1973 — 1974

"BORÇLAR HUKUKU
GENEL HÜKÜMLER"

Ders Notları

Prof. Dr. İsmet Sungurbey

Kitap No: 6 (BK. 1-188)

Cevdet Yavuz

İÜHF BI 343

I. Bölüm
BORÇLARIN GENEL ESASLARI

§1 GİRİŞ

I—BORÇLAR HUKUKUNUN KONUSU: Obligare—Obligatio.

Borçlar hukukunun konusu, borç ilişkileridir. Borç ilişkisinde alacaklı borçludan bu ilişkiye dayanarak bir edimi yerine getirmesini isteyebilir, borçlu da bu edimi yerine getirmekle yükümlüdür.

Bir borç ilişkisinde 3 şöyle vardır: alacaklı, borçlu, edim.

Borç ilişkisi, geniş bir kavram olduğundan onu münferit borçtan (alacak hakkından) ayırmak gerekir. Şöyle ki:

1) Borç ilişkisinden münferit borç doğmak pek sayılıdır. Bağışlama ve haksız fiilden doğan borçlar sayılı çok dazak göstermektedir. Fakat çok defa bir borç ilişkisinden birçok alacak hakkı doğar. Karşılıklı borç doğuran sözleşmeler böyledir. Bazen yenilik doğuran hak hali de ortaya çıkar. Bazen bu borç ilişkisinde yan haklar bulunabilir. Rehin, kefalet gibi.

2) Borç ilişkisi, hemen sözleşmenin kurulmasıyla doğar. Münferit borç ise daha sonra da doğabilir. Meselâ kira sözleşmesinde borç ilişkisi hemen doğar. Kira ücreti ise periyodiktir. Ödünç sözleşmesinde faiz alacağı da böyledir.

3) Borç ilişkisinden doğan münferit alacak haklarının başkalarına devrikti mümkündür. Kiralayan kira alacağını üçüncü

bir şahsa geçirebilir. Münferit borcu, borçludan başkası da üzerine alabilir (borç yüklenmesi, borcun nakli). Fakat geniş anlamda borç ilişkisi başkalarına geçirilemez.

4) Borç ilişkisi ve münferit borcun sona erme nedenleri değişiktir. Anlaşma (ikale), sürenin geçmesi, sözleşmeden dönme (rücu), borcu ödeme, borç ilişkisinin; ifa, takas, ibra, yenileme münferit borcun başlıca sona erme nedenleridir.

Alm. Siber, borç ilişkisini canlı bir organizmaya benzetir.

II- BORÇLAR HUKUKU İLE NESNELER HUKUKUNUN ALANLARI: Bu alanları şöyle ayırabiliriz: Bir nesne üzerinde doğrudan doğruya ve mutlak bir surette egemenlik hakları veren ilişkiler nesneler hukukunu oluşturmaktadırlar. İntifak, mülkiyet, rehin gibi. Buna karşılık yalnız kişisel bir hak veren, ancak borçlıya karşı ileri sürülebilen haklar, borçlar hukuku alanına girmektedir.

III- Borçlar hukukunun Tarihsel temelleri: Roma hukuku, en çok borçlar hukuku alanında medeniyetlere etkilemiştir. Özellikle borçların kaynaklarının tayini Gaius'un eserine benzemektedir. Borçların sona ermesi, temerrüd, ponca-nexi borcu gibi hukuklar Roma hukukundan alınmıştır. İktisadi ihtiyaçların zamanla değişmesi Ortaçağda Avrupayı Roma hukukuna daha da yaklaştırmış ve iktibas (rezepsiyon)

hadisesinin zuhurunu yol açmıştır. Bu iblâğ edilen hukuk, sonraları müşterek, pandekt hukuku gibi isimler almıştır. Bilhassa Almanyada bütün memleket için bu tescümeler sayesinde ortak bir hukuk tüzel olmuştu. O zamanki Alm. hukukunda genel kaide şu idi: şehir hukuku, eyalet hukukundan; eyalet hukuku müşterek hukuktan önce gelir.

Roma hukuku, Fransada da etkili oldu. Domat, Pothier (Code Civil'i hazırlayanlar) gibi yazarlar Fr.da bu etkinin yerleşmesine öncülük ettiler. Alm.da Roma hukukunu batılda bulunan müellifler sürdürdü: Dernburg (Pandektler hukuku), Savigny (Roma hukukunun sistemi - 8 cilt), Windscheid (Pandektler hukuku).

Daha sonraları Almanyada codification başladı. Alm.da önce 1861 Ticaret Kanunu, bunu takiben Dresden Barolar Tasarısı hazırlandı. 1874-1894 yılları arası Alm. MK nun ilk ve ikinci tasarıları hazırlandı. 1.1.1900 t.inde Alm. MK meri oldu. Dili oldukça ilmidir. Bunu takiben Avrupada birçok hukuku alanında bir çok kanunlar hazırlanmıştır: 1928 Moral MK tasarısı, 1933 Polonya BK (orijinal bir eserdir.) ve 1942 Yeni İtalyan

MK (BK muz benzer.) Hunaristan ve Japonya gibi bazı ülkeler Alm. MK unu iktibas etmişlerdir.

İsv. MK'nu Prof. Eugen Huber, tarafından hazırlanmıştır. Huber'in dört cilt'lik "İsv. Hukukunun Sistem ve Tarihi" adlı eseri vardır. İsviçre codificationundan ön eğilim hâkimdir:

— Fransaca yazılan kantonlar Fr. MK.'nu,

— Almca veya Avus. ya yakın olanlar ise Almca Avus MK'nu aldılar.

— Zürih kantonu, Prof. Bluntschli tarafından yapılan orijinal bu MK'yı kabul etti.

Önce Borçlar Hukukunun codificationu fikri vardı. 1881 de eski İsv. BK meri oldu. Kaynakları: Zürih kantonu MK'sı, Alm. Dresden BK Tasarısı ve Eski Alm. Ticaret Kanunu. 1907 de MK ile birlikte tekrar gözden geçirildi ve 1912 de MK'la birlikte meri oldu. 1926'da Türkiye tarafından iktibas edildi. Fakat bu iktibasta MK'nın kantonlardan bahsedenkısımları ile BK'nın sonundaki ticari muamelât düzenleyen hükümler bize alınmamıştır. Çünkü ayrı bir TK mız vardı.

IV — Borçlar Kanunun Sistematiği: 19. asır sistematiğine uygun olarak BK mız iki bölümden meydana gelir:

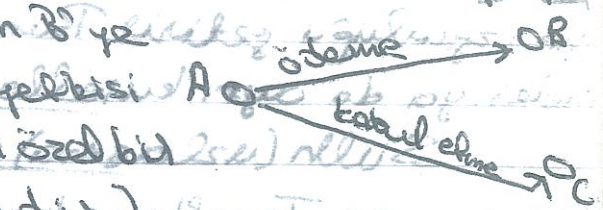
1 — Genel kurallar (BK. 1-181): Borçların doğumu, sonuçları ve sona erme sebepleri düzenlenir. Borçların

kaynakların 3 grupta toplanmaktadır:

- Sözleşmeden doğan borçlar (BK. 1-40),
- Haksız fiilden doğan borçlar (BK. 41-60),
- Sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar (BK. 61-66)

İfa ve ödeme durumunda borçların sonuçları BK. 67-112, Borçların sona erme sebepleri BK. 113-140, Borçların nevileri BK. 141-161, Alacağın temliki ve borcun nakli 162-181 maddeler arası düzenlenmektedir.

2 — Çeşitli borç ilişkileri (BK. 182-543): Aktif Muhtelif Nevileri, adı altında düzenlenmişse de bu ifade yanlıştır. Zira söz konusu bölümde vekâletsiz iş görme, havale gibi sözleşme niteliği taşımayan işlemler de düzenlenmiştir. (Havale, iki taraf yetki verme halidir. A'nın B'ye ödeme, C'ye de kabul yetkisi vermesi gibi. Havalenin özel bir düzenlenmiş şekli poliçedir.)



BK, sözleşmeleri kendine göre bir sıralamaya tabi tutmuştur. Şöyle ki:

a) Geçirim (ferağ) sözleşmeleri: Satım, trampa, bağışlama gibi sözleşmeler olup mülkiyetin geçirilmesini amaçlayan sözleşmelerdir. Satım ve trampa her iki taraftı, bağışlama tek taraflı borç altına sokmaktadır.

b) Kullandırma sözleşmeleri: Kira, ariyet (bir malı maccanen kullandırma - iğreti) gibi sözleşmelerdir. Bir de ödünç vardır ki bununla benzeri bulunabilen malların mülkiyeti naklolunur. Ödünç alan sonradan aynı miktarda benzeri bulunabilen bir malın mülkiyetini ödünç verene geçirme borcu altına girer.

c) İş sözleşmeleri: Hizmet (iş kanunu düzenlemiştir.), istisna, vekâlet, vekâletsiz iş görme, vediaa (saklama) gibi sözleşmelerdir.

d) Tehlikeli (rizikolu) sözleşmeler: Burada borçlu önceden ne gibi bir tehlikeyle karşılaşacağını bilemez. Kumar ve bahis, kefalet, ölünceye kadar bakma, ölünceye kadar gelir sözleşmeleri gibi (BK. 19 ve 20, sözleşme özgürlüğü geliri. Bunun için taraflar ortaklı sözleşmeler, ya da ayrı kurallar düzenleyebilirler.)

Sulh (uzlaşma) sözleşmesi: BK'nda düzenlenmemiştir. Tarafların karşılıklı fedakârlıklar yoluyla çekişmeli, ya da belirsiz bir durumu sona vermeleridir. Bu, bir tespit istemidir. A'nın B'den dava ile istediği 10.000 L. alacağını anlaşarak 7000 L.'ya indirmesi gibi. Sonradan alacaklı, gerçekten 10000 L. alacağı olduğunu veya borcu borcunu ödediğini ispatlaya bile hep iki tarafın da dava açma hakkı

yoktur. Ancak BK. 24/4 deki temel yanılma hali istisnadır. Tamirde sulh iltiraz olunmamıştır.

BK dışındaki alanlarda da borçlu ilişkileri ç örülebilir.

V- MK. 5'e göre BK nun genel kuralları medeni hukukun diğer alanlarında da kıyas yoluyla uygulanabilir. Eğer bi mahiyetine uygun düşünce ölçüsü bir kural bulunmazsa. BK. 125'e göre alacak hakları 10 senede zamanaşımına uğrar. Fakat bu kural nesnel hukuku alanında uygulanmaz. İnsan ömrü hukukunda kazandırıcı zaman aşımı sözkonusudur.

Alm. MK nun bütün kitaplarının başında bir genel bölüm vardır. Bu kurallar, diğer bölümlere de uygulanır. Bizde ise bütün kurallara en çok borçlar hukukunda ihtiyaç olduğu için burası pratik ihtiyaç ve sadeleştirme amacıyla BK nun başında yer almıştır.

Çağımızda muhtelif ülkelerin BK larını birleştirme akımı vardır. 1940 larda Fr. ve İtalya arasında BK-ların birleştirilmesi istendi ise harp nedeniyle muvaffak olunamadı. Çeşitli hukuk sahaları arasında ticari ihtiyaçlara cevap verme niteliğini taşıdığı için birleştirilmeye en müsait dam borçlar hukukudur.

İngiltere gibi bazı ülkelerde ise borçlar hukuku tepesik bir temele oturmuştur. Bu yüzden kamuyu ço birleştirme ancak Roma hukukunu temel alan BK'ları arasında olabilir.

§2 BORÇLAR HUKUKUNUN GENEL KAVRAMLARI VE BORÇ İLİŞKİSİNİN NİTELİĞİ

I- Hukuki ödev (yükümü): Her borç ilişkisinde bir hukuki ödev vardır. Hukuki ödev, hukuk düzeninin yapılmasını, ya da yapılmamasını emrettiği şey demektir. Bunu devlet gücü müeyyidelendirir. Örnekler:

a) Satıcı, sattığı malın mülkiyetini alıcıya geçirmekle ödevlidir. Bir de yük (külfet) vardır ki bunu yükümden ayırmak gerekir. Mesela ispat, bir yükümü olmayıp yükür. Davacı davasını ispat yükündedir. Fakat ispata zorlanamaz. Bu yükümü yerine getirmeze sonuçlarına da katlanır.

b) Satıcı bozukluk vermiyse, alıcı malı bozukluğu bir hafta içinde satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Bunu yerine getirmeze bozukluklardan dolayı satıcıya karşı bir hak ileri sürecek.

Ödev, yalnız hak ilişkisinden doğmayabilir da doğabilir. Geniş bir kavramdır. Mesela

cezakonularından doğan ödevler vardır. Bazı fiillerin yapılmaması ödevi gibi.

b) Ayni haklardan doğan yükümler de vardır. Mülkiyet hakkına saygı gibi. Ayni hak karşısında borç ilişkisi yoktur, fakat ödev vardır.

II- İstem (talep): Talep, alacağın özü demektir. Borçludan edimin yerine getirilmesini istemeye yetkisidir. Alacak haklarından başka ayni hak doğuran talep de vardır ki buna resnel (ayni talep) denilir. Mutlak nitelikteki ayni talepler herkese karşı ileri sürülebilir. Ayni talep daha ziyade istihkak davası ile olur. Ayrıca kefalet, rehin gibi şahsi haklar da vardır. Alacaktan yalnız istem değil, dava edilip karar alındıktan sonra cebri icra hakkı da doğar. Tenfiik doğuran hak haline de dönüşebilir. Tazminat talebi gibi.

III- Sorumluluk: Son zamanlarda ortaya çıkmıştır halinde kanunlaşmıştır. Sorumluluk, alacaklının borçlunun malvarlığına el koyabilmesi ve hakkını o malvarlığından alabilmesidir. Modern hukukta borçlu, malvarlığı ile sorumludur.

a) Sınırsız (sahsen) sorumluluk: Prensip olarak borçlu bütün malvarlığıyla ve sınırsız olarak sorumludur.

b) Sınırlı sorumluluk: Bazı durumlarda borçlu, malvarlığının belli bir ölçüsüyle sorumludur. Devletin mi-

rəsmiliyi gibi. Qeyri-menkul malikinə müxtəlifləndirilən hüquqlar da bir-takım əlamətlər yaratmaq zorundadır. Buna qeyri-menkul mükəlləfiyyəti deyirlər. İrəli sənədlərə də örnək göstərə bilərik.

IV — Yan haklar: Fəri haklar da deyirlər. Kefil, borçlunun borcunu ödəyəcəyini alacaklıya karşı zəmanət edər. Aktif, alacaklı ilə kefil arasında olur. Bu, alacaklı hakkıyla birlikdə bulunur. Alacak hakkı kalkdığında kefilin borcu da kalkar.

Fəri haklar, alacaklı hakkını ya güclendirir ya da genişləndirər.

1) Alacağı güclendirən yan haklar:

a- Kefalət böyləcə.

b- Rehn aktında borçlu, alacaklıya alacağının təminatı üçün bir mal rehn göstərir. Qeyri-menkul olunsa ipotek adını alır. Borç ödənməmişsə alacaklı, öncəliklə bu hakkın rehn şey üzərindən alır. Nəzəri bir hakkın.

c- Müqavilə cəzası da fəri bir haktır. Cəzai şərt da deyirlər. Əsl borcu təminləndirmə amacı güdür.

2) Alacağı genişlənən yan haklar: Faiz borcu (pul alacağı) üçün işləyən yan gəlir olup əsl alacağı genişləmə amacı güdür.

Bütün yan haklar, ancak alacak var ol-duğuna sözlenmiştir. Alacak geçersiz olarak doğmuş-sa, bu yan haklar da geçersiz değildir.

§3. YENİLİK DOĞURAN HAKLAR, GÜÇ YETKİLERİ, DEFİLER

I- Doktrin hakları ikiye ayırır:

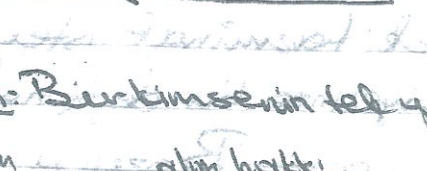
1) Egemenlik hakları: Fikrî hak, alacak, ayni, kişilik hakları gibi haklar bu gruba girer. Bunlar primer (birincil) haklardır.

2) Güçlülük hakları: Kuvvet sahibi olabilme haklarıdır. Sözleşmedeki (Yenilik doğuran haklar ve güç yetkileri bu gruba girmektedir.

a- Yenilik doğuran haklar: Özel bir hukukî durumu dayanarak bir hukukî ilişki yaratma, değiştirme ya da ortadan kaldırma hakkı demektir. Üçe ayrılır:

aa- Kurucu yenilik doğuran haklar: Başlıcaları şunlardır:

aa/1) Alım (iştira) hakkı: Bir kimsenin tek yanlı bir istek açıklamasıyla bir satım ilişkisi kurabilme hakkıdır.



Vefa ve şufa hakları, iştira hakkının tali kısımlarıdır.

aa/2) Vefa (geri alım) hakkı: Bir kimsenin para ihtiyacı dolayısıyla evini satmak zorunda olduğunu düşünelim. Kişi, burada evin mülkiyetini almaya gecikmekledir. Fakat eline para geçtiğinde vefa hakkına sahip olduğu için evi tekrar geri alabilir.

aa/3) Şüf'a (önceliklle alım) hakkı: Evini satan satıcı, komşusuna şöyle diyebilir: "Evimin önceliklle alım hakkını sana veriyorum." Herhangi taraf bunu kabul ettiğinde evin şüf'a hakkı komşunundur. Eğer ev başkasına satılacak olursa, şüf'a sahibi ihrac edebilek kendisi satın alabilir. Bunun için tek yanlı bir iradesi ile ayıklamasında bulunmak yeterlidir.

bb — Değiştirici yenilik doğuran haklar: Tek yanlı bir irade ayıklamasıyla bir hukuki durumun değiştirilmesi sözkonusudur. Karşılıklı borçlandıran bir sözleşmenin taraflarından biri temerrüde düşere BK.106 ya göre alacaklı bir süre verir, fakat bundan da netice alamazsa alacaklı, edimden vazgeçerek tazminat isteyebilir. Böylece alacak hakkının mahiyetinde bir değişiklik olmaktadır.

cc — Bozucu yenilik doğuran haklar: Eğer alacaklı, borçlu ihtarından sonra hakkını kullanırsa, bu da bozucu yenilik doğuran bir hak olmaktadır.

Sözleşmenin taraflarından birinin iradesiyanılma, aldatma ve korkutma ile bozulmuş ise BK.31'e göre irade si bozulan taraf o sözleşme ile bağlanmama hakkına sahiptir. Alm. MK'nda borç doğar, sonra bozulur. Bizim sistemimizde baştan bağlanmamakta, fakat sözleşmeden dönme iradesinin açıklanmasıyla kurulduğu günden itibaren ortadan kalkmaktadır. Bu irade açıklaması gerekli süre(bir yıl) içinde yapılmalıdır.

Yenilik doğuran haklar, tek yanlı bir istek açıklamasıyla kullanılırlar. Bu istek açıklamasının karşı tarafa varması yeterli olup ayrıca kabulüne gerek yoktur. İstemda ise her iki tarafın iradelerinin uyuşması gerekmektedir. Yenilik doğuran hakkın kullanılmasına yenilik doğuran istem denir. Yenilik doğuran haklardan bazıları, ancak mahkemede dava yoluyla kullanılabilirler. Boşanma, evlilik iptali gibi.

b— Güç Yetkileri: Bir kimsenin, başkasının hukuk alanını etkileyecek işlemler yapabilme yetkisidir. Temsil yetkisi, bunun en güzel örneğidir.

II. DEFİLER: Davalının kendini savunma vasıtalarındandır. Davalı:

a— Ya davayı İNKÂR eder. Borcunu almadı-

şını söyleme gibi.

b — Ya da İTİRAZ da bulunur. Bu iki şekilde olur:

— Hakkın doğmadığı itiraz: Hukuki işlemi yaparken temyiz kudretinin bulunmadığı itiraz gibi.

— Hakkın sona erdiği, ya da ortadan kalktığı itiraz: ifanın yerine getirildiğini söyleme gibi.

c — Ya da davalı borcunu kabul eder, fakat özel bir hukuki sebepten dolayı borcu ifadan imtina eder, böyle bir hakkı bulunduğunu ileri sürer. Buna DEF'İ denir. Örnekler:

aa — Zamanaşımı def'i: BK.125 "bu kanunda başka surette hüküm mevcut olmadığı takdirde her alacak hakkı 10 yılda zamanaşımına uğrar." Böyle bir durumda def'i hakkı söz konusu olur bu ise zamanaşımı def'idir. Yargıç bunu re'sen nazara alamaz. Ancak hak sahibi tarafından kullanılabilir. Hakiki itiraz, mahkemece görevden bütün nazara alınabilmektedir.

bb — Kefilin önce borçluya başvurma def'i: Bu kefalet de görülmektedir.

cc — Karşılıklı sözleşmelerde edimin ifa edilmediği def'i: BK.81 düzenler. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde taraflardan biri edimini yerine getirmeden dava açmışsa, davacı edimini yerine getir-

mediği sürece davalı edinim ifadan kaçınabilir. Bunu borçlu-nun ödenmediği def'i de denir.

dd- Sebepsiz zenginleşme def'i: Bir kimse nedensiz yere borca girmişse alacaklıya karşı bir hak ileri sürebilir.

— Sebepsiz yere girdiği borçtan kurtarılmasını isteme hakkı (sebepsiz zenginleşme davası).

— Sebepsiz zenginleşme def'i.

Senet mukabili 1000 L. ya aldığımız radyonun bedelini bir arkadaşımız haberimiz olmadan ödemiş, fakat biz de senedi ödemişsek ödediğimiz paranı sebepsiz zenginleşme davası ile geri alabiliriz. Ödenmişsek, fakat ödenmeyi için bize dava açılmışsa nedensiz zenginleşme def'iyle borcu ödemekten kaçınabiliriz. Def'i, nesnel haklar için de söz konusu olabilir.

Borçlu, def'i hakkını kullanmaktan vazgeçebilir fakat itirazdan vazgeçemez. Def'ler dayandıkları hukuki temele göre ikiye ayrılırlar.

1) Bağımlı def'ler: Kişisel, ya da nesnel bir hakka dayanan def'ler. Kişiye ait def'i hakkı, kişi hakkına dayanmaktadır. Kişi hakkı, sona erdiği zaman bu def'i hakkı da sona ermektedir.

2) Bağımsız def'ler: Her hangi bir alacak hakkı-

na bağlı olmayan ve her hangi bir alacak hakkından bağımsız olan def'ilerdir. Zamanaşımı def'i gibi.

Def'ilar başka bir farkla da ikiye ayrılabilir:

1) Geciktirici def'ilar: Kefilin peşinden def'i gibi. Sözleşmenin ödenmesi def'i de böyledir. Bunlarla sadece alacağı geciktirme söz konusudur.

2) Sürekli def'ilar: Alacağın kapsamına kesin olarak red etkili. Zamanaşımı, nedensiz zenginleşme def'ileri gibi.

Def'ilar tam ve kısmi def'ilar olarak da ayrılabilirler.

Def'ilar zamanaşımına uğramadıklarından her zaman kullanılabilirler. Bir şeyin yapılmamamasını talep ise zamanaşımına uğrar.

§4. EKSİK BORÇLAR (OBLIGATIO NATURALIS)

Eksik borç; dava edilemeyen, fakat ifa edildiğinde perceb ifa maliyetini taşıyan borçlardır. Eksik borçların ödenmesi hiçbir zaman haksız sayılamaz ve bağışlama hükümlerine tabi değildir. Başlıca eksik borçlar şunlardır:

1) Kumar ve bahis: BK. 504'e göre kumar ve bahisten bir alacak hakkı doğmaz. Zira bu, tehlikeli ve kanunlarsız mahvolmuş, değişikliklerine yol açmaktadır.

2) Edenme tellâliği ücreti: Edenme tellâllığı karşılığı ücret alınması hoş görülmediğinden bu, bir eksik borç sayılmıştır. Fakat bu bir borçlu ödenirse gerçek ifa niteliğindedir ve geri alınamaz.

3) BK 62'ye göre ahlâkî bir ödevi yerine getirmek için verilen şey geri alınamaz. Mesela okuluna yapılan yardım gibi.

4) Zaman aşımına uğramış bir borç ödenebilir. Böyle bir borç eksik borçlar ve zıya zamanaşımı def'i sözkonusu olmaktadır. Fakat borçlu def'i hakkını kullanmaz da borcunu öderse bu, geçerli bir ödemedir, geri alınamaz.

5) MK. 907, 908 ve BK. 64 gereğince başkasının malına elmen (zilyed) olan kimsenin, ya da başkasının malını sebepsiz yere kazanan kişinin o halde yaptığı giderler de eksik borç niteliğindedir. Çünkü BK, Roma ve Pandekt hukukununa uygun olarak zilyede yaptıkları masraflardan dolayı geri geri vermekten kaçınma (def'i) hakkı tanımaktadır. Burada bir dava hakkı söz konusu değildir. Bir adam geçersiz bir işlemle tarla alsa ve o tarlaya sonradan masraflar yapsa, tarlanın malikinin tarlayı geri almak için açtığı istihkak davasına karşılık olarak tarlanın

zilyedinin yaptığı masrafları geri almak için borçlu geri vermekten kaçınma hakkı vardır. Fakat dava açarak malikin masrafların ödemeye zorlayamaz.

6) Borçlunun belirli bir ödeme gününde dinini yetiştirebilmesi için yapması gerekli hazırlık eylemleri dava edilemez. (Nisanlanma, ünabit olup evliliğe icbar sebebi değildir. Bir tazminat davası söz konusu olabilir.)

7) Konkordato: Borçlu, alacaklısı ile bir anlaşma yaparak borçlarını belli bir oranda indirip ödeyebilir. Bu anlaşmaya concordato denir. Fakat borçlunun zamanla durumu düzelince borcunun concordatonun dışında kalan kısmı dilerse ödeyebilir, bu da gerçek bir ifadır. Çünkü ebsik bir borç söz konusudur.

8) Evliliğin devamı süresince kari-koca arasında cebri icra kapıştırması yapılamaz (MK.165). Bu, birlik ile bağdaşmaz.

9) Bir çocuğun reşit olsalar ve hatta ailesiyle (anne-babasıyla) birlikte yaşaması ve gelirlerinin geçimine harcaması halini düşünelim. Çocuk bundan dolayı, her bir zamanda alacak kapıştırmakta

pamaz. Fakat anne-babanın malları harcediliyorsa, o zaman reşit çocuk iştirak masasına alacaklı sıfatıyla katılabilir.

10) Tarafların anlaşmasıyla da bu borç eksik borç haline dönüştürülebilir. Devlet tahvilleri gibi.

§5. YARIŞAN (MÜTELÂHİK) HAKLAR

İki hak aynı sonuca yöneltilmişse bunlar arasında yarışma vardır deriz ve böyle haklara da yarışan haklar tabir olunur. İki nevi yarışma vardır:

1) a — İstemlerin yarışması: Bir kıla aktinin sona ermesi durumunda verilen malın geri alınması için iki tarafa sözleşme olmaktadır:

— MY.618'e dayanan mülkiyet (istihkak) istemi (rei vindicatio).

— BY.266'ya dayanan actio locati.

Burada biri kişisel, diğeri aynî iki istemin yarışması sözleşme olmaktadır. Her iki istemi de dermeyan etmek hak sahibinin yasasıdır. Birini ispat edememesinde diğerinden yararlanabilir.

İki kişisel istem de birbiriyle yarışabilir. Satılan bir malı istemek için satım sözleşmesinden doğan ola-

cak hakkı davasından veya bir senet vekâlnisse onu dayanılabilir. Borçlu bunlardan birini yerine getirdiğinde her iki hak da sona erer.

Terditli (kademeli) davaları istemlerin yarışmasından ayırmak gerek. Terditli davalarda da iki istem vardır. İlki asli istem olup isbat edilmediğinde ikinci istem ileri sürülürki bu da yardımcı istemdir. Meselâ avukat gördüğü iş için ücret istemekte fakat müşteri ile aralarında bir sözleşme olup olmadığını kabul kayamamaktadır. Burada asli istem, vekâlet, yardımcı istem ise vekâletsiz iş görmeden doğan davadır. Bir istihkak davasında asli istem, malı geri almak için açılan dava, yardımcı istem, doğurdu tazmini davasıdır. Yapılan bir tescilin hatalı olduğu ve düzeltilmesi istenilirse asli istem, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ve yardımcı istem, geri alınan (vefa) hakkı sözleşmesidir. Yanılgı, terditli davalara uzun süre cevaz vermedi ise de son yıllarda bu istihdamda dönmüştür. Terditli davalarda kusuruna karşı sebepsiz ilânı sürülmektedir. Bunu ilk defa Avus. HUMK şekli. HUMK'nun isviçre'nin Neuchatel kantonundan almmıştır. Fakat hiçbir zaman doğru söylemenin sınırları aşılmamalıdır.

2) b- Yenilik doğuran hakların yarışması: Boşanma sebeplerinden pek fena muamele ve hakaret ile zina sebeplerinin bir arada bulunması gibi.

3) c- Defilerin yarışması: Kefilin hem geçmişte ve, hem de zaman aşımı defini kullanma durumunda olması gibi.

Hakların yarışması; yasaların yarışması (aynı olay için hem genel, hem de özel bir yasa kuralının bulunması hali)ndan farklıdır. Yasaların yarışmasında şu ilke hâkimdir: "Hususî hükümler, umumî hükmü takyid eder." Kira sözleşmesinde temerrüt halinde karşı tarafın sözleşmeden dönme hakkı iki defa düzenlenmiştir. BK.106, genel hükümdür ve bütün sözleşmeler için uygulanır. BK.260 ise sadece kira sözleşmesine mahsus bir hükümdür.

§6. BORÇ İLİŞKİLERİNİN MUHTEVASI

I- Edim kavramı: Edim, borçlunun yerine getirmekle alacaklının mükellef olduğu ve istemek imkânına sahip bulunduğu şeydir. Bunlar çeşitli şekillerde olabilir: Kolay, yapmayı yapmamayı gibi...

II- Kişisel edim: Borçlunun çalışmasının ve fikri yapısının ürünü olan edimdir.

Maddî edim ise, borçlunun malvarlığından

yapacağı edimdir. Müteahhidin bir eser yapmayı üzerine alması kişisel, bir şeyin mülkiyetini nakletme borcu ise maddi edimdir. Şahsi ve maddi edim ayrımının şu faydaları vardır:

a — Kişisel edimlerde borçlu ödemezlik şartlarına düşerse, bu edimden kurtulur. Maddi edimlerde ise böyle bir durum sözkonusu değildir.

b — Maddi edimler, üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilebilir. Kişisel edimi ise ancak borçlu yerine getirebilir.

III — Olumlu ve olumsuz edimler: Edimlerin çoğu olumludur. Borçlu yapmama şeklinde de tezahür edebilir. BK'nda rekabet yapmama, edimi olumsuzdur. Olumsuz edimler, yalnızca kişisel şartlara doğrudur. Mesela satmama edimi altında olmayan rapmen satılan bir şeyin mülkiyetinin geçirimi buna dayanılarak iptal ettirilemez.

IV — Ani edimler, sürekli edimler: Mülkiyetin geçirilmesi gibi birden olan edimler ani edimlerdir. Bir şeyi kiraya verme ise süresince devam eden bir edimdir. Sürekli edimlerin bir tali çeşidi de dönemli (periyodik) edimlerdir. Kiracının kira borcu buna en güzel örnektir.

V — BK'sına göre borçlunun kişisel nitelikleri öner-

li değilse borç, başka bir kimse tarafından ödenebilir. Özellikle para borçları bu gruba girer.

VI- Edim borcunun çevresi, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Yeter ki B.K.19 ve belirlediği sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kalınabilsin. M.2'de belirtilen kurallar, sözleşmelerin yorumlanmasında önemli rol oynar.

§7. ÇEŞİT VE PARÇA BORÇLARI

I- Çeşit borcu: Bir çeşitten bir çeşitinden belli bir kararlaştırılan borçtur (genus borcu). Burada mühim olan miktar ve çeşittir.

Parça (species) borcu ise edim konusu bireysel olarak kararlaştırılan borçtur.

Bir de bu ayırma benzeyen nesnelerle ilgili bir tasnif daha vardır. Benzerli nesneler ve benzersiz nesneler.

Prensip olarak çeşit borcunun konusu benzerli nesnelerdir. Bazen benzersiz nesneler de çeşit borcunun konusu olabilir. Picasso'nun 3 tablosu gibi. Benzerli nesneler de parça borcuna konu olabilir. Şu olma sandığı gibi.

II- Çeşit borcunda seçim hakkı borçlunundur. Yani borçlu o çeşitin belli miktarını seçip

alacaklıya vesk. Fakat orta niteliklen daha aşağı olmayan almaya alacaklı zorlanamaz. (Mad. 70.)

