleyemez. Dava dilekçesinde tüm vakıaları ileri sürmeyen davacı, yeni vakıa ileri sürmek istediğinde bu kez de teksif ilkesi gereğince davanın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalır⁷⁹². Bu durumda ise ya davalının rızasıyla ya da ıslah yoluyla dava açarken dava dilekçesinde yer vermediği vakıaları ileri sürebilecektir⁷⁹³.

Belirsiz alacak davası, davacının dava açarken alacak miktarını kesin olarak belirleyememesinden kaynaklanmaktadır. Talep sonucunun belirli olduğu veya basit hesap işlemleriyle belirlenebilir olduğu durumlarda, belirsiz alacak davası açılmaz. Bu nedenle örneğin sözleşmeye dayanan alacaklar bakımından, sözleşmenin yerine getirilmemesi durumunda, alacaklı kural olarak talebini belirleyebilecek durumda

⁷⁹² DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003, s. 272.

⁷⁹³ PEKCANITEZ, s. 50.

olduğu için, belirsiz alacak davası açılmaz. Hukuki ilişkinin ortaya konulması, gerçekten alacak miktarının belirli veya belirlenebilir olup olmadığının tespitini sağlamaktadır. Davacının dava dilekçesinde, hukuki ilişkiyi göstermesi, hâkimin, davacının, belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yararın var olup olmadığını belirlemesi bakımından önemlidir. Başka bir deyişle hâkim, talebin miktarının belirlenmesinin gerçekten imkânsız veya davacıdan beklenemez olduğunu ancak davacının dava dilekçesinde ortaya koyacağı hukuki ilişkiye göre tespit edebilecektir.

Hukuki ilişkinin dava dilekçesinde gösterilmesi, davacının dava açarken davasını somutlaştırmasının kendisinden beklenmesinden başka birşey değildir. Bu nedenle, dava dilekçesinde gösterilecek hukuki ilişkinin kapsamını, davacının talebini somutlaştırmasını sağlayan hususlar belirleyecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasına göre, taraflar dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır.

Somutlaştırma, doktrinde, bir davada taraflarca ileri sürülen vakıa iddiaları hakkında, mahkemeye somut ayrıntılı bilgi vermek ve açıklama yapmak olarak tanımlanmıştır⁷⁹⁴. Çünkü, iddianın ve savunmanın somutlaştırılması tahkikatın yürütülmesi bakımından son derece önemlidir. İddianın ve savunmanın somutlaştırılması sayesinde ileri sürülen vakıanın ispatının caiz olup olmadığı ya da ispatının gerekip gerekmeyeceği konusunda karar verilebilir. Bu somutlaştırmadan sonra, vakıa, mahkemece ve karşı tarafça tam olarak algılanabilecek ve vakıa taraflarca değerlendirip, üzerinde tartışma yapılabilecek hale gelinilecektir⁷⁹⁵.

Davanın yani iddianın ve savunmanın somutlaştırılması hem davacı hem de davalı bakımından yüküdür. Somutlaştırma yükümlülüğü, tarafların vakıa iddialarını ve savunma sebeplerini ispat ve delil ikame faaliyetine esas teşkil edecek biçimde münferit vakıaların bildirilmesi yoluyla kanunun ve usuli ilkelerin gerekli kıldığı ölçüde somutlaştırmaları konusundaki usuli yük olarak tanımlanmaktadır⁷⁹⁶. Somutlaştırma yükü çerçevesinde, davacı sadece somut vakıaları ileri sürmekle yetinemez; ayrıca dava açarken bu vakıaların ispatına ilişkin delillerini de

⁷⁹⁴ ATALAY, s. 31.

⁷⁹⁵ ATALAY, s. 32.

⁷⁹⁶ ATALAY, s. 32 ve oradaki dn. 157'deki yazarlar.

göstermelidir. Davacının bu delilleri göstermesi, onun gerçekten belirsiz alacak davası açma durumunun olup olmadığının tespiti bakımından önemlidir. Bu nedenle somutlaştırma yükünün delillerle yakından ilişkisi bulunmaktadır⁷⁹⁷. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine göre, davacı iddia ettiği vakıayı hangi delille ispat edeceğini; 129. maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre ise davalı savunmasının dayanağı olarak ileri sürdüğü her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini belirtmek zorundadır. Bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinde ve 129 maddesinde açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, kanun koyucu 194. maddenin ikinci fıkrasında uygulamada buna yeterince özen gösterilmediği gerekçesiyle tekrar açıkça vurgulamıştır⁷⁹⁸. Bu fıkraya göre, tarafların dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur. Örneğin, hekimin sorumluluğuna ilişkin bir belirsiz alacak davası açıldığını düşünelim. Davacının bu durumda, somut vakıaların yanı sıra dava dilekçesi ile birlikte elinde bulunan, örneğin hastaneye yatışı, tedavi sırasında ameliyattan önce kendisine imzalatılan belgeleri, yazılan ilaçları, hastaneden taburcu olmuşsa buna ilişkin belgeleri de mahkemeye sunması gerekir. Davacı, yaklaşık ispatla, uğradığı zararların tazmini istediği durumda, o zararların söz konusu tedavi neticesi ortaya çıktığını ortaya koymalıdır. Tahkikat aşamasında da hastaneden alınacak bilgi ve belgeler neticesinde gerçekten zararın boyutu ve bunun tedaviden kaynaklanıp kaynaklanmadığı tam olarak ispat edilecektir.

Somitlaştırma yükünün kapsamı konusunda iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüş göre, davacının, davanın başında iddiasının dayanağı olan vakıaları eksiksiz biçimde tamamen değil, talebi belirlemeye yetecek kadar önemli olan vakıaları bildirmesi yeterlidir⁷⁹⁹. İkinci görüşe göre ise, davacının, uygulanacak hukuk normunun koşul vakıasını karşılayabilecek tüm unsurları somut bir biçimde bildirmesi gerekir⁸⁰⁰. Belirsiz alacak davası bakımından da somutlaştırma yükümlüğünün kapsamı açısından birinci görüşün kabulü daha uygundur. Burada da davacının, yargılama

⁷⁹⁷ YILMAZ, Şehr, s. 1027

⁷⁹⁸ Hükümet Gerekçesinde, "...Uygulamada, tarafların iddia veya savunmada bulunurken yeterli araştırmalar yapmadan vakıalar ileri sürdükleri veya bunların delillerini ortaya koymadan dilekçeler verdikleri görülmektedir..." YILMAZ, hükmün gerekçesindeki açıklamaları da dikkate alarak bu hükmün bir tepki hükmü olduğunu ifade etmektedir (Şerh, s. 1027).

⁷⁹⁹ ALANGOYA, s. 106-107; ATALAY, s. 33; KURU, Usûl, C. 2, s. 1087; YILMAZ, Islah, s. 148 vd..

⁸⁰⁰ ÜSTÜNDAĞ, Yasak, s. 82 vd.; GULDENER, s. 166, 168.

başlangıcında iddiasının dayanağı olan vakıaları eksiksiz olarak ileri sürmesi değil de talebini belirlemeye yönelik ve buna yeterli hukuk kuralının koşullarını ileri sürmesi yeterli sayılmalıdır.

Somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımını kanunda düzenlenmemiştir. Doktrinde, usuli yüklerin genel olarak, usuli bir işlemin ihmal edilmesi sebebiyle aleyhine karar verilme şeklindeki usuli bir olumsuzluğa katlanma tehlikesini ifade ettiğini belirtmektedir⁸⁰¹. Çünkü taraflarca getirilme ilkesi gereğince, hâkim uyuşmazlıkla ilgili vakıaları araştıramaz. Hâkim tarafların bildirdiği vakılara dayanarak hüküm verir. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi durumunda hâkim, davacıya, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bunun aydınlatılmasını isteyecektir. Buna rağmen taraf, talebini somutlaştırmamışsa, ispat yükünün yerine getirilmemesinin sonucu olan aleyhe karar verilme riski ile karşılaşır⁸⁰².

Sonuç olarak, davacı dava açarken hukuki ilişkiyi belirtmek zorundadır. Davacının hukuki ilişkiyi ortaya koyması, belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunup bulunmadığını belirler. Çünkü alacak miktarı belirli ise veya belirlenebilir nitelikte ise davacının belirsiz alacak davası açması mümkün değildir⁸⁰³. Bu durumda dava, hukuki yarar dava şartı olduğu için (m. 114/1-h) hukuki yararın yokluğu nedeniyle reddedilecektir.

III. Hukuki İlişkinin Eksik Ortaya Konulmasının Sonuçları

Yukarıda da ifade edildiği üzere, belirsiz alacak davasının uygulamada amacına aykırı olarak kullanılma ihtimali karşısında, kanun koyucu tarafından, belirsiz alacak davasının şartları arasında, davacının dava açarken hukuki ilişkiyi somut olarak ortaya koyması sayılmıştır. Taraflar bakımından somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi davacının davasını yeterince temellendirememesi nedeniyle davanın esastan reddine; davalının da savunmasını yeterince ortaya koymaması nedeniyle davayı kaybetmesine neden olmaktadır. Belirsiz alacak davasında ise davacının iddiasını belirsiz alacak davası açmasını haklı kılacak şekilde ortaya

⁸⁰¹ ATALAY, s. 36 ve oradaki dn. 169'daki yazarlar.

⁸⁰² ÖZEKES, HMK Değerlendirmesi, s. 143-144.

⁸⁰³ YILMAZ, s. 735.

koyması gerekir. Böylelikle davacı, davanın açıldığı anda, alacağının üst sınırı belirlemede imkânsız veya kendisinden beklenemeyen bir durumun varlığını ortaya koyabilecektir⁸⁰⁴. Bu ise davacının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının var olup olmadığının tespitini sağlamaktadır.

Davacı dava açarken, tüm hukuki ilişkiyi tam olarak ortaya koymaz ve talep sonucunun kesin olarak belirlenmesinin imkânsız veya kendisinden beklenebilir olup olmadığı anlaşılmaz ise, belirsiz alacak davasının görülmesi mümkün değildir. Davacının dava dilekçesinde, hâkim, açılan davanın belirsiz alacak davasının şartlarını taşıdığını görmelidir. Davacı, hukuki ilişkiyi belirsiz bırakmış veya tam olarak ortaya koymamışsa, hâkim, hemen davayı reddetmeyecektir. Hâkim, dayandığı vakıalar konusunda dilekçesinde belirsizlik veya eksiklik bırakmış tarafa o belirsizlik veya eksikliği gidermesi için imkân tanınmalıdır⁸⁰⁵. Gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesi gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 194. maddesi gereğince hâkim, açıklama ödevi çerçevesinde taraftan talebini somutlaştırmasını, belirsizliği gidermesini isteyecektir⁸⁰⁶. Çünkü kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesi ile iddia etme yükünün gereğince yerine getirilmediğini gören hâkimin davayı hemen reddetmesini katı çözüm olarak görmüş ve hâkimin, iddiasında eksiklik veya belirsizlik bırakmış taraftan ek açıklama istemesi gerektiğini kabul etmiştir⁸⁰⁷. Belirsiz alacak davasında da, alacaklı dava dilekçesinde hukuki ilişkiyi belirsiz bırakır veya eksik gösterirse, en azından dava dilekçesinden belirsiz alacak davasının açılmasının mümkün olup olmadığı anlaşılmazsa, hâkim bu belirsizliğin veya eksikliğin giderilmesi için davacıya süre vermelidir. Dikkat edilirse, hâkim burada, davacıya hukuki yarardaki eksikliğin giderilmesi için süre vermeyip, bu süreyi davacıya hukuki yararının var olup olmadığını ortaya koyması için vermektedir.

Davacı, kendisine verilen süre içinde, hukuki ilişkiyi ortaya koymaz ise, hâkim davayı reddetmelidir. Burada davacı, verilen süre içinde hukuki yararın varlığını ortaya koy(a)madığı için, hâkim davayı hukuki yarar yokluğu nedeniyle

⁸⁰⁴ LOOSLI, s. 123.

⁸⁰⁵ UMAR, s. 565.

⁸⁰⁶ LOOSLI, s. 122; WURM, s. 69

⁸⁰⁷ UMAR, s. 130.

reddetmelidir⁸⁰⁸. Belirtelim ki, hukuki yararın dava konusu ile doğrudan sıkı bir ilişkisi vardır⁸⁰⁹. Belirsiz alacak davası da tam eda davasıdır ve davacı için gerekli hukuki korumayı sağlamaktadır. Ancak bu davanın açılması alacak miktarının belirsiz olması şartına bağlanmıştır. Alacak miktarının belirli olup olmadığı ise hukuki ilişkinin gereği gibi ortaya konulmasına bağlı bulunduğundan, hâkimin verdiği süre içinde hukuki ilişki gereği gibi ortaya konulmadığı takdirde sırf bu gerekçe ile dava reddedilmelidir. Red kararından sonra da davacı, hukuki ilişkiyi gereği gibi ortaya koyarak tekrardan belirsiz alacak davası açabileceği gibi, belirsiz alacak davasının şartları mevcut değilse normal eda davası açabilir.

Davacı süresi içinde hukuki ilişkiyi ortaya koyarak, alacağın miktarının belirlenmesinde imkânsızlığı veya bunun kendisinden beklenemeyecek bir durumun varlığını ortaya koyduğu takdirde ve hâkim de belirsiz alacak davasının şartlarının varlığı hakkında yeterli kanaate ulaşırsa, davaya belirsiz alacak davası olarak devam edilir. Davacı, kendisine verilen sürede sadece hukuki ilişkiyi ortaya koyacak, dava dilekçesinde belirttiği hususları tamamlayan vakıaları ortaya koyabilecektir. Yoksa davacı, yeni vakıaları ileri sürüp, davasını genişletemez veya değiştiremez. İddianın genişletilmesi yasağı burada da geçerlidir. Ayrıca belirsiz alacak davasının şartları sağlanmadığı takdirde, davacı, davasına kısmi dava veya tam dava olarak devam edilmesini isteyemez⁸¹⁰. Bu durumda da davacının açmış olduğu belirsiz alacak davası usulden reddedilecektir.

IV. Hukuki İlişkinin Hiç Ortaya Konulmamasının Sonuçları

Belirsiz alacak davası açan davacı, hukuki ilişkiyi hiç ortaya koymamışsa, bu durumda hâkimin davacıya, hukuki ilişkiyi somutlaştırması için süre vermemesi gerekir. UMAR'ın Neuchatel içtihatlarını da örnek olarak göstererek, davacının iddia yükümlülüğünü tümünden ihmal ettiği durumlarda, örneğin sadece manevi tazminat talebinde bulunmuş, fakat istemin dayanağını oluşturacak vakıalar hakkında bir açıklama yapmamışsa, hâkim bu durumda davacıya ek açıklama yapmaya davet

⁸⁰⁸ Karş.: YILMAZ, s. 735.

⁸⁰⁹ HANAĞASI, s. 127. Eda davasında hukuki yararın varlığı asıl olup davacı, dava açmakta hukuki yararının varlığını bildirmek ve bunu ispat etmekle yükümlü değildir. Ancak şüphe halinde hukuki yararın var olup olmadığı inceleme konusu yapılır (KURU/ARSLAN7YILMAZ, s. 262).

⁸¹⁰ Bu tür talepler, ancak karşı tarafın rızasıyla ve ıslah yoluyla mümkün olabilir.

etmek zorunluluğunda olmadığını; doğrudan istemin, davanın reddi yönünde karar verebileceğini ifade etmiştir⁸¹¹. Kanaatimizce, belirsiz alacak davası bakımından da aynı çözümün kabul edilmesi uygundur. Çünkü kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde de açıkça belirsiz alacak davası açmak isteyen alacaklının hukuki ilişkiyi ortaya koyması gerektiğini belirtmiştir. Alacaklı, dava açarken hukuki ilişkiyi hiçbir şekilde ortaya koymamışsa, hâkim, bu eksikliğin giderilmesi için davacıya süre vermeden davayı reddetmelidir.

D. Alacaklının Geçici Değer Gösterme Zorunluluğu

I. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre, malvarlığına ilişkin davalarda dava konusunun değerinin yazılması gerekir. Dava konusunun değerinin belirtilmesi, dava dilekçesinin zorunlu unsurları (m. 119/2) arasında sayılmamasına rağmen, Harçlar Kanunu'nun 16. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince dava dilekçesinde gösterilmemesi, dava dilekçesinin işleme konulmasını engellemektedir. Malvarlığına ilişkin davalarda, dava dilekçesinde dava konusunun değerinin yazılması, alınacak harç miktarının belirlenmesini sağlamaktadır.

Davacı, dava dilekçesinde talep sonucuna uygun şekilde dava konusunun değerini göstermelidir. Alacaklı tam dava açıyorsa buna uygun şekilde; kısmi dava açıyorsa yine kısmen talep ettiği miktara veya değere uygun şekilde dava konusunun değerini göstermek zorundadır. Örneğin, 10 ton buğdayın teslimi için dava açan davacı, 10 ton buğdayın değerini dava konusunun değeri olarak gösterecektir. Davanın açıldığı anda daha az harç ödemek için daha düşük bir değer gösteremez (HarçK, m. 30).

Belirsiz alacak davasında, davacı talep sonucu olarak alacağın tamamının hüküm altına alınmasını istemekle beraber, alacağının üst miktarını belirleyememektedir. Bu nedenle, talep sonucuna uygun olarak dava konusunun değerini belirleyememektedir.

⁸¹¹ UMAR, s. 131 vd., 565. KURU/ARSLAN/YILMAZ, ise vakıalarda eksiklik bulunması durumunda (m. 119/1, b. f) yargılama sonucunda davacının talebine ulaşamamasına sebep olabileceğini; dava dilekçesinde hiç bir vakıa bildirilmemişse, HMK'nın 119. maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanabilmesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 300).

Davacı, talep sonucuna uygun şekilde dava konusunun değerini ancak tahkikat aşamasında belirleyebilmektedir. Bu nedenle, belirsiz alacak davasında, dava konusunun tam değeri davanın açıldığı anda belirli değildir. Bununla beraber kanunun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında, davacının davanın konusu olarak asgari bir miktar veya değer gösterilmesi gerekliliğini düzenlemiştir. Doktrinde buna “*geçici talep sonucu*” denilmektedir⁸¹². Kanaatimizce, geçici olarak gösterilen talep sonucu değil, dava konusunun değeridir. Çünkü davanın açıldığı anda dahi davacının talep sonucu alacağın tümünün hüküm altına alınması olduğu için, davacının talep sonucu kesindir. Davacı, belirsiz alacak davasında, davanın açıldığı anda gösterdiği talep sonucunu, yargılama sırasında belirlemektedir. Ancak yargılama sırasında talep sonucunu değiştirmemektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin birinci fıkrasında “... *asgari bir miktar veya değeri belirtmek suretiyle ...*” denilmektedir⁸¹³. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinde ise daha isabetli bir ifade kullanılmış ve davacını belirsiz alacak davası açarken “... *dava konusunun geçici değeri olarak asgari bir değer...*” denilerek, geçici olarak gösterilenin talep sonucu değil, dava konusunun değeri olduğunu daha açık şekilde ortaya koymuştur. Bu nedenle davacının belirsiz alacak davası açarken dava dilekçesinde göstereceği asgari miktar veya değeri, geçici talep sonucu yerine, “*geçici miktar veya değer*” olarak ifade etmek, kanaatimizce daha uygundur. Belirsiz alacak davasında her ne kadar davacı, dava açtığı anda alacak miktarının üst sınırını kesin olarak belirleyemese de dava açarken dava konusu değeri olarak rakamsal bir değeri veya miktarı dava dilekçesinde göstermelidir. Bu değer veya miktar, davacının dava açtığı ana kadar belirleyebildiği geçici miktar veya değerdir. Bu nedenle belirsiz alacak davası açan davacı da hiç bir değer göstermeksizin sadece “*uğradığım zararların tespiti ve bunun alacaklıdan alınması*” veya “*ne kadar zararım varsa o miktarda alacaklının tazminata mahkûm edilmesi*” veya buna benzer ifadelerle dava dilekçesinde yer vererek dava açamaz (m. 107/1; HarçK m. 16/3).

Davacının dava dilekçesinde göstermek zorunda olduğu geçici miktar veya değer

⁸¹² PEKCANITEZ, s. 48; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 376; YILMAZ, s. 741.

⁸¹³ Bununla beraber 107. maddenin ikinci fıkrasında “... *davacı, ... talebini artırabilir*” denilmektedir. Kanaatimizce bu ifade de hatalıdır. Çünkü burada talebin artırılması değil, rakamsal olarak belirlenmesi vardır. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinin ikinci fıkrasında da talebin artırılması değil, belirlenmesi ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 11, A, II, 1.

üzerinde özellikle Alman hukukunda hararetle tartışılmış ve bu konuda birbirinden farklı teoriler geliştirilmiştir. Türk ve İsviçre hukukunda, geçici değer gösterilmesi zorunluluğu kabul edilmekle, bu konudaki muhtemel tartışmalar engellenmiştir⁸¹⁴. Alman hukukunda belirsiz alacak davasında, alacaklının dava açarken talep sonucunda belirli bir miktar göstermesinin gerekli olup olmadığı, gösterecekse bunun hangi miktarda ve nasıl olması gerektiği yönünde ortaya konulan teoriler incelendikten sonra, İsviçre hukukundaki durum değerlendirilecek ve Türk hukukundaki durum incelenecektir.

II. Alman ve İsviçre Hukukundaki Durum

1. Alman Hukukundaki Durum

a. Genel Olarak

Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davası düzenlenmemiştir. Ancak, öncelikle uygulamada daha sonra da doktrinde alacak miktarının belirlenmesinin imkânsız olduğu veya bunun davacıdan beklenemeyeceği hallerde belirsiz alacak davasının açılabilmesi kabul edilmiştir. Alman hukukunda belirsiz alacak davası açıkça düzenlenmediği için bu davanın dinlenebilirliği ve şartları hususunda önemli tartışmalar yaşanmıştır. Bu tartışmalar, davacının dava açarken dava dilekçesinde dava konusunun değeri olarak göstereceği miktar ve bu miktara bağlanan sonuçlar bakımından da yapılmıştır⁸¹⁵. Alman hukukundaki durumun anlaşılabilmesi için, uygulamanın tarihi gelişimini de değerlendirmek gerekmektedir.

Alman İmparatorluk Mahkemesi istikrarlı olarak, tazminat miktarının hâkimin takdir yetkisine bağlı olduğu durumlarda açılacak belirsiz alacak davası bakımından, davacının, asgari miktar veya yaklaşık miktar göstermesini bu davanın dinlenebilme şartı olarak görmemiştir⁸¹⁶. Alman Federal Mahkemesi de 1966 yılına kadar

⁸¹⁴ YILMAZ, s. 742.

⁸¹⁵ Ayrıntılı bilgi için: RÖTTGER, s. 368 vd.; SCHLOSSER, s. 1082 vd.; DUNZ, s. 1735 vd.; MUSIELAK, Hans-Joachim, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Hrsg (MUSIELAK, Hans-Joachim), 8. Aufl., München, 2011, § 308, Rn. 17, s. 1045; MENGES, s. 82 vd., 138 vd.; GERLACH, s. 525 vd..

⁸¹⁶ RGZ 10, s. 356; RGZ 21, s. 386-387; RGZ 140, s. 213.

İmparatorluk Mahkemesi'nin bu görüşünü benimsemiştir.⁸¹⁷ Ancak, bu tarihten sonra Alman Federal Mahkemesi, belirsiz alacak davasının açılabilmesi için davacının dava dilekçesinde mutlaka bir değer göstermesini şart kılmıştır⁸¹⁸. Alman Federal Mahkemesi, 9.7.1974 tarihli kararından sonra ise davacının dava dilekçesinde yaklaşık bir değer göstermesini talep sonucunun belirli olarak kabul edilmesi için yeterli saymış ve mahkemeye karar verirken belirli oranda hareket serbestisi tanımıştır⁸¹⁹. Davacının bu yaklaşık değeri göstermesi belirsiz alacak davasının dinlenebilme şartı olarak kabul edilmiştir⁸²⁰. Ancak, Alman Federal Mahkemesi, 30.4.1996 tarihinde verdiği kararla, hâkimin davacının dava dilekçesinde gösterdiği asgari veya yaklaşık miktarla bağlı olmaksızın karar verebileceğini ifade etmiştir⁸²¹. Federal Mahkeme son kararlarında ise, davacının dava dilekçesinde alacak miktarına ilişkin asgari veya yaklaşık bir miktarı dahi göstermesini dava şartı olarak görmemekte, belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanınan hallerde, davacı, dava dilekçesinde herhangi bir miktar göstermese dahi mahkeme davaya bakmaktadır⁸²².

Doktrindeki hâkim görüşüne göre ise, belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanıyan bir durumun varlığında, davacı tarafından, talep sonucunu haklı kılan vakıaların mahkemeye sunulması dışında, alacak miktarı olarak kesin bir miktar tespit edilemese de asgari bir miktar veya yaklaşık bir miktar yahut da belirli bir miktarın dava dilekçesinde gösterilmesi gerekmektedir⁸²³.

b. İleri Sürülen Teoriler

aa. Asgari Miktarın Gösterilmesini Yeterli Sayan Teori (Sınırsızlık Teorisi)

Bu teoriye göre, belirsiz alacak davasının dinlenebilmesi için, belirsiz alacak davası açan davacının, dava dilekçesinde alacağının miktarına ilişkin asgari bir miktarı göstermesi yeterlidir. Bu sebeple, gösterilen asgari miktar, hüküm verilinceye kadar

⁸¹⁷ GERLACH, s. 526.

⁸¹⁸ BGHZ 45, s. 91, 93; BGH, NJW 1974, s. 1551; BGH, NJW 1982, s. 340 vd..

⁸¹⁹ DUNZ, s. 1736; BGH VersR 1992, s. 374.

⁸²⁰ BGH, NJW 1982, 341; BGH, NJW 1984, s. 1809.

⁸²¹ BGH, NJW 1996, s. 2425, 2427.

⁸²² BGH, NJW 1999, s. 1340.

⁸²³ Bknz.: § 3, B.

geçici bir değerdir ve sadece davalının aleyhine verilebilecek karar hakkında sınırlı bir bilgi vermektedir⁸²⁴. Gösterilen asgari miktar, hâkimi bağlayıcı bir etki yaratmamaktadır⁸²⁵. Davacı, dava dilekçesinde gösterdiği asgari miktarla, hâkimin takdir yetkisini kullanırken en az asgari miktara hükmetmesini talep etmekte; asgari miktardan fazlası için hâkimi sınırlamamaktadır⁸²⁶. Davacının, dava dilekçesinde gösterdiği asgari miktar hâkimi bağlamadığı için bu teoriye sınırsızlık teorisi (Grenzenlosthese) de denilmektedir⁸²⁷. Ancak, bunun için davacının dava dilekçesinde, geçici değer yanında mahkemeyi bağlayacak şekilde talebinin üst sınırını da belirlememesi gerekir⁸²⁸. Bu durumda mahkemenin, tazminat miktarını takdir ederken, asgari değerden daha fazlasına hükmetmesine engel bir durum görülmemektedir. Alman Federal Mahkemesi de, 30.04.1996 tarihinde manevi tazminat talebine ilişkin bir davada, hâkimin tazminata hükmederken, davacının dava dilekçesinde göstermiş olduğu asgari değere bağlı olmaksızın karar verebileceğini ve gösterilen asgari değerden fazlasına karar verilmiş olmasının, hâkimin taleple bağlı olması ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir⁸²⁹. Bu karar, doktrinde de kabul görmüştür⁸³⁰. Bu teoriyi savunan yazarlara göre hâkim, tahkikat sonunda, davacının uğradığı zararın, dava açarken gösterdiği asgari miktardan daha fazla olduğunun tespit edilmesi durumunda, buna hükmedecektir. Bu teoriye göre davacının dava açarken gösterdiği asgari miktar, hükümden sonra bu karara karşı kanun yoluna başvurmada ve yargılama giderleri açısından önem taşımaktadır. Federal Mahkeme, eski kararlarında gösterilecek asgari miktarı dava şartı olarak

⁸²⁴ MERTINS, s. 48.

⁸²⁵ RÖTTGER, s. 368; ADOLPHSEN, Rn. 13, s. 99; FÖRSCHLER/STEINLE, Rn. 349, s. 99.

⁸²⁶ SCHLOSSER, s. 1081; GEISLER, in Prütting/Gehrlein, § 253, Rn. 19, s. 720.

⁸²⁷ PEKCANITEZ, s. 39.

⁸²⁸ MELISSINOS, s. 152; SCHLOSSER, s. 1081; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 47, s. 131; ASSMANN, in Wiczorek/Schütze, § 253, Rn. 101, s. 106; BGH, NJW 1996, s. 2425 vd.; BGH, NJW 2002, s. 3769; OLG München NJW 1986, s. 3089.

⁸²⁹ Alman federal mahkemesi, davacının asgari miktarı dava dilekçesinde göstermiş olması, mahkemeden bunun altında karar vermemesini talep ettiğini; ancak karara konu olayda olduğu gibi üst sınırı göstermemiş olması halinde ise, tespit edilen zararın miktarı kadar lehine tazminata hükmedilmesini istediği sonucu çıkar. Eğer davacı, üst sınırı da belirtmiş olsaydı, bu durumda mahkeme davacının talebine bağlı olarak karar vermek durumundaydı. Ancak karara konu olaydaki gibi, davacı üst sınırı belirtmeden talep sonucu olarak en az 25.000 DM talep etmiştir. Federal mahkeme de davacı lehine 50.000 DM hükmederek, gösterilen talep sonucunun %100 üzerinde karar verilmesini, AHMK m. 308'in belirlenebilen alacaklar bakımından uygulama alanı bulacağı için, AHMK m. 308'e aykırı görmemiştir (BGH, NJW 1996, s. 2425, 2427).

⁸³⁰ BLECHSCHMID, s. 76; SCHLOSSER, s. 1082; BAUMBACH/HARTMANN, § 308 Rn. 11; FRAHM s. 1214; MUSIELAK, in MünchKommZPO, § 308, Rn. 16, s. 1858-1859; PROST, JR 1967, s. 158; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 47, s. 131; REICHOLD, in: Thomas/Putzo, § 253 Rn. 12, s. 429; ZIMMERMANN, § 308, Rn. 3, s. 656; ASSMANN, in Wiczorek/Schütze, § 253, Rn. 101, s.106; MELISSINOS, s. 152-153; MUSIELAK, in Musielak, § 308, Rn. 17, s. 1054.

kabul etmesine rağmen yeni kararlarında, bunu dava şartı olarak kabul etmemektedir⁸³¹. Yani davacı, talep sonucu olarak asgari bir miktarı göstermeden belirsiz alacak davası açarsa, bu dava reddedilmez; ancak yargılama sonunda verilen hükme karşı kanun yoluna başvurulamaz⁸³². Bir diğer deyişle, davacı, belirsiz alacak davasında verilen hükme karşı kanun yoluna başvuracaksa, dava dilekçesinde asgari miktar belirlemelidir.⁸³³ Davacı dava dilekçesinde asgari miktar belirtmişse ve mahkeme bu asgari miktardan azına hükmetmişse, davacının kanun yoluna başvurabileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır⁸³⁴. Ancak davacı, dava dilekçesinde asgari miktar gösterirse ve mahkeme bu asgari değerini kabul ederse, davacı bu durumda da kanun yoluna başvuramaz⁸³⁵. Ayrıca gösterilecek asgari miktar, tahkikat sonucunda, gerçek zararın tespitini sağlamaya yardımcı olacaktır⁸³⁶. Mahkemenin asgari değerden daha azına karar vermesi durumunda ise, davacı yargılama giderlerinin bir kısmından sorumlu olacaktır⁸³⁷.

Sınırsızlık teorisi, bir çok açıdan eleştirilmiştir. Öncelikle, talep sonucunun kesin olarak belirli olması, davalının, karşılaacağı olası aleyhte kararın çerçevesini belirlemektedir.⁸³⁸ Bu teoriye göre davalı, aleyhine verilecek olası hükmün miktarını bilecek durumda değildir⁸³⁹. Davalının, kendisinden neyin talep edileceğini bildiği takdirde, ona göre savunma imkânına sahip olduğu ileri sürülmektedir. Hamm Eyalet

⁸³¹ BGH, NJW 1999, s. 1340. Eleştirisi için bkz.: MENGES, s. 100-101

⁸³² RUTTLOF, bu bakımdan gösterilecek asgari miktar her halükarda gereksiz omadığını ifade etmektedir, s. 51'deki dn. 19. Karş.: SCHLOSSER, s. 1083.

⁸³³ BGH, NJW 1999, s. 1340; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 47, s. 131; PAULUS, Rn. 595, s. 196; GERLACH, s. 526, 527; SCHLOSSER, s. 1082; MERTINS, s. 48; MÜMMLER, s. 654; SCHNEIDER, s. 994; WEILAND, s. 995; PRECHTEL/OBERHEIM, Rn. 478, s. 151; BERGERFURTH, Rn. 105, s. 66.

⁸³⁴ FRAHM, s. 1214; KERN, s. 130; PRECHTEL/OBERHEIM, Rn. 478, s. 150; GERLACH, s. 528 (oradaki dn.: 29, 30, 31).

⁸³⁵ JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 5, s. 163; MERTINS, s. 49; RUTTLOFF, s. 51; GERLACH, s. 527; PRECHTEL/OBERHEIM, Rn. 478, s. 150; BECKER-EBERHARD, in MünchKommZPO, § 253, Rn. 130, s. 1374; GEISLER, in Prütting/Gehrlein, § 253, Rn. 19, s. 720; Federal Mahkeme 2.2.1999 tarihli kararında davacının dava dilekçesinde belirttiği değer kabul edildiği bu nedenle davacının kanun yoluna başvuramayacağını ifade etmiştir (BGH, NJW 1999, s. 1340). Aynı yönde: BGH, NJW 1996, s. 2427. MENGES, bu durumlarda, davacının kanun yoluna başvurması için asgari miktarı yüksek göstermesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 111).

⁸³⁶ BGH, NJW 1996, s. 2425 vd..

⁸³⁷ STEINLE, s. 426.

⁸³⁸ RÖTTGER, s. 369.

⁸³⁹ MENGES, bu durumda, davacının dava dilekçesinde ya talebinin üst sınırını göstermesi gerektiğini ya da hâkimin gösterilen talep üzerinde %20'lik bir hareket serbestesinin tanınması gerektiğini, her iki durumda da davalının, aleyhine verilecek olası hükmün miktarını bileceğini söyleyerek bu teoriye karşı çıkmaktadır. Bu nedenle, davacının sadece asgari miktarı gösterip, hâkimin bunun üzerinde karar vermesini kabul eden Alman Federal Mahkemesi kararlarını, hukuka aykırı bulmaktadır (s. 92-93).

Yüksek Mahkemesi, bir kararında⁸⁴⁰ davacının en az 5.000 DM talep ettiği bir davada, davalı aleyhine 30.000 DM'ye hükmetmiştir. MENGES, bu karara işaret ederek, davalının kendisinden 5.000 DM talep edilmesi durumundaki savunması ile 30.000 DM talep edilmesi durumunda savunması muhtemelen farklı olacağını belirtmiştir⁸⁴¹. Ayrıca karar, gösterilen miktarın gerçek zararın tespitine pek de yardımcı olmadığını ortaya koymaktadır⁸⁴². Bir diğer eleştiri de, bu teorinin özellikle tasarruf ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönündedir. Çünkü tasarruf ilkesi gereğince, talep sonucu davacı tarafından belirlenmelidir. Ayrıca sınırsızlık teorisi, talep sonucu hâkim tarafından belirlenmesine sebep olması nedeniyle de eleştirilmektedir. Bu teoriye göre hâkim, davacının dava dilekçesinde gösterdiği asgari değerle bağlı değildir. Bunun ise hâkimin taleple bağlı olmasına ilişkin Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 308. maddesinin birinci fıkrasıyla bağdaşmadığı ileri sürülmektedir. Bu teoriyi yoğun şekilde eleştiren yazarlar, davacının, dava dilekçesinde hâkimin taleple bağlı olacağı kesin bir miktarın yer alması gerektiğini ifade etmektedirler.

bb. Üst Sınırın Gösterilmesini Zorunlu Sayan Teori (Bağlılık Teorisi)

Bağlılık teorisine göre, hâkimin taleple bağlı olacağı ve bu nedenle davacının dava dilekçesinde gösterdiği talep sonucundan daha fazlasına karar veremeyeceği için, bu durumlarda dahi davacının talep sonucunun üst sınırını göstermek şartıyla dava açabileceği ifade edilmektedir⁸⁴³. Hâkim, davacının dava dilekçesinde gösterdiği üst sınırla bağlıdır. İşte bu nedenle bu teoriye bağlılık teorisi (Bindungstheori) denilmektedir. Bu özellikle davalı bakımından hukuki belirlilik (Rechtsklarheit) açısından da önem arz etmektedir⁸⁴⁴. Öncelikle, talep sonucunu tamamen davacı belirlediği için, hâkim sadece davacının belirlediği sınırlar içinde karar vermektedir. Yani hâkim, davacının üst sınır olarak talep ettiği alacak miktarından fazlasına hükmedememektedir. Bunun sonucu olarak da, talep sonucunu hâkim değil de,

⁸⁴⁰ OLG Hamm, NJW 2001, s. 3417 vd..

⁸⁴¹ MENGES, s. 87.

⁸⁴² GERLACH da hâkimin gösterilen asgari değerle bağlı olmaksızın daha fazlasına hükmedebileceği için aynı sonuca varmaktadır, s. 527.

⁸⁴³ RÖTTGER, s. 368; GERSTENBERG, s. 1356; Aynı Yönde: OLG München, NJW 1986, s. 3090.

⁸⁴⁴ RÖTTGER, s. 369; OLG München, NJW 1986, s. 3090; NJW 2003, s. 668. GEISLER de davalının kendini savunabilmesiyle hukuki belirlilik ve güvenlik açısından talep sonucunun belirli olması gerektiğini ifade etmiştir (in Prütting/Gehrlein, § 253, Rn. 16, s. 719). Benzer şekilde: ASSMANN, in Wiczorek/Schütze, § 253, Rn. 76, s. 95.

olması gerektiği gibi davacı belirlemektedir⁸⁴⁵. Bu teoriyi savunan yazarlar, serbesti alanı teorisini⁸⁴⁶ de gerekçesiz bulmakta ve davacının talebini belirleyememesine engel bir durumun bulunmadığını ifade etmekte ve alacak miktarının üst sınırını davacının kendisinin belirleyebileceğini savunmaktadırlar⁸⁴⁷. Ayrıca sınırsızlık teorisinin de hâkimin taleple bağlı olması ilkesine aykırı olduğu için kabul edilemeyeceğini ifade etmektedirler⁸⁴⁸. Üst sınırın yüksek gösterilmesi ve daha sonra karşılaşma ihtimali bulunan yüksek yargılama giderleri sorununun da yargılama giderlerinin paylaşılmasına ilişkin kurallar çerçevesinde çözümlenebileceği söylenmektedir⁸⁴⁹. Davacı, dava dilekçesinde talebinin üst sınırını göstermediği takdirde, hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde davacıya talebini tamamlatma imkânının verilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁵⁰. Ancak bu teoriye karşı, belirsiz alacak davasının kabul edilmesine rağmen, hâkimi bağlayıcı şekilde üst sınırın gösterilmesi zorunlu kılındığında, bunun belirsiz alacak davası olmayıp, davacının dava açtığı anda talebini rakamsal olarak belirlediği bir dava olduğu ifade edilip, söz konusu çelişkiye işaret edilmiştir⁸⁵¹.

cc. Belirli Bir Miktarın Gösterilesine Bağlı Olarak Belirli Bir Oranda Hareket Serbestisi Tanıyan Teori (Serbesti Alanı Teorisi)

Serbesti alanı teorisi, sınırsızlık teorisi ile bağlılık teorisinin bir karışımı olduğu için, karma teori de denilebilir. Bu teoriyi savunan yazarlara göre⁸⁵² belirsiz alacak davası açan davacının, belirli bir miktarı dava dilekçesinde göstermesi zorunludur⁸⁵³. Hâkim de gösterilen bu belirli miktarı dikkate alarak belirli bir oranda gösterilen değerden fazlasına veya azına hükmedebilecektir. Bu oranın ne olduğu konusunda doktrinde tam bir görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar⁸⁵⁴ oran olarak yaklaşık %20'yi ifade

⁸⁴⁵ MENGES, s. 17.

⁸⁴⁶ Bknz.: § 10, D, II, 1, b, cc.

⁸⁴⁷ RÖTTGER, s. 369.

⁸⁴⁸ RÖTTGER, s. 369.

⁸⁴⁹ RÖTTGER, s. 369.

⁸⁵⁰ RÖTTGER, s. 369.

⁸⁵¹ MUSIELAK, in Musielak, § 308, Rn. 17, s. 1045.

⁸⁵² DUNZ, s. 1734; WURM, s. 70; BUTZER, s. 542; STEINLE, s. 425. Buna karşılık SCHLOSSER, Alman Federal Mahkemesinin 30.04.1996 tarihli kararından (BGH, NJW 1996, s. 2425 vd.) sonra, karma teorisinin savunduğu görüşe göre dava açılmasının “tamamen anlamsız” olduğunu ve avukatın bu tür davalarda mahkeyi bağlayıcı bir miktarı dava dilekçesinde göstermesinin “mesleki hata” olacağını ifade etmiştir (s. 1082).

⁸⁵³ MENGES, s. 93; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 5, s. 163.

⁸⁵⁴ DUNZ, s. 1736 vd.; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 5, s. 163; BUTZER, s. 541; WURM, s.70;

ederken; bazı kararlarda ⁸⁵⁵ %25 oranını uygulamış; bazılarında⁸⁵⁶ ise %20 oranını ifade etmiştir. Davacının dava dilekçesinde belirttiği değer üzerinden söz konusu oran kadar, hâkim daha azına veya daha fazlasına karar verebildiği için bu teoriye, serbesti alanı teorisi (Spielraumtheori) denilmektedir⁸⁵⁷. Bu teori, asgari miktar gösterilmesini yeterli sayan teoriden önemli bir noktada ayrılmaktadır. Çünkü hâkim, bu teoriye göre davacının göstermiş olduğu miktardan bağımsız şekilde karar vermemektedir. Böylelikle, hâkim hem taleple bağlı olmakta hem de %20 veya %25 oranında bir hareket serbestliğine sahip olmaktadır. Ayrıca bu teoride, davacı belirli bir miktar gösterdiği ve hâkimin de bu miktar üzerinden takdir yetkisi bulunduğu için, davalı da yargılama sonunda ne miktarda mahkûm edilebilme rizikosunu bilmektedir⁸⁵⁸.

Serbesti alanı teorisi, usûl hukukunun temel sistemine daha uygun olduğu gerekçesiyle taraftar bulmuştur. Öncelikle bu teorinin, hâkimin talepten fazlasına veya başka birşeye hükmedememesi (AHMK m. 308,1) ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği söylenmektedir. Hâkim, kendisine tanınan hareket serbestisi içinde (%20 veya %25), gösterilen yaklaşık miktara göre karar vermektedir. Hâkim, talep sonucu olarak gösterilen miktarın %20 veya %25 oranından daha fazlasına hükmetmedikçe, taleple bağlı olma ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği ileri sürülmektedir⁸⁵⁹. Davacı belirli bir talep sonucu göstermekle beraber davasının %20 veya %25 oranında reddi durumunda, reddedilen kısım bakımından tamamen yargılama rizikosu taşımamaktadır⁸⁶⁰. Hâkim, hareket serbestisi olan, gösterilen değer in %20 veya %25 oranın daha da altında hüküm vermedikçe davanın kısmen reddi söz konusu olmayacağı için davacı yargılama giderlerine mahkûm edilmemektedir⁸⁶¹. Bu durumda davacı kural olarak kanun yoluna da başvuramaz⁸⁶². Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 15 Haziran 1989 tarihli kararı, yargılama giderleri bakımından bu teori için önemli örnek teşkil etmektedir. Karara konu olan olayda, davacı 15.000 DM

STEINLE, s. 425; PANTLE, Rn. 172, s. 89. BGH, NJW 1992, s. 311.

⁸⁵⁵ OLG München, MDR 1987, s. 851; OLG Karlsruhe, Die Justiz 1990, 330.

⁸⁵⁶ BGH VersR 1992, s. 374; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, s. 955.

⁸⁵⁷ YILMAZ, s. 742.

⁸⁵⁸ MENGES, s. 92. Yazar buna rağmen, belirsiz alacak davasının medenî usûl hukuku sistemine yabancı olduğunu ifade etmektedir (s. 161).

⁸⁵⁹ BUTZER, s. 543; DUNZ, s. 1736-1737; WURM, s. 70.

⁸⁶⁰ DUNZ, s. 1736.

⁸⁶¹ DUNZ, s. 1736; WURM, s. 70. Ayrıca bkz.: MERTINS, s. 50-51.

⁸⁶² BUTZER, s. 542.

manevi tazminat talebinde bulunmuş; mahkeme de davacı lehine 13.000 DM'a hükmetmiştir⁸⁶³. Mahkeme burada, kabul edilmeyen kısmın, davacının yaklaşık değerinin %13,33'ü olduğu için davanın kısmi reddi olarak kabul etmemiş ve bu nedenle davacıyı yargılama giderleri bakımından sorumlu tutmamıştır⁸⁶⁴. Bu durumda davacı bakımından davanın kısmi reddi söz konusu olmadığı için, davacı kanun yoluna da başvuramaz⁸⁶⁵.

Davacı dava dilekçesinde yaklaşık değer yerine alacaklı olduğunu düşündüğü miktarın alt ve üst sınırını belirleyerek de dava açabilir⁸⁶⁶. Örneğin, davacı, davalının 10.000 ila 12.000 lira arasında tazminata hükmedilmesini talep edebilir⁸⁶⁷. Bu teoriye göre, hâkimin 10.000 liranın %20 oranında altı ile 12.000 liranın %20 üstü oranında hareket serbestisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁸⁶⁸. Yani hâkim 8.000 ila 14.400 lira arasında tazminata hükmettiği takdirde davacının talebinin kabul edildiği savunulmaktadır. Davacı yaklaşık değer olarak 10.000 lira göstermiş olsaydı, hâkimin hareket serbestisi, 8.000 lira ila 12.000 lira arasında olacaktı.

Bu teori her ne kadar tam olarak gerekçelendirilememişse⁸⁶⁹ de teoriyi savunanlara

⁸⁶³ Karar için bkz.: STEINLE, s. 528'deki dn. 35.

⁸⁶⁴ STEINLE, s. 426. Hâkim her halükarda talep edilen miktarın %20'sinin altında hükmedebilir. Bu takdirde, talep edilen miktarın %20 altında hükmettiği takdirde, davacının davası kısmen reddedilmiş sayılıyor ve davacı o oranda tazminata mahkûm ediliyor (OLG München, MDR 1987, s. 851). Söz konusu kararda, davacı 100.000 lira tazminat talebinde bulunuyor; mahkeme ise 4.000 DM tazminata hükmediyor. Mahkeme hareket serbestesi olarak %25 oranını kabul ediyor. Bu durumda, mahkeme 75.000 DM kadar hükmetmiş olsaydı davanın kısmen reddi söz konusu olmayacağı için davacı yargılama giderlerine mahkûm edilmeyecekti. Bu nedenle mahkeme yargılama giderleri bakımından, davacıyı 71.000 DM üzerinden mahkûm etmektedir. Yani hareket serbestesi dışında kalan ve ayrıca kabul edilmeyen miktar üzerinden yargılama giderlerine hükmetmiştir.

⁸⁶⁵ WURM, s. 70; GERLACH, bu durumda dahi kabul edilmeyen kısım için kanun yoluna başvurulabilmesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 528). Karş: BGH, VersR 1992, s. 375.

⁸⁶⁶ Esasında karma teoriden farklı olarak davacının belirsiz alacak davası açarken alacağın miktarının en alt ile en üst sınırını göstermesi (örneğin 10.000 lira ila 12.000 lira) gerektiği ifade edilmektedir. Bu durumda karma teoride olduğu gibi, hâkimin gösterilen değer üst sınırının da belirli bir oranını aşan hareket serbestesi bulunmamakta, gösterilen değerler arasında hüküm vermesi talep edilmektedir. PAWLOWSKI, bu duruma talep sonucunun belirli olduğu ve fakat rakamsal olarak kesin şekilde belirli olmadığını ifade etmektedir (s. 352). Karş: MENGES, s. 20. Yani hâkim gösterilen değer üst sınırı ile bağlıdır. Bu durumda, gösterilen belirli aralıktaki miktardan daha azına hükmedilmesi durumunda, davacı yargılama giderlerine mahkûm olmakla beraber kanun yoluna da başvurabilmektedir. Ancak mahkeme, davacının göstermiş olduğu belirli sınırlar içindeki değere hükmettiğinde davacı kanun yoluna başvuramamaktadır. Ayrıntılı bilgi için: BERG, s. 84-85. Eleştirisi için bkz.: KERN, s. 127-129.

⁸⁶⁷ Dürüstlük kuralı burada davacının 1.000 ila 10.000 DM arasında bir talepte bulunmasına engel teşkil edecektir (BUTZER, s. 542). Takdir marjının %50 veya %150 oranında olduğu durumlarda, talebin yeterince belirli olmadığı kabul edilmektedir (MENGES, s. 11).

⁸⁶⁸ BUTZER, s. 542.

⁸⁶⁹ BECKER-EBERHARD, buna rağmen hukuki güvenlik ve davalının hukuki yararına da hizmet

göre davalı da kendisine karşı ne miktarda bir talep için dava açıldığını bildiğinden kendini savunabilmektedir. Bu nedenle, bu teori bir yandan hem davacının hem de davalının hukuki yararını gözettiği⁸⁷⁰; diğer yandan pratik ve hukuk güvenliğine hizmet ettiği ifade edilmektedir⁸⁷¹. Ayrıca davacı da yargılama giderleri rizikosundan tamamen kurtulamamaktadır.

Bu teori, doktrinde, tam anlamıyla gerekçelendirilemediği için eleştirilmiştir. Özellikle, hâkimin hareket serbestisi oranı olarak neden %20 veya %25 kabul edilmesi gerektiği açıklanamamıştır⁸⁷². Belirli bir mikar olarak alacak miktarını belirleyebilen davacının, bu durumlarda alacak miktarını kesin olarak belirleyememesi hususunda hiç bir engelin olmadığı ve bu durumda davacının talep sonucunu kesin olarak belirleyebileceği ifade edilerek, teori bu açıdan da eleştirilmektedir⁸⁷³. Yargılama giderleri rizikosu ise yine buna ilişkin kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

2 . İsviçre Hukukundaki Durum

İsviçre hukukunda, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesine göre, belirsiz alacak davası açan davacı, dava konusunun değerini geçici olarak belirlemek üzere asgari bir değer göstermek zorundadır. Tazminat miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda da davacının geçici değer göstermesi gerektiği doktrinde kabul edilmektedir⁸⁷⁴. Dava konusunun değerine göre görevli mahkemenin belirlendiği durumlarda, davacının dava dilekçesinde gösterdiği geçici değer görevli mahkemenin belirlenmesini sağlamaktadır (İHMK, m. 4/2; İHMK, m. 5; İHMK, m.

ettiği gibi davacının yargılama giderleri rizikosunu makul ölçüye getirdiği için bu teorinin kabul edilebileceğini ifade etmiştir (in MünchKommZPO, § 253 Rn. 130, s. 1374).

⁸⁷⁰ BUTZER, s. 541.

⁸⁷¹ BECKER-EBERHARD, in MünchKommZPO, § 253, Rn. 130, s. 1374.

⁸⁷² FRAHM, s. 1214.

⁸⁷³ RÖTTGER, s. 369; GERSTENBERG, s. 1358; MUSIELAK, in Musielak, § 308, Rn. 17, s. 1045. MENGES, s. 92'deki dn. 332. Aynı Yönde: OLG München, NJW 1986, s. 3090. ASSMANN, bu teorinin, belirsiz alacak davasının kabul edilme anlamı ve amacı ile çeliştiğini ifade etmektedir (in Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 101, s. 106).

⁸⁷⁴ OBERHAMMER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Art. 85, Rn. 10, s. 500; OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 10, s. 377; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 8, s. 531. LOOSLI, İHMK'nın yürürlüğe girmesinden önce yazdığı eserinde ise, bu durumda hâkimin gösterilecek değerle bağlı olmadığını kabul ettikten sonra davacıdan mutlaka bir değer göstermesini talep etmenin anlaşılabilir olduğunu ifade etmektedir (s. 125).

8)⁸⁷⁵. Davacı, tahkikatın sonunda veya davalı tarafça verilen bilgi ile alacak miktarını belirlemek imkânına kavuştuğu anda, alacak miktarını belirlemek zorundadır (İHKM, m. 85/2, c.1). Davacı, alacak miktarını belirledikten sonra, davanın açıldığı mahkeme, görev sınırını aşmış olsa, görevsizlik kararı veremez ve görevde kalmakla davayı görmeye devam eder (İHKM m. 85/2, c. 2). Ayrıca, davacının gösterdiği geçici değere göre, yargılama usulü ve alınması gereken avanslar belirlenmekte, yargılama giderleri ise kesin olarak dava konusunun değerinin belirlenmesinden sonra saptanmaktadır.⁸⁷⁶ Geçici değer davalı bakımından sonucu ise, davalının her şeyden önce kendine karşı açılan davayı kaybetme rizikosunu kabaca da olsa değerlendirme imkânına sahip olmasıdır⁸⁷⁷.

III. Türk Hukukundaki Durum

1. Geçici Miktarın veya Değerin Belirlenmesi

Belirsiz alacak davasında davacı, dava konusunun değerini tam olarak davanın açıldığı anda belirleyememesine rağmen dava konusunun değerini dava dilekçesinde göstermekten tamamen muaf tutulmamıştır. Davacı, belirsiz alacak davasında, dava açtığı ana kadar alacağını belirleyebildiği miktarda dava konusunun geçicimiktarı veya değerini dava dilekçesinde göstermek zorundadır (m. 107/2; HarçK m. 16/3). Alacak miktarının belirlenmesinde hâkimin geniş takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda dahi alacaklı dava açarken geçici miktar veya değer göstermek zorundadır⁸⁷⁸.

Daha önce ifade edildiği üzere, kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde kullanılan terimler bakımından da gerekli özeni göstermemiştir. Asgari miktar veya değerden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Daha önce de ifade edildiği üzere birinci fıkrada, alacaklının “*asgari bir miktar veya değeri belirtmek suretiyle*” belirsiz alacak davası açabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, asgari miktar veya değer yerine, “*alacaklının dava açtığı ana kadar*

⁸⁷⁵ Bknz.: § 11, A, I.

⁸⁷⁶ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 18, s. 643; MEIER, s. 28.

⁸⁷⁷ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn, 7, s. 376; KLETT, s. 77.

⁸⁷⁸ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, s. 365.

talebinin belirleyebildiği miktarını veya değerini göstermek suretiyle” belirsiz alacak davası açabileceği ifade edilseydi, kanaatimizce daha doğru olurdu⁸⁷⁹. MEIER, davacının geçici değer olarak asgari değil, aksine ortalama gerçek bir değer (ein geschätzter effektiver Wert) gösterilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸⁸⁰. Bu nedenle davacı, burada keyfi bir şekilde geçici değeri belirleyemez. Davacı ne dava açtığı ana kadar belirleyebildiği alacak miktarından daha azını gösterebilir ne de kendisinden bu miktardan daha fazlasını tahmini olarak belirlemesi beklenebilir. Bir diğer deyişle, davacı, belirsiz alacak davasını açtığı ana kadar tespit ettiği alacak miktarını veya değerini tam olarak dava konusunun geçici değeri olarak göstermek zorundadır⁸⁸¹. Nitekim Yargıtay da verdiği yeni bir kararında⁸⁸², davanın açıldığı anda “*tespit edilebildiği ölçüde alacağın asgari miktarı gösterilerek*” belirsiz alacak davasının açılabilirliğini açıkça ifade etmiştir. Bu zorunluluk, Harçlar Kanunu'nun 30. maddesinin birinci fıkrasına dayanmaktadır. Buna göre mahkeme kendiliğinden, davacının göstermiş olduğu geçici miktar veya değer, gerçekten dava açarken belirlenebilecek miktar veya değer olup olmadığını araştıracaktır. Elbetteki davacıdan burada geçici miktar veya değer olarak kuruşu kuruşuna bir meblağ belirlemesi beklenemez. Ancak davacı, geçici değeri dürüstlük kuralı çerçevesince⁸⁸³ belirlemelidir. Bu nedenle davacı eksik harç ödemek için, örneğin geçici değer olarak 5.000 lira göstermesi gerekirken 100 lira gösteremez⁸⁸⁴. Davacının göstermiş olduğu geçici değer veya miktar, sadece harç bakımından önemli olmayıp, avanslar ile davada ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin talep edildiği durumlarda da belirleyici olacaktır⁸⁸⁵.

Davacı, objektif dava birleşmesi şekilde birden fazla talepte bulunmuş olabilir. Davacı, her bir talep için ne kadar miktarda talepte bulunduğunu, dava dilekçesinde

⁸⁷⁹TANRIVER, dava dilekçesinde, asgari tutarın, somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre, tespiti mümkün asgari tutar olduğu hususlarını, açıkça ve kesin bir dille vurgulayacak şekilde yeniden kaleme alınması gerektiğini ifade etmektedir (HMK'nın Revizyonu, s. 23).

⁸⁸⁰MEIER, s. 28. Alman hukukunda ROTH ise, davacının göstereceği asgari değeri, her halükarda lehine hükmedilmesini istediği en az değer olduğunu ifade etmektedir (in Stein/Jonas, § 253, Rn. 47, s. 131).

⁸⁸¹Hükümet gerekçesinde de bu durum açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, alacaklı “*tespit edebildiği ölçüde ... asgari miktarı*” dava dilekçesinde göstermelidir.

⁸⁸²10. HD, 1.3.2012, E. 2010/9799, K. 2012/3613 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

⁸⁸³PEKCANITEZ, s. 48.

⁸⁸⁴PEKCANITEZ, s. 48. Buna karşılık KILIÇOĞLU, zamanaşımı bakımından belirsiz alacak davasını değerlendirirken, belirsiz alacak davasının düşük harç ödemek için alacaklıların sembolik miktarlar gösterilerek dava açılabilmesine imkân tanıdığı düşüncesindedir (s. 866).

⁸⁸⁵PEKCANITEZ, s.48; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.),Art. 85, Rn. 18, s. 643.

ayrı ayrı göstermelidir. Aksi takdirde, hâkim, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, davacıya, hangi talep için ne kadar miktarda talepte bulunduğunu açıklamalıdır⁸⁸⁶. Belirsiz alacak davasında da davacının objektif dava birleşmesi şeklinde birden fazla talebini aynı davada ileri sürdüğünde, taleplerinden bazıları belirli bazıları belirsiz ise, talep ettiği her bir talebe ilişkin değeri ayrı ayrı göstermek zorundadır⁸⁸⁷. Böylelikle davacı, hangi talebinin belirsiz olduğunu belirtmeli ve belirsiz olan bu talebe uygun olarak geçici değeri göstermek zorundadır. Dava dilekçesinde davacı, birden fazla talepten söz etmiş, fakat ayırım yapmaksızın tek bir tutar talep etmişse, mahkemenin, aydınlatma ödevi gereğince (m. 31), davacıya, talep edilen tutarın ne kadarının belirli talepler için, ne kadarının belirsiz talep için istendiğini, açıklamalıdır⁸⁸⁸. Bununla beraber harç, toplam değer üzerinden alınacaktır. Yargılama sırasında ise, davacı sadece, dava açtığı anda belirsiz olan taleplerini, iddianın genişlemesi yasağına tabi olmaksızın artırabilecektir. Harç da belirlenen bu miktar üzerinden tamamlanacaktır.

2. Geçici Miktarın veya Değerin Eksik Gösterilmesinin Sonuçları

Hâkim davacının gösterdiği geçici değer, gerçekten dava açtığı ana kadar belirleyebildiği talebin miktarı olup olmadığını, kendiliğinden göz önüne almalıdır⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ KURU, Usûl, C. 2, s. 1604; YILMAZ, s. 345; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 229. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir. Örneğin, "Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, ikramiye, TİS ücret farkı, sosyal haklar, cezai şart, giyim yardımı ile hak mahrumiyeti tazminatının ödenmesine karar verilmesini istemiştir. ... davacı dava dilekçesinde ihbar ve kıdem tazminatı dışında 1 milyar TL olarak talep ettiği alacaklarını toplu iş sözleşmesinden kaynaklı sosyal hak mahrumiyeti cezası, cezai şart ve ücret alacağı olarak açıklamış ve mahkemece kurulan hükümde de 1 milyar TL diğer alacaklar şeklinde hüküm kurulmuştur. Bu şekilde istekte bulunulması ve hüküm kurulması HUMK'na aykırıdır. Davacı(ya) 1 milyar TL olarak talep ettiği alacaklarının mahiyetleri ve miktarları ayrı ayrı açıklattırılmalı ve kararda da ayrıntılı şekilde belirtilmelidir. ..." 9. HD, 1.11.2004, 8635/24552 (YILMAZ, s. 346)

⁸⁸⁷ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 253, Rn. 67, s. 992.

⁸⁸⁸ ALANGOYA, s. 143.

⁸⁸⁹ İHMK m. 91/2'ye göre, konusu para olmayan talebin değeri dava dilekçesinde gösterilmediği durumlarda; tarafların dava konusunun değeri konusunda anlaşamamaları veya bildirdikleri değer açıkça hatalı ise, mahkeme kendiliğinden dava konusunun değerini tespit eder. MEIER, bunun geçici değer belirlenmesinde de uygulanması gerektiğini kabul etmektedir (s. 28-29). Aynı görüşte: BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 19, s. 644; DIGGELMANN, Peter, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St.Gallen 2011, Art. 91, Rn. 24, s. 569. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ikinci fıkrasının karşıt anlamından çıkan sonuca göre, para alacaklarına ilişkin taleplerde dava konusu değer açıkça hatalı gösterilmiş olsa dahi mahkemece dava konusu değer in edilemeyeceği yönünde: SCHLEIFFER MARAIS, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 91, Rn. 13, s. 395. Karş.: STEIN-WIGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 91, Rn. 23, s. 682. LOOSLI, İHMK yürürlüğe girmeden önce yazdığı eserinde, bu durumda hâkimin, davacının göstermiş olduğu talep sonucunu

Hâkim sadece konusu para dışında olan belirsiz alacak davası bakımından değil ayrıca konusu para olan belirsiz alacak davasında da gösterilen geçici miktar veya değer in dürüstlük kuralına göre belirlenip belirlenmediğini dikkate alacaktır. Davalı da dava konusu olarak gösterilen geçici değer in eksik veya hatalı gösterilmesine itiraz edebilir⁸⁹⁰. Bu durum, para alacakları bakımından da geçerlidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabulünden önce, dava konusunun değeri, görevli mahkemenin tespitini sağlamaktaydı. Bu nedenle, doktrinde konusu paradan başka olan davalarda davacının dava konusunun değerini eksik göstermesi durumunda, hâkimin bunu re'sen dikkate alacağı ve gerek görevli mahkemenin tespiti gerekse alınacak nispi karar ve ilâm harcının eksiksiz alınması için eksikliğin tamamlanması gerektiği ileri sürülmekteydi. Görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ve bu nedenle tarafların bu konuda sözleşme yapamaması nedeniyle, hâkim, taraflar arasında bu konuda bir uyuşmazlık olmasa dahi, davacının dava dilekçesinde gösterdiği miktar veya değere bağlı olmaksızın, dava konusu değeri kendiliğinden tespit edebileceği kabul edilmekteydi⁸⁹¹. Buna karşılık, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, dava konusunun miktar veya değeri görevli mahkemeyi belirleyici değildir. Bu nedenle belirsiz alacak davasında da gösterilen geçici değer, görevli mahkemenin belirlenmesinde rol oynamamaktadır. Ancak, davacının dava açarken göstereceği geçici değer veya miktar, nispi karar ve ilâm harcının tespitinde önem arz etmektedir. Harçlar Kanunu'nun 30. maddesine göre, yargılama sırasında, tespit edilen değer in, dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğu anlaşılırsa, yalnız o celse için muhakemeye devam olunacağı takip eden celseye kadar noksan değer üzerinden peşin karar ve ilâm harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunamayacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle belirsiz alacak davasında, yargılama sırasında hâkim, gösterilen geçici değer in, normalde tespit edilen değerden daha düşük olduğunu tespit ederse, sadece o celse için davaya devam edilir. Hâkim,

kabul etmek zorunda olduğunu, hâkimin, davacının göstermiş olduğu miktarın uygun olup olmadığını inceleyemeyeceğini ve düzeltemeyeceğini ifade (s. 115).

⁸⁹⁰ MEIER, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 91. maddesinin ikinci fıkrasına göre, belirsiz alacak davasında, geçici değer in açıkça hatalı gösterildiği durumda davalı buna açıkça veya örtülü olarak kabul etmiş olsa dahi mahkemenin geçici değeri kendiliğinden belirleyeceğini ifade etmektedir. s. 29

⁸⁹¹ KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, 6. Bası, C. 1, İstanbul 2001, s. 174 vd.; KURU, Usûl El Kitabı, s. 92; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 21. Baskı, Ankara 2010, s. 127; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 9. Bası, s. 105; Karş.: KARAFAKİH, s. 49; BERKİ, s. 5; POSTACIOĞLU, s. 125; ÜSTÜNDAĞ, s. 131-132; BERKİN, s. 70-71; ÖNEN, 30-31.

geçici değerin artırılmasını ve buna bağlı olarak harcın tamamlatılmasını sağlamak için davacıya uygun bir süre vermelidir⁸⁹². Davacı, bu süre içinde peşin karar ve ilâm harcını tamamlamadığı sürece mahkeme gelecek celseye devam edemez ve bu durumda dava dosyası işlemde kaldırılır (HarçK m. 30). Ayrıca unutulmamalıdır ki, dürüstlük kuralı tüm yargılamaya hâkim olan ilkelerden biri olup, hâkim tarafından kendiliğinden uygulanır. Bu nedenle, geçici miktar veya değerin dürüstlük kuralına uygun şekilde belirlenip belirlenmediği, hâkim tarafından dikkate alınabilecektir.

3. Geçici Miktarın veya Değerin Hiç Gösterilmemesinin Sonuçları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119 maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre, davacı, malvarlığına ilişkin davalarda dava konusunun parasal değerini göstermelidir⁸⁹³. Dava konusunun değerinin gösterilmesi, zorunlu unsurlar arasında sayılmamıştır. Ancak Harçlar Kanunu'nun 16. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, dava konusu malvarlığı haklarına ilişkinse dava dilekçesinde gösterilmelidir. Davacı, dava konusu değerini hiç göstermemişse, kendisine tespit ettirilir. Davacı tespit etmekten kaçınırsa, dava dilekçesi işleme konulmaz⁸⁹⁴. Belirsiz alacak davasında da davacı dava konusunun geçici değerini göstermek zorundadır (m. 107/2; Harç. m. 16/3). Aksi takdirde belirsiz alacak davasında da, Harçlar Kanunu'nun 16. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, dava dilekçesi işleme konmaz. Dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından farklı olarak, burada, dava konusunun değerinin tespiti için davacıya kesin süre verilmesi söz konusu değildir⁸⁹⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin 36. maddesine göre, dava dilekçesinin tevzi edilebilmesi için, harca tabi davalarda davacının harç ve gider avansını

⁸⁹² ULUKAPI, Ömer, Medeni Usûl Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Konya 1997, s. 113

⁸⁹³ ULUKAPI, s. 112.

⁸⁹⁴ Doktrinde bir görüş, dava konusunun değerinin dava dilekçesinin zorunlu unsuru olduğunu, bu değerin dilekçede belirtilmemesi halinde, hâkimin, eksikliği gidermesi için HMK'nın 119. maddesinde öngörülen bir haftalık kesin süre vereceğini ifade etmektedir (YILMAZ, s. 799; KİRAZ, Yenilikler, s. 5-6). Kanaatimizce de dava konusunun değeri, dava dilekçesinin zorunlu unsuru olarak kabul edilmelidir. Ancak buna uyulmamasının yaptırımı, HMK'nın 119/2 maddesi değil; HarçK'nun 16/3 maddesidir. Bu nedenle, hâkimin bir haftalık kesin süre vermesine gerek yoktur. Davacı, dava konusu değeri, tespit etmedikçe dilekçesi işleme konulmayacaktır. Bununla beraber belirtmek gerekir ki, sonuç olarak, davanın açılmamış sayılması ile dava dilekçesinin işleme konulmaması arasında fark bulunmamaktadır (KURU, Usûl, C. 2, s. 1587). Davanın açılmamış sayılması geçmişe etkilidir ve şartları gerçekleşince, taraf iradeleri bağlı olmaksızın kendiliğinden oluşur (ULUKAPI, s. 144).

⁸⁹⁵ KARSLI, s. 422.

yatırması gerekir. Tevzi işlemi tamamlandığında, dosya hangi mahkemeye gönderilmiş ise o mahkemenin esas kaydından numara alır ve sistem tarafından aynı anda tevzi formu düzenlenir. Tevzi formu, dava veya işlerin hangi mahkemeye veya hukuk dairesine gönderildiğini gösteren ve başvuru sahibine verilen alındı belgesidir. Tevzi formu, dağıtım yapılan mahkemenin adını, dosyanın esas numarası ile esas numarasının verildiği tarih ve saati, dosya türünü, tarafların ad ve soyadlarını, davanın konusunu ve varsa ilişkili dosya numarasını içerir (HMKY m. 36/3). Dava, dava dilekçesinin tevzi edilerek kaydedildiği tarihte açılmış sayılır (HMKY m. 36/5). Bu durum UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) sistemi üzerinden davanın açılması durumunda da söz konusudur (HMKY m. 36/8-9). Davacı veya vekili elektronik ortamda harç yatırmadıkça dava açamaz. Aynı durum doğrudan adliyelerde de dava açılması durumunda da geçerlidir. Bu nedenle, doktrinde ifade edildiği üzere, uygulamada, kural olarak dilekçede talep edilen alacak miktarı belirtilmeden davanın açılmasını mümkün görülmemektedir⁸⁹⁶.

