

SON DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU İLE BORÇLAR KANUNU İLİŞKİSİ

Prof. Dr. Seyithan Deliduman *

A- GİRİŞ

Medeni usul hukuku (hukuk muhakemeleri usulü hukuku; medeni yargılama hukuku), adliye (hukuk) mahkemelerinin özel hukuk alanındaki bütün yargısal faaliyetlerini düzenleyen hukuk dalıdır (Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, 2011, s. 57).

Medeni usul hukuku, hukuk mahkemeleri önünde, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların yargılamasıyla ilgili, yazılı veya yazılı olmayan tüm kural-ları kapsamaktadır. Bu bakımdan da medeni usul hukuku, uyuşmazlık çözüm yöntemlerini ve bu konudaki en klasik çözüm yöntemi olan mahkemelerin işleyişi ile mahkeme ve taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuk dalı olarak da tanımlanabilir (Pekcanitez/Özekes/Atalay, Medeni Usul Hukuku Ders kitabı, Yetkin Yayınları, 11. Bası, 2011 s. 49). Bu tanım daha çok uyuşmazlık yani çekişmeli yargı işleri için uygun bir tanımdır. Ancak medeni usul hukukunun gerek çekişmeli gerekse çekişmesiz yargı faaliyetlerini düzenlediği malumdur.

Medeni usul hukuku alanına giren yargısal faaliyetler, özel hukuktan kaynaklanır. Bu yargısal faaliyetler ise özel hukuku düzenleyen başta medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku ve iş hukuku olmak üzere, özel hukuk ilişkilerini düzenleyen özel kanunlardan doğmaktadır. Öte yandan bu alanlardaki kanunlarda (Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu, İş Kanunu vb.), sadece maddi hukuk kuralları değil, aynı zamanda yargılama

* Yalova Üniv. Hukuk Fakültesi Dekanı,

Marmara Üniv. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (seyithandeliduman@hotmail.com).

hukukuna yani usul hukukuna ilişkin hükümler de yer almaktadır. Bu hükümler, zaman zaman medeni yargılama hukukunun temel kaynağı olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümlerin önüne geçmekte ya da buradaki hükümlere ilaveler getirmektedir. Bazen de HMK'daki düzenlemenin kaynağı, maddi hukuktaki düzenlemeler olmaktadır. İşte bu çerçevede, Borçlar Kanunu'nda yer alan ve medeni yargılama hukukunu ilgilendiren hükümler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bu incelemede 818 sayılı Borçlar Kanunu eski BK, 6098 sayılı Borçlar Kanunu ise yeni BK olarak kullanılacaktır.

B- HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU İLE BORÇLAR KANUNU İLİŞKİSİ

1- Zamanaşımının Kesilmesi

a) Dava açılmasının maddi hukuk bakımından sonuçlarından biri, dava açılması ile zamanaşımının kesilmesidir (eski BK m. 133/2; **yeni BK m. 154/I, b. 2).**

“D. Zamanaşımının kesilmesi

I. Sebepleri

MADDE 154- *Aşağıdaki durumlarda zamanaşımı kesilir:*

1. Borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse.

2. Alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa.”

Öte yandan davanın açıldığı mahkeme, yapacağı inceleme sonucunda görevsiz olduğu kanısına varırsa, görevsizlik kararı verir. Mahkeme, görevsizlik kararında (kanısına göre) görevli mahkemeyi bildirerek dava dosyasının görevli olan mahkemeye gönderilmesine karar vermekle yetinir; dava dosyasını kendiliğinden görevli mahkemeye gönderemez. Bunun üzerine davacı iki haftalık süre içinde, görevsizlik kararını veren mahkemeye başvurmak suretiyle davanın görevli mahkemeye gönderilmesini talep edebilirler (HMK m. 20/1, c. 1). Ancak bu süre içinde başvuru yapılmaz ise mahkemece, (görevsiz mahkemede açılmış olan) davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 20/1, c. 2). Buna göre, **görevsiz mahkemede dava açılması ile meydana gelen zamanaşımının kesilmesi sonucu da, HMK'nın yukarıda zikredilen hükmü gereğince davanın açılmamış**

sayılması ile hükümsüz hale gelecektir.

b) Ancak, dava konusu hakkın, alacağın muaccel olduğu tarih ile görevsiz mahkemede açılan davanın, HMK m. 20/1, c. 2 gereğince açılmamış sayıldığı tarih arasında zamanaşımı süresi bitmiş yani alacak zamanaşımına uğramış bulunursa, davacı **altmış günlük ek** (munzam) süre içinde davasını yeniden açabilir (eski BK m. 137; **yeni BK m. 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.”*

Yeni BK m. 158’deki altmış günlük ek süre, HMK m. 20/1’deki iki haftalık sürenin bitmesinden (yani görevsizlik kararının kesinleştiği tarihten itibaren iki haftalık sürenin geçmesinden) sonra işlemeye başlayacaktır.

c) Dava açılması ile kesilmiş olan zamanaşımı dava süresince iki tarafın yargılama ile ilgili her işleminden ve hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlar (eski BK m. 136/1; **yeni BK m. 157/1**).

Zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine yahut bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilirse diğerlerine karşı da kesilmiş olur (eski BK m. 141 vd.; **yeni BK m. 155/1**).