III — Parça borcunda borcun konusu borçlunun kusuru olmaksızın ortadan kalkarsa borçlu borçtan kurtulur. Buna karşılık cesit borcunda borçlu, bir cesitten belli bir tutar vermeyi borçlanmıştır, borcu devam eder. Çünkü genus non pereit. Cesit borcunda Pandekt ve eski Roma hukukundan beri borçlu, edim konusunu o cesitin içinden ayırt etmiş ve onu bir parça borcuhaline getirmiştir. specification Kusuru olmadan o konunun yok olmasından sorumlu tutulmayacağı kabul edilmektedir. BK.183/II de bu kuralın bir ifadesidir. Bunun neticesi olarak borçlu kusursuz imkânsızlık halinde borçtan kurtulur. Yani parça borcunda belli bir cesit alacaklının elemetine mukabil cesit borcunda belli bir borçlu yüklenmektedir. (aynı cesit, benzer kalitede)

IV — Sınırlı cesit borçları: Borçlu genis bir cesitin içinden değil de belirli bir küme içinden borcunu ödeme durumundaysa (su depodaki kömürden beston gibi) ancak bütün küme ortadan kalkarsa o zaman borçlu borçtan kurtulur. Borçlu o kümenin içinde orta niteliktekilerdi seçerek borcunu öder. O yığın içinde

bir kaç alacaklı varsa ve yeterli bir kısım yok olmuşsa alacaklıları arasında alacakları nisbetler oranında paylaştırılır.

V — Para borçları:

a — En önemli edim çeşiti paradır. Para-genis anlamda — ekonomik değerleri ölçen ve mübadele aracı olan her türlü taşınır maldır. Dar ve hukuki anlamda ise devletçe tanınan ödeme aracıdır ve alacaklı bunu kabul zorundadır. Aksi halde alacaklı temerrüdüne düşmüş olur ve borçlu da borcundan kurtulur. Buna paranın geçerliği denir. TC paralar, kapit paralar (asl ödeme gücü olan bunlardır.) ve metal paralar (50 L. ya kadar olan alacaklı kabule mecburdur.) dan oluşur.

b — Para borcu, kural olarak çeşit borcudur. Para borcu olarak da kararlaştırılabilir. BY. 83/1'e göre Türkiyede Türk parası ile ifade edilmiş borçlar ancak lekel parasıyla ödenir. Paranın ödeme gücünde itibari değeri göz önünde tutulur. MK. 2 deki dürüstlük kuralı göz önünde bulundurulmak suretiyle itibari değer daima sabittir.

Bazan sözleşmelere altın kaydı sözleşmesi de eklenmektedir. Şöyle ki

c — Altın para kaydı: Altının değeri sabittir. Sadıkan

altınla ödenir

eşyanın değeri altın para ile tespit edilir.

— Altın değer kaydı: İfa, alınan eşya için ifa zamanındaki altın değerine göre yapılır.

Bazı ülkeler altın kayıtlarını devlet düzenine ve paranın itibarına aykırı ve geçersiz saymışlardır. Bugünüz çağımızda kazanamamıştır. 19.2.1947 tili YIBK na göre bizde ve İsviçrede altın para kayıtları geçerlidir.

VI — BK. 83/II'ye göre yabancı para borcu da kural olarak yabancı para ile ödenmelidir. Fakat borçlunun yine de bir seçim hakkı vardır. Borçlu ayrıca bir anlaşma olmadıkça yabancı para borcunu ödeme günündeki eşitlik dan Türk parasıyla da ödeyebilir. Bu tür borçlara para çeşidi borçları denir. Döviz tahditleri yüzünden para bulunmaz tarafların amacına bakılır. Mutlaka o paranın ödenmesi amaç güdülmüş, fakat o para bulunamıyorsa borçlu kusursuz imkânsızlık (BK. 117) yüzünden borcundan kurtulur, fakat aldığı edimi de geri verir.

§8. SEÇİMLİK BORÇLAR

I — Alacaklının, ya da borçlunun seçimine göre bir kaç edimden yanlız biri ödenecekse buna seçimlik borç denir.

Bu, çeşit ve parça borçları için söz konusu olmaktadır.

II— BK.71 gereğince seçimlik borçlarda tersine anlaşma yoksa seçim hakkı borçlunundur. Anlaşmayla bu hak, alacaklıya da tanınabilir. Seçim hakkı, kullanıldığında belirsiz edim konusunu belirli hale getirdiği için değiştirici gücü doğuran bir haktır. Hakkın kullanılmasıyla yenilik doğuran işlem oluşur. Tek taraflı irade açıklamasının karşı tarafa ulaşması gerekli ve yeterlidir.

Borçlu, seçim hakkını kullanmazsa:

a— Seçim hakkı olmayan taraf, diğer tarafa dava eder. Alacaklı, dilediği konu için kaçınılmaz yapabilir. Borçlu itiraz etmezse borç, o edimin yerine getirilmesiyle ödenmiş sayılır. Fakat kaçınılmaz sırasında borçlu dilediğini vererek borcundan kurtulabilir. Alm. §264 de aynı çözümü benimsemiştir.

b— Alacaklı seçim hakkına sahipse ve bu hakkını kullanmıyorsa alacaklı temerrüdüne düşmüş olur. BK.94'e göre bu durumda borçlunun rücu (sözleşmeden dönme) hakkı tanınmıştır.

III— Seçimlik yetki (fakultas alternativa): Seçimlik borçta iki edim konusu vardır. Seçimlik yetkide ise borcun konusu tektir. Şu kadar ki borçlu, onun yerine yedekedim denilen edimi vererek borcundan kurtulabilir. BK.83/II'deki

yabancı para borcunda olduğu gibi.

§9. ZARARIN TAZMİNİ

I— Bir çok borçların konusu (zararın tazmini) ödemedir. Bunlara tazminat davaları denir. (Haksız fiil, genel davranış kurallarına aykırılık; borca aykırılık ise belli bir bir borçlilişkisine aykırılıktır.) Hukukumuzda kusur prensibi yürürlükte-dir. Ancak kusur varsa zararın tazmini dava edilebilir. Modern hukukta objektif (kusursuz) sorumluluğa da yer verilmeye-lup istisnâîdir. BK.42 v.d. md.lerde haksız fiilden doğan zararların tazmini ile ilgili kurallar getirmiş, tazminat ile ilgili müessesesi düzenlemiştir. BK.98/II ise haksız fiilden doğan zararın tazminine ilişkin kurallar, borca aykırılıktan doğan zararların tazminde de kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmektedir.

II— Zarar, malvarlığındaki eksilmedir. Kişi varlığına yapılan tecavüzler bizim anlattığımız manada zarar değildir. Bu gibi durumlarda bundan dolayı maneviî tazminat davası açılır.

Zarar, bir kimsenin malvarlığından onun isteğine aykırı olarak ya da isteği olmaksızın yapılan eksilmedir. Bir kimsenin kendi isteğiyle yaptığı harcamalar zarar olmayıp masraftır. Kiracının kira konutuna masraf yapması gibi. Eğer haksız fiilin zararlı sonuçlarından kurtulmak için masraf yapılmışsa, istekle-ble olsa bunlar zarar sayılır. Yardımcının tedavi masrafları gibi.

III — Zarar, malvarlığının şimdiki durumuyla zarar verici olay olmasaydı bulunacağı durum arasındaki farktır. (Interesse: kötü olayın olmamasındaki ilgi.)

Zarar çeşitli açılardan tanımlanabilir:

1) Eylemli zarar (damnum emergens): Malvarlığının doğrudan doğruya uğradığı zarardır. Kuşura ile bir kimsenin olayın olduğu anına gibi. Kazançtan yoksunluk. Kuşura

2) Dolayısıyla uğranılan zarar (lucrum cessans): Kazanç yoksunluğu şeklinde olur. Malvarlığının artışının engellenmesidir.

Malvarlığının aktif ve pasif kalemlerden oluşmasına göre de zarar tasnif edilir:

1) Malvarlığının aktifinin azalmasıyla meydana gelen zarar.

2) Malvarlığının pasifinin çoğalmasıyla meydana gelen zarar. MK. 320'ye göre aile reisinin sorumluluğu, kendisiyle birlikte yaşayan reşit olmamış çocukların üçüncü kişilere verdikleri zararı kapsar. Burada ev reisinin pasifi çoğalmaktadır. Bu zararın yanında çalışanlara rücu edebilir. Kaza: EK 55/100.

IV — Zarar (sözleşmeler hukukunda) başka açıdan olumlu ve olumsuz zarar olarak taksim edilir.

1) Olumlu zarar: Sözleşmenin hiç yerine getirilmemesi ya da geciktirde yerine getirilmesi yüzünden uğranan zarardır (müspet zarar)

2) Olumsuz (menfi) zarar: Sözleşmenin kurulmuş olması yüzünden yani bu sözleşme kurulmasaydı uğranmayacak olan zarardır.

BY.26 "sözleşmenin geçersiz kalmasından uğramılan zarar" dan bahsetmektedir. Hatanın sakatlanması (yanılmaşı gibi) bir konusu olmaktadır. Kişi kendi kusuruyla yanılmışsa karşı tarafın sözleşmeden dönme yüzünden uğradığı tazminde mükellftir. Menfi zarar, güvenden doğan zararır. Olumlu (müspet) zarar ise sözleşme yüzünden uğramılan tüm zarardır.

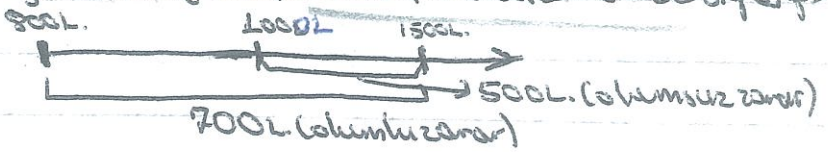
Menfi zararın kapsamına şunlar girebilir:

— Sözleşme kurma masrafları (harçlar gibi),

— Sözleşmeyi yerine getirmek amacıyla yapılan masraflar (gönderme masrafları gibi),

— Yapılmış edim yüzünden uğramılan zararlar,

— Sözleşmenin geçerliğine üçüncü kişilerin yaptığı teklifleri red yüzünden (kaçırılan fırsatlar sebebiyle) uğramılan zarar.



§10. TAZMİNATIN SINIRLARI

I- Nedensellik (illiyet) bağı:

Zarar veren, fiilinin bütün sonuçlarından sorumludur. Yeter ki fiiliyle ortaya çıkan sonuçlar arasında illiyet bağı bulunsun. BK. nedensellik ilişkisini tanımlamaz. Doktrinde bu konuyla ilgili bir çok görüşler ileri sürülmüştür. Illiyet rabıtası cezai hukuki bakımından da önem taşımaktadır.

a— Zararın tazmin borcu için fiilin, zararlı sonucun tek sebebi olması gerekli değildir. Başka sebeplerle birlikte bulunmuş olması da yeterlidir.

b— Failfiilin yalnız doğrudan doğruya olan zararlı sonuçlarından değil, dolayısıyla olan zararlardan da mesuldür.

c— Failin, fiilinin zararlı sonuçlarını bilmesi gerekmez. Fiili istemiş olması yeterlidir. Sözleşmeler hukukunda, sözleşmeye aykırılıkla bağlı önceden görülemeyen zararlı sonuçlardan da sorumludur. Borçlunun temerrüdünde olduğu gibi. Temerrüt sırasında ifa konusu yok diye (borçlunun kusuru olmaksızın edimin imkânsızlaşması - kaza), borçlunun olumsuz kazadan sorumlu olmaması gerekirken bu da kazadan da sorumludur.

d— Nedensellik bağının sonuca kadar sürmesi, yani - başka bir deyişle - başka bir olay tarafından kesilmemesi gerekir. Kuralımız N_2O ——————→ eve kötü bakışım fakat bu sırada N_1 o ——→ . . . . . o S evin depremden yıkıldığını düşünelim. Burada kiracıyı ancak evde vardığı zararlardan sorumlu tutabiliriz. Böyle olaylara müdbiu sebep denir [Borçlunun sorumlu olmadığı haller ikidir: Kaza (hırsızlık gibi) ve mücbir sebep (deprem gibi).]

e— Hukuka aykırı fiil olmasa bile zarar yine meydana gelecek olsa bile borçlu, sorumluluktan kurtula-

maz. Meydana bordu, edimini 1/1/1974 yerine getireceği hal-de 8.1.1974 de yerine getirse borca aykırılıktan dolayı verdiği zarardan sorumludur. 1/1/1974 de dahi borcunu yerine getirseydi dahi alacaklı yine zarara uğrayacak olsa bile borçlunun sorumluluğu devam eder.

f— Borçlu, ifanın vaktinde olması halinde bile alacaklının sonradan meydana gelecek olaylar yüzünden zarara uğrayacağını ispatlasa bile sorumluluğundan kurtulamaz.

g— Birçok kişinin zarara sebep olması halinde:

— Ortaklaşa nedensellik bağı: Zararlı sonucun birçok kişinin fiilinin bir araya gelmesiyle meydana gelmesi durumudur. BK. 50'ye göre zarar gören zarar verenlerden her hangi birine başvurarak zararın tamamının tazminini isteyebilir. Ödeyen de diğerlerine rücu eder. Bu tür sorumluluğa dayanışmalı (solidaire, müteselsil) sorumluluk denir.

— Tarışan (müteâkip) nedensellik bağı: Birçok kişinin her birinin fiilinin tek başına zararlı sonucu gerçekleştirmeye yeterli olması halidir.

— Seçimlik nedensellik bağı: Birçok kişinin fillerinden birinin zararlı sonucu meydana getirdiği belli, fakat hangisinin fiilinin olduğu ise belli olmaması hali-

dir. Bundardan hiç biri sorumlu tutulamaz. Ancak bu kişilerden her biri hukuka aykırı durumdaysalar ya da tehlikeli bir durum yaratmışlarsa her birini sorumlu tutmak mümkündür.

— İhmal (yapmamak) da hukukta tazminat borcu doğurabilir. Tabi ki o işi yapma yolunda hukuki bir mükellefiyet bulunsun.

— Nedensellik bağı mantık açısından sonsuzolabilir. Bu durumda kişiyi yaptığı bütün fiillerinden sorumlu tutmak imkânsızdır. Müşterinin, terzinin paltosu zamanında yetiştirememesi yüzünden müşterinin bir uçak kazasında ölmesi gibi. Bundan dolayı uygun nedensellik teorisini kabul etmek en uygunudur. Tam bir fiilin doğurmaya elverişli olduğu zararlardan sorumluluk vardır. Tam sözkonusu olan fiilin hayat tecrübelerine göre o zararı sonuç meydana getirmeye elverişli olup olmadığı kıstas alınmaktadır. Uygun nedensellik teorisinin zahiri de bu yöndedir. Haksız fiilin faili, sebep olduğu uygun zararlı sonuçlardan sorumludur. Bu teoriyi bilhassa Alm. Rumelin savunmuştur. Burada zararın biraz daha daraltılması söz konusudur. Başka teoriler de vardır. Üstün sort teorisi gibi.

Nedensellik bağını ispat yükü zarar görene düşer. BK.62'ye göre yargıç, işlerin doğal gidişine göre nedensellik bağının varlığına karar verebilir.

J— Kazanç yoksunluğunun ispatı da zarar görene düşer. Normal bir kazançtan yoksunluk için tazminat istenmesi sözkonusudur. Vaktinde ödenmeyen bir alacak hakkı için normal bir kazançtan yoksunluk istenmesi gibi.

II— Yararlanmaların hesaba katılması: Bir kamyon ata çarpıyor ve at da ölüyor. Atın değeri 2000L.dır. Fakat derisi 300L.ya satılıyor. Böylece atı öldüren kişi, bu zararlı sonuç yanında bir de faydayı sağlamaktadır. İşte bunun (300L.nın) atın değerinden indirilmek suretiyle tazminatın tesbiti gerekir. Bir evin yanması sonucu tuğlaların sağlanması gibi.

Yanan bir evin enkazında define bulunmasılmasında durum ne olacaktır? Çok taraftar toplayan görüşe göre bu durumda yararlanmalar hesaba katılmaz. Çünkü yararlanma ile zarar verici olay arasında nedensellik bağı yoktur. Kipp gibi aksi görüşü savunanlar da vardır.

Yararlanma olaylarında sigorta paradan indirilmez. Malan tazminat davalarında tam tazminat hükmolunur. Zira burada zarar görenin bizzat yaptığı bir fedakâr-

Tek söz konusudur.

III- BK.43/1 → Yargıç, kusurun derecesine göre tazminatı derecelendirir. Kusurun ağır olması halinde ise tam tazminata hükmedilir. Bu hükük, İsv. MK'nın özel bir esnekliği getirmekle ve Roma, Pandekt ve Alm. hukuklarından bu konunu ayıran bir özelliktir. (Kusur ikiye ayrılır: Kast ve ihmal. İhmal de ağır ve hafif ihmal olmak üzere iki türdür. Kusurun ağırlığı durumu göre tespit olunur. Bir şoförün ön bakımın kaçınılmamasındaki kusur ağır ihmal ile arka bakımın kaçınılmamasındaki kusur hafif ihmal farklıdır.) (kalabalık caddede / ıssız caddede)

BK.44 → Zarar hafif ihmal neticesi meydana gelmişse ve zararın tazmini borçluyu zaruriyete düşürecekse yargıç, hakkaniyete uyarlanarak tazminatı indirir, ya da tamamen kaldırır. BK.43, başka durumları göz önünde tutma imkânı verir. Yanan bir sigarayı atmanın doğurduğu büyük zararlar gibi.

§11. ZARAR GÖRENİN ZARARA BİRLİKTE SEBEP OLMASI

I- Failin, zararlı sonucun tek sebebi olması gerekli değildir. Başka sebeplerin bir araya gelmesiyle zararlı sonuç meydana gelmiş olabilir. Örneğin zarar görenin

kendi davranışıyla zararlı sonuca yol açması gibi. Kiralık bir apartmanın içice aydınlatılmamasından dolayı birocanın, ayağını kırması gibi. Buna birlikte (müterafik) kusur denir. Fakat burada kusur değil birlikte sebep olma sözkonusudur. Bu yüzden birlikte sebep olma tabirini kullanmak gerek.

II— BK → 44; Zarar görenin zarara birlikte sebep olması durumunda yargıç, tazminatı ya indirir, ya da red eder. Burada yargıcın takdiri sözkonusudur.

1)— Failin kasdı sözkonusu ise, zarar görenin birlikte sebep olması hataba katılmaz.

2)— BK.44 hükmü, ancak ağır ya da hafif ihmal hallerinde uygulanır.

III— BK.44' deki birlikte sebep olmayı şu şekilde sınıflandırabiliriz:

1) Zararın doğumuna birlikte sebep olma: Zengin birinin uşağına içinde ne olduğunu söylemediği bir zarfı vermesi durumunda uşağın bunu önemsiz bir şey zannederek kaybetmesi gibi.

2) Zararın artmasına birlikte sebep olma: Hatalı fiil sonucu meydana gelen yaranın gerekli tedavinin gösterilmemesi yüzünden azalması gibi.

Orta çağda müslümanlı bir kimsenin ölüsü,

Kasten olmalıdır. Bu, objektif bir ölçüttür.

§12. TAZMİNATIN ÇEŞİTLERİ

I- Aynen tazmin - Parayla tazmin:

1) Aynen tazmin: Malvarlığında uğranılan eksikliğin yerine konmasıdır. Kırılan camın takılması gibi.

2) Nakden tazmin: Parayla tazmindir. Kırılan şeyin bedelinin ödenmesi.

Alm. MK, prensip olarak aynen tazmini kabul etmiştir. Fakat istisnalar da getirmektedir.

Roma hukuku, Fransa ve İngiltere hukuklarında prensip nakden tazmindir. BK'mız ise 43. md. hükmüyle yargıca bir takdir hakkı verilmiştir. Fakat bu takdir hakkı zarar görenin istepi ve borçluya en az kulfet yükleyecek biçimde kullanılmalıdır. Genel olarak para ile tazmine hükmetmek isabetlidir.

II- Eski - yeni farkının zararın tazminde gözönünde tutulması:

Hiç kimse eski bir mal almaya zorlanamaz. Bilhassa, giyim gibi konularda eski - yeni farkına dikkat etmeksizin tam tazminata hükmetmek gerek. Fabrika makinesi, motor lastiği gibi eşyalar zamanla nasıl olsa yenileneceğinden bu gibi durumlarda eski yeni farkı düşürülür.

III- Bazı neslerin maddî değerleri yanında manevî değerleri de vardır. Bu gibi durumlarda manevî tazminde hükmetmek suretiyle zarara uğrayan kısmın acısı azaltılmış olur.

IV- Bir nesne üzerinde malsahibinin ilgisi o nesnenin objektif değerinden daha aşağıda olabilir. Meselâ yıkılmakta olan bir evde malikin ilgisi tuğla v.s. kadar kadardır. Fakat bu zararın vukuu halinde hak sahibine evin objektif değerini tazmin hakkı tanınmalıdır. Evini başıslamayı düşünen kimsenin evle ilgisi hiç yok gibidir (paralel). İçinden biri o eve zarar verdiğinde ev sahibine yine zararın tazmin hakkı tanınmalıdır.

V- Bölümsel zarar: BK. 43, yargıcın tazminatı takdir edeceğini belirtir. Yargıç, takdir yetkisine dayanarak bazı durumlarda bir malın belli bölümüne zarar görmesi halinde zararı nesnenin tümüne şamil tam bedelini tazmin ettirebilir. Yeter ki o mal tamir edilebilsin hakkıbi için bu değerlerde olmasın. Mal da zarar verende kalır. Meselâ A, oto kiraya veren sirket S'den bir oto kiralıyor. Fakat A, otoyu kusuruyla çaldırıyor. Bu durumda işletme S, yine malikdir, fakat elinden yoksundur. Dilerse kusursuz mülkiyet davası açmak takip edebilir. Fakat bunu yapabileceği belirsiz olduğundan yargıç, buradaki elinden, mülkiyet kaybına eşit

sayarak otomen tam değerini öte kiracı A'dan tazmin ettirebilir. Fakat müllüyet işlemi de bundan sonra kiracı A'ya verilir. Böylece bu olayda kısmi bir zarar sözkonusu olduğu halde bu, müllüyet hakkının tümüne teşmil edilmiştir.

VI — Zararı ispat davacıya düşer. BK.42/C → Eğer zararın tutarını tam olarak tespit mümkün olmazsa yargıç, işlerin olağan gidişini göz önünde tutarak tazminatı takdir eder. Pandekt hukukunda beri zarar potansiyel olacaksa yani bir seçim hakkı tanınmaktadır.

1) — Alacaklı dilerse zararın doğumu anındaki tutarını isteyebilir. Buna ayrıca hüküm gününe kadar dan faizleri de eklenir.

2) — Zarar gören dilerse zararın yargı günündeki değerini tazminat olarak isteyebilir. Ayrıca faiz eklenmez.

VII — Doğumu kesin olan gelecekteki zararlar için de tazminata hükmedilebilir. Mesela A, bir kaza dolayısıyla çalışma gücünü kaybetmiştir. Bu durumda bir takım cetvellerle onun çalışma gücü tespit edilerek kaybettiği çalışma gücü oranında tazminata hükmolunur.

Gelecekte doğumları şüpheli olan zararlar için şimdiden bir tazminat ~~tespiti~~ sözkonusu olamaz. Ancak doğumları halinde tazminat sözkonusu olabilir.

§13. MANEVÎ TAZMINAT

I- BK'a göre zarar mahkemelerindeki eksilmedir. Kişi varlığını ilgilendiren acılar, istiraplar dolayısıyla gerçek anlamda bir zarar söz konusu değildir. BK.49, kişilik haklarına tecavüz halinde manevi tazminat (genugtuung - gönül almak) istenebileceğini söylemekledir. Bu, mukayeseli hukuk açısından önemli bir kural olup Fr. ve Alm. MK.larında yoktur. Huber, bunu MK.24 hükmüne eklemek istediğinde basın tarafından tepkiyle karşılanmıştır.

MK.24/f → Manevî tazminat, ancak kanunun gösterdiği hallerde istenebilir. BK'nun revizyonu sırasında Huber, BK.49 ile manevî tazminatı genis anlamda kapsayan bir prensip koymuştur. Böylece BK.49, manevî tazminatın genel prensibi olmaktadır.

Başlıca özel manevî tazminat istenebilecek şunlardır:

- İsmin gasbı,
- Evlilik vaadi,
- Boşanma,
- Nişanın bozulması,
- Adam öldürme,
- Cismanî zarar,
- Bakımlık davası v.s.

BK.49. kişilik haklarına her türlü tecavüz halinde maneviî tazminat davası açılabileceğini belirtmektedir. Fakat 2 şart aranmaktadır.

— Kusurun ağırlığı (kast ve ağır ihmal).

— Ihlâlin ağırlığı.

Halbuki özel maneviî tazminat hallerinde bu gibi şartlar aranmamaktadır.

II — MK.85/II, maneviî tazminat isteminin zarar görenin mirasçılarına geçmesini düzenlemektedir. Halbuki bu hükmün BK.49'a eklenmesi gerekirdi.

MK.85/II'ye göre kural olarak maneviî tazminat istemi mirasçılara geçmez. Ancak iki istisnaî durum vardır:

— Maneviî tazminat davasının, zarar görenin sağlığında açılmış olması hali.

— Maneviî tazminat davasının açılacağının karşı tarafca kabul edilmesi hali.

Zarar görenin, zarar yerini af etmesi halinde maneviî tazminat davası açılamaz.

III — BK.49, kural olarak bir paranın ödenmesine hükmolunacağını söylemektedir. Fakat mahkeme hükmünün ifası gibi yollara da başvurulabilir.

II. Bölüm
SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR

§14. HUKUKÎ İŞLEMLER VE SÖZLEŞMELER

I – İnsan fiillerini ikiye ayırmak mümkündür.

A – Hukuku ilgilendirmeyen fiiller.

B – Hukuku ilgilendiren fiiller: Hukuk düzeninin önemli görerek sonuçlar bağladığı fiillerdir. Bunlar da ikiye ayrılır:

A) I – Hukuka aykırı fiiller:

1) Genel davranış kurallarına aykırılık demek olan haksız fiiller.

2) Borca aykırılık: Borca aykırılık üçe ayrılır.

a – Kusurlu imkânsızlık (BK. 96).

b – Borçlunun temerrüdü (101 vd.)

Staub'a gelinceye kadar borca aykırılık iki olarak biliniyordu. Staub buna üçüncüyü ilâve etti.

c – Kötü ödeme.

BK. 96'da borca aykırılığın iki şekli sayılır.

– Kusurlu imkânsızlık;

– Kötü ödeme (Kanun burada bir çeviri hatası dolayısıyla "geçersiz" gibi, tabiî yerine "kusurlu ifa" tabiri kullanılmıştır.)

BK.101 v.d. ise "borçlunun temerrüdü"nü düzenlemekteydi.

B) II — Hukuka uygun fiiller: Psikolojik unsura göre hukuka uygun fiiller üç grupta toplanabilir:

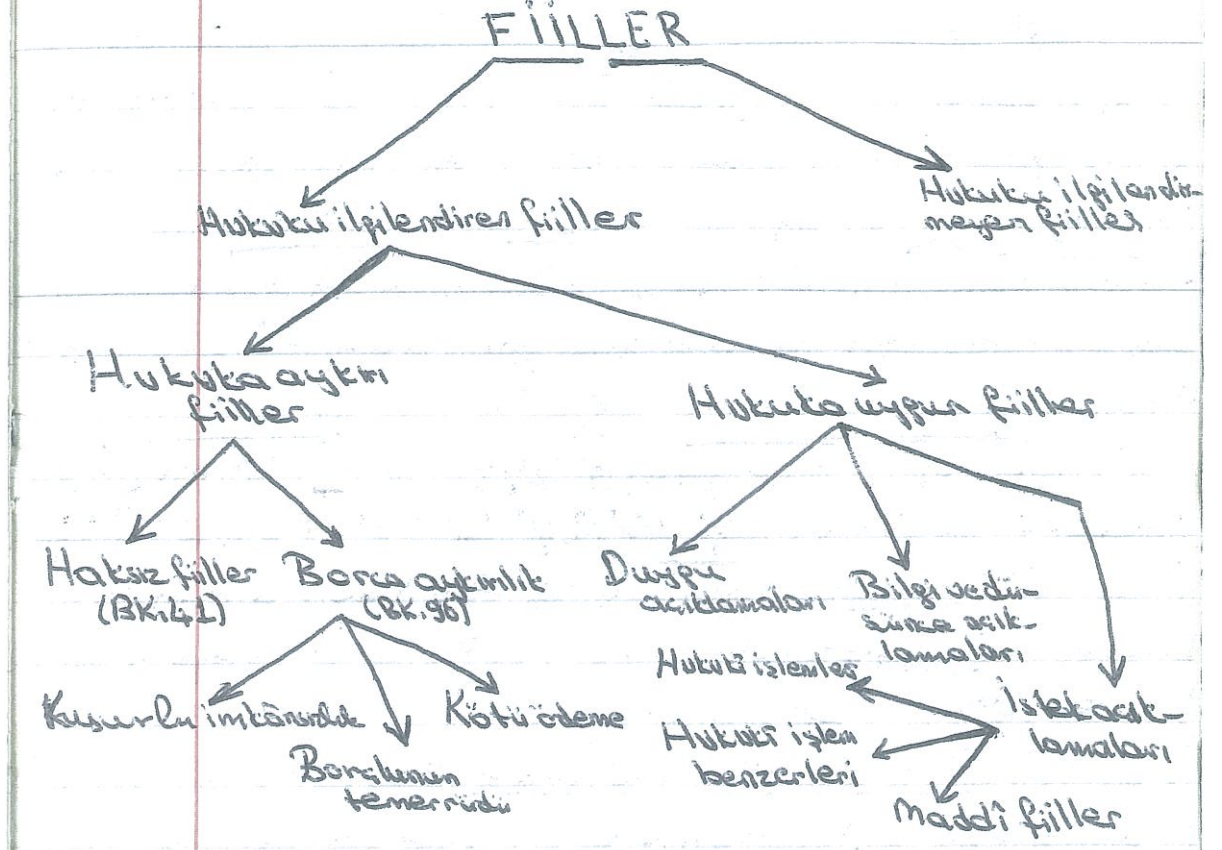
1) Duygu açıklamaları: Burada bir hukuki sonuç doğuran bir duygu açıklaması söz konusudur. Zinada, manevi tazminat (mesela hakaretle) davasında af gibi.

2) Bilgi ya da düşünce açıklamaları: Bir olay hakkındaki düşünce ya da bilginin açıklanması söz konusudur. Borç tanınması (ikrarı)nda olduğu gibi. Bilgi açıklaması karşı tarafta da aynı bilgiyi yaratma amacını güdüyorsa buna bildirim denir.

3) İstek (irade) açıklamaları: Bunlar da üçe ayrılmak mümkündür:

a — Hukuki işlemler: Hukuki işlem, bir hukuki sonuç doğurmağa yönelmiş istek açıklaması demektir.

b — Hukuki işlem benzerleri: Burada da istek açıklaması söz konusudur. Fakat hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş değildir. Ama hukuk düzeni buna bir sonuç bağlamaktadır. Mesela borçlunun borçlu 3 demesi durumunda alacaklının yaptığı ihtar, bir hukuki işlem benzeridir. İhtarda bulunan istememiş olsa bile buna hukuk düzenince hukuki bir sonuç bağlanmaktadır.



c—Maddi fiiller: Burada istek, yalnızca dışalemde maddi bir değişiklik yapmağa yönelmiştir. Fakat hukuk düzeni buna bir sonuç bağlamaktadır. Bir heykelt raşın başkasına ait bir ağaç kütüğünden heykel yapması (işleme, bir başkasına ait olan) durumunda, hukuka aykırı bu-rada irade hukuki bir sonuç doğurmağa yönelmediği halde hukuki bir sonuç bağlamaktadır. Elmanın çaçılmasında de irade, maddi bir değişiklik yapmağa istek olduğu halde hukuk düzeni bunu sonuç bağlamaktadır.

Bu ayrım (temel), XIX. asır doktrinin bir ürünüdür.

Bazen açıklanmamış, tamamıyla iç dünyada kalan olaylar da hukukan göz önünde tutulur. Mürevvi tazminat davası için aranan ihlâlin ağırlığı şartı gibi. Kast, ihmal gibi olaylar da psikolojik olmasına rağmen hukukan değeri vardır. Yanılma, hukuki işlemin bozulma sebebi olarak kabul edilmiştir. Bir hak kazanabilmek için hüsnüniyet şartının aranması durumu da bir diğer örnektir.

II- İstek açıklamalarının nevileri: BK'na göre istek açıklamaları ya sarih, ya da zımnî olarak yapılabilir.

1) Sarih istek açıklaması: Başkaca durumlara başvurmağa gerek kalmaksızın doğrudan doğruya anlaşılabilen istek açıklamasıdır.