4. Geçici Miktar veya Değere Bağlanan Sonuçlar

Belirsiz alacak davasında, davacının dava dilekçesinde gösterdiği geçici miktar veya değer, davacının yargılama sonunda hüküm altına alınmasını istediği talep sonucunun rakamsal değeri değildir⁸⁹⁷. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasına göre, alacak miktarı belirlenebildiği anda davacı, dava dilekçesinde gösterdiği geçici miktar veya değeri artırabilir. Böylelikle davacı, mahkemedен hüküm altına alınmasını istediği miktar veya değeri rakamsal olarak belirlemektedir. Bu belirleme, dava konusunun miktar veya değerinin artırılması şeklinde olacaktır. Bu durumda davacının hüküm altına alınmasını istediği miktar veya değeri belirleyebilmesi davalının veya mahkemenin muvafakatine bağlı olmadığı gibi davacının ıslah yoluna başvurması da gerekmemektedir. Yani davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın mahkemedен hüküm altına alınmasını istediği miktarı veya değeri belirleyebilmektedir (m. 107/2). Mahkeme de davacının dava dilekçesinde gösterdiği geçici değere göre değil, bu durumda davacının yargılama sırasında belirlediği miktar veya değere göre karar verebilecektir. Bu, mahkemenin talepten fazlasına hükmettiği anlamına da

⁸⁹⁶ UMAR, s. 356'deki dn. 11; YILMAZ, s. 799.

⁸⁹⁷ MEIER, s. 27-28.

gelmemektedir. Çünkü davacı geçici değeri artırdığı takdirde hâkim artırma oranında geçici değerden fazlasına hükmedebilmektedir⁸⁹⁸. Bununla beraber davacı, belirsiz alacak davasında yargılama sırasında alacak miktarını kesin olarak belirlemiş olsa dahi hâkim yargılama sonunda, her davada olduğu gibi, davacının dava dilekçesinde göstermiş olduğu geçici değerden azına karar verebilir (m. 26/1, c. 2).

Belirsiz alacak davasında, dava dilekçesinde gösterilen geçici miktar veya değer davalı bakımından, kendisinin en az hangi miktar veya değere mahkûm edilmesinin talep edildiğini görmesi bakımından çok önemlidir. Daha önce de ifade edildiği üzere, bu durumda davalı, belirsiz alacak davasında hukuki ilişkiyi de somutlaştırmak zorunda olduğu için geçici miktar veya değer üzerinden kabaca davayı kaybetme rizikosunu değerlendirebilir⁸⁹⁹ ve buna göre savunma yapabilir. Ayrıca davalının davayı kabul etmesi veya sulh teklifinde bulunması konusunda geçici değer önemlidir.

Gösterilen geçici değer, harçlar bakımından da önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, konusu para ile değerlendirilebilen dava ve işlerde nispi karar ve ilâm harcı alınır. Nispi karar ve ilâm harcının dörtte biri, dava açılırken peşin olarak alınır. Ölüm ve cismani zarar sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında ise bu oran yirmide birdir (Harç m. 28/1-a). Peşin olarak alınan karar ve ilâm harcı hesabında, davacının dava dilekçesinde göstermiş olduğu talep sonucu esas alınır. Bu bakımdan belirsiz alacak davasında da alınacak peşin karar ve ilâm harcı, davacının dava dilekçesinde göstermiş olduğu geçici değere göre hesaplanacaktır⁹⁰⁰.

Belirsiz alacak davasında, ihtiyati hacze gerek duyulduğunda da, ihtiyati haciz kararı sadece para alacakları bakımından söz konusu olduğu için dava dilekçesinde gösterilen geçici miktara göre verilir⁹⁰¹. İhtiyati tedbir ise, kural olarak konusu para alacağı dışında olan belirsiz alacak davasında, ancak geçici değer üzerinde uygulanabilecektir⁹⁰². Gerek ihtiyati tedbirde gerekse ihtiyati hacizde teminat gösterilmesinin gerekli olduğu durumlarda, teminatın miktarı geçici değere göre

⁸⁹⁸ MEIER, s. 27.

⁸⁹⁹ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 376; KLETT, s. 77.

⁹⁰⁰ PEKCANITEZ, s. 42. Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 11, H, I, 1.

⁹⁰¹ Bknz.: § 11, E.

⁹⁰² Bknz.: § 11, F.

belirlenecektir.

Davacı yargılama sırasında, dava konusunun değeri olarak gösterdiği geçici değeri artırabilir. Ancak, davacı geçici değeri artırmadığı takdirde, hüküm geçici değer üzerinden verilecektir⁹⁰³. Bu durumda, verilen hükme karşı da temyiz yoluna başvuru sınırı dava dilekçesinde gösterilen geçici değere göre belirlenecektir.

Alacak miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda, hâkimin geçici talepten fazlasına hükmedebileceğini ifade etmiştik⁹⁰⁴. Bu durumda da davacı bakımından temyiz sınırı ancak, hâkimin geçici talepten daha azına hükmettiği miktara göre belirlenecektir. Bu istisnai durumlarda hâkim, geçici miktar veya değerden daha fazlasına hükmettiği takdirde, kural olarak davacı kanun yoluna başvuramaz⁹⁰⁵.

⁹⁰³ Bknz.: § 11, B, III, 2.

⁹⁰⁴ Bknz.: § 9, B, II.

⁹⁰⁵ Bknz.: § 11, I.

III. BÖLÜM

BELİRSİZ ALACAK DAVASININ

HÜKÜMLERİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ

BAŞLICA UYGULAMALARI

§ 11. USUL HUKUKU BAKIMINDAN HÜKÜMLERİ

A. Görevli ve Yetkili Mahkeme

I. Görevli Mahkeme

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu ile malvarlığı haklarına ve şahıs varlığı haklarına ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemeleri ile sulh hukuk mahkemeleri arasındaki görev ayrımı dava konusu miktar veya değere bağlı olmaksızın düzenlenmiştir⁹⁰⁶. Görevli mahkeme, dava konusuna göre belirlenecektir⁹⁰⁷. Malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun miktar veya değeri önem arz etmeksizin genel görevli mahkeme olarak asliye hukuk mahkemeleri kabul edilmiştir (m. 2/1). Asliye hukuk mahkemelerinin görevi asıl olmakla beraber, kanunda belirlenen bazı davalar, dava konusunun miktar veya değerine bakılmaksızın sulh hukuk mahkemelerinde görülür (m. 4).

Belirsiz alacak davası da malvarlığı haklarının korunmasına ilişkin durumlarda açılacağı için, geçici miktara veya değere bakılmaksızın, kural olarak görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir⁹⁰⁸. Belirsiz alacak davasının sıklıkla uygulama

⁹⁰⁶ 1086 sayılı HUMK'da görevli mahkeme, uyuşmazlığın malvarlığına veya şahıs varlığına ilişkin olmamasına göre ayırım yapmıştı (HUMK m. 8). Malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, asliye hukuk mahkemesi ile sulh hukuk mahkemesi arasındaki ayırmda da dava konusunun miktarı veya değeri belirleyiciydi. Belirli miktarı veya değeri geçen uyuşmazlıklarda asliye hukuk mahkemesi, bu miktarın altında kalan uyuşmazlıklara da sulh hukuk mahkemesi bakmaktaydı. Buna uygun olarak özellikle dava türleri başta olmak üzere görevle ilgili özel düzenlemeler yapılmıştı (HUMK m. 2-8). 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde görevli mahkemenin belirlenmesinde ortaya çıkan bir çok tartışma içtihadı birleştirme kararlarıyla giderilmeye çalışılmıştı (Bknz.: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 118).

⁹⁰⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 121.

⁹⁰⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 121.

alanı bulacağı, kişilik haklarına yapılan saldırı nedeniyle açılacak maddi ve manevi tazminat davaları da malvarlığı haklarına ilişkin davalardan olduğu için asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir. Dava konusuna göre, belirsiz alacak davasına konu yapılan uyuşmazlık özel mahkemelerin görev alanına da girebilir. Örneğin, işçi alacaklarına ilişkin belirsiz alacak davası iş mahkemelerinde, ticari davalar asliye ticaret mahkemesinde veya tüketici hukukundan doğan davalar da tüketici mahkemelerinde açılacaktır⁹⁰⁹. Yani görevli mahkemenin belirlenmesinde belirsiz alacak davası ile normal bir eda davası herhangi bir farklılık göstermemektedir.

Kanun koyucunun, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile asliye ve sulh hukuk mahkemelerinde, dava konusu miktar veya değere göre ayrımı ortadan kaldırması doktrinindeki yazarlarca farklı değerlendirilmiştir⁹¹⁰. Ancak bu değişiklik, özellikle belirsiz alacak davasında görevli mahkemenin tespiti ve daha sonra davacının talep sonucunu belirlemesi durumunda doğabilecek muhtemel tartışmaları ve sorunları engellemiştir. Böylelikle, belirsiz alacak davasında, davacı geçici değeri artırdığı takdirde, bu artırma davanın açıldığı mahkemenin görevinde bir değişiklik meydana getirmeyecektir.

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkemenin belirlenmesinde dava konusunun miktar veya değeri belirleyici olmaktadır (İHMK m. 4/2; İHMK m. 5/1-d; İHMK, m. 8/2). Bu nedenle, belirsiz alacak davasının düzenlendiği İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85.

⁹⁰⁹ PEKCANITEZ, s. 54

⁹¹⁰“Bugüne kadar, malvarlığına ilişkin davalarda, sulh hukuk ve asliye hukuk arasında miktara göre yapılan ayırım, birçok soruna yol açmıştır. Bu ayırımın pratik ve ihtiyaçlara da tam olarak cevap verdiği söylenemez. ... Uygulamada miktar ve değere bağlı görev sınırının tespitinde ortaya çıkan sorunlar sebebiyle görevsizlik kararı verilmekte ve davalar salt bu yüzden gereksiz yere uzamaktadır. Esasen hak arayan kişi bakımından bu sınırın hiçbir önemi de yoktur. Bu sınıra ilişkin periyodik değişiklikler de diğer bir sorun olup, zaman zaman karışıklığa yol açabilmektedir...” (Adalet Komisyonu Gerekçesi). KURU/ARSLAN/YILMAZ, HMK m. 2'nin getirdiği yeni kural, bu konulardaki (HUMK m. 8'in benimsediği parasal sınır nedeniyle) karmaşayı ortadan kaldıracı nitelikte olduğunu ifade etmekte diler (s. 122'deki dn. 42). Buna ek olarak YILMAZ, daha önceki dönemde yaşanan karmaşık görev uyuşmazlıklarına ve davaların bu nedenle uzamasına neden olmayacağı veya görev uyuşmazlıklarını en aza indireceği için, yeni düzenlemeyi olumlu bulmaktadır (Şerh, s. 48). Buna karşılık UMAR, bu düzenlemenin asliye hukuk mahkemesine getireceği muazzam iş yükü karşında isabetli olmadığını ifade etmektedir (s. 16). Aynı soruna dikkat çeken PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES ise, söz konusu değişikliğin bir çok açıdan isabetli olmadığını ifade etmektedirler. Bu değişiklik ile belli bir miktarın altındaki uyuşmazlıkların yazılı yargılama usûlü gibi daha uzun ve daha masraflı yargılama usûlüne tabi olduğunu; basit uyuşmazlıkların daha basit usûlle çözümünün daha isabetli olacağını ifade eden yazarlar, bu düzenlemenin asliye hukuk mahkemelerinin iş yükünü önemli ölçüde arttırdığını belirtmektedirler (s. 119-120).

maddesinde görevli mahkeme bakımından özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre görevli mahkeme, davacının belirsiz alacak davası açarken dava dilekçesinde gösterdiği geçici değere göre belirlenir⁹¹¹. Ancak davacının tahkikat aşamasında, dava konusunun değerini artırması sonucu görev sınırı aşılsa dahi, yapılan artırım, görevli mahkemede değişikliğe neden olmamaktadır (İHKM m. 85/2). Yani belirsiz alacak davasında, davacının dava açtığı anda dava dilekçesinde gösterdiği dava konusunun değerine göre belirlenen mahkeme, davaya bakmaya devam edecektir⁹¹². İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davasında böyle bir düzenleme bulunmakla beraber, davacının normal bir eda davasında, yargılama sırasında talebini artırması durumunda, dava konusu miktar veya değer davanın açıldığı mahkemenin görev sınırını aşarsa, davaya yeni görevli mahkemede devam edilmektedir (İHKM m. 227/2). Böylelikle İsviçre hukukunda belirsiz alacak davasında talep sonucunun artırılması görevli mahkemede değişikliğe neden olmazken, normal bir eda davasında talep sonucunun artırılması görevli mahkemede değişikliğe neden olabilmektedir⁹¹³. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun belirsiz alacak davasında göreve ilişkin 85. maddenin son cümlesindeki hüküm gereğince, görevli mahkemenin görevli kalmaya devam etmesi usul ekonomisine de uygun bulunmaktadır⁹¹⁴. Bu nedenle görevli mahkemenin İsviçre hukukunda ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda olduğu gibi parasal değere belirlendiği durumlarda, belirsiz alacak davası bakımından İsviçre hukukunda kabul edilen düzenleme, kanaatimizce son derece isabetlidir.

Alman hukukunda, davacı, Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak, belirsiz alacak davası açtığında talep sonucunu mutlaka geçici de olsa rakamsal olarak belirlemek zorunda değildir. Bu durumda belirsiz alacak davasında görevli mahkeme, davacı, dava konusunun değeri bakımından herhangi bir değerlendirme yapmamışsa, Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesine göre belirlenmektedir⁹¹⁵. Bu hükme

⁹¹¹ BOPP/BESSEICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 18, s. 643; GASSER/RICKLI, Art. 85, Rn. 1, s. 76; MEIER, s. 12; OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 8, s. 376; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 529; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 221, Rn. 34, s. 1263; LEUENBERGER/ UFFER-TOBLER, Rn. 6.11, s. 148; SENEL, Rn. 272, s.101.

⁹¹² FÜLLEMANN, bu durumda mevcut yargılama usulünde de bir değişikliğin olmayacağı görüşündedir (in Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 529).

⁹¹³ COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 11, s. 370.

⁹¹⁴ Botschaft zur ZPO, Art. 83, s. 7287

⁹¹⁵ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 32, Rn. 55; HUSMANN, s. 716; BUTZER, s. 543; DUNZ, NJW 1957, 1662; FUCHS, s. 559. Karş: WILLMS, s. 619. Davacının asgari değer

göre, mahkeme gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırarak kendiliğinden dava konusu uyuşmazlığın değerini takdir etmektedir. Mahkeme bu takdiri, davacının dava dilekçesinde ortaya koyduğu vakıalara göre yapmaktadır⁹¹⁶.

II. Yetkili Mahkeme

Belirsiz alacak davasında yetkili mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 5 ilâ 19. maddeleri arasında düzenlenen yetkiye ilişkin kurallara göre belirlenecektir. Belirsiz alacak davasının konusu itibariyle özel kanunların uygulanmasını gerektirdiği durumda söz konusu kanunlarda yetkiye ilişkin özel düzenleme varsa, yetkili mahkemenin belirlenmesinde bu kurallar da dikkate alınacaktır. Bu nedenle örneğin kişilik haklarına saldırı nedeniyle zarar gören, Türk Medeni Kanunu'nun 25 maddesinin 5. fıkrasına göre kendi yerleşim yerinde de belirsiz alacak davası açabilecektir. Aynı şekilde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'unun 23. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre, söz konusu kanunun uygulanmasında doğacak her türlü uyuşmazlığa Tüketici Mahkemeleri bakmaktadır⁹¹⁷. Aynı maddenin 3. fıkrasında, özel yetki hali düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, tüketici kendi yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabilir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesine göre, motorlu araç kazalarından dolayı açılacak bir belirsiz alacak davasında zarar gören, sigortacının merkez veya şubesinin ya da sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde dava açılabileceği gibi kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir. Yetkili mahkemenin belirlenmesinde, dava konusunun değeri belirleyici olmadığı için davacının yargılama sırasında geçici değeri artırması da yetkili mahkeme bir değişikliğe neden olmayacaktır.

göstermesi durumunda ise mahkemenin kural olarak buna bağlı olduğu, Mahkemenin AHMK m. 3 ile dava konusunun değerini takdir etmesinin, tamamlayıcı fonksiyon içerdiğini ifade edilmektedir (UBERT, s. 79).

⁹¹⁶ WURM, s. 71.

⁹¹⁷ Özel mahkemelerin kurulmadığı yerlerde, genel mahkemeler özel mahkeme sıfatıyla görev yaptıkları için, Tüketici Mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde, Asliye Hukuk Mahkemeleri Tüketici Mahkemesi sıfatıyla, malvarlığı haklarına ilişkin davalara bakacaktır.

B. Talep Sonucunun Rakamsal Olarak Belirlenmesi (Geçici Miktarın veya Değerin Artırılması)

I. Genel Olarak

Belirsiz alacak davasında davacı, dava açtığı anda dava konusunun değerini geçici olarak belirlemekle beraber alacağın tümünün hüküm altına alınmasını istemektedir. Davacı alacağının tümünün hüküm altına alınmasını, yargılama sırasında alacağının miktarının belirlenebilir olduğu anda geçici değeri artırıp talep sonucunu rakamsal olarak kesin şekilde belirleyerek sağlamaktadır.

Belirsiz alacak davasıyla amaçlanan alacağın tümünün hüküm altına alınması olduğu için normal olan davacının talep miktarının belirlenebilir olduğu anda talep sonucunu buna uygun rakamsal olarak belirlemesidir. Yani, talep sonucunu belirlenen alacak miktarına göre artırmasıdır. Bununla beraber tasarruf ilkesi gereğince, davacı, belirsiz alacak davasında, dava konusu geçici değeri artırıp artırmamakta serbesttir. Bunun sonucu olarak belirsiz alacak davasında, davacının dava konusunun değerinin kesinleşmesi iki şekilde söz konusu olur. Davacı, yargılama sırasında, alacak miktarı kesin olarak belirli hale geldikten sonra dava dilekçesinde gösterdiği geçici değeri artırdığı takdirde, talep sonucu rakamsal olarak da artırılan miktara uygun olarak kesinleşmektedir. Yargılamaya artırma sonucu ortaya çıkan yeni değer üzerinden devam edilecek ve hüküm bu miktara göre verilecektir. Davacı, yargılama sırasında, alacak miktarı kesin olarak belirli hale gelmesine rağmen geçici değeri artırmadığı takdirde, dava konusunun geçici değeri davacının rakamsal olarak da kesin talep sonucu olacak ve hüküm davanın açıldığı anda davacının dava dilekçesinde göstermiş olduğu geçici değer üzerinden verilecektir.

Davacının talep sonucunun rakamsal olarak kesinleşmesi, davacının yargılama sırasında talep sonucunu artırmak istemesi bakımından da önemlidir. Davacı talep sonucu rakamsal olarak kesinleşene kadar iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın belirleyebilirken talep sonucu rakamsal olarak kesinleştikten sonra bu yasağına tabi olarak talep sonucunu artırabilmektedir (m. 107/2).

II. Davacının Talep Sonucunu Rakamsal Olarak Belirlemesi

1. Davacının Talep Sonucunu Rakamsal Olarak Belirleme İmkânı

Teksif ilkesi gereğince, tarafların bütün iddia ve savunma nedenlerini, belli bir usul kesitine kadar ileri sürmeleri gerekmektedir⁹¹⁸. Bu usul kesitinden sonra ileri sürülen dava malzemeleri kural olarak mahkemece kabul edilmemektedir. Bu ilke, özellikle davaların gereksiz yere ve kötü niyetle uzatılmasını önlemek amacıyla ve daha özenli davranılmasını sağlamak amacıyla kabul edilmektedir⁹¹⁹. Bu nedenle usul ekonomisi ilkesinin yerine getirilmesine de hizmet etmektedir. Teksif ilkesinin hak arama özgürlüğüne ve hukuki dinlenilme hakkına aykırı olmadığı doktrinde kabul edilmektedir⁹²⁰. Teksif ilkesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılamaya hâkim olan ilkelerin arasında düzenlenmemiştir. Ancak kanunun çeşitli maddelerinde, bu ilkenin açık düzenlemeleri ve sonuçları mevcuttur⁹²¹. Bu ilkenin usûl hukuku bakımından doğurduğu en önemli sonuç, davacı ve davalının kural olarak iddia ve savunmalarını belirli bir usul kesitinden sonra genişletmelerinin veya değiştirmelerinin yasak olmasıdır. Ancak bu yasak mutlak bir yasak olmayıp, kanunda kabul edilen durumlarda, davacı ve davalı iddia ve savunmalarını genişletebildikleri gibi değiştirebilmektedirler (m. 141). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile teksif ilkesi önemli ölçüde yumuşatılmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, davacı, cevaba cevap dilekçesinden sonra, davalının rızası olmaksızın iddiasını genişletemez veya değiştiremez (m. 141/2). Cevaba cevap dilekçesinden sonra ise, ön inceleme aşamasında davacı, ancak davalının açık rızası ile iddiasını genişletebilir veya değiştirebilir. Ancak davalı ön inceleme duruşmasına, mazeret bildirmeksizin katılmamışsa, davacı yine serbestçe iddiasını genişletebilir veya değiştirebilir. Bunların dışında davacı, hüküm verilinceye kadar davalının açık rızası ya da ıslah yoluyla iddiasını genişletebilir veya değiştirebilir (m. 141/2). Davalı ise, ikinci cevap dilekçesinin mahkemeye

⁹¹⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 305; DEREN-YILDIRIM, s. 270

⁹¹⁹ KARSLI, s. 345

⁹²⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, teksif ilkesinin hak arama özgürlüğüne ve hukuki dinlenilme hakkına aykırı olmadığını ifade etmektedirler (s. 307). ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, teksif ilkesi ile, kural olarak davaların uzamasının önlenmesi ve belirli bir safhada dava sonunun görülebilecek duruma getirilmesinin amaçlandığını ifade etmektedirler (s. 185). Amacı bakımından aynı şekilde bkz.: KARSLI, s. 286.

⁹²¹ Bknz.: HMK m. 140/5; HMK m. 141; HMK m. 145

verilmesinden itibaren savunmasını davacının rızası olmaksızın değiştiremez ve genişletemez. Ancak davalı da davacı gibi, şartların varlığı halinde, ön inceleme aşamasında savunmasını genişletebileceği gibi değiştirebilir (m. 141). Aynı şekilde davalı da ön inceleme aşamasından sonra, hüküm verilinceye kadar, davacının açık rızası veya ıslah yoluyla savunmasını genişletebilir veya değiştirebilir (m. 141/2). Basit yargılama usulüne tabi davalarda ise, iddia genişletilmesi veya değiştirilmesi davanın açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ise, cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (m. 319).

Bilindiği üzere, iddianın genişletilmesi, doğrudan doğruya talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi şeklinde söz konusu olabileceği gibi talep sonucunun dayanağı olan somut vakıaların genişletilmesi veya değiştirilmesi şeklinde de olabilir. Bu yasak, belirsiz alacak davasında da söz konusudur. Ancak kanun koyucu, bu davanın kabul edilme amacı doğrultusunda iddianın genişletilmesi yasağına bir istisna getirmiştir. Çünkü bu yasağın amacı yukarıda da belirtildiği üzere, davacının dava açarken daha özenli davranmasını sağlamak ve yargılamanın kötüniyetle veya gereksiz şekilde uzamasını engellemek amacıyla kabul edilmiştir. Belirsiz alacak davasında ise, gerekçede de ifade edildiği üzere alacağın miktar veya değeri baştan belirsiz olduğu için dava açan alacaklının böyle bir niyetinin varlığı veya ihmalinin bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Öncelikle belirsiz alacak davasında da talep sonucunun dayanağı olan vakıaların genişletilmesi veya değiştirilmesi bakımından diğer davalardan farklı bir düzenleme kabul edilmemiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında, davacının hukuki ilişkiyi ortaya koyması yani dayandığı tüm vakıaları dava açtığı anda ileri sürmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Davacı dava dilekçesinde ve daha sonra cevap dilekçesinin verilmesi halinde vereceği cevaba cevap dilekçesiyle, talep sonucunun dayanağı olan tüm vakıaları eksiksiz şekilde ileri sürmelidir. Davacı, dava dilekçesinde talep sonucunun dayanağı olan vakıaları, ancak cevaba cevap dilekçesiyle serbestçe veya ön inceleme aşamasında ve yargılama sırasında yukarıda belirtildiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141. maddesindeki şartlara bağlı olarak genişletebilir veya değiştirebilir. Bunun dışında davacının belirsiz alacak davasında da talep sonucunun dayanağı olan vakıaları genişletmesi veya değiştirmesi yasak kapsamındadır. Ancak kanunda öngörülen istisnaların ya

daiddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi sayılmayan bir durumun varlığı halinde⁹²² davacı dava dilekçesinde yer vermediği vakıaları yargılamaya dahil edebilir.

Belirsiz alacak davasında,talep sonucunun değiştirilmesi bakımından farklı bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. Davacının, dava dilekçesinde talep ettiği şeyden başka birşey talep etmesi veya talep ettiği şeyin yanında başka birşey talep etmesi, yasak kapsamında değerlendirilecektir⁹²³.

Talep sonucunun artırılması bakımından ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında bir istisna getirilmiştir. Buna göre, davacının belirsiz alacak davası açarken, dava dilekçesinde göstermek zorunda olduğu geçici miktarı veya değeri, yargılama sırasında alacak miktarı kesin olarak belirli hale geldiği andaartırması iddianın genişletilmesi yasağına tabi değildir. Belirsiz alacak davasında davacı, iddianın genişletme yasağına tabi olmaksızın talebini sadece bir kez belirleyebilir. Davacı, talep sonucu belirlenebilir olduğu anda, hâkimin vereceği süre içinde talebini belirlemelidir. Hâkim de davacının talebini belirlemesi için bir kez süre verebilecektir⁹²⁴.

Davacı talep sonucunu belirlemezse, yani geçici değeri artırmazsa, yargılamaya geçici değer üzerinden devam edilecektir. Alacak miktarı kesin olarak belirli olduğu anda davacı hâkimin verdiği süre içinde talep sonucunu artırmazsa, yargılamanın devam eden aşamasında talep sonucunu artırması yasak kapsamında değerlendirilecektir⁹²⁵. Çünkü burada artık alacağın miktarı bakımından bir belirsizlik hali mevcut olmayıp, davacının kendi ihmalden kaynaklanan bir durum söz konusudur⁹²⁶.

Belirsiz alacak davasında davacı, alacak miktarı belirli olduktan sonra dava açtığı anda göstermiş olduğu geçici değeri yasağa tabi olmaksızın artırabilir; ancak

⁹²² BLECHSCHMID, s. 62.

⁹²³ ÜSTÜNDAĞ, Yasak, s. 153.

⁹²⁴ Adalet Komisyonu Gereçesinde de “... Şüphesiz, alacağın belirli hale gelmesini müteakip ortaya çıkan yeni talep eksik belirtilmişse, bundan sonra yeni bir artırma isteği iddianın genişletilmesi yasağı ile karşılaşacaktır. ...” denilmek suretiyle, davacının talebini, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmadan bir kez belirleyebileceği vurgulanmıştır.

⁹²⁵ PEKCANITEZ, s. 53; KİRAZ, s. 16.

⁹²⁶ KARSLI, s. 345; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 277.

değiştiremez⁹²⁷. Bu nedenle davacının dava dilekçesinde gösterdiği geçici değeri artırmak yerine değiştirmeyi istemesi veya geçici değeri artırırken yeni taleplerde bulunması halinde yeni talepleri yasak kapsamına tabi olacaktır. Örneğin, 5.000 lira geçici değer ile alacağın tümünün hüküm altına alınması amacıyla açılan bir belirsiz alacak davasında, davacı, alacak miktarı kesin olarak belirlendiği anda, talebini 10.000 liraya artırırsa yasak kapsamına tabi olmayacaktır. Ancak davacı, dava dilekçesinde hiç faiz istememişse ve geçici değeri artırdığı anda faiz talebinde de bulunmuşsa, davacının faiz talebi yasak kapsamına tabi olacaktır. Davacı burada yine geçici değeri artırabilir; ancak faiz istemi için karşı tarafın açık rızası veya ıslah yoluna başvurması gerekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında, davacının alacağın miktarı belirli olduğu anda “*talebini artırabilir*”denilmektedir. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinin ikinci fıkrasında, davacının, alacak miktarını rakam olarak belirleyebildiği anda, talebini belirlemesi gerektiği ifade edilmiştir. Çünkü belirsiz alacak davasında davacı, yargılama sırasında talep sonucunu değiştirmemekte; sadece talep sonucunu rakamsal olarak belirlemektedir. İsviçre hukukunda da davacının, dava dilekçesinde gösterdiği talep sonucundan fazlasını veya başka bir şeyi talep etmesi, talep sonucunun değiştirilmesi anlamına gelmektedir⁹²⁸. Belirsiz alacak davasında ise, davacı talep sonucunu artırmadığı veya dava dilekçesinde gösterdiği talebinden başka bir şey talep etmediği için, yani sadece talep sonucunu rakamsal olarak belirlediği için, bu durumda davanın değiştirilmesinin söz konusu olmadığı kabul edilmektedir⁹²⁹. Kanaatimizce de, İsviçre hukukunda ifade edildiği gibi, belirsiz alacak davasında talep sonucunun rakamsal olarak belirlenmesinde, iddianın genişletilmesinden söz edilemez. Çünkü bu davanın kabul edilme amacına uygun olarak, talep sonucunun miktarı belirli hale geldiğinde,

⁹²⁷ Karş.: KİRAZ, s. 16.

⁹²⁸ İHMK m. 227; FREI, Sylvia/WILLISEGGER, Daniel, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 227, Rn. 7, s. 1021; WIDMER, Michael, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 227, Rn. 4, s. 852; LERCH, Matthias, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 227, Rn. 2, s. 391.

⁹²⁹ PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 227, Rn. 4; s. 1367; LERCH, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 227, Rn. 3, s. 391; WIDMER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 227, Rn. 12, s. 854; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 227, Rn. 9, s. 1309; FREI/WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Art. 227, Rn. 9, s. 1021. Aynı şekilde Alman hukukunda BLECHSCHMID, davacının davanın temelini oluşturan vakıaların değiştirilmeksizin talebini yargılama sırasında belirlemesinin, davanın değiştirilmesi olmayacağını ifade etmektedir (s. 61). Benzer şekilde: KERN, s. 46.

alacaklının bunu herhangi bir engelle karşılaşmaksızın belirlenmesine izin verilmesi gerekir. Belirsiz alacak davası ile davacı alacağın tümünün hüküm altına alınmasını istemektedir. Davacının talep sonucu da buna uygun olmalıdır. Yargılama sırasında davacı talep sonucunu rakamsal olarak belirlediği için ve bu nedenle talebin içeriğine veya kapsamına ilişkin bir değişiklik yapılmadığından, iddianın genişletilmesi de söz konusu değildir⁹³⁰. Çünkü davacı belirsiz alacak davasıyla, dava dilekçesinde talep ettiği talep sonucundan başka bir şeye veya söz konusu talep sonucuna ek yeni talepte bulunmamaktadır. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*talebin artırılabilceği*" ifadesi, hatalıdır. Kanaatimizce de, burada talebin artırılmasından ziyade "*talebin miktarının belirlenmesi*" söz konusudur. Çünkü belirsiz alacak davası davacıya dava dilekçesinde gösterdiği talep sonucunu artırma ve talep ettiği kadar fazlasını isteme imkânı tanımamakta; yargılama sırasında alacak miktarı kesin olarak belirli hale geldiğinde talep sonucunu buna uygun olarak rakamsal olarak belirleme imkânı tanınmaktadır. Yani davacı dava konusunun değerini kesin olarak belirlemektedir⁹³¹. Davacı, belirsiz alacak davasında, talebinin geçici değerden fazla olduğuna inandığı için, bu belirleme ekseriyetle geçici değer artırılması şeklinde gerçekleşmektedir⁹³².

2. Davacının Talep Sonucunu Rakamsal Olarak Belirleme Zamanı (Geçici Miktarın veya Değerin Artırılması Zamanı)

a. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda davacının, talebini rakamsal olarak ne zaman belirleyebileceği, "*karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olduğu an*" olarak düzenlenmiştir (m. 107/2; aynı şekilde, İHMK m. 85/2). Buna göre davacının talebinin miktarı ya davalıdaki bilgi ve belgelere ulaştığı anda ya da tahkikat aşamasında delillerin incelenmesi sonucunda belirlenebilir nitelikte olmaktadır. Yani

⁹³⁰ PAHUD, Eric, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St.Gallen 2011, Art. 227, Rn. 4; s. 1367. Alman Federal Mahkemesi de, davacının istinaf mahkemesinde, gösterdiği asgari değeri artırmasının, dava konusunun değiştirilmesi olarak görülemeyeceğini ifade etmektedir (BGH, NJW 2002, s. 3770). Aynı şekilde: SAENGER, § 253, Rn. 16, s. 608.

⁹³¹ DIGGELMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 91, Rn. 12, s. 567.

⁹³² PEKCANITEZ, s. 56.

davacı belirsiz alacak davası açmasına sebep olan engelin ortadan kalktığı anda, talebini rakamsal olarak belirlemelidir⁹³³. Belirsiz alacak davası, bir çok ihtimalde açılabilir. Bu ihtimallerde de alacağın miktarının belirlenebilmesi her somut olayda farklı zamanlarda söz konusu olacaktır. Bu nedenle bu anın davacı tarafından tam olarak tespit edilmesi her zaman kolay değildir. Ancak, davacı, talebini her halükarda tahkikat aşamasının sona ermesine kadar belirlemelidir.

Belirsiz alacak davasında alacağın ne zaman belirli hale gelebileceğini sorusunun cevabı davacının dava dilekçesinden anlaşılabilir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu 119. maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre, davacı iddiasının dayanağı olan bütün vakıaları sıra numarası altında açık şekilde özetleyecektir. Aynı maddenin (f) bendine göre ise bu vakıaları hangi delillerle ispat edeceğini açıkça dava dilekçesinde belirtmelidir (Ayrıca bkz.: m. 107/1; m. 121; m. 140/5; m. 145; m. 194). Bu nedenle davacının, alacak miktarının belirli hale gelmesi, davalıda veya üçüncü kişide bulunan bilgi ve belgelere mi bağlı olduğu ya da delillerin incelemesinin mi gerektiği dava dilekçesinden anlaşılacaktır. Bu nedenle alacak miktarı ya delillerin incelenmesinden sonra ya da davalının veya üçüncü kişinin elindeki bilgi ve belgeleri paylaşmasından sonra mümkün olabilecektir (m. 107/2).

Belirsiz alacak davasında, alacaklının alacak miktarını belirleyememesi, borçludaki bilgi ve belgelere sahip olmamasından kaynaklanıyorsa, alacaklının bu bilgi ve belgelere ulaşabildiği anda talep miktarını belirleyebileceğini kabul etmek gerekir⁹³⁴. Davacı belirsiz alacak davası açıp, alacak miktarının belirlenmesinde davalıda bulunan bilgi veya belgelere bağlı olduğunu iddia ettiği takdirde davalının buna karşı tutumuna göre talep miktarının belirlenebilme anı farklılık gösterecektir. Davalı cevap dilekçesiyle beraber, talep miktarının belirlenmesini sağlayan bilgi ve belgeleri de mahkemeye ibraz ederse, cevap dilekçesinin tebliğinden sonra davacı talep miktarını belirleyebilir⁹³⁵. Davalı cevap dilekçesi vermez ise, zaten dava açarken bu bilgi ve belgelere sahip olmayan davacının durumunda bir değişiklik söz konusu olmayacaktır. Cevap dilekçesi verilmediği için, ikinci cevap dilekçesi de söz konusu

⁹³³ LOOSLI, s. 68-69; LIEBSTER, s. 105.

⁹³⁴ MEIER, s. 12; COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 9, s. 370; PEKCANITEZ, s. 51.

⁹³⁵ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 15, s. 642; PEKCANITEZ, s. 56.

olmayacağından bu durumda davacı, ancak ön inceleme aşamasında eğer bu bilgi ve belgelere ulaşmışsa talep miktarını belirleyebilecektir. Aksi takdirde davalı, belirsiz alacak davasında ancak tahkikat aşamasında alacak miktarı belirli hale geldikten sonra talep sonucunu rakamsal olarak belirleyebilir. Aynı sonuç, bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerde bulunması halinde de söz konusudur. Burada da üçüncü kişinin bilgi ve belge paylaşımında bulunduğu an, davacının talebini belirleyebileceği andır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219. maddesine göre, davalı, davacının iddia ettiği ve delil olarak dayandığı tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadır. Eğer davalı, cevap dilekçesi verirse ve cevap dilekçesinde, davalının iddia ettiği bilgi ve belgeleri de ibraz ederse, davacı artık alacağının miktarını belirleyebilme imkânına sahip olacaktır. Eğer davalı, elindeki bilgi veya belgeleri cevap dilekçesiyle veya ikinci cevap dilekçesiyle ibraz etmez ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220. maddesine göre, bu belgelerin ibrazını isteyecektir⁹³⁶. Çünkü söz konusu maddeye göre hâkim, ibrazı istenen belgeleri, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olması ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirilmesi ve davalı da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmi bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, bu belgenin ibrazı için kesin süre verecektir. Davalı cevap dilekçesiyle beraber söz konusu belgeleri mahkemeye sunmaz ise, hâkimin vereceği bu kesin süre içinde mahkemeye sunmak zorundadır. Bu durumda, hâkim belgelerin ibrazından sonra bunları davacıya tebliğ ettirmelidir. Davacının talep miktarını belgelerin ibrazı ile belirlemesi gerekir. Davalı kendisine verilen kesin süre içinde belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede delilleriyle beraber ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermezse ya da belgenin elinde bulunduğunu inkar eder ve teklif edilen yemini kabul ve icra etmezse, hâkim,

⁹³⁶ Burada HMK'nın 140. maddesinin 5. fıkrasına da değinmekte fayda vardır. Söz konusu fıkraya göre, hâkim tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamaları yapmaları için iki haftalık kesin süre verir. Bu hususların verilen iki haftalık süre içinde yerine getirilmemesi halinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir. Bu fıkra tarafların kendi ellerinde veya üçüncü kişilerde bulunan delillere dayanması durumunda, bunların mahkemeye ibrazı veya buldukları yerlerden getirilmesi için düzenlenmiştir. Belirsiz alacak davası bakımından bu fıkra, alacaklının alacağının miktarının belirlenmesinin özellikle 3. kişilerdeki bilgi ve belgelere bağlı olduğu durumda bunların mahkemeye getirilebilmesi için önem arz etmektedir. Dikkat edilirse fıkra bunların mahkemeye ibrazı için değil, bunların nereden getirilebileceği hakkında bilgi verilmesi için iki haftalık süre verilmektedir. Bu nedenle davacı, dava dilekçesinde veya en geç ön inceleme duruşmasında bu iki haftalık süre içinde gerekli açıklamaları yapmak zorundadır. Aksi takdirde bu belgelere dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaktır.

duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul eder. Ancak belirsiz alacak davasında, davacı belgenin içeriğini tam olarak bilmediği için bu son ihtimalin belirsiz alacak davasında alacağın miktarının belirlenmesinde kural olarak uygulama alanı bulamayacaktır⁹³⁷. Çünkü davacı, davalıdaki bilgi ve belgenin içeriğini bilecek durumda olsaydı, zaten belirsiz alacak davası açamazdı. Bu durumda, diğer delillerin değerlendirilmesi ve özellikle isticvap yoluna başvurularak talebin miktarının belirlenmesi yoluna gidilmelidir⁹³⁸.

Davacı, talep miktarını belirlemek için bilirkişi incelememesi yaptırmak istiyorsa bunu dava dilekçesinde bildirmesi gerekir (m. 119/1-f). Hâkim, bilirkişi incelemesi yapılmasına ilişkin talebi kabul ederse, davacı, bilirkişi incelemesi ücretini, dava açarken gider avansıya beraber yatırmışsa, oradan karşılayacaktır. Eğer bilirkişi incelemesi için yatırılan avans yeterli olmazsa veya daha önce bilirkişi için avans yatırılmamışsa, hâkim, davacıya bilirkişi ücretinin ödenmesi için kesin süre verecektir⁹³⁹. Davalı da söz konusu bilirkişi incelemesi için belirlenen avansı yatırabilir (m. 324/1, 324/2, c.1). Mahkeme tarafından belirlenen avansı yatırılmaması durumunda, bilirkişi incelemesi yapılması talebinden vazgeçmiş sayılır (m. 324/2, c. 2). Hâkim, gerekli gördüğü durumlarda kendiliğinden bilirkişi incelemesi yapılmasına da karar verebilir. Bu durumda hâkim, taraflardan birinin veya her ikisinin bilirkişi giderini ödemesine karar verir. Bilirkişi ücretini ödemesine karar verilen taraf veya taraflar süresi içinde bilirkişi giderini yatırmazlarsa, hâkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu 325. maddesinin son cümlesine göre bilirkişi giderinin, ileride haksız çıkacak taraftan alınmak şartıyla, Devlet Hazinesi'nden ödenmesine karar veremez. Çünkü söz konusu madde, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalarda örneğin, soy bağı davalarında uygulama

⁹³⁷ Bu durumda HMK'nın 327 ve 329. maddelerinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı davranılması; kötünüyetle veya haksız dava açılmasında yargılama giderlerinden sorumluluk, diğer tarafın avukatı ile yapmış olduğu vekalet sözleşmesinden kaynaklanan ücretin kısmen veya tamamen ödenmesine mahkûm olması ile idari para cezasının hükmedilebileceğine ilişkin hükümler somut olaya göre uygulama alanı bulabilir.

⁹³⁸ Bknz.: § 9, C, I, 3,c.

⁹³⁹ HMK'nın 120. maddesinin ikinci fıkrası burada uygulama alanı bulmayacaktır. Çünkü söz konusu fıkra, davanın başında alınması gereken gider avansının eksik alınması nedeniyle davacıya bunu tamamlaması için verilen iki haftalık kesin süredir. Burada ise delil avansı söz konusu olduğu için hâkim, HMK m. 324/1'e göre kesin süre verecektir. Nitekim, HMKY m. 45/5'e göre de, delil avansının yatırılmasına, hâkim tarafından dava dilekçesinin verilmesi, ön inceleme veya tahkikat başında karar verilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca kanun koyucu HMK 324/1' de hâkimin kesin süre vermesi gerektiğini düzenlediği için, davacı süresinde bilirkişi ücretini ödemezse, hâkim ikinci bir süre veremez. Verilecek süre için karş.: KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 443.

alanı bulacaktır. Oysa, belirsiz alacak davası, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalardandır. Gerek tarafın talebi üzerine gerekse hâkimin kendiliğinden bilirkişi incelemesine karar verdiği bilirkişi incelemesi ücretin yatırılmaması sebebiyle yapılamazsa, tahkikata diğer delillerin incelenmesiyle devam edilir.

Bilirkişi incelemesinin yapılacağı durumlarda, davacı talep miktarını bilirkişi raporu kesinleştikten sonra belirleyebilir⁹⁴⁰. Belirsiz alacak davasında, davacı sadece bir kez talep sonucunun belirlenmesi için değerlendirme yapabileceği ve rakamsal olarak bunu belirleyebileceği için, her bilirkişi incelemesinden sonra talep sonucunu yeniden belirleyebilme imkânına sahip değildir⁹⁴¹. Bu nedenle, davacının bilirkişi raporuna itiraz etmemesi veya itirazın reddedilmesi durumunda yahut da itiraz etmesi durumunda alınmasına karar verilen ek veya ikinci bilirkişi raporunun da kesinleşmesi sonucunda, talep sonucunu kesin olarak belirlemesi gerekmektedir⁹⁴². Hâkim kendiliğinden yeni bir bilirkişi incelemesi için avans da talep etmemişse, artık davacının talebini belirleyebilmesi gerekir.

Alacak miktarının belirlenmesi hâkimin geniş takdir yetkisine bağlı olduğu durumlarda, davacının talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesine gerek yoktur⁹⁴³. Davacı, bu durumlarda alacağının tümünün hüküm altına alınmasını istediği için hâkim, buna uygun olarak alacak miktarını belirleyecek ve hüküm verecektir. Davacının alacak miktarı da hükümle beraber belirli hale gelecektir⁹⁴⁴.

b. Hâkimin Süre Vermesi

Görüldüğü gibi alacak miktarının hangi anda belirlenebildiği her somut olaya farklılık gösterecektir. Bunda tarafların yargılama sırasındaki tutumları da belirleyici olmaktadır. Davacının alacak miktarının hangi anda belirlenebilir nitelikte olduğunu belirlemesi son derece güç görünmektedir. Doktrinde PEKCANITEZ, belirsiz alacak

⁹⁴⁰ GASSER/RICKLI, Art. 85, Rn. 4, s. 76.

⁹⁴¹ PEKCANITEZ, s. 52; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 388.

⁹⁴² YILMAZ, s. 743; KİRAZ, belirsiz alacak davasının kabul edilme amacını da göz önüne alarak bu durumu eleştirmekte ve örneğin, ek bilirkişi raporuyla alacak miktarı artmış ise, bu yeni miktar üzerinden de iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın artırma imkânının tanınmış olsaydı, daha uygun olacağını ifade etmektedir (s. 17).

⁹⁴³ Aksi yönde: PEKCANITEZ, s. 52; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 385.

⁹⁴⁴ Bknz.: § 9, B, II.

davasında, talep sonucunun rakamsal olarak belirlenmesinin hangi anda mümkün olduğuna davacının karar vereceğini, hâkimin bu konuda davacıya süre vermesi veya bunu hatırlatmasının söz konusu olamayacağını belirtmektedir⁹⁴⁵. Buna karşılık YILMAZ ise, kanunda yer alan “*alacak miktarının belirlenmesinin mümkün olduğu an*” tabirini, “*makul bir süre içerisinde*” şeklinde anlamamız gerektiğini ifade etmektedir⁹⁴⁶. Yazar diğer bir eserinde, an ibaresinin “*zamanın bölünemeyecek kadar kısa parçası*”nı ifade ettiğini, oysa talebin artırılabilmesi için her somut olayın özelliklerine göre, belli bir zamana ihtiyaç olduğunu bu nedenle olması gereken hukuk bakımından kanun koyucunun burada örneğin “*belirlenmeye müteakip hâkimin vereceği süre içerisinde*” gibi somut düzenleme yapılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir⁹⁴⁷.

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85. maddesinin birinci fıkrasında da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre, davacı delillerinin incelenmesinden sonra veya davalı tarafça verilen bilgi ile alacak miktarını rakam olarak belirleyebildiği anda talebini belirlemelidir. İsviçre doktrininde, alacak miktarının belirlenebilir olduğu anda hâkimin davacıya alacak miktarını belirlemesi için süre vermesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁴⁸. Bazı yazarlar⁹⁴⁹ bunu, hâkimin aydınlatma yükümlülüğü (İHMK, m. 56) çerçevesinde değerlendirirken, bazıları⁹⁵⁰ ise bu sürenin verilmesini yargılamanın hâkim tarafından yürütülmesinin (İHMK, m. 124) bir sonucu olarak görmektedirler.

Kanaatimizce de belirsiz alacak davasında, alacak miktarının belirlenebilir olduğu anda hâkim davacıya talep sonucunu rakamsal olarak kesin şekilde belirleyebilmesi için süre vermelidir. Çünkü alacak miktarının hangi anda belirlenebilir olduğunu en iyi hâkim belirleyebilir. Hâkim, alacağın miktarının hangi anda tam olarak belirlenebilir olduğunu değerlendirip, bu anı belirleyebilecektir. Bu nedenle,

⁹⁴⁵ PEKCANITEZ, s. 52. Aynı şekilde: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 389.

⁹⁴⁶ YILMAZ, Islah, s. 221.

⁹⁴⁷ YILMAZ, s. 743.

⁹⁴⁸ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 9, s. 376; MEIER, Zivilprozessrecht, s. 224; MEIER, s. 16, 17; COURVOISIER, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 8, s. 365; BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85, Rn. 15, s. 642; MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 4, s. 197; WALDMANN, s. 227. LOOSLI, hâkimin davacıya talebini belirlemesi için imkân tanınması gerektiğini ifade etmektedir (s. 69).

⁹⁴⁹ OBERHAMMER, in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 9, s. 376; KLETT, s. 75.

⁹⁵⁰ BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Art. 85,Rn. 15, s. 642.

hâkimin, alacağın miktarı belirlenebilir olduğu anda, davacıya, talebini belirlemesi için uygun bir süre vermesi gerekmektedir.

Belirsiz alacak davasında, alacak miktarının belirlendiği anda hâkimin süre vermesi, alacak miktarının hangi anda belirlenebilir olduğu yolundaki muhtemel tartışmaları da engelleyeceği gibi davacının alacak miktarını tam olarak belirleyebilmesi, bunu değerlendirebilmesi açısından da son derece önemlidir. Bu özellikle davacının elindeki bilgi ve belgeleri paylaşması durumunda daha fazla önem arz etmektedir. Özellikle ticari davalarda belgelerin, defterlerin incelenmesi ve değerlendirilmesi için, davacının zamana ihtiyaç duyacağı tereddütsüzdür. Davacı kendisine verilecek süre içerisinde gerekli incelemeleri ve değerlendirmeleri yapıp geçici değeri artırıp artırmamayı; artırdığı takdirde hangi miktarda artırması gerektiğine karar verebilecektir. Bu çözüm tarzı belirsiz alacak davasının amacına da uygundur. Aksi halde davacı, alacak miktarını belirleme anını kaçırmamak için olması gerekenden daha önce alacak miktarını belirlemeye çalışabilir. Alacak miktarı kesin olarak belirlenebilecek durumda olmadan davacının bu hakkını kullanması durumunda, daha sonra ancak iddianın genişletilmesi yasağına tabi olarak talep miktarını artırabilir. Aynı sonuç, alacak miktarını belirlendiği anın kaçırılması durumunda da söz konusu olacaktır. Yani davacı, alacağın miktarını belirleme anını geçirirse, bu takdirde ya davalının rızasına ihtiyaç duyar ya da ıslah yoluna başvurabilir. Aksi takdirde, dava gösterdiği geçici değere göre hüküm altına alınır ki bunun sonuçları da davacı bakımından ağırdır. Bu tür olumsuz sonuçlar belirsiz alacak davasının düzenlenme amacı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce, hâkimin, aydınlatma ödevi çerçevesinde, davacıya talebini belirlemesi için süre vermesi en uygun olanıdır. Böylelikle, davacının talebini, zamanında, belirlemesine imkân tanınabilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, hâkimin davacıya süre vermesi, aydınlatma ödevinin sınırlarını aşmamaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, aydınlatma ödevinin sınırı, görülmekte olan davanın mevcut durumu değerlendirilerek tespit edilebilir⁹⁵¹. Bu nedenle, hâkimin burada aydınlatma ödevi çerçevesinde davacıya, talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesi için süre vermesi, ona öğüt vermesi veya yol göstermesi

⁹⁵¹ ALANGOYA, s. 157. Ayrıntılı bilgi için bkz.: § 8, B, V.

anlamına gelmeyecektir. Burada hâkim, davacıya alacak miktarını ve geçici değerini buna göre artırması gerektiği yönünde bir tavsiyede bulunmamakta⁹⁵², sadece bu davanın bir gereği olarak talebinin miktarını belirlemesi için süre vermektedir⁹⁵³. Talep sonucunun rakamsal olarak belirlenememesi durumunun ne zaman sona erdiği, en iyi hâkim tarafından değerlendirileceğinden tereddüt etmemek gerekir. Bu durumda hâkim, davacıya süre vererek bu belirsizliğin giderilmesine imkân tanımaktadır. Ancak bu davanın doğal sonucu olarak, davacının talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesi, bir çok durumda dava açtığı anda gösterdiği geçici miktardan veya değerden daha fazla olacağı için, geçici miktarın veya değer artırılması şeklinde gerçekleşecektir. Ayrıca unutulmamalıdır ki, hâkim de her zaman gerçeğe, hukuka uygun ve doğru kararı vermek için çaba göstermeli⁹⁵⁴; bu çerçevede karar verebilmek için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Bu nedenle, belirsiz alacak davasında hâkim süre vererek, davacının, talebini belirlemesine imkân tanıyarak, gerçeğe uygun, doğru karar verebilecektir. Aydınlatma ödevi bu bakımdan, hukuki dinlenilme hakkının bir görünümü şeklinde anlaşılmalıdır⁹⁵⁵. Çünkü hukuki dinlenilme hakkının, hâkime, sadece tarafların açıklamalarının dinlenmesi şeklinde pasif bir görevin yüklediği, aynı zamanda, tarafların hukuki dinlenilme hakkını tam olarak kullanabilmeleri için, maddi ve hukuki konulara dikkat çekip, aydınlatılmasını da gerekli kılan aktif bir görev yüklediği kabul edilmektedir⁹⁵⁶. Aydınlatma ödevinin gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet ettiği de kabul edildiğine göre, hâkimin davacıya süre vermesi, davacının hukuki dinlenilme hakkının tam olarak yerine getirilmesi için de gerekli olduğu görülmektedir.

Hâkim somut olayın özelliklerini dikkate alarak uygun süre vermelidir. Örneğin bilirkişi incelemesi neticesinde davacının talebini belirlenmesi için ihtiyaç duyduğu

⁹⁵² Hâkim, davanın maddi yürütümü ile yükümlü olmasına rağmen, davacıya, fazlayı isteyebileceği yönünde hatırlatmada bulunamaz (MERİÇ, s. 114).

⁹⁵³ Hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin HMK'nın 31. maddesinin gerekçesinde, "...hâkim, olayın ve hukukî uyumsuzluğun olgusal ve hukukî boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele alabilecek, tarafların zamanında uyumsuzluğun çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakıalardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabilecektir." denilerek, hâkimin, davayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde, davayı gerekli olduğu ölçüde taraflarla beraber ele alabileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce, gerekçede ifade edilen hallerden biri de belirsiz alacak davasında davacıya talebini belirlemesi için süre verilmesi olmalıdır.

⁹⁵⁴ SCHILKEN, Eberhard (Çev.: DEREN-YILDIRIM, Nevhis), Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü, İlkeler Işığı Altında Yargılama Hukuku (Der.: YILDIRIM, M. Kamil), 5. Bası, İstanbul 2006, s. 39.

⁹⁵⁵ GASSER/RICKLI, Art. 57, Rn. 5, s. 44.

⁹⁵⁶ ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 78-79.

süre ile bir takım bilgi ve belgelerin incelenmesi neticesinde alacağın miktarının belirlenebileceği durumlarda ihtiyaç duyulan süre farklıdır. Hâkim verdiği sürenin kesin olduğunu kararında belirtmemişse, talep üzerine ikinci bir süre verebilir (m. 94/2). Kanaatimizce, hâkimin somut olayın özelliklerini de göz önünde tutarak mümkün olduğunca kısa ve kesin süre vermesi yargılamanın uzamasını önleyecek ve usul ekonomisine de uygun olacaktır.

Davacı talebini, hâkimin kendisine süre vermesini beklemeden de belirleyebilir. Bu durumda davacı alacak miktarını belirlediği için, hâkim bu belirlemeden sonra davacıya ayrıca süre veremez. Çünkü davacı, yargılamada talebini ancak bir kez belirleyebilir. Ayrıca davacı alacak miktarının artık belirlenebilir nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Davacı, hâkimin kendisine süre verilmeden önce alacak miktarını belirlemede hatalı bir değerlendirme yapmışsa, bunun sonuçlarına kendisi katlanacaktır. Diğer bir ifadeyle, bu durumda davacı, belirlediği miktarın düşük olduğunu yargılama sırasında tespit etmişse, ancak iddianın genişletilmesi yasağı kapsamında talebini artırabilir⁹⁵⁷. Aynı sonuç, hâkimin süre verdiği fakat davacının talep miktarını hatalı belirlediği durumlarda da geçerlidir.

Alacak miktarının belirlenmesi hâkimin geniş takdir yetkisine bağlı olduğu durumlarda, davacının talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesine gerek olmadığı için, hâkimin süre vermesi de söz konusu olmayacaktır. Bu hallerde hâkimin hükmü ile alacak miktarı belirli hale gelecektir.

Belirsiz alacak davasında, verilen hükme karşı kanun yoluna başvurulması durumunda, Yargıtay, yerel mahkemenin hükmünü bozarsa, dosyanın gönderildiği ilk derece mahkemesi, bozma kararına uyduğu takdirde, yapılan yeni tahkikat sırasında, hâkimin davacıya talebini tekrar belirlemesi için süre verip vermeyeceği tartışılabilir. Bozma kararına uyulduktan sonra, tahkikatın hangi hususlara ilişkin yapılacağı son derece önemlidir. Bu nedenle, kanaatimizce, Yargıtay'ın bozma sebebi, davacının belirsiz alacak davasında, talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesini sağlayan bir husustaki eksiklik veya hatadan kaynaklanmışsa, bozma kararına uyan mahkeme, bu eksikliği gidereceği için, davacıya talebini tekrar belirleyebilmesi için süre

⁹⁵⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 389.

vermelidir. Örneğin, talep sonucunun miktarını belirlemeye yönelik bilirkişi incelemesi yapılması gerekirken, yapılmamış ise veya üçüncü kişilerdeki belgenin ibrazının sağlanması gerekirken, sağlanmamış ve hüküm bu nedenle bozulmuş ise, bozma kararına uyulması durumunda davacı ancak söz konusu eksiklikler giderildikten sonra talebini belirleyebileceği için, davacıya tekrar süre verilmesi gerekmektedir. Bununla beraber, bozma sebebi, alacağın miktarının belirlenmesine yönelik olmayan bir nedenden kaynaklanmaktaysa, bozmaya uyan yerel mahkeme, davacıya, talebini tekrar belirlemesi için süre veremez. Örneğin, yerel mahkemenin faiz talebi hakkında karar vermemesi durumunda, tekrar talep miktarının belirlenmesine ilişkin süre verilmesi söz konusu olmayacaktır. Yerel mahkeme, sadece, bozmada gösterilen sınırlar çerçevesinde inceleme yapabilecektir. Çünkü bozma dışında kalan hususlar, diğer taraf bakımından usuli kazanılmış hak teşkil edecektir⁹⁵⁸. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, bozma kararı esasa ilişkin değil de usule ilişkin ise, usule ilişkin usuli müktesap hak olmayacağı için⁹⁵⁹, bu durumda bozmadan sonra tahkikat aşamasında hâkim, davacıya talebini belirlemesi için süre verilmelidir.

Son olarak Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başladığında⁹⁶⁰ istinaf yargılamasında, hâkimin davacıya tekrar talebini belirlemesi için süre verip vermeyeceği tartışılabilir. Türk hukukunda sınırlı istinaf kabul edilmiştir⁹⁶¹. Bunun sonucu olarak da, İstinaf yargılamasında, davacı, talep sonucunu ıslah ile veya karşı tarafın açık rızası ile değiştiremez yahut genişletemeyecektir (m. 357/I). Bununla beraber, ilk derece yargılamasında mevcut olmasına rağmen bilinmeyen vakıaların, istinaf yargılamasında öğrenilmesi durumunda, bu vakıaların istinaf yargılamasında dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁶². Aynı şekilde, ilk defa istinaf yargılamasında

⁹⁵⁸ YILMAZ, Islah, s. 504; KARSLI, s. 575.

⁹⁵⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 522. AKCAN, bu durumda esas hakkında verilmiş hükme bağlılığın da ortadan kalkacağını ifade etmektedir (s. 342-343).

⁹⁶⁰ 6100 sayılı HMK, 1.10.2012 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen, 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle 6100 sayılı Kanun'a geçici bir madde eklenmiş ve bu geçici maddeye göre, bölge adliye mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanun'un kanun yoluna ilişkin 427 ilâ 454. maddeleri uygulanmaya devam etmektedir.

⁹⁶¹ ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), 2. Bası, Ankara 2011, s. 94. Tam İstinaf-Sınırlı İstinaf ayrımı için bkz.: DEREN-YILDIRIM, s. 268 vd.; YILMAZ, Ejder, İstinaf, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 21 vd.; YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979, s. 59 vd..

⁹⁶² AKKAYA, Tolga, Medeni Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 288-289; ÖZEKES, İstinaf, s. 95.

ortaya çıkan vakıaların da istinaf yargılamasında dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁹⁶³. Bununla beraber, istinaf yargılamasında vakıa incelemesi yapılabileceği, ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen deliller ile mücbir sebeple daha önce gösterilmesine olanak bulunmayan delillere istinafta dayanılabileceği, tanıkların yeniden dinlenebileceği, bilirkişiden yeni veya ek rapor alınabileceği dikkate alındığında⁹⁶⁴, hâkimin, davacıya, talebini belirlemesi için süre vermesi gerekir. Daha önce de ifade edildiği gibi, belirsiz alacak davasında, davacı talep sonucunu yargılama sırasında belirlemektedir, yoksa değiştirip, genişletmemektedir. Bu nedenle, hâkimin davacıya tekrar süre vermesi, istinaf yargılamasında davacının, talep sonucunu değiştirdiği veya genişlettiği anlamına gelmeyeceği için⁹⁶⁵, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinin birinci fıkrasına da aykırılık teşkil etmeyecektir.

3. Davacının Artırdığı Kısım İçin Harç Ödeme Zorunluluğu

Belirsiz alacak davasında, davacı, dava dilekçesinde gösterdiği geçici değeri artırdığı takdirde, dava açarken geçici değer üzerinden ödemiş olduğu karar ve ilâm harcını yeni değere göre tamamlamalıdır. Davacı, hâkimin, alacak miktarını belirlemesi için verdiği sürede geçici değeri artırmışsa, yine aynı sürede buna uygun olarak harcı da tamamlaması gerekir. Davacı verilen süre içinde alacak miktarını belirlediği oranda harcı tamamlamazsa, davaya geçici değere göre devam etmek gerekmektedir⁹⁶⁶.

Bununla beraber önemle belirtmek gerekir ki, alacak miktarın belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda ise, alacak miktarı ancak hükümle belirlenebildiğinden hâkim, davacının talebini belirlemesini beklemeden, geçici değere bağlı olmaksızın hüküm verebilecektir. Hâkim burada, geçici değerden fazlasına hükmetse dahi, harcın tamamlanması söz konusu olmayacaktır. Çünkü bu durumda hâkim, hükümle beraber doğrudan harcın ödenmesine de karar verecektir. Bilindiği üzere, ilâmın verilmesi için harcın ödenmesi şart olmadığından (HarçK m. 28/1, b. a), davacı yargılama sonrasında ilâmın tebliğini ve böylelikle icrasını

⁹⁶³ AKKAYA, s. 289; ÖZEKES, İstinaf, s. 95.

⁹⁶⁴ AKKAYA, s. 298.

⁹⁶⁵ REICHOLD, in Thomas/Putzo, § 253, Rn. 12, s. 429; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 39, s. 524.

⁹⁶⁶ Bknz.: § 11, H,I,1.

sağlayabilecektir.

4. Davalıya Rakamsal Olarak Belirlenen Talep Sonucunun Bildirilmesi ve Savunma İmkânının Tanınması

Davacı talep sonucunu rakamsal olarak belirledikten sonra, davalıya cevap verme imkânının tanınması için, talep sonucunun belirlendiğinin bildirilmesi gerekir⁹⁶⁷. Bu bildirim amacı, davalının yargılama sonucunda kendisinden talep edilen miktardan rakamsal olarak kesin şekilde haberdar olmasını sağlamaktır. Böylelikle davacı, talep sonucunu rakamsal olarak belirledikten sonra, davalıya da bunu değerlendirebilme imkânı tanınmış olacaktır⁹⁶⁸. Davalının değerlendirmesi, kendisinden talep edilen miktara karşı savunma yapma şeklinde olabileceği gibi davacının yeni talebini kabul etme veya sulh teklifinde bulunma şeklinde de olabilir. Davalıya böyle bir bildirim yapılması, hukuki dinlenilme hakkının bir sonucudur⁹⁶⁹. Davacı alacak miktarını duruşmada belirlemişse böyle bir bildirim ihtiyacı yoktur. Davalıya yapılacak bu bildirim, davacının dava açarken yatırmak zorunda olduğu gider avansından karşılanacaktır. Davalıya alacak miktarının belirlendiği tebliğ edildikten sonra, hâkim, davalıya cevap vermesi için uygun bir süre vermelidir⁹⁷⁰.

Belirsiz alacak davasının hukuki dinlenilme hakkına aykırı olmadığı yukarıda ifade edilmiştir. Ancak bunun için, özellikle davacı alacak miktarını belirledikten sonra, davalıya buna karşı cevap verme imkânının tanınması gerekir⁹⁷¹. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, davalı kendisine tanınan bu cevap verme imkânı ile savunma nedenlerini genişletemez veya değiştiremez. Yani daha önce ileri sürmediği bir itiraza veya defiyeye dayanamaz. Çünkü davacının geçici değeri artırması karşısında dahi davalı, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tabidir⁹⁷². Bu nedenle davalı ancak savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına girmeyen hususları ya da bu yasağın kapsamına girmekle beraber bu yasağın

⁹⁶⁷ YILMAZ, yazılı ıslah isteminin karşı tarafa bildirilmesi gerektiğini, bununla karşı tarafın haberdar edilmesi ve ıslah talebine karşı davalıya cevap verme hakkının tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Aksi halde bunun bir bozma sebebi olduğu kabul edilmektedir (Islah, s. 540 vd., 548 ve oradaki kararlar). Aynı çözüm tarzının belirsiz alacak davası bakımından da kabulü zorunludur.

⁹⁶⁸ PEKCANITEZ, s. 53.

⁹⁶⁹ PEKCANITEZ, HMK Değerlendirmesi, s. 79.

⁹⁷⁰ MEIER, s. 31.

⁹⁷¹ Bknz.: § 8, B, II.

⁹⁷² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 389.

istisnaları olan savunma nedenlerini ileri sürebilir.

Talep sonucu belirlendikten sonra davalı, kural olarak önceden göstermediği delilleri de ileri süremez. Çünkü belirsiz alacak davası davalıya sonradan delil gösterme imkânı vermemektedir. Davacı, belirsiz alacak davasıyla hukuki ilişkiyi de açıkça ortaya koyduğu için, davalı, davanın açıldığı anda, davacının talebine karşı koyabilme ve buna uygun delillerini mahkemeye sunma imkânına sahiptir. Belirsiz alacak davasında davacı, dava açtığı anda gösterdiği bu hukuki ilişkiye bağlı olarak sadece talebini belirlemektedir. Yoksa hukuki ilişkiyi değiştirmemekte veya talebini değiştirecek şekilde yeni ya da ek bir talep ileri sürmemektedir. Bununla beraber davalı, belirsiz alacak davasında da, sonradan delil gösterme imkânını tanıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesindeki şartların varlığı halinde sonradan delil gösterebilir⁹⁷³. Bu durum özellikle, alacağının miktarının üçüncü kişilerdeki bilgi ve belge bağlı olduğu hallerde, alacak miktarı belirlendikten sonra, davalının buna karşı daha önceden gösterme ihtiyacı veya imkânı duymadığı delillerini mahkemeye sunmasında söz konusu olacaktır.

Ayrıca unutulmamalıdır ki, davalı, kendisinden tam olarak neyin talep edildiğini, talep sonucu rakamsal olarak belirlendikten sonra öğrendiğinden, davalıya bu tür bir bildirim yapılması, davanın kabulü bakımından da önem taşıyacaktır. Çünkü belirsiz alacak davasının açıldığı bazı durumlarda, davacı gibi davalı da ortaya çıkan zararın miktarını bilecek durumda değildir. Bu durumda davalı, davanın açıldığı anda da kabul iradesini ortaya koymuş ve artırılan kısmı da kabul etmişse, bunun ilk duruşmada davayı kabul etmiş gibi sonuç doğurması gerekir⁹⁷⁴. Bu durumda davalı, kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet de vermemişse yargılama giderlerinden sorumlu olmayacaktır (m. 312/2). Ayrıca, talep miktarı kesin olarak belirlendikten sonra, davalı da bu miktarı dikkate alarak sulh teklifinde bulunma imkânına da sahip olacaktır⁹⁷⁵.

⁹⁷³ PEKCANITEZ, s. 53.

⁹⁷⁴ Bknz.: § 11, D, I.

⁹⁷⁵ Bknz.: § 11, D, II.

5. Hâkimin Rakamsal Olarak Kesinleşen Talep Sonucuna Göre Karar Verme Zorunluluğu

Belirsiz alacak davasında, davacı alacak miktarını belirledikten sonra hâkim, belirlenen bu miktara göre davaya devam etmeli ve bu miktar üzerinden karar vermelidir. Davacının dava açarken geçici değer bildirmesi veya daha sonra bunu belirlemesi, yargılamada geçici değerden az bir miktara hükmetmesine engel değildir. Yani hâkim, somut olaya göre, davacının alacak miktarının geçici değerden az olduğunu tespit etmişse, normal bir davada olduğu gibi talepten azına hükmedebileceği gibi; davacının talebinde haksız olduğunu yargılamada tespit etmişse, talebini tamamen de reddedebilecektir (m. 26/1, c. 1). Davacının alacak miktarını belirlemesi, genellikle geçici değer artırılması şeklinde olacağı için hâkim eğer bu artırmayı dikkate almazsa bir hakkın yerine getirilmesinden kaçınmış sayılır. Bunun sonucunda bir zarar ortaya çıkarsa devletin sorumluluğu yoluna gidilebilir (m. 46/1, b. e).