Kısmi dava halinde ise zaman aşımı sadece dava edilen kısım için kesilir.

“II. Birlikte borçlulara etkisi

MADDE 155- *Zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur.*

Zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur.

Zamanaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz.

III. Yeni sürenin başlaması

1. Borcun ikrar edilmesi veya karara bağlanması hâlinde

MADDE 156- *Zamanaşımının kesilmesiyle, yeni bir süre işlemeye*

başlar.

Borç bir senetle ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış ise, yeni süre her zaman on yıldır.

2. Alacaklının fiili hâlinde

MADDE 157- *Bir dava veya def'i yoluyla kesilmiş olan zamanaşımı, dava süresince tarafların yargılamaya ilişkin her işleminden veya hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlar.*

Zamanaşımı, icra takibiyle kesilmişse, alacağın takibine ilişkin her işlemden sonra yeniden işlemeye başlar.

Zamanaşımı, iflas masasına başvurma sebebiyle kesilmişse, iflasa ilişkin hükümlere göre alacağın yeniden istenmesi imkânının doğumundan itibaren yeniden işlemeye başlar.”

d) Daha kısa zaman aşımına tabi olan bir borç bir hüküm ile tespit edilirse yeni zaman aşımı süresi 10 yıla çıkar (eski BK m. 135; yeni BK m. 156/2).

“III. Yeni sürenin başlaması

1. Borcun ikrar edilmesi veya karara bağlanması hâlinde

MADDE 156- *Zamanaşımının kesilmesiyle, yeni bir süre işlemeye başlar.*

Borç bir senetle ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış ise, yeni süre her zaman on yıldır.”

2- Sözleşmeden Doğan Davalarda Yetki (HMK m. 10):

Genel yetkili mahkeme, davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yerindeki mahkemedir (HMK m. 6/1). Öte yandan HMK m. 10 sözleşmeden doğan davalar için özel yetki kuralı koymuştur. Buradaki sözleşmeden anlaşılması gereken, malvarlığı hakkı olan borçlar hukukuna ilişkin sözleşmelerdir. Bunlar örneğin; satış, hizmet, kira, eser, vekâlet, ödünç vb. sözleşmelerdir. HMK'nın özel yetkiye ilişkin bu hükmüne göre; **sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda, sözleşmemin ifa edileceği (yani yerine getirileceği, icra edileceği) yer mahkemesinde de dava açılabilir. Ancak HMK'da sözleşmenin ifa edileceği yeri tespitiye yönelik bir hüküm bulunmamaktadır.** Sözleşmenin ifa edileceği yer borçlar hukuku çerçevesinde tespit edilecektir. Bu hususta hem eski (BK m. 73) hem yeni BK'da hüküm bulunmaktadır.

Yeni BK m. 89 şöyledir:

“B. İfa yeri

MADDE 89- *Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, aşağıdaki hükümler uygulanır;*

- 1. Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,*
 - 2. Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,*
 - 3. Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde,*
- ifa edilir.*

Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.”

Bu hükme göre;

* sözleşmenin ifa edileceği yer, ilk önce tarafların açık veya zımni isteğine göre belirlenir. Bu yer belli ise, dava o yerdeki mahkemede de açılabilir.

** tarafların sözleşmenin yerine getirileceği yer hakkındaki açık veya zımni iradelerinin anlaşılmadığı hallerde;

- para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ödenir. Bu durumda, alacaklı, para borcunun ödenmesi için kendi yerleşim yerinde de alacak davası açabilir.

- parça borçları ise, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusu nerede bulunur ise orada ifa edilebilir. Buna göre davacı, parça borcundan kaynaklı alacağını sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yer mahkemesinde de dava edebilir.

- bunların dışındaki borçlar ise, doğdukları sırada borçlunun yerleşim yerinde ifa edilir. Böyle bir borcun ifa edilmemesi halinde, davacı alacağını borçlunun yerleşim yeri mahkemesinde dava konusu yapabilecektir.

3- Haksız Fiilden Doğan Davalarda Yetki (HMK m. 16)

“A. Sorumluluk

I. Genel olarak

MADDE 49- *Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

Yeni BK’nın bu hükmü (eski BK m. 41 gibi) bir kişinin haksız fiilinden sorumluluğunu ortaya koymakta olup zarar gören zararın tazminatının giderilmesini talep edebilir. Zarar gören dava açmak durumunda kalır ise genel yetkili mahkemenin yanında HMK m.16’daki özel yetki hükmüne göre de başka yer mahkemelerinde de dava açabilir. Buna göre **haksız fiilden (yeni BK m. 49 vd.) doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde de dava açılabilir (HMK m. 16).**

HMK m.7/1’e göre ise birden fazla davalının bulunması halinde dava bunlardan birinin yerleşim yerinde açılabilir. Ancak dava sebebine göre kanunda davalıların tamamının hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmiş ise davaya o yer mahkemesinde bakılır. Bu hükme göre; haksız fiil birden fazla kişi tarafından işlenmiş ise bu kişilere karşı birlikte açılacak tazminat davası ortak yetkili mahkeme olan haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde görülür.