2) Zımnî istek açıklaması: Ancak içinde bulunduğu durumdan kendisinden bir anlam çıkarılabilen istek açıklamalarıdır. Gazeteye parayı verecek vaktiyle gazeteyi alma gibi. Zımnî istek açıklamaları ikiye ayrılır:

a) Açık olmayan sözlerle istek açıklaması. Anlıyorum gibi.

b) Açık olmayan fiillerle istek açıklaması: Satmak için gönderilen kitabı okumak, bir zımnî istek açıklamasıdır. Karşı tarafa ayrıca bir irade açıklamasında bulunulmuş. Fiilden böyle bir istek açıklamasının bulunduğu anlaşılı

Fiil ile danıştık açıklamalarına istek (irade) faaliyeti da denir. Zımni istek faaliyeti, gizlenek amaçlayapılmış olsa bile yine geçerlidir. Mesela mirasçının tereke malından harcama yapması durumunda, mirası kabul etmiş sayılır. Hatta bu harcama faaliyeti gizli yapılsa bile irade faaliyeti var sayılır.

III— İstek karineleri ve varsayımlar: Yasa bir takım durumlarda isteğin bulunduğunu karine olarak kabul etmektedir ki bunlara istek karineleri denir. Yasa bir takım durumlarda ise isteğin bulunduğu yolunda bir varsayım (fanpsiye - fiktion) koyar. Yasanın varsayım kabul ettiği durumların aksi ispatlanamaz.

1) İstek karineleri: Yasa bir takım durumları, belirli iradelerin varlığına karine saymıştır. BK.16 → Sözleşenler, aslında bir biçime bağlı olmayan bir sözleşmenin belli bir biçimde yapılacağını kararlaştırmışlarsa, böyle bir anlaşma sözleşmenin yapılacağı biçimin, ispat biçimi değil de geçerlilik biçimi olduğuna karinedir. (Biçim iki türdür: İspat biçimi, hukuki işlemin varlığını ispat için kullanılır. HUMK.288, 500 L'yi aşan değerdeki hukuki işlemlerin ancak yazılı bir biçimle ispatlanacağını belirtir. Geçerlilik biçimi, taşınmazın satımı, kefalet v.s. gibi durumlar bir biçime bağlanırlar, buna da geçerlilik biçimi denir.)

BK.2 → Sözleşenler, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa bu uyuşma, sözleşmenin kurulduğuna karine sayılır.

Böyle karine koyan yasa kurallarına yorum kuralları denir. (Praesumptio Iuris, ve praesumptio hominis).

2) Varsayımlar: Yasa, bir takım olayları bir takım istekleri varlığı için kesin kanıt saymaktadır. Tersi ispat edilemez. BK.31 → Yanılan, aldatılan ya da korkutulan kimse; işin gerçeğini öğrendiklen, ya da korkunun ortadan kalkmasından başlayarak bir yıl içinde itiraz etmezse o sözleşmeyi kabul etmiş sayılır. Bu, bir varsayımdır.

BK muzda teknik bir dil kullanılmamıştır. Karine ve varsayımbrancak hukuki tefsirle anlaşılabilir. Nesel BK. 263'ün dilinden varsayım gibi bir anlam çıkmakta ise de bu hükümdür bir karinedir.

IV — Varması gerekli olan ve olmayan istek açıklamaları: Hukuki hayatta istek açıklamalarının büyük bir çoğunluğunun karşı tarafa yöneltilip varması gerekli dir. Meselâ kiralanan evi iyi kullanmayan kiracıya ev sahibinin gönderdiği fesih açıklaması varması gerekli bir iradeyi açıklamasıdır. Fakat az da olsa bazı istek açıklamalarının karşı tarafa varması gerekli değildir. Ödül mükâfat vaadi, vasiyetname gibi. BK.8 → ilan yoluyla mükâfat vermeden bahseder-

Meselâ bir zenginin, bir mikrobu öldürecek ilacı bulanlara mükâfat verme vaadinde bulunmasını düşünelim. Burada iki görüş vardır:

1) — Sözleşme teorisi: İlânı yapan bir öneride bulunmuştur. Vaad edilen ödülü alabilmek için karşı tarafın bu ilânı okuması gerekiyor ki sözleşme kurulmuş olsun. Yetersiz bir görüştür.

2) — Policitatio (tek yanlı istek açıklamasından mükâfat borcunun doğmalı) Teorisi: İlânı okumak gerekmediği gibi vaadenin karşı tarafa varması da gerekmez.

Takasta karşılıklı borçların sükûtu gibi yenilik doğuran işlemlerde istek açıklamalarının muhatabına varması gerekir. Geçen yüzyılda tahkikatları ağır olan bir istek açıklamasının ne zaman sonuçlarını doğuracağı hakkındaki görüşleri dört grupta toplayabiliriz:

1) Açıklama teorisi: Buna göre istek açıklaması, açıklanır açıklanmaz sonuçlarını doğurur.

2) Gönderme teorisi: İstek açıklaması (meselâ satım sözleşmesinde satıcının mektubu göndermesi gibi), gönderildiği andan itibaren sonuçlarını doğurur.

3) Varma teorisi: İstek açıklaması, karşı tarafa varan yandığı andan itibaren sonuçlarını doğurur.

4) Öğrenme teorisi: İstek açıklaması, muhatabın öğrenmesi anından itibaren sonuçlarını doğurur.

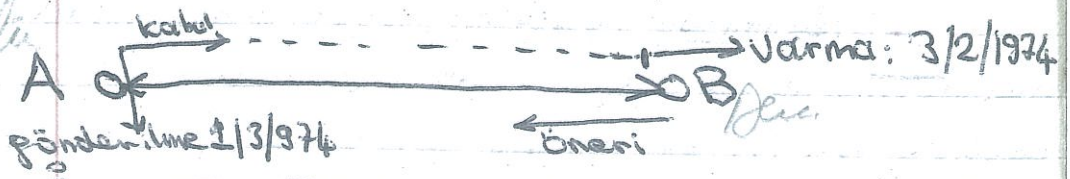
Bunlardan en çok varma teorisi taraftar toplamıştır. Alm. MK, varma teorisini kabul etmiştir. İsv.- Türk BK, prensip olarak varma teorisini esas almış, fakat bunun yanında gönderme ve öğrenme teorilerine de yer vermiştir. Şöyle ki: Sözleşmenin kurulmasında varma teorisine yer verilmiştir. Yani mesela satım sözleşmesinde kabul haberi muhatabına varmakla sözleşme kurulmuş olur. Bunun yanında gönderme teorisine de yer verilmiştir. Sözleşme kurulduktan sonra sonuçlarına, iştek açıklamasının gönderildiği andan itibaren doğurur. Yani iştek açıklaması, sözleşme kurulmuş olmak şartıyla kabul açıklamasının gönderildiği andan itibaren sonuçlarını doğurmaktadır. Bu çözüm bize Alm. hukukundan geçmiştir. Sözleşme kurulmuş olmak şartıyla istek açıklamasının sonuçlarını gönderme anından itibaren doğurması, tarafların ortak amacına uygun düşeceği savunulmuştur. Böyle durumlarda önceye etkili (makbule sayılı) olma söz konusudur:

Örnek olay: A, kamyonunun satımına dair olan kabul haberini 1.3.1974 de Bursa'daki B'ye göndermiştir. Buna göre kamyonu 250.000L.ya satmaktadır. Kabul haberi B'ye 3.3.1974'de varmıştır. Fakat 2.3.1974 de A'nın kamyonu olmaksızın yanmıştır.

Soru: A, B'den 250.000 L.yı geri alabilir mi?

Cevap: BK. 10 hükmü gereğince A'nın kabul haberinin Bursa'daki B'ye vardığı 3.3.1974'de sözleşme kurulmuştur. Sözleşme kurulmuş olmak şartıyla istek açıklamaları gönderildiği andan itibaren sonuçlarını doğuracağından A'la B arasında kurulan sözleşme 1.3.1974'den itibaren sonuçlarını doğurmaktır. Yani bu tarihte A, kamyonun mülkiyetini B'ye geçirme borcuna girmiştir. Fakat 2.3.1974'de kamyonun kusuru olmaksızın yanması üzerine edim imkânsızlaşmıştır. Periculum emptoris est (hasar, alıcıya aittir) kuralı gereğince alıcı B, burada hasara yüklenecektir. A da bu kurala dayanarak 250.000 L.yı B'den isteyebilecektir.

Faiz şart koşulmuşsa sonuçlarını göndermeye anından itibaren doğurur (istemeye başlar).



Isv. - Türk BK, öğrenme teorisine de yer vermiştir. Gönderilen istek açıklaması, karşı tarafa varsa bile, muhatab bu istek açıklamasını öğreninceye kadar her zaman geri alınabilir.

Böylece İsv.-Türk BK, tarafların çıkarlarını bağdaştıran ortaklama bir çözüm getirmektedir. Bu, BK'nun bir diğer orjinalliğidir.

Varması gerekli bir istek açıklamasının belli bir zamanda karşı tarafa varması gerektiğinde, muhatabın ödemenlik süresine söz konusu süre içinde varabilmesi için acele edilmesi gerekir. Bir taşınmazın paydaşlarından birinin satışı öğrendikten 1 ay içinde almaktır. Bu durumda dava dilekçesinin 1 ay içinde muhataba varması gerekmektedir. Fakat davacı, istek açıklamasının vaktinde ulaşması için elinden geleni yapmış fakat süresi içinde varmamışsa bu hakkın kullanılması geri almamaz. Bu ise çok ayrıntılı bir konudur. Kural olarak postadaki vakti geciktiren sorumlu olmaz.

V- HUKUKÎ İŞLEMLER:

1) Tanımı ve çeşitleri: Hukukî işlem, hukukî bir sonuç doğurmak için yapılan istek açıklamalarıdır. Bununla hukukî bir amaç söz konusudur. Meşrû niyet gereği yapılan açıklamalar, hukukî işlem sayılamaz.

Hukukî işlemleri çeşitli bakımlardan tasnif etmek mümkündür.

a.- Borçlanma (taahhüt) ve borçsuz (tasarruf)

işlemleri; Bu ayrılım, kazandırıcı işlemler için sözkonusudur.

Bağlanma işlemi, malvarlığının pozitifini çoğaltan işlemdir. Satım sözleşmesi, mülk sistemimizde alıcı ve satıcı için bir bağlanma işlemidir.

Harcama işlemi ise malvarlığının aktifini etkilen; bir hakka doğrudan doğruya ettiyetsek onu değiştiren, kaldıran ya da bir borçlanma yaratan işlemdir. Mülkiyeti geçirme işlemleri gibi.

b- Kazandırıcı işlemler ve tespit işlemleri:

Kazandırıcı işlem, bir kimsenin bir diğer varlığı kazandırdığı işlemdir. Bir borçlanma borcunu yüklenme, bir alacağı geçirme işlemleri gibi.

Tespit işlemi; belirsiz ya da çekişmeli bir durum son vermek ve onu kesin, belirli ve çekişmesiz bir duruma getirmek için yapılan işlemdir. Sulh (uzlaşma) sözleşmesi böyledir. Bununla taraflar karşılıklı fedakârlıklar yoluyla aralarındaki çekişmeli durumu son verirler. Bundan geçe tespitten sonradan durumu nedeniyle onlarla bile düzeltilemez. Nedensiz zenginleşme davası açılamaz. Çünkü geçerli bir sebebe dayanmıştır.

c- Tek yanlı ve çok yanlı hukukî işlemler:

c/1) Tek yanlı hukukî işlem; tek tarafın iste-

çıkarmasıyla hukuki sonuç doğurabilen işlem demektir. Modern hukukta tek yanlı işlemler önem kazanmıştır. Başlıcaları şunlardır:

a aa — ~~Vakıf~~ kurma irade[illegible].

b bb — Vasiyetname.

c cc — Başka birine temsil yetkisi verme.

d dd — Alenî mükâfat vaadi.

e ee — Yenilik doğuran işlemler: Yenilik doğuran işlemlere hakim olan başlıca ilkeler şunlardır:

— Yenilik doğuran işlemler şarta bağlı olarak yapılamazlar. Kesinlik aranır. Bozacağını bildirme gibi.

— Kullanılan yenilik doğuran hakkın hangisi olduğunun belirtilmesi gerekir. Zira bu hak kullanılmakla karşı tarafın hukuksal sahasına etkiyecektir, karşı tarafın bunu bilmesi gerekir. Meselâ sadece sözleşmeyi bozacağını bildirmek yetmez. Bunun hata, hile v.s. hangi sebeplerden ileri geldiğinin de belirtilmesi gerekir.

— Yenilik doğuran işlemler geri alınamazlar. Meselâ kira süresi belirsiz ev sahibinin, kiracısına göndereceği (3 ay önceden) fesih ihbar ancakmazı bir daha geri alınamaz. Aksi halde yeniden bir sözleşmenin yapılması gerekir.

Tek taraflı işlemlerde borç, bir yanlı irade ile doğmaktadır.

c/2) Çok yanlı hukukî işlemler ise; bir den çok kişinin karşılıklı olarak yaptıkları birbirine uygun istek açıklamasıyla oluşan işlemlerdir.

aa— Kararlar: Bir çok kişinin istek açıklamalarının aynı yöne yönelmesiyle oluşan işlemlerdir. Çoğunluğun istemi, çok daha azınlığı bağlar. Kararlar, ancak yasada öngörülen durumlarda sözkonusu olabilir. Dernek ve ortaklıklarda alınan kararlar gibi.

bb— Sözleşmeler: İki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun istek açıklamalarıyla oluşur. Modern hukukun en çok kullanılan işlemleridir. Sözleşmeler şu şekilde taksim edebiliriz:

bb/a— Kişiler hukuku sözleşmeleri: Dernek kurma sözleşmesi gibi.

bb/b— Aile hukuku sözleşmeleri: Evlenme gibi.

bb/c— Nesneler hukuku sözleşmeleri: Bir nesne üzerindeki mülkiyet hakkının geçirilmesi için yapılan mülkiyet geçirimi sözleşmeleridir. Isv.- Türk hukukunda nesnel sözleşme, yalnızca taşınmazların mülkiyetinin geçiriminde görülür.

borçlanma işlemi b.i. } A ← satım sözl.si → B
+
hancama işlemi } ← nesnel söz. (kesim) →

bb/d) Borçlar hukuku sözleşmeleri: Bunlar borç doğuran, değiştiren ya da kaldıran sözleşmelerdir. BK.1'e göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iskel açıklamalarıyla meydana gelir. Bu istek uyuşmasına konsens (uyuşma), isteklerin uyuşmamasına ise dissens (uyuşmama) denir. Bunlar (uyuşma ve uyuşmama) zımnî de olabilir. Ödellikle ortaki bir uyuşmazlık sık rastlanılan bir durumdur.

Borçlar hukuku sözleşmeleri şöyle tasnif edilir:

bb/d-1 — Tek yanlı sözleşmeler: Yalnız tek yanı borca sokan sözleşmelerdir. Bağışlama, kefalet gibi

bb/d-2 — İki yanlı sözleşmeler: Her iki yanı da borca sokan sözleşmelerdir. İkiye ayrılır:

bb/d-2I — Gerçek iki yanlı (sinallagmatik, karşılıklı) sözleşmeler: Edimler değişimi amacını güden ve her iki yanı da borca sokan sözleşmelerdir. Satım, kira gibi.

bb/d-2II — Eksik iki yanlı sözleşmeler: Edimler değişimi amacını gütmeyen ve zorunlu olarak iki tarafın da borca girmediği sözleşmelerdir. Taraflardan biri bazan borca girer. Vekâlet, bedia gibi.

Gerçek iki yanlı ve eksik iki yanlı sözleşme ayrımının BK'mızda önemi büyüktür. Bilhassa şu üç

Yalnızlıklı

prensip sadece sinallagmatik akitlere uygulanabilir.

—BK.81'deki ödemezlik defi'i, yalnızca edimler değişimi amacını güden sözleşmelerde söz konusudur.

—BK.106'da yer almadaki borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler ve bilhassa alacaklının sözleşmeden dönme hakkı tamiri yanlı sözleşmelerde söz konusudur.

—BK.117'deki kusursuz imkânsızlıkla ilgili ilke: Karşılıklı sözleşmelerde edimlerden biri borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması durumunda her iki tarafın da borçundan kurtulması gerekir ki yanlı sözleşmelerde bahis mevzuudur.

Basiti ortaklık (adi şirket) sözleşmesinin durumu tartışmalıdır. Burada edimler değişimi amaç olmayıp edimler birleşimi güdüldüğünden bu kural lar otomatik olarak adi şirketlere de uygulanmak imkân dahilinde değildir.

2) Hukukî işlemin şartları:

a—Hukukî işlemi tamamlayıcı olaylar: Hukukî işlemin özü, iste açıklamasıdır. Ancak bunun yanında hukukî işlemin tamamlanması için bir takım olaylar da gerekli olabilir.

aa—Muvafakat (onam): Önceden verilirse izin, sonradan olursa icazet (onay) denir. Kesayet altın-

dahi mahcurların hukuki işlemleri gibi işlemlerin-cak muvafakat ile tamamlanabilir.

bb— Taşınır mülkiyetinin geçirilmesinde nesne sözleşmeye nesnenin elverişliğinin da eklenmesi gerekir.

cc— Bir takım hukuki işlemlerise işlemi yapanın ölümüyle sona doğurur. Bunlara ölüme bağlı tasarruf denir. Miras mukavelesi ve vasiyetname olmak üzere iki temelde. Burada hukuki işlem, ölüm olayının eklenmesiyle sonuçlarını doğurmaktadır

dd— Bir takım hukuki işlemler, ancak belli bir sürenin geçmesi, yada bir şart gelecekleri ve u-kum belirsiz olayın eklenmesiyle sonuç doğurur-lar.

ee— Bir takım hukuki işlemlerin sonuç doğu-rabilmesi için resmi organların fiillerinin de eklenmesi gerekir. Mesela karının koca yararına üçüncü kişilere borçlanabilmesi için sulh yargıcının onayı gerekir. Ta-şınmaz mülkiyetinin geçirilmesi buna örnektir.

b.i.{ A ⟵ satım sözleşmesi ⟶ B

h.i.{ ⟶ bildirim (tescil) ⟶ MK. 922

Tapu kütüğüne yazım, malikin talebine binaen dur. Bu, tek yanlı bir hukuki işlemdir ayrıca alı-nın da kabulünü gerekmez fakat bu bildirime tescil

de etdenmelidir.

Isv. — Türk hukuk sisteminde taşınır rehnelerin müllkiyeti, resmî sözleşme denilen iki yanlı birsözleşme ile gerçekleşmektedir.

b. i. { A ⟵ satım s.si ⟶ B
h. i. { ⟷ resmî s. + ekmenlik

Görüyorsunuz ki taşınır kurun müllkiyetinin ekin de harcama istemi iki yanlı olduğu halde taşınmazların müllkiyetinin gerçeğinde harcama istemi tek yanlıdır.

b — Hukukî istemin ön sonuçları: Hukukî işlemler henüz tamamlanmadan önce de bir takım sonuçlar (hukukî) doğurur ki bunlara hukukî istemin ön (ya da ilk) sonuçları denir. Meselâ sırta bağlı hukukî işlemler henüz tamamlanmamıştır. Bunun için şartın gerçekleşmesi gerekir. Fakat şart gerçekleşmeden önce de bir takım hukukî sonuçlar doğmaktadır. Sahicam şart gerçekleşmeden önce satım konusu malı üçüncü bir kimseye satamamaz gibi. Aksi halde şart gerçekleşince borca aykırılıktan sorumlu tutulur.

Bir takım hukukî işlemler ise "ancak ehliyeti

olurlar, icazet gibi. Mahdut ehliyetsiz bir kimsenin yaptığı işleme temsilcisi icazet vermesi, işlem kurulduğundan itibaren hüküm ifade eder. Burada bir varsayım sözkonusudur. (Yani yukarıda gösterilen ya da hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sözkonusu olabilir.)

3) Hukuki işlemin yasal sonuçları: Hukuk düzeni, hukuki işlemlerde işlemi yapanların isteğine uygun hukuki sonuçlar doğmasına yardım eder. Fakat işlemlerin öyle sonuçları vardır ki, bunlar sözleşmede kararlaştırılmış olmasa bile hukuki bağlayıcılık sözleşmeye sonuçları kendisi bağlar. Satıcının sattığı şeyin bozukluklarından sorumlu olmasıdır. Buna hukuki işlemin yasal sonuçları denir.

Örnek olay: Koca B, karısı K'ya üçüncü kişidan (Ü'den) kendisi için bir kat almakütere 100.000L. vermiştir. K ise katı alıp kendi üzerine tescil ettirmiştir.

Soru: Koca B, katın mülkiyetinin kendi üzerine geçirilmesini dava edebilir mi?

Cevap: Önce 7.10.1953 t.li YIBK'nı dayanalım. Kararına göre M.634 gereğince kat K'nın mülkiyeti geçirme borcunun doğabilmesi için resmi bir sözleşmenin

yapılması gerekirdi. Zira taşınmaz mülkiyet geçirmi borcu doğuran sözleşmelerin resmi biçimde yapılması gerekir. Olayda ise böyle bir sözleşme söz konusu olmadığından E, K'dan kalan mülkiyetinin kendi üzerine geçirilmesini isteyemez. Yargıtay bu kararında E'ile K arasındaki vekâlet sözleşmesini geçersiz de bulmamış ve bu yüzden yanılgıya düşmüştür. Zira vekâlet sözleşmesini düzenleyen BK. 392 de şöyle bir hükümvardır: "Vekil, müvekkili için üçüncü kişilerden borçandığı her şeyi müvekkiline devirle yükümlüdür." Görüyorsunuz ki burada vekilin yasal bir borcu sözkonusu olmaktadır. Ayrıca karartılmış olmasa bile vekil K'nın bu borcu vardır. E de buna dayanarak K'dan kalan mülkiyetinin kendi üzerine geçirilmesini isteyebilir. Buna vekâlet sözleşmesinin yasal sonucudur. Yargıtay da bu noktada yanılmıştır.

Bir hukuki işlemin doğurduğu hükümleri ve sonuçlarını üç grupta toplayabiliriz:

a— Hukuki işlemin esaslı hükümleri ve sonuçları (essentialia negotii): Bir satım sözleşmesinde satılan mülkiyeti geçirme borcu ile alıcının bedeli

ödeme borcu gibi.

b— Hukuki işlemin doğal hükümleri ve sonuçları (naturalia negotii): Bunlar hukuki işlemin yasal sonuçları olup bu sonuçlar hukuki işleme yasaca bağlanmaktadır. Ayrıca kararlaştırılmalarına gerek yoktur.

c— Yedek hukuk kurallarının tersine konulan kurallar (accidentalia negotii): Tehlikeyi alıp çekme, taşıdığının tersi kararlaştırılabilir. Çünkü bu yedek hukuk kurallarındandır.

4) Hukuki işlemlerin ortadan kaldırılması: Hukuki işlemler ortadan kaldırılabilir.

a— Sözleşen tarafların anlaşmasıyla hukuki işlemin ortadan kaldırılması: Burada sözleşmeden doğan borç ilişkisinin anlaşmak ortadan kaldırılması söz konusudur. Sözleşmenin ortadan kaldırılmasında kural budur. Fakat istisnai olarak sözleşmelerden doğan borçlilikleri tek taraflı irade ile ortadan kaldırılması mümkündür:

aa— Dönme (rücu'): Karşılıklı sözleşmelerde taraflardan biri temerrüde düşerse alacaklı, tek yanlı bir dönme iradesiyle sözleşmeyi ortadan kaldırabilir. Dönme, geriye etkili (ex tunc) olup borçilişkisini

Yeni görüş: [illegible] geliyor. Bu. [illegible]

kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırır.

bb — Bozacağını bildirme (feshi ihbar): Meselâ müddet kararlaştırılmadan yapılan kira akdinde kiralayan, üç ay önceden bozacağını bildirerek kira sözleşmesine gelecekte etkili (ex nunc) olarak son verebilir. Bu irade açıklamasının yapıldığı anadan itibaren sonuçları geçerlidir. Kural olarak sürekli borç ilişkilerinde bozacağını bildirme söz konusu olabilir.

b — İstemin taraflardan birinin tek yanlı istemiyle ortadan kaldırılması: Vasıtalıname, temsilî kişi verme istemi, yenilik doğuran istemler gibi tek yanlı istemler taraflardan birinin (istemi yapanın) iradesiyle sona erdirebilirler.

§15. SÖZLEŞMENİN KURULUŞU

I — BK.1'e göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun istek açıklamalarıyla kurulur. Bu istek açıklamalarından ilkine öneri (icap), sonrakine ise kabul denir. Öneriyi yapana öneren (mücip, icapçı), önerinin yapıldığı kimseye de muhatap denir. Öneri taraflardan herhangi birisinden gelebilir. Roma hukukunda ise öneri daima alacaklıdan gelirdi. (Stipulatio)

II — 1) Öneri ve öneriye çağrı ayrımı: Hukuki

hayatta yapılan bir önerinin, gerçek bir öneri mi yoksa bir öneriye çağrı mı olduğunu ayırt edebilmekten taşımaktadır. Öneriye çağrı, karşı tarafa öneri de bulunmak imkânını verir. Bu yüzden öneri ile öneriye çağrıyı ayırt etmek gerekir. Gerçek anlamda bir öneri ise karşı tarafa kabul açıklamasında bulunma imkânı verir. Önerinin iki şartı vardır:

a- <u>Belirli olma</u>: Öneri, belirli olmalıdır. Esaslı maddeleri toplamış olmalı ki muhatap kabul açıklamasıyla sözleşmeyi kurabilsin.

b- <u>Bağlanma isteğinin bulunması</u>: İstek açıklamasında bağlanma isteğinin bulunup bulunmadığı ancak yorumla anlaşılabilir. Şüphe halinde öneriye çağrı kabul edilmelidir. BK, bir grup istek açıklamalarının öneriye çağrı olduğu hakkında yorum kuralları getirmiştir. BK.7/II'ye göre tarife, fiyat listeleri gibi seyler gönderme öneriye çağrıdır. Açık arttırmada da öneriye çağrı söz konusudur. BK.25/5 → cebri müzayedelerde satım memurunun, ihtiyari müzayedelerde ise müzayedeyi yapanın iradesiyle satım sözleşmesi kurulur. BK, bazı durumlarda belirli ve bağlanma isteği bulunduğu için icap olarak kabul etmiştir. BK.7/II'e göre fiyatın göstererek mal serpilmek kural olarak icap sayılır.

2) Önerinin bağlayıcı olması:

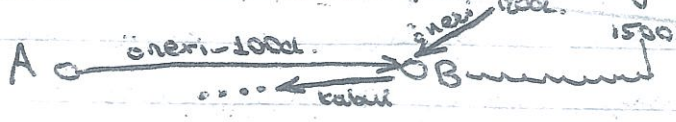
Örnek olay: A, B'ye radyosunu 1000L.ya satacağına dair öneride bulunuyor. B, bu sırada başka bir yerden aynı radyoya benzer bir radyo için 1200L.lik bir öneri daha alıyor, fakat A, B'nin cevap vermesini beklemeyerek önerisinden caydığını bildiriyor. Bu yüzden B, aynı radyoyu 1500L.ya almak zorunda kalıyor.

Soru: A'nın önerisinden dönmesi mümkün müdür? B, bu yüzden uğradığı zararları tazmin ettirebilir mi?

Cevap:

a— Roma ve Pandekt hukuklarında tek yanlı istek açıklamalarının bağlayıcılığı kabul edilmezdi. Bundan dolayı öneren (olaymızda A), önerisiyle bağlı değildi, muhataptan kendisine kabul açıklaması gelinceye kadar her zaman için önerisinden dönebilirdi. Bu çözüm tarzının aksaklıkları vardır. En azından muhatap kendisine yapılan önerilere güvenemiyordu.

olaymızda



B'nin, kendisine yapılan istek açıklamasına güvenmesinden dolayı 300L. menfi (olumsuz) zararı, kendisine yapılan istek açıklamasının yerine getirilmemesinden dolayı 500L. olumlu zararı vardır. Tuk. daki çözüm, bunları görmemezlikten gelmektedir.

Bu yüzden XIX. asır sonlarının ünlü pandekt hukukçu Ihering, önericinin hiç olmazsa muhatabın öneriye güvenden doğan zararını tazmin etmesi gerektiğini savunmaktadır. Şöyle ki: Taraflar için sözleşmenin görüşülmesi sırasında da birbirlerine karşı yerine getirmek zorunda olduğu bir takım ön borçlar doğmaktadır. Önericinin belli bir süre önerisinden dönmemesi borcu da bu türlü borçlardandır. İşte bu gibi borçlara aykırılık da kusurdur ve Ihering bunu görüşmede kusur (culpa in contrahendo) demektedir. Bu kusurdan doğan zararın da tazmin edilmesi gerekir.

b— Alm. MK ve ona uyarak İsv.-Türk BK'ları önerinin öneriyi bağlayacağını kabul etmektedir. Şöyle ki: Öneri, kabul dediğimiz tek yanlı bir istek açıklamasıyla sözleşmeyi kurma yolunda muhataba kurma yetkisi doğuran bir hak verir ve muhatap, belirli bir süre içinde bu yetkiyi doğuran hakkını kullanarak önerici istemese bile sözleşmeyi kurabilir. Bundan dolayı muhatap (olayımızda B) sözleşmenin ödenmesini dava edebilir. Eğer sözleşme ödenmezse, sözleşmenin ödenmemesi yüzünden uğradığı zararı (müspet zararı olayımızda 500 L.yı) dava edebilir. Görüyoruz ki BKnun, Ihering'in görüşünden de ibari bir çözüm yolu kabul etmiştir.

Bugün İngiliz ve Fransız hukuklarında Roma hukukuna uygun olarak önerinin bağlayıcılığı halen de kabul edilmektedir.

3) Öneriye bağlılık süresi: Öneri, önericiyi ancak belli bir süre için bağlayabilir. Bu bakımdan önerileri iki grupta toplayabiliriz:

a— Süreli öneriler: Önerici, önerisinde belli bir süre koymuşsa, bu süreye uyulur.

b— Süresiz öneriler: Önerici, önerisinde böyle bir süre koymamışsa:

aa— Hazır bulunanlar arasındaki önerilerin derhal kabul olunması gerekir. Aksi halde önerinin bağlayıcılığı kalmaz. Telefonla yapılan öneriler de hazırlar arasında yapılmış sayılır.

bb— Hazır bulunmayanlar (gaipler) arasındaki öneriler, önericiyi (muhataptan cevap olarak) kabul ve ret bildiriminin gelebileceği süre için bağlar. Bu süre üç unsurdan oluşur:

— Önerinin muhataba varması için geçecek süre.

— Muhatabın düşünüp taşınması için geçmesi gereken süre.

— Muhatabın cevabının önericiye varması için gerekli süre.

Muhatap, bu süre içinde kabul haberini önericiye vardırırsa sözleşme kurulmuş olur. Böyle

ce her iki taraf da borçludur. Önerici, postadaki geçikmeleri hesaba katmak zorunda değildir. Gereken zaman içinde yapıldığı halde postadaki geçikmeler yüzünden süreyi içinde varmayan kabul haberini, önerici red edecek idiyse red haberini hemen bildirmeldir. Aksi halde sözleşme kurulmuş sayılır.

Süresi içinde yapılmayan kabul haberleri, yeni bir öneri addolunur.

4) Bağlamayan öneriler: Ticari hayatta çok defa tacirler, önerilerinde dönme haklarını saklı tutarlar. Bu durumlarda öneri, önericiyi bağlamaz. Özellikle fiat değişikliklerinin çok olduğu zamanlarda bu tür kayıtlar önem taşımaktadır. Bu tür bağlamayan önerileri 3 grupta toplayabiliriz:

a- Önericinin, kabul haberi kendisine varıncaya kadar önerisiyle bağlı olmaması.

b- Önericinin, kabul haberi kendisine varıldıktan sonra da önerisiyle bağlı olmaması. telgrafla de

c- Sözleşme kurulduktan sonra da dönme hakkının saklı tutulması. Böyle halde, 1 ürün

5) Önericinin ölümü ya da fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda dört ihtimal söz konusudur.

a- Önericinin, önerisini yaptıktan sonra ölmesi

ya da fiil ehliyetini kaybetmesi durumlarında önerisi yine geçerlidir.

b— Muhatabın kabul açıklamasında bulunmadan önce ölmesi ya da fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda; eğer öneri muhatabın kişiliği gözönünde tutularak yapılmışsa öneri hükümsüz kalır. Meselâ bir şarkıcıya şarkı söylemesi için öneride bulunulmuş, fakat kabul açıklamasında bulunmadan şarkıcı ölmüşse yapılan öneri hükümsüzdür. Çünkü öneri, muhatabın kişiliği gözönünde tutularak yapılmıştır (herkes şarkı söylemez).

c— Muhatap, kabul açıklamasında bulunduktan sonra ölmüş ya da fiil ehliyetini kaybetmişse kabul açıklaması yine geçerlidir. (Ame. Mk. 117 Bakınız...)

d— Önerici, kabul açıklaması kendisine varmadan ölür ya da fiil ehliyetini kaybederse çözüm (b) de olduğu gibidir.