III. Davacının Talep Sonucunu Rakamsal Olarak Belirlememesi (Geçici Miktarı veya Değeri Artırmaması)

1. Genel Olarak

Belirsiz alacak davasında davacının amacı alacağın tümünün hüküm altına alınmasını sağlamak olduğu için normal olan, alacak miktarı belirlenebilir olduğu anda davacının buna uygun olarak geçici değeri artırmasıdır. Bununla beraber, alacak miktarı belirlenebilir olduğu anda davacı çeşitli nedenlerle talep sonucunu artırmamış olabilir. Bu davacının bilgisizliğinden veya dikkatsizliğinden kaynaklanabileceği gibi, davacı bilerek de geçici değeri artırmamış olabilir. Davacının alacak miktarı belirlenebilir olduktan sonra geçici değeri artırmaması halinde, yargılamaya, davacının dava açarken göstermiş olduğu geçici değere bağlı olarak devam edilir. Belirsiz alacak davasında, alacaklının artırmadığı kısmın akıbeti ise kesin hükmün etkisine göre değerlendirilmelidir⁹⁷⁶.

⁹⁷⁶ Bknz.: § 11, B, III, 4.

2. Talep Sonucunun Geçici Miktara veya Değere Göre Rakamsal Olarak Kesinleşmesi

Belirsiz alacak davasında, davacı, alacak miktarının belirlenebildiği anda, hâkimin vereceği sürede, geçici miktarı veya değeri artırabilir. Hâkim davacının alacak miktarını artırabileceği yönünde bir uyarı veya yol göstermede bulunamayacağı gibi davacıyı zorlayamayacaktır. Tasarruf ilkesinin bir gereği olarak, davacı yargılama sırasında, alacak miktarı belirlenebilir olduktan sonra geçici miktarı veya değeri artırıp artıramama konusunda serbesttir. Davacı, alacak miktarı belirlenebilir olduğu anda, geçici miktarı veya değeri artırmadığı takdirde, dava açarken göstermiş olduğu geçici miktar veya değer alacaklının dava konusu yapılmış talebi olarak kabul edilmelidir⁹⁷⁷. Yani alacaklı, hâkimin talebini belirlemesi için kendisine verdiği süre içinde bunu belirlemezse, dava dilekçesinde gösterdiği geçici miktar veya değer kesinleşecek; davacının hüküm altına alınmasını istediği talep sonucunun rakamsal miktarını veya değerini ifade edecektir. Bunun sonucu olarak hâkim, yargılamaya davacının dava konusunun geçici miktarı veya değeri üzerinden devam edecektir ve hüküm verecektir.

3. Geçici Miktarın veya Değerin Değerin Kesinleşmesinden Sonra Davacının Talep Sonucunu Artırması

a. Davalının Açık Rızası

Belirsiz alacak davasında, talep sonucu rakamsal olarak kesinleştikten sonra davacının talep sonucunu artırmak istemesinin iddianın genişletilme yasağına tabi

⁹⁷⁷ PEKCANITEZ, s. 48. İHMK tasarı halindeyken, tasarıya ilişkin yayımlanan gerekçede, davacının talep sonucunun belirlenebilir olduğu anda, davacının talebini belirlemek zorunda olduğu ifade edilmiştir (Botschaft zur ZPO, Art. 83, s. 7287). OBERHAMMER, davacı talep sonucunu belirlemese dahi yargılamaya, geçici değer üzerinden devam edileceğini ifade etmiştir (in: Oberhammer (Hrsg), Art. 85, Rn. 9, s. 376). LIEBSTER ise alacak miktarı belirli olduğu anda davacı talebini belirlemezse hâkimin kendisini uyaracağını ifade etmiş, ancak buna rağmen davacının talep sonucunu belirlemezse sonucunun ne olacağını belirtmemiştir (s. 107). Buna karşılık LOOSLI, böyle bir durumda davanın reddedileceğini ifade etmektedir (s. 141). Türk hukukunda da DEDEAĞAÇ, davacının talebini belirlenebilen miktara ulaştırmaz ve eda davasına dönüştürmez ise, davacının davasını sürdürmekte hukuki yararı olmayacağından, mahkemece gerekli ihtar yapıldıktan sonra davanın reddinin gerekeceğini ifade etmiştir (DEDEAĞAÇ, Ender, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2011, s. 120). Kanaatimizce davacının dava dilekçesinde gösterdiği geçici değer hüküm altına alınmasında hukuki yararı devam etmektedir. Davacının artırmadığı kısmın akıbeti için bkz.: § 11, B, III, 4.

olduğu yukarıda ifade edildi. İddianın genişletilmesi yasağının en önemli istisnası davalının açık rızasıdır. Davacının dava dilekçesinde gösterdiği geçici değer talep sonucunun rakamsal olarak kesin değeri olarak kabul edildikten sonra, davalının açık rızası ile hüküm verilinceye kadar davacı bu değeri artırabilecektir. Davacının talep sonucunu davalının rızası ile artırılabilmesi, ıslahdan farklı olarak, her hangi bir gider ödemesi söz konusu olmayacağından önemlidir. Ayrıca ıslah hakkının sınırlı olarak bir kez tanınması, davalının buradaki rızasının önemini artırmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile iddianın genişletilmesine davalının açıkça izin vermesi gerektiği düzenlenmiştir (m. 141). Bu nedenle davacı talep sonucunu genişletir, fakat davalı buna açıkça izin vermez ise davacı tarafından artırılan kısım dikkate alınmayacaktır. Kanun koyucu davalının açık iznini aradağı için davalının talep sonucunun artırılmasına sessiz kalması veya buna karşı esasa girerek cevap vermesi de sonucu değiştirmeyecektir. Davalı mutlaka davacının talep sonucunu artırmasına açıkça izin vermelidir. Davalının açık izni yoksa, mahkeme bu yeni iddianın değerlendirilmesini kendiliğinden reddedecektir⁹⁷⁸.

Geçici değer, davacının talep sonucunun rakamsal değeri olarak kesinleştikten sonra, davalı, davacının bu değeri tekrar artırmasına açıkça izin vermezse, davacı talep sonucunu ıslah yoluyla artırabilir.

b. Islah

Belirsiz alacak davasının kabulüyle beraber, ıslah yoluna başvuru sayısı önemli ölçüde azalacaktır⁹⁷⁹. Çünkü davacı ıslah yoluna özellikle bilirkişi incelemesi sonrası ortaya çıkan rapora dayanarak talep sonucunu artırabilmek için başvurmaktadır. Belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda, davacı yargılama sırasında ıslaha ihtiyaç duymaksızın bilirkişi raporuna göre alacak miktarını belirleyebilmektedir. Davacı için bu ekonomik açıdan büyük fayda sağlamaktadır. Çünkü ıslah hakkının kötüye kullanılarak davanın uzatılmasına engel olmak ve karşı tarafın uğradığı ve uğrayabileceği zararları karşılamak için⁹⁸⁰ ıslaha başvuran taraf bir teminat yatırmak

⁹⁷⁸ UMAR, s. 409.

⁹⁷⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 516.

⁹⁸⁰ YILMAZ, Islah, s. 506.

zorundadır. Aksi takdirde, ıslah yapılmamış sayılır (m. 178/1-c. 2). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 178. maddesine göre, davacı ıslah sebebiyle geçersiz hale gelen işlemler için yapılan yargılama giderleri⁹⁸¹ ile davalının uğradığı veya uğrayacağı zararları⁹⁸² karşılamak için hâkimin takdir edeceği teminatı bir haftalık kesin süre içinde yatırmak⁹⁸³ zorundadır. Karşı tarafın zararının kesin olarak tespit edilmesinden sonra, yatırılan teminat eksik ise tamamlattırılır; fazla ise iade edilir. Davacının yatırdığı teminattan alınan bu gider, davacının ıslaha başvurmada iyiniyetli veya kusursuz olmasına bağlı değildir. Davacı, sırf ıslah yoluna başvurduğu için ödemek zorundadır⁹⁸⁴. Ayrıca davacı, açtığı davayı kazansa dahi, ıslah giderleri davalıya yükletilmez. Aynı şekilde davacı, adli yardımdan yararlırsa dahi ıslah halinde, karşı tarafın zararlarını ödemek zorundadır⁹⁸⁵.

Belirsiz alacak davasında alacaklı elindeki bu imkâna rağmen, hâkimin verdiği sürede geçici değeri artırmaz vedaha sonra yargılama sırasında talep sonucunu artırmasına davalı açıkça izin vermezse, davacının ıslah giderlerini ödeyerek dava dilekçesini ıslah etmesi gerekmektedir. Davacı talep sonucunu artırdığı için, buradaki ıslah kısmi ıslahtır.

4. Artırılmayan Kısımın Akîbeti

Belirsiz alacak davasında, en çok tartışılacak konulardan biri de davacının, dava görülürken alacak miktarının belirlenebildiği anda hâkimin süre vermesine rağmen, geçici değeri hiç artırmaması veya kısmen artırması durumunda geri kalan kısmın akîbetinin ne olacağıdır. Bu sorunun cevabı, belirsiz alacak davasının düzenlenme amacı ve bu davanın niteliği göz önünde tutularak cevaplandırılmalıdır. Ayrıca hâkimin, davacıya talebini belirlemesi için süre vermesi durumunda, davacının artık talebini belirlemesi gerekir. Bu durumda davacının talebini belirleyememesi için

⁹⁸¹ HMK m. 323.

⁹⁸² YILMAZ, bunun kapsamının, ıslah nedeniyle karşı tarafın avukatına fazla çalışması (mesaisi) nedeniyle ödeyeceği miktar ile karşı tarafın ıslah nedeniyle boş yere yapmış olması sonucu ortaya çıkan giderlerle, davanın ıslah nedeniyle gecikmesi sonucu doğan zararlar olduğunu ifade etmektedir (Islah, s. 518). ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, meblağın hâkim tarafından takdir edileceğini ifade etmektedirler (s. 271).

⁹⁸³ Yatırma tabirinin, teminatın düzenlendiği HMK'nın 84. maddesi ve devamına uygun olarak gösterme şeklinde anlaşılması gerekliliği hakkında: YILMAZ, Islah, s. 519.

⁹⁸⁴ YILMAZ, Islah, s. 506.

⁹⁸⁵ YILMAZ, Islah, s. 506-507.

haklı bir gerekçe de bulunmamaktadır.

Daha öncede ifade edildiği gibi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu ile davanın açıldığı anda alacak miktarı belirsiz olan alacaklar bakımından, davacı belirsiz alacak davası, kısmi dava, belirsiz tespit davası ve kısmi dava ile beraber alacağın geri kalanının tespitini sağlama imkânı tanıyan bir çok dava açma imkânına sahiptir. Alacaklı, belirsiz alacağının hüküm altına alınması için hangi dava türünü seçmiş ise, o dava türünün sonuçlarından yararlanacaktır⁹⁸⁶. Diğer bir deyişle davacı bir yandan kısmi dava açıp belirsiz alacak davasının sonuçlarından diğer yandan belirsiz alacak davası açıp kısmi davanın sonuçlarından yararlanamaz. Aynı durum, tespit davası açılması durumunda da geçerlidir. Bu nedenle belirsiz alacak davası açıldığı takdirde, alacak miktarı belirli hale gelmesine rağmen alacaklının geçici değeri artırmamasının akıbetini de, belirsiz alacak davasının sonuçlarına göre değerlendirmek gerekir.

Belirsiz alacak davası, alacaklının alacağının tümünün hüküm altına alınması amacıyla açtığı tam bir eda davasıdır⁹⁸⁷. Bu davanın tam bir eda davasından tek farkı, dava açarken gösterilecek dava konusunun değerinin kesin olarak belirlenememesidir. Ancak yargılama sırasında, dava konusunun değeri de kesin olarak belirlenebilmekte ve buna göre hüküm kurulabilmektedir. Belirsiz alacak davasında alacaklının alacağının tümünün hüküm altına alınması amacıyla dava açması, alacağın bir kısmının hüküm altına alınması amacıyla açılan kısmi davadan ayıran en önemli özelliğidir. Çünkü kısmi davada, alacaklı, sadece talep konusu yaptığı alacağın bir kısmının hüküm altına alınmasını istemektedir. Bu nedenle belirsiz alacak davasının sonuçları alacağın tümü için doğmasına karşın, kısmi davada ise sadece dava konusu yapılan alacak miktarı için kısmi davanın sonuçları doğmaktadır.

Belirsiz alacak davası tam bir eda davası olduğu için, davacı yargılama sırasında iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmamasına rağmen geçici değeri artırmadığı

⁹⁸⁶ YILMAZ, belirsiz alacak davası ile kısmi davanın birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini ifade etmektedir (Islah, 221).

⁹⁸⁷ LOOSLI, s. 120. MENGES de Alman hukukunda belirsiz alacak davasında alacağın tümü hakkında hüküm kurulduğunu ve daha sonra ek bir davanın açılmasının mümkün olmadığı ifade etmektedir. Yazar bu durumu belirsiz alacak davasının normal bir eda davasına karşısındaki olumsuz tarafı olarak değerlendirmektedir (s. 158).

takdirde, artırmadığı bu kısım için ikinci bir dava açamaz. Bununla birlikte davacı burada, artırmadığı kısımdan feragat etmiş sayılmamaktadır. Çünkü feragat ancak açık bir irade beyanıyla mümkündür (m. 309). Davacının burada artırmadığı kısım için ikinci bir dava açması ya derdestlik nedeniyle ya da kesin hüküm nedeniyle mümkün değildir. İki davanın aynı sayılması bakımından, maddi anlamda kesin hüküm ile derdestlik arasında hiç bir fark yoktur⁹⁸⁸. Eğer davacının açmış olduğu belirsiz alacak davası henüz şekli anlamda kesinleşmemişse, davacının artırmadığı kısım için açmak istediği ikinci dava derdestlik nedeniyle reddedilecektir⁹⁸⁹. Eğer davacının açmış olduğu belirsiz alacak davası sonunda verilen hüküm kesinleşmişse, bu takdirde de açılmak istenen ikinci dava kesin hüküm nedeniyle reddedilecektir⁹⁹⁰. Burada davacının açmak istediği ikinci davanın da belirsiz alacak davası veya normal bir tam dava olması sonucu değiştirmemektedir. Çünkü davacı, açmış olduğu (ilk dava) belirsiz alacak davası ile alacağının tümünün hüküm altına alınmasını istemektedir. Bu durumda, alacaklının belirsiz alacak davası devam ederken, artırmadığı kısmı yargılama sırasında karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla talep etmesi gerekir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi, alacak miktarının kesin olarak belirlenebildiği anda davacının talep sonucunu artırmaması, bu hakkından feragat ettiği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle davacının artırmadığı kısmı aynı yargılama sırasında talep etmesine engel bulunmamaktadır.

Belirsiz alacak davası kısmi davanın bir türü olarak nitelendirilemeyeceği gibi, davacının alacak miktarını artırmaması, bu davanın kısmi davaya dönüştüğü sonucunu da doğurmaz. Zira hukukumuzda dava türleri arasında kendiliğinden böyle bir dönüşüm söz konusu değildir. Alacaklı alacağının tümü için hüküm kurulması için açtığı davada, sadece bir kısmı hakkında hüküm kurulmasını ve geri kalan kısmı tekrar dava konusu yapmak isterse, bunu ancak davanın kısmen geri alınmasıyla sağlayabilir. Bu ise davalının açık rızasıyla mümkündür (m. 123). Bu nedenle, davacının talep sonucunu artırmaması, bu kısmı geri aldığı anlamına gelmez. Aynı şekilde, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, davacının açıkça feragat beyanı olmadığı için bu kısımdan feragat ettiği anlamına da gelmez. Bu nedenle bu kısmın akıbetini kesin hükmün kapsamı ve derdestlik çerçevesinde değerlendirmek gereklidir. Kesin

⁹⁸⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 307.

⁹⁸⁹ Bknz.: § 11, C.

⁹⁹⁰ Bknz.: § 11, G.

hüküm ve derdestlik olumsuz dava şartları olduğu için, bu durumda hâkimin açılmak istenen ikinci davayı usulden reddetmesi gerekmektedir (m.114/1 b. ; m.115/2).

C. Derdestlik

Derdestlik, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde olumsuz dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle tarafları, dava sebebi ve dava konusu aynı olan bir dava ikinci kez açıldığı takdirde, ikinci davada bu husus hâkim tarafından kendiliğinden veya talep üzerine dikkate alınır. Bunun sonucu olarak da ikinci dava, dava şartı yokluğundan esasa girilmeden reddedilir (m. 115/2). Derdestliğin kabul edilmesindeki amaç, aynı uyuşmazlığın aynı anda birden fazla yargılama konusu yapılmasını ve çelişik kararların ortaya çıkmasını engellemektir⁹⁹¹. Derdestliğin söz konusu olabilmesi için, üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar, aynı davanın aynı mahkemede ya da farklı mahkemelerde iki kere açılmış olması, birinci davanın görülmekte olması; birinci dava ile ikinci davanın aynı olmasıdır⁹⁹².

Derdestliğin üç şartı değerlendirildiğinde, belirsiz alacak davası bakımından özellikle açılan ikinci davanın ilk dava ile aynı olup olmadığının tespiti önemlidir. Daha açık ifade etmek gerekirse, belirsiz alacak davası açıldığında, bu davanın konusunun kapsamı derdestlik bakımından önem arz etmektedir. Belirsiz alacak davasında, davanın tarafları ve sebebi açısından özel bir durum söz konusu olmadığı için burada bu hususlar incelenmeyecektir. Çünkü davanın tarafları ve dava sebebi bakımından belirsiz alacak davası, normal bir eda davasından farklılık arz etmemektedir. Dava sebebini alacaklının, yukarıda da belirtildiği üzere normal bir alacak davasında olduğu gibi mahkemeye getirmesi gerekmektedir.

Belirsiz alacak davası bakımından önemli olan husus, her iki davanın konularının hangi durumda aynı olduğunun tespitidir. TANRIVER, derdestlik itirazı bakımından her iki davanın konularının aynı olup olmadığını, dava konusunun sadece talep

⁹⁹¹ FOERSTE, in Musielak Komm ZPO, § 261, Rn. 9.

⁹⁹² TANRIVER, s. 41; ULUKAPI, Derdestlik, s. 409 vd.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 307; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 244; LOOSLI, s. 121; MENGES, s. 45; BLECHSCHMID, s. 60; KERN, s. 35.

sonucuna göre belirleneceği kuramı⁹⁹³ esas alınarak ortaya konulacağını, bunun da ilk davanın dava dilekçesinde yer alan talep sonucu ile ikinci davaya ilişkin dava dilekçesindeki talep sonucunun karşılaştırılması suretiyle belirleneceğini söylemektedir⁹⁹⁴. Buna göre birinci dava ile ikinci davanın aynı olup olmadığı her iki davanın talep sonucunun aynı olup olmamasına göre belirlenecektir.

Belirsiz alacak davası bakımından, burada davanın konusunu belirlerken gösterilecek geçici değeri mi yoksa alacağın tamamını mı dikkate alacağımız, derdestliğin de kapsamını belirleyecektir. Belirsiz alacak davasında, davacının, alacağının tümünü dava konusu yapmak istediği konusunda tereddüt bulunmamaktadır⁹⁹⁵. Daha önce de ifade edildiği üzere, alacaklının belirsiz alacak davası açarken göstermiş olduğu geçici değer, alacaklının bu dava sonucunda hüküm altına alınmasını istediği talep miktarı değildir. Alacaklının göstermiş olduğu geçici değer dava açtığı ana kadar tespit edebildiği talep miktarıdır. Alacaklının muradı, sadece o zamana kadar tespit edebildiği alacağına kavuşmak olsaydı, ya kısmi dava açardı ya da tam bir eda davası açardı. Bu nedenle, belirsiz alacak davasında derdest olan, davacının dava açarken göstermiş olduğu geçici değer değil, alacağının tümüdür⁹⁹⁶.

Belirsiz alacak davası açan alacaklı, alacağının tümünü hüküm altına almak istediği için, aynı alacak için ikinci bir dava açması durumunda derdestlik buna engel olacaktır⁹⁹⁷. İkinci davanın kısmi dava⁹⁹⁸; tam bir eda davası veya belirsiz alacak davası⁹⁹⁹ olması farklı sonuç doğurmayacaktır. Bu durumda derdestlik, ikinci

⁹⁹³ TANRIVER, s. 82-83 vd. Aynı şekilde: YILMAZ, Islah, s. 192. Karş.: YILDIRIM, s. 40.

⁹⁹⁴ TANRIVER, s. 71 vd. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, dava konusunun belirlenmesinde talep sonucunu esas almıştır. Bunun göstergesi olarak, görevli mahkeme; dava konusunun devri; dava türleri, kesin hüküm gibi. Buna göre, dava konusu sadece talep sonucuna göre belirlenmekte; vakıalar dava konusunun belirlenmesinde değerlendirilmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: TANRIVER, s. 81 vd; YILMAZ, Islah, s. 192; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 307, 687-688.

⁹⁹⁵ LOOSLI, s. 120; MENGES, s. 158.

⁹⁹⁶ BGH, NJW 2006, s. 517; LOOSLI, s. 120; SCHELLHAMMER, Rn. 110, s. 60; ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 47, s. 131; ASSMANN, in Wiecezorek/Schütze, § 253, Rn. 102, s. 107. Manevi tazminat talepleri için: ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 39, s. 524.

⁹⁹⁷ LOOSLI, s. 122; MERTINS, s. 48. Bu karşılık ÖZEKES, belirsiz alacak davasında, alacak, yargılama sırasında belirli hale gelince, davacının, ıslaha ve karşı tarafın rızasına dahi ihtiyaç duymadan miktarı artırabileceği yahut hakkını saklı tutmasa dahi ayrı bir davanın açılabilirliğini ifade etmektedir (HMK Ne Getiriyor ?, s. 8). Kanaatimizce, alacak miktarı belirli hale geldikten sonra dahi davacı, bu kısmi derdestlik nedeniyle ayrı bir davanın konusu yapamaz. Çünkü daha önce de ifade edildiği gibi, belirsiz alacak davası tam eda davasıdır ve bu davada derdest olan alacağın tümüdür.

⁹⁹⁸ COURVOISIER, belirsiz alacak davası açıldıktan sonra kısmi davanın açılmayacağını ifade etmektedir (in: Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 86, Rn. 1, s. 371).

⁹⁹⁹ BLECHSCHMID, s. 60-61.

davanın görülmesini engelleyecektir¹⁰⁰⁰. Doktrinde, bir alacak için eda davası devam ederken aynı alacak için bir menfi veya müspet tespit davasının açılması durumunda, derdestliğin şartlarının gerçekleştiği kabul edilmektedir. Çünkü tespit davasının açılmasına neden olan hukuki ilişkinin belirlenmesine yönelik talebin, eda davasında edaya mahkûmiyetin içinde zaten saklı olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰¹. Bu nedenle alacaklı belirsiz alacak davası açtıktan sonra da aynı alacak için aynı tarafa karşı belirsiz tespit davası açsa derdestlik engeliyle karşılaşacaktır. Ayrıca davacının, belirsiz alacak davasından sonra, aynı alacak için belirsiz tespit davası açmasında hukuki yararı da yoktur¹⁰⁰².

Bilindiği üzere, belirsiz alacaklar bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin üçüncü fıkrasında, alacaklının belirsiz tespit davası açabileceği kabul edilmiştir. Belirsiz tespit davasında da alacaklı normal bir tespit davasındaki gibi hukuki ilişkinin varlığının tespitini isteyecektir. Bu nedenle, alacaklı birinci davasında alacağının miktarını veya değerinin tespitini sağlamak için bir belirsiz tespit davası açmışsa, açacağı ikinci dava kısmi dava veya tam eda davası olması durumunda derdestlik engeli ile karşılaşmayacaktır. Çünkü tespit davasının konusu hukuki ilişkinin varlığının tespiti iken, eda davasının konusu hem hukuki ilişkinin varlığının tespiti hem de bu tespit çerçevesinde davalının bir edaya mahkûm edilmesidir. Bu durumda tespit davası ile eda davasının konuları farklı olduğu için, tarafları ve dava sebebi aynı olsa da derdestlik itirazı söz konusu değildir¹⁰⁰³. Açılan ilk davanın belirsiz tespit davası; ikinci davanın ise belirsiz alacak davası olması durumu da bir farklılık arz etmemektedir. Çünkü belirsiz alacak davası ile de alacaklı hem hukuki ilişkinin tespitini hem de bu tespit bağlamında davalının bir edaya mahkûm olmasını istemektedir. Böyle olunca, görülmekte olan bir belirsiz tespit davasına rağmen, davacı ikinci bir dava olarak bir eda davası açabilecektir. Ancak belirsiz tespit davası açıldıktan sonra, belirsiz alacak davası açılmasına derdestlik itirazı söz konusu olmamakla birlikte, bu durumda davacının ilk açtığı belirsiz tespit

¹⁰⁰⁰ MENGES, s. 45-46.

¹⁰⁰¹ KURU/BUDAK, s. 326; TANRIVER, s. 88.

¹⁰⁰² ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM da, eda davasının açılmasından sonra, müspet tespit davası açılmasında veya davalının menfi tespit davası açmasında hukuki yararın bulunmadığını ifade etmektedir (s. 205)

¹⁰⁰³ KURU/BUDAK, s. 325; TANRIVER, s. 87; ULUKAPI, Derdestlik, s. 427; BİLGE/ÖNEN, s. 420.

davasına devam etmekte hukuki yararı kalmayacaktır¹⁰⁰⁴.

Belirsiz alacaklar bakımından alacaklı mutlaka belirsiz alacak davası açmak zorunda olmayıp, kısmi dava veya tam eda davası da açabilir. Davacının açmış olduğu ilk davanın dava dilekçesinden kısmi dava olduğu anlaşılabilirse, davacı alacağının geri kalanı için ikinci bir dava açarsa derdestlik söz konusu değildir¹⁰⁰⁵. Örtülü kısmi davada da aynı sonuca ulaşmak gerekir. Yani davacı alacak miktarını belirleyerek bir eda davası açmış ve fakat yargılama sırasında gösterdiği değer düşük olduğunu fark etmişse, bu durumda iddianın genişletilmesi yasağının istisnaları çerçevesinde aynı davada ileri sürebileceği gibi ayrı bir eda davasının da konusu yapabilir (m. 109/3)¹⁰⁰⁶. Ancak, her iki durumda da alacaklı ikinci bir dava ile sadece ilk davada konu yapmadığı alacak miktarının geri kalan kısmını dava edebilir. Bu durumda alacak, aynı hukuki ilişkiden doğmuş olsa bile her iki davada farklı kısımları talep edildiği için, her iki davanın konusu ayrıdır. Bu nedenle derdestlik itirazında bulunulamaz. Ancak alacaklının açtığı ikinci davadan, alacağının geri kalanını istediği anlaşılmıyorsa, derdestlik nedeniyle açılan ikinci dava reddedilecektir. Burada alacaklının açacağı ikinci dava tam eda davası olabileceği gibi kısmi dava da olabilir. Yani bu durumda derdestliğin şartları gerçekleşmektedir¹⁰⁰⁷. Kısmi dava açan alacaklının bu durumda ikinci dava olarak belirsiz alacak davası açması da mümkün değildir. Çünkü alacaklı belirsiz alacak davası ile normal bir eda davası gibi alacağının tümü hakkında hüküm kurulmasını talep etmektedir. Davacının ikinci dava olarak belirsiz alacak davası açması durumunda, ilk davanın konusu ile ikinci davanın konusu aynı olacaktır. Bu nedenle, ilk davasını kısmi dava olarak açan davacı, ikinci davasını sadece alacağının geri kalanını ister şekilde dava edebilecektir. Bu durumda alacaklı, sadece geri kalan kısmı, şartları varsa belirsiz alacak davasının konusu yapabilir. Ancak, geri kalan kısım her nasılsa davanın açıldığı anda belirlebilir hale gelmiş ise, davacı bu kısım için, belirsiz alacak davası açamaz. Bu durumda davacı tam bir eda davası veya şartları varsa kısmi dava açabilir.

¹⁰⁰⁴ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM da, menfi tespit davasından sonra, davalının eda davası açması halinde, tespit davasının devamında kural olarak hukuki yararın kalmayacağını ifade etmektedir (s. 205).

¹⁰⁰⁵ TANRIVER, s. 85; LOOSLI, s. 120,121; BİLGE/ÖNEN, s. 420.

¹⁰⁰⁶ LOOSLI, s. 122.

¹⁰⁰⁷ LOOSLI, s. 121.

Davacı, açmış olduğu ilk davasında alacak miktarını belirleyip tümü hakkında hüküm kurulmasını talep ettikten sonra, aynı alacak için açacağı ikinci bir eda davası derdestlik nedeniyle reddedilecektir¹⁰⁰⁸. Burada ikinci davanın belirsiz alacak davası veya kısmi dava olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Çünkü alacaklı, ilk davada davacı alacak miktarını tahminen belirlemiş ve bunu talep etmiştir. Daha sonra aynı alacak için açacağı ikinci dava, dava konularının aynı olması sebebiyle derdestliğin diğer şartlarının da bulunması halinde derdestlik sebebiyle reddedilecektir.

Ç. İspat

Belirsiz alacak davası ile normal eda davası arasında, ispat faaliyeti bakımından farklılık bulunmamaktadır. Çünkü belirsiz alacak davasında genel ispat kurallarından ayrılmayı gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır. Bu dava davacıya ispat kolaylığı getirmeyip, dayandığı somut vakıalara ilişkin ne iddia ne de ispat yükünden kurtarmaktadır¹⁰⁰⁹. Aynı şekilde, davalı bakımından da ispat zorluğu getirmemektedir. Belirsiz alacak davasında da davacı, normal bir eda davasında olduğu gibi, talep sonucunun dayanağı olan somut vakıaları iddia ve ispat yükü altındadır. Belirsiz alacak davası, davacıya, alacak miktarını delillerin incelenmesinden sonra veya davalı tarafın bilgi paylaşımından sonra belirleme imkânı tanımaktadır. İstisnai olarak, alacak miktarının hâkim tarafından belirlendiği durumlarda açılan belirsiz alacak davasında da, bu bakımdan bir değişiklik söz konusu değildir. Bu tür durumlarda da davacı, hâkimin takdir yetkisini kullanmasına imkân sağlayacak delilleri mahkemeye sunmak zorundadır¹⁰¹⁰. Yine, alacak miktarının belirlenmesi davalı veya üçüncü kişilerdeki bilgi ve belgelere bağlı ise normal bir alacak davasında olduğu gibi delillerin ibrazı hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

¹⁰⁰⁸ LOOSLI, s. 122.

¹⁰⁰⁹ LOOSLI, s. 70-71.

¹⁰¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 83.

D. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri

I. Kabul

Davayı kabul, davacının talep sonucuna davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir (m. 308/1). Kabul ancak tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalar bakımından geçerlidir (m. 308/2). Davayı kabul, dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılabilir (m. 309/1). Kabulün hüküm ifade edebilmesi, karşı tarafın veya mahkemenin muvafakatine bağlı değildir (m. 309/2). Yani, davalının tek taraflı irade beyanıyla sonuç doğurur¹⁰¹¹. Kabulün sonucu ağır olduğundan, kabul iradesinin de mutlaka açık ve kesin şekilde ortaya konulması şarttır¹⁰¹².

Davayı kabul bir yandan tasarruf ilkesinin bir gereğidir¹⁰¹³. Diğer yandan ise, usul ekonomisi bakımından sonuçlar doğurmaktadır. Tasarruf ilkesi gereğince davalı kendi aleyhine açılmış olan davayı kabul edebilir. Davalı, davacının talebinin tümünü kabul edebileceği gibi bir kısmını da kabul edebilir. Tam kabulde, talep sonucunun tamamı; kısmi kabulde ise talep sonucunun bir kısmı kabul edilir. Böylelikle davalıya, dava konusu üzerinde tasarruf imkânı verilerek, kabulde birlikte dava kısmen veya tamamen sona ermektedir. Yargılama daha kısa, hızlı ve bu nedenle de ucuz sona erdiği içinde usul ekonomisine uygundur¹⁰¹⁴.

Davayı kabulün davalı bakımından önemli sonuçlarından bir diğeri, davanın kabulde sona ermesiyle beraber yargılama giderleri bakımından kendini gösterir. Kabulde beraber davalıya, şartları gerçekleştiği takdirde, yargılama giderlerinden kurtulma imkânı tanınmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 312. maddesinin ikinci fıkrasına göre, davalı davanın açılmasına kendi hal ve davranışlarıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmişse yargılama giderlerine mahkûm edilmez.

¹⁰¹¹TANRIVER, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller, Makalelerim I (1985-2005), Ankara 2005, s. 59.

¹⁰¹²ERMENEK, İbrahim, Medeni Usûl Hukukunda Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller), Ankara 2009, s. 13; TANRIVER, Kabul, s. 64; KURU, Usûl El Kitabı, s. 609.

¹⁰¹³ERMENEK, s. 17.

¹⁰¹⁴TANRIVER, Kabul, s. 60.

Normal bir davada kabul her hangi bir problem doğurmamaktadır. Örneğin, davacı, 10.000 liralık alacağının hüküm altına alınması için açtığı bir eda davasında, davalı, davacının talep sonucunu kabul ettikten sonra, mahkeme kural olarak başka bir inceleme yapamaz. Mahkeme sadece kabul beyanının usulüne uygun yapıp yapılmadığını araştırarak¹⁰¹⁵; kabul beyanı usulüne uygun şekilde yapılmışsa, sadece davalının davayı kabul nedeni ile davanın konusuz kaldığını tespit eden bir karar verecektir¹⁰¹⁶. Mahkeme, kabulü, kesin hüküm sonucu doğurduğunu ve artık konusuz kalan davada karar verilmesine yer olmadığını belirterek bir karar vermelidir¹⁰¹⁷.

İfade etmek gerekir ki, belirsiz alacak davasında da kabul mümkündür¹⁰¹⁸. Çünkü belirsiz alacak davası da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalardandır. Bununla beraber, belirsiz alacak davasında kabul bazı özellikler taşımaktadır. Belirsiz alacak davasında davalı, dava dilekçesinden kendisinden tam olarak istenen talebin üst sınırını bilmemektedir. Davalı, dava dilekçesinde sadece davacının dava açarken göstermiş olduğu dava konusunun geçici değerini görmektedir. Bu nedenle davalı, davacının kendisinden tam olarak ne istendiğini ve davayı hangi miktarda kabul edebileceğini yargılamanın başında bilmemektedir¹⁰¹⁹.

Davalının davacının dava dilekçesinde gösterdiği geçici değer tamamını veya bu değer bir kısmını¹⁰²⁰ kabul edebileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Davacının belirsiz alacak davasındaki talebi, sadece göstermiş olduğu geçici değer olmadığı için, davalının gerek geçici değer bir kısmını gerekse geçici değer tamamını kabul etmesi, kısmi kabul olarak değerlendirilmelidir¹⁰²¹. Bu nedenle, bu durumda, dava sadece kabul edilen kısım bakımından kabul ile sonuçlanır¹⁰²² ve

¹⁰¹⁵ KERN, s. 48

¹⁰¹⁶ KARSLI, s. 381; TANRIVER, Kabul, s. 67; HANAĞASI, s. 335; KARAFAKİH, s. 234; POSTACIOĞLU, s. 481; BİLGE, s. 310-311; ÖNEN, Ergun, Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez, ABD, Y. 33, S. 1974-1, s. 29; ÖNEN, s. 279-280; ULUSAN, İlhan, Maddi Hukuk Ve Usûl Hukuku Açısından Sulh Sözleşmesi, MHAD Y. 5, S. 7, 1971, s. 196; Buna karşılık KURU, davanın kabul ile doğrudan sona ermeyeceğini; mahkemenin, davanın kabul nedeniyle kabulüne hüküm vereceğini ifade etmektedir, KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, 6. Baskı, C. 4, İstanbul 2001, s. 3704. Aynı şekilde: KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 531. Detaylı bilgi için ayrıca bkzn.: UMAR, s. 875-878; ERMENEK, s. 97 vd.

¹⁰¹⁷ UMAR, s. 876.

¹⁰¹⁸ Aksi görüşte: ÇİL/KAR, s. 190.

¹⁰¹⁹ MENGES, s. 61.

¹⁰²⁰ BLECHSCHMID, s. 74.

¹⁰²¹ LOOSLI, s. 136, 137; MERTINS, s. 48.

¹⁰²² KURU, "Tenkis davasında müddeabih tahmini olarak (harca esas olmak üzere) gösterilmiş olup da, gerçek müddeabih mahkemece tespit edilecek ise, davalının, dava dilekçesinde yazılı olan

kabul edilmeyen kısım hakkında yargılamaya devam edilir¹⁰²³. Daha önce de belirttiğimiz gibi, belirsiz alacak davasında, davacıdan beklenen, alacak miktarı kesin olarak belirlenebilir olduğu anda, geçici değeri buna uygun olarak artırmasıdır. Davalı, geçici değerini tamamını kabul etmişse ve yargılamaya devam edilip davacı geçici değeri artırmamışsa, mahkeme talep edilenden başka birşeye hükmedemeyeceği için, talep edilmeyen kısım hakkında hüküm veremez. Bu durumda da dava kabul nedeniyle hüküm verilmesine gerek olmadığı gerekçesiyle sona erecektir. Davanın gereksiz yere uzamasına sebep olan davacı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 327. maddesinin birinci fıkrasına göre, karar ve ilâm harcı dışında kalan yargılama giderlerine kısmen veya tamamen mahkûm edilebilir.

Davalı, geçici değeri kabul etmişse, belirlenemeyen kısım için davaya devam edilir. Davalı, alacaklının göstermiş olduğu geçici değerini bir kısmını kabul ettiği durumlarda ise, dava geçici değerini kabul edilmeyen kısmı ve belirlenemeyen alacak miktarı için devam eder. Çünkü davacı, bu iki durumda, alacak miktarının davalının kısmen kabul ettiği miktardan daha fazla olduğu iddiasındadır. Bu durumda, davacı alacak miktarı kesinleştikten sonra talep sonucunu rakamsal olarak belirlemezse yargılamaya dava açarken göstermiş olduğu ve kabul dışında kalan kısım üzerinden devam edilecektir.

miktarı kabul etmesi, m. 92 (HMK m. 308) anlamında davayı kabul niteliğinde değildir.” demektedir (Usûl, C. 4, s. 3675). Yazar örnek olarak da Yargıtay 2. HD'nin 24.10.1978, 7391/7376 kararını vermiştir. 2. HD kararında, “Hesaplar yapılarak tenkis istendiğine göre dilekçedeki miktar, kural olarak tahmini ve harca esas olmak üzere gösterilmiş sayılır. Kaldı ki duruşma sırasında, dava dilekçesindeki 10.000 liranın, harca esas olarak gösterildiği belirtilmiş, davalının dilekçede yazılı miktarı aynen ödeyeceğini bildirmesi üzerine de gerçek değerini keşifle belli edileceği ifade edilmiş ve kabul beyanına karşı çıkmıştır. Davacının (netice talebinin) yani isteklerinin tümünün davalı tarafından eksiksiz benimsenmesi davayı kabul sayılır (HUMK m. 92; (HMK m. 308)). Olayda dava dilekçesindeki yazılı miktar tahmini olup, gerçek tenkis tutarı yargılama sonucunda meydana çıkacaktır. Onun için davalının beyanı kabul niteliğinde sayılmaz. Bu bakımdan yargılamaya devam edilmesi ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, özünde belirtilen ilkeler gözetilmeden ve olaya uygulanması mümkün olmayan iyi niyet kuralından söz edilerek davalının beyanının 'kabul biçiminde nitelendirilmesi ve ona göre hüküm verilmesi kanuna aykırıdır” belirtmiştir (KURU, Usûl, C. 4, s. 3675-3676; ABD, 1978/6, s. 1002-1003). 1086 sayılı HUMK m. 94'ün son fıkrasına göre, kısmi kabul mümkündür. Davalının kabul beyanına, davacının itiraz etmesi veya mahkemenin veya davacının buna izin vermesi, bunu kabul etmesi söz konusu değildir. Usûlüne uygun şekilde yapılmış bir kabul beyanı hüküm doğurur. Bu, kısmi kabul için de geçerlidir. Bu nedenle ne KURU'nun görüşüne ne de görüşüne dayanak yaptığı 2. HD'nin kararına katılmak mümkün görülmemektedir. Burada, davacının dava dilekçesinde göstermiş olduğu miktar da belirli olduğu için, bunun kısmi kabul olarak nitelendirilmesi ve buna göre sonuçlarını doğurması gerekir. Kısmi kabul dışında kalan miktar için yargılamaya devam edilir. Bu nedenle burada da kabul edilen kısım dışında kalan belirsiz miktar için yargılamaya devam edilmesi ve ona göre hüküm kurulması gerekirdi.

¹⁰²³ ÖNEN, s. 279; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 530.

Davalı, davacının göstermiş olduğu geçici talep miktarından dava fazlasını da kabul etmek isteyebilir. Örneğin davacının dava konusunun geçici değeri olarak 5.000 lira göstererek bir belirsiz alacak davası açtığını kabul edelim. Bu durumda, davalı 10.000 lira, yani geçici değerden fazla bir kısmı kabul edilebilir mi? Aynı şekilde davalı alacak miktarı tam olarak belirlenmeden, miktar belirtmeksizin alacağın tümünü kabul edebilir mi?

Öncelikle, doktrinde, herhangi bir miktar göstermeksizin davalının belirsiz kabul beyanında bulunamayacağını ileri sürmektedir¹⁰²⁴. Davanın kabulüyle sona ereceği için, hükmün mutlaka belirli olması gerekeceği, bu nedenle kabul beyanının belirsiz olamayacağını savunmaktadırlar¹⁰²⁵. Ayrıca kabulün “*nirengi noktasının*”¹⁰²⁶ talep sonucu olduğunu belirtilmekte; talep sonucu belirli olduğu takdirde davalının neyi kabul ettiğini ve neye mahkûm edileceğini bildiğini ifade edilmektedir.¹⁰²⁷ Bu nedenle talep sonucunun kesin olarak belirlenmeden, davalının, davacının tam olarak talep edeceği miktarı bilemediğinden, davaya tamamen son vermek için, talep sonucunun tümünü kabul edebilme imkânına sahip olmadığı ifade edilmektedir¹⁰²⁸.

Kabul beyanından sonra, hâkim dava konusu üzerinde inceleme yapamamaktadır. Bu nedenle davalı kabul beyanında bulunurken mutlaka belirli bir miktar gösterilmelidir. Yani davalının, belirsiz alacak davasında, talep sonucu kesin olarak belirlenmeden, tüm talep sonucunu kabul ediyorum demesi, sonuç doğurmayacaktır¹⁰²⁹. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 311. maddesinde, kabulün kesin hüküm gibi

¹⁰²⁴ KERN, s. 49.; UBERT, s. 58 vd.; BLECHSCHMID, s. 73. MENGES, 2004 tarihli eserinde bugüne kadar Alman uygulamasında belirsiz alacak davasının kabul ile sona erdiği bir uyumsuzluğa rastlanılmadığını ifade etmektedir (s. 62). Nürnberg Yüksek Eyalet Mahkemesi, belirsiz alacak davasının dinlenebilirliğine ilişkin bir davada, belirsiz alacak davasında kabulün düşünülmemeyeceğini, davalının ancak belirli bir talebi kabul edebileceğini, davalının belirsiz kabul beyanında bulunamayacağını ifade etmiştir (VersR 1957, s. 436-437). Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi ise belirsiz alacak davasına ilişkin bir davada, davalıdan maksimum hangi miktarın talep edildiğinin bilindiği durumlarda kabulün söz konusu olabileceğini belirtmiştir (NJW 1986, s. 3090). UBERT, normal bir eda davasında davalının davayı hemen kabul edip uyumsuzluğu sona erdirebilirken, belirsiz alacak davasının da ise kabulün mümkün olduğunun son derece kuşku olduğunu ifade etmektedir (s. 6).

¹⁰²⁵ KERN, s. 49. BLECHSCHMID, davalının mutlaka belirli bir miktarı rakamsal olarak göstermesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 74)

¹⁰²⁶ MENGES, s. 63.

¹⁰²⁷ MENGES, s. 63-64. Yazar bu nedenle, alacağın miktarının belirsiz olduğu durumlarda bir kabulün söz konusu olmayacağını ileri sürmektedir. RUTTLOFF ise, davalının davayı kabul edip yargılama giderlerine ilişkin AHMK m. 93'ün uygulanabilmesi için, davacının dava açtığı anda asgari değer göstermesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 52).

¹⁰²⁸ PEKCANITEZ, s. 62.

¹⁰²⁹ Aksi görüşte: LOOSLI, s. 138,139.

sonuç doğurduğu açıkça ifade edilmiştir. Kabul ile dava sona ereceğinden, mahkemenin dava konusu ile ilgili herhangi bir inceleme yapması söz konusu değildir. Mahkeme kabul beyanına uygun şekilde davanın konusuz kaldığına dair bir karar vermelidir. Davalı, davanın tamamını kabul etmek isterse, bu durumda da talep sonucunun tamamının belirli olması şarttır. Bu nedenle, kanaatimizce, talep sonucunu kesin olarak belirlenmeden, davalı, şimdiden talep sonucunun tamamını kabul edemez¹⁰³⁰. Alman hukukunda da davalının belirli bir miktarı kabul edebileceği kabul edilmektedir¹⁰³¹. Alacak miktarı henüz kesin olarak belirli olmayan bir durumda, davalı miktarı belirsiz kısmi kabul beyanında da bulunmaz. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 309. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kısmi kabulde de, kabul edilen kısmın açıkça belirli olması gerekir¹⁰³².

Davalının talep sonucu kesin olarak belirlenmeden, geçici değerden fazla belirli bir miktarı kabul etmek istemesinde herhangi bir menfaati bulunmamaktadır. Bu durumda, davalı geçici değer miktarını kabul etmeli ve alacak miktarının kesin olarak belirli olmasını beklemelidir. Aksi takdirde davalı alacağın üst sınırını bilmediği için gereğinden fazla bir miktarı kabul etme tehlikesiyle karşı karşıyadır¹⁰³³. Bu nedenle, davalının alacak miktarı kesin olarak belirli olmadan geçici değerden fazla kabul beyanında bulunmasından ziyade, sulh teklifinde bulunarak ve sulh görüşmeleri sırasında bu tür bir teklifte bulunması daha doğru olacaktır. Ancak davalı, geçici değerden fazla şekilde kabul beyanında bulunduğu takdirde yine kabulün sonuçları doğacaktır. Bu durumda da mahkeme yargılamaya devam edecektir¹⁰³⁴. Davacı alacak miktarını belirleyebildiği anda, geçici değerini örnekte verildiği gibi 10.000 lirayı aşan şekilde artırırsa, yargılamaya aşan kısım için devam edilir. Ancak, davacı, yargılama sırasında, alacak miktarının kabul beyanında belirtilen değerden daha düşük olduğunu tespit etmişse ve bu nedenle geçici değeri artırmamışsa dava yine kabul nedeniyle hüküm verilmesine gerek olmadan sona

¹⁰³⁰ PEKCANITEZ, s. 62.

¹⁰³¹ MENGES, s. 63-64; RUTTLOFF, s. 52.

¹⁰³² Talep sonucunun belirli olması zorunluluğu bulunduğu için, kanun koyucu kısmen kabulde, kabul edilen kısmın belirli olmasını şart koymuştur. Belirsiz alacak davasında ise talep sonucunu ancak talep sonucunun kesinleşmesinden sonra belirli hale gelmektedir. Aynı şekilde: KERN, s. 50.

¹⁰³³ MENGES, s. 65.

¹⁰³⁴ Bu durumda davacıya, davalının kabulünün talebinin tamamına mı ilişkin olduğu yoksa kısmi kabul olarak mı değerlendirmek gerektiğinin sorulmasının tutarsızlık olacağı, çünkü bu durumda hâlâ talebinin belirlenmesinin kendisinden beklenememe durumunun devam ettiği ifade edilmektedir (KERN, s. 54).

erecektir.

Alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda da davalı, belirli bir miktar belirterek davayı kabul edebilir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının uygulama alanı bulacağı zararın miktarının belirlenemediği hallerde, davacının, 5.000 lira geçici değer göstererek belirsiz alacak davası açtığını kabul edebilim. Davalının bu durumda 7.000 lira kabul ettiğini varsayalım. Hâkim, bu kabul beyanına rağmen, davanın sonunda zararın miktarını daha yüksek tespit ederse, tazminatın miktarını da ona göre belirleyebilir. Yani hâkim, gerektiğinde 7.000 liralık kabul beyanına rağmen, 9.000 liraya hükmedebilecektir. Davalının kabul beyanı ise, kısmi kabul olarak sonuç doğuracaktır. Buna karşılık hâkim, yaptığı değerlendirme sonucunda, davacının zararının, davalının kabul beyanından daha düşük olduğunu tespit ederse, hâkim bu durumda kabul beyanı ile davanın konusuz kaldığına hükmedecektir. Yani bu durumda davacının 7.000 liralık kabul beyanı, tam kabul olarak sonuç doğuracaktır. Davalı bakımından buradaki riziko, gereğinden fazla bir miktarı veya değeri kabul etmesi olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda da davalının geçici değerden fazlasını kabul yerine, sulh teklifinde bulunmasıdır.

Belirsiz alacak davasında, yargılama sırasında talep sonucu rakamsal olarak belirli hale geldikten sonra da davalı davayı kabul edebilir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 310. maddesine göre, kabul, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir. Bu nedenle, davacının talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesinden sonra durumun davalıya tebliğ edilmesi ve davalıya buna karşı cevap verme imkânının tanınması gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Yargılama sırasında davacı, alacağın miktarı belirli hale geldikten sonra geçici değeri artırabilir. Bu durumda dava bu yeni miktara göre karara bağlanır. Yargılama sırasında alacağın miktarı belirli hale geldikten sonra, davacı geçici değeri artırmazsa, dava, davacının dava açarken göstermiş olduğu geçici değer üzerinden karara bağlanır. Her iki durumda da talep miktarı kesin olarak belirli olduğu için, davalı, talep sonucunu normal bir davadaki gibi kısmen veya tamamen kabul edebilir. Bu durumda davanın kabulü,

belirsiz alacak davası bakımından normal bir davadan farklı özellik göstermez¹⁰³⁵.

Kabul üzerine davalı, yargılama giderlerine davada aleyhine hüküm verilmiş gibi mahkûm olur (m. 312/1). Ancak davalı, karar ve ilâm harcının üçte ikisini ödemeye mahkûm edilir. Kısmi kabulün söz konusu olduğu durumlarda, yargılama giderlerine mahkûmiyet, kabul edilen kısma göre belirlenir. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 6. maddesine göre de, davacı delillerin toplanmasına ilişkin ara kararın yerine getirilmesinden önce davadan feragat ederse, vekalet ücretinin yarısını daha sonradan feragat ederse vekalet ücretinin tümünü ödemeye mahkûm olacaktır.

Belirsiz alacak davasında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 312. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasına engel bir durum yoktur. Bu fıkra göre, davalı, davanın açılmasına hal ve davranışıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmişse, yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmez. Özellikle davalı bakımından da talep sonucunun belirlenmesinin imkânsız olduğu ve bunun belirlenmemesinin davalıya bağlı olmadığı durumlarda, bu hükmün uygulama alanı bulması gerekmektedir. Söz konusu fıkranın uygulanabilmesi için, davalının, davanın açılmasına hal ve davranışıyla sebebiyet vermemelidir¹⁰³⁶. Ayrıca davalının davayı ilk duruşmada kabul etmesi gerekmektedir. Belirsiz alacak davası bakımından davalı davayı ilk duruşmada ancak kısmen kabul edebilir. Davacının davayı tamamen kabulü, ancak alacağın miktarı kesinleştikten sonra mümkündür. Davalı ilk duruşmada geçici değeri kabul ederse ve ayrıca söz konusu maddedeki şartların varlığı halinde, bu kısım için yargılama giderlerine mahkûm edilmez¹⁰³⁷. Alacak miktarının kesin olarak belirlenmesinden sonra, davacı, talep sonucunu artırdığında, davalıya buna karşı cevap verme imkânın tanınması gerekmektedir. Davalı, bu durumda artırılan kısmı da kabul edebilir. Davalının, artırılan kısmı kabul ettiği miktarda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 312. maddesinin 2. fıkrası uygulama alanı bulacaktır¹⁰³⁸. Ancak davalı, davanın

¹⁰³⁵ LOOSLI, s. 140.

¹⁰³⁶ Yargıtay, özellikle haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilden kaynaklanan alacağın, haksız fiilin gerçekleştiği halde muaccel olduğu ve bu nedenle zararın ödenmemiş olmasını, davacının dava açmasına sebep olma olarak değerlendirmektedir. Bunun sonucu olarak da davacı ilk duruşmada davacının talep sonucunu kabul etse dahi, yargılama giderlerine mahkûm olmaktadır. Bknz.: 4. HD, 17.11.1966, 5607/9894 (ABD 1966/2, s. 123; KURU, C. 4, S. 3722; HGK, 5.7.1972, 693-703 (ABD, 1972/6, s. 1032-1033; KURU, C. 4, S. 3722).

¹⁰³⁷ Benzer şekilde Alman hukukunda: RUTTLOFF, s. 52.

¹⁰³⁸ PEKCANITEZ, s. 63.

açılmasından sonra ilk duruşmada her hangi bir kabul beyanında bulunmamışsa, davalının alacak miktarı kesin olarak belirlendikten sonra davayı kısmen veya tamamen kabul etmesi durumunda yargılama giderleri bakımından 312. maddenin 2. fıkrası uygulama alanı bulmamalıdır. Belirsiz alacak davası açan davacı, alacak miktarını kesin olarak belirleyemese de hukuki ilişkiyi ve dava konusunun geçici değerini göstermek zorunda olduğundan, davalı kendisine karşı yapılan talebin kaynağını bilmektedir. Burada davalı, alacak miktarının kesin olarak belirlenmesinden sonra davayı kabul etmesi, söz konusu hükümle bağdaşmamaktadır. Söz konusu hükümde, talep sonucunun kesin olarak belirli olup olmamasından ziyade, davalının ilk duruşmada davayı kabul iradesinin bulunması önemlidir. Bu nedenle, bu son ihtimalde, davalı davayı kabul etse dahi yargılama giderlerinden tamamen kurtulmaz.

II. Sulh

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313- 315. maddeleri arasında mahkeme içi sulh düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313. maddesine göre, sulh, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.

Taraflar bir uyuşmazlık hakkında kısmen sulh olabilecekleri gibi tamamen de sulh olabilirler¹⁰³⁹. Kabul ve feragattan ayrı olarak taraflar şarta bağlı olarak da sulh yapabilirler (m. 313/4). Sulh de kabul ve feragat gibi, davayı sona erdiren taraf işlemlerindendir¹⁰⁴⁰. Taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, mahkeme, sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar vererek davayı sonlandırır (m. 315/1).

Belirsiz alacak davasında da taraflar sulh olabilirler. Belirsiz alacak davasında, davacı dava açtığı anda talep sonucunu rakamsal olarak kesin ifade edememektedir. Ancak bu davada davacı, geçici değer ile beraber hukuki ilişkiyi de açıkça ortaya koymak zorunda olduğundan, davalı, davacının kendisinden ne istediği konusunda

¹⁰³⁹ ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 51 vd..

¹⁰⁴⁰ TANRIVER, Sulh, s. 45; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 429.

tamamen bilgisiz değildir. Özellikle, talep sonucunun kesin olarak belirlenmesi, davalının elindeki bilgi ve belgelere bağlı olduğu durumlarda, davalı az çok davacının alacak miktarını bilecek durumdadır. Bazı durumlarda ise alacak miktarının belirlenmemesinde, davacı davalıya göre daha avantajlı durumdadır. Örneğin, manevi zarar nedeniyle açılacak bir tazminat davasında, davacı uğradığı zararın ortaya konması ve bunun belirli hale gelmesinde, davalıya göre daha belirleyici durumdadır. Bazı durumlarda da alacak miktarının belirlenmesi hem davalı bakımından hem de davacı bakımından aynı olmasada yaklaşık olarak aynı derece zorluk doğurur. Bu durum özellikle, talep sonucunun belirlenmesi bir üçüncü kişideki bilgi veya belgeye bağlı ise veya üçüncü kişi durumunda olan bilirkişi incelemesine bağlı ise. İşte bu gibi durumlarda da, davacı ile davalı sulh olarak uyuşmazlığı sona erdirebilirler.

Sulh, kabul ve feragattan farklı olarak bir anlaşmadır¹⁰⁴¹. Bu nedenle tarafların iradelerinin uyuşması gerekmektedir. Belirsiz alacak davasında, taraflar tamamen sulh olabilecekleri gibi kısmen de sulh olabilirler. Kısmi sulh ile talebin bölünebilen bir kesimi üzerinde uyuşulur, sulh dışında kalan kısmı üzerinde uyuşmazlık ve dava devam eder¹⁰⁴².

Belirsiz alacak davasında sulh, kabul gibi alacak miktarının kesin olarak belirlenmediği aşamada da mümkündür. Hatta bu kabule göre daha kolaydır. Çünkü şarta bağlı sulh mümkündür. Ayrıca tarafların, sulh sözleşmesine göre karar vermesini istemezlerse, mahkeme karar verilmesine yer olmadığına karar verir ve uyuşmazlığı sona erdirir (m. 315/1). Bu nedenle alacak miktarının kesin olarak belirli olmasına ihtiyaç yoktur. Davacı ve davalı yargılamada sulh olmuşlar, fakat henüz alacak miktarı kesin olarak belirlenmemişse, bu takdirde sulhun tüm alacak miktarı için yapıldığı kabul edilmelidir¹⁰⁴³. Alacak miktarı kesin olarak belirlenmeden yapılan sulh, belirli bir miktara ilişkin değilse, taraflar, mahkemenin sulh sözleşmesine göre karar vermesini isteyemezler. Bu durumda mahkeme, davanın sadece sulh ile sonuçlandığını belirtip, bunu tespit edici bir karar vermelidir. Yani bu durumda da

¹⁰⁴¹ ÖNEN, Sulh, s. 20; BERKİN, Usûl, s. 164; TANRIVER, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Makalelerim I (1985-2005), Ankara 2005, s. 35; ULUSAN, s. 168; KARSLI, s. 383; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 534; YILMAZ, s. 1355.

¹⁰⁴² ÖNEN, Sulh, s. 52.

¹⁰⁴³ PEKCANITEZ, s. 61; KİRAZ, s. 17.

şarta bağlı sulhte olduğu gibi dava sulh ile sona erecek ve mahkeme de sulh nedeniyle karar verilmesine yer olmadığını tespit ile davayı sona erdirecektir. Mahkemenin bu durumda vereceği karar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Çünkü burada da şarta bağlı sulh gibi taraflar arasındaki uyuşmazlık esastan son bulmuş değildir.

Taraflar sulh olurken geçici talep miktarını göz önüne alabilirler. Geçici talep miktarı çerçevesinde kısmen veya tamamen sulh olabilirler. Özellikle davalı da davacının geçici değerden fazla bir değerde alacaklı olduğunu düşünüyorsa veya kendi değerlendirmesine göre böyle bir sonuca varmışsa, yukarıda belirttiğimiz gibi davayı kabulde gereğinden fazla bir miktarı kabul etme rizikosunu bertaraf etmek için sulh teklifinde bulunması ve sulh görüşmeleri sırasında alacak miktarını belirlemeye çalışması daha doğrudur. Böyle bir sulh girişimi daha çok davacının talep miktarının tümüne ilişkin olacağı için yargılamanın sulh ile sona ermesi mümkün olabilecektir. Buna rağmen davalının sulh önerisi çerçevesinde taraflar kısmen sulh olabilirler. Kısmi sulh söz konusu olduğu takdirde, uyuşmazlık sulh olmayan kısım bakımından devam eder. Belirsiz alacak davasında, yargılama giderlerine etkisi bakımından sulhün özellik arz eden bir durumu yoktur. Taraflar yaptıkları sulh sözleşmesinde, yargılama giderleri bakımından da anlaşabilirler¹⁰⁴⁴. Bu durumda mahkeme bu anlaşmaya göre karar verir. Buna karşılık, taraflar yargılama giderleri bakımından anlaşamamışlarsa, mahkemenin sulh anlaşmasını dikkate alarak yargılama giderlerini paylaşması gerekir¹⁰⁴⁵. Sulh, ilk duruşmada yapılırsa karar ve ilâm harcının üçte biri; daha sonra yapılırsa üçte ikisi alınır (HarçK m. 22). Dava delillerin toplanmasına ilişkin ara kararın yerine getirilmesinden önce sulhle sonuçlanırsa, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ndeki vekalet ücretinin yarısına, daha sonra sonuçlanırsa taraflar Tarifedeki vekalet ücretinin tamamına sulh anlaşmasındaki orana göre mahkûm edilir (Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 6).

III. Feragat

Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (m. 307).

¹⁰⁴⁴ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 2012, s. 274 vd..

¹⁰⁴⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 701.

Feragat da kabul gibi dilekçe ile veya sözlü olarak yargılama sırasında yapılır. Feragatın hüküm ifade etmesi için karşı tarafın veya mahkemenin muvafakat vermesine ihtiyaç yoktur (m. 309/2). Geçerli bir feragat beyanı, karşı tarafın muvafakatı gerekmeksizin tüm sonuçlarını doğuracaktır. Feragat kısmen yapılabileceği gibi tamamen de yapılabilir. Kısmen feragat durumunda davacı, feragat ettiği kısmı açıkça göstermelidir (m. 309/3) Aksi takdirde feragat beyanı sonuç doğurmaz.

Belirsiz alacak davasından da davadan feragat edilmesi mümkündür. Belirsiz alacak davasında feragat için, alacak miktarının kesin olarak belirlenmesinin beklenilmesine de gerek yoktur. Davacı, alacak miktarı henüz kesin olarak belirlenmeden, davadan tamamen feragat edebilir. Bu durumda, feragat kesin hüküm gibi sonuç doğurur (311/1). Bu durumda, mahkemenin, feragatin davanın reddine ilişkin bir kesin hüküm sonucu doğuracağından, artık konusuz kalan davada karar verilmesine yer olmadığına¹⁰⁴⁶ ilişkin bir karar vermesi uygundur¹⁰⁴⁷. Bunun yanında davacı, belirsiz alacak davasında sadece dava açarken belirleyebildiği geçici değerden kısmen veya tamamen feragat edebileceği gibi sadece geçici değer dışında kalan alacak miktarının henüz belirlenemeyen kısmından da tamamen feragat edebilir.

Davacının talep miktarı henüz belirlenmemiş kısmından feragat etmesi, kısmen feragat teşkil eder. Bu durumda, mahkeme yargılama sırasında talebin henüz belirlenmeyen kısmı üzerinde araştırma yapamayacak; yargılamaya davacının dava dilekçesinde göstermiş olduğu geçici değer üzerinden devam edilecektir. Davacının, yargılamada, henüz belirlenmeyen alacak miktarından feragat etmesi, feragat edilen kısmın açıkça gösterilmesi zorunluluğuna aykırık da teşkil etmez. Çünkü davacı, feragat ettiği kısmın miktarını rakamsal olarak belirleyemezse de hangi miktardan feragat ettiğini açıkça belirtmekte ve yargılamanın hangi talep miktarı üzerinden devam edeceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Örneğin, 5.000 lira geçici değer ile alacağın tamamının hüküm altına alınması için açılan bir davada, alacaklı geçici değer dışında kalan alacak miktardan tamamen feragat ettiğinde, mahkeme

¹⁰⁴⁶ UMAR, s. 876, 876-878; Aynı doğrultuda: AKYOL ASLAN, s. 388 vd.; ÖNEN, Feragat ve Kabul, s. 29; YILMAZ, s. 1348.

¹⁰⁴⁷ Türk hukukunda, feragat halinde davanın mahkemenin feragati esas alarak vereceği hükümle mi yoksa feragatin ileri sürülmesiyle mi sona ereceği hakkında detaylı bilgi için bkz.: AKYOL ASLAN, s. 384 vd..

sadece 5.000 liralık talep bakımından yargılamaya devam edebilecektir.

Bununla beraber, davacının talep miktarını henüz kesin olarak belirlemeden, belirlenmeyen kısım üzerinden kısmen feragati mümkün olmamalıdır. Feragat edilen kısmın açıkça gösterilmesi zorunluluğunu, mutlaka belirli bir rakamsal değer gösterilmesi zorunluluğu şeklinde anlamamak gerekirse de, alacaklının alacağın geri kalan kısmını yargılama da artırıp artırmayacağı belirsizken bu tür bir kısmen feragat mümkün görülmemelidir.

Davacı davadan feragat etmekle beraber, geçici değerden mi feragat ettiği yoksa belirlenmeyen kısımdan mı feragat ettiği anlaşılıyorsa, hâkim aydınlatma ödevi çerçevesinde, davacıya açıklama yaptırmalıdır (m. 31). Bunun sonucunda davacı, talebinin miktarı henüz tam olarak belirlenmeden, sadece geçici değerden değil, davadan feragat ettiğini beyan ederse, artık bu alacağın tümünden feragat ettiği sonucunu doğuracaktır¹⁰⁴⁸. Davacı bu durumda, aynı alacağı için kesin hüküm nedeniyle dava açamayacaktır.

Belirsiz alacak davasında da feragat üzerine davacı, yargılama giderlerini ödemeye, aleyhine hüküm verilmiş gibi mahkûm edilir (m. 312/1, c-1). Kısmi feragatte ise yargılama giderlerine mahkûmiyet feragat edilen kısma göre belirlenir (m. 312/1, c-2). Davacı ilk oturumda davadan feragat ederse, karar ve ilâm harcının üçte biri; ilk oturumdan sonra davadan feragat ederse, karar ve ilâm harcının üçte ikisini ödemeye mahkûm olur (HarçK m. 22). Belirsiz alacak davasında davacı, talep miktarı belirlendikten sonra davadan feragat ettiği takdirde, feragatin sonuçları normal bir eda davasından farksızdır. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 6. maddesine göre, davacı delillerin toplanmasına ilişkin ara kararın yerine getirilmesinden önce davadan feragat ederse, vekalet ücretinin yarısını daha sonradan feragat ederse vekalet ücretinin tümünü ödemeye mahkûm olacaktır. Ancak talep miktarı henüz belirlenmeden davacı, davadan tamamen veya belirlenmeyen kısımdan feragat ederse, mahkemenin davacının talep miktarını tespit etmesi ve ona göre feragat edilen kısım için vekalet ücretine karar vermesi gerekir.

¹⁰⁴⁸ PEKCANITEZ, s. 62.

E. İhtiyati Tedbir

Yukarıda da belirtildiği üzere, belirsiz alacak davasının konusunu sadece para alacakları değil, diğer malvarlığı haklarına ilişkin talepler de teşkil edebilir¹⁰⁴⁹. Para alacakları dışındaki malvarlığı haklarına ilişkin alacakların belirsiz alacak davasının konusunu teşkil etmesi sık karşılaşılabilecek bir durum değildir. Ancak bu tür taleplerin de bazı durumlarda belirsiz alacak davası açılmadan önce, bazı durumlarda ise belirsiz alacak davasının açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar korunması gerekebilir. Bu durumda, bu alacaklar için davacı, ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. Örneğin, bir kimsenin babasından kalan ve babasının arkadaşında bulunan pul koleksiyonunun iadesi için açılan bir belirsiz alacak davasında, davacı pul koleksiyonunda bulunan pulların muhafaza altına alınmasını isteyebilir. Bunu ise ancak geçici hukuki koruma tedbirlerinden ihtiyati tedbir ile sağlayabilir.

İhtiyati tedbir, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389 ila 399. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Doktrinde ihtiyati tedbir, kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacının veya davalının dava konusu ile ilgili olarak hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki koruma olarak tanımlanmıştır¹⁰⁵⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389. maddesinde ihtiyati tedbirin şartları düzenlenmiştir. Buna göre ihtiyati tedbirin söz konusu olabilmesi için, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle, hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması; hakkın elde edilmesinin tamamen imkânsız hale gelmesi; gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi zararın doğması tehlikesi varsa, ihtiyati tedbir sebebinin varlığı kabul edilecektir. İhtiyati tedbir talebinde bulunanın, bu sebeplerin varlığını yaklaşık olarak ispatlaması yeterlidir. Yani, tedbir nedenlerinin varlığının tam olarak değil; kuvvetle muhtemel gösterilmesi yeterlidir¹⁰⁵¹. İhtiyati tedbirin şartlarından diğeri ise, tedbir kararının uyuşmazlık konusu hakkında verilebileceğidir. Taraflar arasında çekişmeli olan şey veya yargılama konusunu

¹⁰⁴⁹ İhtiyati tedbir bakımından bu başlık altında belirsiz alacak davası bakımından özel durumlar üzerinde durulacaktır. Diğer hususlar bakımından belirsiz alacak davasında ihtiyati tedbir, normal bir eda davasından farklı bir özellik arz etmemektedir.

¹⁰⁵⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 873; KARSLI, s. 640 vd.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 582; ÜSTÜNDAĞ, s. 581.

¹⁰⁵¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 881; KARSLI, s. 642; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 585.

oluşturan hak veya şey ihtiyati tedbirin konusunu oluşturur (m. 389/1). İhtiyati tedbirin bu şartı, belirsiz alacak davası bakımından önem arz etmektedir. Çünkü belirsiz alacak davasında uyuşmazlığın kapsamı, dava açıldığı anda davacı tarafından tam olarak belirlenebilir değildir. Bu nedenle davacının hangi ölçüde tedbir kararı talep edebileceği önemlidir.