4- Borçlar Kanunu’ndaki Özel Yetki Kuralları

Borçlar Kanunu’ndaki özel yetki hükümleri daha çok çekişmesiz yargı işleri (HMK m. 382) içindir. Örneğin malın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması (eski BK m. 426; **yeni BK m. 542).**

“4. Malın açık artırmayla satılması

MADDE 542- *Komisyoncuya verilen malın satılamaması veya satış emrinden cayılması durumunda vekâlet veren, malı geri almakta ya da o malla ilgili başka işlem yapmakta aşırı ölçüde gecikirse komisyoncu, **malı bulunduğu yer mahkemesinden karar alarak açık artırmayla sattırabilir.** Ancak, mal borsada kayıtlıysa veya piyasa fiyatı varsa ya da yapılacak masrafa oranla değeri azsa, hâkim satışın başka bir yolla yapılmasına da karar*

verebilir.

Malın bulunduğu yerde vekâlet veren ya da temsilcisi hazır bulunmazsa, satış kararı vekâlet veren dinlenmeksizin de verilebilir.

Malın hızla değer kaybetmesi hâli dışında, artırmanın yer ve zamanının mahkemece vekâlet verene bildirilmesi zorunludur.

6. Satılanın başka yerden gönderilmesi

MADDE 226- *Başka yerden gönderilen satılanın ayıplı olduğunu ileri süren alıcı, bulunduğu yerde satıcının temsilcisi yoksa, satılanın korunması için gerekli önlemleri geçici olarak almakla yükümlüdür. Alıcı, ayıplı olduğunu ileri sürdüğü satılanın korunması için gerekli önlemleri almaksızın onu satıcıya geri gönderemez.*

Alıcı, satılanın durumunu gecikmeksizin usulüne göre tespit ettirmekle yükümlüdür. Bunu yaptırmazsa, ileri sürdüğü ayıbın, satılanın kendisine ulaştığı zamanda var olduğunu ispat yükü alıcıya düşer.

*Satılanın kısa zamanda bozulma tehlikesi varsa, alıcı **onu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığıyla** sattırmaya yetkili, hatta satıcının yararı gerektiriyorsa sattırmakla yükümlüdür. Alıcı, durumu satıcıya en kısa zamanda bildirmezse, bundan doğan zarardan sorumlu olur.”*

Dolayısıyla bu Borçlar Kanunu’ndaki yetkiye ilişkin bu özel düzenlemeye istinaden HMK. m. 6 hükmünün yanında çekişmeli yargı işi için malın bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir.

5-Yetki sözleşmesi

Tacir veya kamu tüzel kişisi olması şartı ile tarafların, belli bir uyuşması için kanunen aslında yetkili olmayan bir mahkemeyi yetkili kılmak için yaptıkları sözleşmeye yetki sözleşmesi denir (HMK m.17). Bu sözleşme usul hukuku sözleşmesi olmakla öncelikle HMK’daki hükümlere (m.17-18) bunlar dışında ise sözleşme olması dolayısıyla da Borçlar Kanunu’nun hükümlerine tabidir. Örneğin yazılı şekil ve irade sakatlığı hakkında Borçlar Kanunu’nun hükümleri uygulanır (eski BK m. 12 vd. , 23 vd. ; **yeni BK m. 12 vd. , 30 vd.**) . Yazılı şekil yetki sözleşmesi için geçerlilik şartıdır (HMK m. 18/2; eski BK m. 11/2; yeni **BK m. 12/2**).

“B. Sözleşmelerin şekli

I. Genel kural

MADDE 12- Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.

Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”

Yazılı yetki şartı ile ilgili yazılı şartının kapsamı, unsurları, imza, imza yerine geçen işaretlere ilişkin olarak yeni BK m. 13-16 hükümleri geçerli olacaktır.

Yetki sözleşmesine ilişkin irade sakatlıkları ise yine Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirilebilir yeni BK m. 30-39 hükümleri yetki sözleşmesiyle bağlı olmak istemeyen tarafın başvuracağı hükümlerdir.

6- Vekile Özel Yetki Verilmesini Gerektiren Haller

Vekilin bazı işlemleri yapabilmesi için kendisine verilmiş olan dava vekâletnamesinde özel bir yetkinin bulunması gerekir. Örneğin sulh olmak ve tahkim sözleşmesi yapmak, vekilin başkasını tevkil edebilmesi gibi (karş. HMK m. 74). Bu hususlarda aynı zamanda hem eski hem de yeni BK da paralel düzenlemeler söz konusudur (eski BK m.388/3, 390/3; **yeni BK m. 504 ve 506**). Ancak mevcut duruma ek olarak yeni BK m. 504’de özel vekâleti gerektiren durumların kapsamı genişletilmiştir.

“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, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.”

7- Davaya Vekâletin Sona Ermesi

a. Vekilin istifası

Vekilin vekâletten çekilmesi ile davadaki vekillik görevi son bulur (AK m. 41; HMK m. 81-82; eski BK m. 34 ve 396; **yeni BK m. 512**).