III— KABUL

1) Sarih istek açıklamasıyla yapılan kabul:

a— Kabul — öneri gibi — varması gerekli bir istek açıklamasıdır ve önerici, öğrenincye kadar her zaman geri alınabilir, BK 9/II. Sözleşmenin kurulabilmesi için kabul açıklamasının muhtevasının öneriye uygun olması gerekir. Bu

yüzden muhataban bir takım ekler-le kabul açıklamasında bulunması mümkün değildir. Aksi halde bu, ancak yeni bir öneri addolunabilir.

b—Kabul açıklamasının hangi anda hükümlülüğünü doğuracağı hakkında çeşitli teoriler vardır.

Hukuk sistemimizde sözleşmenin kurulusu hakkında orjinal bir sözüme yer verilmiştir. Şöyle ki: Kabul açıklaması, önerici-ye varmakla sözleşme kurulmuş olur. Burada söz konusu olan varma teorisidir. Bu durumda önerici, kabul açıklamasını almaya kadar tehlikeyi yüklenir. Bunun yanında gönderme ve öğrenme teorilerine de yer verilmiştir. BK. 10/1 → Sözleşmenin sonuçları, kabul haberinin gönderildiği andan itibaren başlar. Bu hüküm, Dresden Borçlar Tasarısı ve Alm. Ticaret Kanunundan alınmıştır. Gerekçesi şudur:

aa—Madem ki sözleşenler, sözleşmenin kurulmasını istemişler ve kurmuşlardır. Öyleyse bu sözleşmenin bir anânce sonuçlarını doğurmasında taraflar için yarar vardır. Böylece sözleşmenin kurulmasında önceye etkili olma durumu bahis konusudur. Bu yüzden bizde, hasar ânâ'ya ait olmaktadır.

bb—Faizler, gönderme anından itibaren başlar.

cc— Satım sözleşmesinde satıcı, satılan malı önericiye gönderme borcundadır. Bu borç, kabul haberini gönderme anından başlar. [Kabul açıklamasında bulunan, karşı taraf bu açıklamayı öğreninceye kadar bu açıklamasından dönebilir. Kanunumuz burada da öğrenma teorisine yer vermiştir.]

2) Zımnî istek açıklamasıyla yapılan kabul: Zımnî kabul:

a— Ya sözlerle,

b— Ya da fiillerle olur. Fiillerle zımnî kabul ikiye ayrılır:

aa— Ya karşı tarafa kabul isteğini açıklama amacıyla yapılan bir fiille olur.

bb— Ya da fiilde kabul açıklamasında bulunma amacı yoktur. Bu tür zımnî kabullere irademe delâlet eden (bitirici) fiiller denir. Bitirici fiiller iki şekilde olur:

bb/1) İfa fiilleri şeklinde.

bb/2) Temellük fiilleri şeklinde.

Bu durumlarda önerici bu tür fiilleri öğrenmeden de sözleşme kurulmaktadır. (Fiil yapılıp, anda sözleşme kurulmuştur.) Alm. MK. 151, aynı çözüm tarzını getirir:

— İlk olarak bu gibi işleri ismarlayan zaten bir kabul haberi beklemeksizin.

— Çok defa da muhatabın önericiye kabul haberini bildirmesine imkân yoktur.

c — Öneri karşısında susma da bazı durumlarda kabul sayılır. BK.6'ya göre işin maliyetine, ya da duruma göre bir öneri karşısında susmak kabul sayılmak gerekir ise öneri, uygun bir süre içinde red edilmemişse sözleşme kurulmuş sayılır. Şöyle ki: Önceki bir anlaşmaya, ya da MK.2 deki dürüstlük kuralına göre muhataban cevap verme ödevi varsa, bu durumda öneri karşısında susma kabul sayılır. Özellikle bağışlama sözleşmelerinde öneri, uygun bir süre içinde red edilmemişse sözleşme kurulmuş sayılır. BK.387'ye göre vekâlet bir işin yapılması meslegimin gereğinden ise veya o işi yapmak hususunda resmî bir sıfatı varsa ya da yapacağına dair önceden bir ilânda bulunmuşsa muhatap, kendisine yapılan önerileri derhal red etmemiş kabulünü sayılır.

Zımnî kabul durumunda sözleşme, irade'ye delâlet eden fiillerin yapıldığı anda, yalnız susma söz konusu ise uygun red etme süresinin geçmesiyle sözleşme kurulmuş sayılır. BK.10/2'ye göre zımnî ka-

bütün sonuçları önerinin vardığı andan itibaren doğar. Zimnî kabul, öğrenme anına kadar her zaman geri alınabilir.

IV- İstek açıklamalarının uyuşması: BK.1'e göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun istek açıklamalarıyla kurulur. Bu iradelerin uyuşmasına consensus denir. Uyuşma, bazen örtülü de olabilir. Uyuşma, prensip olarak sözleşmenin bütün noktalarında olmalıdır. Sözleşenler, isterlerse tali hususları da sözleşmenin kuruluş şartı haline getirebilirler. Bu durumda bu hususlarda da uyuşma gerekir.

BK.2'ye göre sözleşenler, sözleşmenin tali hususlarını sonraya bırakıp esas noktalarda anlaşmışlarsa sözleşme kurulmuş sayılır. Eğer geri bırakılan tali hususlarda sonradan anlaşılamazsa hâkim hak ve nisfete göre onları tayin eder. Fakat BK.16/I, bu kurala önemli bir ayrık getirmektedir. Şöyleki: Eğer sözleşenler, sözleşmenin belli bir şekle uyularak kurulmasını kararlaştırmışlarsa, bu şekle uyulmadıkça sözleşme kurulmuş olmaz. (taraflar anlaşmalarında)

V- Görüşmede kusur: Sözleşme kurma için faaliyete başlamakla taraflar arasında hukukî ilişki kurulmuş olmaktadır. Bu ilişkiden, sözleşen-

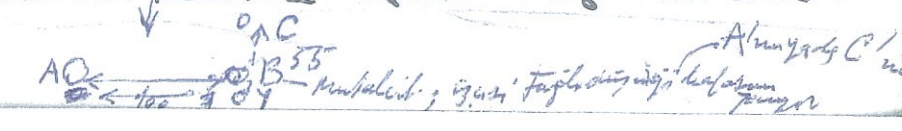
ler için bir takım ödevler doğmaktadır. Birbirlerini aldatma ödevi gibi. Mesela satım sözleşmesi kurulmadan önce de taraflar arasında bir takım borçlar doğmaktadır. Alıcı, bunlara aykırılık halinde sözleşme kurulduktan sonra bile dava açabilir. Zabıta karşı açılan dava gibi. Ihering, sözleşmenin görüşülmesinden doğan borçlanmayı kurulüş görüşmede kusur adını vermiştir. Bazıları sözleşme kurulmadan borca aykırılığın söz konusu olamayacağını söyleyerek görüşmede kusuru haksız fiil olarak nitelendirmişlerdir. Aynı davranış, bir haksız fiil olabileceği gibi belli bir borç ihlâline de aykırılık olabilir. Görüşmede kusur bu bakımdan sadece bir haksız fiil olmayıp perde arkasında bir borca aykırılık niteliğindedir. Görüşmede kusuru borca aykırılık kabul edersek borçlunun sorumluluğu da ağırlaşmaktadır; zarar görenin borca aykırılığa dayanması, kendisine bilhassa ispat bakımından yarar getirmektedir:

a- Zaman aşımı yönünden: Haksız fiilde zamanaşımı öğrenmeden başlayarak bir yıldır. Borca aykırılıksa genel zaman aşımı olan 10 yıllık süre sözkonusudur, BK.125.

b— Kusuru ispat yükü yönünden: BK.41'e göre haksız fiilde zarar gören, zarar verenin kusurunu ispat yükümdedir. BK.96 ise borca aykırılıkta, borca aykırı davranan, kusuru almadığını ispatla yükümlü tutmaktadır.

c— Adam çalıştıranların sorumluluğu yönünden: Haksız fiil sözkonusu olduğda BK.55 uygulanır ve adam çalıştıran çalışma yardımcısının gerekli özeni gösterdiğini ispatlar sorumluluktan kurtulabilir. BK muza göre zarar görenle adam çalıştıran arasında bir sözleşme bulunması halinde — ki böyle sözleşmelere karma sözleşme denir — adam çalıştırının sözleşmeden doğan bir borcu sözkonusu olmaktadır. BK.100'e göre bu gibi durumlarda adam çalıştıranın ödeme yardımcısının gerekli özeni gösterdiğini ispatlasa bile kurtuluş imkânı tanınmamaktadır. Görüşmede kusuru bir borca aykırılık sayarsak, yardımcı eliyle işlendiğinde ödeme yardımcısının BK.100'e göre sorumlu tutarız. Böylece zarar gören için daha elverişli bir durum sözkonusu olur.

Örnek olay: Bay A, Bay B'nin kumaş dükkânına kumaş almak için girmiş. Tezgâhtarın yüksek bir rafta bulunan kumaş topunu bay A'nın başına du-



sürmesi üzerine boy A, başından yaralanmıştır.

Soru: B, yardımcısına gereken özeni göstердiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir mi?

Cevap: BK. 55'göre çalışma yardımcısı kullanan kimse, çalışma yardımcısının kendisiyle arasında bir borçilişkisi bulunmayan (üçüncü) kişilere verdiği zarardan dolayı çalışma yardımcısına gereken özeni gösterdiğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Fakat BK. 100'göre ise ödeme yardımcısı kullanan kimse, ödeme yardımcısının kusuruyla alacaklıya verdiği zarardan mutlak olarak sorumlu olur, yani gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. [illegible] ispatlasın (Medeni hukuk yok)

Olayımızda B ile A arasında henüz sözleşmesinden doğan bir borçilişkisi yoktur. Fakat 19. asrın ünlü Alm. hukukçusu Ihering'in ortaya attığı culpa in contrahendo teorisine göre taraflar arasında daha sözleşme kurulmadan önce de bir takım ödev ve borçlar (bilhassa dürüstlük kurallarından doğan borçlar) doğar. Bunlardan biri de sözleşmenin görüşülmesi sırasında karşı tara-

fa zarar vermeme borcudur. Bu durumda dosizlemesinin kurulmasından önce doğmuş bir kusur (culpa in contrahendo) vardır ve bu bir borca aykırılık niteliğindedir. Bu yüzden olayında B'yi BK. 100'e göre sorumlu tutar. Bu halde de B'nin gerekli özeni göstermediğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur. (Alm. İmparatorluk mahkemesi - musamba olayı, da aynı sözünü benimsemiştir.)

§16. HARCAMA (TASARRUF) İŞLEMLERİ

I- Harcama, borçlanmanın karşılığı demektir. Borçlanmada malvarlığının pasifi çoğalır, harcamada ise malvarlığının aktifi azalır. Meselâ satım sözleşmesi, bir borçlanma; mülkiyetin geçirimi ise bir harcama işlemidir. Harcama işlemi; bir hakka doğrudan doğruya etki yapan, yani o hakkı başkasına geçiren, değiştiren ya da ortadan kaldıran işlemlerdir. Bir neşnel haktan vazgeçmek ve özellikle yenilik doğuran hakların kullanılması işlemleri birer harcama işlemidir. Harcama yetkisi taraflarca ortadan kaldırılabilirse de bu ancak kişisel sonuç-

lar doğurabilir.

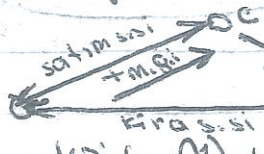
II- Borçlanma işlemleri ile harcama işlemleri kural olarak birbirinden bağımsızdır.

1) Harcama işlemi geçersiz olsa bile borçlanma işlemi geçerli olabilir. Meselâ A, bir üçüncü kişiye (Ü'ye) ait bir nesneyi satmak için B ile anlaşırlar ve sonra da bu satım sözleşmesine dayanarak o nesnenin mülkiyeti B'ye geçirirse burada mülkiyetin geçirimi işlemi geçersizdir. Çünkü o nesne üzerinde satıcı (A)'nın harcama yetkisi yoktur. Fakat borçlanma işlemi olan satım sözleşmesi geçerlidir. Alacaklı B, bu borç ilişkisine dayanarak bir takım davalar hareketle geçirebilir. (Bu çözümü MK. 901 ve 933'deki müşterinin kurallarını nazara almaksızın yaptık.)

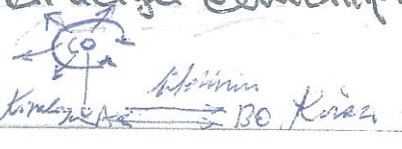
2) Bazı harcama işlemleri, dayandıkları borçlanma işlemi geçersiz olsa bile yine geçerliğini muhafaza etmelidir. Taşınır mülkiyetinin geçirilmesi, alacağın nakli, ibra buna en güzel örneklerdir. Buna biz "kazandırıcı işlemlerin nedenden bağımsızlığı (veya soyutluğu)" deriz. İsv.- Türk hukuk sisteminde bu kuralın en önemli istisnası taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi işlemleridir. Zira taşınmaz mül-

kiyetinin geçirilmesi, ancak geçerli bir borçlanma işlemiyle mümkündür. MK. 924'e göre tapu kütüğündeki harcama işlemlerinin geçerli olabilmeleri için geçerli bir nedene dayanmaları gereklidir. MK. 933'e göre haklı bir sebep olmaksızın yapılan tescil, yolsuz tescildir. Bu tür işlemlere de <u>nedensel (illî) işlemler</u> denir.

III—<u>Nisbî sonuçlu harcama işlemleri:</u> Kural olarak bir harcama işlemi herkese karşı sonuç doğurur. Fakat bir takım harcama işlemleri, bazı kimselere karşı sonuçlarını doğurmaz. Bu tür işlemlere nisbî sonuçlu harcama işlemleri denir. Roma hukukunun aksine olarak Alm. ve İsv. hukuklarında olduğu gibi bir şeye üzerinde hukukumuza göre birden fazla kişi olmak olabilir. Meselâ bir kira sözleşmesinde kiralanan şeye üzerinde iki elmen vardır. Kiraya veren bağımsız elmen (aslî), kiracı ise bağımlı (feri) elmendir. Kiraya veren kiralanan şeyi başkasına satabilir, mülkiyetini geçirebilir. Buna <u>bağımsız elmenliğin yollanması (havalesi)</u> denir. Bu durumda mülkiyeti kazanan kişi, maliktir ve mülkiyet hakkını herkese karşı ileri sürebildiği halde bağımlı elmen kiracıya karşı ilerisü şeye.



Meğer ki satıcı, kiracıya elmenliği (aslî) bir başkasına



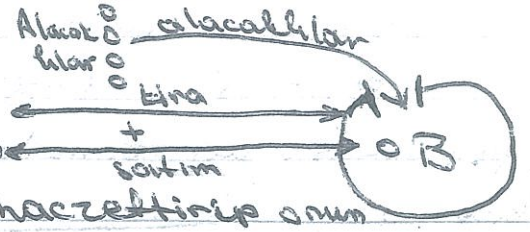
geçirdiğini bildirmiş olsun. MK. 892/II hükmü bu çözümü getirmektedir.

Örnek olay: A, B'ye bir baskı makinası satıyor. Fakat baskı makinası kiracı sıfatıyla A'da kalıyor. (Hükmen teslim) 892, I. (constitutum possessorium)

Soru: Burada kullanılan hukukî yolu izah ediniz.

Cevap: A ile B arasındaki satım sözleşmesi, borçlanma işlemidir. Bu borçlanma işlemine dayanarak yapılan mülkiyet geçirmesi ise hükmen teslim şeklinde olmuştur. Bu gibi olaylarda amaç çok defa satanın kredi itibarını yükseltmektir. MK. 853'e göre taşınırların rehnedilebilmesi için mutlaka rehinli olacağına mevhumun teslimi gerekmektedir. Birçok durumlarda taraflar, yasaya dolanılan şeriyeye) başvurarak aralarında bir satış yaparlar, mülkiyeti de hükmen teslim yoluyla geçirirler ve satan, kiracı olarak o malı kullanmaya devam eder. Olayımızda A ile B arasında da olan böyle durumlarda MK. 690'a göre alıcı (olayımızda B) mülkiyet hakkını kazanır fakat bu hakkı satıcının (olayımızda A'nın) alacaklıların kurşu

ileri süremez. Bunun pratik önemi şunlardır: Satıcıya alacakluları, iflas halinde o mal, halâ A'nın malvarlığında durmuyor - A'nın müşteriye bastırmakinesini harekete geçirip onun değerinden alacak haklarını elde edebilirler. Bunun gibi taşınır bir mal üzerinde rehin hakkı olduğunu ileri sürebilmek için rehin nesnenin elinde olmak gerekmektedir. Bütün harcama işlemlerine nisbî sonuçlu harcama işlemleri denir.



IV — Harcama yetkisi:

1) Harcama işlemlerinin geçerliliği için harcama işlemini yapanın, işlem konusu üzerinde harcama yetkisi bulunmalıdır. Kural olarak harcama yetkisi, şeyin malikindir. Fakat bu kuraldan ayrılan 2 durum vardır:

a — Hak sahibinin harcama yetkisi kaldırılmış, ya da daraltılmış olabilir. İflâs, harcama yetkisinin kaldırılmasına; kira, sulh'a gibi tapu kütüğün şerhedilmiş kişisel hakları da harcama yetkisinin sınırlandırıl(daraltıl)masına örnektir.

b — Bazan kişi, başkalarına ait haklar üzerinde de harcama yetkisine sahip olabilir.

Bu-harcama yetkisinin genişlemesi hali- iki durumda söz konusudur.

aa- Bir kimse temsil yetkisi yoluyla (temsilci sıfatıyla), temsil edilen adına geçerli işlemler yapabilir.

bb- Hak sahibinin rızasıyla bir kimse, başkasına ait bir hak üzerinde harcamada bulunabilir. Bu temsil değildir. Çünkü işlemi yapan, kendi adına davranmaktadır.

2) Harcama yetkisi olmaksızın yapılan işlemler geçersizdir. Meğer ki MK. 901 ve 932 hükümleri gereğince iyiniyetin korunduğu bir durum söz konusu olsun. Harcama yetkisi olmadığı için geçersiz olan harcama işlemleri iki durumda geçerlilik kazanır:

a- Hak sahibinin sonradan onaylamasıyla.

b- Düzelme (convalessens) ile. Meselâ oğul E, babası B'ye ait bir otomobili arkadaşı A'ya satmış ve miktarını da geçirmiştir. MK. 901 deki hüsnüniyet kaidesini nazara almazsak) E'nin yaptığı bu harcama işlemi geçersizdir. Çünkü işlemin konusu otomobil üzerinde harcama yetkisi yoktur. Sonradan B'nin öldüğünü düşünelim. Bu durumda başlangıçta harcama yetkisi olmayan E, sonradan harcama yetkisi (miras sebebiyle) kazanmış ve bu suretle

yaptığı mülkiyet geçirimi düzelmiş olmaktadır. Bunun aksi de olabilirdi. Oğul E'nin öldüğünü düşünelim. E'nin terekesi B'ye kalacağından borçları da B'ye geçmiş olmaktadır ve böylece harcama işlemi de düzelmiş duyar.

c — Gelecekteki bir hak üzerinde yapılan harcama işlemi sonuçlarını hemen doğurmaz. Bunun için harcama konusu hakkın meydana çıkması gerekmektedir.

3) Harcama yetkisi, fiil ehliyetinden farklıdır. Fiil ehliyeti, bizzat kişinin kendi çıkarlarını korumak için aranır. Fiil ehliyeti olmayan kişinin yaptığı işlemler hukukî sonuç doğurmaz. Harcama yetkisinin durdurulması, yıda kaldırılması ise alacaklıların çıkarlarını korumak amacını güder. Bu temel farklılıklar şu tali sonuçlar doğmaktadır:

a — Fiil ehliyeti olmayan kişinin yaptığı işlem geçersizdir, sonradan gerekli ehliyet kazanılmış olsa bile işlem düzelmez. Fakat harcama yetkisi sonradan kazanılırsa işlem kendiliğinden düzelir.

b — Fiil ehliyetsizliği karşısında iyi niyet korunmaz. Ehliyetsiz olduğunu bilmeden bir akıl hastalığıyla sözleşme yapan kimsenin işlemi yine geçersizdir. Harcama yetkisizliği karşısında MK. 901,

931 gibi bir takım durumlarda iyiniyet korunur.

c— Fiil ehliyeti olmayan kimsenin yaptığı işlemin geçersizliğini, işlemi yapan ehliyetsiz kimse de ileri sürebilir. Harcama yetkisi olmayan kimsenin yaptığı işlemin geçersizliğini ise, ancak harcama yetkisinin daraltılması (ya da kaldırılması) ile çıkarları korunmak istenen kimseler ileri sürebilir.

Örnek olay: A, iflâs etmiştir. Otomobilini B'ye satıp teslim ediyor.

Soru: Bu işlem, geçerli midir? A, işlemin geçersizliğini ileri sürerek otomobilini geri isteyebilir mi? A'nın alacaklıları otomobili geri isteyebilir mi?

Cevap: Olaymızda iflâs sözkonusudur. İflâs ise harcama yetkisinin daraltılması halidir. A ile B arasında iki işlem vardır:

— Satım sözleşmesi borçlanma işlemidir ve geçerlidir.

— Mülkiyetin geçirilmesi işleminin geçerliliği için harcama yetkisinin bulunması gerekir. Fakat A'nın iflâs nedeniyle alacaklılarının çıkarlarını korumak için harcama yetkisi kalkırılmış olduğundan bu işlem geçersizdir.

Geçersizlik, geçersizlik sebebi kimi korumak amacıyla getirilmişse ancak o kimse tarafından

ileri sürülebilir. Olayımızda da alacaklıları korumak amacı vardır ve bu yüzden geçersizliği ancak A'nın alacaklıları ileri sürebilirler. Müflis A, bu geçersizlik kendi alacaklarını korumak için getirilmediğinden bunu ileri süremez. Çünkü İİK.204'e göre müflisin harcamaları, alacaklılarına karşı geçersizdir. Buna karşılık temyiz kudreti olmayan kimsenin yaptığı işlemin geçersizliğini, bu geçersizlik temyiz kudreti olmayan kişiyi koruma amacını güttüğünden temyiz kudreti olmayan kişi ya da temsilcisi tarafından ileri sürülebilir. Harcama yetkisi olmadan yapılan harcama işlemlerinin nisbi geçersizliği diye anlatılan prensip ilk devrinde söz konusudur. Bu yol, ilkin Alm. İflas K. §7 ile Alm. MK §135 cede benimsenmişti.

İsv. — Türk İİK kanunları da aynı yolu benimsemiştir. Türk İİK.191 (İsv. İİK.204) → Borçlunun iflas açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüzdür. (Fakat bu işlemler kendisi için geçerli olmaktadır.) Türk İİK.86 (İsv. İİK 96) → Mahcuz menkul mal üzerinde üçüncü şahsın iktisap ettiği haklar, alacaklının kaçırdığı o malı satılıkken haklarını ihlâl ettiği nisbette batıldır. (Daha bilgi için bk 2. Sungurbey, MK üzerine eleştiriler eğitiz 2. TK.404 hkda)

§17. KAZANDIRICI İŞLEMLER

I— Kazandırma, bir kimsenin başka bir kimseye bir malvarlığı çıkarı sağlamasıdır. Kazandırma iki yoldan olmaktadır:

1) Hukuki işlem yoluyla: Bütün işlemlere kazandırıcı işlemler denir. Kazandırıcı işlem, ya borçlanma ya da harcama işlemi yoluyla olur.

2) Maddî fiillerle kazandırma: Maddî fiil, hukukî bir sonuç doğurma isteği olmadan; âlemde maddî bir değişiklik meydana getiren ve hukuk düzeninin bu değişikliğe hukukî bir sonuç bağladığı fiil demektir. Elmerliğin geçirilmesi, taş yiği gibi. Mesela A, camın komşusu B'nin penceresine takmıştır. Burda cam tamamlayıcı parça durumunda olduğu için evin malikiyle camın da malikiyle olmuşlar.

3) Bu da birleşme yoluyla kazandırmadır.

Kazandırma, başka bir açıdan da tasnif edilebilir:

1) Kazandırma, kazandıranın malvarlığından bir değer vermesiyle olabilir.

2) Kazandırma, ya da emek harcamasıyla olur. Temizlikçi kadının bir yeri temizlemesinde olduğu gibi.

II— Kazandırıcı işlemlerin nedenleri: Kazandırıcı işlemler bir takım gayeler için yapılırlar. Bu gayeler, çokdefa zikretme olarak düşünülebilir. Mesela A, B'ye 1000L.nın mülkiyetini geçiriyor. Bunun bağışlama gayesiyle, bağışlamanın da

Fark bir yanılma, subjektif
Sebep ise: 2 taraf anlaşmazlık
konusu olur, objektif.

iyilik ya da pösteris yapma gibi ikincil payelerle yapılması mümkündür. Kazandırıcı işleme en yakın olan gayeye sebep (kazandırıcı işlemin sebebi, causa) denir. Bunun dışındaki gayelere ise saik denir. Hukuk düzeni, prensip olarak en yakın gayeyi (sebebi) nazara alır. Saikler, hukuku ilgilendirmez. Fakat taraflar anlaşarak bir saiki, kazandırıcı işlemin şartı haline getirebilirler. Kazandırıcı işlemin geçerliliği de böylece, bu şartın gerçekleşmesine bağlanmış olur. Mesela A'nın B'ye fakülte masraflarının karşılanması için 100 L. bağışta bulunması gibi. Burada ikincil paye (saik), bağışlamanın şartı derecesine yükseltilmiş olmaktadır. Aynı olay; hem şart, hem de causa olarak kararlaştırılmış olabilir. Mesela "Bensana 1000L.nın miktiyetini geçiriyorum. Fakat sana borçlu olduğumu düşünüyorum.," dediğinde bu işlemde amaç ödeme olmaktadır. Bu, kazandırmanın şart olarak da kararlaştırılabilir, nedeni olarak da kararlaştırılması mümkündür. Münferit olayda şart ve nedeni ayırt edebilmek önem taşımaktadır. Bu konuda birbirini tamamlayan iki ölçüt ileri sürmek mümkündür.

1) Taraflar, bir olayın varlığından (vukuundan) şüphe ediyorlarsa onu genellikle şart olarak kararlaştırırlar. Fakat olayın varlığına güveniyorlarsa, onu sebep olarak kararlaştırmaktırlar.

2) Taraflar, gelecekteki olaylardan daha çok

şüphe ederler. Bu yüzden gelecekteki olayları genellikle şart olarak karar kılarlar. "Okulunu bitirdiğinde sana 10.000L. vereceğim." de olduğu gibi.

Şart ve sebep ayrımının önemi sürdürür: Eğer bir olay kazandırıcı işlemin şartı olarak kararlaştırılmışsa şart gerçekleşmedikçe işlem geçersizliğini sürdürür. Bu işleme dayanılarak verilen şeyler sebepsiz zenginleşme (condictio indicatio) istihkak davası olarak geri alınabilir. Fakat bir olay, kazandırıcı işlemin causası olarak kararlaştırılmışsa ve causa da gerçekleşmemişse verilen şey nedensiz zenginleşme davası (Romalılar buna condictio derlerdi.) ile geri alınabilirdi ki bu olay, mülkiyet davasına nazaran daha yumuşak sonuçlar doğurur. Şüphe halinde olayın causa olarak kararlaştırıldığı kabul edilmelidir.

Romalılar causaları üç grupta toplarlardı ki bugün de geçerlidir. Fakat bu ayrım, sınırlayıcı değildir, bu yanında başka causalar da vardır:

1) Causa solvendi: Ödeme (ifa) sebebidir.

2) Causa credendi (adquirendi): Kazanma sebebidir. Karşılıklı sözleşmelerde söz konusudur. Satım sözleşmesindeki mülkiyetin geçirilmesi ve bedelin ödenmesi borçlar gibi.

3) Causa donandi: Bağışlama sebebidir.

Başkaca sebepler de vardır.

4) Tesbit sebebi: Çekişmeli ya da belirsiz olacakların sulha bağlanmasıdır.

5) Causa novandi: Teriteme sebebidir.

6) Temin sebebi. (mansuh fonlikler de)

III — Hukukî nedene bağlı olan ve hukukî nedene bağlı olmayan kazandırıcı işlemler: Bir kazandırıcı işlemin geçerliliği hukukî bir neden varlığına ya da gerçekleşmesine bağlı ise böyle kazandırıcı işlemler nedene bağlı (nedensel - illî) kazandırıcı işlem denir. Geçerli bir neden bulunmazsa ya da neden gerçekleşmese veya ortadan kalkmışsa kazandırıcı işlem geçersiz olur ve yapılan kazandırma istihkak (mülkiyet) davası (rei vindicatio) ile geri alınabilir. Kazandırıcı işlemin geçerliği bir nedenin varlığına ya da gerçekleşmesine bağlı değilse bu bir kazandırıcı işlemlere nedendan bağımsız (soyut - müccerret) kazandırıcı işlemler denir. Fakat bu işlemin mutlaka nedensiz olacağını belirtmez, eğer işlemin gerçekten nedeni yoksa ya da gerçekleşmemişse nedensiz yere bir malvarlığı kaybına uğrayan (yoksullaşan) taraf, nedensiz yere zenginleşen tarafa nedensiz zenginleşme davası (condictio) olarak verdiği şeyi geri isteyebilir.

Olay: A, B den bir halı satın alıp karşılığında

10.000L. borçlanmıştır. A'nın karısı K, A'nın haberi olmadan bu borcu ödemiştir. Bir hafta sonra da A, borcunu ödüyor zanneyle 10.000L.nın mülkiyetini B'ye geçiriyor.

Soru: A, B'den 10.000L.ye geri istiyebilir mi?

Cevap: A, 10.000L.nın mülkiyetini B'ye borcunu ödemek (causa solvendi-ifa sebebi) gayesiyle geçirmişti. Fakat daha önce bu borç ödendiği için neden ortadan kalkmıştır. Bu yüzden causa-nın gerçekleşmesi kurulamamıştır. Meselâ satım sözleşmesi sırasında A, temyiz kudretinden mahrum olsaydı, sonradan bu kudreti kazanınca borcunu ödemiş olsa yine ortada geçerli bir neden yoktur. İlk durumda "nedenin gerçekleşmemesi", diğerine ise "nedenin olmaması" hali demekteyiz. Nedenin bulunmaması, ya da gerçekleşmemesine rağmen mülkiyetin geçirimi sözleşmesi geçerli midir, yani neden olmamasına rağmen mülkiyet geçmiş midir? Digestada (Sebeyte ambiçima [illegible]) bu konuda iki ünlü hukukçunun iki ayrı görüşü vardır.

— Julianus'a göre mülkiyetin geçirimi işlemi geçerlidir, zira nedenden bağımsızdır. ~~Ancak nedenin bağımlılaşmaz ise konusuz olacaktır.~~ Burada da [illegible] Julianus'a göre: in mafore minus ilkesine göre, bağışlanan işletmeye göre, mülkiyet kesin olarak geçmeli; [illegible]

— Ulpianus'a göre mülkiyet geçmez, çünkü mülkiyetin geçirilmesi nedensel bir işlemdir. Verilen şey, rei vindicatio ile geri istenebilir.

Modern hukukta bu problem iki grupta toplanarak çözümlenmektedir:

1) Harcama işlemleri kural olarak nedenden bağımsızdır. Taşınır m. nın Alacağın geçirilmesi, ibra gibi. Fakat bunun bir istisnası vardır. İsv.-Türk MK'na göre ayrık kural gereği (md. 924-933) taşınmaz mülkiyetinin geçerlilik nedene bağlı bir işlemdir. Mesela satım sözleşmesi geçersizse buna dayanılarak yapılan taşınmaz mülkiyeti geçirilmesi işlemi de geçersizdir. Fakat taşınmaz mülkiyeti geçirilmesinin nedensel ya da soyut olduğu hususu tartışmalıdır. İsv. Yargıtayı nedensel olduğu görüşündedir. Von Tuhr ise hatırlanacak taşınır mülkiyeti geçirilme işleminin soyut bir işlem olduğunu savunmaktadır. Sungurbey de aynı görüştedir. (Daha fazla bilgi için bk. MK Ön tasarısı Hakkında Elestirileri s. 365 Bu kanuni) bk. 62'deki condictio indebiti (sebepsiz zenginleşme davası) ile ilgili hükümler gereği taşınır mülkiyeti geçirilmesinin nedensiz olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Şöyle ki: Söz konusu maddeye göre borçlu olmadığı şeyi ödeyen

Terk edilmeli ama (Ödeme yükümlülüğü olmayan borçlunun bağışlama olsa olmuş! Yani borçlunun kişiliğine göre de m. değişmez...

kimse, ödediğini ancak nedensiz zenginleşme davası ile geri alabilir. Yani neden olmadığı halde mülkiyet geçmekle, ödeyen ise mülkiyet hakkını kaybetmektedir. Fakat kısmen nitelikteki nedensiz zenginleşme davası ile sayın geri istenebileceği kabul edilmektedir. Eğer sözkonusu olan nedensel bir işlem olsaydı ödeyen, mülkiyet hakkını kaybetmiyecek ve verdiği ~~sayı~~ bu hakkına dayanarak istihkak davası ile geri isteyebilecekti. Şu halde taşınır mülkiyetinin geçişini istemi soyut bir istemdir.