Para alacakları dışında da belirsiz alacak davası açan davacı, dava konusunun geçici miktarını ve değerini hukuki ilişkiyle beraber dava dilekçesinde göstermelidir. Örneğin, davalıdan pul kolleksiyonunun iadesini talep eden davacı, en azından üçüncü kişide olduğunu belirleyebildiği pulların miktarını ve değerini göstermelidir. Davacının dava dilekçesinde göstermiş olduğu geçici miktarın tedbir kararı ile muhafaza altına alınabileceği konusundatereddüt bulunmamaktadır. Yani tedbir kararı talep eden, davadan önce veya açtığı belirsiz alacak davasında, tespit ettiği, belirleyebildiği alacağını, örnekte pulların ihtiyati tedbir yoluyla muhafaza altına alınmasını sağlayabilir. Geçici miktar dışında kalan alacak için ise tedbir kararı talep eden, yargılama sırasında bu miktar belirli hale geldiğinde, belirlenen bu kısım bakımından da tedbir kararı verilmesini talep edebilir. Ancak hâkim talep olmaksızın kendiliğinden tedbir kararını genişletemez. Bu hem tasarruf ilkesinin hem de tedbir kararlarının kural olarak teminat karşılığında verilmesinin sonucudur.

Acaba ihtiyati tedbir talebinde bulunan, henüz alacağın miktarı, talebin kapsamı kesin olarak belirli olmamasına rağmen, tüm uyuşmazlığı kapsar şekilde tedbir kararı aldirabilir mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Çünkü Hukuk Huhakemeleri Kanunu'nun 391. maddesinde ihtiyati tedbir kararının içeriği düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendine göre, ihtiyati tedbir kararında, tereddüde yer vermeyecek şekilde, neyin üzerinde ve ne tür bir tedbire karar verildiğinin yazılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle belirsiz alacak davasında da sınırları tam olarak belirli olmayan bir tedbir kararı verilemez. Bu belirlilik ayrıca verilen tedbir kararının uygulanması bakımından da gereklidir. Çünkü tedbir kararını uygulayacak olan icra dairesi veya yazı işleri müdürü, herhangi bir yorum yapmaksızın ihtiyati tedbir kararına uygun şekilde, kararı yerine getirmelidirler. Bu ise ancak tedbir kararının içeriğinin ve kapsamının açıkça belirli olduğu durumda mümkündür. Ayrıca tedbir kararının içeriğinin ve kapsamının belirli olması, teminat gösterilmesi gereken durumlarda, teminatın miktarını da

belirleyeceği için, hâkim sadece geçici miktar veya değer kadar ihtiyati tedbire karar verebilecektir.

İstisnai olarak eda amaçlı ihtiyati tedbirlerin konusu para alacağı olabilmektedir¹⁰⁵². Eda amaçlı tedbirler, hakkın güvence altına alınmasından ziyade, hakkın geçici olarak gerçekleştirilmesi, alacaklının geçici olarak tatmin edilmesine hizmet etmektedir¹⁰⁵³. Belirsiz alacak davasında da, özellikle haksız fiil sorumluluklarında, Türk Borçlar Kanunu'nun geçici ödemeye ilişkin 76. maddesi ayrı bir önem arz etmektedir. Bu maddeye göre, zarar gören iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde, hâkim, talep üzerine zarar görene geçici ödeme yapılmasına karar verebilir¹⁰⁵⁴. Geçici ödemenin miktarı bakımından kanunda herhangi bir kıstas konulmamıştır. Esasında böyle bir kıstasa da ihtiyaç bulunmamaktadır. Geçici ödememenin miktarı, edaya yönelik ihtiyati tedbirlerinin kabul edilme amaçlarına göre belirlenmesi gerekir. Kanaatimizce burada yapılacak geçici ödemenin belirlenmesinde de, davacının dava dilekçesinde gösterdiği geçici değer esas alınmalıdır. Hâkim, geçici değeri aşan bir geçici ödemeye karar vermemelidir. Hatta kural olarak geçici değerlerin tamamının ödenmesine yönelik tedbir kararından dahi, kaçınılması gerekir. Çünkü, daha önce de ifade edildiği üzere, geçici değer, davacının dava açtığı anda belirleyebildiği alacağının üst sınırını teşkil etmektedir. Hâkimin davacının talebini belirlemesi için verdiği sürede, geçici değeri artırmak zorunda da değildir. Bu durumda ise, geçici değer, davacının kesin talep sonucunun rakamsal olarak değeri olmaktadır. Eda amaçlı tedbirlerde, *“borçluya mümkün olduğunca en az müdahale edilmesi ilkesi”*¹⁰⁵⁵ gereğince, kural olarak tedbir miktarının sınırlı tutulması ve alacağın tamamının ödenmesine yönelik tedbir kararının verilmemesi gerekir. Diğer bir deyişle, eda amaçlı tedbirlerde, alacaklının içinde bulunduğu zaruret halini ortadan kaldıracak, yaşamını devam ettirebileceği asgari miktara karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁵⁶. Bu nedenle, davacının belirsiz alacak davasında gösterdiği geçici değeri aşan bir eda amaçlı tedbir kararı verilmemesi gerekir.

¹⁰⁵² ÖZEKES, Muhammet/ERİŞİR, Evrim, Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, MİHDER, S. 5, Y. 2006/3, s. 1241.

¹⁰⁵³ ÖZEKES/ERİŞİR, s. 1241, 1248.

¹⁰⁵⁴ TBK m. 76/2'ye göre ise, davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse, hâkim davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.

¹⁰⁵⁵ ÖZEKES/ERİŞİR, s. 1253.

¹⁰⁵⁶ ÖZEKES/ERİŞİR, s. 1256.

İhtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın veya üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık kural olarak teminat göstermek zorundadır (m. 392/1). Eda amaçlı tedbir kararlarında hâkim, teminat alınmaksızın tedbir kararı verebilir (m. 392/1). Belirsiz alacak davasında da tedbir kararı geçici değere göre verilmişse, teminat miktarı buna göre belirlenecektir¹⁰⁵⁷. Talep sonucu belirlendikten sonra, davacının buna uygun olarak yeni bir tedbir talebinde bulunması gerekir. Teminat miktarının da buna uygun yatırılması gerekir. Teminat gösterilmemesi gereken durumlar, belirsiz alacak davasında da uygulama alanı bulacaktır (m. 392/1, c. 2).

F. İhtiyati Haciz

İhtiyati haciz, para alacaklarına ilişkin mevcut veya müstakbel takibin sonucunun güvence altına alınması için mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici hukuki koruma olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁵⁸. İhtiyati haciz şartlarının bulunması durumunda her türlü para alacağı için talep edilebilir¹⁰⁵⁹. Belirsiz alacak davasında da alacaklı, diğer şartların varlığı halinde ihtiyati haciz talebinde bulunabilir. Belirsiz alacak davasının konusu genellikle sözleşme dışı sorumluluktan kaynaklanan bir para alacağıdır. Örneğin, bir haksız fiilden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat alacağı. Doktrinde, haksız fiilden kaynaklanan bir para alacağına, alacak ve haciz sebepleri hakkında mahkemede yaklaşık bir kanaat uyandırılmasının her zaman kolay olmayacağını; henüz varlığı, en azından miktarı şüpheli olan bu tür alacaklar için kolayca ihtiyati hacze karar verilemeyeceğini, bu tür taleplerin çoğu kez ihtiyati hacze karar vermeye yetecek derecede ispat edilemeyeceğinden reddedilecekleri ifade edilmiştir¹⁰⁶⁰. Yargıtay'ın da

¹⁰⁵⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 385.

¹⁰⁵⁸ ÖZEKES, Muhammet, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 12; PEKCANITEZ/ATALAY /SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 497; ÜSTÜNDAĞ, İcra Hukuku, s. 400. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, ihtiyati haczi, ihtiyati tedbirin bir çeşidi olarak görmektedirler (s. 405'teki dn. 405). Aynı şekilde: KARSLI, İcra Hukuku, s. 663; ÜSTÜNDAĞ, s. 582. Karş.: PEKCANITEZ/ATALAY /SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 497-498.

¹⁰⁵⁹ ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 109; POSTACIOĞLU, İcra Hukuku, s. 711.

¹⁰⁶⁰ ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 109. Yazar bu tür alacakların ilâmla tespit olması durumunda normal ihtiyati haczin şartları bakımından bir farklılığın ortaya çıkmayacağını veya bu tür borçların borçlu tarafından kabul edilmesi ve tanınması, özellikle senede bağlanması durumunda ihtiyati haczin istenebileceğini ifade etmektedir (s. 109).

bu yönde kararları mevcuttur. Yargıtay 21.3.2011 tarihinde verdiği kararında¹⁰⁶¹ “...Somut olayda, ihtiyati haciz kararının dayanağı alacak trafik kazasından kaynaklanmakta olup, niteliği itibariyle haksız fiillerdendir. Özü itibarıyla tazminat istemine yönelik olan bu davada, kusur oranının ve zararın tespiti incelemeyi gerektirdiğinden, alacak likit ve muaccel değildir. Bu itibarla, İ.İ.K.'nun anılan maddesindeki ihtiyati haciz isteminde bulunabilmek için aranan koşullar somut olayda gerçekleşmemiştir. O halde mahkemece, ihtiyati hacze yapılan itirazın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir...” ifadesine açıkça bu yönde karar vermiştir.

İhtiyati haciz, bizzat ihtilafı alacağın elde edilmesini sağlayan bir hukuki koruma olmayıp takip sonucunda alacaklının alacağına kavuşmasını temin eder. İhtiyati hacizde amaç, alacaklıyı tatmin etmek veya bizzat alacağın kendisini korumak değil, asıl alacağı konu edinen dava veya takip yolunun amacına ulaşmasını sağlamak, sonucu korumak ve bu yolu teminat altına almaktır¹⁰⁶². Belirsiz alacak davası açan davacı, hukuki ilişkiyi ve geçici değeri dava dilekçesinde göstermek zorundadır. Davacının göstermiş olduğu hukuki ilişkiyi yani davacının talebinin dayanağı yaptığı somut vakıaları ve bunların delilini inceleyen mahkeme, davacının belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararın varlığı tespit ederse, davaya devam edecektir. İhtiyati haciz kararı verilebilmesi için, alacağın varlığı konusunda hâkimde kanaat oluşması yeterlidir¹⁰⁶³. Bu nedenle kanaatimizce, davacının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararın varlığı kabul edildiği takdirde, belirsiz alacak davası devam ederken ihtiyati haciz talebinde bulunulması halinde, diğer şartların da varlığına bağlı olarak hâkim, ihtiyati haciz talebini kabul etmelidir. Alacaklı, somut vakıaları ve bunların delilini gösterdiği takdirde yine diğer şartlarında varlığına bağlı olarak, belirsiz alacak davası açılmadan önce de davacı lehine ihtiyati haciz kararı verilebilir. İhtiyati haciz kararının verilmesi için yaklaşık ispatın yeterli olması ve haksız ihtiyati haciz

¹⁰⁶¹17. HD, 21.3.2011, E. 2011/155, K. 2011/2500 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası). Yargıtay, 16.4.2004 tarihinde verdiği diğer bir kararında da aynı sonuca vardığı kabul edilebilir. Yargıtay kararın ilgili kısmı: “...Dava konusu olayda alacağın varlığı ve miktarı yargılamayı gerektirdiği gibi, teminat alınmadan ihtiyati hacze karar verildiğinden mahkemece İİK.nun 265'nci maddesi uyarınca borçlu şirket vekilinin ihtiyati hacze itirazının kabulüne karar vermek gerekirken, anılan hususlar gözden kaçırılarak yazılı gerekçe ile itirazın reddine karar verilmesi doğru olmadığından kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”11. HD, 16.4.2004, E. 2004/4165, K. 2004/4130 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası).

¹⁰⁶² ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 15.

¹⁰⁶³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra-İflas, s. 434.

kararı nedeniyle zarar görenin tazminat talebinde bulunabilmesi bu tür alacaklar bakımından da, kanaatimizce, ihtiyati haciz kararının verilmesini mümkün kılmaktadır.

Belirsiz alacak davasında ihtiyati haciz de ihtiyati tedbir gibi alacak miktarının kesin olarak belirlenmesinden önceki dönemde talep edilmesi halinde önem arz etmektedir. Doktrinde ÇİL/KAR, belirsiz alacak davasının konusunun para alacağı olduğu için kural olarak ihtiyati haczin talep edilebileceğini ifade etmektedirler¹⁰⁶⁴. Ancak, alacağın başlangıçta belirsiz olması sebebiyle haciz yapılacak miktarın da belirsiz olacağını; dolayısıyla taşınır ve taşınmazlar üzerine ne miktarda haciz uygulanacağını bilinemeyeceğini ifade etmektedirler¹⁰⁶⁵. Kanaatimizce, belirsiz alacak davası açıldığı durumlarda da ihtiyati haciz bakımından gerek kararın verilmesinde gerekse haczin uygulanmasında bir belirsizlik yoktur. Çünkü belirsiz alacak davasının açılabilirdiği bir durumda, alacaklının dava açmadan önce ihtiyati haciz talep etmesi durumunda, ihtiyati hacze esas olan alacak miktarı, ihtiyati haciz talebinde bulunan alacaklının o ana kadar tespit edilebildiği alacak miktarıdır. Yani alacaklı ihtiyati haciz talebinde bulunduğu ana kadar tespit edebildiği alacağının, ihtiyati hacizle güvence altına alınabilmesini isteyebilir. Yoksa alacaklı, ihtiyati haciz talebinde bulunduğu anda, o ana kadar belirleyemediği alacağının tamamını kapsar şekilde bir ihtiyati haciz talebinde bulunamaz. Mahkeme de sınırları belirli olmayan bir ihtiyati haciz kararı veremez. Çünkü İcra ve İflas Kanunu'nun ihtiyati haczin kapsamını düzenleyen 260. maddesinin birinci fıkrasının 2. bendine göre, ihtiyati haciz kararında, haczin ne miktar alacak için konulacağı belirli olmak zorundadır. Ayrıca alacaklının teminat göstermesi gereken durumlarda, haczin ne miktar alacak için konulacağını belirli olması zorunludur. Çünkü bu durumlarda alacaklı, belirli olan bu değer üzerinden teminat göstermelidir (İİK m. 259). Aynı şekilde alacaklı

¹⁰⁶⁴ ÇİL/KAR, s. 190.

¹⁰⁶⁵ Yazarlar, ihtiyati haczin uygulanmasındaki güçlükler ele alındığında, konusu para borcu olsa da istisnai hallerde ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbirin uygulanmasının mümkün görülebileceğini ifade etmektedirler (ÇİL/KAR, s. 191). Yazarların bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü İİK'nun 257. maddesinde ihtiyati haczin konusunun sadece para alacağı olacağı; HMK m. 389'da ise ihtiyati tedbirin uyuşmazlık konusu hakkında verilebileceği düzenlenmiştir. Yani, ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir veya tam tersi bir geçici hukuki himaye tedbiri verilemez. Bu temel şart, farklılık elbette belirsiz alacak davasının açıldığı durumlarda da geçerlidir. İhtiyati tedbir ile ihtiyati haciz arasındaki farklar için: ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 52 vd.; ÖZEKES/ERİŞİR, s. 1246 vd.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 591; KURU, El Kitabı, s. 880-881; ÜSTÜNDAĞ, İcra Hukuku, s. 403-405;; PEKCANITEZ/ATALAY /SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 497-498; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra-İflas, s. 432-433.

belirsiz alacak davası açmış ve talep sonucunu rakamsal olarak belirlemeden önce ihtiyati haciz talebinde bulunmuş ise mahkeme ancak geçici değere kadar ihtiyati hacze karar verebilir. Davacı belirsiz alacak davası sırasında, alacak miktarını kesin olarak belirledikten sonra, geçici miktar ile kesin talep sonucu arasındaki miktar bakımından, tekrar ihtiyati haciz talebinde bulunabilir. Hâkim kendiliğinden ihtiyati haciz kararının genişletilmesine karar veremez. İhtiyati tedbirde ifade edildiği gibi, bu hem tasarruf ilkesini hem de ihtiyati haciz kararları verilmesinin kural olarak teminat gösterilmesine bağlı olmasının sonucudur. Alacaklı, alacak miktarı kesin olarak belirlenmeden önce herhangi bir ihtiyati haciz talebinde bulunmamışsa, bundan sonra alacaklı, yargılama sırasında kesin olarak belirlenen alacak miktarı için ihtiyati haciz talebinde bulunabilir.

İhtiyati haczin niteliği ve amacı göz önüne alındığında, ihtiyati haciz talebinin genişletilmesinin veya değiştirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Gerçi ihtiyati hacze mahkemeler çok kısa sürede karar verdikleri için, talebin genişletilmesi veya değiştirilmesi de fiilen pek mümkün görülmemektedir¹⁰⁶⁶. Ancak, böyle bir ihtimalin bulunduğu durumda, alacaklı, dava açmadan önce ihtiyati haciz talebinde bulunduğu ana kadar tespit ettiği alacak miktarında bir artma var ise bunu da aynı ihtiyati haciz yargılamasında talep edebilecektir. Belirsiz alacak davası sırasında geçici değere göre ihtiyati haciz talebinde bulunmuş olup, tedbir kararından önce alacak miktarı yargılama sırasında kesin olarak belirli hale geldiğinde, alacaklı yine ihtiyati haciz talebini, belirlenen yeni miktara göre artırabilir. İhtiyati haciz yargılamasında talebin genişletilmesi veya değiştirilmesi için karşı tarafın rızası veya ıslaha da gerek yoktur¹⁰⁶⁷. İhtiyati haciz kararı verildikten sonra ise, alacaklının, geçici değeri artırdıktan sonra yeni bir talepte bulunması gerekir. Bu durumda da alacaklı, teminat gösterilmesi gereken durumlarda, buna uygun miktarda teminat göstererek ihtiyati haciz kararı verilmesini talep edebilecektir.

¹⁰⁶⁶ ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 197.

¹⁰⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için: ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 196 vd..

G. Yargılama Giderleri

I. Yargılama Giderlerinin Kapsamı

1. Harçlar

Harç, devletin yargı organlarının gördüğü adalet hizmeti sebebiyle belli bir tutar ve oranda, harç pulu yapıştırmak suretiyle aldığı paradır¹⁰⁶⁸. Yargılama harçlarının türleri, tutarları ve oranları 492 sayılı Harçlar Kanunu ile ve bu Kanun'un 2. maddesi gereğince (1) sayılı 'Tarife' de belirlenmiştir. Bu harçlardan bazıları, nisbi iken bazıları ise maktudur. Maktu harçlar ilgili buldukları işlemin yapılmasından önce peşin olarak alınır (HarçK m. 27/1). Ancak, niteliği itibariyle işin sonunda hesap edilip ödenmesi gereken maktu harçlar, harç alacağının doğması tarihinden itibaren 15 gün içinde ödenir (HarçK m. 27/2). Başvuru harcı ve celse harcı maktu harçlardandır. Harçlara ilişkin düzenlemeler, belirsiz alacak davası bakımından diğer davalara nazaran farklılık göstermemektedir. Karar ve ilâm harcı, maktu olabileceği gibi nisbi de olabilmektedir. Konusu para ile değerlendirilemeyen dava ve işlerde peşin olarak maktu bir harç alınır. Konusu para ile değerlendirilebilen davalarda ise karar ve ilâm harcı nisbidir. Belirsiz alacak davasında, karar ve ilâm harcı diğer davalara göre özellik arz etmektedir.

Harçlar Kanunu'nun 28. maddesine göre, karar ve ilâm harcının dörtte biri peşin olarak alınır. Geri kalanı ise kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Belirsiz alacak davasında, davanın açıldığı an ödenmesi gereken karar ve ilâm harcının dörtte biri dava dilekçesinde gösterilen dava konusunun geçici değerine göre hesaplanır¹⁰⁶⁹. Daha önce de ifade edildiği üzere, davacı dava konusunun geçici değerini dava açtığı anda dava dilekçesinde göstermelidir (m. 107/1; m. 119/1 b. d; HarçK m. 16/3). Alacaklı daha az harç ödemek amacıyla daha düşük bir değer gösteremez¹⁰⁷⁰. Aksi takdirde, Harçlar Kanunu'nun 30. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Mahkeme dava dosyasından davacının geçici değerini tespit ederse, davacıyı bir sonraki celseye kadar harcı tamamlaması gerektiği

¹⁰⁶⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 841.

¹⁰⁶⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 385.

¹⁰⁷⁰ Bknz.: § 10, D, III, 1-2.

konusunda uyarır. Davacı bir sonraki duruşmaya kadar harcı tamamlamazsa dava dosyası işlemde kaldırılabilecektir. Belirsiz alacaklar bakımından kısmi dava da açılabilirliğine göre, daha az harç ödemek amacıyla geçici değeri düşük göstermek isteyen alacaklı, belirsiz alacak davası yerine kısmi dava açmalıdır. Ayrıca, adli yardımdan yararlanma imkânı belirsiz alacak davasında da söz konusu olabileceği için, davacının düşük harç göstermek yerine şartları varsa adli yardıma başvurması önerilebilir.

Belirsiz alacak davasında davacı geçici değeri yargılamada belirlenen alacak miktarına göre artırmazsa, harçlar bakımından bir değişiklik meydana gelmez. Davacı geçici değeri artırdığı takdirde, harçlar bakımından artık bu miktar dikkate alınır¹⁰⁷¹ ve davacı, dava açarken ödemiş olduğu karar ve ilâm harcını dava konusunun değerine göre tamamlamalıdır. Kanaatimizce, burada artık Harçlar Kanunu'nun 30. maddesi uygulama alanı bulamayacaktır¹⁰⁷². Bu durumda hâkimin davacıya süre verip bu süre zarfında harcı tamamlattırması gerekir. Hâkim verdiği sürenin kesin olduğuna karar vermemişse süreyi geçiren taraf yeniden süre isteyebilir. Bu durumda verilecek süre kesindir ve yeniden süre verilemez (m. 94/2). Davacı verilen süre içinde harcı tamamlamazsa, davaya geçici değere göre devam etmek gerekmektedir. Çünkü kesin süre içinde yapılması gereken işlem süresi içinde yapılmazsa, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkmaktadır (m. 94/3). Yani bu durumda davacı, geçici değeri iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın artıramaz. Benzer bir çözüm tarzını kanun koyucu ıslah talebinde bulunulması durumunda da kabul etmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 178. maddesine göre ıslah talebinde bulunan, ıslah için gereken masrafları bir haftalık süre içinde yatırmak zorundadır. Aksi takdirde, davaya ıslah yapılmamış gibi devam edileceği hükme bağlanmıştır (m. 178/1, c. 2)¹⁰⁷³. Burada da aynı sonucun kabul edilmesi gerekmektedir. Eğer davacı, geçici değeri artırdığı zaman yeni talep sonucuna göre ödenmesi gereken harcı tamamlamazsa davaya geçici değere göre devam etmek gerekir.

¹⁰⁷¹ FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 329.

¹⁰⁷² PEKCANİTEZ, davacının alacak miktarını artırıp talep sonucunu kesin olarak belirledikten sonra, Harçlar Kanunu'nun 30. maddesine göre o duruşma için yargılamaya devam edileceğini, takip eden celseye kadar noksan olan karar ve ilâm harcının tamamlanması gerekeceğini, tamamlanmadığı takdirde dosyanın işlemde kaldırılabileceğini ifade etmektedir (s. 57).

¹⁰⁷³ Bknz.: HMK m. 180; HMK m. 181.

2. Gider Avansı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, dava şartları arasında davacının gider avansını yatırması düzenlenmiştir. Gider avansı, her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri kapsamaktadır (Gider Avansı Tebliği m. 2)¹⁰⁷⁴. İdari yargıda var olan gider avansı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile özel hukukta ilk defa kabul edilmiştir. Bunun kabul edilme nedeni, yargılamayı hızlandırmak ve davaların gecikmesini önlemektir.

Davacı, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Davacı gider avansını yatırmadıkça dava açamaz. Bununla birlikte, davacı, her nasılsa dava açmışsa, hâkim, bu eksikliğin tamamlanmasını davacıdan isteyecektir. Gider avansının yatırılması veya tamamlanması için hâkim davacıya iki haftalık kesin süre verir (m. 120/2). Burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin ikinci fıkrasında kabul edilen, giderilmesi mümkün olan dava şartı noksanlığının tamamlanması için hâkimin kesin süre vereceğine ilişkin kuraldan farklı bir düzenleme getirilmiştir. Gider avansı bakımından kanun koyucu, bu süreyi kendi düzenlemiş ve iki haftalık kesin bir süre öngörmüştür. Gider avansının yatırılması için böyle bir düzenlemenin yapılması da uygundur. Çünkü her dava şartı noksanlığının giderilmesi farklı bir süreyi gerektirebileceği için kanun koyucu bu durumlarda hâkimin somut olaya göre kesin süre vermesini kabul etmiştir. Ancak gider avansının nasıl belirleneceği yukarıda sözü edilen Tarife'de açıkça düzenlendiği için, iki haftalık kesin süre verilmesi uygundur. Bu süre zarfında davacı gider avansını yatırmazsa, hâkim esasa girmeden dava şartı yokluğun davayı reddedecektir (m. 115/2). Gider avansının yatırılması ve miktarı, belirsiz alacak davası bakımından farklı bir özellik taşımamaktadır.

¹⁰⁷⁴ Keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretlerinin de gider avansından sayılması hatalı olmuştur. Çünkü bunların delil avansı olarak değerlendirilmesi gerekir. Delil avansının yatırılmaması ile gider avansının yatırılmamasının sonuçları bir birinden farklıdır. Delil avansı yatırılmadığı takdirde, kural olarak (m. 324/3; m. 325) o delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılıp, davaya devam edilirken (m. 324/2), gider avansı dava şartı olduğu için süresi içinde yatırılmazsa dava usûlden reddedilecektir (m. 115/2). Delil avansı ile gider avansı arasındaki farklar için bkz.: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 850.

3. Vekalet Ücreti

Davada taraflardan birinin veya her ikisinin kendisini avukatla temsil ettirmiş olması durumunda, kural olarak yargılamanın sonunda haksız çıkan aleyhine yargılama gideri olarak vekalet ücreti de hükmedilir. Vekalet ücreti, vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir edilecek yargılama giderlerindedir (m. 223/1, b. ğ). Davada iki tür vekalet ücreti söz konusudur. Bunlardan ilki sözleşmeye dayanan vekalet ücretidir. Sözleşmeye dayanan vekalet ücreti, kendisini avukat aracılığıyla temsil ettiren taraf ile avukat arasında imzalanan sözleşmeye dayanılarak ödenecek olan vekalet ücretidir. Buna avukatlık ücreti de denilmektedir. Sözleşmeye dayanan vekalet ücreti, taraflarca Avukatlık Kanunu'nda öngörülen sınırlar çerçevesinde serbestçe kararlaştırılan ve avukatın görmüş olduğu hizmete karşılık vekile ödenecek ücrettir (AvK m. 164/2,4). Sözleşmeye dayanan vekalet ücreti, yargılama gideri olan vekalet ücreti değildir. Yargılama gideri olan vekalet ücreti, Avukatlık Ücret Tarifesine göre davayı kazanan taraf lehine diğer yargılama giderleri ile birlikte ödenmesine hükmedilen vekalet ücretidir. Yargılama gideri olan vekalet ücreti, davayı kazanan tarafın avukatı ile müvekkili arasında yapılan ücret sözleşmesine göre değil; Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanır (AvK m. 169).

Belirsiz alacak davasının konusu para veya para ile değerlendirilebilen bir şey olduğu için, vekalet ücreti nisbi tarifeye göre hesaplanacaktır. Vekalet ücreti, dava konusunun miktar veya değeri üzerinden hesaplanır. Belirsiz alacak davasında da, davacı geçici değeri artırmışsa, vekalet ücreti bu miktar üzerinden hesaplanır¹⁰⁷⁵. Davacı, geçici değeri artırmamışsa, vekalet ücreti de geçici değer üzerinden hesap edilecektir. Davanın tamamen kabulü veya reddi halinde vekalet ücreti, dava konusu üzerinden; davanın kısmen reddi halinde, kabul edilen miktar için davacı lehine, reddedilen miktar için ise davalı lehine vekalet ücretine hükmedilir. Davacı ve davalının vekalet ücretinden kısmen sorumlu olmaları, davacının geçici değeri

¹⁰⁷⁵ Yargıtay tenkis davalarında da vekalet ücretinin dava açarken gösterilen değere göre değil; yargılama sonunda hesaplanan ve hüküm altına alınan değer üzerinden karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Yargıtay kararı şöyledir: *'Tenkis davalarında harca esas olarak gösterilen miktar tahmini dava değeridir. Yargılama sonunda hesaplanan ve hüküm altına alınan 6.375.000.000 TL üzerinden eksik harç nihai kararla tamamlanmıştır. 4667 Sayılı Kanunla değişik Avukatlık Kanununun 168/son maddesine göre karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık ücret tarifesi nazara alınarak hükmedilen miktar üzerinden davacılar yararına kabul edilen miktarlar üzerinden ayrı ayrı vekalet ücreti verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik vekalet ücreti takdiri doğru olmamıştır. ' 2. HD, 30.3.2004, E. 2004/3052, K. 2004/4009 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).*

artırılmamasıve ayrıca mahkemenin de geçici değerden aza karar verdiği durumlar bakımından da geçerlidir¹⁰⁷⁶.

4. Diğer Yargılama Giderleri

Diğer yargılama giderleri bakımından da belirsiz alacak davası diğer dava türlerine göre farklılık arz etmemektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinde yer alan yargılama giderleri, belirsiz alacak davasında da bu gideri doğuran işlemlerin yapılmasına duyulan ihtiyaca göre söz konusu olacaktır.

II. Yargılama Giderlerinden Sorumluluk

Yargılama giderlerinden sorumluluk, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Sözü geçen maddenin birinci fıkrasına göre, yargılama giderlerinden kural olarak davada haksız çıkan taraf sorumludur. Davada, iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşır (m. 326/2). Belirsiz alacak davasında yargılama giderlerinden sorumluluk bakımından ayrı bir düzenleme yapılmadığı için, söz konusu hüküm belirsiz alacak davalarında da uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁷⁷. Bu davada yargılama sırasında talep sonucu rakamsal olarak belirli hale geldiği için, yargılama giderleri bakımından normal bir alacak davasından farklı sonuçlar ortaya çıkmamaktadır.

Belirsiz alacak davasının kabulü ile davanın açıldığı anda alacak miktarını kesin

¹⁰⁷⁶Tenkis davalarında harca esas olan ve tahmini şekilde miktar bildirilmesi halinde, dilekçede yazılandan fazlaya karar verilebilmesi caizdir. Ancak harcı verilerek açılmış davada istekten aza karar verildiği takdirde reddedilen bölüm için vekalet ücreti verilmesi gerekir. Takdir edilen vekalet ücreti davanın açıldığı gündeki tarifeye uygun olmalıdır. Yargılama giderinin paylaşılmasında da hata yapılması Usûlün 417. maddesine aykırıdır.' 2. HD. 2.5.1974, E. 2221, K. 2692 (YKD, S. 5 Y. 1975, s. 45-46). Aynı yönde: 2. HD, 4.4.1974, E. 263, K. 1260 (YKD, S. 7, Y. 1977 s. 914); : 2. HD, 4.4.1974, E. 2073, K. 2027 (OLGAÇ, s. 393)

¹⁰⁷⁷İHKM m. 107'de, yargılama giderlerinden sorumluluğun hâkimin takdirine göre belirlenebileceği durumlar düzenlenmiştir. Söz konusunu maddenin birinci fıkrasının (a) bendine göre, davanın temelde haklı bulunduğu, talebin miktar bakımından tam olarak kabul edilmediği ve söz konusu miktarın hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda veya talebin belirlenmesinin zor olduğu durumlarda hâkim aynı kanunun 106. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen yargılama giderlerinden haklılık oranlarına göre paylaşılması kuralından ayrılarak takdir yetkisine göre tarafları yargılama giderlerinden sorumlu tutabilmektedir. Bunun sonucu olarak İsviçre hukukunda belirsiz alacak davasında yargılama giderlerinden sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin görüşler için bkz.: MEIER, s. 23-25; Aynı şekilde İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanun'ndan önceki dönemde Zürih Kantonu için bkz.: LOOSLI, s. 150.

olarak belirleyemeyen alacaklının, alacak miktarını kendisinin tahmin etmesi veya değerlendirmesine gerek duymaksızın dava açmasına imkân tanınmaktadır. Davacı, alacak miktarının, davanın açıldığı ana kadar belirleyebildiği miktarını dava konusunun geçici değeri yaparak alacağın tümünün hüküm altına alınmasını istediği için, mevcut alacak miktarından fazla bir alacak miktarını talep sonucunda göstermek veya böyle bir değerlendirme yapmak zorunda kalmayacaktır. Bu ise davacının muhtemel yargılama giderlerinden sorumluluğunu en aza indirmekte ve hatta bazı durumlarda tamamen ortadan kaldırmaktadır. Çünkü davacı geçici değeri genellikle bilirkişi raporlarına dayandırarak veya talep sonucunu belirlemesini sağlayan bilgi ve belgelere ulaştıktan sonra belirli hale getirip artırdığı için talep sonucunun reddedilmesi ihtimalini önemli ölçüde bertaraf etmektedir. Bu sonuç belirsiz alacak davasının düzenleniş amacına da uygundur. Belirsiz alacak davası açan davacı, mutlak anlamda alacağının gösterilen geçici değerden fazla olduğuna inanarak dava açmaktadır. Dava açarken de somutlaştırma yükümlülüğü çerçevesinde bunu ortaya koymaktadır.

Bununla beraber, davacı yargılama giderlerinden tamamen muaf tutulmamıştır. Çünkü mahkeme gerektiğinde davacının yargılama sırasında talep sonucunu rakamsal olarak belirlediği miktardan daha azına hükmedebilecektir (m. 26/1, c. 2). Bu durumda, davacı kural olarak talep sonucunun kabul edilmeyen miktarı kadar yargılama giderlerine katlanmak zorundadır (m. 326/2).

Belirsiz alacak davasının, davacıyı yargılama giderleri rizikosundan tamamen veya büyük oranda kurtarması başlı başına belirsiz alacak davasının açılabilmesi imkânını doğurmaz. Yani, belirsiz alacak davası yüksek yargılama giderlerinden kurtulmak amacıyla açılmaz. Belirsiz alacak davasında, davacının yargılama gideri rizikosunu en az miktarda taşıması, bu davanın kabul edilmesinin temel nedeni olmayıp bu davanın sonucudur. Bu davanın açılabilme koşulları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında açıkça düzenlenmiştir. Buna göre belirsiz alacak davası sadece alacak miktarının veya değerinin kesin olarak belirlenmesinin imkânsız olduğu veya bunun alacaklıdan beklenemeyeceği durumlarda açılabilir. Söz konusu bu durum dışında belirsiz alacak davasının açılması halinde, davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddi söz konusu olacaktır.

Belirsiz alacak davası, davacının yargılama giderlerine mahkûm olma rizikosunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmakla beraber, gerek davacının gerekse davalının dürüstlük kuralına aykırı davranmaları veya kötünietli hareket etmeleri halinde bir takım yaptırımlarla karşılaşma ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329. maddesine göre, kötünietli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında karşılaştırdıkları vekalet ücretinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilir. Kötünietli davalının davayı kaybedince yaptırımla karşılaşması normaldir¹⁰⁷⁸. Belirsiz alacak davası bakımından kötüniet özellikle davalının elindeki bilgi ve belgeleri mahkemeye sunma zorunluluğu bulunması halinde, bunları hiçbir haklı mazeret olmaksızın sunmaması durumunda ortaya çıkacaktır. Bu durumda, davalı, davacıyla vekili arasında karşılaştırılan ve yargılama gideri olmayan vekalet ücretinin bir kısmını veya tamamını ödemeye mahkûm edilebilir (m. 329).

Hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan davacının, davası reddedildiğinde bu tür bir yaptırımla karşılaşması için onun da kötünietli hareket etmiş olmasını gerekir. Aksi takdirde UMAR'ın da belirttiği gibi, davacı kötünietli olmasa bile kendini haklı sayarak veya sanarak açtığı davayı kaybedince, sırf davayı kaybettiği için cezalandırılacaktır¹⁰⁷⁹. Davacı haklı olduğuna inanarak dava açması halinde, kötünietli olduğu kabul edilemez¹⁰⁸⁰. Her davayı kaybetme durumu, kötünietli olduğu sonucunu doğurmaz. Örneğin, tamamen haklı olduğunu düşünen ve bu nedenle dava açan davacının, hakkını ispat edememesi halinde davayı kaybetmesi halinde kötünietli olduğu sonucunu doğurmaz. Aynı şekilde kendisine karşı dava açılan davalının da gerekli savunma vasıtalarına sahip olmaması nedeniyle davayı kaybetmesi de kötünietli olduğu olduğunu göstermez. Aksi halde, her davanın kaybedilmesi durumunda kötüniet varlığını kabul etmek hem hak arama özgürlüğünü hem de davalıların savunma hakkını önemli ölçüde sınırlar. Nitekim, ÖZEKES, hakkı olmadan dava açmış olması ifadesinin, kötünietten daha geniş bir uygulama alanı doğurmakla beraber, bu durumu da kötüniet kapsamında

¹⁰⁷⁸ UMAR, s. 915.

¹⁰⁷⁹ UMAR, bunun adil olmadığını ve anayasal bir hak olan mahkemeye başvurup dava açmak yetkisinin kullanılmasını asla kabul edilemeyecek bir tehdide, caydırıcı riske tabi kıldığını ifade etmiştir (s. 915).

¹⁰⁸⁰ ARSLAN, s. 76.

değerlendirmek gerektiğini; çünkü dava açmaması gerektiğini bilen veya bilecek durumda olan kişi, yani hakkı olmadan dava açan kişinin iyiniyetinden söz edilemeyeceği için, onu kötünietli kabul etmek gerekeceğini ifade etmiştir¹⁰⁸¹. ARSLAN, söz konusu hükmün uygulanabilmesi için dava açan kimsenin kötü niyetli olması, yani hiçbir hakkı olmadığını bildiği halde veya durumu gereği bilmesi gerektiği halde, sırf aleyhine dava açtığı kişiye zarar vermek kastını taşıması gerektiğini ifade etmektedir. UMAR ise davanın başında, kendi isteminin haksız olduğunu bilen yahut bilmesi gerekir durumda bulunan davacının kötünietli olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁸².

Davacının belirsiz alacak davasının şartları olmadığı halde sırf yargılama giderlerini minimuma indirmek için bu davayı açması ve davasının dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilmesi durumunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329. maddesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışılabilir. Doktrinde ÖZEKES, avukatla temsil edilen davalarda¹⁰⁸³ “*o yargılamanın gerektirdiği asgari şartlar gözetilmeden yargı organına başvurulması*” halinde kötünietin varlığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁸⁴. Bu bağlamda, örneğin sözleşmeden doğan bir alacak davası gibi alacağın miktarı bakımından hiçbir şüphenin söz konusu olmadığı durumlarda belirsiz alacak davası açılmışsa, bu durumda bu hükmün uygulama alanı bulup bulmayacağı sorulabilir. Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Çünkü maddenin uygulama alanı bulabilmesi için dava açma hakkının kötünietle, karşı tarafı zarara uğratmak kastıyla kullanılmış olması gerekir¹⁰⁸⁵. Burada alacaklının, haklı olduğu

¹⁰⁸¹ ÖZEKES, Muhammet, Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti, MİHDER, 2005, S. 1, s. 35.

¹⁰⁸² UMAR, s. 916

¹⁰⁸³ Avukatla temsil edilen davalarda aranan kötüniet ölçüsü ile hak sahibinin kendi davasını takip ederken aranan kötüniet ölçüsü aynı değildir (ÖZEKES, Vekalet Ücreti, s. 35). Çünkü davasını kendi takip eden hak sahibinin bir avukat kadar hukuk kurallarını değerlendirebilmesi ve içtihatları bilmesi veya takip etmesi söz konusu değildir. O nedenle, kötüniet nedeniyle HMK'nın 329. maddesinin uygulanmasında bu husus da dikkate alınmalıdır.

¹⁰⁸⁴ Yazar örnek olarak, İcra ve İflas Kanunu'nun 68. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen bir belge elinde olmadan alacaklının itirazın kaldırılması yoluna başvurması, kanunda açıkça aranan özel bir dava şartı mevcut değilken, reddedileceğini bile bile dava açılması bu yönde bir davranış olarak değerlendirmiştir (ÖZEKES, Vekalet Ücreti, s. 36 ve aynı sayfada dn. 17).

¹⁰⁸⁵ “*Burada hiç bir hakkı olmadığını bilerek dava açmak sureti ile aleyhine dava açtığı kimsenin avukat tutmasına ve avukatına vekalet ücreti ödemesine sebebiyet verme hali söz konusudur. Yoksa, meşru bütün vasıta ve yollarda yararlanarak dava açmanın ya da aleyhine açılmış davaya karşı savunmada bulunmanın kişiler için tanınmış Anayasal Haklerde olduğunda kuşku yoktur. Ancak her hakkın kötüye kullanılmasında olduğu gibi, dava ve savunma hakkının kötüye kullanılmasını da kanun korumamıştır. HUMK. 421 nci maddenin (HMK m. 329)'un uygulanabilmesi için dava açan kimsenin kötü niyetli olması yani hiç bir hakkı olmadığını bildiği halde ve durum icabı bilmesi gerektiği halde sırf aleyhine dava açtığı kişiyi izrar kastı taşıması lazımdır. Kendini*

iddiasında olmasına karşılık yargılama giderleri rizikosundan en aza indirmek için belirsiz alacak davası açması onun kötünietli olduğunu göstermez. Aynı şekilde karşı tarafı zarara uğratma kastının da varlığı söz konusu değildir. Alacaklı belirsiz alacak davası açarak davalıyı zarara uğratma kastından ziyade yargılama giderleri bakımından kendi menfaatlerini korumaya çalışmaktadır.

Avukatla temsil edilen bir davada, belirsiz alacak davasının şartları gerçekleşmediği için davası reddedilen ve bir zarara uğrayan davacı avukatın özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle avukatın sorumluluğuna gidebilir. Çünkü Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde avukatın mesleğini özenli bir şekilde yerine getirmekle yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu'nun 506. maddesinde de vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde benzer alanlarda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı ifade edilmektedir. Bu hükmün avukatlık mesleği bakımından da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁸⁶. Bu nedenle davanın reddedilmesi durumunda, davacı ortaya çıkacak yargılama giderlerini, avukatın özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı talep edebilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 327. maddesine göre gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet veren taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile karar ve ilâm harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Bu özellikle bilgi ve belgelerin zamanında mahkemeye ibraz edilmemesi durumunda, davacının talebini belirleyememesi nedeniyle davanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verilmesi durumunda söz konusu olacaktır¹⁰⁸⁷. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da bir kişinin davada sıfatı olmadığı halde, davacıyı, davalı sıfatı kendisine aitmiş gibi yanıltıp, kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verirse, davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddi halinde, davalı yararına yargılama giderlerine hükmedilemez. Burada sadece davanın açılması değil aynı şekilde davalı sıfatının kendisine aitmiş gibi yargılamaya devam edilmesi

haklı bilerek dava açan kimsenin davasının reddedilmesi halinde 421 nci maddenin (HMK m. 329) uygulanması düşünülemez” HGK 23.3.1974, E. 1971/8-143, K. 262 (ERDEMİR, s. 1684). Aynı yönde: 4.HD, 21.12.1970, 12156/9512 (ERDEMİR, s. 1684).

¹⁰⁸⁶ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 417.

¹⁰⁸⁷ COURVOISIER de, davalının belge ve bilgi paylaşımındaki tutumunun yargılama giderlerinden sorumluluğun paylaşılması durumunda hâkim tarafından dikkate alınacağını ifade etmektedir (in Baker&McKenzie (Hrsg), Art. 85, Rn. 4, s. 369).

durumunda da bu hükmün uygulama alanı bulması gerekir. Bu nedenle, örneğin, hafriyat örneğinde olduğu gibi, A şirketinin hafriyatı döktüğünü sanan alacaklı, belirsiz alacak davası açtığında, A şirketi sanki gerçekten kendisi borçluymuş gibi hareket ederse, ve bu nedenle yargılamaya devam ederse, dava, davalı sıfatının yokluğu nedeniyle reddedildiğinde yargılama giderlerini ödemekten kurtulamayacaktır. Bu kuralın uygulanmasında davanın belirsiz alacak davası veya normal eda davası olmasında bir farklılık bulunmamaktadır.

Ğ. Kanun Yoluna Başvuru

Belirsiz alacak davası sonunda verilen karara karşı kanun yoluna başvuru bakımından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir düzenlemeye ihtiyaç da yoktur¹⁰⁸⁸. Çünkü belirsiz alacak davasında talep sonucu her ne kadar dava açıldığı sırada geçici ise de yargılama sırasında kesinleşmektedir. Bu iki şekilde söz konusu olacaktır. Eğer alacaklı, yargılama sırasında alacak miktarı belirli hale geldikten sonra talebini belirlerse, artırmayla oluşan bu yeni miktar alacaklının kesin talep sonucu olacaktır. Bu durumda hâkim artık bu miktar üzerinde davaya devam edip hüküm verecektir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, alacaklı, yargılama sırasında alacak miktarı belirli hale gelmesine rağmen talep sonucunu artırmazsa, geçici değer alacaklının kesin talebi olacak ve hâkim bu miktar üzerinden yargılamaya devam edip hüküm verecektir. Yani belirsiz alacak davasında hüküm aşamasına kadar talep sonucu her halükarda kesinleştiği için hâkim normal bir eda davasında olduğu gibi kesin talep sonucuna bağlı olarak hüküm verecektir. Her iki durumda da verilen hükme karşı kanun yoluna başvuru, kesin talep sonucunun kabul ve reddedilen miktarına göre belirlenecektir. Örneğin, A, B'den geçici değer olarak 10.000 lira gösterip, alacağın tümünün hüküm altına alınması için dava açmış ve yargılama sırasında, bilirkişi raporuna göre A'nın B'den alacağının miktarının 50.000 lira olduğu belirtilmiş olsun. Bu durumda A, geçici değeri artırmazsa hâkim taleple bağlı olduğu için 10.000 liralık geçici değere göre karar verecektir. A'nın 10.000 liralık talebinin kabul veya reddedilen miktarı kanun yoluna başvuru için dikkate alınacaktır. Alacaklı, alacak miktarı belirli hale geldikten sonra talep sonucunu artırıp talebini 50.000 lira olarak belirlerse, hâkim taleple bağlı olduğu için 50.000 lira

¹⁰⁸⁸ PEKCANITEZ, s. 64.

üzerinden hüküm verecek ve bu miktarın kabul veya reddedilen kısmına göre davacı ve davalı kanun yoluna başvurabilecektir¹⁰⁸⁹.

Alacak miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi olduğu durumlarda, davacının kanun yoluna başvurabilmesi için hâkimin geçici değerin altında karar vermesi gerekmektedir¹⁰⁹⁰. Eğer davacının geçici değeri veya bundan daha fazlası hüküm altına alınmışsa, davacı kanun yoluna başvuramaz¹⁰⁹¹. Çünkü bu durumda davacıhâkimin kararından sonra lehine daha fazlasına hükmedilmesi gerektiğini ileri süremez. Davacının böyle bir iddiası var ise, ya geçici değerini ona göre belirlemesi gerekirdi ya da beklediği değeri normal bir eda davasına konu yapması gerekirdi. Bu nedenle örneğin geçici değer olarak 5.000 lira gösterilerek açılan belirsiz alacak davasında, davacı, 5.000 lira veya daha fazlasına hükmedildiği takdirde kanun yoluna başvurulamazken; 5.000 liranın altında ve ayrıca kanun yolu sınırının altında kalan kabul edilmeyen kısım için kanun yoluna gidilebilecektir¹⁰⁹². İsviçre hukukunda MEIER ise, geçici değerin hiç bir surette davacının talebini sabitleştirmediğini, bu nedenle hâkimin geçici değerden fazlasına karar verdiği durumlarda dahi kanun yoluna başvurulabileceğini ifade etmektedir¹⁰⁹³. Yazar verdiği bir örnekte, geçici değer olarak 5.000 Frank gösterildiği ve hâkimin 8.000 Frank'a hükmettiği durumda dahi davacının örneğin 12.000 Frank'a hükmetmesi gerekmekteydi diyerek istinaf yoluna başvurabileceğini ifade etmektedir¹⁰⁹⁴. Bu durumda hâkimin hükmetmiş olduğu değer, kanun yoluna başvurmada dikkat alacağını ifade etmektedir. Ancak mahkeme, talebin tümünü reddederse o takdirde, davacı geçici değere göre kanun yoluna başvurabileceğini ifade etmektedir¹⁰⁹⁵. Kanaatimizce, MEIER'in görüşüne katılmak mümkün görülmemektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu durumda davacının geçici değeri yüksek göstermesi, yani yazarın verdiği örnekte dava açarken geçici değer 12.000 Frank olduğunu ileri sürmeliydi. Kaldı ki, davacı bu tür belirleme yapabiliyorsa zaten belirsiz alacak davası açamaması bunun yerine normal bir eda davası açması gerekmekteydi. Nitekim, Alman hukukunda da MENGES, bu

¹⁰⁸⁹ MOHS, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Art. 85, Rn. 7, s. 198; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg), Art. 85, Rn. 3, s. 329.

¹⁰⁹⁰ KERN, s. 130; FRAHM, s. 1214; GERLACH, s. 528; GREGER, in Zöller, § 253, Rn. 14, s. 838

¹⁰⁹¹ JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 5, s. 163; MERTINS, s. 49; RUTTLOFF, s. 51; GERLACH, s. 527.

¹⁰⁹² Bknz.: LOOSLI, s. 143, 144.

¹⁰⁹³ MEIER, s. 29.

¹⁰⁹⁴ MEIER, s. 29. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 308. maddesinin ikinci fıkrasına göre, istinaf sınırı 10.000 Frank'tır.

¹⁰⁹⁵ MEIER, s. 30.

durumlarda, davacının kanun yoluna başvurması için asgari miktarı yüksek göstermesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁹⁶.

H. Kesin Hüküm

Belirsiz alacak davası açan alacaklı, alacağının tümünün hüküm altına alınmasını istemektedir. Bu nedenle yargılama sırasında davacının talep sonucu kesin olarak belirli hale geldiği için, kesin hüküm bakımından doğurduğu sonuçlar, normal bir eda davasından farklılık göstermemektedir¹⁰⁹⁷. Belirsiz alacak davası açan alacaklı, yargılama sırasında alacağı belirlenebilir olduğu anda, talebini artırdığı takdirde, hâkim bu miktara göre hüküm verecektir. Davacı verilen bu hükmün şekli anlamda kesinleşmesinden sonra, aynı alacağı için ikinci bir dava açtığı anda, davası kesin hükmün varlığı nedeniyle reddedilecektir¹⁰⁹⁸. Çünkü burada davacı tüm alacağının hüküm altına alınmasını talep etmiş¹⁰⁹⁹ ve buna uygun olarak talep sonucunu belirlemiştir. Bu nedenle belirsiz alacak davasından sonra, davacı daha fazla alacaklı olduğu gerekçesiyle ek bir dava açmak isterse, olumsuz dava şartı olan kesin hüküm buna engel teşkil edecektir¹¹⁰⁰. Alacaklının, ikinci davasını belirsiz alacak davası yerine normal bir eda davası şeklinde açması da sonucu değiştirmeyecektir¹¹⁰¹.

Belirsiz alacak davasında, alacaklının amacı alacağın tümünü hüküm altına almak olduğu için davacıdan beklenen alacak miktarı belirlenebilir olduğu anda talep sonucunu buna uygun olarak belirlemesidir. Davacının belirsiz alacak davası açarken, iddiası alacağının miktarının geçici değerden daha fazla olduğu için bu belirleme genellikle geçici değer artırılması şeklinde olacaktır. Ancak buna karşılık, örneğin, davalıdaki bilgi ve belgelerin paylaşımından sonra, alacaklının geçici değerden fazla bir alacağının olmadığı davacı geçici değeri artırmayacaktır.

Davacı geçici değeri artırmadığı takdirde davacının göstermiş olduğu geçici değer, davacının talep sonucunun da rakamsal olarak değeri olacak ve hâkim bu miktar üzerinden hüküm verecektir. Ancak davacı, geçici değeri artırmadığı takdirde, geçici

¹⁰⁹⁶ MENGES, s. 111.

¹⁰⁹⁷ MEIER, s. 32.

¹⁰⁹⁸ WURM, s. 71.

¹⁰⁹⁹ MENGES, s. 110.

¹¹⁰⁰ MENGES, s. 110; BLEICHSCHMID, s. 102.

¹¹⁰¹ BLEICHSCHMID, s. 102.

değer dışında kalan kısmın daha sonra dava konusu olup olamacağı kanunda düzenlenmemiştir. Bu durumda iki görüş ileri sürülebilir. İlki, belirsiz alacak davasının tam eda davası olmasından hareket etmektedir. Doktrinde PEKCANITEZ, belirsiz alacak davasında, davacının geçici talep sonucunu yargılama sırasında artırmadığı takdirde, hâkimin, geçici talep sonucunu kesin talep sonucu gibi karara bağlayacağını ve verilen hükmün de alacağın tümü hakkında olacağını, bundan sonra alacaklının aynı alacak için ikinci bir dava açamayacağını, aksi takdirde kesin hüküm nedeniyle davanın reddedileceğini ifade etmektedir¹¹⁰².

Diğer bir görüş ise, belirsiz alacak davasının kısmi davanın bir türü olarak görülmesi veya davacı geçici değeri artırmadığı takdirde belirsiz alacak davasının kısmi davaya dönüştüğü düşüncesinden ortaya çıkacaktır. Buna göre, davacı, yargılama sırasında geçici değeri artırma imkânına sahip olmakla beraber buna zorunlu değildir. Davacı, talep sonucunu artırmadığı takdirde, artırmadığı kısmı ikinci bir davanın konusu yapabilir. Çünkü kesin hükmün etkisi, sadece talep edilen kısımla sınırlı kalmaktadır¹¹⁰³. Davacının, geçici değeri artırmaması, o kısımdan feragat ettiği sonucunu doğurmamalıdır. Bu takdirde alacaklının belirsiz alacak davasında yargılama sırasında talep sonucunu artırmadığı takdirde, alacağın geri kalan kısmını ikinci bir davanın konusu yapabilmelidir. 1086 sayılı Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde ve Yargıtay, açık kısmi dava ile örtülü kısmi dava ayrımı yapılmaktaydı¹¹⁰⁴. Yargıtay kararlarına ve doktrindeki hâkim görüşüne göre, alacaklı sadece açık kısmi dava açmış ise ve geri kalan kısmı saklı tuttuğunu belirtmişse, bakiye alacak için ikinci bir dava açabilirdi. Örtülü kısmi davanın varlığı halinde ise, yani davacı tarafından bakiye kısmın saklı tutulmaması veya açılan davanın kısmi dava olduğunun anlaşılabilmesi durumunda, bakiye kısımdan zımni feragat edilmiş olduğu sonucu doğmaktaydı. Bu durumda, açılan dava kısmi dava olmasına rağmen, tüm talebi kapsayan bir dava gibi değerlendirilmekteydi. Kesin hükmün etkisi, ikinci davaya engel teşkil etmekteydi. Diğer bir görüş ise, Yargıtay uygulamasını ve doktrindeki hâkim görüşünü eleştirmekte, ne zımni irade ne de susma yolu ile kısmi davada saklı tutulmayan kısımdan feragat edildiği görüşünün hiçbir hukuki dayanağının bulunmadığını ifade etmekte ve davacının kısmi dava açarken hakkını

¹¹⁰² PEKCANITEZ, s. 66.

¹¹⁰³ ÖZKAYA FERENDECİ, s. 180.

¹¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için: KULAKSIZ, s. 12; ÖZKAYA FERENDECİ, s. 183 vd.; AKYOL ASLAN, s. 155 vd..

saklı tutmaması nedeniyle hak kaybına uğramasını, adil bir sonuç olarak kabul etmemekteydi¹¹⁰⁵. Bunun sonucu olarak, davacının geri kalan kısım için ikinci bir dava açabilmesi gerektiği savunulmaktaydı. Bu tartışmaları gidermek amacıyla ve Yargıtay'ın bu husustaki uygulamasının önüne geçilmesi için¹¹⁰⁶, kısmi davayı düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin son fıkrasına, alacak miktarının geri kalan kısmının saklı tutulmaması halinde bunun feragat sayılmayacağı, feragat için alacaklının açıkça beyanda bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Eğer belirsiz alacak davası, kısmi davanın bir türü olarak kabul edilirse, davacının açıkça artırmadığı kısımdan feraget ettiğini beyan etmedikçe geri kalan kısmı talep edebilecektir. Bu durumda davacı, kesin hüküm engeli ile karşılaşmayacaktır¹¹⁰⁷.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, belirsiz alacak davası ile kısmi dava benzer nedenlerle doğmakla beraber, şartları ve sonuçları tamamen farklıdır¹¹⁰⁸. Bu nedenle belirsiz alacak davası ile kısmi davayı birbirine karıştırmamak gerekir. Belirsiz alacak davası alacağın tümünün hüküm altına alınması için açılan bir davadır¹¹⁰⁹. Yani, belirsiz alacak davası tam davadır; kısmi dava değildir. Bu nedenle, bu dava sonunda verilecek hüküm alacağın tümü hakkında sonuç doğuracaktır. Kısmi davada olduğu gibi sadece talep edilen kısım hakkında hüküm kurulmayacaktır. Eğer davacı belirsiz alacak davasında davalının açık rızası ile davayı kısmen geri almışsa hüküm sadece geri kalan kısım için etki doğuracaktır. Yani hâkim henüz davacının talebini belirlemesi için süre vermemişse ve davacı sadece geçici değer için hüküm kurulmasını istiyorsa, bu ancak belirlemediği kısmı geri almasıyla mümkün olabilecektir. Ancak, davacı, davasını kısmen geri almamışsa ve yargılama sırasında hâkimin verdiği süre içinde geçici değeri artırmaması, açılan tam davayı kısmi davaya dönüştürmez. Belirsiz alacak davasını değerlendirirken, kanun koyucunun

¹¹⁰⁵ ALANGOYA, Kısmi Dava, s. 28 vd; UMAR, AYM'nin HUMK m. 87'deki Kuralın İptali Kararı Üzerine, 425-426; ÖZKAYA FERENDECİ, s. 184.

¹¹⁰⁶ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, Tasarı, s. 60-61.

¹¹⁰⁷ Bununla birlikte doktrinde, HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra dahi, davacının alacağını talep ederken, açtığı davanın kısmi dava olduğunu belirtmemişse veya dava dilekçesinden anlaşılmamaktaysa, bu davadaki hükmün kesinleşmesinden sonra alacağın geri kalanının dava edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu yönde: PEKCANITEZ, s. 68-69. KURU/ARSLAN/YILMAZ, ise bu durumda davanın, tam dava olduğunu ifade etmektedir (s. 286). Buna karşılık AKYOL ASLAN, davacının kısmi dava açıp açmadığını dava dilekçesinde açıkça belirtebileceği gibi, belirtmek zorunda da olmadığı; eğer belirtmemiş ise, davanın kısmi dava olarak açıldığı kalan kısmın dava edildiği zaman ortaya çıkacağını ifade etmektedir (s. 156 ve buradaki dn. 422, s. 163).

¹¹⁰⁸ Bknz.: § 6.

¹¹⁰⁹ MENGES, s. 110.

amacını ve alacak miktarı belirsiz olan talepler bakımından kabul edilen yöntemlerin beraber değerlendirilmesi gerekir. Kanun koyucu, belirsiz alacak davası ile beraber, kısmi davayı, belirsiz tespit davasını düzenlemiştir. Bu nedenle, alacaklı sadece dava açtığı ana kadar belirleyebildiği alacak miktarı için hüküm kurulmasını istiyorsa, kısmi dava açmalıdır. Hatta kısmi dava ile beraber alacağın tümün tespitini dahi talep edebilir. Ancak, davacı belirsiz alacak davası açmışsa, geçici değeri artırmaması durumunda bunun sonuçlarına katlanacak ve artırılmayan kısmı ikinci bir davanın konusu yapamayacaktır. Bu durumda kesin hükmün varlığı buna engel teşkil edecektir.

Alacak miktarının belirlenmesinin hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda da aynı çözüm tarzı kabul edilecektir. Burada da hâkimin verdiği karar, alacaklının alacağının tümüne ilişkindir. Alacaklı bu durumda alacağın tümünü dava etmektedir. Hâkimin kararıyla, hüküm fıkrasında tespit edilen alacak miktarı veya değeri, alacaklının alacak miktarının ne kadar olduğunu tespit etmektedir¹¹¹⁰. Bu nedenle alacaklı, daha yüksek bir değerde alacaklı olduğunu ileri sürüp ek bir dava açamaz¹¹¹¹. Bu durumda kesin hükmün etkisi, davacının, aynı vakıalara dayanarak yeni bir dava açıp ilk davada hükmedilen miktarın az olduğunu ileri sürmesini engellemektedir¹¹¹². Ancak, istisnai olarak, ilk yargılama sırasında meydana çıkmayan ve bilinmeyen zararlar yeni bir davanın konusu olabilecek ve ilk davada verilen hükmün kapsamında yer alamayacaktır¹¹¹³. Çünkü bu zararlar, ilk yargılamada araştırılıp incelenemedikleri için tespit edilen alacak miktarının kapsamı dışında kaldıklarından, ikinci bir yargılamanın konusu olabileceklerdir¹¹¹⁴.

Belirsiz alacak davasının reddedilmesi durumunda, kesin hükmün etkisi tam eda

¹¹¹⁰ Alman hukukunda MERTINS, manevi zarardan doğan alacakların bölünemeyeceğinin kabulü nedeniyle de hâkim, tüm zararları da göz önünde tutarak uygun bir tazminata hükmedeceğini ifade etmiştir (s. 49). Federal Mahkeme, 20.1.2004 tarihli kararında manevi tazminatın bölünebileceğine karar vermiştir (BGH, NJW 2004, s. 1243 vd.). Ayrıca bkz.: § 13, C, II.

¹¹¹¹ BGH, NJW 1988, s. 2301; BGH, NJW 1995, s. 1614; FOERSTE, in Musielak Komm ZPO, § 253 Rn. 34, s. 851; WURM, s. 71; ZEISS/SCHREIBER, Rn. 584, s. 221. MENGES, Alman hukukunda alacaklının belirsiz alacak davası açarken, tespit ettiği alacak miktarını olabildiğince yüksek tutmasını; hâkimin bunun altında karar vermesi halinde en azından buna karşı kanun yoluna başvuru imkânına sahip olmasını önermektedir (s. 110, 111). MEIER de, İsviçre hukukunda davacının hükmedilen değerin düşük olduğunu düşünüyorsa, hükümden sonra kanun yoluna başvurması gerekeceğini ifade etmektedir (s. 32).

¹¹¹² MEIER, s. 32.

¹¹¹³ MENGES, s. 110; WURM, s. 71.

¹¹¹⁴ MENGES, s. 110; WURM, s. 71; MERTINS, s. 49; BGH, NJW 1988, s. 2301.

davasının reddedilmesi durumundan farklı bir sonuç doğurmamaktadır. Davacı ister talep sonucunu artırsın isterse de talep sonucunu artırmayın, belirsiz alacak davasının reddi kararı kesinleştikten sonra aynı alacak için ikinci bir dava açamaz¹¹¹⁵. Çünkü belirsiz alacak davasında talep sonucu rakamsal olarak kesinleştikten sonra tam edası gibi sonuç doğurduğu için red kararı da alacağın tümüne ilişkin olacaktır.

¹¹¹⁵ PEKCANITEZ, s. 66.

§ 12. MADDİ HUKUK BAKIMINDAN HÜKÜMLERİ

A. İyi Niyetin Ortadan Kalkması

Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesinde “kanunun iyiniyete sonuç bağladığı” durumların varlığına işaret edilmekte; ancak iyiniyetten ne anlaşılması gerektiği belirtilmemektedir¹¹¹⁶. Doktrinde iyiniyet objektif ve sübjektif iyiniyet olarak ikiye ayrılmakta; objektif iyiniyet, hakların kullanılması ve borçların ifasında dürüst davranmayı; sübjektif iyiniyet ise bir hakkın kazanılmasında veya daha geniş bir ifade ile bir hukuki etkinin, sonucun meydana gelmesinde buna ait bir engeli bilmemeyi ifade eder¹¹¹⁷.

Davanın açılması ve bunun sonucu olarak dava dilekçesinin borçlu/davalıya gönderilmesi doğrudan doğruya sübjektif iyiniyet üzerinde etki yapmaktadır. Davalı dilekçesinin borçluya/davalıya tebliğ edilmesiyle beraber davalı artık, hakkın kazanılmasında veya bir başka hukuki sonucun gerçekleşmesine engel bir durumun varlığını bileceği için bu durumlarda iyiniyetli olduğu iddiasında bulunamayacaktır. Çünkü davalı, daha önce bilmediği bir hususta dava dilekçesinin tebliği ile bilgi sahibi olmuştur¹¹¹⁸. Belirsiz alacak davası bakımından da bu sonuç değişmemektedir. Alacak miktarı belirsiz olmasına rağmen, davalının iyiniyeti sadece geçici miktar bakımından değil, alacağın tümü bakımından ortadan kalmıştır. Çünkü davacı dava dilekçesinde, talebinin dayanağı olan hukuki ilişkiyi de göstermektedir. Bu husus özellikle para borçları dışındaki borçlar bakımından önemlidir. Pul örneğinde olduğu gibi, davalı sadece geçici talebin konusu pulların değil; tüm pullar bakımından davanın açılmasıyla iyiniyeti ortadan kalkmaktadır.

B. Faiz

Belirsiz alacak davasında faiz talep edildiği takdirde, hükmedilecek faiz bakımından hangi tarihi esas alması gerektiği tartışılması zorunlu konulardandır. Bu konuda kanaatimizce iki görüş ileri sürülebilir. Davacı belirsiz alacak davası açtığı takdirde,

¹¹¹⁶ OĞUZMAN/BARLAS, s. 230; DURAL/SARI, Kn. 1192, s. 218.

¹¹¹⁷ OĞUZMAN/BARLAS, s. 231.

¹¹¹⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 438.

faize geçici miktar için davanın açıldığı tarih; artırılan kısım için ise, davacının talep sonucunu rakamsal olarak belirlediği tarih esas alınarak karar verilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Buna karşılık, belirsiz alacak davası bakımından faizin, tüm alacak için davanın açıldığı tarihten itibaren işletilmesi ve bu tarih esas alınarak faize hükmedilmesi gerektiği de savunulabilir.

Alman hukukunda belirsiz alacak davası sonucunda faizin, davacının dava açarken göstermiş olduğu yaklaşık değer veya asgari miktar gösterilmesine rağmen, mahkeme tarafından yargılama sonucunda belirlenen miktara göre karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹¹⁹. Diğer bir deyişle, faizin, davanın açıldığı tarihten, hükümle belirlenen miktar üzerinden hesaplanması gerektiği kabul edilmektedir¹¹²⁰. Alman Federal Mahkemesi'nin bu yönde kararları mevcuttur¹¹²¹.

Kanaatimizce, belirsiz alacak davası, davanın açıldığı tarihte belirlenemeyen alacağının tamamının hüküm altına alınmasını amacı taşıdığı için, davacının dava dilekçesinde faiz istemesi durumunda, sadece geçici değer bakımından değil alacağının tümü bakımından davanın açıldığı tarihten itibaren faize hükmedilmesi gerektiği kabul edilmelidir¹¹²². Başka bir deyişle, faize hükmedilirken, davacının talebini belirlediği tarih dikkate alınmayacaktır. Bu, belirsiz alacak davasının açılmasının sonuçlarının sadece geçici miktar veya değer için değil, alacağın tümü bakımından doğurmasından kaynaklanmaktadır. Eğer alacaklının dava dilekçesinden sadece gösterdiği geçici değer için faiz istediği açık bir şekilde anlaşılırsa, mahkeme bu durumda sadece geçici talep bakımından faize hükmetmek zorundadır. Bu hâkimin taleple bağlı olması kuralının sonucudur. Aynı şekilde alacaklı, dava dilekçesinde faiz talebinde bulunmuş ve alacak miktarı veya değeri belirli hale geldikten sonra geçici değeri artırırken artırılan miktar veya değer için faiz talebinden açıkça feragat etmişse, hâkim burada da sadece geçici değer bakımından faize hükmedebilecektir. Diğer hallerde, faize talep miktarı belirlendikten sonra ortaya çıkan değere göre davanın açıldığı tarihten itibaren hükmedilecektir.

¹¹¹⁹ MERTINS, s. 49.

¹¹²⁰ GEIGEL, Pardey, Haftpflichtprozess, 26. Aufl., München 2011, Kap. 39, Rn. 28; MERTINS, s. 49; GEISLER, in Prütting/Gehrlein, § 253, Rn. 19, s. 720. MENGES, durumu davalı bakımından değerlendirmiş ve davalının, ne kadar faiz riskiyle karşı karşıya kaldığını bilmediğini belirtmektedir (s. 56).

¹¹²¹ BGH, NJW 1965, s. 532; BGH, NJW 1995, s. 733. Karş.: OLG Köln NJW 1960, s. 388.

¹¹²² PEKCANITEZ, s. 72-73; KİRAZ, s. 17; ÖZBAY, s. 128.

