

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA YER ALAN ÖNEMLİ USUL HÜKÜMLERİ

Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ*

ÖZET

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda birçok usul hükmüne yer verilmiştir. Maddi hukuka ilişkin bir kanunda usul hükümlerine mümkün olduğunca ayrıık durumlarda yer verilmesi, genel kuralların uygulanacağı durumlarda usul hükmüne yer verilmemesi gerekir. 6098 sayılı Kanunun bazı maddelerinde usul hükümlerine yer verilmesi isabetli olmuştur. Ancak 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemelere uygun hale getirilmesi gereken hükümler bulunmaktadır. Kanun yürürlüğe girmeden bu yönde değişiklikler yapılması uygun olur. Ayrıca davayı üstlenme (TBK m.309) gibi usul hukukunda yer verilmeyen kavramlara yer verilmesi de isabetli olmamıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana çıkan içtihadı birleştirme kararlarında varılan çözümden farklı bir düzenleme yapılmışsa, bu hüküm uygulanacak, hiçbir düzenleme yapılmamışsa içtihadı birleştirme kararı geçerliliğini koruyacaktır.

Anahtar Kelimeler: İspat, mahkeme, davanın ihbarı, davanın üstlenilmesi, içtihadı birleştirme.

SIGNIFICANT PROCEDURAL PROVISIONS ON THE NEW TURKISH OBLIGATIONS CODE

ABSTRACT

The new Turkish Obligations Code (numbered 6098), entering into force on 1st July 2012 consists of many procedural provisions. The acts

* Yargıtay 19. HD. Üyesi

governing substantial law should contain procedural provisions only in exceptional cases. Some articles of the new Turkish Obligations Code related to procedural rules are plausible. However, some provisions of the Obligations Code should be amended before its effective date and therefore these provisions should become in line with the regulations of the new Civil Procedure Code numbered 6100, which entered into force on 1st October 2011. Moreover, adopting some concepts not included in Civil Procedural Code such as undertaking of the case (art. 309) is not appropriate. As for the binding precedents of the Court of Cassation which had been decided before the effective date of the new Obligations Code, the legal status of them will be as follows: If the new Code consists of new regulation on the same issue as the precedent, the new regulation will prevail. Otherwise, the binding precedents of the Court of Cassation will remain in effect.

Keywords: Proof, court, notification of the case, undertaking the case, binding precedent of the Court of Cassation

I-GENEL OLARAK

11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 4.2.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. TBK'nun 648. maddesine göre 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek Kanunun yürürlüğü ile birlikte 4 Ekim 1926 tarihinden beri uygulanmakta olan 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükten kalkacaktır.

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte henüz 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte değildi. Bu nedenle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda kanun koyucu usule ilişkin bazı konuları düzenleme gereği duymuş ve düzenlemiştir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda da usul hukukuna ilişkin bir çok düzenlemeye yer verilmiştir.

4 Ekim 1927 tarihinde yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 4.2.2011 tarihli 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 450.maddesine göre 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan usule ilişkin hükümlere Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer verilmesi gerekirdi. Ancak kanun koyucu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda usule ilişkin bir çok hükme yer vererek 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verdiği usule ilişkin düzenlemelerden vazgeçmemiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (19) maddesinde “mahkeme”, (36) maddesinde “dava”, (41) maddesinde “işpat”, (45) maddesinde “hâkim” sözcüklerine yer vermiştir. Bu sözcükler medeni usul hukuku ile ilgili sözcükler olup, (648) maddeden oluşan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki birçok düzenlemenin usul hukukuna ilişkin olduğu gözlemlenmektedir.

Maddi hukuka ilişkin bir kanun ancak uygulanması halinde düzenlemenin amacına uygun yapıp yapılmadığı anlaşılır. Maddi hukuka ilişkin Kanunda örneğin Borçlar Kanunu’nda yer alan bir hüküm kural olarak bir dava açılması halinde uygulama alanı bulur.

Kanun koyucunun Türk Borçlar Kanununu düzenlerken usule ilişkin hükümlere yer vermesinin amacı uyumsuzlukları azaltmak ve uyumsuzluk çıktığında ise çözüm yolu göstermektir.

Şimdi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun usule ilişkin hükümlerinin genel bir değerlendirmesini yapacağız.

II-GÖREVE İLİŞKİN HÜKÜMLER

Türk Borçlar Kanunu’nun bir çok maddesinde “hakim”¹ den, birçok maddesinde “Mahkeme”² den söz edilmiştir.

Bu hükümlerde yer alan “hakim” sözcüğü uyumsuzluğu çözmek için görevli mahkemenin hakimini ifade etmektedir.

TBK’nun 55/2 maddesine göre her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün

¹ TBK, m. 2, 44, 50, 51, 52, 58, 60, 64, 65, 74, 75, 76, 81, 107, 108, 122, 138, 157, 161, 182, 187, 218, 227, 261, 273, 331, 338, 344, 349, 374, 403, 404, 410, 437, 439, 445, 480, 496, 500, 529, 586, 615, 617, 634.

² TBK, m. 153, 154, 156, 158, 169, 185, 187, 216, 226, 262, 273, 281, 286, 342, 345, 449, 542, 584, 639.

kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda görevli mahkeme 1 Ekim 2011 tarihinden itibaren Asliye Hukuk Mahkemeleridir (6100 sayılı HMK.m.3).

TBK. nun 338.maddesinde kiracının taşınmak veya kiralananda bulunan taşınırları başka bir yere taşımak istediği takdirde, kiraya verenin, alacağını güvence altına almasını sağlayacak miktardaki taşınırını, sulh hakiminin veya icra müdürünün kararıyla alıkoyabileceği hükme bağlanmıştır. Maddede açıkça “sulh hâkiminden” sözedildiği için kiralayan hapis hakkını kullanmak için sulh hukuk mahkemesine veya icra müdürüne başvurmalıdır.

TBK'nun 349.maddesinde aile konutunun kira sözleşmesiyle sağlanmış olması halinde kiracı olan eşin, diğer eşin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemeyeceği, bu rızanın alınmasının mümkün olmaması veya diğer eşin haklı sebep olmadan rızasını vermektan kaçınması” halinde kiracı olan eşe “hâkime” başvurma imkânı tanınmıştır. Bu hüküm 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194.maddesini kısmen karşılamaktadır. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usullerine dair Kanun'un 4.maddesine göre bu halde görevli mahkeme Aile Mahkemesidir.

TBK'nun 410.maddesinde hizmet aktinde işçilerin ücretinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceği, başkasına devredilemeyeceği ve rehnedilemeyeceği, ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için “hâkim” tarafından takdir edilecek miktarın bu orana dâhil olmadığı belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 35.maddesinde de aynı düzenleme yer almaktadır. Hükümün uygulanmasının nasıl olacağına kısaca değinelim. Alacaklı borçlu işçinin ücret alacağının dörtte birine haciz koydurmuş olsun. İşçi bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için gerekli paranın sekizde yedi olduğunu ileri sürerek fazlası (1/8) üzerindeki haczin kaldırılmasını isteyebilir. Bu durumda işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için gerekli paranın takdirini icra mahkemesi hakimi yapacaktır.

Türk Borçlar Kanununun çeşitli hükümlerinde yer alan “mahkeme”nin görev bakımından aksine düzenleme olmaması halinde asliye hukuk mahkemesi olarak kabul edilmesi gerekir. Zira asliye hukuk mahkemesi genel görevli hukuk mahkemesidir. (HMK m.2/2).

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382.maddesinde çekişmesiz yargı işleri sayılmıştır.

Türk Borçlar Kanununda yer alan;

- 1) Yetkisi sona eren temsilcinin temsil belgesini mahkemeye teslimi (m.44),
- 2) Borçluya ifa veya teminat göstermesi için süre verilmesi (m.98),
- 3) Tevdi mahalli belirlenmesi ve tevdi edilemeyecek eşyanın satılması (m. 107-108),
- 4) Alacaklısı ihtilafli olan borcun mahkemeye tevdi. (m.187),
- 5) Ayıplı hayvanın bilirkişi tarafından muayenesi (m.224),
- 6) Mesafeli satımlarda ayıbın tespiti veya ayıplı malın satılmasına izin verilmesi (m.226),
- 7) İşçiye kardan hisse verilmesini öngören iş sözleşmesinde, mahkemenin işverenin hesaplarını inceleyecek bir kişi tayin etmesi (m.403),
- 8) Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olup olmadığının bilirkişiye tespit ettirilmesi (m.474),
- 9) Satılmak için komisyoncuya gönderilen eşyanın hasarının tespiti (m.534),
- 10) Komisyoncu elindeki malın açık artırma ile satışına izin verilmesi (m.542), taleplerinde görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir (HMK. m. 383).

III-YETKİYE İLİŞKİN HÜKÜMLER

Türk Borçlar Kanununda yetkili mahkemeye ilişkin düzenleme 262. maddede yer almaktadır. Maddenin kenar başlığı “yetkili mahkeme ve tahkim” dir. Taksitli satış sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda

yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemez. Alıcı taksitli satım sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda tahkim sözleşmesi de yapamaz. Bu hüküm TBK’nun 273.maddesinin yaptığı atıf nedeniyle ön ödemeli taksitli satış sözleşmesinde de uygulanacaktır.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 73.maddesinde borcun ifa yeri düzenlenmiştir. 1086 sayılı HUMK. nun 10.maddesinde yer alan sözleşmeden doğan davalarda sözleşmenin ifa olunacağı yer mahkemelerinin yetkili olduğu belirtildiği için 818 sayılı BK’nun 73.maddesi çok geniş bir şekilde uygulama bulmaktadır. Sözleşme ilişkisinin varlığı konusunda uyuşmazlık bulunmaması halinde 818 sayılı BK’nun 73.maddesi uyarınca alacaklının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmektedir.

6098 sayılı TBK’nun 89.maddesi ile getirilen düzenlemede borcun ifa yeri bakımından 818 sayılı BK’nun 73.maddesine göre bir hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

İlamsız icra takibinde yetkiyi düzenleyen İİK. nun 50.maddesinde para veya teminat borcu için takip hususunda HUMK’nun yetkiye ilişkin hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca sözleşmesin yapıldığı yer icra dairesinin yetkili olduğu da kabul edilmiştir.

6100 sayılı HMK’nun 10.maddesinde sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkisi kabul edilmemiştir. HMK’nun 447/2.maddesinde HUMK’na yapılan yollamaların HMK’nun bu hükümlerinin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. İİK’nun 50.maddesinde yer alan sözleşmenin yapıldığı yer icra dairesinin yetkili olduğuna ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmadığı sürece sözleşmenin yapıldığı yer icra dairesi ilamsız icra takibi yönünden yetkili olmaya devam edecektir. Ancak 6100 sayılı HMK’nun yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2011 tarihinden sonra açılan itirazın iptali davalarında sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olmayacaktır.

6098 sayılı TBK’nun 449.maddesine göre pazarlamacılık sözleşmesinin kurulabilmesi için taraflardan birinin yabancı ülkede olması

halinde sözleşmede yetkili mahkemenin hangisi olduğu belirtilmelidir. Yetkili mahkemenin belirtilmemesi sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz.

IV- İSPATA İLİŞKİN HÜKÜMLER

Türk Borçlar Kanunu’nda ispata ilişkin (41) maddede³ hüküm bulunmaktadır.

İspat yükü ile ilgili genel kural Türk Medeni Kanunu’nun 6.maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”. 6100 sayılı HMK’nun 190.maddesine göre, “ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.” Türk Borçlar Kanunu’nda TMK’nun 6.maddesinde 6100 sayılı HMK’nun 190.maddesinde yer alan genel kurala uygun düzenlemelere yer verilmemesi gerekirdi⁴. Ancak ispat yükü konusunda genel kuraldan ayrılan düzenlemelere yer verilmelidir.

TBK’da ispat yükü ile ilgili tüm maddeleri incelemeyeceğiz Yenilik getiren bazı maddeler üzerinde duracağız.

