

SATICININ ZAPTA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU BAKIMINDAN 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 216. MADDESİ NASIL OKUNMALIDIR?

M. Fadıl YILDIRIM*

ÖZET:

1 Temmuz 2012'den itibaren yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kullanılan dil ve yapılan çeviri yanlışlıklarının düzeltilmesi gibi şekil bakımından; genel işlem şartları kurumuna yer verme, kefalette kefilin, kirada kiracının konumunun iyileştirilmesinde olduğu gibi içerik bakımından önemli yenilikleri ihtiva etmektedir. Ancak bunun yanında, gerek benimsenen kanunlaştırma yönteminde müzakere edilmemesinin yarattığı mahzurlar gerek yapılması gereken düzenlemeler bakımından eleştirilerden de kurtulamamıştır.

Kaynak Kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metni yerine Almanca metnin 6098 sayılı Kanunun yapımında esas alınması suretiyle birçok çeviri yanlışlığı düzeltilmiştir. Ancak kanaatimize satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen 216. maddenin anlaşılması konusunda tereddütler tamamen giderilememiştir. Bu çalışma söz konusu hükmün anlaşılmasında bir katkı sağlama amacıyla kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Satıcının Sorumluluğu, Zapta Karşı Tekeffül, TBK. m. 216

HOW TO READ ART.216 OF LAWNO.6098 TURKISH CODE OF OBLIGATIONS BY MEAN'S OF SELLER'S LIABILITY OF QUIET ENJOYMENT?

ABSTRACT:

Law No. 6098 Turkish Code of Obligations, which has been come into effect as from 1 July 2012, contains formal renewals such as fixing language and translation errors as well as significant content renewals such as featuring general terms and conditions, improving situations of bailsman in contract of bailment and renter in rental agreement. But furthermore, the code cannot escape from critics for both omissions to discussions because of adopted method of codification and to regulate due matters.

Instead of French text, German text of Swiss Code of Obligations, which is reference code for Law No. 6098 Turkish Code of Obligations, is rested and thus many translation errors are fixed. However in our opinion, doubts cannot be dispelled completely for understanding Article 216 regulating seller's responsibility for quiet

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi

enjoyment. This study has been written out to contribute to the understanding of above called article.

Keywords: *Seller's Liability, Art.216 of Law No:6098, Quiet Enjoyment*

GİRİŞ

Satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu, satıcının sattığı satım konusunun zilyetliğini devir ve mülkiyetini sağlama borcunun bir tamamlayıcı olmak üzere hem 818 sayılı Borçlar Kanununda hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer bulmuştur. Zapta karşı tekeffül borcu, satıcının sattığı ve teslim ettiği satım konusu üzerinde üçüncü bir kişinin üstün hakkının bulunması sebebiyle zapt edilmesi sonucu ortaya çıkan bir sorumluluktur. Kanun koyucu yalnızca mülkiyetin alıcıya sağlanması ile yetinmemiş, ayrıca bunun tartışmasız olmasını da istemiştir.

Kanun koyucuların genel olarak ifa yükümlülüğü ve ifa etmemenin sonuçlarının yanı sıra ayrıca zapta karşı tekeffül sorumluluğunu düzenlemeleri, alıcının kendisini malik addetmekte kendisine duyduğu güvenin korunmasıdır. Gerçekten de geçerli olarak kurulduğuna güvenilen ve fakat geçerli olarak kurulmamış bir sözleşmeye duyulan güven; ifa edilmemiş ve fakat ifa edileceğine dair duyulan güven ve görünüşte ifa edilmiş ancak ifanın görünüşte gerçekleştiğinin sonradan anlaşılması ile yaşanabilecek olumsuz durumlar ve özellikle alıcının çeşitli ithamlara maruz kalabilme (hırsız olduğu vs. şeklinde) tehlikesi, özel bir düzenleme yapmanın gerekçeleri arasında sayılabilir. Söz konusu hükümlerin genel olarak ifa engellerini düzenleyen hükümler karşısındaki (TBK. m. 112 vd.) konumu tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce hak sahibi bu hükümlere seçimlik bir biçimde dayanabilir¹.

Satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun doğumu için kanunen aranan şartlardan biri olan “zaptın gerçekleşmesi” olgusu, mahkeme kararına bağlı olarak gerçekleşen zapt ve bir mahkeme kararına bağlı olmaksızın gerçekleşen zapt olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Kanun koyucu mağdur edilen alıcıyı mahkemelerin uzun süren yargılamalarına maruz bırakıp mağduriyetini daha fazla artırmamak için mahkeme kararı dışında yollarla

¹ Giger, H., Das Obligationenrecht, 2. Abt., 1. Teilbd., Kauf, Tausch, Schenkung, 2. Aufl., Bern 1980, Berner Kommentar, Art. 192, N. 9; Keller, M./Siehr, K., Kaufrecht, 3. Aufl., S. 70; BGE 110 II 239. Özel hükümlerin öncelikle uygulanması gerektiği yolundaki görüş için bkz., Kostkiewicz, J. K., OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 192, N.3.

da üçüncü kişinin üstün hakkını tanımının kapılarını aralamıştır². Bu tutum isabetlidir. Ancak ne var ki, söz konusu imkanı düzenleyen hükümler (BK. m. 191; TBK.m. 216) bir biçimde eleştiri konusu yapılmaktan kurtarılamamıştır³.

I.SORUNLU HÜKMÜN BORÇLAR KANUNLARINDA DÜZENLENİŞİ

Sorunlu hüküm satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun bir mahkeme kararına dayalı olmaksızın alıcının malı üstün hak sahibine geri vermek durumunda kaldığı hali düzenlemektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununda da hükmün sorunlu olduğu ve kaynak kanundaki bir fıkranın kanuna alınmadığı görülmekle birlikte, yeni düzenleme de kanaatimizce yanlış anlamalara sebebiyet verecek bir mahiyet taşımaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu düzenlemesi şu şekildedir.

“B. MAHKEME KARARI OLMAKSIZIN İADE

Madde 191 - Müşteri, bayii vaktinde davadan haberdar ve kendi namına müdafaa ve husumette bulunmasını talep ve ihtar edipte dinletememiş ise; üçüncü şahsın mebi üzerindeki hakkını hüküm beklemeksizin hüsünüyetle tanımış yahut istihkak müddeisiyle sulh akdetmiş olsa bile, bayie zaman terettüp eder”.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise hüküm şekildedir:

“b. Mahkeme kararı olmaksızın satılanı verme

MADDE 216- Satıcının zapttan sorumluluğu aşağıdaki hâllerde devam eder:

1. Alıcı, bir mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanımış ve satılanı ona vermişse.

2. Alıcı, üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarılmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa.

² Amstutz/Breitschmidt/Furrer/...ve diğerleri (hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 194, N. 1; Giger, Art. 194, N.5; Aral, F./Ayrancı, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (6098 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış), Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2012, s. 98.

³ Yeni düzenleme için Gümüş, 71. Önceki düzenleme için Tunçomağ, K., Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 217; Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1985, s. 157.

Satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder”.

Görüldüğü üzere tek fıkralık düzenleme iki fıkraya çıkarılmış, ilk fıkra önceki düzenlemeye yapılan eleştirileri karşılamak üzere, daha önce kaynak kanundan kanunumuza alınmayan “dürüstlük kuralı uyarınca geri verme” şeklinde özetlenebilecek düzenlemeyi içermek üzere iki bent halinde tanzim edilmiştir.

Hükümde sorun, ilk fıkranın 2. bendinde yer verilen “Alıcı, üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlenmesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarılmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa” şeklinde bir yazımdan kaynaklanmaktadır.