Belirsiz alacak davasının en fazla uygulamasının olduğu haksız fiil nedeniyle açılacak tazminat davalarında, kanun koyucu, temerrüd tarihi olarak haksız fiilin işlendiği tarihi açıkça kabul etmiştir (TBK m. 117/2). Bu nedenle, haksız fiilden doğan zararın tazmini nedeniyle açılacak bir davada, davacı hiç faiz istememiş olsa ve fakat yargılama sırasında faiz talebinde bulunsa, mahkemeden haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren faize hükmedilmesini talep edebilecektir. Davacı, kısmi dava açıp artırdığı kısım için de faiz talep etse, yine aynı şekilde mahkemeden haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren faize hükmedilmesini talep edebilecektir. Belirsiz alacak davasında da, dava açıldığı anda, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren faiz talep edilir ise, yargılaması sırası geçici değer artırıldığı takdirde, belirlenen talep sonucu için, haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren faize hükmedilecektir. Aynı sonuç, borçlunun dava açılmadan önce temerrüde düşürüldüğü diğer hallerde de söz konusu olacaktır.

C. Zamanaşımının Kesilmesi

Davanın açılmasının maddi hukuk bakımından doğurduğu en önemli sonuç, zamanaşımının kesilmesidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 154. maddesi zamanaşımının kesilmesi sebeplerini düzenlemiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre, alacaklının dava açmasıyla birlikte zamanaşımı kesilir. Zamanaşımı, davanın açılmasıyla beraber, davacının talebi kapsamında kesilir¹¹²³. Belirsiz alacak davası bakımından zamanaşımının, sadece davacının dava açarken gösterdiği geçici değer bakımından mı yoksa alacağın tamamı kapsar şekilde mi kesildiği sorusunun cevabı bu bakımdan önemlidir.

Alman hukukunda, belirsiz alacak davası açıldığında, zamanaşımının tüm alacak için kesildiği kabul edilmektedir¹¹²⁴. Çünkü davanın açıldığı tarihte alacaklının talebinin

¹¹²³ BGH, NJW 2002, s. 3769-3770; BLECHSCMID, s. 62; KERN, s. 36; MENGES, s. 48, 52.

¹¹²⁴ JAUERNIG, Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., München 2011, § 204, Rn. 3; SCHILKEN, Rn. 212, s. 105; MENGES, s. 48; MERTINS, s. 49; HUSMANN, s. 717; DUNZ, s. 1738; LAU, Katrin, Die Reichweite der Verjährungshemmung bei Klagerhebung, Baden-Baden 2008, s. 38; GEIGEL, Kap. 39, Rn. 29; BGH, NJW 1974, s. 1551; VersR 1974, s. 1020; BGH, NJW 2002, s. 3769-3770. Ayrıca belirtmek gerekir ki, aynı sonuç, basamaklı dava için de kabul edilmektedir (ZEISS/SCHREIBER, Rn. 332, s. 132; MUSIELAK, Rn. 66, s. 41; JAUERNIG/HESS, § 39, Rn. 6, 164; SCHILKEN, Rn. 212, s. 105; LÜKE, Rn. 143, s. 138; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 32, s. 522).

üst sınırı belirli değildir.¹¹²⁵ Alman hukukunda da alacaklı, belirsiz alacak davası açtığı zaman, dava konusuna ilişkin somut vakıaları dava dilekçesinde göstermek zorundadır. Bu sayede hâkim, davacının uğramış olduğu zararın miktarını tespit edebilmekte ve buna uygun hüküm verebilmektedir. Böylelikle davacı, dava açarken sadece dava dilekçesinde göstermiş olduğu yaklaşık değer veya asgari alacak miktarını talep etmemektedir. Kaldığı Alman Federal Mahkemesi'nin son kararlarında, belirsiz alacak davası açan davacının, dava dilekçesinde yaklaşık bir değer veya asgari alacak miktarını göstermesi dahi aranmamaktadır. Bu nedenle belirsiz alacak davası açan davacının, ortaya koyduğu somut vakıalara dayanılarak alacağının tümünü kapsar şekilde uygun bir tazminatın hükmedilmesini istediği; bunun sonucu olarak davanın açılmasıyla beraber zamanaşımının, talebin tamamı için kesildiği kabul edilmektedir¹¹²⁶. Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği kararlar da bu yöndedir¹¹²⁷. Alman hukukunda, belirsiz alacak davasının açılmasıyla zamanaşımının tüm alacak miktarı veya değeri için kesilmesi, davacının somut vakıaları dava dilekçesinde sunmasına bağlanmıştır¹¹²⁸. Örneğin bir haksız fiil nedeniyle açılacak tazminat davasında, davacı, uğradığı zararın ölçüsü ve kapsamını, çalışmadığı süreyi ve eğer haksız fiil vücut bütünlüğünde kalıcı bir hasar bırakmışsa bunu da dava dilekçesinde sunmalıdır. Davacı, dava açarken göstermiş olduğu somut vakıalara bağlı olarak talebini artırdığı takdirde, artırdığı miktar için zamanaşımı def'i ile karşılaşmayacaktır. Çünkü bu durumda davacı yeni bir talepte bulunmamakta, artırılan bu talebin dava açarken ortaya koyduğu somut vakıaların dayanağı olan talebinin içinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹²⁹. Ancak davacı, yargılama sırasında somut vakıaları ileri sürmemiş, fakat yargılama

¹¹²⁵ MENGES, s. 48. Davacının, hâkimi bağlayacak şekilde, talebinin üst sınırını gösterek dava açtığı takdirde, kısmi davada olduğu, zamanaşımının sadece o kısım için kesildiği kabul edilmektedir (LAU, s. 40).

¹¹²⁶ HUSMANN, s. 717; MENGES, s. 52; BLECHSCHMID ve KERN' e göre, belirsiz alacak davasında, zamanaşımı davacının dava dilekçesinde gösterdiği yaklaşık veya asgari miktarla beraber somut vakıaların dayanağı olan mevcut beklentiler için davanın açıldığı tarihte kesilir (s. 62). Bununla beraber PAWLOWSKI, belirsiz alacak davasında zamanaşımının hangi miktar için kesildiğinin hükümlerle birlikte ortaya çıkacağını ifade etmiştir (s. 341 vd).

¹¹²⁷ Davacı en az 15.000 DM taleple manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Eyalet mahkemesi, davacı lehine 10.000 DM'a hükmetmiştir. İstinaf'ta davacı lehine en az 60.000 DM hükmedilmesini talep etmiş; İstinaf mahkemesi 15.000 DM'a hükmedip talebin geri kalan kısmının zamanaşımına uğradığına karar vermiştir. Alman Federal Mahkemesi ise İstinaf Mahkemesi'nde davacının talep ettiği miktarın talep sonucunu değiştirmek olarak görülmeyeceğine bu talebin ilk derece mahkemesinde açılan davadaki taleple uygun olduğunu ve lehine 60.000 DM'nin hükmedilebileceğine karar vermiş, bunun da taleple bağlılık ilkesine aykırı olmayacağını belirtmiştir (BGH, NJW 2002, s. 3769 vd.) .

¹¹²⁸ GEIGEL, Kap. 39, Rn. 29; HUSMANN, s. 717; BGH, NJW 1974, s. 1551.

¹¹²⁹ LAU, s. 40; BGH, NJW 1974, s. 1551.

sırasında yeni somut vakıalar ileri sürmüşse, bu durumda davacının açmış olduğu davayı kısmi dava olarak kabul etmek gerektiği ve zamanaşımının sadece bu kısım için kesildiği, kalan kısım için devam ettiğini kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹¹³⁰. Yargılamaya dahil edilen vakıaların davayı genişletici, artırıcı vakıa mı olduğu yoksa alacaklının dava açarken göstermiş olduğu vakıaları vurgulamak için ileri sürülen vakıalar mı olduğu konusunda, hâkimin gerektiğinde davayı aydınlatma ödevi kapsamında açıklığa kavuşturması gerektiği ileri sürülmüştür¹¹³¹.

İsviçre hukukunda da belirsiz alacak davasının tüm talep bakımından zamanaşımını kestiği kabul edilmektedir¹¹³². Ancak bunun için usulüne uygun biçimde açılmış bir belirsiz alacak davasının olması gerekir¹¹³³.

Türk hukukunda belirsiz alacak davasının açılmasıyla birlikte zamanaşımının alacağın tümü için mi yoksa sadece davacının dava açarken göstermiş olduğu geçici değer için mi kesileceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, belirsiz alacak davasının açılmasıyla birlikte, alacağın tamamı bakımından zamanaşımının kesilmektedir¹¹³⁴. Diğer bir görüş ise, henüz dava konusu edilmeyen talepler bakımından zamanaşımının kesilmeyeceğini, yorum yoluyla bunun kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir¹¹³⁵.

¹¹³⁰ KERN; s. 38-39; MENGES, s. 49. Yazar davacının belirsiz alacak davası açarken karma teoriye göre belirli bir miktar göstermesi gerektiğini ve hâkimin de bu miktarın %20 oranında altına veya üstüne hükmedebileceğini kabul etmektedir. Verdiği örnekte, davacının dava açarken yaklaşık 10.000 Euro talep etmesi durumunda, hâkimin en fazla 12.000 lira verebileceğini; ancak aslında hâkimin takdir yetkisini 25.000 Euroya kadar kullanabileceği söz konusu durumda davacının talebini artırması gerektiği, yani 20.000 Euroya çıkarması durumunda hâkimin 24.000 Euro'ya kadar hükmedebileceğini (hükmetmek zorunda olduğu); ancak bu durumda ise artırılan kısım için zamanaşımı definde bulunulabileceği ifade etmiştir. Yazar, davacının asgari miktar gösterdiği ve hâkimin bununla bağlı olmadığı durumlarda yani sınırsızlık teorisinde ise böyle bir durumun yaşanmayacağını ifade etmiştir (s. 51).

¹¹³¹ MENGES, s. 49; KERN, s. 40. Basamaklı davanın söz konusu olduğu durumlar da asıl alacak için zamanaşımı, davanın açıldığı anda kesilir (ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 95, Rn. 32, s. 522).

¹¹³² MEIER, s. 31; LOOSLI, s. 164, 165; BGE 60 II 203. Basamaklı dava ile davacının talebini belirlemeye yardımcı olan bilgi ve belgelerle asıl alacağına ilişkin talebin birlikte açıldığı, asıl talebin miktarı belirli olmasa dahi zamanaşımın hedeflenen talep bakımından kesildiğini ifade edilmektedir (WALDMANN, s. 278; LIEBSTER, s. 50).

¹¹³³ MEIER, s. 31; DUNZ, s. 1738. Zamanaşımın kesilmesi için aynı şekilde: BİLGE, s. 323; BİLGE/ÖNEN, s. 444.

¹¹³⁴ PEKCANITEZ, s. 59-60; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 391 ; PEKCANITEZ, HMK Değerlendirmesi, s. 74; KURU/BUDAK, Yenilikler, s. 13; ÖZBAY, s. 128; YILMAZ, s.742; KİRAZ, 17; SÜZEK, s. 110; YILMAZ, Z., s. 304; TUTUMLU, Mehmet Akif, Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Ankara 2012, s. 85; ÇELİK, s. 28.

¹¹³⁵ KILIÇOĞLU, s. 856 vd.

Daha önce belirtildiği üzere, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan önce, haksız fiil alacaklarında olduğu gibi alacak miktarının üst sınırı henüz belirli olmayan alacaklının, belirleyebildiği kısım için veya bütün hukuki ilişki hakkında tespit davası açabileceği kabul edilmekteydi. Doktrinde, bu gibi durumlarda tespit davasının kısa zamanaşımını kesmek amacıyla açılması önerilmektedir¹¹³⁶. Burada davacı, hukuki ilişkinin tümünü tespit ettirmek amacıyla tespit davası açtığı için, bu dava ile hukuki ilişkinin tümü için zamanaşımının kesildiği kabul edilmekteydi¹¹³⁷. Alacaklı söz konusu alacağı için, kısmi dava açtığı takdirde, zamanaşımının sadece mahkemeden talep ettiği kısım için kesildiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabulüyle birlikte belirsiz alacak davası düzenlenmesine rağmen, alacak miktarını tam olarak belirleyemeyen alacaklının kısmi dava ve belirsiz tespit davası açma imkânı hâlâ mevcuttur. Bununla birlikte alacaklı belirsiz alacak davası da açabilmektedir. Belirsiz alacak davası açılacak bir durumda, davacı alacak miktarını dava açmadan önce tahminen belirlemişse ve normal eda davası açmışsa, zamanaşımını sadece dava konusu yapılan

¹¹³⁶ KURU/BUDAK, s. 147; ANSAY, s. 230; POSTACIOĞLU, s. 258 vd.

¹¹³⁷ İYİMAYA, Kısmi Tazminat, s. 197. Belirsiz tespit davasının açılması durumunda bunun kural olarak tüm hukuki ilişki bakımından zamanaşımını kestiğine ilişkin Alman Mahkeme kararları için bkz.: OLG Zweibrücken, NJW-RR 2001, s. 670; BGH, NJW 1988, s. 1381). Bununla beraber KILIÇOĞLU, borcun muaccel olmadan tespit davasının açıldığı durumlarda açılan tespit davasının zamanaşımını kesmeyeceğini kabul etmektedir (s. 863). Kanaatimizce, bu durumda zamanaşımı süresi henüz başlamadığı için, başlamamış bir sürenin de kesilmesi söz konusu olmayacaktır (TBK m. 149). Ancak açılacak tespit davası sonucunda, tespit edilen alacak için zamanaşımı süresi, TBK'nun 156. maddesinin ikinci fıkrasına göre on yıl olur. Bu, özellikle on yıldan daha az zamanaşımına tabi alacaklar bakımından önemlidir. KILIÇOĞLU, diğer bir ihtimalde, yani borcun muaccel olduğu durumlarda, alacaklının eda davası yerine tespit davası açması durumunda zamanaşımının kesilmesini sağlayamayacağını ifade etmektedir. Yazar tarafından buna gerekçe olarak alacaklının, her zaman açılması mümkün bir tespit davası ile özellikle haksız fiillerde kısa olan zamanaşımı süresini on yıl gibi uzun bir süreye uzatabilme olanağını elde edebileceği gösterilmiştir. Bu görüşe katılmak mümkün görülmemektedir. Öncelikle, davanın açılmasıyla beraber zamanaşımının kesileceğini düzenleyen TBK'nun 154. maddesinin 2. bendinde dava türleri arasında bir ayırım yapılmamış; davanın açılmasıyla beraber zamanaşımının kesileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, bu durumda açılacak tespit davasının da zamanaşımını kesmesi konusunda tereddüt etmemek gerekir. Ayrıca, zamanaşımının amacı alacaklının alacağına ulaşmasına engel teşkil etmek değildir. Zamanaşımının kabulünün, kamu yararı ve hukuk güvenliği düşüncesine dayandığı kabul edilmektedir (Ayrıntılı bilgi için: HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 321). Bu nedenle, doktrinde alacak muaccel olmakla beraber haksız fiilden doğan alacak gibi belirlenmesi hemen mümkün olmayan durumlarda zamanaşımının kesilmesi için bir tespit davası açılmasında davacının hukuki yararının var olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde açılacak bir tespit davasının zamanaşımını kestiği kabul edilmelidir (KURU, 91; KURU, Usûl, C. 2, s. 1655; ANSAY, s. 225; POSTACIOĞLU, Usûl, s. 264; TUTUMLU, Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, İstanbul 1991, s. 68. Aynı yönde: HGK, 17.1.1979, 4/533-24, İKİD, Y. 1979, S. 225, s. 7128-7129). HMK'nun 107. maddesinin son fıkrası da bu gibi durumlarda artık davacının hukuki yararının var olduğunu düzenlemiştir.

miktar veya değer bakımından kesileceği konusunda tereddüt etmemek gerekir¹¹³⁸.

Belirsiz alacak davasının açılmasının en sık görüleceği durum olan tazminat davaları bakımından zamanaşımı, Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde düzenlenmiştir¹¹³⁹. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Zararın öğrenilmiş sayılması için, varlığını, niteliğini ve temel unsurlarını belirleyecek bilgilerin dava açacak derecede öğrenilmiş olması gerektiği; tazminatın hesabına yarayacak bütün ayrıntıların bilinmesinin aranmadığı kabul edilmektedir¹¹⁴⁰. Zamanaşımının başlaması için, zararın miktarının kesin olarak bilinmesi gerekli değildir¹¹⁴¹. Devam eden zararlarda, zararın niteliğinden kapsamını tayin etmek mümkün ise, yani haksız fiil sonucunda sakat kalınması halinde sakatlığın derecesi ve meydana getirdiği kazanç mahrumiyeti oranı anlaşılır hale geldiğinde, zararın öğrenilmesinin tamamlandığı ve bu nedenle zamanaşımının başlayacağı kabul edilmektedir¹¹⁴². Devam eden zararlar bakımından da zararın öğrenilmiş olması için, zararın miktarının kesin olarak bilinmesi gerekli değildir. Ancak gelişen duruma göre, zararın kapsamını belirlemek mümkün değilse, gelişme tamamlanıp dava açmaya elverişli bilgiler elde edilinceye kadar zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz¹¹⁴³. Yargıtay da aynı şekilde zararın miktarının zaman içinde değişmediği durumlarda zararın varlığının öğrenilmesinin, zamanaşımının başlaması için yeterli olduğunu, ayrıca zararın kapsamı ve miktarının öğrenilmesinin zamanaşımının başlaması için bir koşul olmadığını kabul etmektedir¹¹⁴⁴. Bir başka

¹¹³⁸ LOOSLI, s. 165

¹¹³⁹ 818 sayılı BK m. 60/1 “Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namiyle nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mutazarrır olan tarafın zarara ve failine itulau tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene müdurundan sonra istima olunmaz.”

¹¹⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.2, s. 70; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 718; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul 2011, s. 262. Karş.: ÇELİK, Ahmet Çelik, Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, İstanbul 2004, s. 152.

¹¹⁴¹ TANDOĞAN, s. 356.

¹¹⁴² OĞUZMAN/ÖZ, C.2, s. 71; Karş: TANDOĞAN, s. 357.

¹¹⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, C.2, s. 72; REİSOĞLU, s. 262'deki dn. 10. HGK, 27.11.2002, E.2002/4-1022, K. 2002/1034 (İBD, S. 3, C. 77, Eylül 2003, s. 690-694); HGK, 20.12.2006, E. 2006/4-801, K. 2006/813 (İBD, S. 3, C. 81, Haziran-Mayıs 2007, s. 1134-1138).

¹¹⁴⁴ “Davacı, geçirdiği kaza sonucu kırılan kolunun tedavisi için sevk edildiği Güven hastanesinde, davalı doktorların ihmal ve kusurları sonucu 16.09.1997 tarihinde kolunun kesildiğinden bahisle, 1.5.1998 tarihinde 1.000.000.000 TL. maddi tazminatın tahsili talebiyle dava açmış, daha sonra 13.12.2004 tarihli dilekçesi ile maddi tazminat talebini artırarak, 150.042.752.142 TL. ya

deyişle, zararın varlığı yeterli görülmekte; alacaklının zararın kapsamı ve miktarını belirleyememesi önemli görülmemektedir. Böylelikle, dava edilmeyen kısım için zamanaşımı kesilmemekte, alacaklı dava edilmeyen kısmı talep ettiği takdirde zamanaşımı def'iyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu ise alacağının kapsamını bilmediği için tam dava açamayan alacaklının alacağına tam olarak kavuşmasını engel olmaktadır. Davacının kısmi dava açması da kendisine gerekli korumayı sağlamamaktadır¹¹⁴⁵. Çünkü geri kalan kısım dava konusu yapıldığında veya ıslah yoluyla ileri sürüldüğünde uzun yargılama süreleri nedeniyle zamanaşımı süresi çoğu durumda dolmuş olacaktır.

Belirsiz alacak davasında, alacaklı dava açarken alacak miktarını veya değerini tam olarak belirleyemese de, yargılama sırasında belirli hale gelmektedir. Belirsiz alacak davasında davanın açıldığı anda alacaklının talep sonucu alacağının tümünün hüküm altına alınmasına ilişkindir¹¹⁴⁶. Bu nedenle belirsiz alacak davasının açılmasıyla, alacak bakımından zamanaşımının kesilmesi etkisi, davacının sadece dava açarken göstermiş olduğu dava konusunun geçici değeri ile sınırlı olmayıp, davacının talebi olan alacağın tümünü etkiler şekilde etki göstermektedir. Bu etki, belirsiz alacak

yükseltmiştir. Davalılar tarafından davacının bu talebine karşı süresinde zamanaşımı definde bulunulmuştur. Davacının, 16.9.1997 tarihinde yapılan ameliyat ile kolunun kesildiği, 26.9.1997 tarihinde de hastaneden tedavisi biterek taburcu edildiği, rahatsızlığında gelişen ve artan bir durumun olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının, kolunun kesildiğini ve bu yüzden zarara uğradığını en geç hastaneden taburcu edildiği 26.9.1997 tarihinden öğrendiğinin kabulü gerekir. Zararın varlığının öğrenilmesi zamanaşımının başlaması için yeterli olup, ayrıca zararın kapsam ve miktarının öğrenilmesi, zamanaşımının başlaması için bir koşul olarak aranmamaktadır. Bu durumda somut olayda 26.7.1997 tarihinden itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlamıştır. Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. B.K.nun 126/4. maddesine göre vekalet sözleşmesinden doğan davalar beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Davacının, 13.12.2004 tarihli ıslah dilekçesi ile istediği 149.042.752.142TL. lık talebi, beş yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra yapıldığından reddi gerekir. Mahkemece, ıslahla istenen miktarın reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde hükiim tesisi usül ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir..." 13. HD, 16.09.2005, E. 5697, K. 13292.; Aynı yönde: 13. HD, E. 8721, K. 1901, T. 20.2.2004 (Kararlar için bkz.: (YILMAZ, Battal, Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 236-238).

¹¹⁴⁵ "...Hatalı işlem veya eylem sonucunda doğan zarar, üzerinden geçen zaman içerisinde ilk doğduğu şekliyle, sonradan değişmeksizin varlığını sürdürüyorsa, zarar görenin salt bu zararın varlığını öğrenmiş olması, zamanaşımı süresinin de başlaması için yeterli olacaktır. Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarında zamanaşımı başlangıcı yönünden salt zararın varlığını öğrenmesi yeterli kabul edilmekte, ayrıca zararın miktar veya kapsamını da öğrenmesi aranmamaktadır. Zarar görenin zarar kapsamını tam öğrenmesinin bilirkişi raporunun geç alınması gibi bir sebeple geçikmesi hali "gelişen durum" kavramı içinde değerlendirilemeyeceği... Bu durumda davacının zararı ve kapsamını, tüm unsurlarıyla birlikte ilk davayı açmadan önce öğrendiğinin kabulü ve ek davam açıldığı tarih olan 15.3.2002 tarihi itibarıyla B.K. 126/4. maddesinde öngörülen 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunun gözönüne alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken..."', 13. HD, 20.2.2004, E. 8721, K. 1901 (YILMAZ, B., s. 237-238).

¹¹⁴⁶ PEKCANITEZ, s. 59.

davasının kabul edilmesindeki en önemli nedenlerden biridir¹¹⁴⁷. Özellikle tazminat davalarında alacaklının davanın açıldığı sırada talep miktarının tamamını kesin olarak belirleyebilme imkânı yoktur. Ayrıca zamanaşımı sürelerin kısa olması ve belirsiz alacak davasının konusunu teşkil eden yargılamanın uzun sürmesi zamanaşımını daha da önemli kılmaktadır¹¹⁴⁸. Bu nedenle, davacıya bir taraftan talebini yargılama sırasında belirleme imkânı tanınırken, diğer taraftan davacının geçici değer dışında kalan alacak miktarının zamanaşımı rizikosu altında kalması belirsiz alacak davasının kabul edilme amacına da uygun değildir. Bu sebeple de, belirsiz alacak davasının açılmasıyla zamanaşımının alacağın tümü bakımından kesildiği kabul edilmelidir.

Belirsiz alacak davası ile alacaklı, mahkemedен, sadece dava açarken belirleyebildiği ve dava dilekçesinde göstermiş olduğu geçici değere hükmetmesini istememekte; yargılama sırasında belirli hale getirebildiği alacağının tümüne hükmedilmesini talep etmektedir. Yani belirsiz alacak davası açan alacaklının, dava konusu yaptığı alacağın miktarı, dava açarken dava dilekçesinde göstermek zorunda olduğu geçici değer olmayıp, o hukuki ilişkiden doğan alacağın tamamıdır. Bu husus belirsiz alacak davasının, kısmi davadan ayırıcı en temel özelliğidir. Bu nedenle, kısmi davanın açılmasının sonuçlarıyla belirsiz alacak davasının açılmasının sonuçları farklıdır¹¹⁴⁹. Kanaatimizce, zamanaşımı kısmi davada sadece dava yoluyla talep edilen kısım için kesilmişken, belirsiz alacak davasında alacağın tümü dava yoluyla talep edildiği için, zamanaşımının alacağın tümü için kesildiğini kabul etmek gerekir. Bu sonuç, zamanaşımının davacının talebi oranında kesildiği kuralının da bir gereğidir. Ayrıca alacaklının alacağının tümünü dava etmesi ile alacağının tümünü belirleyebilmesi ayrı şeylerdir. Alacaklının alacağının tümünü dava açarken belirleyememesi, alacağının tümünü dava etmesine engel teşkil etmemelidir. KILIÇOĞLU'nun da belirttiği gibi henüz dava edilmeyen talepler bakımından zamanaşımı kesilmez. Ancak belirsiz alacak davasında alacaklı, alacağın tümünü dava ettiği için zamanaşımı da alacağın tümü bakımından kesilir. Bu nedenle KILIÇOĞLU'nun belirsiz alacak davası bakımından ulaştığı sonucu katılmak mümkün değildir.

¹¹⁴⁷ MERSCHFOTMANN, Ralf, Der Umfang der Verjährungsunterbrechung durch Klageerhebung, Berlin 1992, s. 38; PEKCANITEZ, s. 68 vd; YILMAZ, s. 742.

¹¹⁴⁸ HUSMANN, Alman yargılamasında, manevi tazminat davaların azımsanmayacak kısmının 8'le 15 yıl arasında devam ettiğini söylemektedir, s. 717.

¹¹⁴⁹ Bknz.: § 6, D.

KILIÇOĞLU'nun belirttiği gibi¹¹⁵⁰ belirsiz alacak davası, “*alacağın saklı tutulması veya yargılama sırasında ortaya çıkan ilave alacaklar*”ın ileri sürülmesine imkân tanımamaktadır. Belirsiz alacak davasında, alacağın tamamı dava edilmekte; yargılama sırasında alacaklı belirsiz alacak davası açmasına neden olan hukuki ilişkiye bağlı olarak alacak miktarını kesin olarak belirlenebildiği anda, talep sonucunu rakamsal olarak belirlemektedir¹¹⁵¹. Davacı yeni bir hukuki ilişkiye ve buna bağlı somut vakıaları ileri sürüp buna ilişkin bir talepte bulunmamaktadır. Belirsiz alacak davasında yargılama sırasında ortaya çıkan ilave talepler bulunmamaktadır. Belirsiz alacak davasının konusu dışında ilave bir talep söz konusu olursa bu elbette iddianın genişletilmesi yasağı kapsamında ileri sürülebilir¹¹⁵². Bu tür bir talep ancak davalının açık rızası veya ıslah yoluyla yargılamaya dahil edilebilir. Bu durumda ise bu talep için zamanaşımı yargılamaya dahil edildiği anda kesilecektir. Ancak belirsiz alacak davasında, alacaklının yargılama sırasında alacak miktarını belirlemesini, yargılama sırasında ortaya çıkan ilave talep olarak değerlendirmek mümkün değildir¹¹⁵³.

Bilindiği üzere alacaklı, belirsiz alacak davasında, dava açarken dava dilekçesinde göstermiş olduğu geçici talebini, alacağı kesin olarak belirleyebildiği anda artırabilecektir. Alacaklı, talep sonucunu belirlenen alacağının tamamı oranında artırdığı anda, dava bu yeni miktar veya değer üzerinde devam edecektir. Tasarruf ilkesi gereğince, yargılama sırasında alacak miktarı kesin olarak belirli hale gelen davacı, talep sonucunu artırmayabileceği gibi davacı talep sonucunu artırmaya zorlanamaz. Davacı, süresinde talep sonucu artırmazsa, artırmadığı kısım için zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Davanın devamı sırasında, tarafların yargılamaya ilişkin her işlemi ve hâkimin her emir ve hükmü, sadece kesin talep sonucuna ilişkin kısım için zamanaşımını kesecektir. Ancak bu durum, davanın açılmasıyla beraber, alacağın tümü için zamanaşımının kesilmesi sonucunu değiştirmeyecektir. Alacaklının alacağı belirlenebilir duruma gelene kadar, tarafların yargılamaya ilişkin her işlemi ve hâkimin her emir ve hükmü alacağın tamamı için;

¹¹⁵⁰ KILIÇOĞLU, s. 866.

¹¹⁵¹ Karş: KILIÇOĞLU, s. 866.

¹¹⁵² Örneğin haksız fiil nedeniyle uğranılan zararın tazmini nedeniyle açılan belirsiz alacak davasında, davanın açıldığı anda faiz talep etmeyen davacının, yargılama sırasında talebini belirlerken faiz de talep etmesi, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olacaktır. Davacı, talebini belirleyebilecek; ancak faiz talebinin hüküm altına alınması için karşı tarafın açık rızasına veya davacının ıslah yoluna başvurması gerekecektir.

¹¹⁵³ Karş.: ÜÇER, s. 22.

bu andan itibaren ise sadece kesin talep sonucuna ilişkin kısım için zamanaşımını kestiğini kabul etmek gerekmektedir.

Son olarak, bilindiği üzere görevsizlik, yetkisizlik veya kanuni noksanlık gibi bir sebeplerle davanın açılmamış sayılması halinde, zamanaşımının kesilmesi de hükümsüz kalacaktır. Buarada zamanaşımı süresi de dolmuş ise, davacı Türk Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinde öngörülen altmış günlük ek süreden faydalanabilmektedir. Yani, davacı bu süre içinde daha önce zamanaşımı dolmuş olsa bile, davasını açabilir. Altmış günlük süre, görevsizlik veya yetkisizlik kararına karşı kanun yolu süresinin bitmesinden veya kanun yoluna başvurulmuşsa, bu başvurunun reddi kararının tebliğinden itibaren iki hafta geçtikten sonra işleyemeye başlayacaktır. Belirsiz alacak davasında, alacağın tümü için zamanaşımı kesildiğinden, ek süre içinde davacı alacağın tamamı için yeni bir dava açabilecektir¹¹⁵⁴. Bu durumda davacı yine belirsiz alacak davası açabilir. Ancak alacaklı bu süre zarfında talebini belirleme imkânına kavuşmuşsa, örneğin bilgi ve belgelere ulaşmışsa alacağının tümü için tam bir eda davası açmalıdır. Bu son ihtimalde alacak miktarı belirli olduğu için artık belirsiz alacak davası açılmaz.

¹¹⁵⁴ Davacı, belirsiz alacak davası yerine kısmi dava açmış olsaydı, ek süreden sadece kısmi davaya konu yaptığı miktar kadar yararlanabilecekti. Kısmi davada talebinin dışında kalan bakiye ise zamanaşımına uğramış olacaktı. Bu nedenle davacı, zamanaşımına uğramış ve ek süreden yararlanılamayan bakiye kısmı ayrı bir dava veya ek süre içinde açılacak dava ile beraber talep ettiğinde, davalının zamanaşımı defî ileri sürmesiyle sonuç elde edemeyecekti.

§ 13. TÜRK HUKUKUNDAKİ BAŞLICA UYGULAMALARI

A. Genel Olarak

İsviçre ve Alman hukukunda belirsiz alacak davası istisnai olarak uygulama alanı bulmaktadır. Bu hukuk sistemlerinde belirsiz alacak davasının açılabilmesi, davanın açıldığı anda talep miktarının belirlenebilip belirlenememesine bağlıdır. Türk kanun koyucusu da aynı şartı kabul etmiştir. Belirsiz alacak davasının hangi talepler bakımından açılabileceğini, yani uygulama alanını da tespit ederken bu ilkeden ayrılamayız. Bu nedenle belirsiz alacak davasını, yargılama giderleri rizikosunu bertaraf eden ve ispat zorluklarının aşılmasına¹¹⁵⁵ hizmet eden bir dava olarak kabul edip, uygulama alanını genişletmek mümkün değildir. Belirsiz alacak davasının en sık tazminata ilişkin talepler için açılacak davalarda uygulama alanı bulacağı muhakkaktır. Tazminat taleplerine ilişkin açılacak davaların belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi dahi bu şartın varlığına bağlıdır. Yani davacı tazminat talebini dava açmadan önce belirleyebilecek bilgi ve belgeye sahipse belirsiz alacak davası açamaz¹¹⁵⁶. Bu nedenle alacaklının talebi ister işçi alacağı olsun isterse de tazminat alacağı olsun, belirsiz alacak davasının uygulama alanını belirlerken alacaklının, gerekli tüm özeni göstermesine rağmen dava açtığı anda talebini belirleyemediği durumlarla yetinilmelidir. Belirsiz alacak davası, istisnai olarak açılabilecek bir dava olmasına rağmen aşağıda da görüleceği üzere geniş bir uygulama alanına sahiptir.

B. Aile Hukukunda Mal Rejimi Nedeniyle Açılacak Davalar

Türk Medeni Kanunu'nun 202. maddesinin birinci fıkrasına göre, yasal mal rejimi¹¹⁵⁷ olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiştir. Yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılmanın yanı sıra kanunda, mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı da düzenlenmiştir. Eşler gerek evlenmeden önce gerekse evlendikten

¹¹⁵⁵ LOOSLI, s. 72.

¹¹⁵⁶ LOOSLI, s. 71.

¹¹⁵⁷ Yasal mal rejimi, eşlerin evlenme sözleşmesinin yapılmasından önce veya evliliğin devamını süresinde aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle veya evlenme başvurusu sırasında yazılı olarak bildirimde bulunmak suretiyle kanunun öngördüğü başka bir mal rejimini seçmemiş olmaları halinde, mallarının yönetimi bakımından kanundan ötürü tabi olacakları rejime yasal mal rejimi denir (AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAHAN, Derya, Aile Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2011, s. 144).

sonra söz konusu mal rejimlerinden istediğini seçebilirler¹¹⁵⁸ (TMK m. 202/2; TMK m. 203). Ancak eşler herhangi bir mal rejimini seçmemişlerse, eşler hakkında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma uygulanacaktır.

Yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar (TMK m. 218). Paylı mallar da bu kapsamda kabul edilmektedir¹¹⁵⁹. Edinilmiş mal kavramı ve bu mallara nelerin girmekte olduğu¹¹⁶⁰ örnekleme yoluyla Türk Medeni Kanunu'nun 219. maddesinde sayılmıştır. Bu maddeye göre, edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değeridir. Örnek olarak, edinilmiş mallar bir eşin çalışmasının karşılığı olan edimler, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, kişisel malların geliriyle edinilmiş malların yerine geçen değerlerdir (TMK m. 219/2). Eşlerin sahip olduğu mallardan bazıları bizzat kanundan dolayı (TMK m. 220), bazıları ise eşler arasında yapılan bir sözleşme dolayısıyla (TMK m. 221) kişisel mal sayılmaktadır¹¹⁶¹. Kanundan kaynaklanan kişisel mallar, eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, manevî tazminat alacaklarıyla kişisel mallar yerine geçen değerlerdir. Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırdıkları kişisel malları ise bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerleriyle, yine eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağına dair kararlaştırdıkları mallarıdır. Paylı mallar ise eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen ve her iki eşin paylı mülkiyetinde sayılan mallardır (TMK m. 222/1-2).

Edinilmiş mallara katılma rejimi, dört halde sonra ermektedir (TMK m. 225).

¹¹⁵⁸ Eşlerin, yasal mal rejimi dışında, evlenmeden önce veya evlendikten sonra mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle veya evlenme başvurusunda yapacakları yazılı bir açıklamayla kendi iradeleriyle seçecekleri ve tabi olacakları mal rejimine seçimlik mal rejimi denir (AKINTÜRK/ATEŞ KARAHAN, s. 146).

¹¹⁵⁹ AKINTÜRK/ATEŞ KARAHAN, s. 155.

¹¹⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005, s. 89 vd.

¹¹⁶¹ ZEYTİN, s. 117 vd.

Bunlardan ilki eşlerden birinin ölümüdür. Yani eşlerden biri öldüğü takdirde, o ana kadar geçerli olan edinilmiş mallara katılma rejimi ölüm anında kendiliğinden sona erecektir. Diğer ise eşlerin, mevcut mal rejimleri olan edinilmiş mallara katılma rejiminden vazgeçerek seçimlik mal rejimlerinden birini seçmeleri halinde, buna ilişkin sözleşmenin tamamlandığı andan itibaren kendiliğinden sonra erer. Ayrıca, evliliğin boşanma veya iptal nedeniyle sonra ermesi durumunda da eşler arasında geçerli olan edinilmiş mallara katılma rejimi dava tarihinden itibaren sonra erer. Son olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin hâkim kararıyla mal ayrılığına dönüştürülmesi halinde dava tarihinden itibaren bu rejim sona erecektir.

Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümler, mal rejiminin herhangi bir sebeple sonra ermesi halinde, her bir eşin, diğer eşin evliliğinin devamı sırasında edinilmiş mal kabul edilen malvarlığı değerleri yönünden katılma alacağına sahip olması esasını düzenlemiştir¹¹⁶². Edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı sırasında, söz konusu katılma alacağı, hukuken bir beklenen hak oluşturmaktadır¹¹⁶³. Mal rejiminin sona ermesiyle eşlerin her birinin sahip olduğu bu beklenen hak, katılma alacağı adı altında bir alacak hakkına dönüşecektir¹¹⁶⁴. Ancak, her bir eş için bu alacak hakkının miktarının belirlenmesi, mal rejimin tasfiyesi sonucunda mümkün olacaktır. Yani malvarlığı rejiminin sona erdiği anda, eşlerin katılma alacağının miktarı eşler tarafından bilinmemektedir. Bunun için tasfiyenin yapılması ve katılma alacağının miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Her bir eş için katılma alacağının miktarının belirlenmesini sağlayan tasfiye, Türk Medeni Kanunu'nun 225. maddesi ve devamı hükümlerine göre yapılacaktır.

Taraflar, mal rejimi tasfiyesinin nasıl gerçekleştirileceğini ve bunun sonucunda her bir eşin katılma alacağının miktarını anlaşarak belirleyebilirler¹¹⁶⁵. Ancak eşlerin çoğu zaman tasfiye konusunda anlaşamadıkları görülmektedir. Tasfiyenin nasıl yapılacağı ve özellikle katılma alacağının belirlenmesinde eşler arasında uyuşmazlık çıktığında bunun dava yoluyla giderilmesi gerekir. Bu davada öncelikle mevcut

¹¹⁶² SARI, Suat, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 100.

¹¹⁶³ SARI, s. 100. Karş.: DURAL Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C. 3 (Aile Hukuku), İstanbul 2012, Kn. 1206, s. 223.

¹¹⁶⁴ SARI, s. 100.

¹¹⁶⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Kn. 1102, s. 206. Anlaşmalı boşanmalarda, eşler tabi oldukları mal rejiminin tasfiyesi üzerinde de anlaşmak zorundadırlar (TMK m. 166/3; TMK m. 179). Ayrıntılı bilgi için bkz.: SARI, s. 105 vd.

katılma alacağının miktarı tespit edilecek, daha sonra da borçlu eşin belirlenen miktarı ödemesine hükmedilecektir¹¹⁶⁶.

Tasfiyenin gerçekleşebilmesi ve eşlerin katılma alacağının miktarının tespiti için öncelikle her bir eşin mal rejiminin sona erme anı itibarıyla malvarlığının belirlenmesi lazımdır. Eşler evlilik birliği içinde olsa da birbirlerinin tüm varlık unsurlarını bilecek durumda olmayabilirler. Özellikle eşlerin birbirinden ayrı banka hesaplarının olması, gayrimenkul yatırımları, şirket hisselerinin bulunduğu durumlarda bunların karşı eş tarafından bilinmesi, miktarı ve değerinin belirlenmesi her zaman mümkün değildir. Bu nedenle, mal rejimin sona ermesi nedeniyle açılacak bu yönde bir davada, davacı, davanın açıldığı anda karşı tarafın malvarlığının tamamını bilecek durumda değildir. Bu belirsizlik önemli ölçüde eşlerin kendi malvarlığı haklarına ilişkin vereceği bilgi ve belge sonucunda giderilebilir¹¹⁶⁷. Gerçi Türk Medeni Kanunu'nun 216. maddesine göre, eşlerden herbiri, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını isteyebilir. Mal rejimi süresince bu tür bir envanterin yapılması eşlerin birbirlerinin malları hakkında bilgi sahibi olmasını sağlayacaktır¹¹⁶⁸. Ancak sadece envanter düzenlenmesini talep etme hakkı, eşlerin birbirlerinin tüm malvarlığı değerleri hakkında tam bir bilgi sahibi olmalarına imkân tanımaz. Herşeyden önce, eşlerin borçları envanterin kapsamına dahil edilmemiştir¹¹⁶⁹. Bu nedenle kural olarak envanterde eşlerin borçları yer almayacaktır. Ayrıca eşler envanter düzenlenmesini talep etme hakkından feragat edememeleri ve bunu kaldıran¹¹⁷⁰ ya da zorlaştıran anlaşmalar yapamamalarına rağmen, envanterin kapsamını belirleme imkânları bulunmaktadır¹¹⁷¹. Yani, eşler sadece belirli malları kapsayan bir envanterin yapılmasını talep edebilirler. Eşler dışındaki kişilere envanter düzenlenmesini isteme hakkı da tanınmamıştır. Böyle olunca eşlerin envanter düzenlenmesini talep hakkı bulunmasına rağmen birbirinin malvarlığı unsurlarını tam olarak bilmesi mümkün değildir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nda eşlerin malların envanterinin düzenlenmesini talep hakkına yer verilmesine rağmen eşlerin malvarlığını bildirme veya buna ilişkin beyanda bulunma

¹¹⁶⁶ SARI, s. 108.

¹¹⁶⁷ KAUFMANN, s. 902.

¹¹⁶⁸ ZEYTİN, malların kime ait olduğunun ispatı için envanterin sunulabileceğini ifade etmektedir (s. 68-69, 79-80).

¹¹⁶⁹ SARI, s. 122.

¹¹⁷⁰ ZEYTİN, s. 69.

¹¹⁷¹ SARI, s. 120-121.

yükümlülüğü düzenlenmemiştir (TMK m. 206/1, b. 4). Bu durumda eşlerin malvarlığı hakları ve borçları hakkında iddiaları ispat etmeleri gerekmektedir. Bu ise ancak yargılama sırasında ve özellikle bazı yerlerden, örneğin tapu idaresinden veya bankalardan gelecek bilgiler çerçevesinde eşlerin malvarlığı değerleri tam olarak belirlenebilecektir. Bu nedenle bu tür davaların belirsiz alacak davası olarak açılması mümkündür. Eşlerin malvarlığının belirlenmesi ise en kolay her eşin kendi malvarlığı unsurlarını beyan etmesiyle mümkün olacaktır. Ancak eşler arasındaki çıkar çatışması bu tür bir beyanın varlığını zorlaştırdığı gibi varlığı halinde kapsamının eksiksiz beyan edilip edilmediğinin tespiti de her zaman mümkün değildir. Özellikle eşlerden birinin ölümü halinde bu tür bir bilginin verilmesi de mümkün olmayacaktır.

Eşlerin sadece malvarlığı değerlerinin belirlenmesi yeterli olmayıp ayrıca, edinilmiş malların ayrımı ile kişisel malların ayrımı yapılmaktadır (TMK m. 228). Katılma alacağının miktarının tespitinde kural olarak kişisel mallar dikkate alınmayacak; edinilmiş mallar tasfiyeye tabi tutulacaktır. Belirtelim ki, edinilmiş malların tespit edilmesi tek başına katılma alacağının tespitine imkân vermemektedir. Bu nedenle öncelikle edinilmiş malların değeri tespit edilecektir (TMK m. 235). Edinilmiş mallar ile kişisel mallar arasındaki değer kaymalarını telafi etmeye yönelik denkleştirme¹¹⁷² (TMK m. 230) ve kanun gereği edinilmiş mallara eklenecek değerler (TMK m. 229) de dikkate alınmak suretiyle edinilmiş malların toplam değeri belirlenecektir. Denkleştirme ve eklemeyen sonra ortaya çıkan edinilmiş malların toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra artık değer belirlenecektir (TMK m. 231/1). Değer eksilmesi artık değer belirlenmesinde dikkate alınmaz (TMK m. 231/2). Artık değer, katılma alacağının miktarının tespit edilmesine temel oluşturacaktır. Çünkü katılma alacağı artık değer üzerinden belirlenecektir. Çünkü her eşin veya mirasçının tasfiye sonunda alacak hakkı olarak sahip olacakları katılma payı, artık değer yarısı (TMK m. 236) veya eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırdıkları oran (TMK m. 237) olacaktır. Şunu da belirtelim ki, artık değer belirlenmesi de çoğu zaman bilirkişi incelemesini gerektirecektir.

Mal rejiminin sona ermesi nedeniyle açılan bir alacak davasında davacının davanın

¹¹⁷² SARI, s. 132.

açıldığı anda katılma alacağının miktarını belirlemesi imkânsızdır. Bu öncelikle davacının, karşı tarafın malvarlığı değerlerini tam olarak bilememesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca kişisel mallar ile edinilmiş mallar ayrımı da her zaman kolay değildir. Bu ise ancak yargılama sırasında, karşı tarafın vereceği bilgi ve belgeler neticesinde belirlenebilecektir. Davacı, karşı tarafın edinilmiş mallarını bilecek durumda olsa bile, bunların değerini (örneğin şirket ortaklığı söz konusu ise) ve bunlara eklenecek ve çıkarılacak değerlerin denkleştirme değerlerinin tespiti için bilirkişi incelemesi gerekmektedir. Bu nedenle davacı tam olarak artık değeri hesap edip buna göre katılma alacağının miktarını davanın açıldığı anda tespit etmesi mümkün görülmemektedir. Bu sebeple de kanaatimizce, mal rejimi davalarında belirsiz alacak davası açılabilir. Davacı, artık payın tespit edilmesinden sonra, hâkimin verdiği süre içinde talep sonucunu belirleyebilecektir.

Seçimlik mal rejimlerinden mal ayrılığı rejimin tasfiyesi son derece kolaydır. Mal ayrılığı rejiminde eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korudukları için (TMK m. 244) tasfiyede her eş kendi malını alır. Gerçek anlamda bir tasfiye de yoktur. Bu nedenle doğrudan tasfiye nedeniyle bir belirsiz alacak davasının varlığı kural olarak söz konusu değildir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ile mal ortaklığı rejimlerinde de tasfiye edinilmiş mallara katılma rejiminde kabul ettiğimiz gerekçelerle belirsiz alacak davasının konusunu oluşturabilecektir.

C. Borçlar Hukukunda

I. Maddi Tazminat Davaları

Belirsiz alacak davası en sık maddi ve manevi tazminat taleplerinin ileri sürülmesinde uygulama alanı bulmaktadır¹¹⁷³. Bunun en önemi nedenleri ise, dava açıldığı anda alacağın miktarının belirlenmesinin kimi durumlarda imkânsız olması kimi durumlarda ise bunun davacıdan beklenememesidir. Uğranılan zararın miktarının tespiti için bilirkişi incelemesi gereken durumlarda alacaklıdan önceden pahalı bir uzman görüşü alıp alacağının miktarının üst sınırını belirlemesi

¹¹⁷³RGZ 10, s. 356; GREGER, in Zöllner, § 253, Rn. 14a, s. 838; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Rn. 3, s. 109.

beklenemez. Kaldiki bazı durumlarda yargılama sırasında dahi zararın miktarı tespit edilemediği için, davacının dava açtığı anda talep miktarının üst sınırını belirlemesi imkânsızdır¹¹⁷⁴. Bazı maddi tazminat taleplerin miktarı ise ancak karşı taraftaki bir takım belge ve bilgilere göre belirlenebilecektir. Bu nedenle, maddi tazminat taleplerinde belirsiz alacak davasının her çeşidi ile karşılaşmak mümkündür.

Maddi tazminat talepleri, haksız fiilden kaynaklanabileceği gibi sözleşmeye aykırı davranıştan da doğabilir (TBK m. 114/2; TBK m. 417/3). Haksız fiil sorumluluğunda kusurun aranıp aranmaması veya tehlike sorumluluğun varlığı belirsiz alacak davasının açılıp açılmaması bakımından bir farklılık doğurmaz. Önemli olan, davanın açıldığı anda davacının uğradığı zararın miktarını tespit edebilmesinin mümkün olup olmadığıdır¹¹⁷⁵.

Maddi tazminat taleplerinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin birinci fıkrasına göre, zarar gören zararını ispat etmek durumundadır. Belirtmek gerekir ki, davacı zararının varlığının yanında bunun miktarını da ispat etmek zorundadır. Haksız fiil sorumluluklarında bu genellikle tahkikat aşamasında bilirkişi incelemesinden sonra mümkün olabilmektedir. Bu durumda hâkim, bilirkişi incelemesinden sonra davacıya uygun bir süre verip talep sonucunu belirlemesini talep etmelidir. Davacı da süresi içinde talep sonucunu takdir edecek ve ona uygun olarak alacağının hüküm altına alınmasını isteyecektir. Hâkim, Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddeye göre, tazminatın kapsamını, durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyecektir. Aynı kanunun 52. maddesinde düzenlenen tazminatın indirim sebeplerinin varlığı halinde, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

¹¹⁷⁴ NOMER, özellikle kar mahrumiyetinde ve ölüm dolayısıyla destekten yoksun kalanların zararı ile bedensel zararda gelir kaybının miktarını kesin olarak ispat etmenim mümkün olmadığını ifade etmektedir (NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Hazırlanmış), 11. Bası, İstanbul 2012, Kn. 127, s. 156). OĞUZMAN/ÖZ, zararın gerçek miktarının özellikle kazanç mahrumiyeti gibi hallerde davacı tarafından ispat edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedirler (C. 2, s. 82). TANDOĞAN da, zararın gerçek miktarının özellikle kar mahrumiyeti, yardımcıdan mahrumiyet, çalışma kabiliyetinin kısmen veya tamamen kaybı halinde ispat edilmesinin imkânsız olduğunu ifade etmektedir (s. 263). İNAL, şahsi itibar, yoksun kalınan kar gibi bazı zararların ispatlanmasının çoğu zaman zor veya imkânsız olduğunu ifade etmektedir (s. 227). Aynı yönde: REİSOĞLU, s. 209.

¹¹⁷⁵ Maddi zarar kavramı ve türleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz.: BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007, s. 45-163; EREN, s. 526 vd.

Ancak bazı durumlarda, zararın miktarının tespiti mümkün olmayabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme, belirsiz alacak davasının açılabilmesi için en tipik örnek olarak kabul edilmelidir. Söz konusu fıkraya göre, uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa¹¹⁷⁶, hâkim olayların akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önüne alarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyebilmektedir. Ancak bunun için, zararın miktarının gerçek verilere dayalı olarak hesaplanmasının mümkün olmaması gerekir¹¹⁷⁷. Özellikle, haksız fiil kazanç kaybına ve davacının ekonomik geleceğinin sarsılmasına ilişkinse, söz konusu fıkra daha da önemlidir¹¹⁷⁸. Böyle bir durumun varlığında, davacıdan davanın açıldığı anda talep sonucunun kesin olarak belirlenmesi beklenemez¹¹⁷⁹. Davacı tüm özeni göstermesine rağmen zararın miktarını belirleyemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak kendisi belirleyecektir. Zararın miktarının belirlenmesinde hâkimin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Kanun koyucu, bu takdir yetkisinin sınırlarını belirlemiştir. Hâkim öncelikle olayın olağan akışını dikkate alacaktır. Bunun yanında zarar görenin aldığı önlemler de zararın miktarının tespitinde önem arz edecektir. Hâkim, tüm bu değerlendirmeleri yaptıktan sonra zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir. İsviçre hukukunda, belirsiz alacak davasını düzenleyen hükümde, davacının talebini yargılama sırasında belirlemesi gerektiği kabul edilmesine rağmen, bu durumda açılan belirsiz alacak davasında, davacının, talep sonucunu daha sonra belirlemeden, hâkimin yaptığı değerlendirmeye uygun olarak geçici değere bağlı olmaksızın tazminata hükmedeceği kabul edilmektedir. Çünkü burada tazminatın miktarı hükümle belirleneceği kabul edilmektedir¹¹⁸⁰. Davacı, uğradığı zararının tümünün tazmini nedeniyle dava açtığı için, hâkim de bunu göz önünde tutarak tazminata hükmedebilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin birinci fıkrası hâkime tazminatın kapsamını tayin etme yetkisi vermiştir¹¹⁸¹. Her durumda tazminatın üst sınırı zarar miktarıdır. Alacak miktarı

¹¹⁷⁶ Bununla beraber davacı, zararın meydana geldiğini ispat etmek zorundadır. Bknz.: NOMER, Kn. 127, s. 156. EREN, TBK m. 50/2'nin uygulanabilmesi için, zarar görenin, kesin delil getiremezse dahi, hâkime, zararın varlık ve miktarı hakkında kanaat verecek olgu ve olayları sunmuş olması gerektiğini ifade etmektedir. Hâkim bu olgu ve olaylarda, zararın gerçekleştiği sonucuna varmadan, takdir yetkisini kullanamaz (s. 725).

¹¹⁷⁷ EREN, s. 725.

¹¹⁷⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 580; EREN, s. 726.

¹¹⁷⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 82. TANDOĞAN, s. 263; NOMER, Kn. 127, s. 156.

¹¹⁸⁰ Bknz.: § 9, B, II.

¹¹⁸¹ KILIÇOĞLU, s. 411.

hükümle belirleneceği için ve hâkimin takdir yetkisi zararın miktarının belirlenmesinde önem arz edeceği için bazı durumlarda yargılama sırasında delillerin incelenmesinden sonra dahi davacı talebini belirleyebilecek durumda değildir. Bu çözüm tarzının istisnai olarak hukukumuzda da uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır. Ancak bunun için, delillerin incelenmesi aşamasında dahi, davacının uğradığı zararını tespit edebilecek durumda olmaması gerekir. Eğer davacı başlangıçta zararın miktarını tespit edemiyorsa, fakat özellikle bilirkişi incelemesi neticesinde zararının miktarı belirlenebilir hale gelmişse, bu çözüm tarzı uygulanamaz. Bu durumda hâkimin davacıya talep sonucunu belirlemesi için uygun süre vermesi gerekir. Davacı talep sonucunu belirlediği takdirde hâkim, davacının talebine bağlı olarak tazminata karar verecektir¹¹⁸².

Yukarıda da ifade edildiği gibi, genellikle haksız fiil nedeniyle zararın miktarı yargılama bilirkişi incelemesi ile ortaya çıktığı için, davanın açıldığı anda davacıdan, talep sonucunu kesin olarak belirleyerek dava açması beklenemez. Bu durumlarda belirsiz alacak davası açılabilir. Özellikle ölüm ve bedensel zararlar bu durum söz konusu olacaktır (TBK m. 53-54). Bir kimsenin hukuka aykırı fiili, diğer bir şahsın yararlanmasına, sakatlanmasına veya hastalanmasına neden olabilir ve bu nedenle zarar gören şahsın malvarlığında bir azalma meydana gelebilir¹¹⁸³. Bedensel bütünlüğünün ihlali nedeniyle ortaya çıkan bu zararlar bedensel zarar denilmektedir (TBK m. 53-54). Beden bütünlüğünün ihlali halinde zararın kapsamı Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiştir. Bedensel zararlar özellikle, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır¹¹⁸⁴. Tedavi giderleri ve kazanç kaybı belirlenebilir alacaklardan olduğundan tek başına dava konusu yapıldığı takdirde, kural olarak belirsiz alacak davası yoluyla istenemez. Tedavi giderleri, beden bütünlüğünü eski hale getirmeye, yaralanma, sakatlanma veya hastalanmanın artmasını önlemek ve iyileştirme masraflarıdır¹¹⁸⁵. Hastane, doktor ve ilaç masrafları, protez, psikoterapi gibi masraflar tedavi giderleri olarak sayılabilir¹¹⁸⁶. Tedavi için hastaneye gidip gelme masrafları ile

¹¹⁸²Bknz.: § 9, B, II.

¹¹⁸³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 603.

¹¹⁸⁴ Bknz.: EREN, s. 744 vd.; ANTALYA, s. 460 vd..

¹¹⁸⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 603; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 91.

¹¹⁸⁶ EREN, s. 745.

bakıcı masrafları da tedavi masraflarından kabul edilmektedir. Tedavi masrafları kural olarak belirlenebilen masraflardandır. Ancak, tedavi devam ederken davacı, dava açmışsa ve tedavinin süreci hem zaman bakımından hem de yöntem bakımından davanın açıldığı anda bilinmiyorsa bu durumda belirsiz alacak davası açılabilir. Davanın açıldığı anda örneğin ameliyattan sonra fizik tedaviye ihtiyaç duyulup duyulmayacağını bilmeyen davacı belirsiz alacak davası açarak tedavi giderlerini talep edebilir. Bu durumda davacı, davanın açıldığı ana kadar yapmış olduğu tedavi giderlerini geçici değer olarak göstererek belirsiz alacak davası açabilecektir. Yargılama sırasında belirlenen tedavi giderlerini de hâkimin verdiği süre içinde talep sonucunu belirleyerek talep edebilir. Kazanç kaybı söz konusu ise, beden bütünlüğü ihlal edilen kimse, bunun da tazminini isteyebilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar da belirsiz alacak davasının konusunu oluşturacaktır. Bu tür kayıplar kazanç yoksunluğu, yoksun kalınan kazanç veya gelirlerdir. Çalışma gücünün kaybı oranı bilirkişilerce belirlenecek bir durumdur¹¹⁸⁷. Çalışma gücünün geçici bir süre için kaybedilmesi yüzünden yoksun kalınan kazanç ve gelir miktarını hesaplamak daha kolaydır. Burada kazanç kaybının hesabı, çalışma gücünün muhtemel süresi dikkate alınarak yapılır¹¹⁸⁸. Örneğin, tesisat işleriyle uğraşan bir ustanın elleri kırıldığında tekrar işe başlayacağı süreye kadar geçen sürede ortaya çıkan kazanç kaybı belirlenebilir alacaklardandır. Bu durumlarda kural olarak belirsiz alacak davası açılmaz. Ancak çalışma gücünün kısmen veya tamamen yitilmesi devamlılık gösterdiği durumunda, kazanç kaybının hesaplanması bu kadar kolay değildir. Burada tazminatın miktarı bir çok değişkene bağlıdır¹¹⁸⁹. Öncelikle çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybında, mağdurun kayba uğramasa idi çalışabileceği süre tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacaktır. Burada zarar gören kişinin, yaşı, kabiliyeti ve zarar görmeden önce gördüğü iş tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Eğer sakat kalan kişi küçük ya da çalışma hayatına henüz atılmamışsa, onun ailevi durumu, çevresi ve yetenekleri de göz önüne tutularak ilerde nasıl bir mesleği icra edeceği ve ne miktarda kazanç sağlayacağı

¹¹⁸⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 94; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 608.

¹¹⁸⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 93.

¹¹⁸⁹ Detaylı bilgi için bkz.: EREN, s. 746 vd..

tamamen tahmini şekilde hesaplanacaktır¹¹⁹⁰. Çalışma gücünün kısmen kaybında dikkate alınacak diğer bir husus da çalışma gücündeki kayıp oranıdır. Bu oranın tespiti de bilirkişi incelemesi gerektirecektir. Çalışma gücündeki kayıp oranı, yapılan işin niteliğine bağlı olarak doğurduğu kazanç yoksunluğunu etkilemektedir. Örneğin, haksız fiil nedeniyle ellerde meydana gelen yüzde 10 oranında sakatlığın, mağdurun piyanist olması ile fabrikada çalışan bir işçi olması durumunda yarattığı kazanç yoksunluğu birbirinden farklı olacaktır. Zararın miktarının belirlenmesinde diğer bir unsur ise, zarar gören kişinin ekonomik faaliyetini daha ne kadar sürdüreceğidir. Burada zararın belirlenmesinde, insanların ortalama yaşam süreleriyle buna bağlı olarak çalışma süreleri kazanç yoksunluğunun belirlenmesini sağlayacak kriterlerdir. Bunların yanısıra, tazminatın belirlenmesinde, zarara uğrayan kişinin gerek kendi mesleğinde gerekse sağlığı ile bağdaşabilen başka türde iş bulup çalışma imkânının olup olmadığı da dikkate alınacaktır. Ayrıca tazminatın miktarı belirlenirken, haksız fiil nedeniyle zarar gören bir menfaat elde etmişse, bunlar da mahsup edilecektir. Görüldüğü gibi bütün unsurların, davanın açıldığı anda davacı tarafından bilinmesi ve buna uygun olarak talep miktarının üst sınırının belirlenebilmesi mümkün görülmemektedir. Davacının uğradığı zararın miktarı ancak tahkikat aşamasında bilirkişi incelemesi neticesinde ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle davacının bu durumda belirsiz alacak davası açması kaçınılmazdır¹¹⁹¹. Aynı sonuçlar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar için de geçerlidir. Bu nedenle bu tür talepler bakımından da belirsiz alacak davası açılacaktır. Çünkü kimi zaman doğrudan iş gücünü engelleyici bir etki olmamakla beraber, gelecekte bir takım ekonomik zorluklar yaratmaktadır. Örneğin, bir işçinin vücudunda meydana gelen bir uzuv kaybı mevcut işini yapmasını engellemesede, ileride daha iyi bir iş bulmasını engelleyen veya güçleştiren bir sebep teşkil edecektir. Hâkim, tazminatın belirlenmesinde bu hususlara da dikkat edecektir.

Bedensel zarar nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesine göre talepte bulunan davacının, delillerin incelenmesi ve özellikle bilirkişi incelemesinden sonra talep sonucunu belirlemesi gerekir. Davacı, hâkimin kendisine talep sonucunu belirlemesi için verdiği süre içinde talep sonucunu artırmalıdır. Son olarak belirsiz alacak davasının açılması değişiklik davasının açılmasına engel teşkil etmediği için,

¹¹⁹⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 605.

¹¹⁹¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 95.

Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesine göre zarar gören hükmün kesinleşmesinden sonra iki yıl içinde mahkemeden tazminat hükmünün değiştirilmesini isteyebilir. Değişiklik davası, hükmün verilmesinden sonra söz konusu olacağı için, değişiklik davasının söz konusu olabileceği durumlarda da, belirsiz alacak davasının açılmasına mümkündür.

Ölüm halinde uğranılan zararlar bakımından da, bedensel zarara ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar geçerlidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre, cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar olarak düzenlenmiştir. Ayrıca ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpları da bu madde çerçevesinde talep edebileceklerdir. Burada varsa tedavi giderleriyle cenaze giderleri dava açılmadan önce de belirlenebilir. Ölümle beraber tedavi giderleri de sona ereceği için ölüm anında bu giderler de belirlenebilir haldedir. Bu nedenle belirsiz alacak davasının konusunu teşkil etmez. Sırf cenaze ve tedavi giderleri için belirsiz alacak davası açılmaz. Ancak, çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıpların belirlenmesi kolay değildir. Burada ölüm anına kadar geçen sürede çalışma gücünün azalmasında veya yitilmesinden doğan kayıpların hesaplanması yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bilirkişi incelemesi gerektireceğinden, belirsiz alacak davasının konusunu teşkil edecektir. Burada, destekten yoksun kalma tazminatını ayrıca değerlendirmekte fayda vardır. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpların tespiti kolay değildir. Çoğu zaman, tazminatın miktarı dava açılırken belirlenemez¹¹⁹².

Ölüm halinde, cenaze giderleri ile ölüm hemen gerçekleşmemişse uğranılan kazanç kaybından başka ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler bu sebeple uğradıkları kayıpları da isteyebilirler (TBK m. 53/3). Yani, destekten yoksun kalma tazminatı söz konusu olabilir. Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında birçok unsur göz önünde tutulacaktır¹¹⁹³. Öncelikle tazminat talep eden, desteğin geliri ve sağladığı ekonomik değerlerin miktarını bilecek durumda değildir. Ayrıca destek gören birden fazla kişi ise bunlara düşecek pay da birbirinden farklı olacaktır. Desteğin, destek

¹¹⁹² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 634.

¹¹⁹³ Ayrıntılı bilgi için: GÖKYAYLA, K. Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004, s. 139 vd..

görene yaptığı ve yapacağı yardımlar da tazminatın miktarını belirlemede etki gösterecektir. Ayrıca destekten yoksun kalmatazminatının tespitinde esas alınacak sürenin belirlenmesi de tazminatın miktarını etkileyecek unsurlardandır. Son olarak destekten yoksun kalma talebinde bulunan davacının elde ettiği menfaatlerin, destekten yoksun kalma sebebiyle uğranılan zararlarla denkleştirilmesi gerekir. Bütün bu unsurların davanın açıldığı anda davacı tarafından bilinebilmesi ve buna göre bir tazminat talebinde bulunulması imkânsızdır¹¹⁹⁴. TEKİNAY/AKMAN/BURCU-OĞLU/ALTOP, gerek zararın gerekse tazminatın miktarının davanın açıldığı anda çoğu zaman isabetle kestirilemediğini, zararın kapsamının tespiti için geleceği ait şartların tahmin ve takdiri gerektiğini ve bunun hukuki olduğu kadar teknik bir durum olduğunu da ifade etmektedirler. Yazarlar, bu durumlarda davacının davanın açıldığı anda tazminat miktarını hukukçuların yardımı ile dahi belirleyemeyeceğini ifade etmektedirler¹¹⁹⁵. Özellikle zararın miktarının belirlenmesinde, haksız fiil sonucu ölen kimse yaşamaya devam etse idi davacıya ne miktarda yardımı hangi sürede sağlayacağını araştırılması gerekeceği¹¹⁹⁶ için, davacının davanın açıldığı anda bunu tespit edebilmesi mümkün değildir. Ayrıca destekten yoksun kalma tazminatına etki edecek unsurlarda hâkimin takdir yetkisi de tazminatın miktarının belirlenmesinde etki gösterecektir¹¹⁹⁷. Bu nedenle destekten yoksun kalma tazminatına etki eden unsurların belirlenmesi ve bunlara bağlı olarak tazminatın miktarının kesin olarak belirlenebilmesi tahkikat aşamasında özellikle bilirkişi incelemesi¹¹⁹⁸ neticesinde mümkün olmaktadır. Bu nedenle, destekten yoksun kalma tazminatı da belirsiz alacak davasının konusunu teşkil edecektir.

¹¹⁹⁴ GÖKYAYLA, destekten yoksun kalma tazminatının iki devrede hesaplanabileceğini, ilk devre olarak ölüm tarihi ile hüküm tarihi arasındaki sürede ortaya çıkan zararlar; ikinci devre ise hüküm tarihinden sonrası için meydana gelecek zararlardır. İlk devrede, zararın hesaplanmasının daha kolay olduğunu, bu devrede zararı etkileyen unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğinin hemem hemen mutlak bir kesinlikle ortaya çıktığını; ikinci devrede ise zararın hesabının bazı varsayımlara dayandığı için daha zor olduğunu ifade etmektedir (s. 315-316). Aynı şekilde: ÇAĞA, Tahir/GÖKÇEN, Ahmet M./GÜRAN, Tevfik, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Hesabına Dair, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Ankara 10-11.12.1993, s. 22-23.

¹¹⁹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 634.

¹¹⁹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 103.

¹¹⁹⁷ ÇAĞA/GÖKÇEN/GÜRAN, mahkemece zararın mevcut delillere dayanarak ve gerektiğinde TBK m. 50'nin tanıdığı takdir hakkı da kullanılmak suretiyle tespit edileceğini ifade etmektedirler (s. 24). Aynı şekilde: GÖKYAYLA, s. 238 vd..

¹¹⁹⁸ Bilirkişi Raporu örneği için bkz.: ÇAĞA/GÖKÇEN/GÜRAN, s. 37-38.

II. Manevi Tazminat Davaları

Manevi tazminat davalarında zararın miktarının tespiti konusunda hâkime geniş takdir yetkisi tanınmıştır¹¹⁹⁹. Çünkü, manevi tazminat miktarının tespiti oldukça zordur. Manevi zararın ne kadar parayla giderilebileceğinin tam olarak belirlenmesi imkansızdır¹²⁰⁰. Çünkü, her somut olayda, manevi zararın miktarını belirleyen unsurların zarar gören bakımından değerlendirilmesi farklılık göstermektedir. Bu nedenle, manevi tazminatın matematiksel kriterlerle belirlenmesi¹²⁰¹ veya bu konuda tabelaların yapılması mümkün değildir¹²⁰². Hâkim bütün unsurları göz önünde tutarak ödenecek para miktarını takdir ve tayin edecektir¹²⁰³. Bu nedenle manevi tazminat talepleri de belirsiz alacak davasının konusunu olabilir.¹²⁰⁴ Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinde beden bütünlüğünün ihlali ve ölüm halinde; 58. maddesinde ise, kişilik haklarının zedelenmesi durumunda manevi tazminat talebinde bulunulabileceğini düzenlemiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine göre, hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Böylelikle, hukuka aykırı bir fiil nedeniyle beden bütünlüğünde geçici veya devamlı bir zarar oluşan, bu nedenle ameliyat olan, yüzünde veya vücudunda iz kalan, yaralanma sebebiyle bir süre acı çeken kimseye böyle bir tazminat imkânı tanınmıştır¹²⁰⁵.