“D. Sona ermesi

I. Sebepleri

1. Tek taraflı sona erdirmeye

MADDE 512- Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

b. Vekilin azli

Vekilin müvekkil tarafından azledilmesi ile davadaki vekâlet sona erer (AK m. 41; HMK m. 81-82; eski BK m. 34 ve 396; **yeni BK m. 512**).

c. Ölüm, ehliyetin kaybedilmesi ve iflas

Vekilin (avukatın) ölümü, meslekten çıkarılması veya işten çıkarılması yahut geçici olarak iş yapamaz duruma gelmesi, işten yasaklanması hallerinde de vekâlet görevi son bulur. Aynı şekilde müvekkilin ölümü halinde vekâlet sona erer (eski BK m. 35/1 ve 397/1; **yeni BK m. 513**). Vekilin veya müvekkilin iflası halinde de vekâlet son bulur (eski BK m. 35 ve 397; **yeni BK m. 513**). Ayrıca vekilin veya müvekkilin medeni hakları kulanma (fiil) ehliyetini kaybetmesi halinde de vekâlet son bulur (eski BK m. 35 ve 397; **yeni BK m. 513**).

“2. Ölüm, ehliyetin kaybedilmesi ve iflas

MADDE 513- Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır.

Vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür.”

8- Kısmi dava

Hukukumuzda kısmi dava açmak mümkündür. HMK m. 109'a göre talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda sadece bir kısmı da dava yolu ile ileri sürülebilir. Aynı şekilde borçlar hukuku bakımından da alacaklının alacağının bir kısmını talep etmesine (dava etmesine) bir engel yoktur (eski BK m. 68, **yeni BK m. 84**).

9- Maddi hukuka dayanan savunma vasıtaları

Davalının maddi hukuka dayanan savunma vasıtaları def'iler ve itirazlardır.

Özel bazı hukuki sebeplerle, taraflardan birisine, karşı tarafın talebini yerine getirmekten kaçınabilme imkânı veren savunma yoluna def'i denir.

* Def'ilere örnekler: zamanaşımı def'i (eski BK m. 140; **yeni BK m. 161**); karşılık borcun yerine getirilmediği (ödemezlik def'i) (eski BK m. 81; **yeni BK m. 97**); satış bedelinin indirilmesi def'i (eski BK m.202, 207/2; **yeni BK m.231**); bağışlayanın def'i (eski BK m. 245; **yeni BK m. 296**); borç verenin def'i (eski BK m. 310; **yeni BK m. 390**); kefilin tartışma def'i (eski BK m. 486; **yeni BK m. 585**).

“H. İleri sürülmesi

MADDE 161- *Zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hâkim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz.*”

İtirazlar ise bir hakkın doğumuna engel olan veya o hakkı sona erdiren vakıalardır. Örneğin sözleşmenin taraflarından birinin fiil ehliyetinin bulunmaması (TMK m. 9), sözleşmenin kanuni şekilde (eski BK m. 11 vd.; **yeni BK m. 12 vd. yazılı** şekil şartı gibi) yapılmamış olması; borcun ödenmiş olduğu itirazı gibi.

Bir vakıanın def'i veya itiraz olup olmadığının bilinmesi özellikle usul hukukunda (davada) çok önemlidir. Çünkü hâkim itiraz hallerini kendiliğinden dikkate alması gerekirken, def'ileri açıkça ileri sürülmemiş olması halinde dikkate alamaz.

10- Sonradan Doğan Savunma Sebeplerinin İleri Sürülmesi

Dava devam ederken davalıya (eski BK m. 118; **yeni BK m. 143**; **ayrıca karş. yeni BK m. 144**) takas talep etme imkanı gelirse davalı, davalının açık muvafakati ile bağlı olmaksızın, dava sırasında takas ileri süre-

bilir.

“II. Hükümleri

MADDE 143- *Takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Bu durumda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer.*

Cari hesapla ilgili ticarete ilişkin özel teamüller saklıdır.”

Bazı alacaklar bakımından ise, ancak, alacaklının açık muvafakatiyle takas ileri sürülebilir.

“III. Alacaklının rızasıyla takas edilebilir alacaklar

MADDE 144- *Aşağıdaki alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir:*

1. *Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.*
2. *Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.*
3. *Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar.”*

11- İspat Yükü

a) İspat yükünün kanunla belirlendiği haller

Bazı hallerde bir vakıayı kimin (davalı, davacı) ispat etmesi gerektiği yani ispat yükü, özel bir kanun hükmü ile belirlenmiş olabilir. Kanun bu halleri saklı tutmuştur (MK m.6; HMK m.190/1). İşte bu hallerde ispat yükünün genel kurala göre kime düştüğünü araştırmaya ihtiyaç yoktur. Zira ispat yükü özel kanun hükümlerinde yazılı olan kimselere düşer. Bu özel kanun hükümlerinin bir kısmı da Borçlar Kanunu’nda yer alır. Örneğin;

*** Haksız fiilde** zararı ispat etmek davacıya düşer (eski BK m. 42; **ye-ni BK m. 50**).

“II. Zararın ve kusurun ispatı

MADDE 50- *Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.*

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”

**** Adam çalıştırmanın (istihdam edenin) sorumluluktan** kurtulabilmesi bakımından, zararın meydana gelmemesi için hal ve maslahatın gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiği veya dikkat ve özeni göstermiş olsa bile zararın ortaya çıkmasına engel olamayacağını ispat etmesi gerekir (eski BK m. 55; **yeni BK m. 66/2**).

“II. Özen sorumluluğu

1. Adam çalıştırmanın sorumluluğu

MADDE 66- *Adam çalıştırarak, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*

Adam çalıştırarak, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştırarak, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştırarak, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”

***** Hayvan sahibi (bulunduran),** zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu tutulmaz (eski BK m. 56; **yeni BK m. 67/2**).