2) Borçlanma istemlerinde:

a— Hukuki neden, borçlanma istemlerinin içine sokulmuş ve onun bir parçası haline getirilmişse böyle bir borçlanma istemi nedensel'dir, geçerliliği nedenin gerçekleşmesine bağlıdır. Meselâ "Bana evini satman için sana 10.000 L borçlandığımı kabul ediyorum" desem, burada siz bana evinizin mülkiyetini geçirmedikçe borç doğmayacaktır. Çünkü illî bir borç vaadi sözkonusudur.

b— Nedeni gösterilmeyen borçlanma istemlerinde ise neden bulunması ya da gerçekleşmese bile borç doğmaktadır. Fakat nedensiz yere borçlanan kişi ne-

densiz zenginleşme davası ile (condictio liberationis) borçtan ibra edilmesini isteyebilir. Burada yanlış kararıyla ibra sözkonusudur. Mesela size 1000 L. borcum vardıya bir senet versem, ben yine borcu öderim. Fakat borçlanmamın nedeni olmadığı için de condictio liberationis ile ibra edilmemi isterim.

Isv. – Türk hukuk sisteminde nedeni gösterilmemiş borçlanmaların nedenden bağımsız olarak geçerli olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bazılarına göre nedeni gösterilmemiş borçlanmaların geçerliğinin nedene bağlı olması gerekmektedir. Prof. Tung, Fr. MK'nun sebebin varlığını borcun gerçekleşmesinin şart olarak kabul eden hükümlerinin etkisinde kalarak Fr. olarak kabul ettiği doktrine tesirde bulunmaktadır.

BK. 66/II'ye göre sebebi belirtilmemiş borçlanma işlemlerinin nedene bağlı olmadığı sonucu doğmaktadır. Fakat zenginleşme, yoksullaşandan elde edilmiş nedeni olmayan bir olacaksa yoksullaşanın iki imkânı vardır:

1) Ya condictio liberationis ile yoksullaşan, borçtan ibra edilmesini dava eder. Fakat bu dava, öğrenmeden başlayarak bir yıl ve her halde on yıl

içinde açılmalıdır. Aksi halde zamanaşımına uğrar.

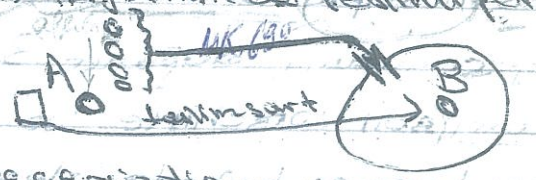
2) Zamanaşımı süresi dolduğundan nedensiz zenginleşme davası açılamıyorsa, ya da borcun ödenmesi için yüksüllasama karşı bir dava açılmışsa yüksüllasamın def'i (sebepsiz zenginleşme def'i) hakkı vardır. Bu def'i ileri sürerek borcu ödemekten her zaman kaçınabilir. Çünkü def'i değildir, hukuki hayatta değişiklik yapma amacı güdmediğinden ve bilakis mevcut durumun devam ettirilmesi sözkonusu olduğundan zamanaşımına uğramaz.

Bütün bu hükümlerden anlıyoruz ki borçlanma işlemlerinin geçerliği nedene bağlı değildir.

IV — İnançlı (fiducie) karandırmalar (özellikle güvencenin, işlemleri): Bunlar, hukuki payeyi aşan karandırıcı işlemlerdir. Meselâ bir alacağın temini için sadece rehin gösterilmesi yeteceği halde şeyin mülkiyetini geçirmede olduğu gibi. Buna güvence temin etmek için temlik denilir. Bir alacak için kefile tahsil yetkisi verileceği yerde inançlı olarak alacağı geçirmede bir diğer örnektir ki buna da tahsil için temlik (ferouge) tabir olunur. Bütün bu işlemler inançlı işlem olup ga-

yeden daha ileri giden bir hak kazandırılmaktadır.

Taşınır rehni için MK. 939'a göre teslim şarttır. Amaç; üçüncü kişilerin rehini, rehinli alacaklının zilyetliğinde görmelerini sağlamaktır. Bu kurala karşı dolan yapılmaması için rehnin inançlı olarak mülkiyeti geçirilmek isteniyorsa sayın mülkiyetin de teslimi gerekmektedir. MK. 696'a göre, Hükmen teslim halinde bu teslim, devredenin alacaklılarına karşı geçersizdir.



İnançlı işlemler geçerlidir. Tanınan şey, rehn edilecek yerde mülkiyetinin geçirilmesi halinde mülkiyeti devralan mülkiyet hakkını kazanır. Modern hukukta kabul edilmiş olan «tam hak» (Kurucusu Regelsberger'dir.) gereğince mülkiyet hakkını kazanan tam malik olur. İnanılan kimsenin borcu ödendiğinde sayın mülkiyetini geri verme borcu ise kişisel bir borçtur. İnanan kimsenin de borcunu ödediğinde sayın mülkiyetini geri isteme yolunda kişisel bir hakkı sözkonusudur. Bundan çıkan sonuç, şudur: İnançlı olarak sayın mülkiyetini geçiren kimse, bu haktan ancak inanılan kimseye karşı ileri sürebilir. Üçüncü kişiye karşı kullanamaz. İnanılan kişise yi üçüncü kişiye sattığında ancak borcu doğurur.

tan dolayı (BK.96) sorumlu tutulabilir.

§18. GEÇERSİZLİK (Hükümsüzlük, muteberiyetsizlik)

Geçersizlik, bir hukukî işlemin sonuçlarını meydana getirememesi demektir. Bilhassa yasanın gerektirici (muss vorschifte) kurallarına aykırılık, hukukî işlemin geçersizliği sonucunu doğurur. Bir de düzen (kızibatı) kuralları (soll vorschiften) vardır ki her nasılsa bunlara uyulmaması halinde işlem yine geçerliğini sürdürür. Meselâ yakın kan hısımları arasında evlenme yasağı vardır. Buna rağmen yapılan evlenme geçersizdir. Çünkü söz konusu olan bir gerektirici kuraldır. Fakat evlenmede ilân süresine uyulmaması evlenmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Çünkü bu kural, bir düzen kuralıdır.

Üç türlü geçersizlik vardır:

1) Tamamlanmamış hukukî işlem: Eksik olan şartlar tamamlanınca, hukukî işlem geçerli hale gelmektedir. Mülkiyetin geçirilmesi işlemi; taşınırlarda teslimin, taşınmazlarda tescilin eklenmesiyle tamamlanarak sonuç doğurmaktadır. Ölüme bağlı tasarruflarda ölüm olayının, bazı hukukî işlemlerde icazetin eklenmesi hukukî işlemin geçerlilik kazanması için gerekmektedir.

2) Butlan (çürüklük): Bazı hukukî işlemler, kesin olarak çürüktür. Temyiz kudreti olmayan kimselerin yaptığı işlemler, yasaya

aykırı işlemler, şart kabul etmediği halde şarta bağlanmak yapılmış (evlenme gibi) işlemler; çürüklüğe en güzel örnektir. Yargıç, butlanı (resen) göz önünde tutar. Çünkü işlem, hiç bir sonuç doğurmayacak biçimde (ölü) doğmuştur. Butlan, herkese karşı da ileri sürülebilir. Meğer ki MK 901 ve 931'deki iyiniyetin korunması sözkonusu olsun. Bazan hukuki işlemin bir bölümü çürük olabilir. Meselâ bir borçlanma işlemine dayanılarak rehin anlaşması yapıldığını düşünelim. Rehin anlaşması ise BK 20/II'ye çürükse, borçlanma işlemi yine geçerliğini sürdürür. Meğer ki çürük kısım olmaksızın diğer bölümün de yapılmayacağı ispat edilsin. Halbuki Alm. MK §.139'a göre ise sözleşmenin tümü geçersizdir. Meğer ki tarafların geçerli olan bölümü istedikleri ispat edilebilsin. Eğer çürük bölüm, asıl sözleşmeye nazaran tali (rehin gibi) bir kısmı ise tarafların bunu isteyebileceğini (çürük olmayan kısmın geçerliliğini) daha kolaydır. Bunu yargıç takdir eder.

Tahvil (Konversiyon, çevirme): Gerekli şartların bulunmaması yüzünden geçersiz olan bir hukukî işlem, tarafların işlemin batıl olduğunu bilmeleri halinde çürük işlem yerine başka bir hukukî işlem yapabileceklerini (varsayabilirsek) ciddî olabiliyorsak, gerekli şartlar tasıyan başka bir hukukî işleme çevrilebilir. Meselâ miras mukavelesi yapabilmek için on sekiz yaşın bitmesi gerekmektedir. Kişi, 17 yaşında olduğu halde miras mukavelesi yapı-

lat ölüme bağlı tasarrufta bulunmuştu, eğer onun işlemin batıl olduğunu bilseydi miras mukavelesi yerine 15 yaş şartının yeterli olduğu vasiyetnameyi yapacağı sonucuna varabiliyorsak, sürük olan miras mukavelesi gerekli şartları taşıyan vasiyetnameye çevrilir. Bu müessesesiye tahvil denilmektedir. Bono (emre yazılı senet), çok sıkı şartlara tabidir. Bu şartlardan biri eksik olursa bono, geçersiz olur. Fakat bu, BK.17 deki bayağı borçiqrarına dönüştürülebilir. Süresi içinde yapılmayan kabul açıklaması yeni bir öneri addolunur. Burada (alıcıdan) yararlanılarak ileri gidilerek farazi bir isteme dayanılmaktadır.

3) Bozulabilme (fesih kabiliyeti): Böyle bir geçersizlik durumunda kişiye bozucu yenilik doğuran bir hak tanınmakta ve o da tek yanlı bir istek açıklamasıyla bir işlemi bozabilmektedir. İki gruba ayrılır:

a — İstek bozuklukları; yanılma, aldatma ve korkutma gibi durumlar. Arap law hususta iki teori vardır:

aa — İstek (irade) teorisi: Kişinin gerçek iradesine bakılmasını savunur. İstek bozuksa, işlem de bozuktur.

bb — Açıklama teorisi: Güven teorisi de denilmektedir. Açıklamaya değer tanımaktadır. Nasıl bir anlam taşıyor,

IsV. — Türk MK'ları, bu iki teoriden istek teorisine daha çok önem vermektedir. Hukukumuza göre yanılan, aldatı-

lan ya da korkutulan, hukukî işlemle başlangıçtan bağlı değildir. Fakat gerçeği öğrendikten başlayarak bir yılı-cinde hukukî işlemile bağlanmak istemediğini bildirmese sonradan borca girer. BK. 23, 28, 29, 31 gibi mdlden bu çözüm çıkmaktadır. Fr. ve Alm. MK.larına göre ise işlem, başlangıçtan beri geçerli olmakta ve fakat iradesi sakatlanan kişi, ~~sonradan~~ işlemi sonradan bozabilmektedir.

b— Bir diğer bozulabilme durumunda ise hukukî işlem başlangıçta geçerlidir. Fakat sonradan bozulabilmektedir. Buradaki bozma iradesi, önceye etkili olduğundan hukukî işlem, yine başlangıçtan beri geçersiz durumu almaktadır. BK'nda bağışlamanın bozulması, müzayedenin ve dernek kararlarının bozulması, ölüme bağlı tasarrufların tenkisi ve bozulması buna örnektirler.

Fakat pratik olarak her iki bozulabilme de benzer sonuca varmaktadır.

§19. BİÇİM (ŞEKİL)

I— Genel olarak biçim, bir kimsenin isteğini açıklamaya yarayan her türlü araçtır. Hukuk dilinde ise isteğin geçerli olarak açıklanabilmesi için aranan şekil şartı demektir ki buna uyulmazsa işlem, geçersiz olur. Hukukî

işlemin tamamlanması için aranan bir takım maddi olaylar biçim değildir. Meselâ taşınır mülkiyetinin geçirilmesinde teslim şartı, bir biçim değildir. Çünkü borçlanma, geçerli olarak daha önce doğmuştur. Burada istek açıklamasına eklenen bir maddi olay sözkonusudur. Taşınmaz mülkiyetinin geçiminde aranan tescil de böyledir.

Biçimin yararları şunlardır:

1) Biçim, kişileri düşünüp taşınmaya yöneltir.

2) Hukuki anlamdaki icap ve kabulle sözleşmenin diğer görüşmelerini biçim sayesinde birbirinden kolaylıkla ayırt edebiliriz.

3) Biçim, tarafların isteklerinin açık-seçik ve kesin olarak belirlenmesini sağlar.

4) Biçim, ispat kolaylığı sağladığından yargıcın bu konuda karşılaştığı zorluğu azaltır.

Biçimin sakıncaları şunlardır:

1) Biçim, hukuki işlemde aranan pratiklik ve çabukluğu önler (engeller).

2) Bazan her iki tarafın da istemiş olduğu hukuki sonuç, sırf biçim yüzünden doğmamaktadır.

Biçimin belirttiğimiz yarar ve sakıncaların çözümünde tutan BK.nun 11. md.si hükmüyle biçim özgürlüğünü kabul etmiştir. Prensip olarak hukuki işlemler, biçime bağlı olmaksızın

yapilirlar. Ancak yasada belirtilen durumlarda hukukî işlemin biçime bağlı olarak yapılması gerekmektedir. Bu durumlar ise sayılıdır. Özellikle MK. 634, Tapu K. 26 taşınmaz mülkiyeti geçirimi borcu doğuracak işlemlerin resmî biçimde yapılması gerekmektedir.

Geçerlilik biçimi iki şekilde olur:

1) Basit yazılı biçim: Kefalet, taşınırları bağışlama sözleşmeleri gibi işlemler için aranan biçimdir.

2) Resmî biçim: Resmî bir devlet memurunun gerçekleştirmesi gereken biçimdir. Taşınmaz mülkiyeti geçirimi-ameleleri gibi. Resmî tasdik, resmî biçim değildir. Resmî tasdikte senedin yalnızca imza ve tarihinin noterce tasdik edilmesi söz konusu olup ispat kolaylığı amaç güdülmektedir. Resmî tasdikte resen düzenleme söz konusu değildir.

II- Biçim, başka bir açıdan da ikiye ayrılmaktadır:

1) Geçerlilik biçimi (sıhhat şekli): BK ve MK tarafından aranan biçimler geçerlilik biçimidir. Bu biçime uyulmadan yapılan hukukî işlem ise geçersizdir. BK. 11/I'nin aradığı biçim gibi.

2) İspat biçimi: Medenî yargılama hukukunda aranan biçim şeklidir. HUMK'muz Neuchatel kantonundan alınmış olmakla beraber, ispat biçimi ile ilgili kurallar, değeri 150 frangı geçen işlemlerin ispatı için yazılı delil şartını arayan Code Civil. 1341 hükmünden alınmıştır. HUMK.

288'e göre değeri 500 TL'yi geçen hukukî işlemlerin yazılı delille ispatlanması gerekmektedir. Kira, kaz gibi BK akısından hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmadığı halde bahsedilen hükümden ötürü bir çok hukukî işlemlerin ispat şekline bağlanması gerekmektedir.

III- Biçime uyulmadan yapılan sözleşmeler 1)

1) BK.11/II'ye göre biçime uyulmadan yapılan sözleşmeler (biçim şartı aranduğı halde) geçersizdir. Eski İsviçre doktrini burada ki geçersizliği Alm.MK §313'e uygun olarak butlan diye nitelendiriyordu. Böylece biçim eksikliği yargıca resen nazara alınmakta ve böyle bir sözleşmeye dayanılarak açılan dava red edilmekteydi. Halbuki İsv.-Türk BK'nun sözü geçen hükmü, Avs.MK. gibi, sadece "geçersizdir" demekte ve butlandan söz açmamaktadır. Bunu nazara alan yeni İsviçre doktrini, Avs. Hukuku gibi burada ki geçersizliğin bir butlan olmadığı ve yargıca resen gözönünde tutulamayacağı yönünde gelişmiştir. Buna göre yasa, işlemi biçime bağlamakla hangi tarafı korumak amacım güdüyorsa, biçim eksikliği de o tarafa ileri sürülmek gerekmektedir. Bir örnek olay ele alalım. Meselâ bir taşınmaz satımında alıcının bu resmî biçime bağlanmamış olan vekâlıcı da satıcıyı dava ederek satıcı yararına tescil kararının kendi üzerine geçirilmesini istese, eski doktrine göre

yargıç, işleni cürük olarak nitelendiriip davayı resen red edecektir. Yeni doktrine göre ise, yasanın aradığı biçim şartı ile çıkarlarını korunmak istediği tarafta(yanımızda alacaklı), borcunun gereken resmî biçime bağlanmadığını ileri sürerek hakimden davanın reddini isteyecektir. Yeni doktrin, BK hükümlerine daha bağlı kalmakla ve böyle bir çözüm de çıkarlar durumunu ve yasanın amacına uygun düşmektedir.

Biçim eksikliği yüzünden bir sözleşmeyi yerine getirmekten kaçınmak, kural olarak MK.2 deki dürüstlük kurallarına aykırı ~~nitelikte~~ telâkki olunmaktadır. Ancak, Kişi, kendi davranışıyla biçime uyulmamasına yol açmış ve sonra da biçim eksikliğini ileri sürerek sözleşmeyi yerine getirmekten kaçınmışsa; karşı taraf, BK.41/II'ye dayanarak ahlâka aykırı bir fiille bilerek başkasına zarar vermekten ötürü biçim eksikliğine dayanan tarafa menfî zararlarını tazminettirebilir. Meselâ tarlasını satan A, B'nin resmî biçimi teklif etmesine rağmen B'nin hüsnüniyetinden istifade ederek resmî biçime uymamışsa; fakat sonradan A, gerekli resmî biçime uyulmadığını ileri sürerek sözleşmeyi ifadan kaçınıyorsa B, BK.41/II gereğince ahlâka aykırı bir fiille bilerek başkasına zarar vermekten ötürü sözleşmenin kurulamamasından (ona güvenmesinden) doğan olumsuz

haltı' nuslat gerekmez (ve: aynen tazm.)

zararlarını (yapılan masraflar, cezip teklifler gibi) A'ya tazmin ettirebilir. (ve karşılıksız)

3) Biçim eksikliği yüzünden geçersiz olan bir sözleşme, sözleşmenin biçim eksikliği yüzünden geçersiz olduğu bilinmeden ifa edilmişse, ödenen şey BK. 62'deki condictio indebiti'i (borç olmadığı halde ödendiği — sebepsiz zenginleşme davası) ile geri istenir. Bu çözüm, taşınırlar için sözkonusudur. Taşınmazlarda ise, nedensel bir istem sözkonusu olduğundan iki dava açılır: mülkiyet geçmemiştir.

— Neyinin ödendiğini geri istemek (istihkak-mülkiyet) davası, MK. 618.

— Çıkarım (tazmin) davası, MK. md 33.

4) Biçim eksikliği yüzünden geçersiz olan bir işlem, bu geçersizliği bilinerek yerine getirilmişse Alm. MK. §.313 çerçeve biçim geçersizliği ödeme ile düzelir. BK'mız da böyle bir hüküm olmadığı halde bu sonuca varmak mümkündür. Sözleşmenin biçim eksikliği yüzünden geçersizliğini bilerek ifada bulunan kimsenin sonradan ödediğini geri almak istemesi, MK. 2'deki dürüstlük kuralına aykırıdır ve bu istem, reddolunur. Buna çelişkili davranış yasağı (venire contra factum proprium) denir. Yargıtayımız da bu çözümü kabul etmektedir. Avus. MK ise, biçim eksikliği yüzünden geçersiz olan

Madde 100, venire contra factum proprium

bir sözleşmeden eksik borç doğduğunu kabul etmektedir.

Biçim eksikliğine karşı dürüstlük kuralını aykırılık savunmasında bulunan tarafın, kendisi dürüstlük kuralına aykırı hareket etmemesi gerekir. Meselâ bir taşınmaz satım sözleşmesinde resmî biçime uyulmadığını düşünelim. Satıcı da sözleşmenin geçersizliğini bildiği halde taşınmazın mülkiyetini alıcıya geçirmiştir. Sonradan da biçim eksikliğine dayanarak mülkiyetin geri verilmesini ve tescilin düzeltilmesini istemektedir. Alıcı, MK.2 deki dürüstlük kuralına dayanarak buisteğin reddini ister. Fakat alıcının kendisi satıcıyı aldatmış, yoksa zararına yaratmışsa kendisi dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğinden tekrar dürüstlük kuralına aykırılık savunmasında bulunamaz. İsviçre Yargıtayı bu çözümü kabul etmiştir, yerindedir.

IV- Yasa, bir hukukî işlemin biçime bağlanmasını ya yalnız bir tarafın, ya da her iki tarafın istek açıklaması için aramıştır. BK.13/I'e göre yalnız borç altına giren tarafın yazılı biçime uyması yeterlidir. Meselâ kefalet sözleşmesi âdi yazılı biçime bağlıdır, kefil sadece borç altına girdiğinden biçimin tamamlanması için kefilin imzası gerekli ve yeterlidir. Taşınır bağış söz-

leşmesinde, borç altına vaadde bulunan girişiminden biçim için onun imzası yeterlidir. Bu kural harcama(tasarruf) işlemlerine de kıyas yoluyla uygulanır. Yasa, alacağın geçirilmesi için basit yazılı biçimi aramıştır. Bunun için de alacağı geçiren kimsenin imzası yeterlidir. Aynı kural resmi biçime bağlı sözleşmeler için kıyasen uygulanır. Taşınmaz satım sözleşmesinde her iki taraf da borca girdiğinden her iki tarafın, taşınmaz bağışlama sözleşmesinde ise sadece bağışlayan borca girdiğinden bağışlayanın imzası gerekli olmaktadır.

V- Basit(adi) yazılı biçim: Yasa, basit yazılı biçimde metinle imzayı birbirinden ayırmaktadır:

1) Metin: Hukuki işlemin muhtevasını gösterecek yolda olmaktadır. Üslubu ise istenildiği gibi olur. Mektup üslubu yetinde olma gibi.

2) İmza: İmza, BK.14/I'e göre borç altına giren kimsenin el yazısıyla olmak gerekir. Bunun iki istisnası vardır:

a- BK.14/II'ye göre imza, örf ve adetin gerektirdiği durumlarda mekanik araçlar, baskı makinaları v.s. ile bastırılabilir. Büyük sayıda çıkarılan kıymetli evrakların imzalanmasında olduğu gibi.

b- BK.15'e göre okuma yazma bilmeyen, yanda

elinin olmaması v.s. nedenlerle eliyle imza atamayan kimseler, noterde resmî senet yaptırabilirler; ya da noterce tasdik edilmiş mühür, elle yapılmış bir işaret, parmak basma v.s. imza yerine kullanılabilir. HUMK. 297, ihtiyar heyetlerince yapılan tasdiki de yeterli bulmaktadır.

BK. 13/II ye göre bayağı yazılı biçim için, borçlu tarafından imzalanmış bir mektup, ya da telgraf kağıdı yeterlidir.

VI — Biçime bağlı bir işlem, hiçbir biçime bağlı olmaksızın ortadan kaldırılabilir. Bize alınmayan İsv. BK. 115 hükmüne göre münferit alacak hakkı, hiçbir biçime bağlı olmaksızın alacaklının alacağını ibra edeceğini söylemesiyle ortadan kalkar. Bizde ise HUMK. 290, isbat biçimi getirir. Şöyle ki: Senede karşı savunmalar, yine senetle yapılmalıdır. Fakat İsv. BK. 115, bize alınmamış olmasına rağmen hukukumuzda yine de geçerli sayılmalıdır. Bu durumda HUMK. 290'un aradığı isbat biçimi dışında, sekle bağlı bir borcun ortadan kaldırılması, hiçbir geçerlilik biçimine bağlı değildir. Çünkü borçtan kurtarma, bir harcama işlemidir. Harcamada bulunanı korumak gereksizdir. Koruma, ancak borca girenler için sözkonusudur.

BK.12'ye göre ise geçerlilik biçimine bağlı bir hukuki işlemin değiştirilmesi, gene aynı biçime bağlıdır. Borçluyu yeni bir borç altına sokmayan feri anlaşmalar (ödeme yerini, ödeme gününü belirleyen anlaşmalar gibi), hiç bir biçime bağlı olmaksızın yapılabilir.

§20. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

I- BK.19/I, sözleşme özgürlüğü prensibini koymaktadır. Taraflar, dilediklerini gibi sözleşme yapabilmektedirler. Sözleşme özgürlüğünü üç bakımdan ele almak mümkündür.

1) Tarafların sözleşme yapıp yapmamakta özgür olmaları.

2) Tarafların sözleşmenin muhtevasını kararlaştırmada özgür olmaları.

3) Tarafların sözleşme tipi seçmede özgür olmaları. (Akit tipleri numerus clausus değildir, yenileri ilave edilebilir.)

Sözleşme özgürlüğünün başlıca sınırları şunlardır:

1) Sözleşmenin, yasanın emredici kurallarına aykırı olmaması.

2) Sözleşmenin muhtevasının hukuka uygun olması.

3) Sözleşmenin ahlâk ve âdâba uygun olması.
4) İmkânsızlık.
5) Sömürü (gabin).

II — Emredici kurallar, yasanın muhakkak uyulması gereken ve tersi kararlaştırılamayan kurallarıdır. (Diğerleri ise yedek hukuk kurallarıdır.) Mesela borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağı yolunda bir sorumsuzluk anlaşması yapılamaz. Zira BK. 99/I, emredici kuraldır. Çok zaman yasa, „sabit olur" gibi sözlerle bir kuralın emredici olduğunu açıkça belirler. Eğer böyle bir açıklık yoksa BK. 19/I deki kıstaya başvurmamız gerekmektedir. Şöyle ki: Kamu düzenine, ahlâk ve adaba, kişilik haklarına ilişkin kurallar emredicidir. Kamu düzeni kuralı, uyulmasında toplumun çıkarları bulunan kuraldır. BK mızda ise daha çok ahlâk ve âdaba, kişilik haklarına aykırılık hali düzenlenmiştir, kamu düzeni kuralları yok denecek kadar azdır.

III — Sözleşme muhtevasının hukuka aykırı olması iki durumda bahis mevzuudur:

1) Edimin hukuka aykırı olması hali: Özellikle Ceza Kanununa aykırı eylemler sözleşme konusu olduğunda sözleşme, geçersiz olur.

2) Bazan fiil (edim) caiz olur, fakat sözleşmenin o şekilde yapılması hukuka aykırıdır. Mesela [illegible]

kırı bir bedelle yapılan satım sözleşmesinde, sözleşmenin konusunu gürük saymak alacaklıya zarar sokar. Çünkü o malı ihtiyacı vardır. Bu bakımdan böyle bir satım sözleşmesinde bedelin narhtan yukarı bölümü geçersizdir. Tadsaya karşı dolanı (hile-i şer'iyye) yasağı, bu konuda bir diğer örnektir. Bununla yasanın yasak ettiği (cürük saydığı) bir sözleşmenin sağlıyacağı pratik sonuca, başka bir hukuki yoldan başka bir hukuki işlemle erişmek amacı güdülür. Mesela taksitli satışlarda yasa, taksitli alıcıyı korumak istemiştir. Alman ve İsviçre taksitle satışı düzenleyen ayrı yasaları vardır, bizde ise böyle bir kanun yoktur. Buna göre alıcı taksitleri belli bir süre içinde ödemeze, ödediği taksitlerin yanacağı, ve malın geri verileceği yolunda sözleşme yapmak yasaklanmıştır. Bu sonuca başka bir yoldan varmak suretiyle yasaya dolanı yapılmaktadır. Taraflar satım sözleşmesini kira sözleşmesi gibi düzenlemek suretiyle belli bir süre kiralarını muntazaman ödenmesi halinde sözü mülkiyetinin kiracıya geçeceği yolunda anlaşabilirler. Bu, bir yasaya dolanı olduğundan bu yoldan yapılan anlaşmalar geçersizdir (yani taksitler yanmaz).

IV- BK.20 gereğince ahlâk ve âdâba aykırı sözleşmeler geçersizdir. Burada söz konusu olan yangın

ya da tarafların ahlâkî anlayışı olmayıp toplum içinde doğru ve untak düşünen kimselerin objektif anlayışlarıdır. Ahlâka aykırılık 3 şekilde olur:

1) Sözleşmenin muhteva (öz, gaye) itibarıyla ahlâka aykırı olması:

a— Muhtevası ahlâka aykırı olan sözleşmeler cürüktür. Bir kimseye evlilik dışı ilişkide bulunması için para vaad etmede bu vaad geçersizdir, çünkü muhtevası ahlâka aykırıdır. Temyiz, 14/1/948 t.li İBK'nda hükümetin izniyle genelev açmada kiralan evlerden kira paralarının ahlâka aykırı olmadığını kabul etmektedir. Halbuki genelev için kullanılmak üzere yapılan bir kiranın muhteva itibarıyla ahlâka aykırı olduğundan cürük olması gerekirdi. Fakat BK. 65 gereğince de bilerek ahlâka ve adaba aykırı şekilde verilen şeyler geri alınamıyacağından, kira paraları da geri alınamazdı.

b— Gayesi ahlâka aykırı olan sözleşmeler cürüktür. Her iki tarafın amaçlarının ahlâka aykırı olması durumunda sözleşmenin cürük olacağı hususu kesindir. Fakat taraflardan biri ahlâka aykırı bir gaye için sözleşme yapmışsa, böyle bir sözleşme kural olarak geçerlidir. Meselâ A, küçük bir kızı kandırmak için müzevvereatçı B'den yüzük alması durumunda, hile B ona

daki satım sözleşmesi geçerlidir. Fakat kuyumcu B, bu ahlâka aykırı fayda bilerek A'dan yüksek bir bedel istemişse, ahlâka aykırı fayda da benimsemiş sayılacağından sözleşme çürüktür.

2) Ahlâkî anlayışlarımıza göre bir kimsenin tam bir özgürlükle karar vermesi gereken konularda daralt-ma meydana getiren sözleşmeler de ahlâka aykırıdır. Bir siyasi partiye girme, ya da girmeme yükümü getiren bir sözleşme, bu gerekçe sebebiyle çürüktür.

Örnek olay: Zengin bir fabrikatör olan A'ya karşı oğlu B; sarkıcılıkla evlenmiyeceğini, evlendiği takdirde ise 100.000 TL sözleşme cezası ödeyeceğini vaad etmiştir.

Soru: Bu vaad geçerli midir, değil midir? Niçin?

Cevap: Bir kimsenin tamamen özgürce karar vermesini gerektiren konulardaki kısıtlamalar, kişilik hakkına ve dolayısıyla da ahlâka aykırıdır. BK.19 gereğince de böyle işlemler batıl olduğun A ile B arasındaki işlem de geçersizdir, çürüktür.

3) Bir kimsenin kişisel ya da ekonomik özgürlüğünü çok geniş ölçüde sınırlayan (daraltan) sözleşmeler de ahlâka aykırıdır. Meselâ 10 yıldan fazla süreyle yapılan hizmet sözleşmelerinde, işçi 10 yıl geçince sözleşmeyi bozabilir. Fakat BK'nda her hangi bir sözleşmenin 10 yıldan

4) Bu kanun gereği bir otomobilin yok olduğunda yarım kalmasalı, kimse tarafından kullanılmamalı eğer cihazlar sağlamalı bağlama yapıştırması da aldatıcı sağlamalı (Olmayı vurgu)

farda süre için yapılamıyacağı hakkında herhangi bir hüküm yoktur. Bütün sözleşmeler geçerlidir. Fakat kişinin kişisel ya da ekonomik özgürlüğünü aşırı ölçüde daraltan, kişiyi alacaklının keyfine bağlı durumda düşüren sözleşmeler ahlâka aykırıdır. (Kölelik sözleşmeleri)

V- 4) BK'ya göre konusu imkânsız olan sözleşmeler batıldır. Mecellenin "Hiçkimse muhal ile mükellef tutulamaz" ilkesi de bunu belirlemektedir. İmkânsızlık fiili bir nedenden ileri gelebilir. Satım konusu otomobilin daha önceden çöp altında kalmak yok olmasında olduğu gibi. İmkânsızlık, hukuki ve ekonomik sebeplerden de ileri gelebilir. Satım konusu sayın satımının yasak edilmesinde olduğu gibi.

BK 20'deki imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından önceki objektif imkânsızlıktır. Yani edimin yerine getirilmesi, herkes için imkânsızdır. Borçlu için edimi yerine getirmek imkânsız olmakla beraber üçüncü kişiler için edimi yapmak mümkünse, yani edimin sübjektif imkânsızlığı sözkonusu ise sözleşme geçerlidir, borçlu borcu çiğnetir. Edimini yerine getirmezse BK.96 gereğince sorumlu tutulur. Meselâ arkadaşının otomobilini size satmak için bir satım sözleşmesi yaptığınızda bu sözleşme geçerlidir. Fakat burada edimin sübjektif ve kusur imkânsızlığı sözkonusu olduğundan benim edimimi yerine getiremiyeceğim için siz, beni BK.96

gereğince takip ettirebilirsiniz. Otomobilim benim dayı Fahet bir ihmal nedeni örneğin onun yanmasına yol açmışsa hükümyine aynıdır. Sözleşme kurulduktan sonra edimin kusursuz imkansızlaşması halini ise BK.117 düzenlemektedir, ki bu durumda borçlu borçundan kurtulur.