¹¹⁹⁹ TANDOĞAN, s. 342; EREN, s. 796; ERTAŞ, BK m. 42-44 (TBK m. 50-52)'lerin manevi tazminatın belirlenmesinde de uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir (s. 87). Aynı yönde: ERLÜLE, s. 358; BAL, Özlem, Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 2, İstanbul 2011, s. 1263. NOMER, manevi tazminatta alacağın miktarının başta belirli olmadığını bu nedenle burada bir meblağ borcu değil de değer borcunun var olduğunu ifade etmektedir (Kısmi Dava, s. 225).

¹²⁰⁰ ANTALYA, s. 501; BUTZER, s. 540.

¹²⁰¹ ANTALYA, s. 501.

¹²⁰² Bknz.: § 4, B.

¹²⁰³ ERTAŞ, maddi tazminatta olduğu gibi, manevi tazminatı aritmetik olarak hesaplamının mümkün olmadığını, kanunun bu yüzden manevi tazminatın miktarının hesabında adalet ve hakkaniyet ilkesine uygun olma gibi genel bir sınır çizdiğini ve hâkimin tazminatın miktarının belirlenmesinde her olayın tüm özelliklerini dikkate alması gerektiğini ifade etmiştir (s. 88). Ayrıntılı bilgi için bknz.: ERTAŞ, s. 88 vd.; ERLÜLE, s. 358 vd.; ÇETİN, Pınar, Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 91 vd. EREN, manevi tazminatın hesaplanmasında, TBK m. 51 ve 52' deki indirim sebeplerinin uygulanacağını ifade etmektedir (s. 796).

¹²⁰⁴ GREGER, in Zöllner, § 253, Rn. 14, s. 838; ASSMANN, in Wieczorek/Schütze, § 253, Rn. 99, s. 105; PEKCANITEZ, HMK Değerlendirmesi, s. 74; KİRAZ, s. 16; Aksi yönde: ÇELİK, s. 42.

¹²⁰⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 656.

Bedensel bütünlüğün zedelenmesi nedeniyle zarara uğrayan, mahkemeden manevi zararının tazmini için ancak bir miktar paranın ödenmesini talep edebilir. Hâkim de bu durumda paradan başka bir biçimde manevi zararın giderimine karar veremez (TBK m. 56). Hâkim, beden bütünlüğünü ihlal eden bir fiil karşısında gerek manevi tazminata gerek olup olmadığını gerekse manevi tazminatın miktarını olayın özelliklerini göz önüne tutarak tayin edecektir. Hâkim, burada manevi tazminat olarak bir paranın ödenmesine karar verirken, ödenecek miktarı somut olaya göre kendisi takdir eder¹²⁰⁶. Burada hâkimin takdir yetkisi son derece geniştir. Buna işaret etmek için TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, bunun hâkimin hayat deneylerine ve olayları değerlendirmedeki kudretine kalmış bir şey olduğunu ifade etmektedirler¹²⁰⁷. Böyle bir durumda, zarar uğrayan kişinin kesin bir şekilde talep sonucunu belirleyerek dava açması beklenemez. Ayrıca zarar gören bu durumlarda hâkimin zararın miktarının belirlenmesinde takdir yetkisini ne şekilde kullanacağını da bilecek durumda değildir. Davacı, davanın açıldığı anda hâkimin takdir yetkisini sınırlayacak şekilde kesin bir miktarı dava dilekçesinde göstermek zorunda olmamalıdır. Bu nedenle bu tür durumlarda zarara uğrayan kişinin belirsiz alacak davası açması kaçınılmazdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasında, ağır bedensel zararlar halinde zarar görenin yakınlarının da manevi tazminat talep edebilecekleri kabul edilmiştir. Aynı şekilde aynı fıkarda, ölüm halinde de ölenin yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Manevi tazminatın miktarı ve hâkimin takdir yetkisi hakkında yukarıda yaptığımız açıklamalar bu durumlar için de geçerlidir. Bu nedenle bu durumlarda da manevi tazminat talepleri belirsiz alacak davasının konusu olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinde ise kişilik haklarının zedelenmesi durumunda da zarara uğrayan kişinin manevi tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı

¹²⁰⁶ NOMER, Kn. 135, s. 177.

¹²⁰⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 657. Buna karşılık KILIÇOĞLU, haksız fiil sonucu kişinin uğradığı zararın belirsiz olduğundan söz edilemeyeceğini ifade etmektedir (s. 865).

altında bir miktar paranın ödenmesini isteyebilir. Burada da davacının talebinin konusu manevi zarar nedeniyle bir miktar paranın ödenmesidir. Kanunda geçen “*bir miktar para*” ibaresi, davacının dava açarken mutlaka manevi zararının giderilmesi için para talep edebileceğini ifade etmektedir. Yoksa dava açarken, uğradığı zararı tam ve kesin olarak tespit etmesi ve bunu talep etmesi değildir. Çünkü kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle manevi zarar taleplerinde de hâkimin takdir yetkisi oldukça geniştir. Söz konusu maddenin gerekçesinde de hâkimin tazminat miktarını belirlerken Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin birinci fıkrasına uygun olarak durumun gereğini, saldırının kişilik hakkı zedelenen kişinin manevi değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde tutması gerektiği ifade etmiştir.

Kişilik haklarının zedelenmesi durumunda manevi tazminat taleplerinde hâkimin takdir yetkisi, bedensel zarar ve ölüm halinde talep edilen manevi tazminat taleplerine göre daha geniştir. Kişilik haklarının zedelenmesinde, zarara uğrayan her ne kadar belirli bir miktar paranın ödenmesini talep etmek zorunda ise de, hâkim davacının talebine bağlı olmaksızın parayla birlikte veya paradan ayrı başka bir manevi zararın giderim biçimine karar verebilir (TBK m. 58/2). Hâkim somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak, kişilik haklarına saldırıda manevi zararı gidermeye yönelik uygun giderim biçimini kararlaştıracaktır. Başka bir giderim biçimine örnek olarak en çok uygulama alanı bulan ve önemi sebebiyle de kanunda yer alan saldırının kınanması ve bu kararın yayımlanmasıdır. Hâkim, kişilik hakları zedelenmesi nedeniyle zarara uğrayan kişi lehine belirli bir miktar paranın ödenmesine ek olarak söz konusu saldırının kınanmasına ve bu kararın yayımlanmasına da karar verebilir. Ancak doktrinde, hâkimin davacının talep ettiği manevi tazminat miktarının ödenmesini kabul etmiş ise, artık başka bir tazmin şeklini ekleyemeyeceğini ifade etmektedirler¹²⁰⁸. Talep dışında bir şeye karar verilebilmesi için, maddi hukukun buna izin vermesi gerekir¹²⁰⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fıkrasında, açıkça hâkimin paranın ödenmesine ilişkin tazminat talebine diğer tazmin biçimlerini de ekleyebileceği düzenlenmiştir.

¹²⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 267; DURAL /ÖĞÜZ de, talep edilen paranın tamamı ile ayrıca bir de kınamaya da karar verilemeyeceğini, aksi takdirde bunun talepten fazlaya karar verilemeyeceği prensibine aykırı olacağını ifade etmektedirler (DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan Türk Özel Hukuku C. 2 (Kişiler Hukuku), İstanbul 2011, s. 151). HATEMİ/GÖKYAYLA, para ile giderime öncelik tanınması gerektiğini, para dışında giderimin istenmesi durumunda ise talepten fazlasına hükmedilememesi, fakat hâkimin somut olayın özelliklerine göre, nakdi talebi kısmen kabul etmiş ise, para dışı tazmin hükmünü de ekleyebileceğini ifade etmektedirler (s. 174).

¹²⁰⁹ POSTACIOĞLU, s. 247; YILMAZ, s. 273.

Kanaatimizce, burada herhangi bir ayırım yapmaya ihtiyaç olmaksızın hâkim davacının talebinin tümünü kabul etse dahi, buna ek olarak saldırının kınanmasına ve bunun yayımlanmasına da karar verebilir. Bu hükmü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26. maddesinde düzenlenen taleple bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak kabul etmek gerekmektedir.

Manevi zararların tazmininin belirsiz alacak davası yoluyla talep edilebileceği konusunda tereddüt etmemek gerekir¹²¹⁰. Yargıtay ve doktrinde bazı yazarlar, manevi tazminatın bölünemezliğini ve tekliliğini kabul etmektedir¹²¹¹. Bunun sonucu olarak da manevi tazminatın bir defada istenebileceği ifade edilmektedir. Bu ise manevi tazminat taleplerinin kısmi dava şeklinde açılmasına engel teşkil etmektedir¹²¹². Zarar görenin manevi tazminat talebini bölümler halinde isteyememesinin diğer bir sonucu da dava konusu yaptığı manevi zararın miktarını ıslah yoluyla artıramamasıdır¹²¹³. Böyle olunca, davacı, dava açtığı anda gösterdiği talep sonucuna kesin olarak bağlı

¹²¹⁰ GREGER, in Zöllner, § 253, Rn. 14, s. 838; ASSMANN, in Wiecek/Schütze, § 253, Rn. 99, s. 105; KULAKSIZ, s. 73; PEKCANITEZ, HMK Değerlendirmesi, s. 74; KİRAZ, s. 16; Aksi yönde: ÇELİK, s. 42

¹²¹¹ REİSOĞLU'na göre, " Manevi tazminat niteliği itibariyle tektir, bölünemez, bölümler halinde talep edilemez" (s. 254). KILIÇOĞLU da manevi zararın bölünemeyeceğini ifade etmektedir, (s. 865). Yargıtay kararlarında da açıkça, " Manevi tazminatın tekliliği ve bölünmezliği ilkesi gereğince manevi zarar karşılığı olarak istenebilecek manevi tazminat bölünerek istenemez. Bu durumda davacı tarafın aynı olay nedeniyle yeniden manevi tazminat isteyemeyeceği gözetilerek manevi tazminat davasının tümünden reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru bulunmamış..." ifade edilmektedir. 4. HD, 18.1.2012, E. 2010/12404, K. 2012/437 (YKD, C. 38, S. 3, Mart 2012, s. 447 vd.). Aynı yönde: HGK, 1.3.2006, E. 2006/2-14. K. 2006/26. Söz konusu HGK kararının değerlendirmesi ve manevi tazminat taleplerinin bölünebileceğine ilişkin bkz.: ERİŞİR, Evrim, Karar Değerlendirmesi, MİHDER, S. 6, Y. 2007/1, s. 106. PEKCANITEZ de, Yargıtay tarafından kabul edilen bu uygulamanın adalete aykırı sonuçlar doğurduğunu ifade etmektedir (s. 44). Alman hukukunda da manevi tazminatın kısmi dava yoluyla talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bu yönde: ROTH, in Stein/Jonas, § 253, Rn. 47, s. 131. Alman Federal Mahkemesi de, 20.1.2004 tarihinde verdiği bir kararında manevi tazminatın kısmi davaya konu olabileceğine karar vermiştir (BGH, NJW 2004, s. 1243 vd.). Kararın çevirisi için bkz.: ERİŞİR, Evrim, Alman Federal Mahkemesi Kararı, Manevi Tazminat Yargılamasında Kısmi Davanın Caizliği, MİHDER 2006/2, s. 1003 vd..

¹²¹² "Hukuka aykırı eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler, o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle manevi tazminatın bölünmesi, bir kısmının dava konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibariyle manevi tazminat bölünmez." 21. HD, 11.12.1995, 7525/7393 (NOMER, Kısmi Dava, s. 227; İBD, 1996/7-9, s. 667). BURCUOĞLU da, manevi tazminat taleplerinin maddi tazminat taleplerinden farklı olarak tek bir davaya konu olması gerektiğini ifade ederek kısmi davaya imkân tanınmaması gerektiğini belirtmiştir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 692'deki 6 nolu başlık). KURU, da manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılmayacağını ifade etmiştir (Usûl, C. 2, s. 1523). Buna karşılık 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu tarihte Yargıtay'ın tutumuna yönelik eleştiriler ve manevi tazminat taleplerinin kısmi dava yoluyla da talep edilebileceğine ilişkin bkz.: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 9. Bası, s. 303-304; NOMER, Kısmi Dava, s. 224 vd..

¹²¹³ HGK, 1.3.2006, E. 2006/2-14. K. 2006/26 (MİHDER, S. 6, Y. 2007/1, s. 105-106); HGK, 14.11.2001, 21-993/1019 (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 9. Bası, s. 303'deki dn. 148.); 4. HD, 17.01.2003, 8927/388 (YKD, 2003/5, s. 693).

kalmakta ve bunu hiçbir şekilde artıramamakta veya ikinci bir davanın konusu yapamamaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, belirsiz alacak davasında, davacı alacağın tümünün hüküm altına alınmasını istemektedir. Belirsiz alacak davasını, kısmi davadan ayıran en önemli farkı da burada kendini göstermektedir. Bu nedenle kanaatimizce, doktrinde bazı yazarlarca kabul edilen ve Yargıtay kararlarında da ifade edilen manevi tazminatın bütünlüğü ve tekliği ilkesine üstünlük tanınsa dahi, bu görüş ve uygulama, manevi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına konu olmasına aykırılık teşkil etmeyecektir. Çünkü belirsiz alacak davasında davacı talep sonucunu bölmemekte, davanın açıldığı anda belirleyemediği talep sonucunu yargılama sırasında rakamsal olarak kesin şekilde belirlemektedir¹²¹⁴. Ayrıca belirtelim ki, manevi zararlarda hâkimin takdir yetkisi son derece geniştir. Manevi zarar talepleri, maddi zarar talepleri gibi delillerin incelenmesinden sonra kesin olarak belirlenebilen taleplerden değildir. Maddi zarar taleplerinde zararın miktarı delillerin incelenmesinden sonra belirlenebilir ise zararın miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık, manevi tazminat taleplerinde hâkimin takdir yetkisi hem vakıalara ilişkindir hem de hukuki sonuca ilişkindir. Özellikle kişilik haklarının zedelenmesi dolayısıyla manevi tazminat taleplerinde hâkim, zarar görenin talebiyle bağlı olmaksızın para talebinden başka bir şeye de hükmedebilmektedir. Böyle olunca davacının talep sonucunu yargılama sırasında nasıl belirleyebileceği önemli sorudur. Kanaatimizce, davacı talep sonucunu yargılama sırasında belirleyip, artırabilecek durumda olamayacaktır. Çünkü davanın açıldığı anda manevi zararını tespit edemeyen davacı¹²¹⁵, yargılama sırasında da bunu belirleyebilecek durumda değildir¹²¹⁶. Manevi tazminatın miktarını hâkim belirleyecektir¹²¹⁷. Daha önce belirtildiği gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre, zarar gören zararın miktarını, ispat edemiyorsa, hâkim olayların akışına ve zarar görenin aldığı önlmelere göre zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Maddi tazminat davalarında, zarar görenin zararın miktarını belirleme ihtimali daha fazladır. Genellikle bilirkişi incelemeleri sonucunda zararın miktarı belirli hale gelmektedir. Böyle olunca hâkimin esasında maddi tazminat davalarında zararın miktarını kendiliğinden belirlemesi nadir durumlarda söz konusu olabilecektir. Manevi zararlarda ise bilirkişi incelemesi söz konusu olsa

¹²¹⁴ PEKCANITEZ, HMK Değerlendirmesi, s. 75.

¹²¹⁵ Karş.: KERN, s. 134.

¹²¹⁶ ÜÇER, s. 21.

¹²¹⁷ İMRE, s. 183.

bile zararın miktarı tam olarak belirlenmemektedir. Yani davacı, davanın açıldığı anda nasıl ki talep sonucunu belirleyemiyorsa yargılama sırasında da belirleyebilecek ne bir bilgi veya belgeye ne de bir bilirkişi incelemesine sahip olabilecektir. Hâkim, bütün unsurları göz önünde tutarak manevi tazminat olarak ödenecek para miktarını takdir ve tayin edecektir¹²¹⁸. Burada manevi tazminatın miktarı hükümlerle beraber belirli hale gelmektedir. Çünkü zararın miktarının belirlenmesinde objektif ölçütlerden çok sübjektif ölçütler ve değerlendirmeler söz konusudur. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fıkrasında, kişilik haklarının zedelenmesinde hâkimin davacının para talebiyle bağlı olmaksızın diğer tazmin biçimlerine de karar vereceği düzenlenmiştir. Bu sebeple kanaatimizce, manevi tazminat davalarında davacı yargılama sırasında da talep sonucunu belirleyebilecek durumda değildir. Davacının talebi, uğradığı manevi zararın tümünün tazmini olduğuna göre ve yargılama sırasında da bunun belirlenmesinin mümkün olmaması nedeniyle, hâkimdavacının dava açtığı anda göstermiş olduğu geçici değer ile bağlı olmaksızın, olayın özelliklerini de dikkate alarak uygun miktarda tazminata hükmedebilmelidir¹²¹⁹. Bu hâkimin taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil etmez. Alacaklının talebi, uğradığı manevi zararın giderilmesidir. Bunun için kanun koyucu kişilik haklarının zedelenmesinde manevi tazminat taleplerinde, zarar görenin uğradığı manevi zararı giderim konusunda gerekli giderim biçimini kararlaştırabileceğini ifade etmiştir. Burada hâkim paranın ödenmesi yanında diğer tazmin şekillerini de ekleyebileceğine göre, gerekli görürse davacının uğradığı zararın geçici değerden daha fazla olduğuna kanaat getirirse buna da hükmedebilmelidir. Ancak hâkim her somut olayda takdir yetkisini elbetteki manevi tazminatın amacına uygun şekilde kullanacaktır.

Manevi tazminat talepleri sadece Türk Borçlar Kanunu'nda değil örneğin, Türk Medeni Kanunu'nda (TMK m. 25/3; TMK m. 26/2; TMK m. 121; TBK m. 174/2); Türk Ticaret Kanunu'nda ve bazı diğer kanunlarda da düzenlenmiştir. Niteliğine uyduğu ölçüde yukarıda yapılan açıklamalar diğer kanunlardan doğan manevi tazminat talepleri bakımından da geçerlidir. Bu nedenle burada tüm manevi tazminat

¹²¹⁸ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2011, s. 201. DURAL/ÖĞÜZ, manevi tazminatın, ruhsal durumu düzeltecek miktar ve nitelikte olması gerektiğini; felaketi özlenebilir hale getirecek ya da sebepsiz zenginleşme yaratacak bir para miktarına manevi tazminat olarak karar verilmemesi gerektiğini ifade etmektedirler (s. 152).

¹²¹⁹ KULAKSIZ, s. 73. Karş.: OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 202

taleplerini ayrı ayrı sayma yoluna gidilmeyecektir.

III. Sebepsiz Zenginleşmede İade Davaları

Türk Borçlar Kanunu'nun 77 ilâ 82. maddeleri arasında haksız fiilerden ve hukuki işlemlerden doğan borç kaynakları yanında diğer bir borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşme düzenlenmiştir¹²²⁰. Sebepsiz zenginleşme, edimle veya başka bir yolla, bir zenginleşmenin geçerli bir sebebe dayanmaksızın başkasına ait şeyler (veya başkasının fakirleşmesi) sayesinde gerçekleşmesidir¹²²¹.

Sebepsiz zenginleşmede, zenginleşmenin gerçekleştiği andaki durumla iade borcunun kapsamı her zaman aynı değildir. Bu nedenle sebepsiz zenginleşme iddiası ile açılan bir davada, iade borcunun kapsamının belirlenmesi bir çok unsura bağlıdır. Özellikle iade borçlusunun iyi niyetli olup olmaması, iade borcunun kapsamını ve iade sırasında hangi masrafların istenebileceği konusunda belirleyicidir¹²²². Bu nedenle sebepsiz zenginleşmeye dayanan borçların varlığı ve miktarı çoğu zaman önceden belirli değildir¹²²³.

Sebepsiz zenginleşmede iade taleplerinin belirsiz alacak davasına konu olması, iade borcunun kapsamını belirleyen unsurların davanın açıldığı anda davacının talep sonucunu belirleyebilmesine bağlıdır. Bu nedenle özellikle iade borçlusunun kötüniyetli olduğu durumlarda, davacı talep sonucunu belirleyebilecek durumdadır. Bu durumlarda belirsiz alacak davasının açılması kanaatimizce mümkün görülmemektedir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 79. maddesinin ikinci fıkrasına göre, zenginleşen, zenginleşmeyi iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmışsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa,

¹²²⁰ Sebepsiz zenginleşme kurumunun düzenlenme nedeni ve işlevi için bkz: ÖZ, M. Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, 1990, s. 6 vd.

¹²²¹ ÖZ, s. 21-22; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, s. 307

¹²²² TBK m. 80'de, zenginleşenin iade borcunu yerine getirirken iade edileceği mala yaptığı bazı giderleri veya masrafları iade alacaklısından isteyebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu masrafların istenmesi, zenginleşme miktarının hesaplanmasına ilişkin olmayıp ayrı bir talep hakkı doğurduğu için (OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 379'deki dn. 320) iade alacaklısı/davacı, dava açtığı anda talep sonucunu belirlerken bu masrafları veya giderleri dikkate almayacağından üzerinde durulmamıştır. Bu giderler, iade anında ödenmelidir. Aynen iadenin mümkün olduğu durumlarda, iade borçlusu TBK m. 97'ye kıyasen iadede kaçınabilir (OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 379). Aynen iadenin mümkün olmaması durumunda ise, değer in iadesinde talep halinde söz konusu giderlerin miktarı, iade borcuna mahsup edilecektir (ÖZ, s. 164).

¹²²³ NÖMER, Kısmi Dava, s. 223.

zenginleşmenin tamamını vermekle yükümlüdür. Zenginleşme ise doktrinde kabul edilen hâkim görüşe göre, fark teorisi çerçevesinde belirlenecektir¹²²⁴. Buna göre, zenginleşenin malvarlığının iktisaptan sonra ifade ettiği değer ile bu iktisap gerçekleşmeseydi taşıyacak olduğu değer arasındaki fark, zenginleşmenin kapsamını oluşturur. Bu nedenle, sadece iktisap edilen şey değil bunun yanısıra, bunun sağladığı yararlar, semereler ve iktisaplar nedensellik bağı içindeki her türlü kazançlar iade edilecek; ancak iktisap yüzünden ortaya çıkan kayıplar iade borcuna mahsup edilerek ve iade borcu belirlenecektir¹²²⁵. Bununla birlikte, Türk hukukunda kabul edilen baskın görüşe göre, sebepsiz zenginleşmede iade talebi, fakirleşme sınırını geçmeyecektir¹²²⁶. Bir diğer deyişle, iade edilecek miktar, davalının malvarlığındaki artışa eşit olmakla beraber, davacının malvarlığındaki azalmadan daha fazla olamaz¹²²⁷. Bu nedenle kötüniyetli zenginleşene karşı açılacak bir iade talebinde, davacı davanın açıldığı anda talebini belirleyebilecek durumdadır.

Ancak davacı, iade yükümlüsünün iyi niyetli olduğunu bildiği veya en azından kötüniyetli olduğu iddiası olmaksızın sebepsiz zenginleşmede iade talebiyle dava açtığı takdirde, davanın açıldığı anda talebini belirleyebilecek durumda değildir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 79. maddesinin birinci fıkrasına göre, sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür. Yani zenginleşen elinde kalan miktarı iade etmek zorundadır. Bu durumda iade alacaklısı/davacı, bazı durumlarda davalının elinde ne kaldığını bilecek durumda değildir. Bu özellikle aynen iadenin mümkün olmadığı, sebepsiz iktisap edilen şeyin kısmen veya tamamen yok olması veya elden çıkması durumlarında söz konusudur. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP'un verdiği örnek, bu konuyu açıklamak için son derece uygundur. Örneğe göre, sebepsiz zenginleşmede sebepsiz iktisap ettiği 1000 kilo

¹²²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 311. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ULUSAN, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 129 vd.; ÖZ, s. 27 vd.

¹²²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 312-313; ÖZ, s. 145 vd.

¹²²⁶ ÖZ, s. 36 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 749-750; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 315; “...sebepsiz zenginleşmeden doğan geri alım davasında davalı, kural olarak, kendi malvarlığında meydana gelen çoğalmayı (zenginleşmeyi) geri verme (iade) borcu altındadır. Ancak, davacının malvarlığında meydana gelen azalma, davalının malvarlığındaki çoğalmadan daha az ise, bu takdirde geri verme borcunun üst sınırı, davacının malvarlığındaki azalmadan ibaret olacaktır...” HGK, 8.6.1983, E.1980/4-2017, K. 621 (ÖZ, s. 231).

¹²²⁷ Sebepsiz zenginleşmede fakirleşme sınırı dışında kalan kısmın TBK m. 530'a göre gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayanarak talep edileceği doktrinde kabul edilmektedir (ÖZ, s. 41; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 750; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 317).

patatesin 300 kilosunu başkalarına dağıtan, 200 kilosunu da küflendiren ve böylece iade istendiği zaman elinde 500 kilo patates kalan kimse, bunları ispat ederse, yalnız bu 500 kiloluk kısmı iadeyle yükümlüdür. Böyle bir durumda, davacı, davanın açıldığı anda davalının elinde tam olarak kaç kilo patates kaldığını bilecek durumda değildir. Ayrıca, sebepsiz iktisap edilen şeyin ortadan kalktığı durumlarda ya da aynen iadenin mümkün olmadığı durumlarda, iade borçlusu bir yarar elde etmişse söz konusu yarar iade borcunun kapsamında değerlendirilecektir. Bunlar ise ancak sebepsiz zenginleşen davalının vereceği bilgi ve belgelere göre tam olarak belirlenebilecektir. Bu nedenle böyle bir durumda belirsiz alacak davası açılarak, davalıdaki bilgi ve belgenin paylaşımı neticesinde davacının talep sonucunu belirlemesine imkân tanımak gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu durumda, belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanımak, uyuşmazlığın sulh yoluyla sona ermesine de katkı sağlayabilecektir. Aksi takdirde davacı, davalının iyiniyetli olduğu durumlarda dahi, malvarlığındaki azalma miktarının tümünü talep etmek zorunda kalacaktır.

IV. Hizmet Sözleşmelerinde İşçinin İşin Sonucundan Pay Alma Taleplerine İlişkin Davalar

Alacaklının, alacak miktarını belirleyebilmesinin, borçlunun veya üçüncü kişinin elindeki bilgi ve belgelere bağlı olduğu durumlara en açık örnek Türk Borçlar Kanunu'nun 403. maddesinde düzenlenen, hizmet sözleşmelerinde işçinin işin sonucundan pay alma hakkının bulunduğu uyuşmazlıklardır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 403. maddesine göre, sözleşmeyle işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kardan belli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu pay, yasal hükümler ve genellikle kabul edilmiş ticari esaslar göz önünde tutularak belirlenir. Pay verilmesi öngörülen hallerde, ürün payı belirlenir belirlenmez; cirodan veya kardan pay verilmesi kararlaştırılan hallerde ise payın, hesap dönemini izleyen en geç üç ay içinde belirlenerek ödenmesi şarttır (TBK m. 406/3). Ancak taraflar arasında verilmesi gereken payın miktarı bakımından uyuşmazlık çıktığında, işverendeki bilgi, belge ve defterlerin incelenmesi olmaksızın bu payın miktarının belirlenmesi mümkün değildir. Çünkü işçinin üretilen malların miktarını, bunların satış fiyatlarını, cironun ne kadar olduğunu ve aylık veya yıllık

kar oranlarının miktarını ve bu miktarın parasal karşılığının ne olduğunu davanın açıldığı anda bilmesi imkânsızdır. Bu nedenle payın hesaplanmasında uyuşamazsa işveren, işçi veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemesine sunmak zorundadır (TBK m. 403/2). Kardan bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, işveren işçiye, istemi üzerine ayrıca yıl sonu kar zarar cetvelini de vermek zorundadır (TBK m. 403/2).

İşveren, pay alacağının miktarının tespiti için dava açılmadan önce bu tür bilgi, belge veya defterleri işçisine veya kararlaştırdıkları yahut hâkimin atadığı bilirkişiye verdikten sonra, davacı bu hükümlere dayanarak belirsiz alacak davası açamaz. Bu takdirde alacaklı, davanın açılmasından önce bu tür bilgi, belge ve defterleri inceleyebildiği için veya bilirkişinin hazırlayacağı rapora dayanabileceği için, alacak miktarını belirleyerek normal bir alacak davası açmak zorundadır. Buna karşılık işveren, söz konusu payın belirlenmesini sağlayacak bilgi, belge ve defterleri dava açmadan önce işçiye veya bilirkişiye inceleme imkânı tanınmamışsa, işçi belirsiz alacak davası açabilir¹²²⁸. Bu durumda davacı işçi söz konusu bilgi, belge ve defterlerin ibrazından sonra veya bilirkişi incelemesi yapılacaksa, bilirkişi incelemesinden sonra, talep sonucunu kesin olarak belirleyebilecektir.

V. Hizmet Sözleşmelerinde İşçinin Aracılık Ücreti Taleplerine İlişkin Davalar

Türk Borçlar Kanunu'nun 404. maddesinin birinci fıkrasında, işçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin talep hakkının doğacağı düzenlenmiştir¹²²⁹. Aracılık ücreti, aksine adet olmadıkça, işçiye her ayın sonunda ödenir. Ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir (TBK m. 406/1). Daha kısa bir ödeme süresi kararlaştırılmamışsa veya aksine adet yoksa her ayın sonunda; ancak işlerin yapılması, altı aydan daha uzun bir süre gerektirdiği takdirde, aracılık ücreti asıl ücrete ek olarak kararlaştırılmışsa, yazılı anlaşmayla ödemenin daha ileri bir tarihte

¹²²⁸ DEYNEKLİ, Adnan, Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Önemli Usûl Hükümleri, İÜHFD C. 2, S. 2, Y. 2011, Haziran-Aralık 2011, s. 86.

¹²²⁹ Hükümün değerlendirmesi için bkz.: DEYNEKLİ, s. 87-88.

yapılabileceğini kararlaştırabilirler (TBK m. 406/2).

Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, her kısma ilişkin ücret isteminin bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir. Bu fıkra da özellikle borcun muaccel olmasının yanında yerine getirilmesi durumunda aracılık ücretinin doğacağı kararlaştırılabileceği için işçi, borcun ne zaman yerine getirildiği konusunda işverenin veya üçüncü kişinin kendisini bilgilendirdiği oranda bilgi sahibi olabilecektir. Aynı durum üçüncü fıkra için de geçerlidir. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasına göre ise işçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, işveren tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse, ücret istemine yönelik hak sona erecektir. Sadece kısmi ifa halinde, ücretten orantılı olarak indirim yapılır. Bu durumda da işveren ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin ifa edilip edilmediği veya hangi oranda ifa edildiğini işçi her zaman bilecek durumda değildir.

Görüldüğü üzere bir çok durumda aracılık ücretlerinin belirlenmesinde de çoğu zaman, işverenin elindeki bilgi, belge veya defterlerin incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü sözleşme ile işçiye getirilmemişse, işveren işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için, bu ücrete tabi işlemleri de içeren yazılı hesap vermekle yükümlüdür. Aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü işçiye verilmişse, işverenin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. İşveren tarafından tutulan aracılık ücretinin miktarı bakımından bir uyuşmazlık çıktığında, işçi, işverenin verdiği yazılı hesap çizelgeleri veya kendi tuttuğu hesaplara dayanarak belirlediği miktarı geçici değer yaparak belirsiz alacak davası açabilecektir. Bu durumda işveren aracılık ücretinin belirlenmesini sağlayacak bilgi, belge ve ilgili işletme defterlerini incelemeye sunmak zorundadır (TBK m. 404/5). Bu durumda, işçi, işveren tarafından verilen bilgi, belge veya defterlerin bizzat kendisi veya kararlaştırdıkları yahut hâkim tarafından atanan bilirkişi tarafından incelenmesinden sonra, alacak miktarını kesin olarak belirleyebilecektir. Bu neden, Türk Borçlar Kanunu'nun 404. maddesine göre de bir çok durumda, belirsiz alacak davası açılabilecektir.

Ç. Eşya Hukukunda

I. Denkleştirme Durumlarında Belirsiz Alacak Davası

Hâkime denkleştirme imkânının tanınması belirsiz alacak davasının açılması için tek başına yeterli değildir. Belirsiz alacak davası, ancak davacının zararının miktarını dava açtığı anda belirleyemediği durumlarda açılabilir. Bu nedenle davacı, dava açmadan önce talebini belirleyebilecek durumda ise, hâkime denkleştirme yetkisi verildiği durumlarda dahi belirsiz alacak davası açamaz. Çünkü davacı dava açtığı anda talebini belirleyebilecek durumdadır. Taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 730. maddesi bu duruma örnek olarak verilebilir. Söz konusu maddeye göre, bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanılması sonucunda zarar gören kimse uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. İkinci fıkraya göre ise, hâkim, yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir. Buna göre, denkleştirme için iki koşulun bir arada bulunması gerekir. Bu koşullardan birincisi taşınmaz malikinin sorumluluğuna yol açan taşkınlığın yerel adetlere uygun olması, ikincisi ise bu taşkınlığın kaçınılmaz olmasıdır¹²³⁰. Bu durumda eğer davacı, zararın miktarını belirleyebiliyorsa, hâkime tanınan denkleştirme yetkisi, belirsiz alacak davası açmasına imkân tanımamaktadır.

II. Kaynaklara Zarar Verilmesi Durumunda Tazminat Talepleri

Türk Medeni Kanunu'nun 757. maddesine göre açılacak tazminat davaları belirsiz alacak davasının önemli uygulama alanlarındandır. Bu maddeye göre, “*Önemli ölçüde yararlanılan veya yararlanmak amacıyla suyu biriktirilen kaynakları veya kuyuları kazı, yapı veya benzeri faaliyetler yüzünden kısmen olsun keserek ya da kirleterek malikine veya onda hak sahibi olana zarar veren kimse, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar kasten veya ihmal yoluyla verilmemişse ya da zarar görenin de kusuru varsa hâkim, tazminatın gerekip gerekmediğini, gerekiyorsa miktar ve türünü takdir eder.*”

Böyle bir durumda davacının, dava açarken talep sonucunu tam olarak belirlemesi

¹²³⁰ ULUSAN, İlhan, Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, Ek Bölüm ile Güncelleştirilmiş 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2012, s. 348.

imkânsızdır. Burada hâkimin geniş takdir yetkisinin yanında davacının, dava açarken ortaya çıkan zararını belirlemesi imkânsızdır. Davacı, dava açtığı anda zararını belirleyebilecek durumda ise, hâkimin zararın miktarını veya türünü takdir etmesi belirsiz alacak davasının açılması için yeterli değildir. Yargıtay kararlarında, bu gibi durumlarda mutlaka bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹²³¹. Çünkü örneğin, kazı sebebiyle suyun kısmen kesildiği iddiasıyla açılacak bir davada, öncelikle suyun debisinin ölçülmesi, yapılan kazının önceden yararlanılan suyu etkileyip etkilemediği belirlenmelidir¹²³². Bu ise bilirkişi incelemesini gerektirir. Hatta Yargıtay kararlarında, bilirkişi heyetinin, kimlerden oluşması gerektiği dahi belirtilmektedir¹²³³. Bu nedenle kaynakların kesilmesi ve kirlenmesi durumunda ortaya çıkan zararların giderilmesi talepleri, belirsiz alacak davasına konu olabilecektir.

Burada zararın miktarı bilirkişi incelemesi sonucunda belirlenebildiği için, davacının bilirkişi incelemesinden sonra talebini belirlemesi gerekmektedir. Bilirkişi incelemesi neticesinde, zararın miktarı tam olarak belirlenemeseydi ve zararın miktarında da hâkimin Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi'nin ikinci fıkrasındaki gibi hâkimin takdir yetkisi bulunsaydı, davacının yargılama sırasında talebini belirlemesine ihtiyaç olmaksızın hâkim kendiliğinden zarar miktarını da takdir ederek, tazminatın miktarını belirleyebilecekti.

¹²³¹ 3. HD, 26.5.2005, E. 2005/5317, K. 2005/5891 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası); 3. HD, 1.2.2005, E. 2005/350, K. 2005/5873 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası); 3. HD, 2.5.2005, E. 2005/4683, K. 2005/4852 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası)

¹²³² 3. HD, 2.5.2005, E. 2005/4683, K. 2005/4852 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası)

¹²³³ “Dava dilekçesinde suya vaki müdahalenin önlenmesi istenmiştir... Bu durumda sağlıklı ve kalıcı çözüm için suların en az olduğu bir sulama döneminde uzman bilirkişiler aracılığı ile (Jeoloji mühendisi, ziraat mühendisi ve fen elemanlarından oluşacak bir heyet ile) yeniden keşif yapılarak, davalının eylemi sonucu davacının yararlandığı kaynak suyunun eski hale gelmesinin (yani geri dönüşümün) mümkün olup olmadığı araştırılmalı, eğer geri dönüşüm gerçekleşiyorsa davalının müdahalesinin önlenmesine ve yaptığı kazının kapatılmasına karar verilmelidir. Aksi halde yani geri dönüşüm gerçekleşmiyorsa bu takdirde davacının kadim hakkı da göz önünde bulundurularak ve yararlandığı başka sular varsa bunlarda dikkate alınarak dava konusu sudan ihtiyacına göre yararlanmasına karar verilmelidir...Eksik inceleme sonucu yazılı nedenlerle davanın reddi doğru görülmemiştir.” 3. HD, 13.12.2005, E. 2005/12606, K. 2005/13732 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası). Aynı şekilde: 3. HD, 2.5.2005, E. 2005/4683, K. 2005/4852 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası). Yargıtay benzer bir kararında, bilirkişi heyetinin jeoloji mühendisi, hidroloji mühendisi ve ziraat mühendisinden oluşması gerektiğini ifade etmektedir. 3. HD, 29.11.2005, E. 2005/11732; K. 2005/12777 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

D. Miras Hukukunda Tenkis Davaları

Tenkis davası, kural olarak saklı pay mirasçılarının ve istisnaen de saklı paylı mirasçılarının alacaklıların, hâkimden miras bırakanın tasarruf oranını aşan kazandırmalarının bu oranda etkisizleştirmesini talep ettikleri davadır¹²³⁴. Tenkis davasında hâkimin vereceği kararla mirasbırakanın yaptığı bazı kazandırıcı işlemlerin kanunda öngörülen sınırlara indirilmesi, yani mevcut hukuki durumda bir değişiklik yapılması amacı güdüldüğü için, bu davanın inşaî dava olduğu doktrinde kabul edilmektedir¹²³⁵. Bununla beraber doktrinde, tenkis kararıyla birlikte edaya da karar verilmiş sayılıp sayılmayacağı konusunda farklı görüşler vardır. Bu ayrım tenkisi istenen malların tenkis davasını açan saklı paylı mirasçının zilyedinde bulunup bulunmadığına göre yapılmaktadır. Bir görüşe göre, tenkis talebinde bulunan tenkisin talep ve dava edildiği anda tenkisi istenen bölüme zilyed ise, sadece tenkis davası açabilecektir. Buna karşılık, edaya ilişkin bir istemde bulunmayacaktır. Ancak, tenkise tabi bölüm, davacının zilyedinde değilse, davacının bu takdirde tenkis davasıyla beraber ya da tenkis davasından sonra saklı payı aşan oranın geri verilmesi veya bedelin ödenmesine yönelik bir eda davası açması gerekir. Çünkü bu görüşe göre, inşaî davada bir eda bölümü bulunmadığı bu nedenle tenkis davasıyla mahkemenin sadece tenkis kararı verebileceği; malların iadesine veya bedelin ödenmesine karar veremeyeceği ifade edilmektedir¹²³⁶. Buna karşılık diğer görüşe göre, tenkis davası açan davacının, ayrı ya da bu dava ile beraber eda davası açmasına gerek olmadığı yönündedir¹²³⁷. Tenkis davasında, saklı payı aşan bölümün davalının elinde bulunması durumunda açılan inşaî davanın örtülü olarak, yani davacı tarafından açıkça talep edilmemiş olsa dahi, tenkis istemiyle eda istemini

¹²³⁴ DURAL/ÖZ, s. 267.

¹²³⁵ ÖNEN, İnşai Dava, s. 78; DURAL/ÖZ, s. 267; KURU, Usûl, C. 2, s. 1479; POSTACIOĞLU, s. 265; TÜFEK, s. 103.

¹²³⁶ KURU, Usûl, C. 2, s. 1480-1481; POSTACIOĞLU, s. 267; DURAL/ÖZ, s. 268

¹²³⁷ Yargıtay uygulaması da bu yöndedir: “Tenkis davasının inşaî dava (yenilik doğuran) olduğunda ilmi ve kazai içtihatlar söz birliği içindedir. ...Genellikle inşaî dava iki isteği kapsar, biri inşaî hakkın tespiti, diğeri ise eda bölümüdür. Bu ikisinin birbirine karıştırılmaması gerekir. Tenkis davasında miras bırakanın saklı payı giderme amacı ile hareket ettiğinin tespitine ilişkin bölüm inşaî olup, hâkimin kararı ile yeni bir durum meydana gelir. Saklı payın zedelenmesinden ötürü mirasçının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine dair bölüm ise edaya taalluk eder. Esasen tenkis davasının amacı, saklı pay sahibi mirasçının malvarlığını gerçek duruma getirmeyi sağlamaktır” 2. HD, 2.5.1974, E. 2221, K. 2692 (ÖNEN, İnşai Dava, s. 79). ÖNEN Yargıtay'ın kararını doğru bulmakla beraber, inşaî davaların inşaî hakkın tespiti bölümü ve eda bölümü olmak üzere iki bölümden oluştuğu görüşüne katılmamaktadır (İnşai Dava, s. 80).

içerdiği ifade edilmektedir¹²³⁸. Aksi takdirde, tenkis davasının davacıya arzuladığı hukuki korumayı sağlayamayacağı, tenkis işlemi adeta bir tespit işlemi düzeyine indireceği, bunun ise tenkis davası ile tespit davasının karıştırılması gibi bir yanlış sonuç doğuracağı ifade edilmektedir¹²³⁹. Bu nedenle bir görüşe göre, tenkis konusu malların davacının zilyesinde bulunmadığı durumlarda tenkis davasının zorunlu olarak edayı da kapsayacağı ifade edilmektedir¹²⁴⁰.

Belirtmek gerekir ki, tenkis davaları, belirsiz alacak davasının tipik uygulamasıdır. Çünkü davacı, dava açtığı anda, miras bırakanın hangi miktarda kendisinin saklı payını aşan kazandırma yaptığını bilecek durumda değildir. Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında¹²⁴¹ bu durum açıkça ifade edilmektedir. Gerçekten, söz konusu kararda, *“Tenkisin gerekip gerekmeyeceği, gerekiyorsa ne oranda ve ne miktarda gerekeceği önceden bilinemez. Bunun için, mahkemece; öncelikle tereke mal varlığı tespit edilmeli, uzman bilirkişi heyetine tenkisle ilgili ayrıntılı bir hesap yaptırmalı; davacılara, belirlenen değer üzerinden noksan harcı yatırmaları için süre verilerek, harç tamamlattırılmalı; bundan sonra tenkis hükümleri doğrultusunda bir inceleme ve araştırma yapılarak, oluşacak sonuç dairesinde tenkis talebiyle ilgili bir hüküm kurulmalıdır.”* denilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile belirsiz alacak davası kabul edilmeden önce dahi, Yargıtay tenkis davasının belirsiz alacak davası şeklinde açılabileceğini kabul etmiştir. Hatta, Yargıtay bazı kararlarında zararın miktarının ispatlanamadığı durumlarda maddi ve manevi tazminatlarda önerdiğimiz gibi, davacının tenkis davasında dava açarken gösterdiği değeri artırmasına gerek olmaksızın hâkimin tespit edilen değeri saklı pay oranına kadar kendiliğinden karar verebileceğini kabul etmiştir¹²⁴².

Tenkis davası açan davacının, saklı pay oranının kanunda belirli olduğu ve bu nedenle mirascının kendisinin bu orana göre bir belirleme yapabileceği ileri sürülebilir. Ancak tenkis davasının belirsiz alacak davasına konu olması, saklı payına tecavüz edilen davacının, dava açtığı anda tenkise tabi kazandırmaların neler

¹²³⁸ ÖNEN, bu durumun tenkis davası ve boşanma davası gibi bazı inşai dava çeşidinde görülen özellik olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu gibi durumlarda tenkis davasında eda unsuru asıl unsur olan inşadan ayrı değerlendirilmesine imkân olmayan bir cüz olarak kabul etmektedir (İnşai Dava, s. 80-81).

¹²³⁹ ÖNEN, İnşai Dava, s. 81.

¹²⁴⁰ ÖNEN, İnşai Dava, s. 81.

¹²⁴¹ 3. HD, 13.12.2011, E. 2011/14754, K. 2011/20454 (YKD, C. 38, S. 4, Nisan 2012, s. 653 vd.)

¹²⁴² HGK, 26.5.1965, E. 781/2, K. 223 (OLGAÇ, s. 327).

olduğunu tam olarak bilecek durumda olmamasından kaynaklanmaktadır. Özellikle birden fazla tenkise tabi kazandırma bulunduğu durumlarda bunlardan hangisi veya hangilerinin ne oranda tenkis edileceğinin tespiti her zaman kolay değildir. Bu malların piyasa değeri ve iade yükümü altına giren davalının sorumluluğu gibi hususların belirlenmesi davanın açıldığı anda davacıdan beklenemeyecek kadar karmaşıktır. Yargıtay tenkis davalarında davacının tahmini değer göstermesini ve yargılama sırasında davacının talebi olmaksızın dahi malların değeri tespit edildikten sonra bu değer üzerinden hüküm kurulması gerektiğini kabul etmektedir. Böylece mahkemenin, dava dilekçesinde bildirilen miktardan fazlasına hükmedebileceği kabul edilmektedir¹²⁴³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yargıtay bu durumu taleple bağıllık ilkesine aykırı da görmemektedir. Örneğin, Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında bu durum açıkça ifade edilmiştir. Kararda¹²⁴⁴, “*Saklı payın hesaplanması, malların, miras bırakanın ölüm tarihindeki değeri bilinmedikçe dava dilekçesinde bu konuda gösterilen rakam, bir tahminden başka bir şeye dayanmaz. Bundan dolayı mahkemenin bu rakamı esas olarak değil, tespit edilen gerçek değeri esas olarak saklı pay isteğini karara bağlamış olması, istekten fazlaya karar verme sayılamaz (HUMK. m. 74, HMK m. 26). Gerçek değer mahkemece, usulünce tespit ettirildikten sonra dava harcının buna göre alınması yasa gereğidir.*” denilmiştir. Yargıtay burada, davacının saklı payı oranında hâkimin kendiliğinden karar verebileceğine hükmetmiştir. Çünkü burada davacının talebi, saklı payını aşan kazandırmaların bu oranda tenkisidir. Yani hâkim, esasında davacının talebiyle bağılıdır. İşte bu sebeple hâkim, davacının saklı payını aşan miktardan fazlasının tenkisine karar verdiği takdirde, taleple bağıllık ilkesine aykırı karar vermiş olacaktır. Yargıtay diğer bir kararında, hâkimin keşifle tespit edilen değer üzerinden saklı payı hesaplayarak hüküm altına alınması, dava konusunun artırılmasının sayılmayacağını bu nedenle burada iddianın genişletilmesi yasağından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir¹²⁴⁵.

Tenkis davalarında hâkim bazen tenkise tabi malların değerlerinin tespiti dışında, saklı payın aşılıp aşılmadığını, kimin hangi oranda tenkis isteyebileceğini bilirkişiye sormaktadırlar. Bu uygulama son derece yanlış olup Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesine aykırıdır. Çünkü tenkis oranlarının ne olduğu ve hangi

¹²⁴³ KURU, Usûl, C.3, s. 3107; TÜFEK, iade davalarında da aynı gerekçelerle aynı çözüm tarzının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 294).

¹²⁴⁴ HGK, 26.5.1965, E. 781/2, K. 223 (OLGAÇ, s. 327).

¹²⁴⁵ Aynı yönde: KURU, Usûl, C. 2, s. 1700; 2. HD, 13.2.1970, E. 86, K. 993 (TÜFEK, s. 394).

oranda tenkisin yapılacağı hukukun uygulanması olup, hâkimin görevidir. Bu nedenle, hâkim kanunun hükmünün nasıl uygulanacağı hususunda bilirkişiye gidemez¹²⁴⁶.

Tenkis davasından sonra eda davasının açılması veya tenkis davasıyla beraber eda davasının açılması gerektiği görüşü kabul edildiğinde dahi tenkis davası belirsiz alacak davasına konu olabilecektir. Buna karşılık, tenkis davasından sonra açılacak eda davası, belirsiz alacak davası olarak açılmaz. Çünkü tenkis davası ile saklı pay oranını aşan miktar belirlendiği için, bu belirlenmeye bağlı olarak malların geri verilmesi veya bedelin ödenmesi talepleri, normal bir eda davasına konu olacaktır.

E. Ticaret Hukukunda

I. Haksız Rekabette

Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesi ve devamında haksız rekabet düzenlenmiştir. Sözü edilen maddenin birinci fıkrasında, haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı olarak, bütün katılanların menfaatlerine uygun dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması ifade edilmiştir. Söz konusu Kanun'un 55. maddesinde, haksız rekabet sayılan hallerin başlıcaları sayılmıştır. Bu sayma tahdidi değildir. Ayrıca sözü geçen Kanun'un 56. maddesinde ise, haksız rekabet sonucunda açılacak hukuki davalar düzenlenmiştir. Haksız rekabet sebebiyle zarar gören kimse, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, kusur varsa zarar ve ziyanın tazmini isteyebilir. Zarar ve ziyanın tazmini olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir. Zarar gören sadece maddi tazminat talebinde değil, ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinde düzenlenen manevi tazminatın şartları varsa manevi tazminat talebinde de bulunabilir. Manevi tazminat talepleri Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesine göre belirleneceği için yukarıda yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Bu

¹²⁴⁶“Mahkemece, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Onun için hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez (HUMK. m. 275). Hâkim mirasçılarının saklı paylarını (MK. m. 453), miras bırakanın tasarruf nisabını bilmek ve bu bilgilerine göre tenkis hesaplarını yapıp (MK. m. 454) mirasçılarının saklı paylarına bir tecavüzün mevcut olup olmadığını kendisi tesbit etmekle yükümlüdür. Buna rağmen tenkis hesaplarını yapmak için bilirkişi seçilmesi ve bu bilirkişi için takdir edilen ücreti davacı kesin mehile rağmen yatırmadığından söz edilerek davanın reddedilmesi usûl ve kanuna aykırıdır.” 2. HD, 18.2.1986, E. 1986/11255, K. 1986/1700

nedenle tekrara düşmemek açısından bu açıklamalara yer vermeyeceğiz¹²⁴⁷.

Maddi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına konu olması ise haksız rekabet sonucu ortaya çıkan veya çıkacak olan zararın miktarının davacı tarafından davanın açıldığı anda tespit edilebilir nitelikte olmamasından kaynaklanmaktadır. Haksız rekabet nedeniyle zarar görenin uğradığı zararın miktarını ispatlaması çok zor hatta kimi zaman imkânsızdır¹²⁴⁸. Çünkü haksız rekabetin doğurduğu sonuçlar bir anda meydana gelmez. Ayrıca, zararın artması ve bu nedenle kapsamının belirlenmesi bir çok faktöre bağlıdır. Örneğin haksız rekabet sayılan hallerden biri, başkalarını ve onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemektedir. Söz konusu türde bir açıklama yapıldığında doğacak zararın miktarı çeşitli faktörlerin bilinmesine bağlıdır. Bunlardan en önemlisi, dürüstlük kuralına aykırı şekilde yapılan bu açıklamanın ulaştığı yerler ve bunun etkisidir. Zarar açıklamanın yapıldığı anda doğmakla beraber kapsamı açıklamanın yayılması ve daha çok kişi veya kurum tarafından duyulması ile artmaktadır. Zarar zaman içinde ortaya çıkmaktadır. Açıklamanın kapsamının hem içerik bakımından hem araçları hem de yayımlandığı veya yayıldığı yerler bakımından bilinmesi zararın boyutlarını tespit bakımından önem arz etmektedir. Zararın özellikle yoksun kalınan kazanç olarak ortaya çıktığı durumlarda davacının bu iddiasını ispatlaması oldukça güçtür. Bununla beraber zararın haksız rekabet sonucunda da mı ortaya çıktığı veya genel ekonomik durumun kötüleşmesi ve tüketicilerin satınalma güçlerinin azalmış olmasından mı kaynaklandığının tespiti de son derece güçtür¹²⁴⁹. Yoksun kalınan kazanç varsayımsal bir hesaba dayandığı için, belirlenecek miktarın kesinliği de bulunmamaktadır¹²⁵⁰. Zararın miktarının belirlenmesi çoğu zaman son derece güç olduğu ve bunun belirlenmesi için özel bir düzenleme olmadığı için genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir¹²⁵¹. Yani haksız rekabette de uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat

¹²⁴⁷ Bknz.: §13, C, II.

¹²⁴⁸ GÜRPINAR, Bünyamin/ORUÇ, Murat, Haksız Rekabette Maddi Tazminatın Hesaplanmasında Yeni Yaklaşımlar, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 79.

¹²⁴⁹ GÜRPINAR/ORUÇ, s. 73.

¹²⁵⁰ TANDOĞAN, s. 65.

¹²⁵¹ GÜRPINAR/ORUÇ, s. 73. Yargıtay'ın tutumu da bu yöndedir. Örneğin, “*Dava, haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, maddi ve manevi tazminatların istemlerine ilişkindir. ... Ne var ki davacı zarar tutarını ispat edememiştir. Bu durum karşısında, BK'nun 42 ncı maddesi (TBK m. 50) dikkate*

edilemiyorsa, hâkim olayın akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun belirler. Burada da davacının, hâkimin zararın miktarını tespit etmesi ve tazminatın miktarını belirlemesine imkân tanıyan vakıaları ve bunların delillerini mahkemeye sunması gerekmektedir. Tazminatın belirlenmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 51 ve 52. maddeleri de uygulama alanı bulacaktır. Bazı durumlarda zarar verenin vereceği bilgi ve belgeler zararın miktarının belirlenmesini sağlayabilir. Örneğin Yargıtay bir kararında¹²⁵², “*Davacının piyasaya sürdüğü ambalaj kutularının, vasat bir tüketiciyi yanıltacak biçimdeki taklidini kullanarak haksız rekabette bulunan davalı aleyhine, makul bir tazminata hükmedilmezden evvel; davacının gerçek zararının araştırılması, örneğin defter ve kayıtları üzerinde bu yönde bir inceleme yaptırılması gerekir.*” demektedir. Bazı durumlarda ise, zarar verenin tuttuğu bir defter veya zararın miktarının belirlenmesine yardımcı olacak bir bilgi veya belge yoktur. Bu durumlarda hâkim, tamamen somut olaya uygun şekilde, hakkaniyete uygun olarak zararın miktarını tespit edip, uygun bir tazminatın verilmesine hükmedecektir¹²⁵³. Bu nedenle kanaatimizce haksız rekabet durumunda belirsiz alacak davasının açılması mümkün görülmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde “*Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.*” denilmektedir. Söz konusu hükmün, tazminat davasında zararın miktarının ispatı bakımından ortaya çıkan güçlükler nedeniyle kabul edildiği ifade edilmektedir¹²⁵⁴.

alınarak davacı yararına uygun tutarda maddi tazminata karar verilmesi gerekir.” 11. HD, 26.11.2007, E. 2006/12564, K. 2007/14906 (GÜNAY, s. 266).

¹²⁵² “*TTK'nun 58/a bendi ve 556 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin 67 maddesine göre haksız rekabet sebebiyle uğranılan zarar açıkça saptanamadığı hallerde hâkim davalının bu haksız rekabet sebebiyle elde ettiği veya etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da hükmedebilir. Mahkemece öncelikle davalının kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırarak tazminat miktarının saptanması, şayet işlemde bir sonuç elde edilemezse, uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davacının tazminat isteminin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.*” 11. HD, 22.9.1998, E. 1998/3880, K. 1998/5842 (KARAN/KILIÇ, s. 531-532). Aynı şekilde: 11. HD, 4.5.1999, E. 1998/8964; K. 1999/3645 (GÜRPINAR/ORUÇ, s. 75'teki dn. 48; Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

¹²⁵³ 11. HD, 8.10.2007, E. 2006/9700, K. 2007/12510 (GÜNAY, s. 266; Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

¹²⁵⁴ ARKAN, ayrıca söz konusu hükmün, sadece mağdurun uğradığı zararın tazmin edilmesinin bu zarar miktarını aşan haksız rekabet kazancından failin yararlanmasına yol açtığı tespit olduğundan, hakkaniyete aykırı düşen bu durumun giderilmesi için kabul edildiğini ifade etmektedir (ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Hazırlanmış 15. Baskı, Ankara 2011, s. 324).

Zararın miktarının tam olarak tespit edilememesi durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasında, zararın hâkim tarafından takdir edildiği durumlarda dahi, tatminkar sonuçların ortaya çıkmadığı ifade edilmektedir. Hâkimin elde edilmesi mümkün olan menfaate ancak talep halinde hükmedebileceği kabul edilmektedir¹²⁵⁵. Elde edilmesi mümkün olan menfaatin hesaplanması da son derece güçtür. Genellikle bilirkişi incelemesi sonucunda ortaya çıkabilmektedir. Bir görüş, burada bilirkişi incelemesine başvurunun zorunlu olduğunu ifade etmektedir¹²⁵⁶. Burada zarar verenin ticari defterleri ile muhasebe kayıtları da elde edilmesi mümkün olan menfaatin belirlenmesine yardımcı olacaktır. Yargıtay, zarar verenin defter tutmaması veya tuttuğu defterlerde elde ettiği kazanç miktarı belirlenemiyorsa, hâkimin Türk Borçlar Kanunu'nun 50-51. maddelerine göre tazminata hükmetmesi gerektiğini ifade etmiştir¹²⁵⁷. Görüldüğü gibi elde edilmesi mümkün olan menfaatin kapsamını davacı davanın açıldığı anda belirleyebilecek durumda değildir. Bu nedenle davacı belirsiz alacak davası açarak, haksız rekabet sonucunda uğradığı zararın tazminini talep edebilir.

II. Acentenin Ücretinin Belirlenmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 113. maddesine göre, acentenin ücret talep etme hakkı olduğu gibi müvekkilinin talimatına uygun olarak tahsil ettiği paralar için tahsil komisyonu da isteyebilir. Acente, kurulan işlem yerine getirildiği anda ve ölçüde

¹²⁵⁵ GÜRPINAR/ORUÇ, s. 81 ve dn. 81'deki yazarlar. Davacının, yoksun kalınan kârla beraber davalının elde etmesi mümkün görülen kazancın ödenmesini isteyip isteyemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için: GÜRPINAR/ORUÇ, s. 82 vd.; ARKAN, Ticari İşletme, s. 324 .

¹²⁵⁶ GÜRPINAR/ORUÇ, s. 86.

¹²⁵⁷ "...davaya konu tazminatın tayini yasaya ve dairemiz uygulamalarına uygun yapılmamıştır. Tarafların ticari defterlerinin ibrazı için usûli kurallara göre taraflara uygun öneller tanınması, TTK'nun 58/e maddesince öngörülen ölçütlere göre bilirkişilerden, davacının uğradığı somut zararın veya elde edebilecekken yoksun kaldığı menfaatin, hesaplanmasının istenmesi, bu çerçevede bir tesbit yapılamıyorsa ancak o zaman BK'nun 42 ve 43. maddelerinde (TBK m. 50-52) yer alan ilkeler uyarınca uygun bir tazminatın taktir edilmesi gerekirken, TTK'nun 58/e maddesinde (TTK m. 56/1- e) belirtilen hususlar yerine getirilmeden eksik incelemeye dayalı biçimde tazminat istemlerinin kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir." 11. HD, 4.5.1999, E. 1998/8964; K. 1999/3645 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası). Aynı yönde: 11. HD, 25.3.1999, E. 1998/7790, K. 1999/2565 (GÜRPINAR/ORUÇ, s. 88'deki dn. 100). GÜRPINAR/ORUÇ, Yargıtay'ın bu görüşüne katılmamaktadır. Yazarlara göre, bilirkişinin kazanç miktarını belirleyemediği durumlarda hâkimin hareket noktasının BK'nın 42-43. maddeleri (TBK m. 50-52) değil, TK'nın 58/1-e (TTK m. 56/1- e) hükmü olmalıdır. Bu hükme dayanarak bir miktar tayin edilmesi gerektiği ifade edilmektedir (s. 88). Ancak, söz konusu hükümde sadece neyin tazmin edilmesi (mümkün görünen menfaat) düzenlenmekle beraber, bunun nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu nedenle hâkimin kazancın miktarını Yargıtay kararında belirttiği gibi genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 50-52. maddelerine göre yapması gerekir.

ücrete hak kazanır (TTK m. 114/1). Acentelik ücreti, taraflarca sözleşme ile kararlaştırılabilir. Taraflarca sözleşmede ücretin miktarı kararlaştırılmamışsa, acentenin bulunduğu yerdeki teamüle göre ücret belirlenir. Bu durumda ücret teamüle uygun olarak belirleneceği için, teamülün bulunduğu durumlarda davacı ücretin miktarını belirleyemeyeceğini iddia edemez. Eğer teamül yoksa ücret, o yerdeki asliye ticaret mahkemesince belirlenir (TTK m. 115). Ücret, Türk Ticaret Kanunu'nun 115. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere mahkemece serbestçe belirlenmektedir.

Ücretin miktarı belirli olmakla beraber, bazı durumlarda ücret isteminin dava konusu yapılabilmesi için, davacının bir takım belge ve bilgilere ihtiyacı bulunmaktadır. Müvekkil, ücretin hesaplanması ile ilgili tüm bilgi ve belgeleri acenteye vermelidir. Özellikle ücretin doğum tarihinden itibaren en geç üç ay içinde ve her halde sözleşmenin sona erdiği tarihte ödenmesi gerektiği için ücretin muacceliyet kesb edip etmediği ve hesaplanması bakımından gerekli olmaktadır (TTK m. 116/2). Bu durumda müvekkil, ücret isteminin belirlenebilmesi için gerekli olan bilgi ve belgeleri vermek zorundadır. Acente, ücrete bağlı işlemlerine ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin de kendisine gönderilmesini müvekkilinden isteyebilir. Müvekkil, defter suretlerini vermekten kaçınırsa veya defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haller varsa, acente, ticari defter ve belgelerin ilgili kısımlarını ya kendisi inceler ya da bir uzmana inceletebilir. Müvekkilin buna izin vermemesi durumunda sorunun mahkemece duruma en uygun şekilde çözeleceği düzenlenmiştir (TTK m. 116/2). Mahkemenin yargılama sırasında defterlerin ibrazını talep etmesi, acentenin bu durumda defterlerin ibrazından sonra talebini belirli hale getirebilmesi gerekir. Görüldüğü gibi, ücret istemi nedeniyle açılacak davalarda, bazı durumlarda, ücret isteminin miktarının belirlenebilmesi, ancak müvekkilin defterleriyle diğer belgelerin incelenmesi neticesinde mümkün olacaktır. Bu durumda, acente belirsiz alacak davası açarak, söz konusu bilgi ve belgelerle defterin incelenmesinden sonra talebini belirli hale getirebilir. Bu nedenle ücret istemine ilişkin talepler de belirsiz alacak davasının konusu olabilir.

III. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser üzerindeki mali ve manevi hakların ihlali ile ilgili hukuk davaları olarak tecavüzün ref'i davası, tecavüzün men'i davası ve tazminat davaları düzenlenmiştir.

Tecavüzün ref'i davası, başlamış ve devam etmekte olan bir tecavüz söz konusu ise bunun kaldırılması için açılan davadır. Tecavüz sona ermiş ise bu dava açılmaz. Bu durumda, ancak tazminat davası açılabilir¹²⁵⁸. Tecavüzün ref'i davasında hâkim, eser sahibinin mali ve manevi haklarını, tecavüzün kapsamını, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin uğrayacağı muhtemel zararları takdir ederek durumun gereğine göre tüm tedbirleri alır. Tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için, tecavüz edenin veya tecavüz eden bir işletmenin temsilcisi veya bir işletmenin müstahdemi olarak çalışıyorsa işletme sahibinin de kusuru aranmaz (FSEK m. 66/3). Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 66. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen hâkimin kusurun olup olmadığına yönelik tespiti, tazminat davaları bakımından da önem taşımaktadır (FSEK m. 70/1-2).

Tecavüzün men'i davası ise bir fikir ve sanat eseri hakkında tecavüz tehlikesinin bulunması halinde bu tehlikeyi ortadan kaldırmak veya önlemek amacıyla açılır¹²⁵⁹. Ayrıca gerçekleşmiş bir tecavüzün devamı halinde veya tekrarı muhtemel görülen hallerde de tecavüzün men'i davası açılabilir (FSEK m. 69/1, c. 2).

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. maddesinin birinci fıkrasına göre, eseri hak sahibinin izni olmaksızın işlenmiş, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan daha fazla çoğaltılmış veya izinsiz şekilde radyo televizyon gibi araçlarla yayınlanmış ya da temsil edilmişse, eser sahibi, sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin veya emsal yahut rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç katını isteyebilir. Aynı Kanun'un ikinci ve üçüncü fıkrasına göre ise, haksız çoğaltma karşısında hak sahibi, çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda

¹²⁵⁸ EREL, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, s. 331.

¹²⁵⁹ TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012, § 20, Kn. 77, s. 325.

isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir¹²⁶⁰. Burada özellikle, tecavüzün kapsamını belirleyen unsurlar, örneğin, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilenden fazla basılmışsa bunun sayısı, izinsiz çoğaltma yapılmışsa bunun sayısı, yayın yapılmışsa bu yayının ulaştığı yerler bilinmediğinden, uğranılan zararın miktarının tespiti de her zaman davanın açıldığında anda mümkün görülmemektedir. Bu unsurlar, genellikle zarar verenden elde edilecek bilgi ve belgeye¹²⁶¹ göre yahut bilirkişi incelemesi¹²⁶² neticesinde belirlenebilecektir. Bu nedenle, bu hallerde belirsiz alacak davası söz konusu olabilir¹²⁶³.

Belirtmek gerekir ki, mali haklara tecavüz halinde, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere ilişkin hükümlere göre tazminat da talep edilebileceği

¹²⁶⁰Bu durumda zarar gören, bu üç seçenekten birini tercih edebilir (KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit, SARAÇ, Tahir/NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007, s. 113).

¹²⁶¹ Yargıtay da 15.5.1997 tarihinde verdiği kararında bu duruma açıkça dikkat çekmiştir. Karar şöyledir: “Davacı, davalının kitaplarını izinsiz olarak çoğalttığı ve satışa arz ettiği gerekçesiyle tazminat isteminde bulunmuş ise de, mahkemece görüşüne başvurulana bilirkişiler zararın hesabını varsayımına dayalı olarak 3.000 adet kitap üzerinden hesaplamışlardır. Zararın hesabı varsayımına dayalı olarak yapılamaz. Dosyadaki deliller ışığında bunun en az 200 kitap olduğu gözlenmiştir. Mahkemece yapılacak iş davalının defterlerinin celbi ile dosyanın yeniden bilirkişi kurumuna tevdi ile davalının olay tarihinde kaç öğrencisinin olduğunun tespit edilerek, ayrıca kaç kitap sattığının tespiti ile davacının gerçek zararının belirlenmesi hususunda ek rapor alınarak hasıl olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken...” 11. HD, E. 1997/1503, K. 1997/356. Aynı yönde: 11. HD, 25.3.1997, E. 1997/187, K. 1997/2097. Kararlar için bkz.: SULUK/ ORHAN, s. 845-847.

¹²⁶² Yargıtay kararları da bu yöndedir. Örneğin: “Burada sözü edilen miktarın hesabı için, önce eserin ve eseri meydana getirenin özellikleri itibarıyla eserin değerini etkileyen bütün faktörler ve çoğaltılan nüsha sayısı nazara alınmak suretiyle normal şartlarda oluşturulacak bir sözleşme uyarınca eseri çoğaltacak olanın hak sahibine vermesi gereken para miktarının bulunması bundan sonra ise bu miktarın üç katının hesaplanması gerekmektedir. ...” 11. HD, 6.3.2000, E. 1999/9978, K. 2000 /1893 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası). Benzer şekilde: “... Bu kitap gazete ile birlikte ücretsiz olarak okuyucuya dağıtıldığından ve aslolan kitap değil, gazetenin satışı olduğundan kitabın, gazetenin ulaştığı net satış sayısı kadar satılabileceği görüşü doğru değildir. O halde, mahkemece içinde yayıncı bilirkişinin de bulunduğu yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınarak, dava konusu kitabın, promosyon aracı olarak değil de müstakilen basılmış olsaydı kaç adet basılıp satılabileceği ve fiyatının ne olacağı tespit edilerek sonucu çerçevesinde bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve hükmün bozulması gerekmiştir. ” 11. HD, 8.7.1999, E. 1999/1384, K. 1999/6565 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası).