Hükümün lafzına bakıldığında şu sorular sorulabilir: “Bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa” ibaresindeki “sonuç alınamama” ne anlama gelmektedir? Tahkim sonrasında karar alıcı lehine olsa bir diğer ifade ile zapt gerçekleşirse dahi, satıcının zapta karşı tekeffül borcu doğmuş olacak mıdır? Tahkim yargılaması esnasında alıcı, üçüncü kişi ile sulh sözleşmesi yapabilecek midir?

Bu soruları bize düşündüren 818 sayılı Kanundaki düzenlemede yer alan “alıcının istihkak müddeisi ile sulh akdetmesi” ile sonraki düzenlemede yer alan “tahkime gitme” dir. Alıcının üstün hak iddiasında bulunan kişi ile sulh olabilmesi için açılan davada, uyuşmazlığın, karşılıklı fedakârlıklarla sona erdirilmesi gerekmektedir. Sulh, mahkeme içi veya mahkeme dışı olsun, bir uyuşmazlığı sona erdirmesi bakımından ya normal mahkemelerde verilen mahkeme ya da hakem kararıyla söz konusu olabilir. Böyle hallerde yargılama, sulh sözleşmesi sebebiyle “karar verilmesine mahal olmadığı” kararı ile sona erdirilir. Buna göre, tahkime gidip bu yargılama sürecinde üstün hak iddiasında bulunan kişi ile sulh olan ve bu kapsamda satım konusunu geri vermeyi kabul eden kişinin, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğuna gidebilmesi mümkündür. Böyle bir durumda alıcı “elimizden geleni yaptık ancak, satım konusu şeyi vermektan başka çare yoktu” şeklinde kendisini savunabilecekti.

Diğer yandan doktrinde “istihkak müddeisiyle sulh akdetme” ibaresinin çeviri yanlışlığından kaynaklandığı ve metnin kaynak kanuna göre “hakeme başvurma” şeklinde anlaşılması gerektiği öteden beri savunulmaktadır⁴.

⁴ Tunçomağ, K., Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 217; Tandoğan, 157; Yavuz, C./Acar, F./Özen, B., Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s. 62. Ayrıca bkz., TBK. m. 216 Gereğesi. Bununla birlikte 1977 yılında Cavin yazdığı eserinde “Verg-

6098 sayılı Kanun'un düzenlemesi böylesi bir sulh süreci yaşamak zorunda bırakmamıştır. Tahkim yargılamasının üçüncü kişinin üstün hakkının tanınması ve dolayısıyla satım konusunun iadesi kararı ile sonlandırılması yeterli görülmüştür. Ancak bu husus madde metnine yeterince yansıtılmamıştır.

Kanun getirdiği düzenleme ile alıcıya şu imkânları vermiştir:

i. Alıcı, kendisine karşı dava açılmasını beklemek zorunda değildir. Üstün hak iddiası ile karşılaşır karşılaşmaz, durumu derhal satıcıya bildirebilir. Dava açılmış ise durumdan mutlaka haberdar etmeli ve uyarı görevini yerine getirmelidir (Mitteilungs- und Mahnpflichten).

ii. Alıcı satıcıdan, üçüncü kişinin üstün hak iddiasına karşı gecikmeksizin bir dava açarak uyuşmazlığı çözmeyi isteyebilir.

iii. Alıcı, satıcıya tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin bir ihtarda bulunabilir. Dava yoluna satıcı gitmediği takdirde, hakem marifetiyle uyuşmazlığı çözmeye hakkını elde eden alıcı, tahkime giderek bu yargılama sonrasında üçüncü kişinin üstün hakkını tanımak ve dolayısıyla malı geri vermek durumunda kalmışsa, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu doğmaktadır. Kanunun ifadesine göre, tahkime gidilmesi satıcının zapta karşı tekeffül borcunun doğumu için yeterlidir; davanın, üstün hak iddiasında bulunan kişi lehine sonuçlanmasına gerek yoktur.