1. Açığa İmzada İspat Yükü

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 15.maddesinde açığa imza ile ilgili bir düzenleme yapılmıştı. Hükme göre “açığa atılan imzanın üzerine sonradan yazılan metnin, imza atanın iradesine uygun olduğu kabul edilir. Durumun özelliği aksini göstermedikçe, yazılan metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükü, açığa imza atana düşer”.

³ TBK, m. 9, 15, 47, 50, 59, 66, 67, 78, 79, 112, 118, 119, 122, 125, 179, 180, 190, 193, 200, 215, 216, 217, 226, 229, 248, 308, 341, 373, 377, 380, 457, 510, 527, 535, 562, 563, 576, 579, 591, 592, 616.

⁴ Örneğin TBK’nun 50.maddesinin birinci fıkrasındaki ispat yükü ile ilgili hüküm TMK’nun 6.maddesindeki genel kurala uygun bir düzenleme olduğu için ayrıca düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Ancak, TBK’nun 50.maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, genel kuraldan ayrıldığı için özel düzenleme yapılması yerindedir.

TBMM Genel kurulundaki görüşmeler sırasında bu fıkranın hükümden çıkarılması teklif edilmiş ve çıkarılmıştır. Gerekçesi ise şöyle açıklanmıştır:

“Bu düzenleme (açığa imza ile ilgili) ile adeta açığa atılan imzalı boş kâğıdın üzerinin doldurulması meşru hale getirilmektedir. Bu hükmün yasadan çıkarılması gerekir. Çünkü sorun maddi hukukla değil, ispat hukukuyla ilgilidir.”

Açığa atılan imzanın geçerli olduğu, atılan imzaların üstünün sonradan doldurulup borç senedi haline dönüştürülmesi durumunda, taraflar arasındaki anlaşmaya uygun bir şekilde yazıldığı karine olarak kabul edilmektedir⁵.

Yargıtay boş kağıda imza attığını ileri süren kişinin, kağıdın anlaşmaya aykırı olarak kendisine zarar verecek şekilde doldurulduğunu HUMK'nun 290.(HMK.m.201) maddesine göre şahitle ispat edemeyeceğini kabul etmektedir⁶.

Açığa imzalı belge, hile ile alınmışsa, HUMK'nun 293.(HMK. m.203) maddesi uyarınca tanık dinlenebilir. Bunun için açığa imzalı belgenin alınması ile ilgili olayların hile niteliğinde bulunması gerekir.

Sözleşmelerdeki şekil şartının amacı borçluyu korumaktır. Açığa imza şekil şartının koruma amacını gerçekleştirmez⁷. Açığa imzalı belgenin geçerli olduğuna ilişkin hüküm Kanundan çıkarıldığına göre açığa imzanın yeterli olduğuna ilişkin hukuki dayanak ortadan kalktığı için konu ile ilgili tartışmalar devam edecektir.

2. Munzam Zararın İspatı

Munzam zarar, para borcu alacaklısının malvarlığında iradesi dışında meydana gelen ve temerrüt faiziyle karşılanamayan zararı ifade etmektedir.

⁵ Reisoğlu, Sefa: Borçlar Hukuku, 15.B., İstanbul 2002, s. 70; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, 9.B., İstanbul 2006, s. 249.

⁶ 4.HD. 13.7.1965, 1383/3753 (Renda, Nihat/ Onursan, Galip: Borçlar Hukuku I, Ankara 1972, s. 1083); 19.HD. 25.10.1995, 1451/8877; 13. HD 12.10.1999, 99/6920 (YKD. 2000/02, s. 396.)

⁷ İnal, Emrehan: Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu, Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 174.

Munzam zararın doğmasına neden olan alacak haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya sözleşmeden kaynaklanmış olabilir. Munzam zarar nedeniyle istenebilecek tazminatın hukuki sebebi alacağın geç ödenmesi gibi hukuka aykırılıktır. Geç ödeme nedeniyle alacaklının uğradığı zarar temerrüt faizini aşılırsa munzam zarar istenebilir. Borçlu, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe munzam zarardan sorumlu olur. Burada borçlu aleyhine bir karine vardır.

Alacaklı borçlunun temerrüdü halinde temerrüt faizi kadar zarara uğradığını ispat etmek zorunda değildir. Ancak alacaklı temerrüt faizinden fazla yani munzam zarara uğradığını ispat etmelidir.

Munzam zararın ispatı ile ilgili BK'nun 105.maddesinde ve TBK'nun 122.maddesinde bir düzenleme yapılmamıştır.

TMK'nun 6.maddesine göre “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”

BK'nun 98/2. maddesi ve TBK'nun 114/2.maddesinin atfi nedeniyle munzam zarar talebi ile ilgili olarak da uygulanması gereken BK'nun 42. ve TBK'nun 50.maddesinde zarar görenin zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altında olduğu hükme bağlanmıştır.

Munzam zararın varlığını ispat yükü üzerinde olan davacı iddiasını nasıl ispat edecektir?

Bu konuda doktrin ve uygulamada farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre enflasyon olgusu munzam zararının ispatı için yeterlidir. Enflasyon nedeniyle paranın alım gücü düşmektedir. Bu durum fiili bir karinedir. Fiili karinenin ayrıca ispat edilmesi gerekmez.

Diğer bir görüşe göre alacaklı munzam zararı bulunduğunu somut delillerle ispat etmelidir.

Munzam zararı ispat konusunda soyut zararın varlığını yeterli sayan görüşün dayandığı hüküm HUMK'nun 238.(HMK.m.187/2) maddesidir.

HUMK'nun 238.maddesine göre “maruf ve meşhur olan veya ikrar olunan hususlar münazaalı sayılmaz” (6100 sayılı HMK. m. 187). Soyut zararın varlığını savunanlara göre enflasyon olgusu ve paranın değer

kaybı maruf ve meşhur olaylar olması nedeniyle alacaklının enflasyon kadar zarara uğradığı kabul edilmelidir.

Yargıtay 3,5, 15, 18 ve 19.Hukuk Daireleri munzam zararın somut delillerle ispat edilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁸.

Yargıtay 2, 4, 11 ve 13. Hukuk Daireleri ise genel ekonomik olumsuzlukların meşhur ve maruf olaylar olması nedeniyle alacaklının en az bu kadar zarara uğradığını, zararın ayrıca somut delillerle ispat edilmesinin gerekli olmadığını kabul etmektedir⁹.

Hukuk Genel Kurulu'nun her iki görüşü de kabul eden kararları bulunmaktadır¹⁰.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 8.10.1999 tarihli ve 97-2/1 sayılı kararında ve 12.4.2002 tarihli ve 2001-2-2 sayılı kararında içtihatların birleştirilmesine 3095 sayılı Kanun ve Kamulaştırma Kanunu'nda yapılan değişiklikler nedeniyle gerek bulunmadığını kabul etmiştir.

İçtihatların birleştirilmesi talebine rağmen sonuç alınamayan bu konuda kanun koyucunun bir düzenleme yapması uygun olurdu diye düşünüyoruz.

3. Örnek üzerine satış sözleşmesinde ispat yükü

6098 sayılı TBK'nun 248.maddesinin kenar başlığı ispat yüküdür.

Hükme göre "Örnek üzerine satışta kendisine örnek verilen taraf, elindeki örneğin kendisine verilmiş örnek olduğunu ispat yükü altında olmayıp, örneğin biçimi değişmiş olsa bile, bu değişiklik gözden geçirmenin zorunlu bir sonucu ise, alıcının iddiası doğru sayılır. Ancak, karşı tarafın her halde bunun aksini ispat hakkı vardır.

Örnek, alıcının elindeyken bozulmuş veya yok olmuşsa, kusuru olmasa bile, satılanın örneğe uygun olmadığını ispat yükü alıcıya düşer."

⁸ 3.HD. 23.9.2008, 12249/16538; 5.HD. 8.2.2000, 99-19708/1451; 15.HD. 22.4.2009, 2008-3256/2352; 18.HD. 20.5.2003, 3459/4151; 19.HD. 7.12.2004, 3631/12204.

⁹ 2.HD. 17.5.1999, 327/5315; 4.HD. 15.5.200, 2710/4763; 11.HD. 19.9.2000, 3723/-6840; 13.HD. 25.2.1997, 96-111/53.

¹⁰ HGK 19.10.1994, 5-144/503; HGK 5.7.2000, 2-1072/1124 HGK. 21.6.2006, 5-353/462.

Örnek üzerine satış sözleşmesinin gösterdiği özellik nedeniyle ispat yüküne ilişkin özel düzenleme yapılmıştır. 818 sayılı BK’nun 218.maddesindeki düzenlemeye göre hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

İspat yükü ile ilgili düzenlemede satışın örnek üzerinden yapıldığını hangi tarafın ispat edeceğine ilişkin bir hüküm mevcut değildir. TMK’nun 6.maddesindeki genel kural uyarınca satışın örnek üzerine yapıldığını iddia eden bu iddiasını ispat etmelidir¹¹.

Satılanın örneğe uygun olarak verildiğini ispat yükü kural olarak satıcıya ait bulunmaktadır.

Gösterilen örneğin gerçekte bırakılan örnek olmadığı iddia edilebilir. Bu durumda TBK’nun 248.maddesine göre ispat yükü belirlenecektir. Teslim edilen malın örneğe uygun olduğunu ispat yükü satıcıdadır.

Örnek alıcının elindeyken bozulmuş veya yok olmuşsa, kusuru olmasa bile, satılanın örneğe uygun olmadığını ispat yükü alıcıya düşer.

Son olarak belirtelim ki satış sözleşmesinin örnek üzerine olduğunu iddia eden taraf bu iddiasını ispat etmelidir (TMK. m.6, HMK m.190).

V-DAVA ARKADAŞLIĞI İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

6098 sayılı TBK’nun 61.maddesinin kenar başlığı müteselsil sorumluluktur. Hükme göre “birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde haklarında, müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır” Bu düzenleme ile 818 sayılı BK’nun 50.maddesindeki tam teselsül ve 51.maddesindeki eksik teselsül ayrımı ortadan kaldırılarak her iki teselsül durumu aynı hükümlere tabi tutulmuştur.

TBK’nun 61.maddesinin ikinci fıkrası TBMM Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında hükümden çıkarılmıştır. Hükümden çıkarılan

¹¹ Feyzioğlu, satışın örnek (numune) üzerine yapıldığını ispat yükünün kural olarak alıcıda olduğu, alıcının elinde bir “örnek” bulunmasının, satışın bu türde yapıldığına karine teşkil ettiği, satıcının aksini iddia etmesi halinde bu iddiasının ispatla yükümlü olduğu görüşündedir. Bkz. Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri c.1., İstanbul 1980, s. 133.

düzenleme farklılaştırılmış müteselsil borçluluk veya paylaşıma dayalı müteselsil borçluluk olarak ifade edilen bir modeldir.

Tasarıda yer alan bu fıkra hükümde yer alsaydı mevcut uygulama değişecekti. Örneğin ihtiyari dava arkadaşlığı bulunan üç müteselsil borçludan (A) 1/8, (B) 3/8, (C) 4/8 oranında kusurlu ise, alacaklının talepte haklı olduğu 24.000 TL.'nin 3.000 TL.den (A), 9.000 TL.den (B), 12.000 TL'den (C) sorumlu tutulacak şekilde hüküm kurulacaktı. Ancak ikinci fıkranın hükümden çıkarılması sonucunda müteselsil borçlu olan (A), (B) ve (C) kusur oranına bakılmaksızın tüm zarardan her biri sorumlu olacak şekilde karar verilecektir.

TBK Tasarısının 61.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmün çıkarılması ile sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde müteselsil borçluluğu düzenleyen TBK'nun 162.maddesi ile TBK'nun 61.maddesi arasındaki uyum bozulmamıştır.