İmkânsızlığın sözleşmesi olması durumunda yine de MK.2 deki dürüstlük kuralı gereğince edimin imkânsızlaştığını karşı tarafa bildirme ödevi vardır. Aksi halde karşı tarafın uğradığı olumsuz zararın tazmini gerekir.

VI— BK.21'in düzenlediği fahiş gabin hali de sözleşme özgürlüğünün sınırlarındandır. Bazı daha ziyade kilise hukukundan girmiştir. İslam hukukunda da bu konuyla ilgili hükümler vardır. BK 21 ve MK Gabin için iki şart aranır:

1) Objektif şart: Edimle karşı edim arasında aşırı bir oransızlık bulunmalıdır. Mesela bir şeyin almada %90 gibi aşırı bir faiz karartılmasında olduğu gibi.

2) Sübjektif şart: Şu üç şarttan birinin gerçekleşmesi halidir:

a— Karşı tarafın bir bunalımından (müzayaka sırasında) yararlanılmış olması. Mesela cezaevinde ameliyat ettirmek isteyen A'nın evini B'ye yok pahasına satmasında olduğu gibi.

b— Karşı tarafın tecrübesizliğinden yararlanılmış olması. Cahil toplumun kadeşinden kalan yazma eser-

leri yok pahasına satmasında olduğu gibi.

c — Karşı tarafın hafifliğinden (hafifletinden) bilerek yararlanılmış olması. (Hiffet tabiri, bu pürtkü küçük bir alacak için gelecekteki büyük alacakların feda etmeye denilmektedir.)

Alm. MK, sömürüyü ahlâkta ayıplılık olarak nitelendirmiş ve böyle işlemleri de cürüm saymıştır. BK. 21 ise işlemin geçerliğini sömürülenin irادesine bırakmıştır. Sözleşmenin kurulusundan başlayarak bir yıl içinde sömürülen sözleşmeyle bağlı olmadığın karşı tarafa bildirmelidir. Burada ki geçersizlik, — irade bozukluklarında olduğu gibi — sözleşmesi bozucu yenilik doğuran haklı olmuş sayılmaz. Fakat sömürülen henüz kendi edimini yerine getirmemişse BK. 60/c. 2'de olduğu gibi daki yoluyla borcunu yerine getirmekten her zaman kaçınabilir. Eğer bir şeyler verilmişse geri alınamaz. Uygulamada ise bir yıl geçtikten sonra kiteye dayanarak dava açmak daha yararlı olmaktadır.

Polonya BK ise orjinal bir çözüm getirmiştir. Buna göre yargıç sözleşmeye müdahale ederek edimler arasındaki asım oransızlığı giderebilmektedir.

Fahiş gabini BK. 21 düzenlemektedir.

§21. BORÇ TANIMASI (İKRARI)

I- Borç tanımasının iki şekli vardır:

1) Nedeni gösterilen borç tanıması: Sözleşme, haksız fiil ya da nedensiz zenginleşme gibi bir nedenden dolayı bir borcun doğmuş olduğunu açıklayan borç tanımasıdır. "Bay A'nın otomobilinin camını kırdığımdan 30.000 L. borcum olduğunu tanırım" veya "Bay A'dan 3000 L. lik kömür satın aldığımı tanırım" gibi örneklerde görüldüğü üzere borcun sebebi gösterilmiştir. Bu yüzden bu çeşit tanıma açıklayıcı niteliktedir. Hukuki mahiyeti de bir istek açıklaması olmayıp bir bilgi açıklamasıdır. Bu çeşit tanımaların ispat bakımından önemi vardır ve alacaklıyı ispat yükünden kurtarır. Fakat alacaklı böyle bir borç tanımasına dayandığında borçlu da bu bilgi açıklamasının yanlış olduğunu ve gerçeğe uymadığını ortaya koyarak durumu düzeltebilir. Ama böyle bir borç tanımalarının borçlar hukukunun açısından işlemekte olan zamanaşımını kestiği için önemi vardır.

2) Nedeni gösterilmemiş kısmen borç tanıması ya da borç sözvermesi: Burada bir borç tanımasının ya da sözvermenin nedeni gösterilmeyerek sözleşmenin dışında bırakılmıştır. Sadece "A'ya 1000 L. borcum olduğunu tanırım" veya "A'ya 1000 L. ödeyeceğimi vaad ediyorum" da olduğu gibi. Nedeni gösterilmeyen borç tanımasında bir istek açıklaması söz

konusu olduğundan kurucu nitelikte görülmektedir. Böyle bir tanıma başlıbaşına bir borç doğurmaktadır; bu tanıma, bir sözleşmedir, iki taraflı, bir hukukî işlemdir. Böyle bir tanımayı alacaklının da kabul etmesi gerekmektedir. Nedeni gösterilmeyen borç tanımalarının şu yararları vardır:

a- Alacaklı, borç tanımasının bir hukukî nedeni olduğunu ve bu nedenin gerçekleştiğini ispat yükümde olmaksızın yalnızca borç tanımasını ispat yükü vardır.

b- Borç tanıması, başlıbaşına bir borç kaynağı olarak bir hukukî nedeni olmaya ya da nedeni olmayınca yapılmanın gerçekleşmesine bile yine borç doğurur. Şu kadar ki nedensiz yere borçlanan kimse, nedensiz zenginleşme kuralları uyarınca bu tanımaya karşı nedensiz zenginleşme davası ya da nedensiz zenginleşme def'i ile mukabele eder. (BK.66/su.)

c- Gerek nedensiz zenginleşme davası, gerekse nedensiz zenginleşme def'i kişisel bir hak olduğundan yok sullaşanca istenirse kullanılabilir. Borçlu görevinden istiklal bu haktan kullanamaz. Böylece borçlu görevini kötüye kullanmış olmaktadır.

II- Nedeni gösterilmeyen kurucu borç tanıması ya da sözleşmesinin geçerliği, tarih boyunca hep aynı kabul edilmiş değildir.

1) Klâsik Roma hukuku devrinde stipulatio vardı.

Bununla hakikî nedeni gösterilmeyerek sözleşmenin dışında bırakılan borç sözvermeleri geçerli sayılmıştır. Fakat borçlu stipulationun cavazının (nedeninin) gerçekleşmediğini ileri sürebilirdi.

2) Bütün stipulationlar, alacaklının ve borçlunun birbirine güvenmesinden dolayı yapılıyordu. Klâsik devirden sonra durum değişti. Caracalla, bir emir namayla borçlunun stipulationa karşı kullanmak üzere bir def'i hakkı (paranın sayılıp teslim edilmediği def'i) (querela non numerata pecunia) tanıdı. Borçlunun def'i hakkını kullanması, (alacaklı,) nedenin gerçekleştiğini başkaca delillerle ispat yükünde kalıyordu.

3) (Justinianus hukukunda) stipulationlar arasında bir ayırım yapılmıştır. Stipulationların bazılarına "nedenden dolayı gerçekleşmiştir" diye kayıt konulmaya başlandı. Fakat böyle kayıt konulmamış stipulationlarda geçerlidir ki bunlara cautio indiscreta (nedeni gösterilmemiş senet) denir. Böyle senetlere karşı borçlu def'i hakkını kullanırsa alacaklı nedenin gerçekleştiğini ispat yükünde kalıyordu. Bu çizgi tarzı Ortaçağ ve Yeniçağ boyunca devam etmiştir.

4) Alm. Otto Baehr 1855 yılında yayınladığı "Borç Kaynağı Olarak Tanınma" adlı eserinde nedeni gösterilmeyen borç tanımalarının doğrudan doğruya borç kaynağı kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. İsv.— Türk BK. 17 ile şu kural getirilmiştir: "Borç tanınması, borcun sebebi gös-

terilmiş olmasa bile yine geçerlidir." Bu kuraldan şu iki anlamı çıkarabiliriz:

a— Taraflar, hukuki nedenini belirtmeden de kurucu borç tanıması yapabilirler ve böyle tanımalar geçerlidir.

b— Nedensiz borç tanımaları nedenin varlığına ve gerçekleştiğine karine teşkil eder. Alacaklıyı ispat yükünden kurtarır. (querela'yı ortadan kaldırıyor!)

III— Nedeni gösterilmeyen Borç Tanımalarının Kuruculuğu: Nedensiz borç tanımalarından kurucu olarak yararlanmak gerekir. Alm. MK. nun ilk tasarısının §683'ünde bu yönde bir yorum kuralı vardı. Sonrada bu kural tasarıdan, kendiliğinden anlaşılan bir şeyi söylediği gerekçesi ile çıkarıldı. Bundan anlıyoruz ki Alm. hukukunda nedeni gösterilmeyen borç tanımalarının kurucu olduğu kabul edilmektedir. İsv.— Türk hukukunda da doğru görüş budur. Tanı nedeni gösterilmeyen borç tanımalarından doğrudan doğruya bir borç doğduğu kabul edilmeli. Meselâ "A'ya 1000 L. ödemeye söz veriyorum" diye bir senet düzenlenmiş olsa, doğrudan bu ikrardan borç doğmaktadır. Tekrar, geçmişteki bir borcun açıklanması olarak anlaşılmamalıdır. Fakat Fransız hukukunda nedeni gösterilmeyen borç tanımalarının eski bir borcu açıklayıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir. İsv. de de bu görüşün etkisinde kalarak

aynı sonuçlar İsviçre hukukuçun da geçerli olacağını sanmanlar olmuştur. Fakat bu ~~[illegible]~~ doğru sayılamaz.

IV- Nedeni gösterilmeyen borç tanımalarının bir sözleşme niteliğinde olduğunu da belirtelim. Hukukumuza göre kural olarak bir sözleşmeden borç doğabilir. Yani bir borcun doğabilmesi için olacağının da kabulü gerekmektedir. Bazı istisnalar saklıdır. Alm. MK. §780, 781'e göre borç tanımaları geçerlilik bakımından yazılı biçime tabidir. BK'mızda ise böyle bir hükümdür. Fakat HUMK. 288 gereği 500L'yı aşan değerdeki işlemlerin yazılı delillik ispatı gerekir. Fakat bizde de bazı borç tanımalarının geçerlilik biçimine bağlanması gerekir.

1) Borç ikrarının konusu bir taşınmazın mülkiyetini geçirme borcu ise MK. 634 gereği bu işlemin resmi biçimde yapılması gerekmektedir.

2) Borç ikrarının belirtilmeyen nedeni, bir geçerlilik biçimine uyulmasını gerektirebilir. BK'na göre taşınır bağışlama sözleşmesi yazılı biçimde yapılmak gerekir. Mesela "Bay A'ya 1000L. ödemeye söz veriyorum" şeklindeki borç vaadinin nedeni bağışlama ise bunun yazılı biçimde yapılması gerekir. Fakat borç vaadinin bağışlama nedeniyle olmayıp olmadığını iddia eden ispat yükümlüdür.

V- Nedeni gösterilmeyen borç tanımalarının ne-

denden bağımsızlığı (soyutluğu): Nedeni gösterilmeyen borç tanımlamanın geçerli olabilmesi için nedenin bulunması ve gerçekleşmesi gerekli midir sorununa Alm. ve Fr. hukukları arasında değişik çözüm yolları getirilmiştir.

Nedensellik sistemini benimseyen Fransız hukukuna göre bir sözleşmenin geçerliği, onun hukuksal nedenin bulunmasına ve gerçekleşmesine bağlıdır. Aksi halde geçersizdir.

Nedenden bağımsızlık sistemini benimseyen Alm. MK.nun §812 ve 821. maddelerine göre nedeni gösterilmeyen borç sözleşmesinin nedeni yoksa ya da gerçekleşmemişse (Roma hukukuna uygun olarak) bu sözleşme yine geçerlidir. Fakat borçlu nedensiz zenginleşme davası ya da defini ileri sürebilir.

İsv.-Türk BK 66/2 ye göre Alm. MK. §821 uygun olarak nedenden bağımsızlık sistemi kabul edilmiştir. Nedensiz zenginleşme, kişinin nedensiz yere borca girmesi şeklinde ise yoksullaşan dava hakkını, bu zaman aşımına uğramış olsa bile defi hakkını kullanabilir. Zira defiler zamanaşımına uğramaz. Bu hükümler bize nedensiz yere borca girmenin de mümkün olduğunu göstermektedir.

VI — Nedeni gösterilmeyen kurucu borç tanınması ya da söz vermesinin temel borçilişkisi karşısındaki durumu: Nedeni gösterilmeyen borç tanımaları, ~~taraflar~~

arasında temel bir borç ilişkisi olmaksızın yapılmış olabilir. Bağışlama gibi. Fakat tanıma, bir temel borç ilişkisine dayanılarak da yapılmış olabilir. Mesela satım sözleşmesinden doğan bir alacak hakkı yanında buna da yanılarak bir de borç tanımasında bulunulmuş olabilir. Ama böyle bir durumda karşınıza şu sorun çıkmaktadır: Tanıma ile temel borç ilişkisi yenileme ile ortadan kalkmış mıdır? Yoksa temel borç ilişkisi sağlıklı tutularak alacaklıya yarısan ikinci bir hak daha mı verilmek istenmiştir? Justinianus hukukundan gelen geleneğe uygun olarak BK. 114/1, yenilemeye karşı olma görüşünü değil de yarısan hak tarafındaki çözümü benimsemiştir. Burada yarısma eksik yarısmadır. Zira borç tanımasından doğacak alacak, kaçınılmaz olarak elde edilirse, borç ilişkisinden doğan alacak da sona erer. Buna karşılık temel borç ilişkisinden doğan alacak ödenirse, nedeni gösterilmeyen borç tanımasından doğan alacak kendiliğinden sona ermez. Fakat borçlunun nedensiz zenginleşme davası ve def'i hakkı vardır.

VII — Nedeni gösterilmeyen borç tanıması, yo da söz vermesine karşı savunmalar:

1) Borçlunun kendisine karşı savunmaları: Borçlu; böyle bir borç tanıması ya da söz vermesine karşı inkâr da bulunabilir. Ya da itiraz (hakkın doğmadığı veya hakkın ortadan

kalktığı itirazları) ileri sürebilir. Veya def'i savunmasında bulunabilir.

2) Temel borç ilişkisinden doğan savunmalar:

a— Borç tanıması ya da sözvermesinin geçerliğine etki yapan savunmalar: Meselâ borçlu (davalı), tanımanın başlama nedenine dayandığını ve bu yüzden yazılı biçime uymak gerektiğini ileri sürerek savunmanın biçim eksikliğine dayandırabilir. Tanınan borç, bir eksik borca dayanıyorsa (kumar borcu gibi) tanımadan yine eksik borç doğar.

b— Borç tanımasının geçerliğine etki yapmayıp borçluya yalnızca def'i hakkı veren savunmalar: Temel borç ilişkisinden doğan alacağa karşı kullanılmak üzere ödemezlik, zamanaşımı gibi def'iler varsa, borç tanımasını yapan (kural olarak) bu def'ilerden yararlanmağa devam eder. Fakat borç tanımasını yapan borçlu, temel borç ilişkisindeki bu def'ileri bile bile böyle bir borç tanımasında bulunmuşsa zımnî olarak bu def'ilerden de vazgeçmiş sayılır. Borçlunun kullanabileceği en önemli def'i nedensiz zenginleşme def'idir.

VIII— Borç tanımasına karşı nedensiz zenginleşme davası ve nedensiz zenginleşme def'i: Borç tanımasının nedeni yoksa ya da neden anlaşması kurulamamışsa

veya neden gerçekleşmemiş ya da ortadan kalkmışsa borçlu buna karşı nedensiz zenginleşme davası açabilir ya da nedensiz zenginleşme definde bulunabilir.

1) Hukuki nedeni bulunmayan borç tanınması ya da söz verme: Meselâ B, A'ya 1000 L. borcu olduğu yolunda bir borç senedi veriyor. Bununla A'dan aldığı dört çeli odunun parasını kastetmektedir. Yani tanınma causa solvendi cindaylıkmaktadır. Fakat A, bu tanınmanın bağışlama nedeniyle yapılmış zanne-ettiğini ileri sürüyor. Burada A ile B arasında dissens (uyuşmama) sözkonusu olduğundan causa anlaşması kurulamamıştır. Burada B, A'ya condictio sine causa (nedenin bulunmaması olayı ile nedensiz zenginleşme davası) açarak senedin geri verilmesini isteyebilir.

causa anlaşması
Tanınma
A ← + → B
Satım sözleşmesi

2) Hukuki nedenin gerçekleşmemesi: Meselâ B, A'ya fakülte masraflarını karşılamak üzere 10.000 L. bağışta bulunuyor. Fakat bu neden gerçekleşmiyor. Bu durumda açılacak dava, condictio ob causam futuram (gelecekteki nedenin gerçekleşmemesi nedeniyle nedensiz zenginleşme davası)dır. Bu davanın özel bir şekli de condictio indebiti (borç olmayan şeyin ödenmesi davası) dır. Meselâ A, temyiz kudretinin olmadığı bir sırada B'den 1000 L.'ki borçlanmış ve temyiz kudreti varken de causa

solvendi amacıyla 1000 TL.lik bir borç tanımasında bulunmuştur. Fakat satım işlemi geçersiz olduğundan bu tanımamada geçerli bir nedeni yoktur. Bu yüzden A, B'den condictio indebitii ile senedin geri verilmesini isteyebilir.

3) Nedenin sona ermesi yada ortadan kalkması:

A, B'ye satım sözleşmesi yanında yansıan bir hak olarak borç tanımasında da bulunmuştur. Borçlu, sonraki temel borç ilişkisi olan satım sözleşmesinden doğan borcunu ödemiştir. Bu durumda borç tanımasının hukuki nedeni sona erdiğinden A, B'den condictio ob causam finitam (nedeni sona eren nedensiz zenginleşme davası) ile senedi geri isteyebilir.

Borçlu (yoksullaşan) için nedensiz zenginleşme def'i, nedensiz zenginleşme davasına oranla daha çok imkânlar sağlar:

1) Davanın zaman aşımına uğramasına mukabil def'ler zamanaşımına uğramaz.

2) Nedensiz zenginleşme davası, kişisel nitelikte olduğundan nisbî bir hak verir. Bu yüzden yalnızca zenginleşene karşı ileri sürülebilir. Zenginleşen bu alacağı üçüncü kişiye geçirdiğinde yoksullaşan, üçüncü kişiye karşı nedensiz zenginleşme davası açarak senedin (alacağın) geri verilmesini (alacağın ödenmesini) isteyemez. Fakat yoksullaşan, nedensizzen-

ginleşme def'ini herkese karşı ileri sürebilir. Alacaklıyı pe-
rinlmesinde borçlu, alacaklıya karşı yapacağı def-
leri yeni alacaklıya karşı da kullanabilir. Fakat
ticaret hukukunda kullanılan bono gibi ticari se-
nettlerde bunu imkân yoktur. Çünkü bunlar çok daha
büyük ölçüde causadan temel borçlilarından soyut-
lanmışlardır. Bu yüzden gösterilmesan, bu tür senet-
leri eline geçirenlere karşı nedensiz zenginleşme def-
ini ileri süremez.

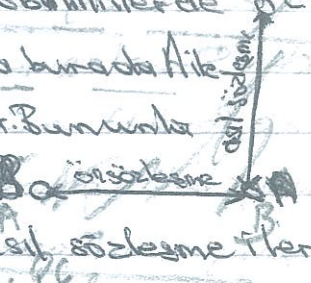
322. ÖNSÖZLEŞME VE SÖZLEŞME KURMA ZORUNLUĞU

I- Önsözleşme: BK. 22/I'e göre bir sözleşme ile ileride
bir borç sözleşmesi kurma borcuna girmek mümkündür. Pandekt
hukukunda bu tür anlaşmaya sözleşme kurma anlaşması (pac-
tum de contrahendo) denmekteydi. Burada önsözleşme (akit
yapma vaadi) ve asıl sözleşme olmak üzere iki sözleşme söz-
konusudur. Fakat bir önsözleşmeden bahsedebilmekiçin ileride
yapılacak olan asıl sözleşmenin bir borçlanma işlemi niteliğinde
olmaması gerekir. İleride yapılacak işlemin bir borçlanma işlemi olması
durumunda bir önsözleşmeden bahsedilemez. İleride yapılmış olan
işlem mülkiyetin geçirilmesi sözleşmesi ise ortada asıl borçlanma
işlemi (sözleşmesi) kurulmuş demektir. A ⟷ B (b.i. / b.i.)

Eğer bu tür sözleşmeleri önsözleşme olarak kabul edersek satım sözleşmesi gibi iktisadi hayatın önemli ve yaygın sözleşmelerinin önsözleşme kabul edilmesi gerekirdi. Halbuki önsözleşmede amaç bu değildir. Ancak her iki sözleşmenin de borçlanma işlemi niteliğinde olması durumunda bir önsözleşmeden bahsedilebilir. Gerçekte önsözleşmenin modern hukuktaki uygulama alanı azdır. BK madde bu konuyla ilgili hüküm, Pandekt hukukunun bir kalıntısıdır. Roma hukukuna dayanan Pandekt hukukunda karz, ariyet, vadia, rehin akitleri nesnel sözleşmelerdi. Bu yüzden bu hukukta önsözleşmenin önemi büyüktü. Önsözleşmenin diğer bir önemi de surdan geliyordu. Mecelle, Pandekt ve Code Civil hukuku gibi eski hukuklarda sözleşme konusunun belirli olması gerekiyordu. Belirlilik yoksa sözleşme tu-ruluşmuyordu. Modern hukukta ise sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşme konusunun belirli olması gerekli olmayıp belirtebilir olması yeterlidir. Mesela "X fabrikasından kalacağım kumaşları sana %10 kârla satacağım." der sen bunu da belirtebilir olmayıp ancak ileride belirtebilirlik sözkonusudur. Eski hukuklar, böyle belirtilebilir sözleşmeleri önsözleşme olarak nitelendirmektedir. Mesela A, İstanbulda babasından miras kalacak taşınmazları satmak için B ile sözleşmiştir. Eski hukuklara göre belirtebilirlik sözkonusu olduğundan bu bir önsözleşmedir. Şartlar gerçekleşince asıl satım sözleş-

mesinin kurulması dava edilebilecekti. Modern hukukta ise bu bir ön sözleşme olmayıp doğrudan doğruya bir satım sözleşmesidir. A'ya otomobilimi satacağım vaad eteen her ne kadar ifade ön sözleşmeyi andırıyorsa da burada da asıl sözleşme söz konusudur. Çünkü burada ben otomobilin mülkiyetini geçirme borcuna (bir harcama işlemi yapma yükümü altına) girmekteyim. Bu yüzden ifadeye bakılmaksızın bunun asıl sözleşme olduğu yolunda yorum gerekmektedir.

Modern hukukta ön sözleşmenin önemi çalışma ilişkilerde söz konusu olmaktadır. Mesela B, A'ya otomobilini ileride C'ye satacağı yolunda bir vaatte bulunsa burada A ile B arasında bir ön sözleşme söz konusudur. Burada A, ileride otomobilini üçüncü kişiye (C'ye) satma borcuna girmiştir. Bu durumda asıl sözleşme ileride B ile C arasında kurulacaktır.



BY.22/1'ye göre yasada sözleşmeleri korumaya amaçlıyla geçerlilik biçimi konulmuşsa, ön sözleşme için de bu biçime uyulması gerekir. Mesela taşınmaz satım sözleşmesi, tarafları koruma amacıyla resmi biçime bağlanmıştır. Bu durumda ileride taşınmaz satımı yapma borcu doğuracak ön sözleşmelerin de resmi biçimde yapılması gerekliğidir. Fakat çek, bono, poliçe gibi kıymetli evrakta (ticari senetlerde) aranan şekil şartı, bu gibi senetlerin para gibi kolayca el de-

pıştırmasını sağlama amacı güdüşünden ileride böyle bir sözleşme kurma borcu doğuran önsözleşmelerin, şekil şartına uymasıaranmaz. Çünkü BK.22/II, sadece tarafları korumak amacı güden geçerlilik biçiminin önsözleşmelerde aranacağını belirtmektedir.

Önsözleşmeleri bir takım yenilik doğuran haklardan da ayırt etmek gerekmektedir. Yenilik doğuran hakkın sahibi, tek yanlı olarak bu hakkını kullanır kullanmaz muhatapla arasındaki hukuki ilişkisini kurabilmektedir. Meselâ benim şüf'a hakkım sözkonusu ise bu hakkımı kullanınca paydaşımla aramda satımilişkisi doğmaktadır. Fakat önsözleşme, taraflara sadece ileride bu önsözleşmeye dayanarak asıl sözleşmeyi kurma borcunun yerine getirilmesini dava imkânı vermektedir. asıl sözleşme

Yargı, kaçınan önsözleşme borçlusunu A ← önsözleşme → B asıl sözleşmeyi kurmaya mahkûm eder. Alm. Medenî Usûl Tasarısına göre yargıcın önsözleşmeyi kurma yolundaki ~~zorlama~~ kararı, borçlunun irade açıklaması yerini tutar. md. 9, beyd. B

1.1.1972 gün, 1512 sayılı Türk Noterlik Tasarısına md. göre noterler, gayrı menkul satış vaadi sözleşmelerini düzenlemeye yetkilidirler. Bu konudaki hükümler, Mecellenin 369. madde-si Beyi münakidin hükmü mülkiyetle, (yani satım sözleşmesinin kurulmasıyla mülkiyet alıcıya geçer.) hükmünün etkisiyle kaleme alınmıştır. Fakat gerekçeden anladığımıza göre noterlere, sadece önsözleşme değil ~~doğrudan~~ dönmüyor borçlanma işlemini konu alan asıl satım sözleşmesini

de resmî bicime bağlama yetkisi verilmiştir. Ama yeni hukukta da satım sözleşmesiyle mülkiyetin geçtiği zanneder ve kanunu yasayla noterlere sadece taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunu doğurucu borçlanma işlemleri için yapılacak önsözleşmeleri resmî bicimde yapma yetkisi verildiği zannediliyor ve uygulamada noterde yapılan önsözleşme kabul edilmekte ve tapuda asıl satım sözleşmesi yapılıp ondan sonra tescil yapılmaktadır. Bu kural eski Noterlik Tasarısı 44/b de, Yeni Noterlik Tasarısının m.160, bent 3 metninde yer almaktadır. Fakat doğruyu, noterlerin yaptıklarının asıl satım sözleşmesi olduğudur. Çünkü hukukumuzda satım sözleşmesi borçlanma işlemidir, noterin yaptığı sözleşmeyle de satıcı mülkiyet geçirimi borcunu (borçlanma işlemi yapma yükümünü) getirmektedir.

Örnek olay: A, B'den noterde düzenlenen satış vaadi sözleşmesi ile bir ev satın almıştır.

Soru: B, bu senede dayanarak tapu kütüğünde evin mülkiyetinin A adına tescili için bildirimde bulunabilir mi?

Cevap: Noterlik Kanunun gayrimenkul satış vaadi ile ilgili hükmü, -uygulamada her ne kadar bir önsözleşme olarak kabul ediliyorsa da- noterlere tam bir borçlanma işleminin resmî bicime bağlama yetkisi vermektedir. Bu yüzden A ile B arasında borçlanma işlemi niteliğindeki satım sözleşmesi kurulmuştur.

Zira önsözleşmenin amacı, taraflar arasında ileride bir borçlanma işlemi yapma yükümünü tesis'tir. Bu ise üçlü ilişkilerde söz konusudur. Aksi halde tüm borçlanma işlemlerini önsözleşme kabul etme hatasına düşeriz. Şu durumda A ile B arasında geçerli biçim şartına uyularak asıl satım sözleşmesi kurulduğuna göre B, bu senede dayanarak tapu kütüğünde evinin mülkiyetinin A adına tescili için bildirimde bulunabilir. Çünkü gayrimenkul nesnel (mülkiyet geçirimi) sözleşmesi, tektaraflı bir harcama işlemidir. Sadece tek tarafın bildirimi yetertidir.

II- SÖZLEŞME KURMA ZORUNLUĞU: Burada, yasadan doğan sözleşme kurma zorunluğu sözkonusudur. Savaş, kıtlık yıllarında çıkarılan yasalarla satıcılar, mallarını satmak zorunda bırakılırlar. Şimdi meri olmayan Milli Korunma Kanunu md. 32, buna örnektir. İktisadi devlet kuruluşları da sözleşme yapma yükümü altındadır. Fakat bu kuruluşların yaptıkları anlaşmalar, sözleşme olarak nitelendirilemez. Burada önceden belirlenmiş koşullara uyma (koşul işlem) sözkonusudur. Bunlara özel hukukta sözleşme benzerleri denmektedir. Bunlara ilişkin ihtilaflar, özel hukuk davası şeklinde görülür. Bir akıl hastası bile olsa PTT, gönderilen mektubu yerine ulaştırmak zorundadır. Eğlenti tekel durumlarında da tekel sahibinin yasadan doğan bir sözleşme zorunluğu olmamasına rağ-

men BK.41/II, bunu ahlâka aykırı bir davranışla birlerek başkasına zarar verme şeklinde niteleyerek haksız fiil olarak kabul etmektedir. Mesela dağ başında aşkolmuş bir kişiye tek yiyecek satıcının yiyecek vermemesi durumunu gibi. Tekel sahibi bu zorunluluğu yaymazsa kazanmada mahkûm olabilebilir.

§23. YORUM

I- Yorum, bir istek açıklamasının gerçek anlamının belli edilmesi ameliyesidir. Açıklamanın önce lâfzından (söyleminden) hareket edilir, lafız belirliyse yoruma ihtiyaç yoktur. Taraflar, çok zaman hukuk bilmedikleri için istek-lerini teknik bir biçimde ve açıkça ortaya koyamazlar. BY.'ye göre tarafların gerek bilgisizlik, gerekse kasden kullandıkları yanlış sözlere değil de sözleşenlerin gerçek istetlerine bakılacağını belirtir. Bu prensibe Mecellenin genel hükümlerinde de rastlıyoruz. Şöyle ki: "Ukûdda itibar maksad ve meniyedir. Elfaz ve mebaniye değildir." (Yani akitlerde gözönünde tutulacak husus, amaç ve anlama bakmaktır. Lâfzlara ve şekillere değildir.)

Gerçek istöğe bakılması prensibi, sağlararası işlemlere oranla vasiyetnamelerde daha geniş ölçüde uygulanır. Zira vasiyetname tek taraflı bir işlemdir. Buna karşılık sağlararası işlemlerde yapılan açıklamaya karşı taraf güvenebile-

çeşitinde lâfızdan fazla uzaklaşılamaz, ancak belli bir ölçüde istek açıklamasıyla bağlı kalınır. Hukukî işlemlerde, iş hayatındaki uygulamalar (teamüller) göz önünde (özellikle) tutulur. O yolda bir açıklama (eskiden beri nasıl yorumlanıyor ise) biz de o şekilde yorumlarız. Kendisine bir açıklama yapılan kimse, bu açıklamayı iş hayatındaki teamüle uygun olarak anlayıp yorumlar. (Güven ilkesi (Vertrauen))

Diğer bir yorum kuralı da "Yanlış nitelendirme zarar vermez (Falso demonstratio non nocet)". A, kendisini felâketten kurtaran B'ye bağış yapmak istemektedir. Fakat bağışındaki beni kurtaran C'ye, duyarekten 10.000 L. bağışta bulunmuştum. Burada bağışlama isteği geçerlidir. Çünkü yanlış nitelendirme sözleşmeyi bozar. B, bu bağışlamayı duyarak 10.000 L.nın verilmesini isteyebilir.

Hukukî işlem, geçerlilik biçimine bağlı bir işlem ise gerçek irademiz eksik de olsa o biçim içinde açıklanmış olması gerekir. Meselâ C, B'nin borcu için kefil olduğu sözleşmesinde "B'nin A'ya olan 1000 L. borcu için kefil oluyorum" demiştir. Gerçekte B'nin A'ya borcu 2000 L.dir. Fakat kefillik yazılı biçime bağlıdır ve kefil olunacak en yüksek kuruş da biçim içinde belirtilmelidir. C'nin kefilliği de geçerlilik biçimine bağlanmış 1000 L. için geçerlidir.

Bir diğer yorum kuralı da "Bir istek açıklamasının

anlamı belirsizse, o açıklamanın ancak dar anlamından hak çıkartılabilir (in dubio pro reo) kuralıdır. Bu ilke, özellikle bankaların, sigorta şirketleri gibi sözleşmelerin metinlerini kendisi hazırlayan şirketlerin aleyhine ve onlara daha az hak tanıyacak şekilde yorumlanarak uygulanır.

II — Hukukî işlemlerin nitelendirilmesi (bir kategoriye sokulması, subsumtionu) işlemi, sözleşmenin esaslı unsurlarına (essentialia negotii — kira sözleşmesinde kiralayanın kullandırma, kiracının kira ücreti borcu gibi) bakılarak yapılır. Tarafların hukuki bilgisizlikleri ya da kasden verdikleri yanlış isimlendirmenin önemi yoktur. Bir sözleşmeyi nitelendirdikten sonra BY'nın o işleme bağladığı yasal hukuk kurallarını (naturalia negotii) uygularız.