Görüldüğü üzere 818 sayılı Kanun ile 6098 sayılı Kanun bir biçimde tahkime gidilmesi yolunu açmaktadır⁵. Ancak madde metninden söz konusu "iii. sonuç" yeterince anlaşılammamaktadır. "Sonuç alınamama" dan kastın ne

leich abschliesst", "sulh akdederse" ibaresine yer vermektedir. Cavin, P., SPR VII 1, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhaeltnisse, Basel 1977, s. 64. Bu görüş kaynak Kanun'un Fransızca metninde yer alan "compromis" ve İtalyanca metindeki "compromesso" sözcüklerinden kaynaklanmaktadır ve mahkeme içi veya mahkeme dışı sulha karşılık gelmektedir. Bkz., Beat/Higi/Schönle, Art. 194, N. 14.

⁵ Hükmün kaynak kanuna göre tadil edilmesi ve "sulh akdetme" ibaresinin kaldırılmış olmasına rağmen 6098 sayılı Kanun döneminde de alıcı ile üstün hak iddiasında bulunan kişinin tahkim yargılaması esnasında davayı "sulh" ile sonlandırmalarının önünde bir engel yoktur. Bkz., Gümüş, M.A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I., İstanbul 2012, s. 72. Belirtmek gerekir ki, sulh her türlü ihtimalde yargılama konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın karşılıklı fedakarlıklarla sonlandırılması amacını güden "kendine özgü bir sözleşme"dir. Henüz yargılama yoluna gidilmeksizin bir anlaşmazlığın bir biçimde sonlandırılması sulh olmayıp "borcun konusunun değiştirilmesi, borcun ortadan kaldırılması (ibra) veya borç ilişkisinin ortadan kaldırılması (ikale) olur. 818 sayılı Borçlar Kanununda da "sulh akdetme" ibaresi alelade bir anlaşma olmayıp, yargılama esnasında vuku bulan ve davayı sonlandıran taraf işlemleri arasında yer alan "sulh sözleşmesi"dir. Bu sözleşmenin mahkeme içinde veya dışında olması fark yaratmaz; mahkeme dışı sulh de mahkeme kayıtlarına geçirilerek yargılamanın bu nedenle sonlandırılması mümkündür.

olduğu yoruma muhtaçtır. Kanaatimizce sorun Kaynak Kanunun çevirisindeki özensizlikten kaynaklanmaktadır. O halde hükmün kaynak kanuna göre anlaşılması gerektiği açıktır.

Kaynak Kanun'da ise düzenleme şu şekildedir:

“Art. 194

b. Herausgabe ohne richterliche Entscheidung

¹ Die Pflicht zur Gewährleistung besteht auch dann, wenn der Käufer, ohne es zur richterlichen Entscheidung kommen zu lassen, das Recht des Dritten in guten Treuen anerkannt oder sich einem Schiedsgericht unterworfen hat, sofern dieses dem Verkäufer rechtzeitig angedroht und ihm die Führung des Prozesses erfolglos angeboten worden war.

² Ebenso besteht sie, wenn der Käufer beweist, dass er zur Herausgabe der Sache verpflichtet war”.

Hükmün ilk fıkrasının çevirisi şu şekilde olmalıdır: “Satıcının zapttan sorumluluğu şu hallerde de mevcuttur: Alıcı herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın üstün hak iddiasında bulunan kimsenin bu hakkını dürüstlük kuralları uyarınca tanımış veya tahkime başvurulacağı konusunda satıcıyı zamanında uyarılmış olmakla tahkime gitmiş ve fakat davanın kaybedilmesi sonucunda satım konusunu istihkak iddiasında bulunan kişiye vermek zorunda kalmışsa”.