Adi şirket ortakları arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu için adi şirketin tüm ortaklarına karşı birlikte dava açılması, tüm ortakların birlikte dava açması gerekir (6098 sayılı TBK m. 638/1). Ortaklar, bir üçüncü kişiye karşı ortaklık ilişkisi çerçevesinde birlikte üstlendikleri borçlardan aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumludurlar (6098 sayılı TBK.nu 638/3). Bu durumda adi ortaklık ortakları arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

Alman Federal Mahkemesi 29.1.2001 tarihli kararında adi şirketin hak ve taraf ehliyetine sahip olduğunu kabul etmiştir¹².

6098 sayılı TBK'nun 69.maddesindeki düzenlemeye göre binanın bakımındaki eksikliklerden binanın maliki, intifa ve oturma hakkı sahipleri müteselsilen sorumludurlar. Bina maliki, intifa ve oturma hakkı sahipleri arasında ihtiyari dava arkadaşlığı vardır (HMK.m.57).

¹² Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Narbay, Şafak/Deliduman Seyithan: Alman Federal Mahkemesinin Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.1.2001 tarihli kararı, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2022, s. 577 vd.; Bilgili, Fatih: Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul 2002, s. 197 vd.

Tehlike arzeden işletmelerin sahip olduğu zararlarla ilgili düzenleme TBK'nun 71.maddesindedir. Hükümde işletme sahibi ve işletenin müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir. İşletme sahibi ve işleten arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57). Müteselsilen sorumluluğa yer verilmemiş olsa bile TBK'nun 61.maddesindeki düzenlemeden dolayı yine aynı sonuca varmak mümkündür.

TBK'nun 201.maddesine göre borca katılma sözleşmesinde eski borçlu ile borca katılan alacaklıya karşı müteselsilen sorumludurlar. Eski borçlu ve borca katılan arasında ihtiyari dava arkadaşlığı sözkonusudur (HMK.m.57).

TBK'nun 206.maddesinde sözleşmeye katılma düzenlenmiştir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar. 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almayan bu düzenleme uyarınca alacaklılar ve borçlular arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

TBK'nun 323.maddesine göre işyeri kiralarında, kira ilişkisinin devri halinde devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur. Özellikle ödenmeyen kira bedeli alacağının dava konusu yapılması halinde devreden kiracı ile devralan kişi arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

TBK'nun 382.maddesine göre bir şeyi birlikte ödünç alanlar, ondan müteselsilen sorumlu olurlar. Ödünç alan birden fazla kişi arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

TBK'nun 428.maddesine göre işyerinin devri halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Devreden işveren ve devralan işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

TBK'nun 511.maddesine göre bir kişiye birlikte vekalet verenler, vekile karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Birlikte vekalet verenler

aleyhine vekil tarafından açılacak davada vekalet verenler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57). Vekaleti birden fazla kişi üstlenmişse, bu kişiler vekaletin ifasından müteselsilen sorumludur. Vekaleti birlikte üstlenen kişiler arasında da ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m.57).

TBK'nun 567.maddesine göre bir şeyi birlikte saklamak üzere alanlar müteselsilen sorumlu olurlar. Bir şeyi saklamak için birlikte alanlar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK.m57).

TBK'nun 644.maddesine göre tasfiye görevlisine ödenecek ücret için ortaklar müteselsilen sorumludurlar. Bu durumda da ortaklar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı sözkonusu olmaktadır (HMK.m.57).

VI-DAVA AÇMA SÜRESİ İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

1- Aşırı yararlanma (gabin) da zarar gören düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği, zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak 1 yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak 5 yıl içinde dava açmalıdır. (TBK.m.28) 818 sayılı BK'nun 21.maddesinde sadece 1 yıllık süre öngörülmüştür ve bu süre sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Aşırı yararlanmada 1 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı değiştirilmiştir. Zarar görenin düşüncesizliğini ve tecrübesizliğini öğrendiği tarihin ne olduğunu tespit etmek oldukça güçtür. Bir yıllık dava açma süresinin geçtiğini savunan davalının bu savunmasını ispat etmesi mümkün olmaz. Bu nedenle bir yıllık dava açma süresi sözleşmenin kurulma tarihinden başlatmak daha uygun bir çözüm olabilirdi.

2- Yanılma (hata) veya aldatma (hile) ya da korkutulma (ikrah) sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutulmanın etkisini geçtiği tarihten bir yıl içinde dava açmazsa sözleşmeyi onamış sayılır (TBK. m39).

3- Haksız fiillerden dolayı tazminat talep edebilecek olan zarar gören, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yıl içinde tazminat davasını açmalıdır. Burada öngörülen süreler zamanaşımı süresidir.

Haksız fiil için ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüşse bu zamanaşımı süresi uygulanır (TBK. m. 72).

Tazminat ödeyen kişi rücu isteminde bulunursa tazminatı ödediği ve birlikte sorumlu kişiyi öğrendiği tarihten başlayarak 2 yıl ve her halde tazminatın ödendiği tarihten itibaren 10 yıl içinde davasını açmalıdır (TBK. m. 73). Maddede haksız fiilden dolayı müteselsilen sorumlu olan kişilerden birinin zararı tazmin ettikten sonra diğer sorumlulara rücu isteminde bulunabileceği süre düzenlenmiştir¹³.

Hükmün ikinci fıkrasındaki düzenleme dikkat çekicidir. Zira kendisine karşı tazminat davası açılan kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır.

Kendisinden tazminat istenen müteselsil sorumlu bildirimde bulunması halinde bildirim tarihinden, bildirimde bulunmaması halinde ise dürüstlük kuralına göre bildirmesi gereken tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye devam edecektir.

4- Sebepsiz zenginleşmede davacı, geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl içinde ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıl içinde davasını açması gerekir (TBK.m.82). Bu süreleri geçirdikten sonra dava açması halinde davalının zamanaşımı defii ile karşılaşılabılır.

5- TBK’nun 75.maddesinde usul hukukunda değişiklik davası olarak nitelendirilen bir konu düzenlenmiştir. Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden itibaren iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 46.maddesinde yer alan düzenlemede iki yıllık sürenin başlangıcı olarak hükmün tefhim tarihini esas alırken, 6098 sayılı TBK’nun 75.maddesinde iki yıllık sürenin başlangıcı olarak hükmün kesinleşmesini esas almıştır. Bu

¹³ Burada öngörülen süre ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yer almaktadır. Rücu isteminde bu zamanaşımı süresi uygulanacak, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihte süre dolmuşsa yürürlük tarihinden itibaren 1 yıl içinde dava açma imkanı vardır (Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, m.5/2).

düzenleme ile iki yıllık sürenin, hükmün kesinleşmesine kadar geçecek süre içinde sona erme tehlikesi ortadan kaldırılmıştır.

6- Satım sözleşmesine konu malın ayıplı olduğundan bahisle ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, sözleşme konusu malın alıcıya devrinden itibaren 2 yıl içinde dava açılmalıdır. (TBK.m.231). Burada öngörülen süre zamanaşımı süresidir. Satıcı, sözleşme konusu malı ayıplı olarak devretmekten kusurlu ise iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz. Ticari satımlarda da ayıba dayanarak aynı sürede dava açılması gerekir (6102 sayılı TTK.m.23).

7- Bağışlamada, bağışlayan geri alma sebebinin öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri almak için dava açılmalıdır. (6098 sayılı TBK. m. 297/1). Bağışlayan bir yıllık süre dolmadan ölürse, geri alma hakkını mirasçılar kalan sürede kullanmalıdır (6098 sayılı TBK.m.297/2).

Bağışlayan, sağlığında geri alma sebebinin öğrenmemişse, mirasçılar ölümünden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri alma hakkını kullanabilir (6098 sayılı TBK m. 297/3). Bu fıkra 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 246.maddesinde yer almayan yeni bir hükümdür.

Burada öngörülen süreler hak düşürücü süredir¹⁴.

8- TBK'nun 345.maddesinde kira tespit davalarında dava açma süresi düzenlenmiştir.

Kira tespit davası kural olarak her zaman açılabilir.

Belirli süreli kira sözleşmelerinde kira tespit davası, yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte açılmışsa mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni kira döneminin başlangıcından itibaren kiracıyı bağlar.

Ayrıca kiralayan yeni kira döneminin başladığından 30 gün önce kira bedelinin artırılacağına ilişkin yazılı bildirimde bulunmuş olmak

¹⁴ "... bağış koşuluna uygun bir işlem yapılmadığı da sabittir. Bu halde Borçlar Kanunu'nun 246.maddesi hükmü gereğince 1 yıllık hak düşürücü süre içerisinde eldeki davanın açılması gerektiği ..."1:HD. 7.3.2006, 2005-13359/2262

koşuluyla izleyen yeni kira döneminin sonuna kadar kira tespit davasını açabilir (TBK.m.345/2).

Sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir hüküm varsa, yeni kira döneminin sonuna kadar açılacak davada mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olur. (TBK.m.345/3).

Konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşme dava yoluyla sona erdirilebilir.

Kiralayanın gereksinimi nedeniyle kullanım zorunluluğu varsa veya yeniden inşa ve imar amacıyla yapılacak onarım nedeniyle kiralananın kullanımı imkânsız ise belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonundan, belirsiz süreli sözleşmelerde ise fesih bildirim için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sözleşmeyi sona erdirebilir (TBK.m.352/1).

Kiralayan bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde, bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı içinde yazılı olarak kiracıya iki haklı ihtar çekerse, kira yılının bitiminden itibaren bir ay içinde açacağı dava ile kira sözleşmesini sona erdirebilir (TBK.m.352/2).

Kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumunda kiraya veren, kira sözleşmesi yapılırken bu durumu bilmiyorsa, sözleşmenin bitiminden itibaren bir ay içinde dava açarak sözleşmeyi sona erdirebilir (TBK. m. 352/3).

Dava yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinin istenebileceği bir ay içinde kiralayan dava açmak yerine dava açılacağına ilişkin yazılı bildirimde bulunması halinde, dava açma süresi bir kira yılı için uzamış sayılır. (TBK. m.353).

9- Hizmet sözleşmesinde işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin ¼ üne eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir (TBK m.439/1).

Tazminatı isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak 30 gün içinde dava açmak veya takip yapmak zorundadır. Aksi taktirde tazminat isteme hakkı düşer (TBK.m.439/3).

10- Eser sözleşmesinde yüklenici, ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeble açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın¹⁵, taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (TBK.m. 478). Hükümde öngörülen sürelerde açılmayan davalar yüklenicinin zamanaşımı itirazıyla karşılaşabilir.

11- Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak 10 yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Kefalet, 10 yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil hakkında 10 yıllık süre doluncaya kadar takip yapılabilir veya dava açılabilir. (TBK. m. 598/3-4).

12- Taşınmaz satımında sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi taktirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her halde satışın yapılmasından başlayarak 2 yıl içinde dava açmak zorundadır (TBK. m. 242).

¹⁵ 818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlemeye göre taşınırlara ilişkin eser sözleşmelerinde ayıptan sorumluluğun tabi zamanaşımı süresi beş yıl olarak kabul edilmekteydi. 6098 sayılı Kanunla bu süre iki yıla indirilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, taşınırlara ilişkin eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi 818 sayılı Borçlar Kanununa göre 5 yıl olacaktır. Bu sürenin bir kısmı işlemiş ve kalan süre 2 yıldan az ise, 818 sayılı Borçlar Kanununda öngörülen 5 yıllık sürenin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolmuş olacaktır. Kalan süre 2 yıldan fazla ise 6098 sayılı TBK'nun yürürlüğünden başlayarak 2 yıllık sürenin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolmuş olacaktır (Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, m. 5).

818 sayılı Borçlar Kanunu’nda böyle bir düzenleme mevcut değildir. Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması için üç ay ve iki yıllık dava açma süresi tanınmış olup, bu süreler hak düşürücü süredir.

Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 5/2. maddesine göre hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi ilk defa öngörülmüş ve bu süre dolmuşsa hak sahibi TBK’nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıllık ek süreden yararlanır. Ancak Kanunda öngörülen süreden daha uzun olamaz.