§24. GÖRÜNÜŞTE (MUVAZAALI) İŞLEM

Bir kimse normal olarak gerçekten istemiş olduğu şeyi açıklar. Fakat şu üç durumda kişi gerçekte istemediğini açıklamaktadır.

a — Zihnî kayıt (reservatio mentalis): Burada kişi, bir istek açıklamasında bulunuyor. Fakat içinden bunu istememektedir. İşte bu halde zihnî kayıt denilmektedir. Hukukta zihnî kayıt dinlenilmez, yapılan istek açıklaması geçerlidir. (Tarih, zihnî kayıt Napoléon-Josephine boşanma davasında kabul edildiğini söylemektedir)

b— Ciddi olmayan açıklamalar (latifeler): Kişi, gerçekte istemediği şeyleri açıklamaktadır. Karşı tarafın şaka olduğunu anlayacağı durumakötü şaka deriz ki bu durumda kötü şakayı yapan iste açıklamasıyla bağlıdır, fakat yapılmaya da yanarak bu açıklamasından dönebilir. Ama yine de karşı tarafın bu kötü şakadan dolayı uğradığı menfi zararın tazmin yükümü vardır. Aynı MK 41/2

c— Danışıklı (muvazaalı) işlem: Tarafların, gerçekte yaptıkları hukuki işlemi istemediklerini ve bunu üçüncü kişilere karşı görünüşte işlem olarak yaptıklarını kandırmalarına muvazaa, yapılan işleme ise muvazaalı işlem denir. BY.18'e göre bu tür işlemler geçersizdir. Çünkü tarafların gerek yanılarak gerek kasden kullandıkları sözlere bakılmaz, onların gerçek isteklerine değer verilir. Danışıklı işlem iki türdür.

aa— Basit (yalın, kat) danışıklı işlem: Burada sadece görünüşte işlem sözkonusudur. Mesela A'nın sırf alacaklılarından mal kaçırmak için bir malvarlığını arkadaşı B'ye satarak mülkiyetini geçirmesi durumunda olduğu gibi.

bb— Niteliklı (mevsuf) danışıklı işlem: Görünüşte işlemin altında tarafların gerçekten istedikleri gizli bir işlemin bulunması halidir.

Örnek olay: A, ölümünden sonra çocuklarının tenkis davası açmalarına engel olmak için B'ye satış gibi gös-

tererek bir ev bağışlamıştır.

Soru: Böyle bir bağışlama sözleşmesi geçerli midir?

Geçerli olmadığı farz edilse bile A'nın geçersizliği bilebile sözleşmeyi yerine getirerek evi B adına tapuya tescilinden sonra bu geçersizliği ileri sürülebilir mi?

Buna göre A'nın ölümünden sonra çocukları B ve karşı nasıl bir dava açabileceklerdir?

Cevap:

Olayda iki işlem sözleşmesi olduğundan bu muvazaa mevsuf muvazaa halidir. Bundan iki sonuç doğmaktadır:

a- Görünüste işlem (satım sözleşmesi) geçersizdir, bu geçersizliğin müeyyidesi butlandır. Tarafından resen gözönünde tutulur.

b- Gerçekten istenmiş olan gizli işlem (bağışlama sözleşmesi) geçerlidir. Tıpkı bu hukuksal işlem için gerekli biçim şartlarına uyulmuş olsun. Bu prensibin uygulanmasında İsv.-Türk tatbikatında farklı üçlü görüş doğmuştur:

1) Türk Borçlar Kanunu'nun 7.10.1953'e kadar olan eski görüşü: Resmi biçime bağlı olan işlemlerde (taşınmaz mülkiyeti geçirim borcu doğurucu sözleşmelerde); görünüste işlem, taraflarca istenmediği için geçersizdir. Resmi biçimin amacı tarafları, düşünüp taşınmaya yönelterek korumak olduğuna göre, olayımızda saklı paylı mirasçıların ilerde denkiş davası açmalarına engel

1.4
4.1974 tarihli YİBK ile [illegible] açıklık oldu.

olmak için bağışlama satım gibi gösterilecek kadar inceden inceye düşünüldüğü için resmî biçimin düşündürme olması gerçekleşmiş olduğundan gizli işlem (bağışlama sözleşmesi) gerekli resmî biçime uyulmuş sayıldığından geçerlidir. Fakat saklı paylı mirasçılar, indirim davası açabilirler. MK. 507, 5 4

b— 7/10/1953 t.li YİBK: Bu kararında Yargıtay eski görüşünü değiştirerek İsv. doktrin ve tatbikatındaki görüşü benimsemek istemiştir. Buna göre her iki işlem de geçersizdir. Satım sözleşmesi (görünüşteki işlem) geçersizdir, çünkü taraflarca istenmemiştir. Gizli işlem olan bağışlama sözleşmesi de geçersizdir, çünkü bağışlama sözleşmesi olarak gerekli biçime bağlanmamıştır. (Bu kararında Yargıtayımız şu noktayı gözden kaçırmaktadır: İsv.de de her iki işlemi geçersiz saymaktadır. Fakat biçim eksikliği yüzünden geçersiz olan gizli işlemin (bağışlama sözleşmesinin) bu geçersizliği biline biline ifa edilmişse MK. 2 gereğince buradaki biçim eksikliği artık düzelir. Çünkü bir sözleşmenin biçim eksikliği yüzünden geçersiz olduğunu bile bile sözleşmenin yerine getirilmesi durumunda eksik borçlarda olduğu gibi bu ödeme işlemi geçerli kılmaktadır. Sonradan biçim eksikliğine dayanarak verilen edimin geri istenmesi, objektif hüsnüniyet kurallarına aykırıdır. Bu durumda gizli işlem, biçim eksikliği bilinerek ifa edildiğinde geçerli ol-

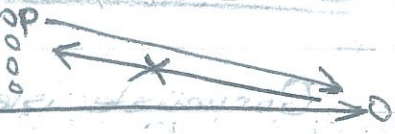
MK. 2 den

maktadır.)

C — Resmî biçime uyulmuş sayılmak için, resmî biçime bağlı sözleşmenin (essentialia negotii'sinin resmî biçime dökülmesi (geçirilmesi) gerekli ve yeterlidir. Ancak konunun da resmî biçimde gösterilmesi zorunluluğu yoktur, BK. 17. ~~e~~ aa) Aynımızda bağışlama, satım sözleşmesi gibi gösterilmiştir. Bu durumda bağışlama sözleşmesinin essentialia negotiisi olan bağışlayanın taşınmazın mülkiyeti geçirme borcu resmî biçime bağlanmış olmaktadır. Ancak işlemin gerçek sebebinin ne olduğu gösterilmiyor. Bu yüzden bu bağışlama sözleşmesi ifadan önce de geçersizdir. A'nın çocukları ise MK. 507/4 gereği, bu işlemde mahfuz hisse kurallarının bertaraf edildiğini öne sürerek olduğunun tenkis davası açabilirler. Sungurbey'in karşılıklı görüşte budur. bb) Bizim kanaatimiz bağışlı bir şekilde gerçekleşmiş geçerli mi?

Taşınmazlarda paydaşların, bir payın üçüncü kişiye satılması durumunda yasadan doğan öncelikle alım (şufa) hakları vardır. Satıcı paydaş, diğer paydaşlarının şufa haklarına engel olmak için alıcı üçüncü kişiyle aralarındaki satım sözleşmesini bağışlama gibi gösterebilir. Bu durumda gömülü işlem (bağışlama sözleşmesi) geçersizdir, çünkü taraflarca istenmemiştir. Gizli işlem dan satım sözleşmesi de biçim eksikliği yüzünden geçersizdir. Satımın

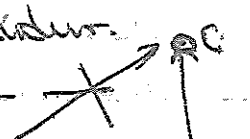
bağışlama gibi gösterilmesinde sadece satıcının mülkiyeti geçirim borcu bir biçime bağlanmış olmaktadır. Halbuki satım sözleşmesinin essentialia negotiisi, satıcının mülkiyeti geçirim ve alıcının bedel ödeme borçlarıdır. Yani alıcının borcu, resmî biçime derecelenmemiştir. Biçim eksikliği ise bu biçimle eksikliğini korumak istenen kimsede kullanılabilir. Paydaşın şufa hakkını kullanmasına karşılık alıcı, borcunun resmî biçime geçirilmediğini ileri sürme hakkı yoktur. Çünkü bu, dürüstlük kurallarına aykırıdır. Alıcı ve satıcı, biçim eksikliğini yasa dışı bir amaç için kullanmaktadırlar.



Görünüşte işlem geçersizdir. Yargıç, bu geçersizliği resen gözönünde tutar. Görünüşte işlemin batıl olduğunu tespit amacıyla tespit davası açılabilir, bu da bir süreye bağlı değildir. Üçüncü kişiler de görünüşte işlemin sürüklüğünü ileri sürebilirler. Mesela A'nın alacaklılarından mal kaçırmak için bir malının mülkiyetini B'ye geçirmeyi durumunda üçüncü kişi durumundaki A'nın alacaklıları, bu devir işleminin görünüşte olduğunu ve malın A'nın malvarlığında bulunduğunu ispatlayabilirler.

Bunun gibi görünüşte işlemin geçersizliği, kötüniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Üçüncü

kisi, ancak iyi niyetli olması durumunda korunmaktadır. Bu durumda bir emanet mal sözkonusudur.



A'nın görünüşte işlemle bir malın mülkiyetini B'ye geçirmesi, B'nin de aynı mal üzerinde iyiniyetli C'ye geçirmesi durumunda C, hüsnüniyet kuralları (MK.901 ve 931) gereği malın mülkü olur.

Görünüşte işlemin geçersiz olduğu kanaatinde iştirak edecekleri devrinde görünür. Madde A, B'ye görünüşte işlem yoluyla geçirdiği borç kalmamasında bulunuyor (hatır borçları). B de bu görünüşte alacağı (iyi niyetli) C'ye geçirmesi durumunda (iyi niyetli) üçüncü kişi olan C, alacağı kazanmıştır BK.18/I'ye göre borçlu A, C'ye karşı muvazaa iddiasında bulunamaz. Çünkü bir hukuki durumu yaratan kimse, bunun sonuçlarına katlanmalıdır.

Bir takım hukuki işlemlerde dinlenmesi (1) istenmeyen kişi, (Fakat İsviçre Federal Mahkemesi yaptıkları İsviçre Kurtoğlunun kazanmak istiyenlerin bütün muvazaalı eylemlerin açılması karşısında, bu şartlar dahilinde muvazaanın dileneceğini bildirmiştir)

Bunlarla ilgili muvazaa bahçe belirtir. Fakat alacaklıdan mal kaçırma gibi hırçana işlem-

(1) Çünkü bütün işlemlere resmi memurun katılması insan

lerinde bir inançlı işlem mi, yoksa bir görünüşte işlemin nisâb konusu olduğu tereddütleri uncip olmaktadır. Kriterimiz şu olmalıdır: Eğer sayın mülkiyetinin geçirilmiş olmasına rağmen eşyamallık, fiiten o maldan yararlanıyor ve onu yönetme durumunda ise ortada görünüşte işlem vardır. Fakat şey, eylemli olarak güvenilen kimseye teslim edilmişse, onun yönetim veya yararlanmasına eylemli olarak bırakılmışsa bir inançlı işlem sözkonusudur. Mal kaçırmak için yapılan inançlı işlemler, İİK'a göre iptal davaları actio Pauliana olarak iptal edilmek suretiyle mal haczettirilebilir.

§25 İSTEK BOZUKLUKLARI

İstek bozuklukları iki grupta toplanabilir:

I— Bir kimsenin yaptığı açıklamasının gerçek isteğine uymaması hali (beyanda hata). A'nın radyosunu satmak isterken "pikabımı satıyorum" demesi gibi. Gerçek istek ile beyan arasında aykırılık sözkonusudur. Şüphe yok ki açıklamayı yapan gerçek isteğinin gözönünde tutulmasını isteyecektir. Karşı taraf ise yapılan açıklamaya güvendiğinden açıklamanın geçerli olmasını isteyecektir. İşte bu menfaatler çatışmasını önlemek için iki teori ortaya atılmıştır:

1) İstek (irade) teorisi: Gerçek isteğe değene

rır ve onun geçerli tutulmasını ister.

2) Açıklama (güven) teorisi: Ticari hayatta güvenin sağlanabilmesi için açıklamaya önem verilmelidir.

Roma hukukunun ilk devirlerinde açıklama, klâsik devirde ise istek teorisine önem verilmiştir. Pandekt hukukunda da 19. asra kadar istek teorisinin uygulandığını görmekteyiz. Özellikle Savigny, istek teorisinin önemli savunucularındandır. XIX. asrın sonlarında yeniden açıklama teorileri ortaya atıldı. Bu yüzden 19. asrın ortalarında açıklama teorilerine yer verildiğini görmekteyiz. 1804 Fr. MK, 1811 Avus. MK gibi. Buna karşılık 1881 eski İsv. BK ve ona uygun olarak yeni İsv. — Türk BK'ları ve 1900 Alm. MK ortalama bir çözüm yolu getirmeler ve mümkün olduğu ölçüde gerçek iradeye önem vermeye çalışmışlardır. Gerçek iradeye uymayan açıklamalar kendiliğinden cürüf sayılmaz, fakat bozulabilirler. Hatta Alm. MK'na oranla İsv. — Türk BK'ları, istek teorisinin daha büyük ölçüde etkisinde kalmışlardır. İsv. — Türk BK. nağıs yapılan sözleşme, yanılarak, aldatılan ve korkutulan taraf bağlamaz. Fakat yanılan ve aldatılan gerçek durumu öğrendikten, korkutulan ise korkunun ortadan kalkmasından başlayarak 1 yıl içinde sözleşme ile bağlanmak istemediğini açıklamamışsa sözleşme ile bağlanmış olur. Alm.

MK. ise tersine bir çözüm getirmektedir.

Temel yanılma yüzünden sözleşmenin bozulabilmesi ise yalnızca İsv.— Türk BK.'nca kabul edilmiştir. Burada sait yanılması yüzünden sözleşmenin bozulmasına cevaz verilmesi durumu söz konusudur.

II— Hukuki işlem yapma isteğinin oluşmasında bozukluk hali (sait hatası): Burada özellikle sözleşme kurma özgürlüğünün zedelenmesi söz konusudur. Aldatma ve korkutma halinde olduğu gibi.

§26. YANILMA (HATA)

I— Açıklamada yanılma: İki türlüdür:

a— Ya o açıklama gerçekten istenmemiştir. Meselâ Anın radyosunu satmak isterken pikabımı satıyorum, demesi gibi.

b— Ya da açıklanan şey istenmiştir. Fakat onun doğru anlamından başka bir anlam verilmiştir. A'nın sterlin işareti (£) yapacağı yerde dolar işareti ($) yapmasında olduğu gibi. Bodrum kat - zeminkat tabirlerinin karıştırılması da bir diğer örnektir.

Bu her iki durumda da açıklama yanılmasıdır ve sözleşme bozulabilir. Fakat BK. 23'e göre bu yanılma önemli (esaslı) olmalıdır. BK. 24, de esaslı yanılma hallerine örnekler vermektedir. Bunlar Rama - Pan-

dekt hukukundan gelen klasik örnekler olup numerus clausus değildir.

1) Hukuki işlemin niteliğinde yanılma (error in negotio): A'nın malını satmak isterken yanlışlıkla başkasına satmaktan bulunması gibi.

2) Konuda yanılma (error in corpore/ad in objecto), kişide yanılma (error in persona): Meselâ A'nın odasındaki resmi satıyorken, diğer; fakat odasındaki tablonun değiştirilmiş olması konuda yanılmaya örnektir. A'nın malını B'ye bağışlayacağı yerde C'ye bağışlaması kişide yanılmadır. Kişide yanılmaya karıştırma denir. Karıştırmanın önemli sayılması için kişinin kişiliğinin o sözleşmeyi yapmada önemli olması gerekir. Meselâ, satılan burunönemin olmamasına rağmen bağışlamada önem taşımaktadır.

3) Miktarda yanılma (error in quantitate): Tanınan kişinin, gerçekte istediği taktan önemli ölçüde büyük bir edim almak(ı) girmesi, ya da önemli ölçüde küçük(ü) bir edime razı olması halidir.

Adi hesap hatalarından doğan sözleşme bozulmaz, sunların düzeltilmesi ile yetinilir.

II- Aracının yanılması: Aracının aktetmeye yanlış iletmesi durumunda gerekli şartlar varsa sözleşme bozulabilir. Telgrafçının telgrafı yanlış iletmesi, tercümanın yanlış

tercüme etmesi gibi.

III — Sözleşmenin temelinde yanılma (temel yanılması): BK.24/II gereği sözleşmenin sadece saiklerinde yanılma nazara alınmaz. Saik, taraflardan birinin bir sözleşmeyi yapmasının sübjektif ve kendisini ilgilendiren sözleşmenin dışındaki etkenlerdir. Eğer saiklerin hukukça gözönünde tutulması isteniyorsa, sözleşmenin şartı haline getirilmelidirler. Fakat öyle bir takım saikler olabilir ki bunlardaki yanılma yüzünden sözleşmenin bozulması BK.24/4 gereği mümkünkılınmıştır. Burada sözkonusu olan sözleşmenin temeli niteliğindeki saiklerde yanılmadır. Önemleri şunlardır:

1) Bir şeyin, ya da bir kimsenin substantia (qualitate) nasıl olduğunda yanılma: Sözkonusu nitelikte yanılma o kadar önemli olmalıdır ki o konuyu tamamıyla başka bir çeşide sokmalıyken, yağı diye alınan yağın margarin çıkması gibi. Ya da atlmeyi tamamıyla başka kimseler kategorisine sokmalıdır. Artist diye alınan kimsenin elektrik tamircisi çıkması gibi. Bu yön eski İsv.BK'unda belirtilmişti.

2) Hukuki işlemin temelinde yanılma: Nitelikte yanılmanın dışında temel yanılmasının asıl gerçek ve dar anlamda tatbik sahası bulduğu bir konudur. Bu kavramın ne olduğu hakkında ortaya çeşitli görüşler atılmıştır. Prof. Sungurbey'e göre bunlar içinde en isabetli izahı Von Thur yapmıştır.

Von Thur, "hukuki işlemin temelinde yanılma"yı sulh sözleşmesiyle izah etmektedir. Şöyle ki: Alm. MK § 779, sulh sözleşmesinin temel yanılma yüzünden geçersiz kalacağını belirtmektedir. Meselâ Muris M, A'ya 100.000L. vasiyet etmiştir. Mirasçı B ise bu vasiyet borcunu ödediğini iddia etmektedir. Sonradan A ile B, mahkemede 50.000L.ya sulh oluyorlar. (Sulh sözleşmesi, karşılıklı fedakârlıklar yoluyla çekişmeli bir duruma son vererek kesin ve belirli bir durumu oluşturma amacını güder. Bu bakımdan bir tespit işlemidir; kazandırma işlemi değildir.) Daha sonra mirasçı B, A'ya vasiyetten borcunun tamamını (100.000L.yi) ödediğini ispatlayabilse sulh sözleşmesiyle verdiği 50.000L.yi sebepsiz zenginleşme davası ile geri isteyemez. Fakat Muris M, sözkonusu vasiyetnameyi yaparken akıl hastası idiyse (temyiz kudreti yok idiyse), bu durumda sulh sözleşmesinin temelinde yanılma sözkonusudur. B, buna dayanarak sulhu iptal edebilir. (Sulh, tespit payesiyle yapıldığından uzlaşmakla bu payeye erişilmiş olunmaktadır.)

Hukukî işlemin temeli, tarafların karşılıklı ve ortaklaşa bir yolda sözleşmenin zorunlu temeli diye düşündükleri durumdur. Alm. MK § 779 da temel yanılmaya sadece sulh sözleşmesi için kabul etmişti. Sonradan bu hükümden genişletilerek diğer hukukî işlemler için de kabul edildi.

İngilterede temel yanılma için ilginç bir olay vardır: VII.

Edward'ın taç giyme törenini seyretmek için çeşitli balkonlara şöyle paraya kiralanmıştı. Sonradan bu törenin iptal edilmesi üzerine kiracılar paralarını geri almak istediler. İngiliz mahkemeleri, burada temel yanılma yüzünden kira sözleşmelerinin bozulabileceğini kabul etti. Bunlar taç giyme davaları diye anılır. Şöyle bir örnek de verilebilir: A, lokanta açmak için B'den bir dükkân kiralıyor. Fakat sonradan işletme ruhsatı alamıyor. Burada da İsv. Yargıtayı BK. 24/4'e göre temel yanılma yüzünden sözleşmenin bozulabileceğini kabul etmiştir.

Hukukî işlemin temeli, şart ve sebepten farklıdır. Şart, hukukî işlemin geçerliğinin gelecekteki bir olaya bağlanmasıdır. Sebep ise hukukî işlemin güttüğü en yakın gaye'dir. Bunların her ikisi için de tarafların anlaşma gerektirmektedir. Temelde ise anlaşma yoktur, fakat ortaklaşa bir gaye sözkonusudur. Şartın gerçekleşmemesi durumunda iskat davası, sebebin gerçekleşmemesi durumunda nedensiz zenginleşme davası, temel yanılmasında ise bozabilme sözkonusudur.

Temel, ortaklaşa olmalıdır. Sadece bir tarafın kabulü yeterli değildir. Mesela A, nisanlanmak için kuyruğu B'den nişan yüzüğü almıştır. Fakat sonradan nişan gerçekleşmemiştir. Bu durumda temel yanılması, sözkonusu değildir. Bu durum satıcıyı ilgilendirmez. Hatta ku-

yanılmanın derecesini bilmesi bile sonucu etkilemez. Bu yüzden A, bu olaya dayanarak sözleşmeyi (satım) bozamaz. Ünlü Pandekt hukukçusu Windscheid, bu konuda daha ileri giderek "Hukuki İşlemin Gerçeği Teorisi"ni oluşturmuştur. Şöyle ki: Bir taraf için çok önemli olan ve karşı tarafça da bilinen sıfatlardan doğan hukuki işlem bozulabilir. BK. 24/4. hükmü, konusunun daha objektifleştirilmiş şekli olan sözleşmenin temelinde yanılma halini düzenlemektedir. Bu kural, Alman Medeni Kanunu'nda sözleşmenin sübjektif temelinde yanılma olarak sözleşmenin bozulabilme nedeni sayılmıştır. Korpian bu konuda çok titiz davranması gerekir. Aksi halde işlem güvenliği kalmaz.

IV — BK. 25'e göre yanılan kimse, MK. 2'deki dürüstlük kurallarına aykırı olarak yanılmasına dayanamaz. Özellikle karşı taraf, yanılan tarafın gerçekte istediğini de yerine getirmeye hazır olduğunu bildirince, artık yanılma yüzünden sözleşme bozulamaz. Mesela A, B'ye radyosu yerine a-pikabım sanıyorum, demiş. A, sözleşmeyi bozmak istediğinde B, radyoyu almayı kabul ettiğini söylemektedir. Bu durumda artık yanılma yüzünden sözleşme bozulamaz.

V — MK. 26'ya göre yanılanın, yanılmasında ihmali

varsa ve yanılmaya dayanarak sözleşmeyi bozarsa, karşı taraftan sözleşmeye güvenden doğan (menfi) zararını tazminini gerektirmektedir. Yanılan, haksız iyiyle gerektiriyorsa culpa'in contrahendoya dayanarak olumlu zararın tazminine de hükmedebilir.

§27 HİLE (ALDATMA) VE İKRAH (KORKUTMA)

I— Aldatma ve korkutma yüzünden sözleşmenin bozulabilmesi: Sözleşenler, sözleşmeyi kurarken tam bir özgürlük içinde bulunmalıdır. Hiç kimse hukuka aykırı bir yolla karşı tarafın iradesine etki yapmamalıdır. Hattabu yolda yapılacak sözleşme, karşı tarafın çıkarına da olsa sözleşme bozulabilir.

II— Aldatma: Bir kimsenin karşı tarafa bir sözleşme yaptırmak için yanlış bir düşünce uyandırması yıda mevcut yanlış düşünceyi devam ettirmesi veya kuvvetlendirmesidir. Aldatmanın mevcut olabilmesi için şu şartlar aranır:

1) Aldatma, her zaman için bir salt yanılmasına halidir. Fakat hukuk düzeninin doğru bulmadığı bir yolda bir salt yanılması meydana getirildiği için sözleşme bozulabilmektedir.

2) Aldatma, doğrudan doğruya bilgimizin konusu olabilen somut ve kesin durumlara ilişkin olmalıdır. Soyut

ve gelecekte elde ümit vermeler için aldatma yüzünden sözleşme bozulamaz.

3) Aldatılan kimse, kendisine söylenenleri elde edebilmeli ve bunlara inanabilmelidir. Reklâmlar, aldatma sayılmaz.

4) Aldatma, yanılsamalardan sözcelerde yapılabileceği gibi karşı tarafın zaten yanılgıya düştüğü konularda susarak da yapılabilir.

Aldatmaya bizim sebebi olarak önem verilmesi bakımından sözleşmeleri 2 grupta toplayabiliriz.

— Hizmet akdi, vekâlet, ortaklık sözleşmesi gibi karşılıklı güvene dayanan sözleşmelerde gerçeğe aykırılık ödevi daha büyüktür. Bu yüzden hilenin sınırları da genişlemektedir.

— Satım, kira gibi edimlerdeğişimi amacınıgüden ve karşılıklı çıkarlar ilişkisi meydana getiren sözleşmelerde bu ödev daha dardır. Bu yüzden hilenin sınırları da daralmaktadır. Mesela satıcı, ancak kendisinin bildiği bir bozukluk sorulduğunda susarsa, ya da alıcının yanılgıya düştüğünü bilmesine rağmen susarsa bir aldatma söz konusudur.

5) Aldatma, illî (nedensel) olmalıdır. Sözleşme, aldatma yüzünden kurulmuş, ya da o koşullar içinde yapılmış olmalıdır. Mesela alıcı, aldatma olmasa da satışı alacak

"dolus causam dans"

dolus incidens,

ise, fakat alma koşulları değişik olacaksa sözleşme yine aldatma yüzünden bozulabilir. Dolus eventualis de yeter.

6) BK'a göre aldatma, ya karşı tarafça ya da karşı tarafın bilgisiyle üçüncü kişiler tarafından yapılmış olmalıdır ki aldatma yüzünden sözleşme bozulabilsin.

III — Korkutma: BK.29'a göre korkutma yüzünden sözleşmenin bozulabilmesi için şu şartlar aranır:

1) Korkutma, maddi bir zorlama olmayıp psikolojik bir eylemdir. Mesela bir kimseye zorla bir senede imza attırtmasında celbir söz konusu olduğundan ortada irade yoktur.

2) BK.30'a göre korkutma, karşı tarafa yada karşı tarafın yakınlarına yönelmelidir. Korkutmanın yönelebileceği konular sağlık, hayat, şeref ve malvarlığı gibi konular olabilir. Bu, sınırlayıcı değildir. Özgürlük gibi bunun dışındaki konularda da korkutma olabilir.

3) Korkutmada, yakın ve büyük bir tehlike söz konusu olmalıdır.

4) Korkutma, hukuka aykırı bir eylemle olmalıdır. Bir hakkımı kullanacağımı söylemek, ilke olarak korkutma sayılmaz. BK'a göre şuiki durumda bir hakkın kullanılacağından söz ederek yapılan korkutmayla irade bozulabileceğini belirtir, BK30/II.

g) — Karşı tarafın sıkıntısından istifade ederek bir hak, aşırı çıkarlar vermeye zorlamak için kullanılmışsa hakkın kullanılması korkutma sayılır ve bu yüzden işlem bozulabilir. 100 Lk borç için 200 Lk borç tanınması senedi almak gibi.

h) — Yo da hak, kendi amacı dışında kullanılarak bir çıkar sağlanmışsa (şantaj): Şahsi çıkar sağlamak için suçluyu zabıtaya bildirme hakkını kullanacağım söyleme gibi.

5) Aldatmadan farklı olarak korkutmanın kim tarafından geldiği önemli değildir. Korkutma, üçüncü kişiden bile gelse sözleşme bozulabilir. Yalnız karşı taraf işin yetkisine hakkaniyet gerektiriyorsa korkutulanın kişi, bu durumda karşı tarafın menfi zararını ödemelidir.

6) Korkutma, ilti dmalıdır.

§28. İSTEK BOZUKLUKLARININ İLERİ SÜRÜLMESİ.

I — BK'na göre İstek bozuklukları durumunda sözleşme; yanılma, aldatılma ya da korkutulma bastan bağlanmaz. Ancak şuki durumda sözleşme; iradesi bozulan bağlanır.

1) İstek bozukluğuna uğrayanın sözleşmeye izaret vermesiyle.

2) BK. 31'e göre bir yıllık hak düşürücü süresinin geçmesiyle. Bu süre; yanılma ve aldatmada gerçeğin öğrenildiği günden, korkutmada ise korkunun ortadan kalktığı günden işlemeye başlar. BK., irade teorisinin geniş ölçüde etkisinde kalmıştır. Halbuki Alm. ve Fr. MK'larına göre ise sözleşme, istek bozukluğuna uğrayanı önceden bağlamaktadır. Fakat işlem, sonradan bozulabilir. Fakat bu bozma iradesi, önceye etkili olduğundan işlem başlangıçtan itibaren geçersizdir. Bağlanmayı önleyici yenilik doğuran bir haktır. Bunu haksahibi, istese kullanır. Yargıç, resen gözönünde tutamaz.

II — Onaylama: İstek bozukluğuna uğrayanın sözleşme ile bağlanmak istediğini açıklamasıdır. Sarih, ya da zimni olabilir. Yanıldığını bile bile borcunu ifa gibi (zimni icaret). Onaylama, sözleşmeye sonradan eklenen bir istek açıklaması olup yeniden bir sözleşmenin kurulması demek değildir. Sözleşme resmi şekle bağlı olarak yapılmışsa onaylama hiçbir şekle bağlı olmaksızın yapılabilir. Onaylama önceye etkilidir, sözleşme başlangıçtan beri onaylayanı bağlar. Onaylama, kurucu yenilik doğuran bir haktır.

III — Bozma (fesih): Bozma, BK. 31'e göre sözleşme ile bağlanmamayı irade bildirmek demek olup bağlanmayı önleyici yenilik doğuran bir haktır. Belli bir şekle bağlı olmaksızın sarih, ya da zimni olarak kul-

Yanılabilir. Bu yanılık doğuran hak; aldatma ve yanılmada gerçeğin öğrenmesinden, korkutmada korkunun ortadan kalkmasından başlayarak 1 yıl içinde kullanılmalıdır. Bu, bir hak düşünü süresidir. (Alacak haklarında zaman aşımı, yenilik doğuran haklarda ise hak düşünü süreleri sözkonusudur.)

IV— Edimlerin geri alınması veya zımnî istemi: İrade bozukluğu ile sakatlanmış bir sözleşmenin edimleri yerine getirilmişse, bunların geri alınması mümkündür. Meğer ki bunda zımnî bir onay sözkonusu olsun.

1) İstek bozukluğu, harcama istemine bulaşmışsa; harcama istemide bozulabilir. Meselâ aldatma, hem satım hem de mülkiyetin geçirilmesi sözleşmesinde görülmüşse, herikisi de bozularak verilen şey istihkak davasıyla geri istenebilir. Yanılma, çok defa $A \xrightarrow{h.i.} B$ borçlanma isteminde kalır. Mülkiyetin geçirilmesi isteminde görülmez. Bu yüzden yanılmada ancak nedensiz zenginleşme davası sözkonusu olabilir. $A \xleftarrow{b.i.} B$

2) Taşınmaz mülkiyeti geçirilmişse — ki, bu geçirim nesne bağıdır. —, borçlanma istemi, istek bozukluğu yüzünden geçersizse taşınmaz mülkiyeti karşı tarafa geçemez. Yapılan tescil, yolsuzluklu tescildir. Estimalik, MK.933'deki düzeltim (tashih) davasıyla tapudaki bu kaydın kendi adına düzeltilmesini isteyebilir. Et-

menlik da devredilmisse MK.618 gereği mülkiyet davası ile geri istenebilir.

Aldatma ve korkutma, bir görüşmede kusur (culpa in contrahendo) teşkil eder. Bu durumda sözleşmenin görüşülme (müzakere) sinden doğan borçlara aykırılık sözkonusudur. Aldatma ve korkutmada culpa in contrahendo'ya dayanarak tazminat istenebilir. Alm. MK da bunu öngörmektedir: Aldatılan ve korkutulan, girdiği borca, karşılık uğradığı zarar için tazminat isteyebilmektedir. Bozma ve tazminat istemleri birlikte kullanılabilir.