¹²⁶³ Buna karşılık zararın miktarının belirlenmesi mümkün ise, belirsiz alacak davası açılmaz. Örneğin, “... yayın hakkı davacıya ait bulunan lig maçına ait görüntülerin davalıya ait TV kanalında 48 saniye süre ile izinsiz ve ücretsiz olarak yayınlamasının FSEK.nun 25 maddesinde ifadesini bulan davacının yayın hakkını ihlal anlamına geldiği, davacı ile Federasyon arasındaki sözleşmeye göre davacının sahibi bulunduğu görüntüleri yayınlamak isteyen diğer televizyon kuruluşlarından dakika başına 2000 USD isteyebileceği, FSEK.nun 68/1 maddesi gereğince davacının yayın bedelinin üç mislini talep hakkı bulunduğu gerekçesiyle, 4.800 USD nin dava tarihinden itibaren %9 faiziyle birlikte fiili ödeme tarihindeki TL karşılığının davalıdan alınıp davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir. ... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir. ” 11. HD, 28.6.1999, E. 1999/4188, K. 1999/5854 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası) Aynı yönde: 11. HD, 13.9.1999, E. 1999/4776, K. 1999/6722 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası).

düzenlenmiştir(FSEK m. 70/2). Burada Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin 49. madde ve devamı hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle, gerek zararın takdirinde gerekse tazminatın belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi söz konusudur¹²⁶⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 70. maddesinin ikinci fıkrası, haksız fiillere ilişkin hükümlere yollama yaptığından, mali haklara tecavüz halinde de Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesindeki şartların gerçekleşmesi halinde, manevi tazminat da talep edilebilir. Burada da zararın ispatı ve miktarının belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi uygulama alanı bulacaktır¹²⁶⁵.

Manevi hakları tecavüze uğrayan eser sahibi ise manevi tazminat davası açabilir (FSEK m. 70/1, c. 1). Manevi hakların ihlali halinde manevi tazminat davasının açılabilmesi için eser sahibinin ayrıca bir manevi zarara uğramış olmasına gerek olmadığı, çünkü Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda manevi hakların birinin ihlali ile tecavüz ve zarar arasında ayrıca ispatı gerekmeyen manevi bir zararın da oluştuğu, yani burada kanuni bir sebep sonuç bağının bulunduğu kabul edilmektedir¹²⁶⁶. Davacının manevi tazminat talebinin konusu para olmasına rağmen, Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesine (BK m. 49) uyumlu olarak, mahkeme manevi tazminat olarak para yerine veya paraya ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir (FSEK m. 70/1, c. 2). Manevi zararın miktarının belirlenmesinde hâkimin Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre takdir yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir¹²⁶⁷. Manevi haklara tecavüz, ayrıca kişilik haklarına da

¹²⁶⁴ AYİTER, Nüşin, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, Ankara 1972, s. 252.

¹²⁶⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet M. Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s. 415.

¹²⁶⁶ TEKİNALP, § 20, Kn. 84, s. 327; HGK, 02.04.2003, 342/447. Karşı görüş: KILIÇOĞLU, Fikri Haklar, s. 410-411.

¹²⁶⁷ EREL, s. 345; ERDİL, Engin, İctihatlı ve Gerekeçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 2005, s. 578. Yargıtay'ın manevi hakların ihlali halinde zararın miktarının tayininde hâkimin TBK'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre (BK m.42/2) takdir yetkisine sahip olduğunu açıkça ifade etmektedir. Örneğin, *“Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, manevi hakların ihlali sebebiyle manevi tazminat davası açabilmek için eser sahibinin kişilik haklarının da tecavüze uğramış olması koşul değildir. FSEK'nın 70. maddesi, manevi tazminat istemini kişilik haklarının ihlaliyle bağımsız olarak hükme bağlamıştır. Bu bakımdan BK'nun 49. madde hükmünü, FSEK'nın 70. Maddesinin tamamlayıcısı veya onun yerine ikame edilecek bir hüküm olarak görmemek gerekir. Zira, bu iki hükmün yaptırma bağladığı menfaatler birbirinden farklıdır. Zarar miktarının tayini hususunda hâkim, BK'nın 42/2. maddesi hükmüne göre takdir yetkisine sahiptir. Bu durumda, mahkemece, davacının manevi haklarının ihlal edildiği kabul edilerek bir miktar manevi tazminatın hüküm altına alınması gerekirken BK'nın 49. maddesinin koşulları oluşmadığından bahisle bu yöndeki talebin reddi doğru olmamış, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.”* 11. HD, 6.3.2000, E. 2000/863, K. 2000/1762 (Kazancı Bilişim-İctihat Bankası).

saldırı teşkil ediliyorsa, Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesine göre, manevi tazminat davasının da açılacağı hem doktrinde hem de Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir¹²⁶⁸. Çünkü eser üzerindeki manevi haklarla kişilik hakları birbirinden farklıdır¹²⁶⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, manevi hakların ihlali durumunda da maddi tazminat davasının açılacağı kabul edilmektedir¹²⁷⁰. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 70. maddesinde yer alan manevi hakların ihlali halinde maddi tazminat davasının açılacağı ifadesinin, 4110 sayılı Kanun ile metinden çıkarılmasına rağmen, Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümlerine göre ya da sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanılarak maddi tazminat taleplerinin de söz konusu olabileceği kabul edilmektedir¹²⁷¹.

Dikkat edilirse, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan maddi ve manevi tazminat talepleri, Türk Borçlar Kanunu'daki düzenlemelere paralel olarak veya söz konusu düzenlemelere atıf yollamak suretiyle düzenlenmiştir. Özellikle maddi ve manevi tazminat taleplerinde hâkimin takdir yetkisinin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen manevi haklar ve mali hakların ihlali durumunda da söz konusu olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle, yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, bu durumlarda da şartları varsa belirsiz alacak davası açılacaktır¹²⁷².

Son olarak belirtmek gerekir ki, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 70. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, mali ve manevi hakların ihlali nedeniyle zarara uğrayan kişi, tazminattan başka elde edilen kazancın iadesini de talep edebilir. Kazancın iadesinin istenmesi halinde ise, aynı Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca talep edilen bedelin indirilmesi gerekmektedir (FSEK m. 70/3, c. 2). Böylelikle zarar görenin, kazancın

Aynı yönde benzer kararlar için bkz.: 11. HD, 25.02.2005, E. 2002/10070, K. 2003/1593; 11. HD, 02.03.2000, E. 2000/864, K. 2000/1697 (SULUK, Cahit/ORHAN, Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. 2, İstanbul 2005, s. 811-814).

¹²⁶⁸ EREL, 346-347; TEKİNALP, § 20, Kn. 95, s. 332; ERDİL, s. 578. HGK İç. Bir. Kar., 18.12.1981, E. 980/1, K. 981/2 (YKD, C. 7, S. 5, Mayıs 1981); 11. HD, 6.3.2000, E. 2000/863, K. 2000/1762 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası).

¹²⁶⁹ Bknz.: EREL, s. 135 vd.; HGK İç. Bir. Kar. 18.12.1981, E. 980/1, K. 981/2 (YKD, C. 7, S. 5, Mayıs 1981).

¹²⁷⁰ EREL, s. 347; TEKİNALP, § 20, Kn. 97, s. 333; KILIÇOĞLU, Fikri Haklar, s. 409; ERDİL, s. 579; SULUK/ORHAN, s. 800.

¹²⁷¹ EREL, s. 347; KILIÇOĞLU, Fikri Haklar, s. 409.

¹²⁷² PEKCANITEZ, s. 86.

iadesi ile fiili zararı ve yoksun kaldığı karı karşılabildiği durumlarda, ayrıca tazminat isteyemeyeceği ifade edilmiştir. Çünkü bu durumda, malvarlığında tazmini gereken bir zarar kalmamaktadır¹²⁷³. Zarara uğrayan, zarar verenin elde ettiği karı tespit edebilmesi son derece güçtür¹²⁷⁴. Zarara uğrayan elde edilen kazancın miktarını da, zarar verenin bilgi ve belgelerine başvurmaksızın belirleyemeyeceği için bu durumlarda dahi belirsiz alacak davası açabilecektir. Yargıtay, bu gibi durumlarda da bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁷⁵.

IV. Markalar Hukukunda

Markaların korunmasında maddi ve manevi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına konu olması mümkündür. Marka hakkına tecavüz halinde marka sahibinin talepleri Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 62. maddesinde düzenlenmiştir. Bunun yanısıra, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 64. maddesinde taklit markanın sebep olduğu zararlar ayrıca düzenlenmiştir¹²⁷⁶. Marka sahibi ayrıca, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 68. maddesine göre maddi ve manevi tazminattan farklı markanın itibarı zarara uğramışsa, itibar tazminatı da talep edebilir¹²⁷⁷. İtibar tazminatı için, marka hakkının tecavüze uğraması yeterli olmayıp, ayrıca markanın kötü ve uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarının zarara uğraması gerekir¹²⁷⁸.

Marka sahibinin maddi tazminat davası açabilmesi için zarar olmalıdır. Zarar, malvarlığının aktifini azaltmak veya aktifinin çoğalmasına engel olmak suretiyle

¹²⁷³ ERDİL, s. 581; KILIÇOĞLU, Fikri Hukuk, s. 403.

¹²⁷⁴ ERDİL, s. 581.

¹²⁷⁵ “FSEK.nun 68/2 nci maddesinde, eserin hak sahibinin izni olmadan çoğaltılması ve yayımlanması olağan telif ücretinin üç kat fazlası ile talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, mali ve manevi hakları ihlal edilen kimse FSEK.nun 70/3 ncü madde hükmü uyarınca, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde, 68 nci madde hükmüne göre talep edilen bedel indirilir. Bu açıklamalar karşısında, davacının FSEK.nun 70 nci maddesi hükmüne göre talep ettiği tazminat miktarının açıklaması için davacı vekiline süre verilmesi ve ilgili meslek kuruluşundan rayiç bedel tespit edilmesi ile, uzman bilirkişi kurulundan rapor alınması suretiyle, oluşacak sonuç çerçevesinde bir hüküm verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması yerinde görülmemiş ve kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.” 11. HD, 1.12.2003, E. 2003/4292, K. 2003/11261 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası).

¹²⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: YASAMAN, s. 8-11; ARKAN, s. 240; DİRİKKAN, s. 307; TEKİNALP, § 30, Kn. 36-37, s. 499-500.

¹²⁷⁷ DİRİKKAN, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 308.

¹²⁷⁸ DİRİKKAN, s. 309; UZUNALLI, s. 433. İtibar tazminatının niteliği için bkz.: UZUNALLI, s. 434; TEKİNALP, § 30, Kn. 62-63, s. 506-507.

vukubulabileceği gibi, pasifini çoğaltmak veya pasifinin azalmasına engel olmaksuretiyle gerçekleşebilir¹²⁷⁹. Marka sahibinin uğradığı maddi zararlar, sadece fiili değer kaybı değil ayrıca yoksun kalınan kazancı da kapsamaktadır (MarkKHK, m. 66). Fiili zarar, zarar görenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen fiili bir eksilmeyi ifade eder¹²⁸⁰. Yani, malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması halidir. Yoksun kalınan kazanç ise malvarlığında meydana gelecek olan bir çoğalmanın, zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen engellenmiş olması sonucu meydana gelen azalmadır¹²⁸¹. Bu ise, malvarlığının aktifinin çoğalmasına veya pasifinin azalmasına engel olmak şeklinde ortaya çıkar.

Fiili zarar kural olarak belirlenebilir niteliktedir. Örneğin zararın çoğalmasını engelleyici giderler, zararın etkilerini gidermeye yönelik yapılan masraflar belirlenebilir niteliktedir¹²⁸². Buna karşılık, yoksun kalınan kârın belirlenmesi son derece zordur. Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası ile hâkime tanınan geniş takdir yetkisine rağmen, mahkemeler zararın miktarını belirleme konusunda oldukça ihtiyatlı davranmaktadırlar¹²⁸³. Hükmedilen tazminat miktarları çoğu zaman oldukça yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'de 66. madde ile yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından seçimlik usuller belirlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, zarar gören yoksun kalınan kârın şu usullerden birine göre hesaplanmasını isteyebilir: marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre; marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre veya marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre. Bununla birlikte yoksun kalınan kârın belirlenmesinde, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur (MarKHK m. 66/3). Ayrıca, her üç hesaplanma usulünde de geçerli olmak üzere yoksun kalınan kârın

¹²⁷⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 561.

¹²⁸⁰ EREN, s. 526; REİSOĞLU, s. 168; SARAÇ, Tahir, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003, s. 270.

¹²⁸¹ EREN, s. 526; REİSOĞLU, s. 168.

¹²⁸² TEKİNALP, fiili zararın miktarının belirlenmediği durumlar, TBK'nın 50-52 maddelerinin kıyas yoluyla uygulanacağını işaret etmektedir (§ 30, Kn. 41, s. 501).

¹²⁸³ UZUNALLI, s. 347; ARKAN, C. 2, s. 245; GÖNEN, Çoşku, Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, İstanbul 2011, s. 64.

tespitinde hâkim, olayların normal akışını, hayat tecrübeleri ve olayın özelliklerini dikkate alacağı gibi zarara uğrayan tarafından erişilmesi muhtemel ve elde edilmesine hukuken izin verilen karları da dikkate almalıdır¹²⁸⁴.

Marka sahibine, söz konusu maddede, hesaplama yöntemini belirleme hakkı tanınmıştır. Zarar gören bu yöntemlerden birini seçmek zorunda olup, bu yöntemlerden başka bir usulle hesaplama yapılmasını talep edemez¹²⁸⁵. Doktrinde bir görüş, kural olarak, bu yöntemlerden birinin seçilmesi durumunda, davacının seçtiği yöntemden vazgeçip serbestçe diğer yönteme başvurulamayacağını ifade etmektedir. Buna gerekçe olarak, hesaplama yönteminin değiştirilmesiyle, talep edilen yoksun kalınan kazancın da değişeceğini, bunun ise talep sonucunun değişmesi sonucunu doğurduğunu, bu değişikliğin ancak ıslahla söz konusu olabileceğini ifade edilmektedir. Ancak bu görüşe göre, yöntemin değiştirilmesiyle, talep sonucu artmıyorsa ve talep sonucunda belirtilen miktara yeni yöntemle ulaşılması mümkün ise yargılama esnasında yöntemin değiştirilebileceği kabul edilmektedir¹²⁸⁶. Buna karşılık diğer bir görüş ise, hesaplama yöntemlerinden birini seçen davacının, daha sonra diğer bir esasa göre hesaplamının yapılabilmesinin mümkün olması gerektiğini ifade etmiştir¹²⁸⁷. UZUNALLI, hesaplama yöntemlerinin değiştirilmesinin, talep sonucunu değiştirme anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Yazar, hesaplama yönteminin değiştirilmeyeceği kabul edilse dahi, tazminat davası açıldığı sırada, talep sonucunun belirsiz olduğunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, (belirsiz alacak davasında) tazminat davalarında müddeabihin ıslah yoluna başvurmaksızın değiştirilebilmesinin mümkün olduğunu ifade ederek, seçim hakkının değiştirilmesine usul hukuku engelinin bulunmadığını ifade etmektedir¹²⁸⁸.

Kanaatimizce, davacı, dava açmadan önce, hangi yöntemle yoksun kalınan kazancın hesaplanmasını istiyorsa onu seçip, dava dilekçesinde belirtmelidir¹²⁸⁹. Çünkü

¹²⁸⁴ SARAÇ, s. 275; TANDOĞAN, s. 65-66.

¹²⁸⁵ UZUNALLI, s. 371; TEKİNALP, § 30, Kn. 43, s. 501; YASAMAN, s. 5.

¹²⁸⁶ YASAMAN, s. 5.

¹²⁸⁷ UZUNALLI, s. 372-373. ARKAN, herhangi bir gerekçe göstermeksizin bu görüştedir (s. 245).

SARAÇ da, aynı şekilde Patent hukuku bakımından bu görüştedir (s. 275).

¹²⁸⁸ UZUNALLI, s. 372-373.

¹²⁸⁹ Buna karşılık UZUNALLI, bu durumda davacının seçim hakkını, davalının 556 sayılı KHK'nın 65. maddesi gereğince, markayı kullanarak elde ettiği kazanca ilişkin belgeleri mahkemeye sunmasından ve hatta bu belgelere ilişkin bilirkişi incelemesi yapıldıktan sonra bildirmesi veya

davacının seçeceği hesaplama yöntemi ile talep sonucu arasında sıkı bir bağ vardır. Hesaplama yöntemi, hem talep sonucunun miktarını hem de tahkikatın ne şekilde yapılmasını belirleyecektir. Bu nedenle, davacının hesaplama yöntemini değiştirmesi, talep sonucunun da değiştirilmesi anlamına gelecektir. Kanaatimizce bu ise ancak, ıslah yoluyla veya karşı tarafın açık rızası ile mümkündür. Bu sonuç, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu ile belirsiz alacak davasının kabul edilmesiyle de değişmemektedir. Önemle tekrar vurgulamak gerekir ki, belirsiz alacak davasında, davacı talep sonucunu (müddeabihi) değiştirmemekte; ancak yargılama sırasında aynı hukuki ilişkiye bağlı olarak rakamsal olarak belirlemektedir. Bu nedenle, belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda da, yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemlerinden hangisi seçilmişse, davacı, yargılama sırasında, yine o yöntemle bağlı olarak talep sonucu rakamsal olarak belirlemelidir. Sonuç itibariyle, belirsiz alacak davası, talep sonucunun serbestçe değiştirilmesine olanak vermediği için, yine davacı yargılama sırasında seçtiği hesaplama yöntemini, mutlaka karşı tarafın açık rızası veya ıslah yoluyla değiştirebilir. Bu tür bir yöntem değişikliğinden sonra davacı, belirsiz alacak davasında, seçilen yeni yöntemle bağlı olarak, yargılama sırasında ortaya çıkan zararın miktarına göre talep sonucunu belirleyecektir.

Marka hakkının tecavüze uğrayanın yoksun kalınan kârı ve dolayısıyla zararın miktarını kesin bir şekilde ispat etmesi oldukça zordur. Bu nedenle, davacı, üç

değiştirmesinin mümkün olduğunu; mahkemeye verilen süreye rağmen, hesaplama yöntemleri arasında davacının seçim yapmaması durumunda ise, mahkemenin somut olaya göre en uygun yöntemi seçmesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 373). YASAMAN ise, davacının üç yöntemden birinin seçilmediği durumda Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğunu ifade ederek hâkimin, davacıya müddeabihi açıklattırması gerektiğini ifade ettikten sonra; herhangi bir seçim yapmayan davacının, genel kural niteliğinde olduğu gerekçesiyle, söz konusu KHK'nın 66/II, b. (a)' yı seçtiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir (s. 6). Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu KHK'nın 66 maddesi, hâkime taraflar için en uygun yöntemi belirleme yetkisi veya bu yönde bir takdir hakkı vermemiştir. Ya da söz konusu madde, yöntemlerden birinin seçilmemesi halinde, herhangi bir yöntemin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Burada, tazminatın hesaplanmasındaki yöntemi davacı belirleyecektir (GÖNEN, s. 65). Aksi takdirde, bu hâkimin, davacının yerine geçerek seçim yapması sonucunu doğurur. Bu ise mümkün değildir. Davacı hesaplama yöntemlerinden birini seçmemişse, hâkimin, aydınlatma ödevi (m. 31) çerçevesinde, bu belirsizliği davacıya açıklattırarak gidermesi gerekir (YILMAZ, s. 347). Nitekim Yargıtay da, davacının, hangi yöntemle hesaplama yapılacağını belirlemediği hallerde, davacının tercihini *“tereddütsüz şekilde açıklattırılması”* gerektiğini ifade etmiştir, 11. HD, 2.6.2005, E. 2007/7923, K. 2005/5758 (Bu kararlar beraber, hâkimin davacının seçimine göre karar vermesi gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz.: UZUNALLI, s. 373-374, 375-379, 382-383). Hâkimin açıklama ödevi çerçevesinde vereceği süreye rağmen davacı, hangi yöntemle hesaplanmasını yapılacağını belirlememezse, *“talep sonucunun hüküm vermeye yetecek derecede açık olmaması nedeniyle davanın usûlden reddine”* karar verilmesi gerekir. Bu durumda dava, usûlden reddedileceği için, alacaklı, hesaplama yöntemlerinden birini belirleyerek, tekrar dava açabilir. Dava dilekçesinde talebin ferdileştirilmesi için gerekli şartların yerine getirilmemesi durumunda, davanın usûlden reddine ilişkin bkz.: ÜSTÜNDAĞ, Yasak, s. 19.

yöntemden hangisini seçerse seçsin, zararın miktarını belirleyemiyorsa, hâkim, yoksun kalınan kârın hesaplanmasında Türk Borçlar Kanunu'nun zararın miktarının belirlenmesi ve tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin 50 ila 52. maddelerin, kıyas yoluyla uygulanması gerekir¹²⁹⁰. Özellikle, zararın miktarı tam olarak hesaplanamıyorsa, hâkim yukarıda belirttiğimiz esaslara uygun olarak takdir yetkisi ile zararın miktarını belirlemelidir (TBK m. 50/2). Bu nedenle maddi tazminat talepleri için açılan belirsiz alacak davasına ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir¹²⁹¹. Marka hakkı sahibinin marka hakkına tecavüz nedeniyle, manevi tazminat talep edebileceği¹²⁹² ve manevi tazminat talebi, Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesindeki şartların varlığına bağlı olduğu için¹²⁹³, yukarıda manevi tazminata ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar, burada da uygulama alanı bulacaktır¹²⁹⁴. İtibar tazminatının da tam olarak ispatı ve hesabı mümkün değildir¹²⁹⁵. Burada da hâkim takdir yetkisine göre zararın gerçekleşip gerçekleşmediğini ve miktarını somut vakıaları değerlendirerek belirleyecektir. Bu nedenle itibar tazminatının söz konusu olduğu durumlarda da, şartların varlığı halinde belirsiz alacak davasının açılabilmesi mümkün görülmelidir.

Bunların dışında, markalar hukukunda açılacak davaların belirsiz alacak davasının konusu olabileceğine ilişkin iki açık düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 65. maddesinde düzenlenmiştir. Marka hakkı tecavüze uğrayan, söz konusu seçimlik yöntemlerden birini seçerken, tecavüz edenin satış verilerine, defterlerine ihtiyaç duyabilir. Söz konusu maddeye göre, marka sahibi, markanın kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep edebilir. Daha önce de ifade edildiği gibi, belge kavramını Hukuk Muhakemeleri

¹²⁹⁰ Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur. Örneğin, "Davacı vekili, maddi ve manevi tazminat istemini 556 sayılı KHK'nin 62, 66/b ve 67 nci maddelerine dayandırmış, ... Kural olarak davacı maddi zararını ispat etmek zorundadır. Davalı ihracatçı firmanın defter ve kayıtları ile elde ettiği kazancın tespit edilmesi mümkündür. Şayet maddi zarar tutarı ispat edilemez ise, zarara uğradığı sabit olan davacının talep edeceği tazminat tutarının BK'nun 42 nci (TBK m. 50) maddesi uyarınca tespit edilmesi gerekmektedir." 11. HD, 11.5.2009, E. 2008/1536, K. 2009/5629 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

¹²⁹¹ Bknz.: § 13, C, I.

¹²⁹² UZUNALLI, s. 436; TEKİNALP, § 30, Kn. 53, s. 504; DİRİKKAN, s. 308. Karş.: YASAMAN, s. 15.

¹²⁹³ ARKAN, s. 249.

¹²⁹⁴ Bknz.: § 13, C, II.

¹²⁹⁵ UZUNALLI, s. 435.

Kanunu'nun 199. maddesinde belirtildiği şekliyle anlamamız gerekir. Bu belgelerin başında, mütecevizin defterleri gelir¹²⁹⁶. Bunun dışında geniş anlamda muhasebe kayıtları, elektronik ortamda tutulan kayıtların çıktısı veya incelemeye elverişli şekilde mahkemeye ibrazı, gümrük evrakları, makine parkı listesi, ambar kayıtları, müşteriler, dağıtıcılar, tecavüzün kaynağı, gelişimi gibi zararın miktarını belirlemeye yaran her türlü defter, belge ve bilgi paylaşımı¹²⁹⁷ da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu maddeye göre, marka sahibi, davanın açıldığı anda uğradığı zararın miktarını belirleyemediği durumlarda, karşı tarafın elindeki bilgi ve belgelerin mahkemeye ibrazından sonra hâkimin verdiği sürede talep sonucunu belirleyebilecektir. Bu durum, belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanıyan tipik bir örnektir. TEKİNALP, hükme göre, zarara uğrayanın sadece zararın miktarının belirlenmesi ile ilgili belgeleri isteyebilecek olmasına karşılık, bunun dışında yoksun kalınan kârın tespitine ilişkin taleplerin yerine getirilmesini sağlayan veya kolaylaştıran belgeleri talep edemeyeceğini ifade etmektedir¹²⁹⁸. Kanaatimizce bu durumlarda da senetlerin ibrazı hükümleri çerçevesinde, davacı talebini somutlaştırdığı takdirde fiili zarar veya yoksun kalınan kazancın belirlenmesini sağlayan belgeleride talep edebilecektir¹²⁹⁹. Söz konusu madde uyarınca, gerekli bilgi ve belgelerin elde edilmesiyle, marka hakkı tecavüze uğrayan, yoksun kaldığı kazanca ilişkin hesaplama yöntemlerinden hangisini seçmişse, ona göre zararının miktarını belirleme imkânına sahip olabilecektir¹³⁰⁰.

Diğer düzenleme ise Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 67. maddesinde yer almaktadır¹³⁰¹. Bu maddeye göre, marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, söz konusu Kanun Hükmünde Kararname'nin 66. maddesinin ikinci fıkrasının (a) veya (b) veya (c) bentlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birini seçmişse; mahkeme, ürünün satışında

¹²⁹⁶ TEKİNALP, § 30, Kn. 51, s. 503; SARAÇ, s. 295; UZUNALLI, s. 572; KARAN/KILIÇ, s. 518

¹²⁹⁷ TEKİNALP, § 30, Kn. 51, s. 503; UZUNALLI, s. 573; SARAÇ, s. 295

¹²⁹⁸ TEKİNALP, § 30, Kn. 52, s. 504.

¹²⁹⁹ UZUNALLI, s. 572.

¹³⁰⁰ Yargıtay kararlarında da bu gibi durumlarda, tazminatın miktarının bilirkişi incelemesi ve karşı tarafın bilgi ve belgelerinin incelenmesi sonucunda belirlenebildiği vurgulanmaktadır. Örneğin, “... Mahkemece bu konuda yapılan bilirkişi incelemesinde davalının ticari defterleri incelenerek elde edilmesi muhtemel kazanca göre davacının alması gereken tazminat miktarı saptanmış ...” 11 HD, 5.4.2004, E. 2003/9339, K. 2004/3478 (KARAN/KILIÇ, s. 527-528). Benzer şekilde: 11. HD, 8.10.2007, E. 2006/9700, K. 2007/12510 (GÜNAY, s. 266; Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası); 11. HD, 8.12.2003, E. 2003/4454, K. 2003/11481 (KARAN/KILIÇ, s. 525-527).

¹³⁰¹ Söz konusu hükmün eleştirisi için bkz.: ARKAN, Ticari İşletme, s. 302.

markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir. Burada açıkça, yoksun kalınan kazançta eklemenin yapılıp yapılmayacağına ve ekleme yapılacaksa bunun miktarına hâkimin karar vereceği düzenlenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, hesaplama yöntemlerinin hangisi seçilirse seçilsin, yoksun kalınan kazançta ekleme yapılabilmesi için, hâkimin, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaat getirmesi gerekir¹³⁰². Hâkim, markanın ürünün satışına sağladığı katkıyı da dikkate alarak yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında makul bir payın eklenmesine karar verecektir. Bu nedenle marka sahibi maddi tazminat talebinde bulunurken, hâkimin ne kadar bir ekleme yapacağını bilecek durumda değildir. Burada davacının, dava dilekçesinde maddi tazminat talepleri yanında, yoksun kalınan kârın artırımını da talep etmesi yeterlidir. Bununla birlikte, davacının bunu belirleyip mahkemeye bildirmesi imkânsızdır. Bu durumda marka sahibi, belirsiz alacak davası açabilecektir¹³⁰³. Davacının maddi tazminat taleplerinde kural olarak talep sonucunu özellikle bilirkişi incelemesinden sonra hâkimin vereceği süre içinde belirlemesi gerekirken, yoksun kalınan kazancı artırımını talebini belirlemesine gerek yoktur¹³⁰⁴.

Marka hakkı sahibi, belirsiz alacak davası açmadan önce, talebini belirlemeye yarayan belgelere delil tespiti yoluyla edinmiş ve talebini belirleyebilecek durumda ise, artık belirsiz alacak davası açamaz. Bu durumda talep sonucunu kesin olarak belirleyerek, normal bir eda davası açması gerekir¹³⁰⁵.

V. Patent Hukukunda

Patent hakkı sahibinin de marka hakkı sahibi gibi patentten doğan hakkı tecavüze uğradığında, Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 137. maddesi ve devamındaki hükümler çerçevesinde dava açma hakkı vardır. Konumuzun kapsamı dışında kaldığı için, burada söz konusu dava türleri hakkında bilgi verilmesinden ziyade bu tür durumlarda belirsiz alacak

¹³⁰² YASAMAN, s. 11. Doktrinde, hâkimin bu durumda bilirkişiye başvurarak durumu tespit edebileceği ifade edilmektedir (UZUNALLI, s. 386; TEKİNALP, § 30, Kn. 49, s. 503).

¹³⁰³ PEKCANITEZ, s. 85.

¹³⁰⁴ 11. HD, 22.9.1998, E. 1998/3880, K. 1998/5842 (KARAN /KILIÇ, 531-532)

¹³⁰⁵ Bknz.: § 10, B, III.

davasının açılabilmesi nedenleri üzerinde durulmakla yetinilecektir. Patent hakkı sahibi, patent hakkı ihlal edildiği takdirde maddi ve manevi zararın tazmini talep edebilir. Maddi ve manevi tazminatın belirlenmesi bakımından, genel açıklamalar ile marka hukuku başlığı altında yaptığımız açıklamalar patent hukukunda uygulama bulacak ölçüde burada da geçerlidir¹³⁰⁶. Bu nedenle, markalar hukuku başlığı altında yoksun kalınan kazancın belirlenmesine yönelik yaptığımız açıklamalar, Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 140. maddesinde ön görülen hesaplama yöntemlerine ilişkin esaslar bakımından da geçerlidir.

Aynı şekilde Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de olduğu gibi, Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 139. maddesinde de patent sahibi, patent konusu buluşun kendi izni olmaksızın kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden buluşun kullanılması ile ilgili belgelerin verilmesini talep edebilir. Bu durumda, patent sahibi, zararının miktarını ancak, karşı tarafın vereceği bilgi ve belgelere, defterlere göre tespit edebilecektir. Bu ise, belirsiz alacak davasının tipik görünüm biçimidir. Çünkü patent sahibi, patent hakkının ihlal edildiğini tespit edebilmesine rağmen, bunun ne sıklıkla ihlal edildiğini ve bunun sonucunda ihlal eden kişinin kazancının ne olduğunu bilecek durumda olmayabilir¹³⁰⁷. Yine, patent hakkının ihlali dolayısıyla yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 141. maddesindeki şartların gerçekleşmesi durumunda, hâkim, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir. Burada eklenecek payın miktarı makul olmakla beraber, hâkimin takdir yetkisi sonucu belirleneceği için, patent hakkı sahibi davanın açıldığı anda bunu belirlemesinin imkânsız olması sebebiyle belirsiz alacak davası açabilir¹³⁰⁸.

VI. Endüstriyel Tasarımlar Hukukunda

Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de de gerek marka hukuku gerekse patent hukukuna paralel düzenlemeler mevcuttur. Söz

¹³⁰⁶ Bknz.: Bknz.: § 13, C, I-II ; § 13, E, IV.

¹³⁰⁷ LOOSLI, s. 4.

¹³⁰⁸ Bknz.: § 13, E, IV.

konusu Kanun Hükmünde Kararname'ye göre de tasarım hakkı sahibi, tasarımın kendi izni olmaksızın kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden tasarımın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep eder (EndTasKHK m. 51). Yine yoksun kalınan kazancın artırım bakımından hâkime geniş takdir yetkisi tanınmıştır (EndTasKHK m. 53/1). Burada gerek maddi ve manevi tazminat taleplerinde zararın miktarının belirlenmesi ve tazminatın hesaplanmasındaki yöntemler (EndTasKHK m. 52) gerekse itibar tazminatında (EndTasKHK m. 54) marka hukukunda yapmış olduğumuz açıklamalar geçerliliğini korumaktadır¹³⁰⁹. Bu nedenle, tasarım hukukunda da belirsiz alacak davasının açılması, tasarım hakkı sahibinin başvurabileceği dava türlerindedir.

VII. Entegre Devre Topografyaların Korunması Hukukunda

Entegre devre topografyalarına tecavüz halinde de açılacak hukuk davaları ve talepler diğer fikri mülkiyet haklarının ihlalinde açılacak davalar ve ileri sürülecek talepler bakımından paralellik göstermektedir (EDTK m. 26). Entegre devre topografyası hak sahibi, entegre devre topografyasının kendi izni olmaksızın kullanılması sonucunda uğramış olduğu zararın miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden kullanım ile ilgili belgelerin verilmesini talep edebilir (EDTK m. 27). Yoksun kalınan kazancın belirlenmesi için yine aynı şekilde hesaplama yöntemleri kabul edilmiştir (EDTK m. 28/1-2). Bu halde de mahkeme, yoksun kalınan kazanca makul bir payın eklenmesine karar verebilir (EDTK m. 28/3). Bu durumlarda da hak sahibi, belirsiz alacak davası açabilir¹³¹⁰.

F. İş Hukukunda

İş hukukunda belirsiz alacak davasının açılıp açılmayacağı sorununu belirsiz alacak davasının şartları çerçevesinde değerlendirmek gerekir¹³¹¹. Daha önce ifade ettiğimiz gibi, belirsiz alacak davası, sadece alacak miktarının davanın açıldığı anda, “*davacı tarafından belirlenmesini*” beklenmemesi veya imkânsız olması durumunda söz konusu olmaktadır. Bunun dışında hiç bir neden belirsiz alacak davasının açılmasına

¹³⁰⁹Bknz.: § 13, E, IV.

¹³¹⁰Bknz.: § 13, E, IV.

¹³¹¹PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 379.

imkân vermemektedir. Bu bağlamda özellikle yargılama giderleri rizikosunu veya ispat rizikosunu bu davanın açılmasına imkân tanımamaktadır. Ayrıca, belirsiz alacak davasının açılması borçlunun, alacaklıya karşı tutumu ile bağlantılı değildir. Yani, borçlunun maddi hukuktan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi (örneğin, belge düzenleme veya defter tutma gibi), tuttuğu defterler veya düzenlediği belgelerin gerçeği yansıtmaması yahut alacaklının dava açmadan önce alacağını talep etmesi durumunda borçlunun inkar etmesi ya da ikrar etmekle beraber yerine getirmemesi davacıya kural olarak belirsiz alacak davası açmaya imkân tanımaz. Basit hesap işlemlerinin yapılması nedeniyle, hesap bilirkişisine gidilmesi de belirsiz alacak davasının açılmasını haklı kılmaz¹³¹². Belirsiz alacak davasına ilişkin tüm bu temel ilkeler, iş hukuku alanında da geçerlidir¹³¹³.

Önemle belirtmek gerekir ki, iş hukukunda kabul edilen işçi lehine yorum ilkesi sadece maddi hukuk hükümlerinin uygulanması sırasında söz konusu olabilir¹³¹⁴. Doktrinde SÜZEK tarafından ifade edildiği gibi, işçi lehine yorum iş hukukuna özgü bir yorum yöntemi olmakla beraber, bunun her durumda geçerli ve mutlak bir yöntem olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ayrıca iş hukukunda genel olarak

¹³¹²Bknz.: § 10, B, II, 1.

¹³¹³ Bu nedenle, ÇİL/KAR'ın alacağın tartışmalı olduğu durumlarda (s. 34, 75, 80, 91, 92, 99 gibi); işverenin maddi hukuktan doğan belge düzenleme yükümlülüğüne aykırı davranması durumlarında (s. 96, 116 gibi); yargılama sırasında hesap raporu alınması gereken her durumda (s. 32 gibi); alacağın bir kesimin zamanaşımına uğramış olduğu durumlarda (s. 101, 114 gibi); alacağın miktarının ispatına yönelik durumlarda (s. 34, 71-72, 101 gibi) belirsiz alacak davasının açılacağına ilişkin tespitlerine katılmak mümkün görülmemektedir. Tüm bu durumlarda alacaklının alacağın miktarını belirlemesinin imkânsız olması veya kendisinden beklenemeyecek durum teşkil etmediği için belirsiz alacak davası açılmaz. Nitekim KILIÇOĞLU, M., kanun koyucunun amacının göz önüne alındığında, işçilik alacakları bakımından belirsiz alacak davasının açılmayacağını, çünkü işçilik alacaklarının işçi tarafından belirlenmesinde bir imkânsızlığın bulunmadığını ifade etmektedir. Ancak KILIÇOĞLU, M., kanunun düzenleniş amacı günümüzün iş hukuku uygulaması ve çalışma ilişkileriyle örtüşmediğini ifade etmektedir. Yazar özellikle kayıt dışılık, ispat zorluğu ve yargılama giderleri rizikosunu gerekçe göstermekte, her davada hangi alacak kalemlerinin belirsiz alacak davasına konu olabileceğini kritize etmenin zaman kaybına neden olacağını, bu nedenlerle iş hukukunda tazminat ve alacak kalemlerini belirsiz alacak kalemi olarak kabul etmenin isabetli olacağını ifade etmektedir (s. 583-584). KILIÇOĞLU, M.'nin bu görüşüne katılmak da kanaatimizce mümkün görülmemektedir. Aksi takdirde belirsiz alacak davasının şartlarını taşısın taşımamasın her alacak için belirsiz alacak davası açılacağı sonucu ortaya çıkmaktadır (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 380, dn. 11). Bu ise belirsiz alacak davasının düzenlenmesindeki amaca aykırıdır.

¹³¹⁴ İşçi lehine yorum ilkesi, iş hukuku doktrininin “açık olmayan iş mevzuatı kurallarının yorumunda”, genellikle kabul ettiği bir ilkedir. SÜZEK, s. 21; ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, İstanbul 2012, s. 20 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), Ankara 2011, s. 15. YİBK da 28.05.1958 tarihli kararında, “iş hukukuna ilişkin hükümlerin yorumunda işçi lehine yorum yapılmasını” kabul etmektedir. İç. Bir. Kar., 28.05.1958, 15/5, RG. 26.09.1958, s. 10017.

hukukun klasik yorum esaslarından vazgeçilmesi anlamını da taşımaz¹³¹⁵. Usul hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından ise, işçi lehine yorumun yapılması mümkün değildir¹³¹⁶. Bu nedenle, işçi alacakları bakımından da belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bu davanın açılabilmesi için bulunması gereken şartların varlığına bağlıdır¹³¹⁷. Belirsiz alacak davasının açılabilmesi için gerekli şartlar varsa, işçi alacakları için de bu dava açılabilir. Bu bölümde, çalışmamızın boyutunu aştığı için, tüm işçi alacakları bakımından belirsiz alacak davasının açılıp açılmayacağı değerlendirilmeyecektir. Esasında buna gerek de yoktur. Çünkü belirsiz alacak davasının açılması, işçi alacakları bakımından özel bir durum yaratmamaktadır. Bu nedende işçi alacakları bakımından sadece bir kaç örnek vermekle yetineceğiz.

Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, ücret alacakları bakımından kural olarak, belirsiz alacak davası açılmaz. İş sözleşmesinde, taraflar, asgari ücretten daha az olmamak şartıyla, ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler¹³¹⁸. Ülkemizde genellikle maktu aylık ücret kararlaştırılmaktadır. Maktu aylık ücrette, her ay aynı miktarda bir ücretin işçinin eline geçmesi sağlanmış olmakta ve hafta tatili, ulusal

¹³¹⁵ SÜZEK, s. 21.

¹³¹⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 381. PEKCANITEZ'in de vurguladığı gibi, usûl hukuku herkese eşit uygulanmaktadır. Uyuşmazlığın taraflarından birinin ekonomik olarak daha zayıf olması, usûl kurallarının o taraf lehine yorumlanmasına imkân vermez (HMK Değerlendirmesi, s. 75).

¹³¹⁷ ÇİL/KAR, tüm maddi veri ve olgulara göre ülkemizdeki işçilik alacakları ile ilgili davaların belirsiz alacak veya kısmi dava türünde açılmayacağını kabulünün, “iş hukukuna hâkim olan ilkelere, işçinin korunması ilkesinin” de ihlaline yol açabileceğini ifade etmektedirler (s. 189). Aynı görüşte: ŞAHLANAN, s. 6. Bize göre, yazarların görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü yazarların bizatihi kendilerinin de ifade ettiği gibi, işçinin korunması ilkesi, usûl hukukuna hâkim olan ilkelere olmayıp, iş hukukuna hâkim olan ilkelere aittir. İş Kanunu veya diğer maddi hukuka ilişkin kanunlarda işçi lehine düzenlemeler yapılabileceği gibi bu kanunların yorumlanmasında işçi lehine yorum ilkesine de başvurulabilir. Ancak usûl hükümlerinin uygulanmasında, iş hukukunda geçerli olan işçinin korunması veya işçi lehine yorum yapılması mümkün değildir. Bu nedenle ŞAHLANAN'ın iş davaları bakımından belirsiz alacak davasının açılabilmesi nedenlerinden biri olarak ileri sürdüğü ülkemizdeki işçi-işveren ilişkilerinin yapısı fiili gerçekler görüşüne de katılmak mümkün değildir (s. 6). Ülkemizdeki işçi-işveren ilişkilerinin yapısı, fiili gerçekler veya ülke gerçekleri usûl hukuku kurallarından ayrılmayı haklı kılmaz. Kanun koyucu, bu durumda kanunlarda bir eksiklik bulunması durumunda gereken önlemleri almak zorundadır. Ya da denetimde bir eksiklik bulunduğu takdirde, bunların giderilmesi gerekmektedir. Ancak, tüm özel hukuk uyuşmazlıkları için kabul edilmiş HMK, sırf fiili gerçekler veya ülke şartları göz önünde tutularak, bazı alacaklar veya alacaklılar için farklı şekilde uygulanamaz. Bunun için kanunda özel bir düzenlemenin bulunması gerekir. Örneğin, yetki sözleşmesinin sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılabilmesi, bu tür özel bir düzenlemedir (m. 17). Bu nedenle yukarıda da ifade edildiği gibi, işçi davalarında ispat sorunu ile alacağın belirli olup olmaması birbirinden tamamen farklıdır. Bu nedenle sendikası veya kayıtdışı çalışmalar gibi ülke gerçekleri gerekçe gösterilerek belirsiz alacak davasının açılmasına imkân tanınmaz.

¹³¹⁸ SÜZEK, s. 387 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 563; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2010, s. 127.

bayram yahut genel tatil ücretleri de bu ücretin içinde sayılmaktadır¹³¹⁹. Aynı durum maktu haftalık ücrette de söz konusudur. Ücretin maktu olarak kararlaştırıldığı bu gibi durumlarda işçi, kararlaştırılan ücret miktarının ödenmemesi durumunda, dava açtığı anda alacağının miktarını belirleyebilecektir. Burada işverence tutulan kayıtların gerçek ücretle örtüşmemesi, çifte bordro düzenlenmesi veya işçinin kayıt dışı çalışması gibi durumlar, işçinin aldığı ücreti belirsiz kılmaz¹³²⁰. Ücretin gerçek miktarının belirlenmesi için, ilgili meslek kuruluşlarına sorulması dahi belirsiz alacak davasının açılmasına imkân vermemektedir¹³²¹. Burada ücretin belirli olması ile ücretin gerçek miktarının ispatlanması durumunu birbiriyile karıştırmamak gerekir. Ücretin gerçek miktarının ispatını sağlamak amacıyla belirsiz alacak davası açılmaz. Örneğin işçi aylık 1.500 lira ücret alıyor, fakat bordroda asgari ücret üzerinden çalışıyor görünüyorsa, ücretin gerçek miktarını ispatlamakta zorluk çekmesi, asgari ücretin miktarını geçici değer göstererek belirsiz alacak davası açmasına imkân tanımaz. İşçi ücret miktarı belirli olduğu için ya tam dava açmak zorundadır ya da ücretin miktarı tartışmalı olduğu için kısmi dava açabilecektir. Bununla beraber, ücretin maktu olarak değil de örneğin parça başı kararlaştırıldığı durumlarda işçinin ücret alacağını belirlemesi her zaman kolay değildir¹³²². Özellikle

¹³¹⁹ SÜZEK, s. 378; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 124.

¹³²⁰ Buna karşılık ÇİL/KAR, "İşçinin aldığı gerçek ücretin kayıtlara yansıtılmadığı her durumda ücret alacakları belirsiz alacak davasına konusu edilebilir" demektirler (s. 99). ÇELİK, işçi alacaklarının her zaman ve her durumda "tartışmalı" ve "belirsiz" olduğunu ifade etmektedir (ÇELİK, Ahmet Çelik, 6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre İşçi Alacakları İçin Ne Tür Davalar Açılabilir, İHSGHD, C. 8, S. 31, İstanbul 2011, s. 1032 vd.). Bununla beraber Yargıtay kararlarına baktığımızda bir çok durumda işçi talebini belirleyerek dava açmaktadır. Örneğin, " ... Davacı bu süre içerisinde ücret ödemesi yapıldığını, kendisine avans ödendiğini, ücretin 1400 USD olduğunu iddia ederek işçilik alacakları talebinde bulunmuştur. Davalı, davacı ile yazılı hizmet sözleşmesi yapıldığını, sözleşmede belirtildiği gibi davacının ücretinin 400 USD olduğunu savunmuştur. " HGK, 22.10.2008, E. 2008/9-641, K. 2008/649 (YKD, C. 38, S. 3, Mart 2012, s. 423 vd.). "Davacı Irakta Tikrit havaalanı inşaatında günlük 30 Amerikan Doları ücretle çalıştığını iddia etmiş, davalı davacının aylık ücretinin sözleşmede kararlaştırıldığı gibi 400 dolar olduğunu savunmuş..." 9. HD, 7.12.2009, E. 2008/11830, K. 2009/33853 (ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Hukuk Dairesi 2008-2009-2010 Yılları, 3. Bası, Ankara 2011 s. 552). Aynı yönde: 9. HD, 12.2.2009, E. 2007/34495, K. 2009/2359 (ÇİL, s. 557). Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarında, ücrete ilişkin uyuşmazlıklar genellikle ücretin miktarının belirlenmesinden ziyade ücretin gerçek miktarının ispatı bakımından yaşanmaktadır. Bu ise, belirsiz alacak davasının açılmasına imkân vermemektedir.

¹³²¹ "Somut olayda davacı aylık net ücretinin 1.800,00 TL olduğunu ileri sürmüştü; davalı işveren ise asgari ücret üzerinden düzenlenen bordroları dosyaya sunmuştur. Mahkemece hükme alınan bilirkişi raporunda Bodrum Turistik Otelciler İşletmeciler ve Yatırımcılar Derneğinin bildirdiği emsal ücrete göre dava konusu tazminat ve alacaklar hesaplanmış ise de, anılan derneğin davacı gibi bir işçi için bildirdiği aylık net 2.000 TL olup, bu miktar davacının iddia ettiği ücret miktarını aşmaktadır. Böyle bir durumda işçinin bildirdiği ücrete göre hesaplama yapmak gerekir." 9. HD, 28.9.2009, E. 2009/34166, K. 2009/24348 (ÇİL, s. 550 vd.).

¹³²² Parça başı ücret, işçiye üretilen mal veya çıkarılan ücretin miktarına göre ödeme yapılan ücret sistemidir (SÜZEK, s. 378). Verime göre ücret akort ücret olarak da adlandırılmaktadır. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 124. Parça başına ücret terimi yerine parça akordu terimi de

tekstil sektöründe son derece yaygın olan parça başına ücrette, işçi tarafından üretilen mal veya çıkarılan işin miktarına göre ödeme yapılmaktadır¹³²³. İşçi genellikle parça başı ücret kararlaştırılan hallerde de kaç parça iş yaptığını ve bunun sonucu olarak ne kadar bir ücrete hak kazandığını bilebilecek durumdadır. Ancak, bazı dönemlerde iş yoğunluğu nedeniyle ve özellikle geriye dönük ücret alacaklarında, işçinin ne kadarlık iş yaptığını belirleyebilmesi için işverenin tuttuğu defterlere veya kayıtlara ihtiyaç duyması söz konusu olabilir. Bunun gibi komisyon ücreti veya kardan pay alma durumlarında da işçi belirsiz alacak davası açabilecektir. Çünkü bu durumlarda yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde¹³²⁴ işveren bilgi vermek ve bu bilginin dayanağını oluşturan defterleri ve belgeleri incelemeye sunmak zorundadır (TBK m. 403/2; TBK m. 404/5). İşçinin ücret miktarını belirleyebilmek için işverenin sunduğu bilgi ve belgeye ihtiyaç duyacağı en somut örnek ise yüzde usulü ücret belirlenmesidir¹³²⁵. Yüzde usulü ücrete ilişkin İş Kanunu'nun 51. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*İşveren veya işveren vekili yukarıdaki fıkra da sözü edilen paraların kendisi tarafından alındığında eksiksiz olarak işçilere dağıtıldığını belgelemekle yükümlüdür*". İşverenin belgeleme yükümlülüğünü nasıl yerine getireceği ise İş Kanunu'nun 52. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "*Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde işveren, her hesap pusulasının genel toplamını gösteren bir belgeyi işçilerin kendi aralarından seçecekleri bir temsilciye vermekle yükümlüdür. Bu belgelerin şekli ve uygulama usulleri iş sözleşmelerinde veya toplu iş sözleşmelerinde gösterilir*". Yüzde usulü ücrette işçi, söz konusu hesap pusulaları olmaksızın alacak miktarını kural olarak belirleyemez. Bu nedenle işverence, işçiye, kanunda öngörüldüğü şekilde hesap pusulalarına ilişkin bilgi ve belge verilmemişse, işçi belirsiz alacak davası ile söz konusu pusulalara ulaşarak, alacak miktarını belirleyebilir. Bu nedenle bu durumda da belirsiz alacak davası açılabilir. Prim alacakları bakımından da kanaatimizce aynı durum söz konusudur¹³²⁶. Özellikle işçinin performansına göre veya satış oranlarına göre prim ödenmesi durumunda, işçi

kullanılmaktadır (MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 559).

¹³²³ SÜZEK, s. 378.

¹³²⁴ Bknz.: § 13, C, IV-V.

¹³²⁵ "*Otel, lokanta, eğlence yerleri gibi işyerlerinde hesap pusulalarına belirli bir yüzde olarak eklenecek müşterilerden alınan paraların işveren tarafından işyerinde çalışan tüm işçilere belirli oranlarda ödenmesi şeklinde uygulanan ücret sistemine yüzde usulü ücret denir.*" (SÜZEK, s. 379).

¹³²⁶ "*Prim, işçinin üstün bir çaba göstererek, nitelik ve nicelik açısından başarılı bir şekilde yapmış olduğu işin karşılığı olarak ödüllendirilmesi amacıyla ödenen ek bir ücrettir.*" İkramiye ise, "*...işverenin işçilere, yaptıkları işten duyduğu memnuniyeti veya işçi-işveren bağlılığını belirtmek için ya da bazı özel vesileler (yılbaşı, bayram, işyerinin kuruluş yıldönümü, evlenme, doğum gibi) nedeniyle verdiği ek bir ücrettir*" (SÜZEK, s. 380-381).

dava açtığı anda buna ilişkin yeterli bilgiye sahip olamayabilir. Bu durumlarda da işverence tutulan defterler veya diğer belgeler prim alacağının miktarının belirlenmesini sağlayacağı için, işçi belirsiz alacak davası açabilecektir. Ancak işçi, prim veya ikramiye miktarını belirleyebilecek durumda ise belirsiz alacak davası açamaz¹³²⁷.

Aynı şekilde fazla saatlerle çalışma ücreti de kural olarak belirlenebilir ücretlerdendir¹³²⁸. İş Kanunu' na göre, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılır¹³²⁹. İşçi, kural olarak kaç saat fazla çalışma yaptığını bilebilecek

¹³²⁷ “Davacı, davalı işyerinde çalışırken iş akdinin haksız olarak feshedildiğini, kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının küçük bir kısmının bankaya yatırıldığı, sunulan belge uyarınca prim ödenmesi gerektiği, 13.11.2006 tarihli belge uyarınca 106.302,83 YTL.’lik satış gerçekleştirdiğini, bir önceki yıl için ise yaklaşık 40.000 YTL. civarında olduğunu, vaat edilen %5 prim hakkının olduğunu ileri sürerek diğer işçilik alacakları ile birlikte prim alacağının hüküm altına alınmasını istemiştir.” 9. HD, 21.04.2011, E. 2009/8001, K. 2011/12171 (ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları, 4. Bası, Ankara 2011, s. 588). Burada davacı, son yıla ilişkin prim alacağını net olarak hesaplayabilmektedir. Önceki yıla ilişkin prim alacağını ise, ancak satış miktarlarına ilişkin işverence tutulan defterlere veya düzenlenen belgelere göre belirleyebilecektir. Bu nedenle işçi bu gibi durumlarda, belirleyebildiği net miktarları ile yaklaşık değerleri, (karara konu olan olayda 146.302,83 lira) geçici değer göstererek belirsiz alacak davası açabilecektir. Ancak işçinin talebi, son yıla ilişkin prim alacağına ilişkin olsaydı, işçi satış miktarını tam olarak belirleyebildiği için belirsiz alacak davası açamayacaktı.

¹³²⁸ Yargıtay, işverenin İK'nun 8/3 ve 67. maddeleri uyarınca yükümlülüklerini yerine getirdiği takdirde fazla mesai ücret alacaklarının belirlenebileceğini kabul etmektedir (9. HD, 27.2.2012, E. 2012/1757, K. 2012/5742 (ÇİL/KAR, s. 192-197). Aynı şekilde: 9. HD, 27.2.2012, E. 2012/1756, K. 2012/5741 (ÇİL/KAR, s. 198-202). Kanaatimizce, önemli olan işçinin kendisinin fazla çalışma sürelerini belirleyebilip belirleyememesidir. İşverence söz konusu maddelere göre belge düzenlenmesi ve işçiye bu belgelerin verilmesi, işçinin alacağını miktarını belirlemesi bakımından son derece önemlidir. Ancak, işverence söz konusu belgelerin düzenlenmemiş olması işçi alacağının miktarını kendiliğinden belirsiz kılmaz. Bu durumda dahi işçi alacak miktarını belirleyebiliyorsa belirsiz alacak davası açamaz. İşverenin belge düzenlememesine rağmen, işçi bir çok durumda alacak miktarını belirleyebilecek durumdadır. İşverenin belge düzenleme veya düzenlenen belgeyi işçiye verme yükümlülüğüne aykırı davranması, işçi alacağının varlığının ispatında hâkim delilleri değerlendirirken sonuç doğuracaktır. Yargıtay'ın söz konusu kararlarına karşı oy yazısı son derece isabetlidir. Karşı oy yazısında: "... işçi çalıştığı süreyi ve ücretini (sübjektif olarak) en doğru şekilde bilen kişidir. Böyle olunca yasal bağlamda, ne kadar kıdem tazminatı ve fazla mesai alacağı olduğunu açıkça belirleyebilecek konumdadır... Böylece dava açılmadan önce alacağın varlığını ve miktarını açıkça bilen ya da bilebilecek durumda bulunan davacı işçi yönünden belirli bulunan dava konusunun dava açılmakla (doğal olarak) çekişmeli ve tartışmalı hale gelmesi ya da ispat sorunu ile karşılaşılması da iş bu davanın belirsiz ya da kısmi dava olarak açılmasına haklı gerekçe yapılamaz. Çünkü kural olarak tüm davalarda mahkemeye müracaatla taraflar arasında bir çekişme, tartışma, belirsizlik ve ispat sorunu bulunmaktadır. "

¹³²⁹ Fazla çalışma karşılığında işçiye ödenecek ücretin miktarı da, İş Kanunu'nun 41. maddesinin 2. fıkrasına göre, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi ile belirlenir.4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışma kavramının yanı sıra bir de fazla sürelerle çalışma kavramı getirilmiştir. Fazla sürelerle çalışma İş Kanunu'nun 41. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir.Sözü geçen fıkraya göre, haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirlenen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir.

durumdadır. Bu nedenle işçinin fazla çalışma ücreti talebi ile belirsiz alacak davası açmasına imkân yoktur. Fazla saatlerle çalışma yaptığını iddia eden işçinin bu iddiasını ispatlaması gerekir. İşçinin bu iddiayı her türlü delille ve tanık dinleterek ispat edebileceği kabul edilmektedir¹³³⁰. Yargıtay da bordrolarda fazla çalışma bölümünün boş olması veya bordronun imza taşımaması yahut bordroda fazla çalışma sütünü bulunup, bordronun işçi tarafından burada yazılından fazla çalışma ya da fazla süreli çalışma bulunduğu yönünde ihtirazi kayıtlı imzalı bulunması durumunda, fazla çalışma süresinin her türlü delille ispat edilebileceğini ifade etmektedir. Yargıtay bu durumlarda, işyeri kayıtları işyerine girişi çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları ve tanık beyanlarının da delil olarak kullanılabilmesini ifade etmektedir¹³³¹. İşçinin alacağını ispat etmesi için işverenin düzenlediği belgelere veya tutanaklara dayanabilmesi dahi belirsiz alacak davası açmasına imkân tanımamaktadır. Buna karşılık işçi, fazla çalışma süresinin miktarını belirleyebilmek için, söz konusu kayıtlara başvurma ihtiyacında ise belirsiz alacak davası açabilir. Bu durum, genellikle geçmişe dönük şekilde uzunca bir süreden beri devam eden fazla çalışmalarda söz konusu olabilir¹³³². Örneğin, işçinin son üç dört yılda birikmiş fazla çalışma ücreti varsa, bunun hem süre bakımından hem de ücret bakımından miktarının tespiti her zaman kolay değildir. İşte bu durumlarda, özellikle bordrolarda buna ilişkin bir bilgi de yoksa, işverenin tuttuğu kayıtlar ve düzenlediği belgeler

¹³³⁰ SÜZEK, s. 817; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 235.

¹³³¹ “Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edileninceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordroların sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görülen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordrolarda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir. Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkeşçe bilinen genel bazı vakıalar da bunoktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır. İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte fazla çalışma yapıldığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.” 9. HD, 11.2.2010, E. 2008/17722, K. 2010/3192 (ÇİL, s. 583-584). Aynı şekilde: 9. HD, 01.04.2008, E. 2007/15219, K. 2008/7277 (ÇİL, s. 587); 9 HD, 01.04.2008, E. 2007/15191, K. 2008/7266 (ÇİL, s. 588-589).

¹³³² Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi İş Kanunu'nun 32. maddesinin son fıkrasına göre beş yıl olup, ücret alacaklarına ilişkin bu süre geniş anlamda ücretin kapsamına giren fazla saatlerle çalışma karşılığı ödenen ücretler için de geçerlidir.

önem arz etmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, fazla çalışma ücretinin işçinin ücretine dahil olduğu kararlaştırıldığında, işçinin ne kadar süre ile fazla çalışmasının ücretine dahil olacağı sözleşme ile belirlenmemişse, en çok yasal azami sınır olan yıllık 270 saatlik çalışmanın ücrete dahil olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda da işçinin yıllık azami sınırı aşan bir çalışmasının söz konusu olup olmadığını belirleyebilmesi işverence tutulan kayıtlara bağlı olarak mümkün olabilecektir. Kanaatimizce, bu gibi durumlarda belirsiz alacak davası açılabilir. Yargıtay kararlarında, işçinin hesaplama esas alınan fazla çalışma sürelerinin çok fazla çıkması durumunda bunun hayatın olağan akışına aykırı olacağı olduğu kabul etmektedir. Böyle bir durumda Yargıtay kanunda buna ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen, hakkaniyet indirimi yapmaktadır¹³³³. Ancak fazla çalışma süresi, yazılı delillerle veya işverence tutulan düzenlenen belgelerle ispatlandığı takdirde bu tür bir indirim yapılmamaktadır. Yargıtay verdiği kararlarda hakkaniyet indiriminin söz konusu olduğu durumlarda alacak miktarının belirsiz olduğunu ifade etmektedir. Yargıtay kararlarında¹³³⁴ şu ifadeleri kullanmaktadır: “ ... *Keza alacak miktarı veya değerinin hâkimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak belirlendiği durumlarda da alacak belirsizdir. Fazla mesai ve tatil çalışmalarının kayda dayanmadığı durumlarda Dairemiz istikrarlı olarak "hastalık, izin gibi nedenlerle çalışılmayacak günler olduğu düşünülerek" bu tür alacaklarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini kabul etmektedir.*” Kanaatimizce hâkimin hakkaniyet indirimi yaptığı durumlarda belirsiz alacak davası açılmaz¹³³⁵. Çünkü bu durumlarda alacak miktarı belirlebilir niteliktedir¹³³⁶. Ayrıca davacının belirsiz alacak davası açmasını gerektirecek bir neden de yoktur. Yargıtay, yerleşik içtihatından dönmüş ve fazla çalışma ücretinden yapılan indirim sebebiyle reddedilen miktar bakımından davacı aleyhine avukatlık ücretine hükmedilemeyeceğini kabul etmektedir¹³³⁷. Yani,

¹³³³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ayrıca bir yılda fazla çalışma süresinin 270 saatten fazla olamayacağını ifade etmektedir 9. HD, 11.2.2010, E. 2008/17722, K. 2010/3192 (ÇİL, s. 583-584). Aynı şekilde: 9. HD, 01.04.2008, E. 2007/15219, K. 2008/7277 (ÇİL, s. 587); 9 HD, 01.04.2008, E. 2007/15191, K. 2008/7266 (ÇİL, s. 588-589). Doktrinde, salt fazla çalışmanın gerçek dışı görülmesi sebebiyle işçinin talebinin reddedilmemesi gerektiği ve bu defa delil ikamesi yükünün işverene geçtiği kabul edilerek, işverenin karşı delillerinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür (SÜZEK, s. 819; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 236).

¹³³⁴ 9. HD, 27.2.2012, E. 2012/1757, K. 2012/5742 (ÇİL/KAR, s. 192-197). Aynı şekilde: 9. HD, 27.2.2012, E. 2012/1756, K. 2012/5741 (ÇİL/KAR, s. 198-202).

¹³³⁵ Aksi görüşte: SÜZEK, s. 111; ÇİL/KAR, s. 34, 115.

¹³³⁶ Bknz.: § 9, B, II.

¹³³⁷ 9. HD, 7.7.2011, E. 2009/17833, K. 2011/23205 (ÇİL, 4. Bası, s. 643 vd.). Aynı yönde: 9. HD, 13.7.2011, E. 2009/46218, K. 2011/23975 (ÇİL/KAR, s. 110 dn. 146'daki karar); 9. HD, 20.2.2012, E. 2009/40881, K. 2012/4491 (yayımlanmamıştır).

yargılama giderleri rizikosu dahi belirsiz alacak davasının açılmasına gerekçe olarak kabul edilmiş olsaydı dahi, bu durumda böyle bir riziko bulunmamaktadır. Bu nedenle bu gibi durumlarda belirsiz alacak davası açılmaz. Bununla birlikte ekleyelim ki, yukarıda bahsedildiği gibi işçinin fazla çalışmanın miktarını saptamasının mümkün olmadığı halleri bundan istisna tutmak gerekmektedir.

Kıdem tazminatının belirsiz alacak davasına konu olması ise ancak kıdeme esas ücretin belirlenememesi durumunda söz konusu olacaktır¹³³⁸. Aksi takdirde kıdem tazminatına hak kazanmanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek amacıyla belirsiz alacak davası açılmaz. Kıdem tazminatı, işçinin son ücreti üzerinden hesaplanır (İK m. 14/9). Kıdem tazminatına esas teşkil eden son ücret, işçinin fiilen eline geçen net ücret olmayıp, brüt ücrettir¹³³⁹. Bu tazminatın belirlenmesine asıl ücrete ek olarak ücret ekleri, sosyal yardımlar gibi para veya para ile ölçülebilen menfaatler de göz önünde bulundurulur (İK m. 14/11; İK m. 26/1). Bir diğer deyişle, kıdem tazminatının hesabında geniş anlamda ücret dikkate alınır. Bu nedenle, ikramiye, prim, çocuk veya aile zammı gibi ödemelerle yemek, sağlık, giyim, yakacak, konut, aydınlatma, servis ücreti gibi her türlü yardımlar da parayla ölçülebilmesi koşulu ile kıdem tazminatında hesaba katılır¹³⁴⁰. Söz konusu ek ödemelerin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınabilmesi için devamlı nitelik taşımaları zorunludur¹³⁴¹. Ücret eklerinden bazılarının miktarı belirlidir. Örneğin, yemek, sağlık, yakacak, konut gibi yardımlar¹³⁴². Bununla beraber, özellikle prim gibi ödemelerin performansa bağlı olduğu durumlarda bunların miktarının belirlenmesi

¹³³⁸ HGK, 12.6.2002 tarih, 9/516-506 sayılı kararında "... ihbar ve kıdem tazminatı alacakları belirlenebilir bir alacak ..." olduğunu ifade etmiştir (TBB, 2004/54, s. 365-367; KURU, El Kitabı, s. 231). KİRAZ da, kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin taleplerin nispeten belirlenebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir (Yenilikler, s. 28).

¹³³⁹ SÜZEK, s. 779; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 1014; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 206; ÇELİK, N., 335.

¹³⁴⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 1014; SÜZEK, s. 780; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 206; ÇİL/KAR, s. 65; ÇELİK, N., 336-337.

¹³⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 1014; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 206; SÜZEK, s. 780; YİBK, 15.5.1957, E.13, K. 10 (SÜZEK, s. 780).

¹³⁴² ÇİL/KAR, dava dilekçesinde işçinin aylık ücretinin varsa eklerinin net olarak belirtildiği, ücret eklerinin süreklilik arz edip etmediği bilgisine yer verildiği bir ihtimalde aynı hususların her yönüyle işverence verilecek cevap dilekçesinde kabul edilmesi durumunda kıdem tazminatına dair ücretin belirli olduğunun söylenebileceğini ifade etmektedir (s. 72). Kanaatimizce, burada kıdem tazminatına ilişkin ücretin belirli olup olmamasıyla, işverenin cevap dilekçesinde bunları kabul edip etmemesi arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. Bir alacağın belirli veya belirsiz olması, karşı tarafın bu talebe karşı vereceği cevaba göre değil, alacaklı tarafından, alacağın miktarını belirlemeye yarayan bilgi ve belgelere sahip olmaya bağlıdır. Bu nedenle, işçi, işverenin tuttuğu defterlere veya kayıtlara ihtiyaç duymaksızın kıdem tazminatına esas ücreti belirleyebilecek durumdaysa, belirsiz alacak davası açamayacaktır.

için işverence tutulan defterlere veya düzenlenen kayıtlara ihtiyaç duyulmaktadır¹³⁴³. Bu gibi durumlarda, davacı belirsiz alacak davası açarak söz konusu bilgi ve belgelere ulaştıktan sonra kıdem tazminatının miktarını yargılama sırasında belirleyebilecektir. Son olarak, kıdem tazminatının tavanının uygulandığı durumlarda, alacak miktarı belirli olduğu için belirsiz alacak davası açılmaz¹³⁴⁴.

İhbar tazminatına esas alınacak ücret de kıdem tazminatında olduğu gibi geniş anlamda ücret dikkate alınarak belirlenmektedir. Bu nedenle, yukarıda yaptığımız açıklamalar ihbar tazminatına ilişkin talepler bakımından da geçerlidir. İhbar tazminatını talep eden davacı, yine işverenin tuttuğu kayıtlardan veya kuruma bildirimlerinden bağımsız olarak kendisi tazminat miktarını belirleyerek dava açacaktır. O nedenle, işçi örneğin 3 yıldan fazla çalıştığı iddiası ile ihbar tazminatı talep ediyorsa bildirim süresi olarak 8 haftayı dikkate alacaktır. İşverenin işçinin hesaplamada dikkate aldığı ücret miktarına veya kıdemine karşı çıkması yahut farklı şekilde kayıtlar tutması, alacağı belirsiz kılmaz¹³⁴⁵.

Görüldüğü üzere, işçi alacaklarında belirsizlikten ziyade, alacağın miktarında tartışma bulunmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, kısmi davanın uygulama alanı belirsiz alacak davanın uygulama alanından daha geniştir. Alacağın miktarı belirsizse, alacaklı kısmi dava veya belirsiz alacak davası açabilecekken, alacak miktarı tartışmalı ise, alacaklı sadece kısmi dava açabilir. Bu nedenle, işçi alacağı belirli olmakla beraber tartışmalı ise, alacaklı, kısmi dava açabilecektir; ancak belirsiz alacak davası açamaz¹³⁴⁶.

¹³⁴³ “...Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen hizmet sözleşmesinin 4. maddesinde ikramiye alacağının performans ve her yıl başında belirlenen iş hedeflerinin başarıma derecesine göre ne miktarda ödeneceği açıklanmıştır. Performansa dayalı primlerin tahakkunu gösteren 2006 yılı satış cetvelleri ve ilgili belgelerin işyerinden getirilmesine ilişkin işyerine yazılan yazı cevabı takipsiz bırakılmıştır. Söz konusu belgelerin iş yerinden getirtilerek, söz leşmede yazılı performans ve iş hedeflerinin başarıma derecesi bilirkişi aracılığıyla saptanmalıdır...” 9. HD, 30.03.2011, E. 2009/9793, K. 2011/9481 (ÇİL, 4. Bası, s. 582).

¹³⁴⁴ SÜZEK, s. 111; ÇİL/KAR, s. 73.

¹³⁴⁵ Aksi yönde: ÇİL/KAR, s. 80.

¹³⁴⁶ Bknz.: § 6, C.