“2. Hayvan bulunduranın sorumluluğu

a. Giderim yükümlülüğü

MADDE 67- *Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*

Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.”

******** Borçlu, ancak temerrüde düşmekte kurusu olmadığını veya bor-

cunu zamanında yerine getirmiş olsa bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir (**yeni BK m. 119/2**). Sözleşmeyi yerine getirmeyen borçlunun, bundan doğan zararı ödemekten kurtulabilmesi için, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmesi gerekir (eski BK m. 96).

“b. Beklenmedik hâlden sorumluluk

MADDE 119- *Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur.*

Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.”

***** Cezai şartta (ceza koşulu), alacaklının uğradığı zararın kararlaştırılan cezai şart tutarını aşması halinde, borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek alacaklıya düşer (eski BK m. 159/2; **yeni BK m. 180/2**).

“2. Ceza ile zarar arasındaki ilişki

MADDE 180- *Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*

Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı istemez.”

b) Kesin kanuni karineler

Bazı kanuni karineler kesindir ve karşı taraf bunların aksini ispat edemez (HMK m. 190/2). Başka bir ifade ile, bu karinelerin aksinin ispatı caiz değildir. Bu karinelerden Borçlar Kanunu’nda yer alanlar ise şöyledir.

* Rızası fesada uğrayan kimse, bir yıl içinde sözleşmeyi feshetmezse sözleşmeye onay (icazet) vermiş sayılır (eski BK m. 31; **yeni BK m. 39/1**). Bu kimse bir yıllık hak düşürücü süreyi geçirirse, bundan sonra gerçek iradesinin icazet verme olmadığını ispat edemez.

“IV. İrade bozukluğunun giderilmesi

MADDE 39- *Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak **bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi***

onamış sayılır.

Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.”

**** Faiz veya kira bedeli gibi dönemsel edimlerden biri için, alacaklı tarafından çekince belirtilmeksizin (ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin) makbuz verilmişse, önceki dönemlere ait edimler de ifa edilmiş sayılır (eski BK m. 88; yeni BK m. 104/1).**

“2. Hükümleri

MADDE 104- *Faiz veya kira bedeli gibi dönemsel edimlerden biri için, alacaklı tarafından çekince belirtilmeksizin makbuz verilmişse, önceki dönemlere ait edimler de ifa edilmiş sayılır.*

Alacaklı anaparanın tamamı için makbuz vermişse, faizlerini de almış olduğu kabul edilir.

Borç senedi borçluya geri verilmişse, borç sona ermiş sayılır.”

12- İkrar

İkrar eden, kural olarak ikrarından dönemez. Yani ikrarı ile bağlıdır. Ancak, ikrar eden, ikrarının maddi bir hatadan (eski BK m. 23; yeni BK m. 31/1, b. 5) doğduğunu ispat ederek ikrarından dönebilir (HMK m. 188/2). Dolayısıyla ikrardan dönememenin istisnası, ikrarın maddi hatadan kaynaklanması halidir. Bu hata (yanılma) ise borçlar hukukuna göre tespit edilecektir.

“2. Yanılma hâlleri

a. Açıklamada yanılma

MADDE 31- *Özellikle aşağıda sayılan yanılma hâlleri esastır:*

1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa.

2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa.

3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa.

4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa.

5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa.

Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir.”

13- Senet ve Belge

Medeni usul hukukunda senet bir kesin delil, yani ispat şeklidir. Bu durum, bir hukuki işlemin geçerlilik şartı olan yazılı şekil (eski BK m. 11 vd.; yeni BK m. 12 vd.) ile karıştırılmamalıdır. Bir hukuki işlemin, özellikle sözleşmelerin geçerli olması için kural olarak yazılı şekilde yapılması şart değildir. Buna karşılık, şekle tabi hukuki işlem, kanunun öngördüğü yazılı şekilde yapılmamış ise geçerli değildir (sıhhat şartı). Böyle bir hukuki işlemin varlığı, kesin delil ile ispat edilemez. Örneğin:

* Kefalet sözleşmesi, yazılı şekle tabidir (eski BK m. 484; **yeni BK m. 583/1**). Kanunen şahit dinlenmesi caiz olan kardeşler arasında (HMK m. 203/1, b. a) vaki olsa bile, yazılı şekilde yapılmadıkça kefalet gerçek ve mu-teber değildir.

“II. Şekil

MADDE 583- *Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefi-lin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifa-deyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.*

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşul-larına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm do-ğurmaz”

** Resmi bir makam veya memurun katılması olmaksızın düzenlenen senetlere adi (özel) senetler denir. Adi senet, genellikle taraflarca düzenlenir. Fakat taraflar, senedi bir başkasına yazdırarak altını imza etmekle yetinebi-

lirler. Usulüne uygun güvenli elektronik imza ile oluşturulan veriler de, adi senet hükmündedir (HMK m. 205/2). Özellikle yazılılık şartı bakımından, güvenli elektronik imzanın elle atılan imza yerine geçtiği Borçlar Kanunu'nda da düzenlenmiştir (eski BK m. 13-14; yeni BK m. 14-16).

“b. Unsurları

MADDE 14- *Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.*

Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.

c. İmza

MADDE 15- *İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.*

İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır.