VII-DAVANIN İHBARI İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

Haksız fiilden dolayı müteselsilen sorumlu olanlardan biri hakkında dava açıldığında, kendisinden tazminat istenen müteselsil borçlu durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere ihbar etmesi gerekir. (TBK. m. 73/2). İhbarda bulunmamışsa ihbarın dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihten itibaren rücu zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

Davanın ihbarı ile ilgili diğer bir hüküm de Türk Borçlar Kanunu’nun 215.maddesindeki düzenlemedir. Hükme göre:

“Satılanın elinden alınması tehlikesi ile karşılaşan alıcı, kendisine karşı açılan davayı satıcıya bildirdiği zaman satıcı, durumun gereğine göre ve yargılama usulü uyarınca ya alıcının yanında davaya katılmak ya da alıcı yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmek ve savunmak zorundadır.

Bildirme, davaya katılmaya ve savunmaya elverişli bir zamanda yapılmışsa, alıcının aleyhinde verilen hüküm, onun ağır kusuru yüzünden verildiği ispat edilmedikçe, satıcı için de sonuç doğurur.

Dava kendisine yüklenilemeyen sebeplerden dolayı satıcıya bildirilmemişse satıcı, zamanında bildirilmiş olsaydı daha elverişli bir hüküm elde edilebileceğini ispatladığı ölçüde sorumluluktan kurtulur.”

Bu hüküm 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 190.maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. Esasen bir hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

Davanın ihbarı ve fer'i müdahale 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61-69.maddelerinde düzenlenmiştir. 6100 sayılı HMK'nun 63.maddesine göre dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilir. 1086 sayılı HUMK'nun 50.maddesinde yer alan taraf yerine geçerek davayı takip etme hali 6100 sayılı Kanuna alınmamıştır. Ancak TBK'nun 215.maddesinde alıcı yerine geçerek davayı takip etmek yetkisi kaldırılmamıştır.

TBK'nun 215.maddesi ile HMK'nun 63.maddesindeki düzenlemeler birbirinden bu şekilde ayrılmıştır. Uyumlu hale getirilmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz.

İhbarın, etkisi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 64.maddesinde, fer'i müdahalenin etkisi de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 69.maddesinde düzenlenmiştir. TBK'nun 215.maddesindeki düzenleme ile uyumlu ise de HMK'nun 69.maddesindeki düzenleme daha ayrıntılı, kapsamı TBK'nun 215.maddesine göre daha geniştir.

Zapta karşı tekeffüle dayanan rücu imkanı sebebiyle bazı sözleşmelerde de davanın ihbar ile ilgili TBK'nun 215.maddesi hükmü uygulama alanı bulur. Örneğin mal değişim sözleşmesi (trampa) (TBK.m.284), bağışlama sözleşmesi (TBK.m.294), kira sözleşmesi (TBK.m. 309), eser sözleşmesi (TBK.m. 472), adi ortaklık (TBK.m. 621 ve alacağın ivazsız (edim karşılığı olmadan) temlikinde (TBK.m.191) ihbarın etkisi ile ilgili TBK'nun 215.maddesi hükmü uygulanır.

VIII-GEÇİCİ HUKUKİ KORUMAYLA İLGİLİ HÜKÜMLER

Geçici hukuki korumalar ihtiyati tedbir (HMK. m. 389-399), ihtiyati haciz (İİK. m. 257-268), delil tespiti (HMK.m.400-405), defter tutulması ve mühürleme (HMK.m.406) dir.

TBK'nun 76.maddesi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir hükümdür. Maddenin kenar başlığı geçici ödemelerdir. Haksız fiil nedeniyle zarar gören kişinin açtığı tazminat davasında hakim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Hüküm şöyledir;

“Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hakim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hakim davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.”

Geçici ödemelerle ilgili bu hüküm medeni usul hukuku bakımından önemlidir. Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası devam ederken zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar gösterirse ve ekonomik durumu da geçici ödemeyi gerektirirse hakim, zarar görenin talebi üzerine davalının dava devam ederken geçici ödeme yapmasına karar verebilecektir.

Geçici ödemeye karar verilebilmesi için;

- Davacının talepte bulunması,
- İddiaların haklılığını gerçeğe yakın gösteren deliller sunması,
- Zarar görenin ekonomik durumunun geçici ödemeyi zorunlu kılması, gerekir.

Hükümün gerekçesinde neden böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu anlaşılammaktadır. Tasarı halinde iken eleştirilen hükme karşı şu görüşler ileri sürülmüştür.

- Sosyal güvenlik görevini yerine getirmeyen Devlet, bu görevini davalının sırtına yüklemektedir¹⁶.
- Hüküm tazminat ve yargılama hukukunun gerekleri ile bağdaşmamaktadır.
- Geçici ödemenin miktar bakımından ölçüleri kanunda yer almamaktadır.
- Tazminatın tahsilini imkânsız kılacak borçlu tavırlarına karşı ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz yolu açıktır.

¹⁶ Koçhisarlıoğlu, Cengiz/Erişgin Özlem: Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında “Haksız Fiiller”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, c.2, İstanbul 2010, s. 1271.

- Hüküm, hâkimi ihsası-reye zorlamaktadır.
- Davanın reddi ve davacının geçici ödemeleri geri vermemesi, sübjektif ifa imkânsızlığı halinde kanun bir koruma normu öngörmemektedir. Bu durumda Devletin sorumluluğu düşünülmelidir. Zira yargı ve yasa, sorumsuzun sırtına yük yükleyemez.
- Yeni bir borç kaynağı olarak olası borç kaynağı yaratılmıştır.
- Nafaka ve benzeri geçici veya sürekli ödemelerde akrabalık bağından kaynaklanan bir statü koruma bağı vardır. Bu nedenle geçici ödemelerin yasal zeminini oluşturmaz.
- Mukayeseli sorumluluk hukukunda İsviçre Borçlar Kanunu ön tasarisının 564 maddesi dışında örneği bulunmamaktadır¹⁷.

Geçici ödemelerle ilgili bu düzenleme ispat ölçüsü açısından bir yenilik getirmektedir. Hükümde yer alan “iddianın haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar” ifadesinden burada tam ispatın aranmadığı anlaşılmaktadır. Geçici hukuki korumalarda yaklaşık ispat aranmaktadır. Buradaki düzenlemede yaklaşık ispatın arandığı en azından tam ispatın aranmadığı anlaşılmaktadır.

Geçici ödeme kararının tek başına temyizi mümkün değildir. Karar ilamlı icraya konu edilebilir.

Davanın kabulü halinde davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir. Hâkim, mahsup işlemi yaptıktan sonra kalan meblağ yönünden bir hüküm kurmalıdır¹⁸. Geçici ödemeler, hükmedilecek tazminattan fazla ise, fazla ödemenin yasal faiziyle birlikte davalıya geri verilmesine şeklinde hüküm kurulmalıdır. Geçici ödemelerin asıl alacağa mı yoksa faiz alacağına mı mahsup edileceğı, TBK'nun 100.maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda uyuşmazlıklar çıkabilir.

¹⁷ Erişir, Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) geçici ödemeye imkan sağlayan bir düzenleme mevcut değilse de doktrin ve uygulamada para alacaklarında ihtiyati tedbir verileceğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Bkz. Erişir, Evrim: Para Alacaklarında ihtiyati Tedbirler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009, s. 250-251.

¹⁸ Bu durumda hüküm kurulurken kısmen ödeme yapılan kısım ile ilgili faiz talep edilebildiği tarihten ödeme tarihine kadar işleyen faiz yönünden aynı davada hüküm kurulup kurulamayacağı sorunu ortaya çıkabilir.

Düzenlemenin amacı gözetildiğinde kısmi ödemenin asıl borca mahsuben yapıldığı kabul edilmelidir.

Davanın reddi halinde hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir. Mahkemenin geri verilmesine karar verilen paraya hangi tarihten faiz işletebileceği konusunda hükümde açıklık yoktur. Ödemenin yapıldığı tarih mi yoksa karar tarihi mi esas alınmalıdır?

Davacıya geçici ödeme kanun hükmü gereği yapılmakta ve davacının haksızlığı karar verildiği tarihte ortaya çıkmaktadır. Bu durumda faizden sözedilmeden geçici ödemenin iadesine şeklinde karar verilmesi yeterli olacaktır.

TBK'nun 114. maddesinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Geçici ödemeleri düzenleyen TBK'nun 76.maddesi hükmünün sözleşmeye dayanan davalarda uygulanıp uygulanmayacağı konusunda uyuşmazlıklar çıkabilir.

XIX- USUL HUKUKU İLE İLGİLİ BAZI HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1-Madde 7

İsmarlanmayan şeyin gönderilmesi

“Madde 7- İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir”

İsmarlanmayan şeyin gönderilmesinin icap (öneri) sayılmayacağı hükme bağlanmıştır. İsmarlanmayan şeyi alan kişi, onu gönderene geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir.

Bu durumda gönderenin başvurulabileceği bir yol var mıdır?

Sözleşme kurulmadığı için gönderen kişi sözleşmeye dayanarak gönderdiğini geri isteyemez¹⁹.

¹⁹ Inceoğlu, Murat-Baçoğlu, Başak: Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, c.2, İstanbul 2010, s. 1011.

Gönderen kişinin genel istihkak davası açması da mümkün değildir. Çünkü hükmün yazılış tarzından mülkiyetin gönderilene geçtiği anlaşılmaktadır²⁰.

İsmarlanmayan şeyi gönderen kimse haksız fiilden kaynaklanan tazminat talebinde bulunması da mümkün değildir²¹.

Gönderene ait olmayıp da üçüncü bir kişiye ait olması ve gönderilen kişinin de üçüncü kişiye ait olduğunu bilmesi hali TBK'nun 7.maddesinde düzenlenmemiştir. Bu durumda mal gönderilen kişinin, malın üçüncü kişiye ait olduğunu bilmesine rağmen mala zarar vermesi veya malı tüketmesi halinde üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğu kabul edilmelidir²².

Gönderilen kişinin gönderilen malı satması halinde gönderen kişinin sebepsiz zenginleşmeye dayanarak talepte bulunup bulunamayacağı hususu da tartışmalıdır²³. Mülkiyetin geçip geçmediğine göre varılacak sonuç farklı olacaktır.

2-Madde 21-25

Türk Borçlar Kanunu'nun 21-125.maddelerinde genel işlem koşulları düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan bu düzenleme TBK'nun getirdiği en önemli yenilik ve değişikliktir.

Genel işlem koşulları TBK'nun 20.maddesinde şöyle tanımlanmıştır:

“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.”

²⁰ İnceoğlu/Başıoğlu, s. 1012, dn 93'de atıf yapılan yazarlar. İnceoğlu/Başıoğlu ise, bu dönemde gönderenin istihkak davası açma hakkı bulunduğu görüşündedir. Bkz. İnceoğlu/Başıoğlu, s. 1014.

²¹ İnceoğlu/Başıoğlu, s.1015.

²² İnceoğlu/Başıoğlu, s.1017.

²³ İnceoğlu/Başıoğlu, s. 1018.

Genel işlem koşullarının denetlenmesi konusunda Türk Borçlar Kanunu'nda yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi öngörülmüştür.

Genel işlem koşullarına muhatap olan kişi kendisine karşı dava açıldığında korunma yöntemlerini savunma sebebi olarak ileri sürebileceği gibi, genel işlem koşulları ile bağlı olmadığını ileri sürerek tespit davası açabilir. Ancak alacağı karar davanın taraflarını bağlar. Bu nedenle genel işlem koşullarına karşı grup davası (topluluk) davası açılıp açılmayacağı konusu gündeme gelebilir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 23.maddesinde Tüketici Derneklerine ve 6762 sayılı TTK'nun 56.maddesinde oda ve borsalara topluluk (grup) davası açma yetkisi verilmiştir.

Genel işlem koşullarından olan bir hükmün kullanılmasının engellenmesi amacıyla yönelik olarak topluluk (grup) davasını dernekler ve diğer tüzel kişiler açabilmelidir. 6100 sayılı HMK'nun 113.maddesinde dernekler ve diğer tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabileceği hükme bağlanmıştır.