II. DÜZENLEMeye DAİR GÖRÜŞLER

A. HÜKMÜN GEREKÇESİ

Doktrinadaki görüşlere geçmeden önce söz konusu maddenin hazırlayıcıları tarafından kaleme alınan gerekçesine de temas etmekte yarar vardır.

“Tasarının iki fıkradan oluşan 215 inci maddesinde, alıcının mahkeme kararı olmaksızın satılanı üstün hak iddiasında bulunan üçüncü kişiye geri verme usulü ve bu usule uyararak ya da uymaksızın satılanı geri vermesinin hukukî sonuçları düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 191 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan “b. Mahkeme kararı olmaksızın iade” şeklindeki ibare, Tasarıda “b. Mahkeme kararı olmaksızın geri verme” şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 191 inci maddesinden farklı olarak, Tasarının bu maddeyi karşılayan 215 inci maddesinin birinci fıkrasında, iki bent hâlinde, satılanın mahkeme kararı olmaksızın üçüncü kişiye verilmesine

karşın, satıcının zapttan sorumlu tutulduğu durumlar düzenlenmiştir. Bu konuda 818 sayılı Borçlar Kanununun 191 inci maddesinde kullanılan “istihkak müddeisiyle sulh akdetmiş olsa bile” şeklindeki ibarenin çeviri yanlışlığı da düzeltilmiştir. Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Kanununun 191 inci maddesinden farklı olarak, alıcı kendisine karşı dava açılmasını beklemeden, satıcıyı üçüncü kişinin satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, bu yola başvurmazsa tahkim yoluna gidebileceği konusunda uyarabilecek ve **bu uyarısı sonuçsuz kaldığı için tahkim yoluna gitmişse** bu durumda hakem kararına göre hareket edebilecektir.

Tasarının 215 inci maddesine, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 194 üncü maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, ikinci bir fıkra eklenmiştir. Fıkraya göre, alıcı satılanı geri vermekle yükümlü olduğunu ispat ederse, satılan üzerinde zaptı sağlayacak nitelikte, özel hukuktan doğan üstün hak (mülkiyet hakkı, sınırlı aynî hak veya etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel hak) iddiasında bulunan üçüncü kişiye, satılanı bir mahkeme veya hakem kararı beklemeden geri vermiş olsa bile, satıcının zapttan doğan sorumluluğu devam edecektir”.

Görüldüğü üzere maddenin gerekçesinde “tahkim yoluna gidileceği konusundaki uyarının sonuçsuz kalması” zapta karşı tekeffül sorumluluğu için yeterli görülmüştür.

B. DOKTRİNDEKİ DİĞER GÖRÜŞLER

Konu ile ilgili bir başka görüş⁶ düzenlemenin ihtar şartını yalnızca “tahkim yoluna gitme” seçimlik hakkının kullanılmasına özgülediği, üçüncü kişinin dava açması beklenmeksizin dürüstlük kuralına göre üçüncü kişinin hakkını tanınmanın ise bir “ihtar” şartına bağlanmadığıdır. Bu görüşe göre söz konusu husus, ilk fıkranın benzer hususları düzenleyen iki bendi arasında bir çelişki yaratmaktadır. Zira ilk bentte düzenlenen husus, alıcıya satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispatı bir külfet olarak yüklenmeksizin, dürüstlük kuralları sınırları çerçevesinde üçüncü kişinin üstün hakkını dava açılmadan tanıma imkânı vermektedir. İkinci bentte ise tanımayı, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesine bağlamaktadır. Yazara göre, “oysa alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olmadığını ispatla külfetli olmaksızın dürüstlük kuralı sınırlarında üçüncü kişinin üstün hakkını dava açılmadan tanıma imkânı, satıcının bu konuda harekete geçmesi için dikkatinin çekilmesini, uyarılmasını, menfaatler dengesi gereği gerekli kılmaktadır. Bu ise ancak satıcıya yapılacak bir ihtar ile

⁶ Gümüş, 71-72.

mümkün olabilir. Kanun koyucunun ihmali ile ortaya çıkan kanun boşluğu 216/I, b.1'in uygulanabilmesi için alıcı tarafından satıcıya ihtar yapılmasının kabulü ile doldurulmak zorundadır”.