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

d. İmza yerine geçen işaretler

MADDE 16- *İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler.*

Kambiyo senetlerine ilişkin hükümler saklıdır.”

*** Senedin (belgenin) sahte olmadığına ilişkin olarak verilen kararın kesinleşmesinden sonra söz konusu senet hakkında ceza mahkemesinde sahtelik iddiası dinlenmez (HMK m. 214/1). Yani hukuk mahkemesinin kararı (kesinleşmesi şartı ile) ceza mahkemesi bakımından da bağlayıcıdır (karşı. eski BK m. 53; **yeni BK m. 74**). Öte yandan ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi halinde, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesi etkilenebilir (HMK m. 214/2).

14- Kanundaki İspat Sınırından Fazla Hukuki İşlemlerin Senetle İspatı Zorunludur (HMK m.200/1)

* Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, ertelenmesi, yenilenmesi, ikrar ve itfası amacı ile yapılan işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değeri bugün için 2500 TL'yi geçtiği takdirde senetle ispat olunması zorunludur (HMK m.200/1). Senetle ispat zorunluluğu hukuki işlemler için zorunlu olup, hukuki fiiller bakımından senetle ispata olanak ve gerek yoktur. Yani hukuki fiiller tanık (takdiri deliller) ile ispat edilebilir. Örneğin; HMK m. 200/1 hükmündeki miktardan (2500 TL) fazla bir para ödücü sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, emanet (vedia) sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, adi şirket (ortaklık) sözleşmesi gibi paraya ilişkin borçlar hukuku sözleşmelerinin senetle ispat edilmesi gerekir tanıkla ispatı mümkün değildir.

** Buna karşılık hukuki işlemlerde hata, hile, cebir ve ikrah iddiaları (eski BK m. 23 vd.; **yeni Bk m. 30 vd.**) ile aşırı yararlanma (gabin) (eski BK m. 21; **yeni BK m. 28**) hali hukuki işlemin değer veya miktarına bakılmaksızın tanıkla ispat edilebilir (HMK m. 203/1, b.ç). Zira bu iddiaların senede bağlanmasında maddi imkânsızlık vardır ve tanıkla ispatı doğaldır.

*** Bunun gibi, haksız fiil (eski BK m. 41 vd.; **yeni BK m. 49 vd.**) bir hukuki işlem olmadığından ve haksız fiilden doğan tazminat alacakları için senet almak imkansız olduğundan alacağın senetle ispat zorunluluğu söz konusu değildir.

**** Yazılı bir sözleşmenin tarafları o sözleşmeye ilişkin muvazaa (eski BK m. 18; **yeni BK m. 19**) iddialarını ancak yazılı (kesin) delille ispat edebilir, tanık ile ispat edemez (HMK m. 201). Buna karşılık üçüncü kişiler tarafı olmadıkları bir sözleşmeyi muvazaalı olduğunu tanıkla ispat edebilirler (HMK m. 203/1, b.d). Ayrıca mirasçı ise miras bırakanın halefi olarak değil de yalnız kendi hakkına (mahfuz) hissesine dayanmakta ise muvazaa tanıkla ispat edebilir.

15- Bilirkişi İncelemesini Gerektiren Haller

Çözümü hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulur (HMK m. 266). Bazı hallerde ise kanun bilirkişiye başvurulması gerektiğini açıkça öngörmüştür. Bu hallerde hâkim bilirkişiye başvurması zorunludur. Borçlar Kanunu'nda bilirkişiye başvurma zorunlu olduğu hallere örnek olarak şunlar gösterilebilir;

Hayvan alım satımında hayvanın ayıplı olduğunun bilirkişi raporu ile tespiti gerekir (eski BK m. 199; **yeni BK m. 224**).

“b. Hayvan satışında

MADDE 224- Hayvan satışında satıcının sorumlu olacağı süre yazılı olarak belirlenmemiş ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse satıcı, ancak ayıbın devrin yapıldığı veya alıcının devralmada temerrüdünün gerçekleştiği günden başlayarak dokuz gün içinde kendisine bildirilmesi ve ayrıca, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin aynı süre içinde yetkili makamdan istenmesi hâlinde sorumlu olur.”

16- İhtiyari Dava Arkadaşlığı

İhtiyari dava arkadaşlığının mümkün olduğu haller HMK m. 57’de belirtilmiştir.

* A bendi hükmüne göre, davacılar veya davalılar arasında dava konusu hak veya borcun el birliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması halinde ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olabilir. Örneğin ;

- Müteselsil alacaklılar (eski BK m. 148; **yeni BK m. 169**) borçluya karşı birlikte dava açabilirler. Aynı şekilde alacaklı da müteselsil borçlulara yahut borçlulardan bazılarına karşı alacak davası açabilir (eski BK m. 142; **yeni BK m. 163**). Bu hallerde gerek alacaklılar gerekse borçlular arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur.

“B. Müteselsil alacaklılık

MADDE 169- Müteselsil alacaklılık, borçlunun, alacaklılardan her birine borcun tamamını isteme hakkını tanıdığı veya kanunun belirlediği durumlarda doğar.

Borçlu, alacaklılardan birine yaptığı ifayla, bütün alacaklılara karşı borcundan kurtulmuş olur.