Genel işlem koşullarına karşı koruma sağlayan üç metod vardır. Bunlar yürürlük denetimi (TBK.m.21 ve 22), yorum denetimi (TBK. M.23) ve içerik denetimidir. (TBK.m.25). Topluluk davası yoluyla sadece içerik denetimi yapılabilir.

3-Madde 55

“Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır”

Türk Borçlar Kanunu 55.maddesi ile bilirkişi tarafından hesaplanan tazminatın hakkaniyet düşüncesiyle arttırılamayacağı ve azaltılamayacağı belirtilmiştir. Hakkaniyet kavramı adaletin özel ve bireyselleştirilmiş veya somutlaştırılmış şeklini ifade eder. Hakkaniyet somut ve belirgin olayların adaletidir. Daha doğrusu adaletin somut olaylara uygulanmasıdır. Medeni Kanununun 4.maddesinde hakimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceği hükme bağlanmıştır. Bu hükmün amacı hakimin adalete uygun bir karar vermesini sağlamaktır. Hakimin hakkaniyete göre karar vermesiyle sosyal adalet de sağlanmaktadır. Özellikle haksız eylemler ve tazminat hukukunda sosyal adaletin gerçekleşmesi için hakkaniyete uygun karar vermek gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 55.maddesiyle hakimin takdir yetkisi alanına müdahale edilmekte ve adeta hakim yerine bilirkişi geçirilmektedir. Ayrıca bu düzenleme 6100 sayılı HMK'nun 198. maddesinde yer alan hakimin delilleri serbestçe değerlendireceğine ilişkin hükümle de çelişmektedir. TBK'nun 55.maddesindeki anılan düzenleme hâkimin Anayasaya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre karar vereceğini hükme bağlayan Anayasanın 138.maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasanın 90.maddesine göre taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmeler yargı organları tarafından doğrudan uygulama alanı bulurlar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de hakkaniyete uygun yargılamadır. Hâkimin hakkaniyete uygun yargılama yapmasının sonucu hakkaniyete uygun karar vermesidir. TBK'nun 55.maddesindeki düzenleme Anayasanın 90.maddesindeki düzenleme nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

4-Madde 60

V- Sorumluluk Sebeplerinin Çokluğu

1- Sebeplerinin Yarışması

“Bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabilirse hakim, zarar gören aksine istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir”.

TBK'nun 60.maddesinde sorumluluk sebeplerinin yarışması düzenlenmiştir. Bu hüküm 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmamaktadır.

Davacı aynı kişiden bir alacağını veya zararını değişik hukuki sebeplere dayanarak isteyebileceği haller vardır. Bu durumda talep haklarının yarışması söz konusu olur. Sebeplerin yarışması için aynı isteğin kanunda yer alan iki ayrı hükme göre de haklı görülmesi gerekir.

Örneğin sözleşmeden doğan sorumlulukla haksız fiil sorumluluğu aynı olayda birleşebilir. Kiracı kira sözleşmesi uyarınca oturduğu evin duvarlarını tahrip etmişse veya doktor yanlış bir müdahale sonucu hastasının vücut bütünlüğüne zarar vermişse veya taşıma sırasında taşınan mal zarar görmüşse sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu aynı olayda birleşmektedir.

Haksız fiil sorumluluğu olduğu açık olan bazı durumlarda sözleşmeye aykırılıktan sözedebilir. Örneğin tren istasyonunda trene binmek için bekleyen yolcunun üzerine bir eşya düşmesi nedeniyle yaralanması halinde sorumluluğun birleştiği kabul edilebilir.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan talep ile sözleşmeden doğan talebin yarışıp yarışamayacağı da üzerinde durulması gereken önemli bir konudur²⁴. Sözleşmeden doğan talebi ileri sürme imkanı varken sebepsiz zenginleşme şartları gerçekleşmez.

²⁴ Bu konuda bkz. Turanbey, Kürşad Nuri: Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, s.102 vd; Öz Turgut: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 70, 71.

Örneğin satım sözleşmesinde satıcı (A) sözleşme konusu malı (B)'ye teslim etmiş, ancak (B) satış bedelini ödememiştir. (A) satış bedelini BK'nun 182 vd. (TBK m. 207 vd) maddeleri hükümlerine göre B'den talep edebilir.

Sebepsiz zenginleşmede zenginleşmeyi haklı kılan bir hukuki sebebi yoksa zenginleşme haksızdır. Oysa (B) geçerli bir sözleşmeye dayanarak malı elinde tutmaktadır. Sözleşmeye göre malı elinde tutan (B) haksız değildir.

(B) satış bedelini ödemediği için temerrüde düşmüş ve (A) da sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa bu durumda sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olabileceği görüşü ileri sürülmektedir.

Geçersiz sözleşmeye göre verilen paranın tahsili talebinde sebepsiz zenginleşmeye mi yoksa sözleşmeye mi dayanılabileceği konusunda uygulamada tereddütler bulunmaktadır.

- Haksız fiilden doğan tazminat talebi hakkı ile sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı aynı anda gerçekleşmiş olabilir. Hakim görüş bu durumda zarar gören sebeplerden birine dayanabilir. Her ikisine birden dayanamaz.

Haksız fiilden farklı olarak sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olması için kusur şart değildir. Aynı zamanda zarar doğması da şart değildir.

- Vekâletsiz iş görmeden doğan talep hakkı ile sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı yarışabilir. (Gerçek ve gerçek olmayan).

Müdahale kötüniyetli ise hem müdahaleden doğan sebepsiz zenginleşme hem gerçek olmayan sebepsiz zenginleşme gerçekleşir.

TBK'nun 60.maddesine göre hakim zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir. En iyi giderim imkanı, talebi en üst düzeyde karşılayacak hukuki sebep anlamında değil, zamanaşımı, ispat yükünün dağıtılması ve sorumsuzluk

anlaşmalarının geçerliliği konusunda zarar görenin yararına olan hukuki sebep anlamına gelir²⁵.

Hükümde yer alan “zarar gören aksini istemedikçe” ibaresi önemlidir.

Zira zarar gören açıkça haksız fiile dayandığını belirterek tazminat talep etmişse hakim HMK'nun 25.maddesi uyarınca sözleşme ilişkisini göz önünde tutamayacaktır. Sözleşmenin ileri sürülmesi bir hukuki nitelendirme olmayıp somut olayın mahkeme önüne getirilmesidir.

6100 sayılı HMK'nun 25. maddesine göre kanunda öngörülen istisnalar dışında, hakim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Aksi halde 6100 sayılı HMK'nun 36.maddesi uyarınca hakim reddedebilir. Zira anılan hükümde hakimin davada, taraftan birine öğüt vermiş olması ve yol göstermiş bulunması red sebebi olarak kabul edilmiştir.

Açıkça haksız fiile dayanan zarar gören davada sonradan sözleşmeye dayanarak karar verilmesini talep ederse, davalı iddianın genişletildiği savunmasını ileri sürebilir.

Davacı iddianın genişletilmesi savunması karşısında ıslah yoluyla sözleşmeye dayanabilir.

Açıkça haksız fiile dayanan davacı talep hakkının zamanaşımına uğraması ve davalının usulüne uygun zamanaşımı itirazı ile karşılaşması halinde ıslah yoluyla sözleşmeye dayanıp dayanamayacağı sorunu ortaya çıkabilir.

Açıkça haksız fiile dayanan davacı davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra sözleşmeye dayanarak yeni bir dava açabilir mi?

Olayda zararı oluşturan somut olay aynı olduğu için kesin hüküm nedeniyle davanın reddi gerekir. Üstündağ aksi fikirdedir. Yazara göre maddi hukuk normlarının her biri maddi hukuk anlamında ayrı bir talep

²⁵ Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 281.

hakkı sağlar ve bu nedenle sorumlulukların birleşmesi halinde zarar görenin iki talep hakkı vardır²⁶.

Zarar görenin korunma ilkesine aykırı olan “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ibaresinin hükümden çıkarılması uygun olur.

5-Madde 81

c-Geri istenememe

“Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hakim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.”

818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 65.maddesini karşılayan hükmün ikinci cümlesi yenidir.

Hukuka veya ahlaka aykırı bir amaç için yerine getirilen edimlerin iadesi istenemez. Kanun koyucu bu durumda bir tür ceza uygulamış ve hukuka, ahlaka aykırı niyeti cezalandırmak istemiştir. Yeni hükümle hukuka veya ahlaka aykırı edimi alan ve verenlerden birinin cezalandırılması, diğerinin ödüllendirilmesindeki sakıncayı önlemek amacıyla bu düzenlemenin yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu hüküm Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan davalara da uygulanabilecektir. Zira 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 7.maddesinde yer alan genel ahlaka ilişkin kuralların görülmekte olan davalara da uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu düzenlemeden de usul hukukuna ilişkin sorunlar ortaya çıkabilir.

Davanın reddi halinde, dava konusu şeyin Devlete mal edilmesi ile ilgili hükmü hakim nasıl kurmalıdır?

Devlet bu davaya müdahil olabilir mi? Devlet bu kararı temyiz edebilir mi? Taraflar dava konusu şeyin Devlete mal edilmesine ilişkin hükmün hatalı olduğunu ileri sürerek hükmü temyiz edebilir mi?

Örneğin rüşvet olarak verilen TL paranın Devlete mal edilmesine şeklinde bir hükmün infazı nasıl sağlanacak?

²⁶ Üstündağ, Saim: İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 61.

Devlete mal edilmesine karar verilen dava konusu malı davalı elden çıkarmışsa hüküm nasıl infaz edilecek? İİK'nun 24.maddesi bu durumda uygulama yeri bulacak mı?

TBK'nun 81.maddesindeki kural taşınmaz mallar yönünden uygulanabilecek midir? Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için satış vaadi sözleşmesi yapılmışsa veya taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmişse satış vaadi sözleşmesi veya ipoteğin Devlete mal edilmesine nasıl karar verilecektir? Burada “verilen şey” söz konusu olmayıp sadece “verilmesi sözverilenin güvenceye bağlanması” söz konusu olduğundan bu hüküm kapsamına girmez mi diyeceğiz.

Düzenlemeden bu soruların karşılığını bulmak mümkün değildir. Bu nedenle belirtilen konularda hükme açıklık getirilmelidir.

6-Madde 132

B. İbra

“Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır”.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen dar anlamda borcun sona erme sebeplerinden biri olan “İbra” TBK'nun 132.maddesinde düzenlenmiştir. Asıl borç ilişkisi şekle tabi tutulmuş olsa bile ibra herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak davada ispat bakımından 6100 sayılı HMK'nun 200 ve 201.maddeleri hükümleri gözetilecektir.

TBK'nun 420.maddesinde hizmet sözleşmesine bağlı alacaklarda ibra konusu düzenlenmiştir. Ancak hüküm tam ödeme halinde ibranın geçerli olduğunu kabul ederek ibranameye makbuz değeri vermektedir. İbranameyi işçi değil de işveren vermişse TBK'nun 132.maddesi uygulanmalıdır. Hükümde ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunlu kabul edilmiştir. Bankadan yapılmayan ödemeyi yok saymak mümkün olmadığına göre hükmün amacını anlamak zordur.

7-Madde 138

III.Aşırı İfa Güçlüğü

Madde 138-Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme­yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçluda borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.”

TBK'nun 138.maddesine aşırı ifa güçlüğü nedeniyle hakimin sözleşmeye müdahalesi düzenlenmiştir.

Borçlu koşulların bulunması halinde,

-Sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması

-Bu mümkün olmazsa sözleşmeden dönmeyi talep edecektir.

Düzenlemeye göre davacı uyarlanma mümkün olmazsa sözleşmeden dönebilecektir. Sözleşmeden dönme yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle dava yoluyla kullanılması zorunlu değildir. Sözleşmenin yerine getirilmesini isteyen kişinin açtığı davaya karşı davalı sözleşmeden döndüğünü savunma sebebi olarak ileri sürebilecektir. Uygulamada sözleşmenin uyarlanmasını isteme, mümkün olmaması halinde, sözleşmeden aşırı ifa güçlüğü nedeniyle döndüğünün tespitine ilişkin taleplerin terditli olarak ileri sürülebileceğini (HMK.m.111) düşünmekteyiz. Bu nedenle açık bir düzenleme yapılması yerinde olur.