Bir başka yazar⁷ söz konusu düzenleme bağlamında “Konu, 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda ele alınırken İsviçre hukukundaki düzenleme ile uyumlu bir çözüme kavuşturulmuştur. BK. m. 216 f.son hükmünde “*saticının sorumluluğu, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder*” denilerek, bu hususta yükümlü olduğunu iddia etmesi durumunda satıcının zapttan sorumluluğuna dayanabilmesini açıkça mümkün kılmıştır”, demekte ve 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yapılan “mutlak surette mahkemeye başvurulması gerektiği” yönündeki görüşlerin, yapılan düzenleme karşısında önemini kaybettiğini belirtmektedir.

Yine bu yazarlara göre, madde metninde yer alan “istihkak müddesiyle sulh akdetmiş olsa” ibaresi, kaynak kanunda “hakeme gitmeyi kabul etmiş olsa” şeklindedir. Ne var ki bu farklılığın bilinçli yaratılmış olmayıp bir tercüme hatasına dayandığı, bu nedenle 818 sayılı Kanunun 191 hükmünün de kaynak kanuna uygun olarak anlamlandırılması gerektiği ileri sürülmekteydi. Yürürlükteki Borçlar Kanunu m. 216 ile bu tercüme hatası düzeltilmiştir”⁸.

Görüldüğü üzere yazarlar doğrudan doğruya bizim işaret ettiğimiz konuya temas etmemekle birlikte, hükmün kaynak kanuna uygun hale getirildiği ve bu çerçevede anlaşılması gerektiğini ifade etmektedirler.

C. DÜZENLEMENİN NASIL OKUNMASI GEREKTİĞİNE DAİR GÖRÜŞÜMÜZ

Kanaatimizce düzenleme kaynak kanun rehberliğinde okunmalıdır. Buna göre düzenlemenin okunmasından aşağıdaki sonuçlar çıkmaktadır.

Hüküm her şeyden önce bir hâkim kararı olmaksızın satılanı, istihkak iddiasında bulunan kişiye vermek bakımından “ek külfetler” aramaktadır. Bu külfetlere katlanmayan, hükümde düzenlenen haktan yani “hâkim kararı olmaksızın geri verme” den yararlanamaz; bir diğer ifade ile satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğuna gidemez⁹. Hükümde düzenlenen külfetlerin ek olduğu nazara alındığında, zapta karşı tekeffül sorumluluğunun doğumu için kanunen aranan diğer şartlar da gerçekleşmelidir.

⁷ Yavuz/Acar/Özen, 61.

⁸ Yavuz/Acar/Özen, 62.

⁹ Gut, B./Higi, P./Schönle, H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. V/2a, Kauf und Schenkung, Art. 192-204, Art. 194, N. 2.

Hüküm aksi ile kanıtından okunacak olursa: satıcı, bir mahkeme kararı olmaksızın malı istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişiye verecek olursa, kendisine yönelen zapta karşı tekeffül talebini şu gerekçelerle püskürtmek ve bu sorumluluğundan kurtulmak imkânına sahiptir:

Alıcının satım konusu şeyi bir mahkeme kararı olmaksızın üçüncü kişiye verirken dürüst davranmadığını örneğin, kendisini satım konusunu üçüncü kişiye vereceği konusunda haberdar etmediğini, uyardığını bunun dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu ileri sürebilir. Yine satıcı, kendisine yapılan uyarının zamanında yapılmadığını veya iş işten geçtikten sonra yapıldığını; davayı üstlenmesi veya davaya katılması yönündeki uyarının vaktinde yapılmadığını ya da alıcının satın almış olduğu şeyi üçüncü kişiye verme yükümlülüğünün doğmadığını ileri sürebilir.