Alacaklılardan birinin icraya veya mahkemeye başvurmuş olduğu kendisine bildirilmedikçe, borçlu onlardan dilediği birine ifada bulunabilir.

Aksi kararlaştırılmadıkça veya alacaklılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, alacaklılardan her birinin edim üzerindeki hakları eşittir.

Kendisine düşen paydan fazlasını elde eden alacaklı, bu fazlalığı payını alamamış olan diğer alacaklılara ödemekle yükümlüdür.

II. Dış ilişki

1. Hükümleri

a. Borçluların sorumluluğu

MADDE 163- *Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir.*

Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder.”

- Adi şirket ortakları şirketin para borçlarından müteselsil sorumlu olduklarından (eski BK m. 534; **yeni BK m. 638**) birden fazla ortağa karşı alacak davası açılması halinde davalı ortaklar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur.

“II. Temsilin sonuçları

MADDE 638- *Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.*

Ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki payı üzerinde kullanabilirler.

Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.”

* B bendine göre ortak bir işlemde hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendiliğinden bir şekilde yükümlülük altına girmeleri halinde yine ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur.

* C bendine göre davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması halinde yine ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır. Örneğin; bir haksız fiil nedeniyle sözleşme ve haksız fiile göre sorumlu olan birlikte dava açılabilir (eski Bk m. 50; **yeni BK m. 61**).

“2. Müteselsil sorumluluk

a. Dış ilişkide

MADDE 61- Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.”

17- Davaya Müdahale

Bir dava sonucunda verilen hüküm, kural olarak, o davanın tarafları hakkında maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder (HMK m. 303), fakat üçüncü kişiler hakkında kesin hüküm teşkil etmez. Ancak bazı hallerde, bir dava sonucunda verilen hüküm, bir üçüncü kişinin hukuki durumunu da dolaylı olarak etkileyebilir. Bu hallerde üçüncü kişinin o davaya katılmasında (müdahale etmesinde) hukuki yararı vardır. Üçüncü kişi, davaya, taraflardan birinin yanında ve onun yardımcısı olarak katılırsa bunu sağlayan müessese-ye ferî müdahale denir. Örneğin; B (alıcı), C’den (satıcıdan) bir taşınır mal satın almıştır. A (üçüncü kişi) bu malın kendisine ait olduğunu iddia ederek kendisine teslim edilmesi için B’ye karşı bir dava açmıştır. B’nin bu davayı kaybetmesi halinde C, B’ye karşı zapttan dolayı sorumlu olacaktır (eski BK m. 189; **yeni BK m. 214**). Bu durumda aleyhine dava açılan B, C’nin dava da yanında yer alması için davayı C’ye ihbar edebilir (**yeni BK m. 215**) veya doğrudan C’nin yanında fer’î müdahil olarak davaya katılabilir.

“II. Zapttan sorumluluk

1. Konusu

MADDE 214- Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur.

Alıcı, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiyse satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmaz.

Satıcı, üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama konusunda yapılmış olan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

2. Yargılama usulü

a. Davanın bildirimi

MADDE 215- Satılanın elinden alınması tehlikesi ile karşılaşan alıcı, kendisine karşı açılan davayı satıcıya bildirdiği zaman satıcı, durumun ger-

eğine 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.”

18- Davadan Feragat- Davayı Kabul- Sulh

Davadan feragat, davayı kabul ve sulh, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder (HMK m. 303). Davacının feragat beyanı, davalının davayı kabul beyanı ve her iki tarafın sulh kararları üzerine, mahkemece henüz davadan feragatte, davanın kabulüne veya sulhe karar verilmemiş olsa bile, feragat, kabul ve sulhten dönülemez. Yani taraflar bu iradeleri ile bağlı kalacaklardır. Fakat diğer maddi hukuk işlemlerinde olduğu gibi hata, hile, korkutma (eski BK m. 23 vd.; **yeni BK m. 30 vd.**) yani irade fesadı hallerinde, gerek feragat, gerek kabulün, gerekse de sulhun feshi için dava açabilir (HMK m. 311). Gabin (aşırı yararlanma, eski BK m. 21; **yeni BK m. 28**) halinde de, sulhun iptali istenebilir (HMK m. 315/2).

“III. Aşırı yararlanma

MADDE 28- *Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından ve ya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.*

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.”

19- Dava Konusunun Devri

HMK m. 125/2’ e göre, davacı, dava sırasında (yargılama esnasında)

dava konusunu bir başkasına (üçüncü kişiye) devrederse, dava konusunu devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder. Bu husus eski ve yeni Borçlar Kanunu'nda da bu sonucu doğuracak hükümler mevcuttur. Eski BK m. 162 ile **yeni BK m. 183** benzer şekilde düzenlenmiştir.

“A. Koşulları

I. İradi devir

1. Genel olarak

MADDE 183- *Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.*

Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez.”

20- İhtiyati Tedbirler

İhtiyati tedbir talep edenin, bu talepte bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır ise yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılırsa, karşı taraf veya üçüncü kişiler, haksız ihtiyati tedbir nedeni ile uğradıkları zararın ödenmesini, tedbir koydurmuş olan taraftan ayrı bir tazminat davası ile isteyebilirler (HMK m. 399/1). Haksız olarak ihtiyati tedbir koydurmuş olanın sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğuna (eski BK m. 41 vd.; **yeni BK. m. 49 vd**) çok benzer. Bu nedenle kural olarak haksız fiil hakkındaki hükümlere tabidir. Ancak bir farkla; buradaki sorumluluk kusursuz sorumluluk hali olup, tazminata hükmedilebilmesi için ihtiyati tedbir koyduranın kusurlu olması aranmaz.