Aşırı ifa güçlüğü­nü hâkim resen gözetemez.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7.maddesine göre aşırı ifa güçlüğü ile ilgili

hükümler kanunun yürürlüğe girdiği sırada derdest olan davalara da uygulanacaktır.

8- Madde 158

E.Davanın Reddinde Ek Süre

“Madde 158-Dava veya def’i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir.”

818 sayılı Borçlar Kanununun, 137.maddesinde öngörülen 60 günlük munzam dava açma süresi zamanaşımı halinde kullanılmaktadır. Bu hüküm yerine kabul edilen 6098 sayılı TBK’nun 158.maddesinde munzam sürenin hak düşürücü sürenin dolması halinde de uygulanabileceği kabul edilmiştir²⁷.

Munzam sürenin hak düşürücü süreye bağlı davalar yönünden uygulanması davacıya, hakkaniyete aykırı sonuçtan kurtulma olanağı verir. Kanunda gösterilen hak düşürücü süre içinde açılan davanın örneğin yargı yolu yönünden reddedilmiş olması halinde, talebi maddi hukuk yönünden de düşmüş saymak hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle yapılan düzenleme isabetlidir.

TBK’nun 158.maddesi ile hak düşürücü sürenin dolması nedeniyle tanınan ek süre yeni bir süre olup, ilk kez kabul edilmiştir. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 5.maddesine göre Türk Borçlar Kanunu ile hak düşürücü süre ilk defa öngörülmüş olup da kanunun yürürlüğe girdiği tarihte bu süre dolmuşsa, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıllık ek süreden yararlanır. Ancak bu ek süre Türk Borçlar Kanunu’nda öngörülen süreden daha uzun olamaz. TBK’nun 158.maddesinde öngörülen ek süre Kanunun yürürlüğünden itibaren 60 gün olarak kabul edilmelidir.

²⁷ İsviçre Federal Mahkemesi munzam sürenin hak düşürücü süreye tabi davalar yönünden de uygulanacağını kabul etmektedir. BGE 89 II, 304 (Kaneti Selim: İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Borçlu Hukuku, C.I, s. 247-250.)

9-Görme Engellilerin (Amaların) İmzası

Görme engeli bulunanlar (âmâ) imza atabilirler. Her iki gözü kör olan kimseler okumak imkânından yoksundurlar. Bu nedenle bir metni imzalarken suistimallere uğrayabilirler.

818 sayılı BK'nun 14.maddesinin 3.fıkrası 5378 sayılı Kanunla 7.7.2005 tarihinde kaldırılmadan önce şöyleydi:

“Âmâların imzaları usulen tasdik olunmadıkça yahut imza ettikleri zaman muamelelerin metnine vakıf oldukları sabit olmadıkça onları ilzam etmez." Bu hükme göre görme engellilerin imzaları iki halde bağlayıcı olacaktır.

Birinci halde, ama tarafından atılan imzanın usulen tasdik edilmiş olmasıdır. Burada sözü geçen tasdik (onaylama) noter tarafından yapılacak ve işlem Noterlik Kanunu'nun 5378 sayılı Kanun'un 23.maddesi ile değiştirilmeden önceki 73.maddesi uyarınca iki tanık huzurunda yapılacaktır.

İkinci halde notere imza tasdiki yaptırılmamış metnin âmâ tarafından bulunduğu karşı tarafça ispat edilmesi halinde âmânın yaptığı işlem geçerli olur ve kendisini bağlar.

818 sayılı BK'nun 14.maddesinin 3.fıkrası ile Noterlik Kanunu'nun 73. ve 75.maddelerinde 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve KHK'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla değişiklik yapılmıştır.

İmza atabilen âmânın durumu NK'nun 73.maddesinde, imza atamayan âmânın durumu ise NK'nun 75/2.maddesinde düzenlenmiştir.

NK'nun 73.maddesine göre noter, işlem için başvuran kişinin ama(görme özürlü) olduğunu anlaması halinde, bu kişinin isteği olursa işlemi iki tanık huzurunda yapacak, talepte bulunmazsa noterde yapılan işlemde iki tanık bulundurulmayacaktır.

İmza atamayan görme engellilerin noterlik işlemlerinde iki tanık bulundurulması zorunludur. Bu durumda görme engellinin isteğine bakılmadan bu işlemin geçerliliği için iki tanık bulundurulması noter tarafından re'sen temin edilecektir.

6098 sayılı TBK 4.2.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir.

6098 sayılı TBK'nun 15.maddesinin 3.fıkrası 818 sayılı BK'nun 14.maddesinin 3.fıkrasına paralel düzenlenmiştir.

Hüküm şöyledir:

"Usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe, görme engellilerin imzaları onları bağlamaz."

6098 sayılı TBK'nun 15.maddesinin 3.fıkrası 6111 sayılı Torba Kanun'la değiştirilmiştir. Son şekli şöyledir:

"Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir". Bu hükme göre görme engelli talep etmediği sürece tanık dinlenmeyecek, el ile attığı imza ve bu imzayı taşıyan sözleşme geçerli kabul edilecektir.

Noterlik Kanunu 73.maddesine göre iki tanık gerekirken, TBK'nun 15/3.'e göre tek tanık yeterli olacaktır.

10-İmza Atamayanların Durumu

Okuma yazma bilmemek, bedensel özür vs. gibi nedenlerden dolayı imza atamayanların durumu 6098 sayılı TBK'nun 16 (818 sayılı BK'nun 15)maddesinde düzenlemiştir.

6098 sayılı TBK'nun 16.maddesi hükmü şöyledir:

"İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla parmak izi, el ile yapılmış işaret ya da mühür kullanabilirler.

Kambiyo senetlerine ilişkin hükümler saklıdır."

Bu hükmün uygulanabilmesi için şu şartların bulunması gerekir.

1. Bedensel özrü ya da okuma yazma bilmemesi nedeniyle kişi, imza atamamalıdır.

Kişinin bedensel özrü yok ya da okuryazar ise imza yerine geçmek üzere bir işaret kullanması mümkün değildir.

2-Bu kişi tarafından parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanılmalıdır.

818 sayılı BK'nun 15.maddesinde parmak izi ve mühür yer almamıştır.

1086 sayılı HUMK'nun 297.maddesinde el ile yapılmış bir işaret veya mühürden söz edilmektedir. HUMK'nun 297.maddesi hükmü şöyledir.

"Bundan başka imza vaz'ına muktedir olmayan veya yazı bilmeyen şahsın heyeti ihtiyariye ve mahallince maruf iki şahıs tarafından tasdik edilmiş ve el ile yapılmış bir işaret veya mühür istimal etmesi caizdir." 818 sayılı BK'nun 15.maddesi ile 1086 sayılı HUMK'nun 297.maddesi arasındaki ilişki doktrin ve uygulamada tartışmalara neden olmuştur²⁸.

6098 sayılı TBK'nun 16.maddesi ile 1086 sayılı HUMK'nun 297 maddesi yerine kabul edilen 6100 sayılı HMK'nun 206.maddesindeki düzenleme arasında nasıl bir ilişki bulunduğu üzerinde durulması gereken önemli bir konudur.

6098 sayılı TBK'nun 16.maddesin de üç kullanma şekli öngörülmüştür.

- Parmak izi (Tapu sicil tüzüğü 18.maddede hüküm vardır. Tanıklar mühür ve parmak izini onaylar).
- El ile yapılmış işaret (bir yıldız, haç veya çarpı işareti olabilir).
- Mühür

El ile yapılmış işaret veya mühür usulüne uygun olarak onaylanmış olmalıdır.

6098 sayılı TBK'nun onaylamanın kimin tarafından yerine getirileceğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Bu tür işlemlerde ayrı bir onay yeri belirtilmemişse onay 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca Noterler tarafından yapılmalıdır.

1086 sayılı HUMK'nun 297.maddesinde öngörülen ihtiyar heyeti ve iki tanık huzurunda işlem yapılması usulü 6100 sayılı HMK'nun 206.maddesi ile kaldırılmıştır.

²⁸ Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C.1, İstanbul 2008, s. 285 vd.

İmza atamayan kişilerle ilgili 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 75.maddesinde de düzenleme bulunmaktadır.

6098 sayılı TBK'nun 16.maddesi hükmü imza atamayanların imza yerine kullanacakları parmak izi, el ile yapılmış işaret veya mührün sadece onaylanması ile yetinirken 6100 sayılı HMK'nun 206.maddesi bu kişilerin yazılı şekle bağlı sözleşmelerinin noterlerce re'sen düzenlenmesi gerektiğini kabul etmiştir.

6098 sayılı TBK'nun 16.maddesinde 818 sayılı BK'nun 15.maddesinde öngörülen resmi şahadetname (senetleme)ye yer verilmemiştir.

Resmi şahadetname ile kastedilen şudur:

İmza atamayan kişi resmi memura(notere) başvuracak ve noterden NK'nun 84.maddesi anlamında düzenleme biçiminde resmi bir senet düzenlemesini isteyecektir.

Bu durumda noterce düzenlenen senette iki unsurun yer olması zorunludur.

- İlgilinin, senette yer alan hususların iradesine uygun olduğu hususunda resmi memura sözlü beyanda bulunduğu hakkında kayıt,
- İlgilinin imza atma iktidarından yoksun bulunduğu noter tarafından tespit edildiğini gösterir kayıt (MK.'nun 535. maddesi resmi vasiyetname ile ilgili özel bir düzenlemedir.)

BK'nun 15.maddesindeki resmi senetlemenin HUMK'nun 297.maddesi ile yürürlükten kaldırıldığına ilişkin görüş ve tartışmalar vardır.

Kocayusufpaşaoğlu, her iki kolu alçıda olan veya iki kolunu kaybetmiş kişilerin işaret koyacak elleri ve basılacak parmağı olmadığı için BK'nun 15.maddesindeki düzenlemenin uygulanabileceğini kabul etmektedir²⁹.

²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 289.

Bir sözleşmenin geçerliliğine ilişkin şartlar maddi hukuka ait kanunlarda düzenlenir. Geçerlilik şartı olan yazılı şeklin ne zaman ve nasıl gerçekleşeceği hususunda kurallar koymak usul kanunlarının yetki alanı dışında kalır³⁰. Usule ilişkin bir kanun, sadece ispat şartı olarak şeklin nasıl gerçekleşeceğini belli edebilir, yoksa yazılı geçerlilik koşuluna ilişkin düzenleme getiremezler.

Bu açıdan bakıldığında okuma yazma bilmeyen veya imza atma iktidarından yoksun olan kişilerin alacağın temlikini, kefalet sözleşmesini, miras payının devri sözleşmesini, yayın sözleşmesini, taşınmaz tellallığı sözleşmesini (BK. m. 404/son) parmak izi, noterce noterlerce önceden onaylanmış olan el ile yapılmış işaret ya da mühür kullanmak suretiyle adi yazılı şekilde yapabilmeleri gerekir.

HMK'nun 206. maddesinde belirtilen kişilerle ilgili hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi için noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulması gerektiği hükme bağlanmıştır. İmza atamayanların adı yazılı şekilde yapmış oldukları sözleşmeler geçerlidir. Ancak imza atamayan kişiler belgelerin usul hukuku açısından senet niteliğini kazanmasını istemeleri halinde 6100 sayılı HMK'nun 206.maddesine göre resmi şekilde yapmaları gerekir.

6100 sayılı HMK'nun 206.maddesi 6098 sayılı TBK'nun 16.maddesi hükmünü değiştirmemiş ve yürürlükten kaldırmamıştır.