G. İdare Hukukunda

İdare hukukunda bilindiği gibi, iptal davaları ile tam yargı davaları bulunmaktadır. İptal davaları, hukuka aykırı olan idari işlemlerin iptali için idari yargı yerlerinde açılan davalardır. İptal davaları idare hukukuna özgü bir dava türü olup, bu davalarda özellikle idari işlemin hukuka aykırı olup olmadığı incelenir. Belirsiz alacak davasının hukuki niteliğinin eda davası olması nedeniyle idari yargıda düzenlenen iptal davası ile bağdaşan bir özelliği bulunmamaktadır. Tam yargı davası, idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı hakları ihlal edilmiş olanların açtıkları davalar ile idari sözleşmeden doğan davalara denilmektedir. Tam yargı davası ile ihlal edilmiş olan hakkın geri verilmesi ya da uğranılan zararın giderilmesi idareden talep edilmektedir. Bu yönü ile tam yargı davaları özel hukukta görülen eda davalarına benzemektedirler¹³⁴⁷. Bu nedenle belirsiz alacak davasının özel hukukta kabul edilme nedenleri esasında idare hukuku alanında da tazminat talebiyle açılacak tam yargı davalarının belirsiz alacak davasında kabul edilen esaslara göre açılma imkânının bulunup bulunmadığı sorusunu da inceleme zorunluluğu doğurmuştur.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3/d maddesine göre de, idare mahkemesinde açılacak tazminat taleplerine ilişkin bir tam yargı davasında dava açan kişi, özel hukukta olduğu gibi, istediği tazminatın miktarını rakam olarak belirlemek zorundadır. İdari yargıda dava açma süreleri kısa olduğu için, zarar gören kişi, alacağın bir kısmını dava edip diğer kısmını daha sonra ileri sürme ihtimaline de sahip değildir. Bu ise, tazminat talep eden kişiyi, dava açma süreleri içinde tazminat miktarının tamamını belirlemeye zorlamaktadır. Ayrıca, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ıslaha atıf yapmaması nedeniyle Danıştay uygulamasında davacının talep sonucunu ıslah yoluyla artıramaması¹³⁴⁸, davacının her halükarda dava dilekçesinde gösterdiği değerle bağlı kalması sonucunu doğurmaktadır. Bu ise davacının uğradığı zararının tam olarak giderilmesine engel teşkil etmektedir. Gerek Danıştay kararları gerekse de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kararları incelendiğinde, davacıların bazı

¹³⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. 2, İdari Yargılama Hukuku, 4. Bası, Ankara 2010, Kn. 235, s. 295.

¹³⁴⁸ Danıştay 13. Dairesi, 8.4.2008, E. 2005/10077, K. 2008/3631 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası). Ayrıntılı bilgi için: ÖZELÇİ, Aytaç/SİMİL, Cemil, İdari Yargının İşlevi Yönünden İslah Kurumu, Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan, DEÜHFD, C. 11, İstanbul 2010, s. 1717 vd.

durumlarda dava açarken gerçekte uğradıkları zararların çok daha düşük miktarını tazminat olarak talep ettikleri görülmektedir. Bilirkişi incelemeleri sonucunda, talep edilen tazminat miktarı ile ortaya çıkan gerçek zarar arasında önemli oranlarda farklılık olduğu görülmektedir. Bu gibi durumlarda mahkeme, taleple bağlılık ilkesinin idari yargıda da kabul edilen genel bir yargılama hukuku ilkesi olduğu gerekçesiyle, gerçek zararın talep edilen zarardan çok daha fazla olması halinde dahi davacının talep ettiği tazminata hükmedebilmektedir¹³⁴⁹. Örneğin, Danıştay 10. Dairesi'nin 10 Ekim 1996 tarihinde verdiği kararda¹³⁵⁰, davacı 4.000.000 lira maddi zararının tazmini için dava açmış; ancak bilirkişi incelemesi sonucunda davacının maddi zararının 853.779.784 lira olduğu tespit edilmiştir. Davacıya ıslah imkânının tanınmaması ve dava açma süresini (İYUK m. 11; İYUK m.12; İYUK m. 13) muhtemelen geçirdiği için ikinci bir dava açma imkânı tanınmaması ve hâkimin taleple bağlı olması nedeniyle davacı lehine sadece 4.000.000 lira tazminata hükmedilmiştir. Davacının davanın açıldığı anda talep sonucunu belirleme zorunluluğu ve talebini daha sonra artıramaması nedeniyle davacının belirlediği zarar miktarı ile bilirkişinin belirlediği zarar miktarı arasında 213 kattan fazla bir fark bulunmaktadır.

Özel hukukta olduğu gibi, tam yargı davalarında da bazı durumlarda zarar gören kişinin dava açarken uğradığı zararı tam ve kesin olarak belirleyebilmesi oldukça güçtür. Manevi tazminatlar bakımından bu durum ayrı bir özellik de arz etmektedir. Çünkü idari yargıda da manevi zararların mahkemece karar tarihinde “*takdire*n ve *maktue*n” belirlendiği kabul edilmektedir¹³⁵¹. GÖZLER, manevi tazminat taleplerinde zararın hesaplanmasının değil, takdir edilmesinin söz konusu olduğunu ifade

¹³⁴⁹ GÖZLER, C. 2, s. 1375-1376; KAYA, Cemil, idari yargıda fazlaya ilişkin haklar saklı tutulartak dava açılmayacağı gibi mahkemelerin taleple bağlılık ilkesi gereğince talepten fazlasına da hükmedemediğini ifade etmektedir, İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, C. 1-2, Haziran 2010, s. 73; aynı doğrultuda Danıştay kararları için bkz.: KAYA, dn. 58, s.73.

¹³⁵⁰ Danıştay 10. Dairesi 10.10.1996, E. 1995/934, K. 1996/5933 (GÖZLER, C. 2, s. 1376; Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası).

¹³⁵¹ GÖZLER, C. 2, s. 1277-1278; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012, s. 579; KAYA, s. 71; GÖZÜBÜYÜK/TAN, Kn. 497, s. 800; GÜRAN, bu durumun dayanağının Anayasa'nın 132. maddesinde düzenlenen vicdani kanaate göre karar verme ilkesinin uygulanması ve adaletin dağıtılması görevinin yerine getirilmesinin doğal sonucu olarak kabul etmektedir (s. 164). Danıştay uygulaması da bu yöndedir. Örneğin Danıştay 5. Daire, 23.02.1993 tarihli kararında ‘... *takdire*n ve *maktue*n 50.000 lira da manevi tazminata hükmedilmiştir’, E. 1990/470, K. 1993/786 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası); ‘...*ancak mahkeme kararıyla takdire*n para olarak değerlendirilebilecek olan manevi tazminatın belirtilen nitelikleri göz önünde tutularak belirlenmesi nedeniyle...’ Danıştay 6. Daire, 26.12.2005, E. 2004/4923, K. 2005/6609 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

etmektedir¹³⁵². Bu takdir mahkemece yapılmaktadır. Hatta bazı durumlarda, maddi tazminat taleplerinde de zararın miktarı, mahkemece doğrudan takdiren belirlenmektedir¹³⁵³. Bu tür durumlarda zararın miktarı özellikle bilirkişi incelemesinden sonra belirlenebilir hale gelebildiği gibi bazı durumlarda ise idarenin elinde bulunan bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmasından sonra belirlenebilir hale gelmektedir¹³⁵⁴. Bu nedenle, zararın miktarının belirlenmesinin özellikle bilirkişi incelemesi gerektirdiği ve böylece belirli hale gelebildiği durumlarda açılacak tam yargı davalarında, belirsiz alacak davasında olduğu gibi, davacıya bilirkişi incelemesinden sonra tazminat miktarını belirleme imkânı tanınması gerekir¹³⁵⁵. Tam yargı davalarında da amaç, özel hukukta olduğu gibi, gerçek zararın gerçekçi biçimde tam tazmini ve telafisidir¹³⁵⁶. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 27.10.2000 tarihinde verdiği bir kararında, zararın nelerden meydana geldiğinin ve tutarının mahkemece araştırılması ve saptanacak gerçek zararın tazminine karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹³⁵⁷. Bu nedenle, tam yargı davalarında da davanın açıldığı tarihte zararın miktarı kesin olarak belirlenemiyorsa, belirsiz alacak davasında olduğu gibi, yargılama sırasında bunun belirlenmesine imkân tanınması ve zarar görenin uğradığı zararı tam olarak tazmin etmesi sağlanmalıdır¹³⁵⁸.

İdarenin elindeki bilgi ve belgelere ulaşım hakkı, hak arama özgürlüğü bakımından vatandaşların en temel haklarındadır¹³⁵⁹. Bu nedenle idarenin eylem ve işleminden dolayı zarar gören kişi, bu zararın miktarını belirleyecek bilgi ve belgeleri talep ettiğinde, idarenin bunları vermektan kaçınmaması gerekir. Eğer davacı, tam yargı davası açmadan önce idareden talebinin miktarını belirleyecek bilgi ve belgelere ulaşabilmişse, tam yargı davasını belirsiz alacak davası gibi açamaz. Ancak, alacaklı bu tür bilgi ve belgeler ancak yargılama sırasında ulaşabiliyorsa, bu durumda yargılama sırasında talebini belirlemeye yarayacak bilgi ve belgeleri değerlendirdikten sonra talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesinde engel olunmamalıdır. Yani bu durumda, tam yargı davasının belirsiz alacak davası gibi

¹³⁵² GÖZLER, bu takdirin mahkemece bilirkişiden dahi yararlanmaksızın yapıldığı ifade etmektedir (C. 2, s. 1394 ve aynı sayfada dn. 1633'teki Danıştay kararları).

¹³⁵³ ÇAĞLAYAN, s. 579; GÖZÜBÜYÜK/TAN, Kn. 497, s. 800.

¹³⁵⁴ GÜRAN, s. 168.

¹³⁵⁵ GÖZLER, İdare Hukuku, C. 2, s. 1366.

¹³⁵⁶ GÜRAN, s. 167.

¹³⁵⁷ DİDDGK, 27.10.2000, E. 1999/996, K. 2000/1038 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

¹³⁵⁸ PEKCANİTEZ, s. 55.

¹³⁵⁹ GÜRAN, Hak Arama Özgürlüğü, s. 23.

görülmesi isabetli olacaktır.

Bu görüş Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davası düzenlenmeden önce dahi hem idare hukuku doktrinde hem de Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında yer edinmiştir. GÖZLER, Fransız hukukunda Fransız Danıştay'ının zarar gören kişinin, hâkimden bilirkişi incelemesi talep ederek, istediği tazminat miktarını belirleme işini erteleyebilmesi imkânı tanıdığını ve davacının bilirkişi raporuna dayanarak zararını daha sonra talep edebildiğini; hâkimin, bilirkişi incelemesini gereksiz gördüğü durumlarda ise davacıyı miktar belirlemeye davet ettiğini ifade etmektedir¹³⁶⁰. Yazar Fransız hukukunda kabul edilen uygulamanın Türkiye'de de kabul edilmesi gerektiğini; ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3/d maddesindeki tazminat miktarının dava açılırken belirtilmesi kuralı kanunla öngörüldüğü için, bunun ancak bir kanun değişikliği ile mümkün olabileceğini belirtmektedir¹³⁶¹.

Bununla beraber, gerek Danıştay gerekse Askeri Yüksek İdare Mahkemesi dava açıldığı sırada dava konusu olan zararın miktarının belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda tazminat miktarı gösterilmeden dava açılabilmesine imkân tanımaktadır. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 29.12.1983 tarihinde verdiği kararda “ *İdari Yargılama Usulü Kanununun 3/d maddesinde yer alan "tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterileceği" yolundaki hükmün, ancak bunun mümkün olduğu, yani zarar miktarının hesaplanabileceği durumlar için uygulama alanı bulunduğu, kamu görevlilerini ilgilendiren mevzuat dolayısıyla zararın tespit edilememesi nedeniyle uyuşmazlık konusu miktarın dilekçede gösterilmemiş olmasının iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılmasını engellemeyeceği, dolayısıyla zarar miktarının tespitinin mümkün olmadığı hallerde dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabilceği...*”ne karar vermiştir¹³⁶². Belirsiz alacak davasında olduğu gibi tam yargı davalarında da Danıştay, davanın açıldığı anda, zararın miktarının

¹³⁶⁰ GÖZLER, İdare Hukuku, C. 2, s. 1366-1367.

¹³⁶¹ GÖZLER, İdare Hukuku, C. 2, s. 1367.

¹³⁶² Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 29.12.1983, E. 1983/1, K. 1980/10 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası). ÇAĞLAYAN, söz konusu içtihadı birleştirme kararıyla Danıştay'ın zarar miktarının tespit edilemediği süregelen zararlar bakımından, taleple bağlılık kuralını biraz yumuşattığını ifade etmektedir (s. 576). Esasında içtihadı birleştirme kararı taleple bağlılık kuralı yumuşatmamakta, davacının, dava açtığı anda dava dilekçesinde talep miktarını belirleme zorunluluğuna istisna getirmektedir.

hesaplanabildiği durumlarda, davacının mutlaka talebini belirleyerek dava açması gerektiğini ifade etmektedir¹³⁶³. Yani davacı, tam yargı davasında da dava açmadan önce talebini belirleyebilecek durumda ise dava dilekçesinde talebini tam olarak göstererek dava açmak zorundadır.

1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 36. maddesinde, asker kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerden kaynaklı tazminat davalarında uyuşmazlık konusu miktarın gösterileceği açıkça belirtilmiş olmasına rağmen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi 30.05.1989 tarihinde verdiği kararında, davanın açıldığı anda zararın miktarının belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, uyuşmazlık konusu miktar dava dilekçesinde gösterilmeden de tam yargı davasının açılacağı yönündedir¹³⁶⁴.

Görüldüğü gibi idari yargıda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kabul edilen belirsiz alacak davasından önce dahi, tam yargı davalarının istinaî olarak tazminat miktarının belirtilmeksizin açılmasına imkân tanınmıştır. Hatta Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında, davacının dava açarken geçici değer göstermesi dahi istenmemiştir. Tam yargı davalarında da özel hukukta olduğu gibi zararın tümünün giderilmesi amaçlandığı için söz konusu içtihadı birleştirme kararı doğrultusunda, belirsiz alacak davasında olduğu gibi, tazminat miktarının daha sonra belirlenebilmesi imkân tanınması gereklidir. Bu idari yargının özelliğinden de ileri gelmektedir. Çünkü idari yargıda kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir. Bu ilke doğrultusunda, hâkim, olayları kendiliğinden araştırmaktadır. Bu nedenle, idare mahkemelerinin vereceği kararların, yargılamanın amacına uygun şekilde olması gerekir. Bu ise ancak tam yargı davalarında gerçek zararın tam olarak giderilmesi durumunda yerine getirilmiş sayılır. Bu sebeple de davacının, idare aleyhine açtığı

¹³⁶³ “Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun E: 1983/1, K: 1983/10 sayılı kararında, kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda idari işlemin neden olduğu zararın miktarının tespitinin mümkün olmadığı hallerde dava dilekçesinde miktar gösterilmeden tam yargı davası açılacağına karar bağlanmış olduğunu da gerekçesine eklemiş ise de; anılan içtihadı birleştirme kararı kamu görevlilerine ilişkin mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda idari işlem nedeniyle uğranılan ve dava açıldığında devam etmekte olduğu için zarar miktarı kesin olarak belirlenemeyen davaları kapsamakta olup, bakılan uyuşmazlıkta ise davanın açıldığı tarih itibarıyla davacının uğradığı zararın mahkemece kesin olarak belirlenmesi olanaklı olduğundan, bu yoldaki gerekçeye itibar edilmemiştir” Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 27.10.2000, E. 1999/996, K. 2000/1038 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

¹³⁶⁴ AYİM 1. Dairesi, 30.05.1989, E. 1988/289; K. 1989/213 (ÖZGÜLDÜR, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996, s. 338).

davada, yargılama sırasında gerek bilirkişi raporundan sonra gerekse davalı idarenin elindeki bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmasından sonra tazminat talebini buna uygun şekilde artırmasına imkân tanınması gerekir¹³⁶⁵. Ayrıca Danıştay'ın idari yargıda davacının ıslah yoluyla iddiasını genişletip değiştiremeyeceğini kabul etmesi¹³⁶⁶ de belirsiz alacak davasında olduğu gibi davacının talep sonucunu artırmasına imkân tanınması bakımından son derece önemlidir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hâkimin taleple bağlı olmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen idari yargıda da hâkimin, talepten fazlasına karar veremeyeceği kabul edilmektedir¹³⁶⁷. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği gibi, bazı yazarlar, taleple bağlılık kuralının yarattığı sakıncalar nedeniyle yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini, hak ihlallerinin tam olarak karşılanması için mahkemenin, karar tarihi itibarıyla belirlenen gerçek zararın, davacının dava açarken belirlediği talepten daha yüksek olduğu durumlarda taleple bağlı olmaksızın tespit edilen zararın tazminine karar verebilmeleri gerektiğini savunmaktadırlar¹³⁶⁸. GÜRAN, taleple bağlılık ilkesinin tam yargı davalarında mutlaka terk edilmesi gerektiğini açıkça ifade etmektedir¹³⁶⁹. Esasına bakılırsa yazarın bu görüşü tazminat miktarının belirlenmesinin tamamen hâkimin takdir yetkisine bırakıldığı durumlarda¹³⁷⁰, zararın miktarı hâkimi bağlayan üst sınır olmak şartıyla, özel hukukta İsviçre ve Alman hukukunda öteden beri savunulan ve belirsiz alacak davasının bir türü olarak kabul edilen bir durumdur. Bu durumlarda hâkimin, davacının göstermiş olduğu geçici değerden fazlasına hükmetmesi taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil etmediği yukarıda ifade edildi. Özel hukukta kabul edilen bu görüşün tam yargı davaları bakımından da uygulanması gerekmektedir. Bu durumda alacaklı, manevi

¹³⁶⁵ YILMAZ, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kabul edilen belirsiz alacak davasından önce dahi, davacının tam yargı davası açarken tazminat miktarını yanlış hesaplaması ve fakat dava sırasında başvuru bilirkişi zararın istenenden daha çok olduğunu tespit ederse, davacının başlangıçtaki istemini artırabileceğini ifade etmiştir. Yazar bunun ayrıca Danıştay'ın fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasını kabul etmemesinden doğan sakıncaların da giderilmiş olacağını belirtmektedir (YILMAZ, Ejder, İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı, ABD, S. 3-4, Ankara 1983, s. 29).

¹³⁶⁶ ÖZELÇİ/SİMİL, s. 1734 vd.; YILMAZ, Yasak, s. 20 vd.,

¹³⁶⁷ GÖZLER, İdare Hukuku, C. 2, s. 1371; GÖZÜBÜYÜK/TAN, Kn. 487, s. 806.

¹³⁶⁸ ÜNLÜÇAY, Metin, İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon, Danıştay Dergisi, S. 94, s. 10; GÜRAN, s. 168; YAYLA, Yıldızhan, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, Tartışmalar, İstanbul 1980, s. 270; YILMAZ, Yasak, s. 26; ÖZGÜLDÜR, s. 351.

¹³⁶⁹ GÜRAN, s. 168.

¹³⁷⁰ "Bilirkişi incelemelerinin tam rakamı veremediği veya zararın oluşmasına başka etkenlerin de katkısının eklenmesi halinde maddi tazminata takdiren..." Danıştay 6. Daire, 30.6.1971, K. 2178, (Danıştay Dergisi 5, s. 210).

tazminat taleplerinde olduğu gibi hâkimin takdir yetkisinin geniş olduğu durumlarda tam yargı davasında da zararının tam olarak giderilmesini talep etmekte; hâkim de tazminata hükmederken, zararın üst sınırı ile bağlı kalmak zorundadır. Yani idare, ne kadar zarar vermişse, üst sınır olarak o zararın tamamını gidermeye mahkûm edilecektir. Hâkim, zarardan fazlasının tazminine karar veremez; aksi takdirde bir kişinin sorumlu olduğundan daha fazlasına mahkûm edilemeyeceği ilkesine¹³⁷¹ aykırılık teşkil edeceği gibi taleple bağlılık ilkesine de aykırılık teşkil etmiş olur. Bu nedenle, alacağın miktarının hâkimin takdir yetkisine bağlı olduğu durumlarda, davacının alacağının tümünün hüküm altına alınması talebiyle açtığı bir tam yargı davasında da hâkimin zararı ve tazminatın miktarını kendiliğinden tespit etmesi ve buna hükmetmesi taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği göz önüne alındığı takdirde, yargılama hukukuna hâkim olan bu ilkeden, tam yargı davalarında da ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Davacının gerek bilirkişi incelemesinden sonra gerekse idarenin elindeki bilgi ve belgelerin verilmesinden sonra talep sonucunu belirleyebildiği durumlarda, hâkim kendiliğinden dava açarken gösterilen talep miktarından fazlasına karar veremez. Ancak bu durumlarda da özel hukukta kabul ettiğimiz gibi hâkimin davacıya süre verip talep sonucunu belirleme imkânı tanınması yerinde olacaktır.

¹³⁷¹ GÖZLER, C. 2, s. 1371.

SONUÇ

Medenî usûl hukukunda talep sonucunun belirli olmasına birçok sonuç bağlanmasına rağmen, bu zorunluluğun hak arama özgürlüğü gereğince maddi hukuktan doğan subjektif haklara ulaşmaya engel olmaması gerekir. Bu nedenle, talep sonucunun belirli olması zorunluluğu istisnasız şekilde uygulanamaz. Çünkü bazı durumlarda alacaklı, dava açtığı anda, alacağının miktarını veya değerini tam olarak belirleyebilecek durumda olmayabilir. Hukuk devleti ilkesi ve bu ilkeye bağlı etkin hukuki korumanın tam olarak sağlanabilmesi için, bu gibi durumlarda da, alacaklılara talep sonucunu tam ve kesin olarak belirlemeden dava açma imkânı tanınmalıdır. Hukuk devletinde, kişinin bizzat hak aramasını yasaklayan devletin, hakka ulaşabilmek için gerekli şartları sağlaması gerekir. Bu nedenle, alacağın miktarının belirlenemediği durumlarda, belirsiz alacak davasının açılabilmesinin kabul edilmesi bir zorunluluktur.

Alacağın miktarının tam olarak belirlenemediği durumlarda, davacının kısmi dava veya tespit davası açabilmesi, belirsiz alacak davasının kabul edilmesine engel değildir. Kısmi dava ile tespit davası, belirsiz alacaklar bakımından yeterli koruma sağlayamamaktadır. Kısmi dava sonunda, dava konusu yapılmayan alacağın zamanaşımına uğrama riski bulunmaktadır. Bu nedenle, alacaklı, alacağın geri kalan kısmının zamanaşımına uğramaması için, ya yargılama sırasında bunu talep edebilecek ya da ikinci bir dava açmak zorunda kalacaktır. Davalı, davacının talebinin miktarını yargılama sırasında artırmasına izin verdiği takdirde, alacaklı ancak ıslah giderlerine katlanarak talebini artırabilecektir. Tespit davası açılması durumunda ise, dava sonucunda sadece bir tespit hükmünün verilmesi söz konusu olacağı için, alacaklının kural olarak ikinci bir dava açması gerekecektir. Buna karşılık belirsiz alacak davasında, alacaklı, alacağının tamamını tek bir dava ile ve daha az masrafla hüküm altına alabilmektedir. Belirsiz alacak davası, belirsiz alacaklar bakımından bir yandan kısmi dava ve tespit davasından daha kapsamlı koruma sağlarken, diğer yandan usul ekonomisine uygundur ve mahkemelerin iş yükünü azaltmaktadır. İkinci bir davanın açılmasına ihtiyaç da duyulmadığından, çelişik karar verme ihtimali de bertaraf edilmekte; böylelikle hukuki güvenliğin zedelenme olasılığı da giderilmektedir. İşte bu nedenlerden dolayı, belirsiz alacak davasının yeni usul kanununda açıkça düzenlenmiş olması son derece isabetli

olmuştur.

Belirsiz alacak davasının konusu sadece para alacakları değildir. Alacaklıbelirsiz alacak davasıyla, para alacağı dışında, bir şeyin verilmesini veya yapılmasını da talep edebilir. Buna karşılık yapmama borcu, belirsiz alacak davasının konusunu teşkil etmez. Belirsiz alacak davası, eda davası şeklinde görülmekle beraber, çok istisnai durumlarda inşai dava olarak da görülebilir.

Belirsiz alacak davasında, belirsiz olan alacak olmayıp, alacağın miktarıdır. Alacağın miktarındaki belirsizlik ise, imkânsızlık veya beklenememe durumunun varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Başka bir ifadeyle, belirsiz alacak davası, davacının talebinin miktarını veya değerini davanın açıldığı anda tam olarak belirlenmesinin imkânsız olması veya bu belirlemenin davacıdan beklenilememesi durumunda açılabilir. İmkânsızlık; objektif, sübjektif, hukuki ve geçici olarak ortaya çıkabilir. Davacı, davanın açıldığı anda, talebinin miktarını belirlemeye yarayan bilgi ve belgelere sahip değilse yahut alacağın miktarının belirlenmesinde hâkimin geniş takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda, imkânsızlık durumu söz konusudur. Davacının, talebinin miktarını belirlemesi, özellikle bilirkişi incelemesi sonucunda mümkün ise, alacaklının dava açmadan önce, alacağını belirlemeyi sağlayacak şekilde uzmandan rapor alması ve daha sonra dava açması beklenemez. Özellikle alacaklı bakımından, yargılama sırasında bilirkişi incelemesi yapılmasının kendisine sağladığı yararlar da göz önüne alındığında, alacaklı, dava açmadan önce uzmandan bu tür bir rapor almaya zorlanmaz. Gerek imkânsızlık gerekse beklenememe hallerini davacı bakımından değerlendirmek gerekir. Davacı, davanın açıldığı anda alacak miktarını tam olarak belirleyemiyorsa, belirsiz alacak davası açabilecektir. Bu bakımdan borçlunun tutumu veya maddi hukuktan doğan yükümlülükleri yerine getirip getirmediği yahut borçlunun veya üçüncü kişinin borcun miktarını belirleyebilmesi sonucu değiştirmeyecektir.

Belirsiz alacaklar bakımından, mutlaka belirsiz alacak davasının açılması zorunlu değildir. Alacaklı, alacak miktarını tahminen belirleyerek tam bir eda davası açabileceği gibi, sadece alacağının belirlenebilen kısmı için, kısmi dava da açabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, kısmi davanın açılabilirdiği durumlarda belirsiz tespit davasının da açılabilirdiği kabul edildiğinden, belirsiz alacaklar bakımından

belirsiz tespit davasının da açılması mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, aslında, belirsiz alacaklar bakımından belirsiz alacak davası tam koruma sağladığı için, belirsiz tespit davasının açılmasında hukuki yarar yoktur. Ancak kanun koyucu, bu durumda hukuki yararın olduğunu varsaydığı için, bu tür alacaklar için de belirsiz tespit davası açılabilir. Belirsiz alacaklar bakımından alacaklı, dilerse kısmi dava ile beraber belirsiz tespit davası da açabilir. Bu durumda, hâkim, alacağın kısmi davaya konu yapılmış kısmı için eda hükmü; alacağın belirlenemeyen kısmı için ise tespit hükmü verecektir. Belirsiz tespit davasının gerek münferit gerekse kısmi dava ile beraber açıldığı durumlarda, davacı ancak karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla davasına, belirsiz alacak davası olarak devam edebilir. Kısmi dava da, davacı belirsiz alacak davasının şartlarını yerine getirirse, karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla, davaya belirsiz alacak davası olarak devam edilebilir. Hâkim de kısmi dava veya belirsiz tespit davasına, kendiliğinden belirsiz alacak davası olarak devam edemez.

Belirsiz alacak davası açılması durumunda, davacı dava konusunun miktarı veya değeri olarak, geçici bir miktar veya değer göstermek zorundadır. Davacının dava dilekçesinde göstereceği geçici miktar veya değer, davacının dava açtığı ana kadar belirleyebildiği alacağının miktarı veya değeri kadar olmak zorundadır. Diğer bir deyişle davacı, geçici miktarı veya değeri keyfi olarak belirleyemez. Hâkim kendiliğinden veya davalının itirazı üzerine, davacının gösterdiği geçici miktar veya değer olması gerekenden daha düşük olduğunu tespit etmiş ise, geçici miktarın veya değer eksiksiz gösterilmesi için davacıyı uyarır. Davacı, süresi içinde geçici miktarı veya değeri dürüstlük kuralı gereğince olması gerektiği gibi belirler ve bu nedenle ödemesi gereken eksik harcı da öderse, davaya devam edilir. Aksi takdirde, dava dosyası işlemde kaldırılır.

Davanın açıldığı anda, alacak miktarı veya değeri belirli olan alacaklar için, hukuki yarar yokluğu nedeniyle belirsiz alacak davası açılmaz. Hukuki yarar yokluğu, eksikliği giderilebilecek dava şartlarından olmadığı için, hâkim, bu durumda açılan belirsiz alacak davasını usulden reddedecektir. Başka bir deyişle hâkim davacıya, talebini tam olarak belirlemesi için süre veremez. Bu nedenle belirsiz alacak davasında, davacı dava açtığı anda, alacağının miktarının veya değerinin belirlenmesinde imkânsızlık veya kendisinden beklenememe durumunun varlığını

göstermelidir. Başka bir ifadeyle davacı, hukuki ilişkiyi, hukuki ilişkinin dayanağı olan vakıaları ve bu vakıaların delillerini somutlaştırma yükü gereğince eksiksiz göstermelidir. Davacı, hukuki ilişkiyi ortaya koymakla beraber, açık değilse veya çelişkili ise, hâkim, aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafa açıklatma yaptırmalıdır. Ayrıca belirtelim ki, hukuki yarar yokluğu nedeniyle belirsiz alacak davası usulden reddedilen alacaklı, alacağının miktarını belirleyerek, tam bir eda davası açabilir. Bu durumda, red kararı kesin hüküm teşkil etmeyecektir.

Belirsiz alacak davasında, alacağın miktarının belirlenebildiği an, somut olaya göre farklılık göstermektedir. Bu nedenle hâkimin, davayı aydınlatma ödevi gereğince alacağının miktarı belirlenebildiği anda, davacıya talebini belirlemesi için uygun süre vermesi gerekir. Hâkimin, davacıya talebini belirlemesi için süre vermesi, davacıya yol gösterme veya öğüt verme olarak kabul edilemez. Bu nedenle, hâkimin süre vermesi, aydınlatma ödevi sınırını aşmamakta ve hâkimin reddi sonucunu doğurmamaktadır. Hâkim, kural olarak bir kez süre verebilir. Ancak ilk derece mahkemesinin hükmü, Yargıtay tarafından bozulur ve ilk derece mahkemesi uyma kararı verirse, uyma doğrultusunda yapılacak yargılamada davacıya tekrar süre verilmesi, ancak bozmanın alacağın miktarını belirlemeyi sağlayacak bir eksiklikten veya hatadan kaynaklanmış olmasına bağlıdır. İstinaf yargılamasında da, kural olarak davacıya alacağının miktarını belirlemesi için tekrar süre verilmesi gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, belirsiz alacak davasında, davacının iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini artırabileceğini ifade etmektedir. Aslında belirsiz alacak davasında, davacı iddiasını genişletmemekte, sadece yargılama sırasında bunu belirlemektedir. Bu belirleme de ekseriyetle, talebin miktarının artırılması şeklinde olmaktadır. Davacı hâkimin verdiği süre içinde, geçici miktarı veya değeri artırmazsa, yargılama sırasında ancak karşı tarafın açık rızası veya ıslah yoluyla artırabilir. Yargılama sırasında geçici miktarı veya değeri artıran davacı, belirlediği talep sonucunu tekrar artırmak isterse, bunu yine ya karşı tarafın açık rızasıyla ya da ıslah yoluyla sağlayabilir.

Belirsiz alacak davası, alacağın miktarının veya değerinin yargılama sırasında belirlenmesine imkân veren tam bir eda davasıdır. Çünkü alacaklı, alacağının tamamının hüküm altına alınması için belirsiz alacak davası açmaktadır. Bu nedenle

belirsiz alacak davası, alacağın belirli bir kısmının hüküm altına alınması amacıyla açılan kısmi davadan farklıdır. Kısmi davanın sonuçları, dava konusu yapılan talep sonucunun miktarı bakımından doğmakla beraber, belirsiz alacak davasında davanın sonuçları sadece geçici miktara veya değere ilişkin olmayıp, yargılama sırasında belirlenen alacağın tamamına ilişkin doğmaktadır. Belirsiz alacak davası açılırken, davacı, belirleyebildiği alacağının miktarını, dava konusunun geçici miktarı veya değeri olarak göstermek zorundayken, kısmi davada davacı dürüstlük kuralına aykırı olmadıkça, dava konusunun miktarını veya değerini serbestçe belirleyebilmektedir. Ayrıca belirsiz alacak davasının uygulama alanı kısmi davadan daha sınırlıdır. Belirsiz alacak davası, sadece belirsiz alacaklar bakımından söz konusu iken, kısmi dava hem belirsiz alacaklar hem de tartışmalı alacaklar bakımından açılabilir. Bu nedenle, belirsiz alacak davasının açılabilirdiği her durumda kısmi dava açılabilirken, kısmi davanın açılabilirdiği her durumda belirsiz alacak davası açılmaz. Dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılmasına aykırı olmadıkça, hak arama özgürlüğü ve tasarruf ilkesi gereğince kısmi davanın açılabilmesi gerekir.

Belirsiz alacak davasında davalının menfaatleri göz ardı edilemez. Diğer davalarda olduğu gibi, bu davada da özellikle davalının Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan hukuki dinlenilme hakkı tam olarak korunmalıdır. Bu nedenle davacı, belirsiz alacak davası açarken hukuki ilişkiyi belirtmelidir. Davacı, yargılama sırasında talep sonucunu belirledikten sonra, bunun davalıya bildirilmesi gerekir. Böylelikle davalının, belirlenen miktara ilişkin açıklama ve savunma hakkını tam olarak yerine getirebilmesi sağlanabilecektir.

Belirsiz alacak davasında talep sonucu yargılama sırasında iki şekilde belirlenmektedir. Alacak miktarının belirlenmesi, karşı taraftaki bilgi veya belgelere bağlı ise veya delillerin incelenmesinden sonra alacak miktarı belirlenebilmekteyse, davacı, hâkimin verdiği süre içinde talep sonucunu da rakamsal olarak belirlemez. Buna karşılık istisnai olarak, haksız fiillerde olduğu gibi, bazı durumlarda davacı, delillerin incelenmesinden sonra dahi alacak miktarını tam olarak belirleyememektedir. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının uygulama alanı bulduğu durumlarda hâkim, olayın akışına göre ve zarar görenin aldığı önlemleri dikkate alarak hakkaniyete uygun bir belirleme yapmaktadır. Bu durumlarda, yargılama sırasında dahi davacı talep sonucunu kesin

olarak belirleyemediği için, davacının alacağının miktarı hükümle beraber belirli hale gelmektedir. Belirsiz alacak davasında davacının talep sonucu alacağının tümünün hüküm altına alınmasına yönelik olduğu için, hakkaniyete uygun şekilde bunu belirleyen hâkim, geçici değerden fazlasına hükmedebilecektir. Bu durum, taleple bağlılık ilkesine de aykırılık teşkil etmez. Çünkü hâkim bu durumlarda, örneğin haksız fiilde, zararı aşan bir tazminata hükmetmedikçe, taleple bağlılık ilkesine uygun karar vermiş olacaktır. Ayrıca unutulmamalıdır ki, maddi hukukta, özellikle markalar ve patent hukuku alanında yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında hâkime makul bir payın eklenme yetkisi verilmiştir. Bundan dolayı, zararın miktarının tespit edilemediği ve bu nedenle hâkimin zararın miktarını hakkaniyete göre belirleme yapmaya yetkili olduğu durumlarda, zararın miktarıyla bağlı olarak karar verebilmesi mümkün kabul edilmelidir. Ancak bunun için, davacının delillerin incelenmesinden sonra dahi, alacağının miktarını tam olarak belirleyememesi gerekir. Aksi takdirde, davacı, yargılama sırasında talep sonucunu belirlemekten kaçınamaz.

Maddi tazminat talepleri gibi, manevi tazminat talepleri de belirsiz alacak davasının konusunu teşkil edebilecektir. Manevi tazminatın bölünemez olduğu kabul edilse dahi, belirsiz alacak davası açılabilir. Çünkü belirsiz alacak davasında, davacı alacağını bölerek talep etmemekte; davanın açıldığı anda belirleyemediği alacağının miktarını yargılama sırasında belirleyerek, bunun tamamının hüküm altına alınmasını sağlamaktadır. Yani, alacaklının dava açtığı andaki talebi ile yargılama sonunda hüküm altına alınmasını istediği talebi aynıdır. Manevi zararın miktarını davacı yargılama sırasında da tam olarak belirleyemeyeceği için, hâkim geçici miktara veya değere bağlı kalmaksızın, zararın miktarını aşmayacak şekilde manevi tazminata hükmedecektir. Ancak bunun için, yargılama sırasında davacının mahkemeyi bağlar şekilde, talebini belirlememesi gerekir. Davacı, yargılama sırasında talebini belirlemek isterse, buna engel bulunmamaktadır. Ayrıca, hâkim, davacının talebinin tamamına karar verse dahi, diğer giderim biçimlerini bu miktara ekleyebilir (TBK m. 58/2). Hâkime tanınan, tazminata ek olarak veya tazminat yerine diğer giderim biçimlerine hükmetme yetkisi, taleple bağlılık ilkesinin istisnasıdır.

Şunu da ekleyelim ki, geçici hukuki koruma tedbirleri de belirsiz alacak davasında uygulama alanı bulacaktır. İhtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararları, dava

dilekçesinde gösterilen geçici miktara veya değere göre verilebilir. Alacağın miktarı tam olarak belirlenmeden, belirsiz olan kısmı da kapsayacak şekilde ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkün değildir. Çünkü sınırları ve kapsamı belirsiz ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verilemez. Ayrıca teminat alınması gereken durumlarda da, teminatın miktarı dava dilekçesinde gösterilen geçici miktara veya değere göre belirlenecektir. Yargılama sırasında davacı, talebini belirledikten sonra, belirlediği kısım için tekrar ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı isteyebilir. Davacının talebi olmaksızın hâkim kendiliğinden karar veremez. Bu hem taleple bağlılık ilkesi hem de teminatın gerekli olduğu durumlarda teminat gösterilmeden ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararının verilememesinin bir sonucudur. Alacaklı, yargılama sırasında delil tespiti yoluyla, alacağını belirlemeyi sağlayan bilgi ve belgelere ulaşmış ise, artık belirsiz alacak davası açamaz. Bu durumda normal bir eda davası açabilecektir.

Belirsiz alacak davasında, derdestlik alacağın tamamı bakımından söz konusudur. Bu nedenle, belirsiz alacak davası görülürken, alacaklı ikinci bir dava açamaz. İkinci davanın normal bir eda davası, kısmi dava veya tespit davası olması sonucu değiştirmeyecektir. Bununla beraber, belirsiz tespit davasından sonra alacaklının belirsiz alacak davası açması mümkündür. Çünkü bu durumda, her iki davanın konusu farklıdır. Ancak bu durumda, belirsiz alacak davasının açılmasıyla, alacaklının belirsiz tespit davasındaki hukuki yararı ortadan kalkmaktadır.

Belirsiz alacak davasında davacı, hâkimin verdiği süre içinde, talep sonucunu rakamsal olarak belirlememişse, hüküm dava açarken gösterdiği geçici miktar veya değer üzerinden kurulacaktır. Belirsiz alacak davası tam bir eda davası olduğu için, davacı yargılama sırasında talep sonucunu belirlemezse, yani geçici miktar veya değeri artırmazsa, artırılmayan miktar veya değer kesin hüküm engeli nedeniyle ikinci bir davanın konusu yapılamayacaktır. Belirsiz alacak davasında davacı, artırılmayan kısmı, sadece devam eden yargılamada talep edebilecektir. Derdest bir dava söz konusu olduğu için ve bu dava kısmi dava olmadığı için, yargılama sırasında artırılmayan kısım için, ikinci bir dava açılmaz. Bununla beraber, yargılama sırasından artırılmayan kısmın, karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla talep edilmesine engel bulunmamaktadır. Çünkü belirsiz alacak davasında da davacının, yargılama sırasında talebini artırmaması, artırmadığı bu kısımdan feragat ettiği

anlamına gelmez. Bilindiği üzere feragatin söz konusu olabilmesi için irade beyanının açık olması gerekir.

Belirsiz alacak davasında kanun yoluna başvuru imkânı, yargılama sırasında belirlenen talep sonucuna göre değerlendirilecektir. Diğer bir ifadeyle, yargılama sırasında belirlenen miktarın kabul veya reddedildiği miktar veya değer, kanun yoluna başvuruda dikkate alınacaktır. Bununla beraber, manevi tazminat veya maddi tazminat taleplerinde zararın miktarının belirlenemediği ve alacağın miktarının hâkimin kararıyla belirlendiği durumlarda, davacının kanun yoluna başvurabilmesi, dava dilekçesinde gösterdiği geçici değere veya miktara göre belirlenecektir. Eğer ilk derece mahkemesi, geçici değer veya miktarın tamamına veya geçici miktar veya değerden daha fazlasına hükmetmişse, davacı kanun koluna başvuramayacaktır. Bu nedenle, bu durumda kanun yoluna da başvurmak isteyen davacının geçici miktar veya değeri belirlerken, daha dikkatli değerlendirme yapması gerekir.

Belirsiz alacak davası tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalardan olduğu için, kısmen veya tamamen kabul, sulh ve feragat mümkündür. Alacak miktarının kesin olarak belirlenmesinden önce, davadan tamamen sulh ile feragat mümkün iken, davanın tamamen kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü kabul beyanı ile dava sona ereceğinden ve mahkemenin esasa ilişkin bir inceleme ve karar vermesi mümkün olmadığından, tamamen kabul için alacağın miktarının belirli olması gerekir. Bununla beraber davalı, geçici miktar veya değerden fazlasını kabul edebilir. Geçici miktar veya değerden fazlasının kabul edilmesi de kısmi kabul gibi sonuç doğuracaktır. Davalının geçici miktar veya değerden fazlasını kabul etmesi, alacaklının gereğinden fazla bir miktarı kabul etme rizikosunu taşıdığı için, bu gibi durumlarda sulh teklifinde bulunması daha uygun olacaktır. Kabul, sulh ve feragatin yargılama giderleri bakımından sonuçları, belirsiz alacak davasında farklılık doğurmamaktadır.

Belirsiz alacak davasının açılması ile maddi hukuk bakımından da bazı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Belirsiz alacak davasında, davacının talebi, alacağının tamamının hüküm altına alınmasına ilişkin olduğu için, maddi hukuk bakımından sonuçları da alacağın tamamı bakımından doğmaktadır. Bu nedenle, davanın açıldığı anda, zamanaşımının kesilmesi, davacının dava dilekçesinde gösterilen geçici miktar ve

değer kadar değil, alacağın tamamı için söz konusu olmaktadır. Tarafların yargılamaya ilişkin her işlemi ve hâkimin her emir ve hükmü, aynı şekilde alacağın tümü bakımından zamanaşımının kesilmesini sağlar. Davacı, daha önce temerrüde düşürülmemişse, dava dilekçesinin tebliği ile beraber temerrüde düşmüş olacaktır. Bu durumda da, borçlu sadece geçici miktar veya değer bakımından değil, borcun tamamı bakımından temerrüde düşmektedir. Davacı, faiz talep ettiği takdirde, borçlu aleyhine yargılama sırasında belirlenen alacağın tümü bakımından, temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren, faiz işletilerek hüküm verilecektir.

Sonuç olarak ifade edelim ki, belirsiz alacak davası, istisnai olarak açılan bir dava olmasına rağmen uygulama alanı oldukça geniştir. Özellikle maddi ve manevi tazminat talepleriyle fikri ve sınaî haklardan doğan alacaklar sıklıkla belirsiz alacak davasına konu olacaktır. İdari yargıda da tam yargı davalarının belirsiz alacak davası gibi açılmasında engel görülmemektedir. İş hukuku uyuşmazlıklarında ise, alacağın miktarının belirsiz olmasından ziyade, tartışmalı olduğu görülmektedir. Bu nedenle, iş hukuku alanında kısmi davanın uygulama alanı daha geniştir. Ancak elbette, belirsiz alacak davasının şartları gerçekleşmişse, iş hukuku alanında da belirsiz alacak davasının açılmasına bir engel bulunmamaktadır.

BİBLİYOGRAFYA*

ADOLPHSEN, Jens, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2009.

AĞAKAY, Mehmet Ali, Türkçe Sözlük, Üçüncü Bası, Ankara 1959.

AKCAN, Ramazan, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.

AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. 1, 6. Bası, İstanbul 2007.

AKKAN, Mine, Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER, S. 6, Y. 2007/1.

AKKAYA, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAHAN, Derya, Aile Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2011.

AKYOL ASLAN, Leyla, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010.

AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006.

ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

ALANGOYA, Yavuz, Anayasanın Medeni Yargılama Hukukuna Etkisi, MHB 1981/2, Y. 1, S. 1-4 (Anayasanın Etkisi).

* Bibliyografyada kısaltılmış şekilleri ayrıca gösterilmeyen eserler, metinde, yazarların soyadı ile belirtilmiştir. Aynı yazarın birden fazla eserine yollama yapılmışsa, kullanılan kısaltmalar, ilgili kaynağın yanında parantez içinde ayrıca gösterilmiştir. Çalışmamızda bir defa atıf yapılan eser ve makaleler bibliyografyaya alınmamış olup, bunlar ait oldukları dipnotlarında zikredilmiştir.

ALANGOYA, Yavuz, Kısmi Dava Hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bir Kararı Hakkında, Kazancı, S. 2, Ağustos 2004 (Kısmi Dava).

ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.

ALLGAIER, Edwin, Nochmals: "Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen" Versicherungsrecht 1987.

ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.

ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960.

ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, C. 2, Ankara 1998.

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış 15. Baskı, Ankara 2011 (Ticari İşletme).

ARSLAN, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

ARSLAN, Ramazan, Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Yargı Reformu 2000 Sempozyum, İzmir 2000.

ASSMANN, Dorothea, Das Verfahren der Stufenklage, Köln/Berlin/Bonn/München 1990.

ASSMANN, Dorothea, in: Wiczeorek/Schütze, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze Großkommentar, 3. Auflage, Berlin 2007 (in Wiczeorek/Schütze).

ATAAY, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi (Temel Bilgiler-Genel Kavramlar), 3. Bası, İstanbul 1980.

ATALAY, Oğuz, Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.

BAUMBACH, Adolf/LAUTERBACH, Wolfgang/ALBERS, Jan/HARTMANN, Peter, Zivilprozessordnung, 67. Auflage, München 2009.

BECKER-EBERHARD, Ekkehard, Münchener Kommentar Zivilprozessordnung 3. Auflage, München 2008.

BELGESAY, Mustafa Reşit, Dava Teorisi, İstanbul 1943.

BELGESAY, Mustafa Reşit, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi I, Teoriler, C. 1, İspat Teorisi, 3. Bası, İstanbul 1950 (Şerh I).

BELGESAY, Mustafa Reşit Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, İstanbul 1935 (C. 2).

BERG, Hans, Das Erfordernis der Bestimmtheit des Klageantrages bei der unbezifferten Leistungsklage, Juristische Rundschau 1967.

BERGERFURTH, Bruno, Der Zivilprozeß (Klage-Urteil-Rechtsmittel), 6. Auflage, Freiburg 1991.

BERKİ, Şakir, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959.

BERKİN, Necmeddin M. Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul (Tarihsiz).

BERNHARDT, Wolfgang, Der unbezifferte Klageantrag, Juristische Rundschau 1968.

BİLGE, Necip, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1965.

BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978.

BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukukî İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiye Kamusu, C. 6, İstanbul 1952.

BLECHSCHMID, Hans Georg, Der unbezifferte Klageantrag bei Schadenersatz- und Schmerzensgeldansprüchen, Frankfurt/M. 1964.

BLOMEYER, Arwed, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Auflage, Berlin 1985.

BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/ Genf 2010.

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), vom 28. Juni 2006 (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7221.pdf>, 11.11.2012).

BÖRÜ, Levent, Dava Konusunun Devri, Ankara 2012.

BRUNS, Rudolf, Zivilprozessrecht, Hannover 1949.

BULL, Der unbezifferte Klageantrag, Juristische Rundschau 1958.

BUTZER, Hermann, Prozessuale und kostenrechtliche Probleme beim unbezifferten Klageantrag, Monatsschrift für deutsches Recht 1992.

COURVOISIER, Matthias, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010.

CRAUSHAAR, von Götz, Zivilprozeß und Zwangsvollstreckung, Stuttgart 1979.

ÇAĞA, Tahir/GÖKÇEN, Ahmet M./GÜRAN, Tefvik, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Hesabına Dair, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Ankara 10-11.12.1993.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012.

ÇELİK, Ahmet Çelik, 6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasası'na Göre Tazminat ve Alacak Davaları, Ankara 2012.

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, İstanbul 2012.

ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Hukuk Dairesi 2008-2009-2010 Yılları, 3. Bası, Ankara 2011.

ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları, 4. Bası, Ankara 2011 (4. Bası).

ÇİL, Şahin/KAR, Bektaş, 6100 sayılı HMK'ye göre İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı, Ankara 2012.

DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı 7-8 Mart 2003.

DEYNEKLİ, Adnan, Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Önemli Usul Hükümleri, İÜHFD C. 2, S. 2, Y. 2011, Haziran-Aralık 2011.

DEYNEKLİ, Adnan/KISA, Sedat, İtirazın İptali Davaları, 2. Baskı, Ankara 2005.

DIGGELMANN, Peter, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St.Gallen 2011.

DİNÇKOL, Abdullah, Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında 'Hak ve Nısfet', YD, C. 19, S. 3, Temmuz 1993.

DİRİKKAN, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.

DUMAN, İlker Hasan, Hukuk Devleti, 2. Baskı, İstanbul 2003.

DUNZ, Walter, Der unbezifferte Leistungsantrag nach der heutigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Neue Juristische Wochenschrift 1984.

DUNZ, Walter, Zur Praxis des unbezifferten Leistungsantrags, Neue Juristische Wochenschrift 1957 (NJW 1957).

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku C. 2 (Kişiler Hukuku), İstanbul 2011.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C. 3 (Aile Hukuku), İstanbul 2012.

DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku C. 4 (Miras Hukuku), 4. Bası, İstanbul 2009.

DURAL, Mustafa/SARI, Suat, Türk Özel Hukuku C. 1 (Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri), İstanbul 2011.

EDİS, Seyfullah, Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınan Takdir Yetkisi, AÜHFD, C. 30, S. 1-4, Ankara 1973.

EGGER, A., (Çev.: ÇERNİS, Volf), İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Mad. 1-10 ve 11-89, Ankara 1947.

ERDİL, Engin, İctihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 2005.

ERDÖNMEZ, Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İstanbul 2010.

EREL, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009.

EREN, Fikret, 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012.

ERLÜLE, Fulya, 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2011.

ERMENEK, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller), Ankara 2009.

ERTAŞ, Şeref, Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990.

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2010.

FETT, Klaus, Die Stufenklage, Kirm 1978.

FOERSTE, Ulrich, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Hrsg (MUSIELAK, Hans-Joachim), 8. Auflage, München, 2011.

FÖRSCHLER, Peter/STEINLE, Hermann, Der Zivilprozess, 7. Auflage, Stuttgart 2010.

FRAHM, Wolfgang, Keine Beschränkung durch § 308 Abs. s. 1 ZPO beim unbezifferten Schmerzensgeldantrag - Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 30.4. 1996 (VI ZR 55/95) VersR 96, 990-, Versicherungsrecht 1996.

FREI, Sylvia/WILLISEGGER, Daniel, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010.

FUCHS, Josef, Die Kostenentscheidung beim unbezifferten Klageantrag, Das Juristische Büro 1990.

FÜLLEMANN, Daniel, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St.Gallen 2011.

GASSER, Dominik/RICKLI, Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar, Zurich/St.Gallen 2010.

GEIGEL, Pardey, Haftpflichtprozess, 26. Auflage, München 2011.

GEISLER, Herbert, Prütting/Gehrlein ZPO Kommentar, 3. Auflage, Köln 2011.

von GERLACH, Jürgen, Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen, Versicherungsrecht 2000.

GERSTENBERG, Eike Markus, Der unbezifferte Klageantrag und der Dornröschlaf des § 92 II ZPO, Neue Juristische Wochenschrift 1988.

GÖKYAYLA, K. Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004.

GÖNEN, Coşku, Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, İstanbul 2011.

GÖRGÜN, Şanal/KODAKOĞLU, Mehmet, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012.

GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, 9. Bası, Bursa 2012 (Hukuka Giriş).

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, 2. Bası, C. 2, Bursa 2009 (İdare Hukuku).

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. Bası, Ankara 2007.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. 2, İdari Yargılama Hukuku, 4. Bası, Ankara 2010.

GREGGER, Reinhard, ZÖLLER, Zivilprozessordnung, 29. Auflage, Köln 2012.

GRUNSKY, Wolfgang, Zivilprozessrecht, 13. Auflage, Köln-München 2008.

GULDENER, Max, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, Zürich 1976.

GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

GÜRAN, Sait, , Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu, Anayasa Mahkemesi'nin 30. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26-27 Nisan 1992 Ankara. (Hak Arama Özgürlüğü).

GÜRAN, Sait, Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Hesaplanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, İstanbul 1980.

GÜRPINAR, Bünyamin/ORUÇ, Murat, Haksız Rekabette Maddi Tazminatın Hesaplanmasında Yeni Yaklaşımlar, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009.

HANAĞASI, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.

HURNI, Christoph, Gedanken zur künftigen Anwendung der neuen Schweizerischen ZPO durch das Bundesgericht, recht 2010.

HUSMANN, Johann Hermann, Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen- Eine Kritik der Rechtsprechung des BGH, Versicherungsrecht 1985.

HUSMANN, Johann Hermann, Der unbezifferte Klageantrag als Abwehrrecht gegen unbillige Kostenlast und die Kostenvorschrift des § 92 II ZPO, Neu Juristische Wochenschrift 1989 (NJW 1989).

İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, 2. Baskı, İstanbul 1976.

İNAL, Tamer, Manevi Zararın Takdiri ve Paraya Çevrilerek Hesaplanması, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 71-72.

İYİMAYA, Ahmet, İnsan Zararları Konusunda Belirmekte Olan Bazı Eğilimlerin Analizi, TBBD, 1994/2.

İYİMAYA, Ahmet, Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar, Yargıtay Dergisi, 1985/3 (Kısmi Tazminat).

JAUERNIG, Othmar/HESS, Burkhard, Zivilprozessrecht, 30. Auflage, München 2011.

KARAFAKİH, İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952.

KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit, SARAÇ, Tahir/NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007.

KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.

KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre Yargıtay Kararları işlenmiş ve gözden geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2011.

KARSLI, Abdürrahim, İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010 (İcra Hukuku).

KAUFMANN, Martin, Rechtsbegehren zur Regelung der Scheidungsfolgen, Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch), 4/2011.

KAYA, Cemil, İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, C. 1-2, Haziran 2010.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na göre Hazırlanmış), 15. Bası, Ankara 2012.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006 (Fikri Haklar).

KIYGI, Osman Nazım, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil II, München 1999.

KİRAZ, Taylan Özgür, Belirsiz Alacak Davası, Çatı, Y. 7, S. 30, Nisan-Mayıs-Haziran 2012.

KİRAZ, Taylan Özgür, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Ankara 2012 (Yenilikler).

KLETT, Barbara, Schadenersatzrente: Die Rahmenbedingungen aus dem Verfahrensrecht und aus dem Anwaltsrecht, HAVE Haftpflichtprozess 2011.

KULAKSIZ, Cengiz, Die Teilklage im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht, Frankfurt 2004.

KURU, Baki, Tespit Davaları, Ankara 1963.

KURU, Baki, Dava Şartları, Makaleler, İstanbul 2006 (Dava Şartları).

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C. 2, İstanbul 2001 (Usul, C. 2).

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. 3, İstanbul 2001 (Usul, C. 3).

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. 4, İstanbul 2001 (Usul, C. 4).

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995 (Usul El Kitabı).

KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, C. 1, İstanbul 1988 (C. 1).

KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul 2006 (El Kitabı).

KURU, Baki, Ödeme Emrine İtirazın İptali ve İcra İnkâr Tazminatı, Makaleler, İstanbul 2006, s. 624-627 (İcra İnkâr Tazminatı).

KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem, Tespit Davaları, İstanbul 2010.

KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İBD, C. 85, S. 2011/5, Eylül-Ekim 2011 (Yenilikler).

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Ankara 2011.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 21. Baskı, Ankara 2010 (21. Baskı).

LAU, Katrin, Die Reichweite der Verjährungshemmung bei Klagerhebung, Baden-Baden 2008.

LEIPOLD, Dieter, Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Tübingen 2008.

LENT, Friedrich, Zivilprozessrecht, 9. Auflage, München/Berlin 1959.

LERCH, Matthias, in: Gehri/Kramer (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010.

LEUENBERGER, Christopf, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010.

LEUENBERGER, Christopf, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum

Zivilprozessrecht im Jahre 2005, Veröffentlicht im Band 131, ZBJV 143/2007 (ZBJV 143/2007).

LEUENBERGER, Christoph/UFFER-TOBLER, Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010.

LIEBSTER, Pascal Leumann, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Basel/Genf/München 2005.

LIVSCHITZ, Mark, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010.

LOOSLI, Peter, Die unbezifferte Forderungsklage, unter besondere Berücksichtigung des Kantons Zürich, Zürich 1978.

LÜKE, Wolfgang, Zivilprozessrecht, 10. Auflage, München 2011.

MENGES, Volker, Die Zulässigkeit des unbezifferten Klageantrags, Hamburg 2004.

MEIER, Isaak, Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos, HAVE Haftpflichtprozess 2010.

MEIER, Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010 (Zivilprozessrecht).

MELISSINOS, Gerassimos, Die Bindung des Gerichts an die Parteianträge nach § 308 I ZPO, Berlin 1982.

MERSCHFOTMANN, Ralf, Der Umfang der Verjährungsunterbrechung durch Klageerhebung, Berlin 1992.

MERİÇ, Nedim, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD C.11, Özel S. 2009, İzmir 2010 (Davayı Aydınlatma).

- MERİÇ, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011
- MERTINS, Wolfgang, Der unbezifferte Klageantrag - und kein Ende?, Versicherungsrecht 2006.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), Ankara 2011.
- MOHS, Florian, in Gehri/Kramer (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010.
- MUSIELAK, Hans-Joachim, Grundkurs ZPO, 10. Auflage, München 2010.
- MUSIELAK, Hans-Joachim, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Hrsg (MUSIELAK, Hans-Joachim), 8. Auflage, München, 2011 (in Musielak).
- MUSIELAK, Hans-Joachim, Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, 3. Auflage, München 2008 (in MünchKommZPO).
- MUŞUL, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012.
- MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008 (İcra Hukuku).
- MUŞUL, Timuçin, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2009 (Terditli Dava).
- MÜMMLER, D. A. , Streitwert der unbezifferten Leistungsklage, Das Juristische Büro 1985.
- NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Hazırlanmış), 11. Bası, İstanbul 2012.
- NOMER, Haluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996 (Tazminatın Belirlenmesi).

NOMER, Haluk N., Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava, İHFM, C. LVIII, Y. 2000, S. 1-2 (Kısmi Dava).

OBERHAMMER, Paul, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010.

OBERHAMMER, Paul, in: Oberhammer (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Basel 2010.

OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 17. Bası, İstanbul 2011.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 9. Bası, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, M Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2011.

ONAR, Sıddık Sami/BELGESAY, Mustafa Reşit, Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944.

OSKAY, Mustafa/KOÇAK, Çoşkun/DEYNEKLİ, Adnan/DOĞAN, Ayhan, İİK Şerhi, Madde 1-67, C. 1, Ankara 2007.

ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.

ÖNEN, Ergun, Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez, SBD, Y. 33, S. 1974-1 (Feragat ve Kabul).

ÖNEN, Ergun, İnşai Dava, Ankara 1981 (İnşai Dava).

ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972 (Sulh).

ÖNEN, Yaşar/ŞANBEY, Cemil Ziya, Almanca-Türkçe Sözlük, C. 1, Ankara 1993 (C. 1).

ÖNEN, Yaşar/ŞANBEY, Cemil Ziya, Almanca-Türkçe Sözlük, C. 2, Ankara 1993.

ÖZ, M. Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, 1990.

ÖZBAY, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi ?, Ankara 2012.

ÖZEKES, Muhammet, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.

ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ne Getiriyor ?, Esas (Aylık Hukuk Dergisi), S. 1, Ekim 2011 (HMK Ne Getiriyor ?).

ÖZEKES, Muhammet, HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) Değerlendirmesi, Ankara 2012 (HMK Değerlendirmesi).

ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), 2. Bası, Ankara 2011 (İstinaf).

ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (Hukuki Dinlenilme).

ÖZEKES, Muhammet, Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti, MİHDER, 2005, S. 1 (Vekalet Ücreti).

ÖZEKES, Muhammet/ERİŞİR, Evrim, Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, MİHDER, S. 5, Y. 2006/3.

ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özde, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.

ÖZGÜLDÜR, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996.

ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986.

PANTLE, Norbert, Die Praxis des Zivilprozess, Stuttgart 1992.

PAUD, Eric, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St.Gallen 2011.

PAWLOWSKI, Hans Martin, Die Problematik des unbezifferten Klageantrages, Neue Juristische Wochenschrift 1961.

PEKCANITEZ, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011.

PEKCANITEZ, Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD C. 11, Özel S. 2009, İzmir 2010 (Makale).

PEKCANITEZ, Hakan, HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) Değerlendirmesi, Ankara 2012 (HMK Değerlendirmesi).

PEKCANITEZ, Hakan, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000 (Hukuki Dinlenilme).

PEKCANITEZ, Hakan, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009 (Uzman Görüşü).

PEKCANITEZ, Hakan/AKYAZILI, Erdem, Islaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 2, İstanbul 2008.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammed, Medeni Usul Hukuku, 9. Bası, Ankara 2010.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammed, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, Ankara 2012.

POHLMANN, Petra, Zivilprozessrecht, München 2009.

POSTACIOĞLU, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982 (İcra Hukuku).

POSTACIOĞLU, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.

PAULUS, Christoph G., Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Berlin 2010.

RECHBERGER, Walter H./SIMOTTA, Daphne-Ariane, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Wien 2010.

REICHOLD, Klaus, Thomas/Putzo Zivilprozessordnung Kommentar, 32. Auflage, München 2011.

REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul 2011.

ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010.

ROTH, Herbert, Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Tübingen 2008.

RÖTTGER, Friedhelm, Die Bindung des Gerichts an den unbezifferten Zahlungsantrag, Neue Juristische Wochenschrift 1994.

RÖHL, Klaus F., Der Unbezifferte Klageantrag, Zeitschrift für Zivilprozess, 85. Band, Heft 1, 1972.

PRECHTEL, Günter/OBERHEIM, Rainer, Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess, Köln 2009.

RUTTLOFF, Marc, Die Angabe des Mindestbetrags bei unbeziffertem Klageantrag und das sofortige Anerkenntnis, Versicherungsrechts 2008.

SAENGER, Ingo, ZPO Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2011.

SARAÇ, Tahir, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003.

SARI, Suat, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.

SHELLHAMMER, Kurt, Zivilprozess (Gesetz-Praxis-Fälle), 13. Auflage, Heidelberg 2010.

SCHILKEN, Eberhard, Zivilprozessrecht, 6. Auflage, München 2010.

SCHILKEN, Eberhard (Çev.: DEREN-YILDIRIM, Nevhis), Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü, İlkeler Işığında Yargılama Hukuku (Der.: YILDIRIM, M. Kamil), 5. Bası, İstanbul 2006 (Hâkimin Rolü).

SCHLEIFFER MARAIS, Prisca, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010.

SCHLOSSER, Peter, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.04.1996 (VI ZR 55/95) Juristen-Zeitung 1996.

SCHNEIDER, Egon, Problemfälle aus der Prozesspraxis, Die Bindung des Gerichts an eine Wertvorstellung des Schmerzensgeldklägers, Monatsschrift für deutsches Recht 1985.

SCHÖNKE, Adolf/KUCHINKE, Kurt, Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Karlsruhe 1969.

SENEL, Toylan, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft 2011.

SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), İstanbul 2001.

SIEGEL, Julian, Die Kostenfrage der Stufenklage, Berlin 2009.

SPÜHLER, Karl/DOLGE, Annette/GEHRI, Myriam, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrecht, Neunte Auflage des von Oscar Vogel begründeten Werkes, Bern 2010.

STAEHELIN, Adrian/STAEHELIN, Daniel/GROLIMUND, Pascal, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen-unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich/Genf/Basel 2008.

STEINLE, Franz, Kostenrisiko beim unbezifferten Schmerzensgeldantrag, Versicherungsrecht 1992.

STEIN-WIGGER, Matthias, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010.

SULUK, Cahit/ORHAN, Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. 2, İstanbul 2005.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 2012.

SUTSCHET, Holger, Bestimmter Klageantrag und Zwangsvollstreckung, Zeitschrift für Zivilprozess 2006.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2012.

ŞAHLANAN, Fevzi, İşçi Alacaklarında Kısmi Dava-Belirsiz Alacak Davası, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S. 387, Temmuz 2012.

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara 1961.

TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Bası, Ankara 2007.

TANRIVER, Süha, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler, TBB Dergisi, S. 99, Mart- Nisan 2012 (HMK'nın Revizyonu).

TANRIVER, Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan, DEÜHFD, C. 11, İstanbul 2010 (Bilirkişilik).

TANRIVER, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller, Makalelerim I (1985-2005), Ankara 2005 (Kabul).

TANRIVER, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Makalelerim I (1985-2005), Ankara 2005 (Sulh).

TANRIVER, Süha, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Makalelerim I (1985-2005), Ankara 2005 (Adil Yargılanma).

TANVERDİ, Mücahit, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1991 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TERCAN, Erdal, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurma), Ankara 2001.

TÜFEK, K. Gültekin, Miras Hukukunda Tenkis ve İade Davaları, Ankara 1977.

UBERT, Guido Der unbezifferte Klageantrag bei Schadenersatz- und Schmerzensgeldansprüchen, München 1970.

ULUKAPI, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Konya 1997.

ULUKAPI, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları, YD, C. 21, S. 4, Ekim 1995 (Derdestlik).

ULUKAPI, Ömer, Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu md. 87/son Hükmünün İptali, SÜHFD, C. 9, S. 1-2, 2001 (İptal).

ULUSAN, İlhan, Maddi Hukuk Ve Usul Hukuku Açısından Sulh Sözleşmesi, MHAD Y. 5, S. 7, 1971.

UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

UMAR, Bilge, Anayasa Mahkemesinin, HUMK m. 87'deki "Müddeabihin İslah Yoluyla Arttırılamaması" Kuralını İptal Eden 20.7.1999 Günlü Kararı (RG 4.11.2000, No. 24220) Üzerine, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2004 (AYM'nin HUMK m. 87'deki Kuralın İptali Kararı Üzerine).

UMAR, Bilge, İktisatçılar İçin Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ders Notları, İzmir 1973 (Ders Notları).

UMAR, Bilge, Yeni HMK Düzenlemesinin Kısmi Davâ Konusunda Getirdiği Kural, Prof. Dr. Erdal Adal'a Armağan, YTÜHFD, C. 8, S. 2-C. 9, S. 1, 2011-2012 (Kısmi Dava).

UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder, İsbat Yükü, İstanbul 1980.

UZUNALLI, Sevilay, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara 2012.

ÜÇER, Mehmet, Roma Hukuku ve Hukukumuzda Belirsiz Alacak Davası, İKÜHFD, Y. 11, C. 11, S. 2, Temmuz 2012.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004 (İcra).

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967 (Yasak).

WALDMANN, Yves, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Basel 2009.

WEILAND, Ulrich, Streitwert und Kostenentscheidung bei einer Zahlungsklage mit unbeziffertem Antrag, Das Juristische Büro 1980.

WIDMER, Michael, in: Baker&McKenzie (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010.

WILLMS, Die Festsetzung des Streitwerts bei unbezifferten Leistungsklage, Juristen-Zeitung 1952.

WURM, Micheal, Der unbezifferte Zahlungsantrag, Juristische Arbeitsblätter, 1989.

WÜTHRICH, Walter, Teilklage und Teilurteil, Zürich 1952.

VOGEL, Oscar, Die Stufenklage und die dienende Funktion des Zivilprozessrechts, recht 1992.

YILDIRIM, M. Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

YILMAZ, Battal, Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

YILMAZ, Ejder, İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı, ABD, S. 3-4, Ankara 1983, (Yasak).

YILMAZ, Ejder, İcra İnkâr Tazminatı Açısından "Likid Alacak" Kavramı, Bankacılar Dergisi, S. 67, 2008 (Likid Alacak).

YILMAZ, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982 (Islah, 1. Bası).

YILMAZ, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 6100 sayılı HMK'na göre değiştirilmiş 3. Bası, Ankara 2012 (Islah).

YILMAZ, Ejder, Usul Ekonomisi, Prof. Dr. Necip Bilge Armağanı, AÜHFD, C. 57/1, Ankara 2008 (Usul Ekonomisi).

YILMAZ, Zekeria, Açıklamalı-İçtihatlı 6100 sayılı HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) ve Getirdiği Yeni Hükümler, Ankara 2012.

ZEISS, Walter/SCHREIBER, Klaus, Zivilprozessrecht, 11. Auflage, Tübingen 2009.

ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005.

ZIMMERMANN, Walter, Zivilprozessordnung, 9. Auflage, Münster 2011.