Yine satıcı, alıcının tahkime gideceği konusunda kendisini uyardığını ve uyarıya idî tahkim davası sonucunda davanın kaybedilmeyeceğini ileri sürebilir. Böyle bir iddiada bulunan satıcı, tahkime gidileceği konusunda kendisine vakit kaybedilmeksizin bir ihbarda bulunulsaydı ortaya çıkacak daha elverişli durumu ispat ederek, sorumluluğundan kısmen veya tamamen de kurtulabilir¹⁰.

Hükümde satıcının hâkim kararı olmaksızın satım konusunun geri verilmesi bakımından iki alternatif düzenlenmiştir. İlk alternatifte (m. 216/I), alıcı dürüstlük kuralları uyarınca üçüncü kişinin iddiasını kabul edebileceği gibi, satıcıyı tahkime başvuracağı konusunda vakit geçirmeksizin uyararak, üçüncü kişinin üstün hakkının tanınmasını bu yargılama sonunda verilecek karara bağlayabilmesine de (oder sich einem Schiedsgericht unterworfen hat¹¹) imkân tanınmıştır. Dürüstlük kuralları uyarınca gerçekleşecek tanımada da tanımının gerçekleşeceği konusunda satıcı uyarılmalıdır¹².

İkinci alternatifte (m. 216/II) ise üçüncü kişinin üstün hakkını tanıyan alıcı, şayet satıcının bu sorumluluğunun halen devam ettiği inancında ise, şeyi üçüncü kişiye teslim etme yükümlülüğünün bulunduğunu ispat etmelidir. Alıcı bu alternatifle kendisine tanınan hakkı yeterince ispat edemediği bir diğer ifade ile üstün hak iddiasında bulunan kişiye satım konusunu geri verme yükümlülüğü altında bulunduğunu ispat edemediği takdirde, geri vermenin dürüstlük kurallarına uygun olduğunu ileri sürebilecektir. Bir diğer seçenek

¹⁰ Gut/Higi/Schönle, Zürcher Kommentar, Art. 194, N. 7.

¹¹ Honsell/Vogt/Wiegand (hrsg.)Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529, Art. 194, N. 1.

¹² Gümüş, 71; Amstutz/Breitschmidt/Furrer/...ve diğerleri (hrsg.), Handkommentar, Art. 194, N. 2.

de geri vermenin zamanında tahkime gidileceği konusunda uyarıldığı halde tahkim yargılamasında hiçbir biçimde satıcının yer almadığı (gerek davaya katılma gerek davayı üstlenme anlamında) ve dolayısıyla dava kaybedildiği için şeyi geri vermek zorunda kaldığının ispatıdır. Kaynak kanunda yer alan “die Führung des Prozess erfolglos angeboten worden war” ifadesi, yalnızca tahkime gidileceği yönündeki ihbarın neticesiz kalması, satıcının tahkim davasını üstlenmemesi veya alıcının yanında yer almaması değil; söz konusu yargılama sonrasında dava kaybedilmiş ise ve bu sebeple mal geri verilmek durumunda kalmış ise satıcının sorumluluğunun devam edeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Bu noktada şu soru akla gelmektedir: Acaba zamanında uyarılmasına rağmen, hiçbir biçimde alıcıya yardım etmeyen satıcı, tahkim yargılaması sulhun yanı sıra feragat veya davanın takip edilmemesi sonucu “açılmamış sayılma” kararı verildiği takdirde, kendisine yönelen zapta karşı tekeffül talebini savuşturabilecek midir? Bir diğer ifade ile her durumda alıcı tahkim yargılamasını sonuna kadar götürmek zorunda mıdır?