Hukuki işlem, belli bir hukuki sonuç (bir hakkın veya hukuki ilişkinin doğumu, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasını) meydana getirmeye yönelmiş bir irade beyanıdır. Bu irade beyanı tek taraflı olabileceği gibi (örneğin borç ikrarı) iki taraflı (sözleşmeler veya çok taraflı (örneğin kararlar) olabilir. Maddede hukuki işlemden söz edildiği için hukuki sonuç doğurmayan ikrar madde kapsamında kabul edilemez³¹.

Geçerlilik şartı olarak öngörülen şeklin amaçlarından biri de ispatı kolaylaştırmaktır. Geçerlilik şartını yerine getiren tarafların bir de ispat

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 286

³¹ Kocayusufpaşaoğlu, s.275.

şartının yerine getirmek üzere ikinci bir senet düzenlemeleri hiçbir şekilde onlardan istenemez ve beklenemez.

Şekli geçerlilik şartı olarak düzenleyen kanun koyucunun ispat şartı olan şekilden daha azı ile yetinmiş olması beklenemez. Tam tersine bu konuda en az ispat şartı olan senetler kadar, hatta belki de daha titiz davranmış olması asıldır. Bu ilkenin tersi geçerli değildir. Yani ispat şartı olan senetler için yeterli gördüğü şekil şartlarının gerçekleşmiş bulunması, mutlaka bu senedin geçerlilik şartı olan şekli de gerçekleştirdiği anlamına gelmez.

11-Madde 227

“7. Alıcının seçimlik hakları

a. Genel olarak

MADDE 227- *Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hâllerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:*

- 1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.*
- 2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.*
- 3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.*
- 4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.*

Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.

Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir.

Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir.”

Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hallerde alıcı, TBK'nun 227.maddesinde düzenlenen seçimlik haklardan birini kullanabilir. Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek uğradığı zararı tamamen gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.

Alıcının satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme hakkı yenilik doğuran bir haktır. Alıcının dönme hakkını kullanması halinde durum bunu haklı göstermiyorsa hakim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir (4.fıkra). Görüldüğü gibi alıcının sözleşmeden dönme hakkını serbestçe kullanma hakkı engellenmiş ve hakime takdir hakkı verilmiştir³². Ancak hakimin takdir hakkı onarıma veya semen tenziline ilişkindir. Hakimin ayıplı olan malın ayıpsız ile değiştirilmesine karar verme yetkisi bulunmamaktadır.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Türkiye tarafından kabul edilmiş ve 7 Nisan 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anlaşmaya göre ayıplı mal teslimi halinde alıcı, cins borçlarında ikame mal teslimi isteyebileceği gibi (CISG m.46), malın cins veya parça borcu olmasına bakılmaksızın malın onarımını da (CIG m.46) isteyebilir. Ayrıca ikame mal talep etme hakkı ve onarımı talep etme hakkının ileri sürülmesi mümkün değilse alıcı, sözleşmeden dönebilir veya semenin tenzilini isteyebilir³³.

TBK'nun 227.maddesinin 4.fıkrasındaki düzenleme 6100 sayılı HMK'nun 26.maddesi açısından önemlidir. HMK'nun 26.maddesine göre hakim tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (1.fıkra). Ancak hakimin tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır (2.fıkra). TBK'nun 227.maddesinin 4.fıkrasındaki düzenleme HMK'nun 26.maddesinin 2.fıkrasında saklı tutulan kanun hükümlerinden biridir. Hakim talep olmadan başka bir şeye hükmedebilecektir.

³² Atamer, Yeşim: Taşınır Satım Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s. 230.

³³ Zeytin, Zafer: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuk, Ankara 2011, s. 168, 169.

TBK'nun 227.maddesinin son fıkrasına göre satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir. Burada seçim hakkı borçluda değil alacaklıda olduğu için seçimlik dava sözkonusu olmaz (HMK.m.112).

12-Madde 403

c. İşin Sonucundan Pay Alma

“MADDE 403- Sözleşmeyle işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kârdan belli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu pay, yasal hükümler veya genellikle kabul edilmiş ticari esaslar göz önünde tutularak belirlenir.

İşçiye belli bir pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde, payın hesaplanmasında uyusulamazsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemesine sunmak; kârdan bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, işveren işçiye, istemi üzerine ayrıca yıl sonu kâr zarar cetvelini vermek zorundadır.”

Hizmet sözleşmesinde işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kardan belli bir pay verilmesi kararlaştırılabilir. Payın hesaplanmasında uyumsuzluk çıkarsa işveren, işçi ile birlikte kararlaştırdıkları ya da hakimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemeye sunmak zorundadır. Burada belirtilen bilirkişiye başvurunun dava açılmadan önce yapılacağı anlaşılmaktadır. Tarafların anlaşığı veya mahkemece seçilen bu kişinin tarafsız olması gerekir.

Bu kişilerin işçinin payını hesaplayarak verdiği raporların hukuken bağlayıcılığı ne olacaktır? Bu rapora itiraz edilebilecek midir? Bu raporun iptali için dava açılabilir mi? Bu rapor zamanaşımını kesecek midir?

Düzenlemeden bu soruların cevaplarına bulmak mümkün değildir. 6102 sayılı TTK'nun 343.maddesinde şirkete konulan aynı sermayenin değer tespitinde mahkemece alınan rapora kurucuların, işlem denetçisinin ve menfaat sahiplerinin itiraz edebileceği, mahkemenin onayladığı

bilirkişi kararının kesin olduğu belirtilmiştir. Acaba TBK'nun 403.maddesinde de böyle bir düzenleme mi yapılmak isteniyor? Hükümün gerekçesinde düzenleme yapılırken İsviçre Borçlar Kanunu'nun 322. maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir. İsviçre'de bu düzenlemeyi tamamlayan başka hükümler olup olmadığı konusunda açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle hüküm yürürlüğe girmeden usul hukuku bakımından sorun olacak konulara açıklık getirilmelidir.

Diğer taraftan işçi paranın tahsili için doğrudan mahkemeye başvurması halinde mahkemenin taraflara tarafsız bir kişi seçmesi için süre vermesi, verilen sürede seçim yapılamaması halinde mahkemenin kendisinin seçtiği bilirkişiden rapor alması gerekir. Gerek işçi ve işverenin birlikte seçtiği kişinin gerekse mahkemenin seçtiği kişinin raporunun mahkemeyi bağlayıp bağlamadığı, bu rapora itiraz edilip edilemeyeceği konularında da uyuşmazlık çıkması mümkündür. Kanun koyucunun rapora itirazın mümkün olup olmadığını açıkça düzenlemesi, mahkemenin onayladığı raporun tarafları bağlayıp bağlamadığı konularında düzenleme yapması gerekir.

Bilirkişinin davadan önce düzenlediği raporun ilamlı takibe konu edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Çünkü burada 6762 sayılı TTK'nun 1213.maddesinde düzenlenen tasdik edilen dispeççi raporunun ilam niteliğinde belge olduğuna ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bilirkişi tarafından düzenlenen bu rapor ilamsız icra takibine konu edilebilir. İtiraz halinde açılan itirazın iptali davasında koşulları varsa alacak likid olduğundan davacı alacaklı lehine icra inkar tazminatına hükmedilebilir.

Ayrıca işçi bilirkişi raporu almadan payına düşen alacağın tahsili için belirsiz alacak davası (HMK.m107) açabilir. Bilirkişinin tespitinden sonra davacı, alacak miktarını iddianın genişletilmesi itirazıyla karşılaşmadan ve ıslah yoluna başvurmadan artırabilir.

İşçi ve işveren birlikte seçtikleri tarafsız kişi veya mahkemenin seçtiği kişinin rapor düzenlemesinden sonra raporda tespit edilen payı için kısmi dava açamaz (HMK.m.119/2).

Gazetecilerin kardan pay alma hakkı 5953 sayılı Kanun'un 14/son maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre gazeteciler, her hizmet yılında işverenin sağladığı karın emeklerine düşen nispi karşılığı olarak asgari birer aylık ücret tutarında ikramiye alırlar. Gazeteciler yönünden bu özel düzenleme uygulanır.

13-Madde 404

d. Aracılık Ücreti

“MADDE 404- İşçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin istem hakkı doğar.

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.

İşçinin 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 erer. Sadece kısmi ifa hâlinde, ücretten orantılı olarak indirim yapılır.

Sözleşmeyle işçiye, kendisine ödenecek aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü getirilmemişse, işveren işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için, bu ücrete tabi işlemleri de içeren yazılı hesap vermekle yükümlüdür.

Hesabı gözden geçirme ihtiyacı ortaya çıkarsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri onun incelemesine sunmak zorundadır.”

İşçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında ücret ödeneceği kararlaştırılmış olabilir. İşçi, işlemin işverenle üçüncü kişi arasında geçerli olarak kurulmasıyla ücrete hak kazanır. İşçiye aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü getirilmemişse, işveren ücretin muaccel olduğu her

dönem için, bu ücrete tabi işlemleri de içeren yazılı hesap vermekle yükümlüdür. Hesabın gözden geçirilmesi ihtiyacı ortaya çıkarsa işveren işçiye veya işveren ile işçinin birlikte kararlaştırdıkları bilirkişiye (işten anlayan tarafsız kişiye) ya da hakimın atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağı oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemeye sunmak zorundadır (son fıkra).

İşçi ve işverenin birlikte kararlaştırdıkları veya hakimın atadığı bilirkişinin yaptığı inceleme üzerine vardığı sonucun bağlayıcılığı konusunda hükümde açıklık bulunmamaktadır. İşçinin aracılık ücreti ile ilgili olarak işverene karşı açtığı davada bu rapor hakimi bağlayıp bağlamadığı konusuna gerekçede de değinilmemiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 322 ve 322 c maddeleri esas alınarak yapıldığı belirtilen düzenlemenin usul hukuku bakımından uygulamada sorun yaratacağı düşüncesindeyim.

14-Madde 504

C. Hükümleri

I. Vekâletin Kapsamı

“MADDE 504- Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir.

Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar.

Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, başışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.”

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 388.maddesini karşılayan yeni hükümde bazı farklılıklar bulunmaktadır. Özellikle hükümde yer alan iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez ve kefil olamaz ibareleri yenidir Bu düzenleme ile özel yetkinin kapsamı genişletilmiştir. Davaya vekalette özel yetki verilmesini gerektiren haller 6100 sayılı HMK'nun 74.maddesinde düzenlenmiştir. TBK'nun 504.maddesindeki ve HMK'nun 74.maddesindeki düzenleme davaya vekaletin özelliğinden kaynaklanan haller hariç olmak üzere benzemektedir.

15-Madde 551

B. Ticari Vekil

“MADDE 551- Ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir.

Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar. Ancak, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez.”

Ticari vekile açıkça yetki verilmemişse vekil olduğu işletme adına dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez. İşletmeyi temsil yetkisi bulunmayan kişiler işletme ile ilgili dava açamaz ve işletmenin taraf olduğu bir davayı takip edemez.

Ticari mümessilin işletme sahibi adına dava açıp açamayacağı konusunda farklı görüşler³⁴ bulunmakta ise de Yargıtay ticari mümessillerin davada aktif ve pasif husumet ehliyetine sahip olduğunu kabul etmektedir³⁵.

16-Madde 585

C. İçeriği

I. Türlerine Göre

1. Adi Kefalet

“MADDE 585- Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefilî takip edemez; ancak, aşağıdaki hâllerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir:

- 1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması.*
- 2. Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi.*

³⁴ Konu ile ilgili görüşler için bkz. Kırca, İsmail: Ticari Mümessillik, Ankara 1996, s. 109-110.

³⁵ 11.HD. 24.1.1986, 7416/161 (Kırca, s.110); HGK 15.1.1964, TD/55 (ABD, 1964, sa.4, s. 423).

3. Borçlunun iflasına karar verilmesi.

4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması.

Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz.

Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir.”

Adi kefalette alacaklı asıl borçluya karşı alacağını ileri sürmeden kefile karşı talepte bulunamaz. Alacaklı asıl borçluya başvurmadan kefile başvurursa kefil asıl borçluyu takip etmesi gerektiğini ileri sürebilir. Buna tartışma defii veya peşin dava defii denir.