Öte yandan haksız ihtiyati tedbirden dolayı tazminat davası, haksız fiillerde olduğu gibi (eski BK m. 60; **karş. yeni BK m. 72**) zamanaşımına tabidir. Bu zaman aşımı eski BK'ya göre 1 yıl iken yeni BK'da bu süre 2 yıla çıkartılmıştır. Bu sürenin başlangıcı, esas hükmün kesinleştiği veya ihtiyati tedbir kararının kalktığı tarihtir (HMK m. 393/3).

“C. Zamanaşımı

I. Kural

MADDE 72- *Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yü-*

kümlüsünü öğrendiği tarihten **başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın** geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.”

21- Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine (davasına) Etkisi

Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesine (davasına) etkisi, hukukumuzda Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir (karş. eski BK m. 53; **yeni BK m. 74**).

“D. Yargılama

I. Ceza hukuku ile ilişkisinde

MADDE 74- Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.”

22- Vekalet Ücretine İlişkin Sözleşme

Bu ücret sözleşmesi, vekil ile müvekkil arasında yapılır ve borçlar hukukunun sözleşme serbestisi hakkındaki hükümlerine tabidir (eski BK. m. 19; **yeni BK m. 26**). Bazı hususlarda Avukatlık Kanunu’nun getirdiği bir takım sınırlamalar mevcuttur.

“I. Sözleşme özgürlüğü

MADDE 26- Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”

23- Çekişmesiz Yargı İşleri

HMK m. 382/2’de çekişmesiz yargı işleri, bazı özel hukuk alanları itibariyle teker teker sayılmış olup bu işlerde genel görevli mahkeme, aksine

bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir (HMK m. 384). Söz konusu fıkranın d bendinde borçlar hukuku alanındaki çekişmesiz yargı işleri sayılmıştır. Söz konusu hükme göre borçlar hukukundaki çekişmesiz yargı işleri şunlardır:

d) Borçlar hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:

- 1) Yetkisi sona eren temsilcinin temsil belgesini mahkemeye teslimi.
- 2) Borçluya ifa veya teminat göstermesi için süre verilmesi.
- 3) Tevdi mahalli belirlenmesi veya tevdi edilemeyecek eşyanın satılması.
- 4) Alacaklısı ihtilaflı olan borcun mahkemeye tevdi.
- 5) Ayıplı hayvanın bilirkişi tarafından muayenesi.
- 6) Mesafeli satımlarda ayıbın tespiti veya ayıplı malın satılmasına izin verilmesi.
- 7) İşçiye kârdan hisse verilmesini öngören iş sözleşmesinde, mahkemenin işverenin hesaplarını inceleyecek bir kişi tayin etmesi.
- 8) Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olup olmadığının bilirkişiye tespit ettirilmesi.
- 9) Satılmak için komisyoncuya gönderilen eşyanın hasarının tespiti.
- 10) Komisyoncu elindeki malın açık artırma ile satışına izin verilmesi.

24- Hâkimin Hukuki Sorumluluğu ve Tazminat Davası

Hâkimler, yürüttükleri yargılama faaliyeti ve verdikleri kararlardan dolayı kural olarak sorumlu değildirler. Fakat HMK m. 46'da sınırlı sayıda belirtilmiş olan hallerde devlet aleyhine tazminat davası açılabilir. Devlet aleyhine açılacak bu tazminat davası, haksız fiilden (eski BK m. 41 vd.; **yeni BK. m. 49 vd**) dolayı tazminat davasına çok benzer. Bu nedenle bu tazminat davası, haksız fiillerde olduğu gibi (eski BK m. 60; **karş. yeni BK m.72**) zamanaşımına tabidir. Bu zaman aşımı eski BK'ya göre 1 yıl iken yeni BK'da bu süre 2 yıl çıkarılmıştır.

Öte yandan devlet ödediği tazminat nedeniyle sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu edebilir (HMK m. 46/3).

25- Tahkim Sözleşmesi (Hakem Sözleşmesi)

* Tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Taraflar tahkim sözleşmesi ile aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurmayı yani hakeme gitmeyi kararlaştırabilirler. Tahkim sözleşmesi, aslında Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Tarafların tahkim yargılamasını yapacak hakemler ile akdedecekleri sözleşmeye ise hakem sözleşmesi adı verilir. Sözleşme hakemin kabulü ile meydana gelir ve hakem, hakemliği kabul edince, artık sözleşme gereğince bizzat (eski BK m. 390/III; **yeni BK m. 506**) yapmak zorundadır. Hakem sözleşmesini iyi bir şekilde yerine getirmeyen hakem, ayrıca sorumludur (eski BK m. 321; **yeni BK m. 396**).

* Tahkim sözleşmesi yapılamayacağına ilişkin olarak **yeni BK m. 262**'de özel bir hüküm bulunmaktadır.

“6. Yetkili mahkeme ve tahkim

MADDE 262- *Yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz”.*