Kanaatimizce alıcıdan böyle bir davranış beklenilmemelidir¹³. Tahkim yargılaması esnasında gerçek durum anlaşılabilir ve alıcı, üstün hak sahibi üçüncü kişi ile sulh olabilir; tahkim yargılamasından feragat edebilir. Aksine bir tutum, alıcıya, davayı üstlenmeyerek veya birlikte davayı yürütmeyerek yardımcı olmayan satıcının bu davranışını ödüllendirmek olur.

SONUÇ

İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninden yapılan tercümenin ürünü olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 191. maddesinde zapta karşı tekeffül sorumluluğu düzenlenirken bir çeviri hatası yapılmıştır. Bu hata, 6098 sayılı Kanunun 216. maddesi düzenlenirken giderilmiş olmakla birlikte tereddütler tamamen bertaraf edilebilmiş değildir. Özellikle, üstün hak iddiasında bulunan kişinin üstün hakkının dürüstlük kuralı uyarınca tanınacağı ihbarının satıcıya yapılıp yapılmayacağı ve ihbarın sonuçsuz kalmasından neyin anlaşılması gerektiği, kanun koyucunun her türlü ihtimalde sulh yolunu kapatıp kapatmadığı hususları yeterince açık değildir. Kanaatimizce üstün hak sahibi iddiasında bulunan kişinin bu iddiasının dürüstlük kuralları uyarınca tanınacağına satıcıya bildirilmesi, dürüstlük kurallarının bir gereğidir. Böyle bir uyarıda bulunmaksızın malı geri veren, ancak düzenlemenin ikinci fıkrasında düzenlenen “geri verme yükümlülüğünün doğduğunu ispat ederek” satıcının tekeffül sorumluluğuna dayanabilir. Yine hüküm

¹³ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 194, N.1.

“satıcının zamanında uyarılmasından sonuç alınamaması” şeklinde değil, satıcının zamanında uyarılmış olması ve tahkim süreci başlatılmış olmasına rağmen davanın sonuçsuz kalması (Erfolglos des Prozess) yani, davanın kaybedilmesi üzerine üçüncü kişinin üstün hakkının tanınması ve dolayısıyla satım konusunun istihkak iddiasında bulunan kişiye geri verilmek zorunda kalınması şeklinde anlaşılmalıdır.

Tahkime başvurulacağı şeklinde ihbarın gecikmeksizin yapılması gerekir. Satıcının davaya müdahil olamayacağı veya üstlenemeyeceği bir anda yapılan ihbarlar gecikmiş ihbarlardır. Vaktinde yapılan bir ihbara rağmen, davayı üstlenmeyen veya alıcı ile birlikte davayı yürütmeyen satıcının bu davranışı sonucunda, alıcı sonuna kadar davayı yürütmek zorunda bırakılmamalıdır. Bu dava feragat veya sulh ile sonuçlandırılabilir ve hakem kararına bağlı olarak geri verme yükümlülüğü doğabilecektir. Bir diğer ifade ile çeviri yanlışlığı düzeltilirken, alıcının tahkim yargılamasında üçüncü kişi ile sulh olmasının önu kapatılmış değildir. Dava sulh ile sonlandığı takdirde de satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu devam eder. Sulh ile tahkim yargılamasının sonlandırılmasında sulhun ayrıca dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılması gerekir; sırf satıcıya bir ders vermek amacıyla sulh yoluna gidilmesi hukuka aykırıdır (MK. m. 2/II).

Sonuç olarak hükmün nasıl okunması gerektiğine dair görüşümüzü bir kez daha yinelemekte yarar görüyorum:

“Satıcının zapttan sorumluluğu şu hallerde de mevcuttur: Alıcı herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın üstün hak iddiasında bulunan kimsenin bu hakkını dürüstlük kuralları uyarınca tanımış veya tahkime başvurulacağı konusunda satıcıyı zamanında uyarılmış olmakla tahkime gitmiş ve fakat davanın kaybedilmesi sonucunda satım konusunu istihkak iddiasında bulunan kişiye vermek zorunda kalmışsa”.

BOŞLUK