818 sayılı BK.’nın 486/2.maddesine göre alacaklının alacağı kefaletten önce veya aynı zamanda rehinle temin edilmişse adi kefil alacaklıya karşı önce rehnin paraya çevrilmesi definde bulunabilir. 6098 sayılı TBK’nun 585.maddesinde adi kefalet düzenlenmiştir.

Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefil takip edemez. Ancak bunun istisnaları vardır.

Bu istisnalar şunlardır:

- Borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz vesikası alınması (İİK.m.105/1, İİK.m.143, m.251).
- Borçlu aleyhine Türkiye’de takibin imkansız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi (BK.486’da güçleşme yoktur).
- Borçlunun iflasına karar verilmesi
- Borçluya konkordato mehli verilmesi

Adi kefalette kefil olacak için sözleşme sırasında veya daha önce rehin verilmişse önce rehlin paraya çevrilmesini isteyebilir. Ancak bunun yukarıdaki ilk iki istisnada isteyebilir, son istisnalar da isteyemez.

Maddenin son fıkrası açığa kefaletle ilgilidir. Açığa kefalet halinde ilk iki halde veya konkordatonun kesinleşmesi halinde alacaklı doğrudan adi kefile başvurabilir.

Burada belirtilen konkordatonun kesinleşmesi ile neyin kastedildiği açık değildir. Mahkemece konkordatonun tasdikine karar verilmiş ve bu karar kesinleşmişse anılan hüküm uygulama alanı bulur.

17-Madde 586

2. Müteselsil Kefalet

“MADDE 586- Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilini takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.

Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağına önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehlin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.”

818 sayılı BK.'nun 487.maddesinde müteselsil kefalet düzenlenmiştir. Müteselsil kefalette kefilin borcunun tali nitelikte olup olmadığı konusundaki tartışmalara girmiyoruz. Bu tür kefalette alacaklı asıl borçluya başvurmadan doğrudan kefile başvurabilir. Müteselsil kefalet 6098 sayılı TBK'nun 586.maddesinde düzenlenmiştir. Kanunda yer alan "müşterek müteselsil koşulu" ibaresine yeni hükümde yer verilmeyerek bu konudaki tartışmaların ortadan kaldırılması isabetli olmuştur.

TBK'nun 586.maddesindeki en önemli yenilik alacaklı borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden öncede müteselsil kefile başvurabilecek, ancak bunun için alacaklının borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu veya ifada gecikme bulunduğunu ve ihtarın sonuçsuz kaldığını ispat etmesi gerekir.

Alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehniyle teminat altına alınmışsa rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvuramaz. Ancak bu kuralın istisnalarına da aynı maddede yer verilmiştir.

1-Alacağın rehinli takip sonucu karşılanamayacağını, önceden hakimın belirlemesi gerekir. Ancak hangi hakim yapacak, sulh mü, asliye mi, yetkili mahkeme hangisi olacak, bu iş nizasız kaza işi mi olacak yoksa kefil veya borçlunun taraf gösterilmesi mi gerekecek belli değildir.

Tespitte ne kadarının rehin ile karşılanabildiği, ne kadarının karşılanamadığı belirtilmelidir. Bu belirtilen kısım ile ilgili mi müteselsil kefil aleyhine takibe geçileceği konusunda da açıklık bulunmamaktadır.

İİK.'nun 150/f maddesi muvakkat rehin açığı belgesini düzenlemiştir. Hükme göre "alacaklının satış talebinden sonra takdir edilen ve kesinleşen kıymete göre merhunun alacağı karşılanamayacağı anlaşılırsa, alacaklının talebi üzerine kendisine açık miktar için bir muvakkat rehlin açığı belgesi verilir". Alacaklı teslimine bağlı taşınır rehnine konu malla ilgili böyle bir muvakkat rehin açığı belgesi alması halinde adi kefile başvurabilmelidir. Zira burada mahkemenin tespit ile ilgili düzenlemeye paralel bir durum bulunmaktadır.

MK.'nun 940.maddesine göre sicile kayıtlı menkul malla ilgili rehin şerhi geçerli olup taşınır rehni kurulması için yeterlidir.TBK'nun 586/2. maddesinde teslimine bağlı taşınır rehininden söz ettiğinden kara taşıt araçları hem teslimine bağlı hem de sicile şerh verilerek rehnedilebileceğinden bu konuda tartışmalar çıkması mümkündür.

2-Asıl borçlunun iflası da istisnalardan biridir. Bunun için iflasın açılması yeterlidir.

3-Konkordato mehli de istisnalardan biridir. İcra mahkemesince borçluya konkordato mühleti verilmesi yeterlidir.

Hükümde yer almamasına rağmen iflasın ertelenmesi asıl borçlunun yerleşim yerinin yabancı bir ülkeye taşınması ve ülke içinde takibinin imkansız veya güç hale gelmesi durumlarında kefilin takip edilip edilemeyeceği uygulamada tartışmalara neden olabilecektir.

18-Madde 590

b. Kefilin Takibi

“MADDE 590- Borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz.

Bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir.

Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar.

Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir.”

Borçlunun iflası ile ipotekle temin edilmiş alacak hariç tüm borçlar muaccel hale gelir (İİK.m.195). Borçlunun iflası ile müeccel bir borç muaccel hale gelse bile müeccel (vadesi gelmemiş) borca kefil olana karşı alacaklı takip yapamaz ve dava açamaz.

Alacaklı kefil aleyhine takibe geçtikten sonra kefil, aynı güvence karşılığında rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordatonun tasdiki kararına kadar hakimden takibin durdurulmasını talep edebilir. Aynı güvence dendiğine göre kefil şahsi güvenceler örneğin kefil göstererek veya banka teminat mektubu vererek takibin durdurulmasını isteyemez. Borçlu alacaklı tarafından haciz konulan malı güvence olarak gösterirse

güvencesinin yeterli olup olmadığını hakim takdir edecektir. Hükümde belirtilen hakimın icra hakimi mi yoksa hukuk hakimi mi olacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır. İhtiyati haczin teminat karşılığında kaldırılması talebi takibe geçilmemişse hukuk hakiminden, takibe geçilmişse icra hakiminden istenebilir (İİK.m.266). İhtiyati tedbirlerin teminat karşılığı kaldırılması ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeden istenebilir (HMK.m.395/1). Dava açıldıktan sonra ise davaya bakan mahkemeden istenebilir (HMK.m.390/1).

Kefil aynı güvence karşılığında takibi durdurabilecektir. Takibe geçildikten sonra takibi durdurma talebinin takibin yapıldığı yerdeki icra mahkemesine yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Takibin durdurulmasından sonra alacaklı takibe devam etme hakkını elde ederse icra takibine mi devam edecek yoksa aynı güvencenin paraya çevrilmesi için yeni bir takip mi başlatacaktır? Hükümde bu konuda açıklık bulunmamaktadır. Alacaklının takibe devam etmek konusunda veya yeni takip yapma konusunda seçimlik yetkiye sahip olduğu kabul edilmektedir³⁶.

Kefilin aynı güvence yerine banka teminat mektubu vermesini alacaklı kabul etmişse mahkemece takibin durdurulmasına karar verilmelidir. Hükümde belirtilen aynı güvence alacaklıyı korumaya yönelik bir düzenlemedir. Bu nedenle alacaklının kabul ettiği banka teminat mektubunu mahkemenin kabul etmeyerek takibin durdurulması talebini reddetmemesi gerekir.

19-Madde 634

b. Ortaklık Payının Tasfiyesi

“MADDE 634- Bir ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payı, diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçer.

Diğer ortaklar, ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağa, kullanımını ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle yükümlü oldukları gibi, kendisini ortaklığın muaccel borçlarından doğan müteselsil sorumluluktan kurtararak, ortak sıfatının sona erdiği

³⁶ Özen, Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 79.

tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı ödenmesi gereken tasfiye payını ödemekle yükümlüdürler. Ortaklığın henüz muaccel olmayan borçları için diğer ortaklar, çıkan veya çıkarılan ortağı borçtan kurtarmak yerine, kendisine bir güvence verebilirler.

Çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payı, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, mali işlerde uzman bir kişiye hesaplatılır. Tarafların uzman kişi üzerinde anlaşamamaları durumunda bu kişi, hâkim tarafından atanır.”

Bir ortağın adi ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payı, diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçer. Çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payının nasıl hesaplanacağı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Tasfiye payı, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, mali işlerde uzman bir kişiye hesaplatılır. Taraflar uzman kişi üzerinde anlaşamamaları durumunda bu kişiyi hâkim atayacaktır.

Çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payını hesaplayan mali işlerde uzman kişinin yaptığı hesaplamayı taraflar kabul ederek tasfiye payı ödenirse sorun kalmaz. Ancak tarafların seçtiği veya hakimin atadığı uzman kişinin yaptığı hesaplamayı taraflar kabul etmezse hesaplama ile ilgili raporun değerinin ne olacağı belli değildir. Ayrıca bu rapora itiraz edilip edilemeyeceği, raporun iptalinin istenip istenemeyeceği, raporun zamanaşımını kesip kesmeyeceği konularında da açıklık bulunmamaktadır. Kanun yürürlüğe girmeden bu konularda düzenleme yapılması gerekir.

20-Madde 309

V. Üçüncü Kişinin İleri Sürdüğü Haklar Sebebiyle Sorumluluk

1. Zapttan Sorumluluk

“MADDE 309- Bir üçüncü kişinin kiralananda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi durumunda kiraya veren, kiracının bildiri üzerine davayı üstlenmek ve kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlüdür.”

TBK'nun 309.maddesinde üçüncü kişinin ileri sürdüğü haklar nedeniyle kiraya verenin zapttan sorumluluğu düzenlenmiştir. Üçüncü

kişinin kiralananda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi durumunda kiraya veren, kiracının bildirim üzerine davayı üstlenecek ve kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Maddede yer alan “davayı üstlenmek” usul hukukunda kullanılan bir ibare değildir.

Davayı üstlenmek, üçüncü kişinin iddiasının kiracının haklarını ihlal etmesi halinde kiralayanın davaya müdahale edip kiracının yenire geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmesi (TBK.m.215) anlamına gelebileceği gibi, üçüncü şahsın iddialarına son vermek için üçüncü kişiye dava açma yükümlülüğü anlamına da gelebilir.

Kiralayan bu yollardan birine başvurarak üçüncü kişiye karşı davayı açarak veya açılmış davayı yürüterek kiracıyı zapta karşı koruyabilir.

21-İçtihadı Birleştirme Kararlarının Durumu

818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana Kanunla ilgili birçok içtihadı birleştirme kararı çıkmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükteyken çıkarılan içtihadı birleştirme kararlarının geçerliliği konusunda tereddütler oluşabilir.

İçtihadı birleştirme konusu yapılan durum 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmişse artık yeni hüküm uygulanacaktır. Örneğin kefalet sözleşmesinin geçerliliği TBK'nun 583.maddesi ile yeniden düzenlendiğinden 12.4.1944 tarih ve 1943-14/13 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı artık uygulanmayacaktır. Kira sözleşmesinde yeni kira döneminde kiranın tespiti konusunda TBK'nun 344.maddesinde yeni düzenleme yapıldığından 18.11.1964 tarih ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uygulanmayacaktır.

İçtihadı birleştirme kararı yapılan durumla ilgili 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yeni bir düzenleme yapılmamışsa 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde çıkarılan içtihadı birleştirme kararları geçerliliklerini koruyacaktır. Örneğin taşınmaz satışlarının resmi şekilde yapılmaması halinde geçersiz olduğunu düzenleyen TBK'nun 237.maddesinde 30.9.1988 tarih ve 87-2/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına konu durumla ilgili düzenleme yapılmadığından bu İBK. geçerliliğini

koruyacaktır. Başlangıçta geçersiz olan sözleşmede alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim etmesi halinde şekle aykırılığın ileri sürülmesi MK'nun 2.maddesine aykırı bulunacaktır.