İsv. — Türk hukuk sisteminde ise böyle bir borcun görülmediği için bu bakımdan herhangi bir zarar sözkonusu değildir. Fakat B.Y.31, bizde de aldatılan ve korkutulanın bozma istemi yanında tazminat davası açabileceğini kabul etmektedir. Şöyle ki:

1) Aldatma ve korkutmanın sonucu bozma ile giderilemiyorsa ve kişinin aldatma ve korkutma olmasaydı daha elverişli şartlarla bir sözleşme kurması sözkonusuydu ise,

2) Bozma ile zararın tümüyle ortadan kaldırılması mümkün değilse, aldatılan ve korkutulan sözleşmenin geçerliğine güvenerek bir takım masraflar yapmışsa (menfi zarar), ya da işlem konusu aldatma ve korkutma verilmiş olup da o da bu konulara zarar vermişse,

bozma yanında tazminat da istenebilir.

3) Aldatılan ve korkutulan sözleşmeyi onaylarsa, kural olarak tazminat isteyemez. Fakat BK.31'e göre onaylamayla muhtemel tazminat hakkın ortadan kalkmamaktadır. Aldatılan ve korkutulan, daha büyük zararlara uğramamak için sözleşmeyi onaylarsa tazminat hakkını saklı tutabilir. Mesela 1000 L.lik bir mal, aldatma ya da korkutma yüzünden 2000 L.ya almışsa, fakat gerçeğini öğrendiği sırada malın değeri 3000 L. olmuşsa aldatılan ya da korkutulan sözleşmeyi onaylayabilir. Fakat bunun yanında 1000 L.nın da tazminini ister.

BK.31'e göre aldatmada gerçeğin öğrenilmesinden, korkutmada ise korkunun ortadan kalkmasından itibaren 1 yıl geçerse artık sözleşme bozulamaz. Kişi edimini yerine getirmişse geri isteyemez. Aldatılan ve korkutulan kendi edimini yerine getirmemişse bir yıllık sürenin geçmesiyle sözleşme düzelse de karşı borçlu çağırsa bile her zaman def'i yoluyla gördüğü bu borcu ödemekten kaçınması mümkündür, BK.60/II, AlmMK§853.

Örnek olay: A, B'yi aldatarak onu bir sözleşme yaptırmıştır. B, gerçeği öğrenmesine rağmen 1 yıl içinde sözleşme ile bağlanmak istemediğini bildirmemiştir.

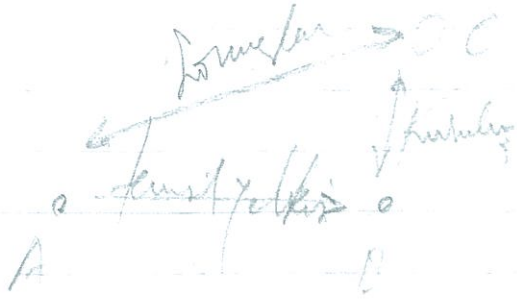
Soru: A, sözleşmeyi yerine getirmesi için B'yi da-

Ya ederse bunakarşı B ne yapabilir?

Cevap: B, her ne kadar süresi içinde bağlanmama (bozma) iradesini açıklamamışsa da borcunu da ifa etmemiştir. Bu durumda BK.60/III gereği kendisini ifaya zorlamak için açılan davaya karşı def'i savunmasında bulunarak borcunu ifadan kaçınabilir. Çünkü mevcut durumun devamını amaçlayan def'ler zamanaşımına uğramazlar, her zaman kullanılabilirler.

115

Men



III. Bölüm

TEMSİL VE YETKİSİZ TEMSİL KAVRAMLARI

§29. TEMSİL

I- Temsil, BK'nun üçlü ilişkilerindendir. Temsil olunan, temsilci ve üçüncü kişi sözkonusudur. Temsilcinin üçüncü kişi kurduğu sözleşme, sonuçlarını üçüncü kişi ile temsil olunan arasında doğurmaktadır. Böylece hukukî işlemin kurulması olgusuyla hukuki sonuçlarını doğurması olgusu birbirinden ayrılmış olmaktadır.

Geniş anlamıyla temsil ikiye ayrılır.

1) Dolayısıyla temsil: Gerçek anlamda temsil değildir. Roma hukuku gibi eski hukuklarda görülür. Temsilci, üçüncü kişi ile kendi adına fakat temsil olunan hesabına hukukî işlem yapmaktadır. Daha sonra da temsilci, temsil olunana onun hesabına kazandıklarını devreder. Gördüğümüz gibi temsilcinin yaptığı işlemler, temsil olunan için doğrudan sonuçlarını doğurmamakta, temsilcinin devretme borcu doğmaktadır. Bu tür temsile gizli temsil de denilmektedir. BK.'nun 416'nın düzenlediği komisyonculuk bütün temsilin en güzel örneğidir.

2) Doğrudan (gerçek) temsil: Temsilci, üçüncü kişi ile temsil olunan adına ve hesabına davranmaktadır. Burada hukukî sonuçlar doğrudan doğruya temsil olunanla üçüncü kişi arasında doğmaktadır. İşlem sanki temsil olunan yapmış sayılır ve temsil olunan üçüncü kişiye doğ-

rudan doğruya alacaklı veya borçlu olur. Bu kurum, yeni hukuktan bir ürünüdür. Mecellede de doğrudan temsil'le ilgili hükümler vardır. Fr. MK.unda yoktur. İsv. ve Alm. hukuklarında da doğrudan temsil kabul edilmiştir.

II — Gerçek temsilin iki şartı vardır:

1) Gerçek temsilde temsil yetkisi bulunmalıdır. Bu da ya yasadan doğan (kanunî) temsil yetkisi (velâyet gibi), ya da hukukî işlemden doğan bir temsil yetkisidir. Bu da tek yanlı bir istek açıklamasıyla olur.

2) Başkası adına davranma şartı bulunmalıdır. Temsilci, işlemi başkası adına yaptığını açıklamış olmalıdır.

III — Başkası adına davranma şartı: Üçüncü kişi ile yapılan işlemin sonuçlarının temsil olunan için doğması için bu şart gerektirdi. Fakat BK.32/II'de belirtilen şekilde aynı durumda ayrıca başkası adına davranma şartı aranmaz:

1) Temsilcinin, hukukî işlemi temsil olunan adına yaptığı durumdan anlaşılıyorsa ayrıca bunu açıkça belirtmeye gerek yoktur. Bir ticarethanedeki memurların, yaptıkları işlemlerinin ticarethane sahibi adına yapıldığını durumdan anlamaktayız. Bir hizmetçinin efendisinin kurumu sahnesindeki durumu bir diğer örnektir.

2) Üçüncü kişi için hukukî işlemi temsilcide ya da temsil olunanla yapmanın hiç bir farkı yoksa başkası adına davranma şartı gerekmeksizin hukukî sonuçlar doğrudan temsil olunan için doğar. BK.32/III. Meselâ

satım sözleşmesi gereği bir otomobilin mülkiyetinin geçirilmesi işleminde temsilci, temsil olunan adına davrandığını açıklamasa da hukuki sonuçlar temsil olunan için doğar.

a— Borçlanma işlemlerinde (meselâ satım sözleşmesinde) BK.32/II'deki kural uygulanamaz. Çünkü bir borçlanma işleminin temsilci ya da temsil olunan ile yapılması önem taşır. Zira üçüncü kişi olacaklı durumundadır. Karşısındaki borçlunun şu ya da bu kişi olması kendisini farklıdır. Güven sözkonusudur.

b— Fakat BK.32/II'deki kural yalnız taşınmazlarda hareketli (mülkiyetin geçirilmesi) işlemlerinde uygulanabilir. Meselâ (otomobilin mülkiyetinin kime geçirildiği) üçüncü kişi için önemsizdir. Bu durumda üçüncü kişi otomobili temsilciye teslim ettiği anda, otomobilin mülkiyeti doğrudan doğruya temsil olunana geçer. Bu yüzden temsil olunan, temsilciye MK.618 gereği istihkak davası açarak (mutlak bir hakkı ileri sürerek) otomobilin mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir. Fakat bu kural, yalnız taşınır konular için uygulanabilir. Taşınmazlarda ise gizli temsilde, mülkiyet hiç bir zaman kendiliğinden geçmez. Meselâ gizli temsil yoluyla bir ev satın alındığında tapu tütüğü sistemi gereği evin mülkiyeti doğrudan temsil olunana geçmez. Tapuya yazım yapılmadıkça evin mülkiyeti temsil olunana geçmez. Bu durumda temsil olunanın BY.392'den doğan bir kişisel dava ile evin mülkiyetinin kendi adına geçirilmesini dava edebilir. Bu maddeye göre vekil, müvekkili adına kazandığı her türlü şeyi vekiline geçirmek zorundadır (yasadan doğan borç).

BK.32/II c.2'deki (yukarıda izah edilen) kural, İsv.BK.na 1912 revizyonu sırasında eklenmiştir. Daha önce bunun yerini tutan bir kural daha vardı. Revizyon sırasında yasadan çıkarılmadan unutulup kalmıştır. Bu da BK.393/III'dür. Buna göre vekilin iflâsı halinde müvekkil, vekilin gizli temsil yoluyla iktisap ettiği hakları masadan çekip alabilir. BK.32/II c.2'deki açık hüküm karşısında bu hüküm, gereksizdir.

IV— Temsilcinin açıkladığı istek, gene kendi isteğidir. Bu bakımdan temsilci, haberci (muhbir)den farklıdır. Haberci, başkasının irade açıklamasını taşımaktadır. Bundan dolayı haberciyi temyiz kudretine sahip olması gerekli değildir. Fakat temsilci, mümeyyiz olmalıdır. İstek bozukluklarında temsilcinin isteği önem taşır. İyiniyet aranan yerlerde temsilcinin psikolojik durumu, ön-ünde tutulur; ama bunun yanında hak kazanabilmesi için temsil durumu da iyi niyetli olması gerekir.

V— Temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması: Temsil olunan temsilciye bir nesneyi satması için yetki verdiğinde acaba temsilcinin bu malı kendisi için satın alması mümkün müdür? Bildiğimiz gibi BK.1'e göre bir sözleşmenin kurulabilmesi için taraflarına uygun iki istek açıklaması gerekmektedir. Eğer temsilci, hem kendi adına, hem de temsil olunan adına aynı işlemde istek açıklamasında bulunuyorsa buna temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması denir. Bu durumun temsil olunan için birtakım sakıncaları vardır. Alm.BK §181'e göre

temsil olunan açıkça müsaade vermişse temsilci ancak o zaman kendi kendisiyle sözleşme yapabilir. Buna uygun olarak İsviçre Yargıtayı; temsilcinin temsil olunanın açıkça izin verdiği durumlarda ve bir de temsil olunan için tehlike sözkonusu olmayan borsada fiyatı belirli malların satımında kendi kendisiyle sözleşme yapmasına cevaz vermiştir.

§30. TEMSİL YETKİSİ

I— Temsil yetkisi ve vekâlet: Temsil yetkisi, ya yasadan doğar. Ana-babanın çocuklarının kanunî temsilcisi (velisi) olmaları gibi. Ya da tek taraflu bir istek açıklamasıyla verilir ki bu durumda temsil yetkisi çok defa vekillik sözleşmesi ile birleşir. Uzun yıllar bu iki kurum, açık-seçik olarak birbirinden ayrıdetilememiştir. Temsil yetkisi ve vekillik sözleşmesi farkını bütün esaslarıyla ilk defa belirleyen kamu hukukçusu Prof. Laband olmuştur. Vekillik sözleşmesi BK 386 v.d. md.lerinde düzenlenmiştir. Vekillik öyle bir sözleşmedir ki vekil, bu işlemle bir hizmetin görülmesini ya da bir işin yönetimini borçlanır. Vekillik sözleşmesi, iki taraflu bir hukuksal işlemdir. Halbuki temsil yetkisi bir sözleşme olmayıp tek yanlı istekle verilen bir güçtür, tek yanlı hukukî işlemdir; başkası adına davranarak onun için hukukî sonuçlar doğurabilme kudretidir. Çoklukla çok defa vekillik sözleşmesi ve temsil yetkisi birlikte bulunur.

Temsil yetkisi ve vekillik sözleşmesi arasındaki baş-

iki farklar sunlardır:

1) Vekillik sözleşmesi olmadan da, yani bir borç yüklenilmeden de temsil yetkisi bulunabilir. Meselâ B'nin A'yı kendisi için bir makina satın alma yetkisi vermesi durumunda A, borçlanmamakla, fakat B adına bulunuşta bir sözleşme yapabilmektedir.

2) Temsil yetkisi olmadan da vekillik sözleşmesi olabilir. Yalnızca fiilî nitelikteki bir takım hizmetlerin yapılması için bir vekâlet sözleşmesi kurulabilir. A'nın evini tamir etmesi için B'ye vekillik sözleşmesi yapması gibi.

3) Vekâlet bir sözleşmedir. İki tarafın isteklerinin birleşmesiyle kurulur. Halbuki temsil yetkisi, temsilciye vermesi gereken tek yanlı bir irade açıklamasıyla verilir.

4) Temsil yetkisinin dayandığı temel borç ilişkisi, vekâlet sözleşmesinden başka bir sözleşme de olabilir. Hizmet, ortaklık sözleşmesi gibi. Meselâ A'nın hizmetçisine kendi adına alışveriş yetkisi vermesi mümkündür. Ortaklık sözleşmesinde ortaklardan birine ortaklığın bazı işleri için temsil yetkisi verilebilir.

5) Temsil yetkisi, dayandığı temel ilişkiden bağımsızdır. Temel ilişki geçersiz olsa bile temsil yetkisi geçerlidir. Meselâ babasından kalan birinin yaptığı hizmet, ortaklık sözleşmeleri onu bağlamaz, fakat bu sözleşmelere dayanılarak verilen temsil yetkisi ise geçerlidir.

II- Temsil yetkisinin verilmesi herhangi bir geçerlilik

biçimine bağlı değildir. Tek yanlı irade açıklamasının temsilciye varması gerekli ve yeterlidir. Hatta yapılması için verilen hukukî işlem bir geçerlilik biçimine bağlı olsa bile temsil yetkisi, yine hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmaksızın verilebilir. A'nın B'ye kendi adına kefalet sözleşmesi yapması için temsil yetkisi vermesinde olduğu gibi. Kefalet sözleşmesi yazılı biçime bağlıdır. Bundan amaç, kefilin iyice düşünmesini temindir. Temsilci (B), biçime uyduğundan bu amaç gerçekleşmiş sayılır. Her ne kadar temsil yetkisi, her zaman geri alınabilirse de bu çözüm yine de tebliğ ve ispat yetersizdir. Yeni Noterlik Tasarısına göre tapu kütüğünde işlem yapılmasını gerektirecek temsil yetkisinin noterin düzenleyeceği bir senetle verilebilir. Uygulamada bu senede yetki belgesi (salâhiyet name) denmektedir. Ve İâletname tabiri ise yanlıştır.

III— Temsil yetkisinin çevresi: Bu bakımda temsil yetkisi genel temsil yetkisi ve özel temsil yetkisi olmak üzere iki'ye ayrılır. Özel bir işlem yapılabilmesi için verilen yetki özel, bütün işler için genel olarak verilen yetkiye ise genel yetki denir. Bir takım hukukî işlemler çok önemli görüldüğünden bunlar için BK. 388/II perçi ayrıca özel yetki aranır. Özel yetki aranan bazı haller şunlardır:

1) Dava açmak.
2) Sulh yapmak.
3) Hakeme gitmek.
4) Kambiyo taahhüdünde bulunmak.

5) Bağışlama yapmak.

6) Bir taşınmazın mülkiyetini geçirmek ya da sınırlı bir ayni hak yüklenmek.

IV — Temsil yetkisinin sona ermesi: Temsil yetkisi, sadece bir işin yerilmesse onunu yapılmasıyla, süreyle sınırlı olarak verilmesse sürenin sona ermesiyle, temsilenin ölümüyle ya da yetkinin geri alınmasıyla sona erer. BK. 34 gereği temsil yetkisi her zaman geri alınabilir ve yetki veren, bu hakkından önceden vazgeçemez. Aksine kararlaştırılan hükümler geçersizdir. Bunun dışında temsil yetkisi, temsilcinin ya da temsil olunanın ölümü, gaipliğe karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi ya da iflas etmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Burada şu problem karşımıza çıkmaktadır: Temsil yetkisinin sona ermesine rağmen, temsilcinin adına temsilenin işlemler yapması halinde durum ne olacaktır? BK. 37, şöyle bir çözüm getirmektedir:

1) Temsilci, hem de temsil olunan iyi niyetli ise iyi niyetleri korunur. Yapılan işlemin sonuçları temsil olunan için doğar.

2) Yalnız üçüncü kişi iyiniyetliyse:

a — Temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirildiği halde geri alındığı bildirilmemisse üçüncü kişinin iyi niyeti korunur, 34/II. Çünkü yetki belgesinin geri alındığının bir yolu yoktur.

b — Temsilciye bir yetki belgesi verilmisse, temsil yetkisinin geri alınmasından sonra bu belgenin geri alınması ihmal

edilmisse iyi niyetli üçüncü kişilerin bu yüzden uğradıkları menfî zararların tazmini gerekmektedir, BK.36/II.

Alm. doktrininde bir de görünüşte temsil vardır. Şöyle ki: MY.2 deki dürüstlük kurulunun bir sonucu da güven prensibidir. Yani başkalarında bir güven yaratan kimse, bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Başka bir deyişle bir hukukî görünüşe iyi niyetle güvenen kimsenin bu iyiniyeti korunmalıdır. Meselâ bir bankada iki tane yetkili müdür vardır. Fakat banka, bunlarından sonraki bir başka kimsenin de o bankayı tek başına temsil yetkisi varmış gibi hareket etmesine göz yummaktadır. Bu durumda müşteriler bu kimsenin hukukî görünüşüne güvendikleri için banka da bu durumun sonuçlarına katlanmalıdır. Böylece banka, yetkisiz müdürün banka adına yaptığı işlemlerden sorumludur ki, iyiniyetli müşterilerin iyiniyetleri de korunmaktadır. Bu, İngiliz ve Kıtaa Avrupası hukuklarında ortak bir prensiptir. Bankaların şube memurlarının davranışı da bir diğer örnektir.

BK.453/III, 1957 t.li tekrir Ticaret Kanunun Meriyetine Dair Kanunun 41. mad.siyle eklenmiştir. Bunagöre satış mağazalarının memur ve müstahdemleri, o mağazanın mûtad işlemlerini mağaza sahibi adına yapmağa (onu temsile) yetkili sayılırlar. Meğer ki mağaza sahibi, o mağazada kolayca okunabilen bir yere bunun aksini ilân etmiş olsun. (Daha fazla bilgi için bkz. Prof. Sungurbey, Medenî Hukukun Sorunları, c.1)

§31. YETKİSİZ TEMSİL

Gerçek temsilde iki şart aranmaktaydı: Temsil yetkisinin bulunması ve başkası adına davranma şartı. Temsil yetkisi yoksa, temsilcinin yaptığı hukukî işlem, temsil olunan için hukukî bir sonuç doğurmaz, yapılan işlem askıda kalır. Fakat üçüncü kişi, bu işlemden hemen kurtulamaz (işlem olmuyacağından geçerliğini sürdürür). Bu durumda üçüncü kişi, temsil olunana uygun bir süre verir, ya da yarıçıktan böyle bir süre verilmesini ister. Böylece bu süre içinde temsil olunan, askı durumundaki işlemi onaylayıp onaylayamayacağını öğrenmiş olur. Temsil olunan işlemi onaylarsa, işlem başlangıçtan beri geçerlilik kazanır, yani onay makable şamildir, BK. 38. Mecelle'nin bu hususta şöyle bir hükmü vardır: "İcazet-i lâhika, vekâlet-i sâbika gibidir." Temsil olunan, işlemi onaylamazsa işlem geçersiz kalır.

Yetkisiz temsil durumunu iki grupta ele alabiliriz:

1) Ya yetkisiz temsilci hüsnüniyettidir. Yani kendisini yetkili sanarak, işlemi yapmış olabilir.

2) Ya da yetkisiz temsilci kötü niyettidir. Yani kendisinin yetkisiz olduğunu bildiği halde böyle bir işlem yapmıştır.

Yetkisiz temsilde iç ilişki (temsilci ile temsil olunan arasında), vekâletsiz iş görme esâsıdır. BK. 410 v.d. mad. Vekâletsiz iş görme, arada bir sözleşme olmadığı halde başka bir kimsenin aklarını korumak,

için ya da onun istəğine uyğun düşər diyərək onun istəklərini pərmelidir. Bir sözləşmə təşkilidir. Məsələ Almanyaya gedən komşunuzun evinin camları kırılmış olsun. Bu camları kendiniz tamir etsəniz (əğər cəmləşsəniz) ya da kendi adınıza eşəl tutsa, nəzəriyyəyə tabe olmuş bu bir vəkilliksiz iş görmədir. Fakat bir camçıyla "ben komşunun temsilçisiyim, o bana yetki vermiştir" diyərək onun adına bir istisna etdiyə parsanız burada həm vəkilliksiz iş görme, həm də yetkisiz temsil sözkonusudur.

onay
O(i) → T (v.siz i.g. (yetkisiz temsil))
İşlem

Şöylə ki: Temsilci ilə temsil olunan arasında TO vəkilliksiz iş görmə, temsil olunan ilə üçüncü kişi arasında yetkisiz temsil kuralları uğulanır.

Temsil olunan onay vermezsə hukuki işlem, geçersiz kalır. Bu durumdan işlemin geçərliğinə güvənən iyiniyətli üçüncü kişi, zərər görmüş olabilir. İşte iyi niyətli üçüncü kişi, uğradığı menfi zərərlərin kusurlu olmasa dahi yetkisiz temsilcinin tazmin etməsini istəyəbilir. Burada bir objektif (kusursuz) sorumluluk halı karşısındayız. Yetkisiz temsilcinin kusuru varsa və hakkəniyət de pərektiriyorsa, yəni, yetkisiz temsilcəyə müspet zərərin tazminine de mahkum edəbilir. Burada söz konusu olan borç, culpa in contrahendodan doğmaktadır.

Benedikt Ebner
felsefe pərofesor
olardı

IV. Bölüm
HAKSIZ FİİLLER

§32. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇLAR

I— Hukuka aykırı fiillerin bir diğeri de haksız fiillerdir. Burada belli bir borca aykırılık değil genel davranış kurallarına aykırılık söz konusudur. Bu bir fiil ise, taraflar arasında haksız fiilden doğan bir borç sözkonusu olmaktadır. BK. 41-60, bu kurumu düzenlemektedir.

Haksız fiilden şu istemler doğmaktadır:

1) Zararın giderilmesi istemi (maddi ve manevi tazminat davası).

2) Tecavüzün giderilmesi istemi (tecavüzün menii davası).

3) Yakın bir gelecekte bir tecavüz meydana gelecekse bu tecavüzün önlenmesi istemi (ihtiyaten dava).

4) Bu saydığımız üç dava, edim davasıdır. Eğer şartları varsa (hukuki menfaat şartı gibi) tespit davası da açılabilir.

BK. 41, tazminat istemini düzenler ve tazminat istemi için şartları aramaktadır:

1) Zarar,

2) Nedensellik bağı (haksız fiille zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır).

3) Hukuka aykırılık (zarar, hukuka aykırı olmuş olmalıdır).

4) Kusur bulunmalıdır. Kişi, ancak kusuru varsa sorumlu

tutulabilir. BKmuz ayrık olarak kusursuz (objektif) sorumluluğa da yer vermiştir. Kusursuz sorumluluk hallerine, haksız fiil benzerleri diye de tabir olunur. İstihdam edenlerin, hayvan sahiplerinin sorumluluğu gibi.

II- Hukuka aykırılık: Hukuk düzeninin bir kuralına aykırılık söz konusudur. Hukuka aykırılığın iki şekli vardır:

1) Hukuka aykırılık, çok defa sübjektif bir hakkın ihlâli ile birlikte görülür. Yani sübjektif hakkın ihlâli, diğer taraftan hukuka aykırılığı oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkının ihlâli gibi. Ancak mutlak hakların ihlâli halinde haksız fiilden söz edilebilir. Hususî-şahsî bir hakkın, bir alacak hakkının ihlâlinde bir haksız fiil değil de borca aykırılık bahis konusudur. BK. 45, 46; hayat ve vücut sağlığının ihlâli halinde zararın belirlenmesi için bazı hükümler vermektedir. Adam öldürülmesi halinde cenaze ve defin masrafları ile eğer öldürülen tedavi görmüşse tedavi masrafları tazmin ettirildiği gibi öldürülen kişinin ayrımlı olarak baktığı kimseler, destekten yoksun kalmaktan dolayı destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilirler. Cismani zarar durumunda ise iyi niyetle yapılan tedavi masrafları ile çalışma gücünün eksilmesinden doğan zararlar tazminetdirilir. Eğer yaralı, çalışma gücü kaybını tamamıyla belirleyemiyorsa verdiği hükmü iki yılı içinde yeniden gözden geçirebilir. Burada MK'nun özgü bir kural söz konusu olmakta ve karşıyı

muhkeme (kesin hüküm) hâline bir istisna getirilmektedir.

2) Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin yalnız bir kuralına aykırılık şeklinde de belirebilir. Bu durumda da tazminat istemi sözkonusu olmaktadır. Kandırma ve aldatmada olduğu gibi.

III — BK.41/II, ahlâka aykırılığı hukuka aykırılığa eşit tutmuştur. Şöyleki: Ahlâka aykırı bir fiille bilerek başkasına zarar veren kimse, bu zararı tazmine yükümlüdür. Bu durumda failin fiilini yalnızca istemesi yetmez, ayrıca zararı da istemesi olması gerekir. Bu kuralın uygulama alanı dardır. Zaten bu kurala giren bir çok durumlar da sübjektif bir hakkın ihlâli de sözkonusu olmaktadır. Fakat yine de bazı pratik durumlara çözümü vardır. Meselâ A, bir malını (sualtini) B'ye satmış, fakat mülkiyetini geçirememiştir. C, sırf B'ye zarar verebilmek için A'ya aşırı fiyat teklif ederek aynı sualti satın almış ve malikî de olmuştur. Burada B, BK.96'ya dayanarak borcu aykırılıktan dolayı A'ya dava edebileceği gibi BK.41/II gereğince fiile dayanarak C'ye tazminat davası açabilir. Dağ başındaki köyün tek yiyecek maddeleri satıcısını kaybetmiş bir kimse yiyecek alamamesi durumunda da (satmaması) BK.41/II'ye dayanmak mümkündür.

IV — Hukuka aykırılığı kaldıran nedenler:

1) Kanun hükmüne dayanan yetkilerin kullanılması. Tutuklama gibi. Fakat haksız olursa tazminat istenebilir.

2) Özel hukuktan doğan yetkilerin kullanılması. Anı-tabı-

nın çocuklar üzerindeki terbiye hakkı gibi.

3) Zarar görenin muvafakati (onanı). Spor müsabakaları, cerrahi müdahale gibi. Yeter ki ahlâka ve kişilik haklarına aykırı durumlar söz konusu olmasın.

4) Vekâletsiz iş görme durumları. Bir kimsenin, başkasının çıkarına ve onun farazî iradesine uygun olarak hukuk alanına müdahale edilmesi de hukuka aykırı değildir.

5) Hasbî savunma (meşru müdafaa). BK. 52'ye göre tecavüzün; kendisinin ya da başkasının hayatını ya da malvarlığını yakın ve şimdiki bir tehlikeye karşı savunması, hukuka aykırı değildir. Bunun için de tecavüzün haksız olması, savunmanın tecavüz niteliğini taşımaması ve hukuki sınırlar içinde yapılması gerekir.

6) Hakkın kendi kendine alma (ihkak-ı hak). Devlete başvurma halinde hakkın kaybolması ihtimali söz konusu olur-sa, ihkak-ı hak meşrudur.

7) Zorunluk (izdirar) hali. Bir tehlikeden kurtulmak için mağazanın vitrinini kırmak gibi. Fakat hasarın borcu yine saklıdır.

833. KUSUR

Kusur, hukuka aykırılığın sübjektif yönüdür. Yani failin psikolojik durumudur. Kast ve ihmal olmak üzere iki türdür. Medenî hukuk alanında prensip olarak bu ikisi arasında fark yoktur. Fail,

MK. 49

her halde fiilinden sorumludur. Fakat manevî tazminat istemi için (kişilik haklarında tecavüz hallerinde) kusurun özel ağırlığı (kast ve ağır ihmal) aranır. MKmuzda, Alm. MK'ndan farklı olarak yargıca kusurun ağırlığına göre tazminatı takdir etmek yetkisi vermiştir.

I— Kast: Haksız fiilin isteyerek işlenmesi halidir. Buna karşılık zararında istenmiş olması önemli değildir. Fakat BK. 41/II durumunda hem fiil, hem de zarar istenmiş olmalıdır. Bir de ihtimalî kast (dolus eventualis) durumu vardır ki burada fail, haksız fiili mümkün görmekte fakat bunun olmasını istememektedir. Meselâ kalabalık bir caddede sürüyle araba kullanan kimse birini çiğneyeceğini bilmekle, fakat bunu istememektedir. Burada kasda yaklaşan bir durum sözkonusudur.

II— İhmal: Bu durumda fail, haksız fiili istememekle, fakat fiilin olmaması için gereken özeni göstermemektedir. İhmal iki'ye ayrılmaktadır:

1) Ağır ihmal (culpa lata): En tedbirsiz bir kimsenin dahi yapmayacağı davranış demektir.

2) Hafif ihmal (culpa levis): Normal bir insanın alması gereken tedbirleri almamak demektir.

Kusuru tespitte ölçümüz objektiftir. Roma hukukundaki iyi bir aile reisi, ölçütü gibi. Bir kimse gereken yeteneğe sahip olmadığı için gerekli özeni gösterememişse, kural olarak

kusurlu sayılmaz. Şu kadar ki kendisinin böyle bir güce sahip olmadığını bile bile o ise girismisse kusurlu sayılır. Ani hastalık gibi sebeplerle gerekli özen gösterilmemisse kusur sözkonusu olmasa da haytalık devamlı ise ve bu durum bilindiği halde gerekli özen gösterilmemisse artık kusur bahis mevzuu olur.

Kast ve ihmal ayrımı, BK.42/II'nin yargıca tanıdığı tazminatın derecesini takdirde önem taşımaktadır. Borca aykırılıktan menfaat pozitif yönü. BK.98/I-2 gereği bir sözleşmenin taraflardan birine hiçbir yarar sağlamaması halinde, o taraf ancak ağır ihmalinden sorumludur. Ariyet borcunun, bağışlayanın sorumluluğu gibi. → TMK.K.50: kendi ve diğ. yararına kusuru ancak ağır ihmali ispatıyla

BK.41'e göre kusurun isbatı; haksız fiillerde zarar görene düştüğü halde BK.96'ya göre borca aykırılıkta borçlu kusuru olmadığını ispat yükümdedir.

III — Bir kimseyi haksız fiilden dolayı sorumlu tutabilmek için o kişinin sorum yeteneğinin bulunması gerekir. Sorum yeteneğinin tek şartı, temyiz kudretinin varlığıdır. Mümeyyiz küçük ve mahcurlar da haksız fiillerinden sorumludur. BK.54'e göre temyiz kudretini geçici olarak kaybedenkimse, bu durumu kendi kusuru olmadan düştüğünü ispatlamadıkça sorumluluktan kurtulamaz.

Temyiz kudretinden sürekli olarak mahrum olan kim-

selerin de hakkaniyet gerektiriyorsa verdikleri zarardan sorumlu tutulmaları mümkündür. Zengin bir akıl hastasının fakir bir kimseye zarar vermesi halinde olduğu gibi.

§34. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN İSTEM- (TALEP)LER

I — Tazminat istemi: Haksız fiilden doğrudan doğruya zarar gören kimse, tazminat isteminde bulunabilir; üçüncü kişiler, tazminat isteyemezler. Fakat sıkı durumda zarar görenin dışındaki kişiler de tazminat isteminde bulunabilir:

1) Adam öldürülmesi halinde, ölenin ölümü yüzünden destekten mahrum kalanlar uygun bir destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilirler. Bu tazminatı isteyecekler, ölenin fiilen baktığı kimselerdir; ölenin bu kimselerle olan hukuki ilişkisi önemli değildir. Bu tazminatın hesabı, tatbikatta bilirkişilerce sesli hesaplar yardımıyla yapılır, BK. 45.

2) BK. 47'ye göre adam öldürme halinde ölenin yakınları, duydukları elem yüzünden maneviyat tazminatı davası açabilirler.

Zarar görenin mal üzerindeki mülkten gayrısına ait indirgenebilir gibi sınırlı ayni hakları bulunabilir. Bu durumda surrogat gereği nesnenin yerine ödenen tazminat geleceğinden sınırlı nesnel haklar da bu tazminat üzerinde devam eder.

II — Haksız fiil, cezayı gerektiren bir fiil de olabilir.

BK. 53, bu durumda şöyle bir ayırım yapmak gerekir:

1) Ceza yargıcının beraat kararı ile hukuk yargıcı bağlı değildir. Çünkü cürümlerde kast aranır, bu yüzden ceza yargıcı beraat kararı verebilir. Fakat MK, ihmali de kusur sayılıp bundan hukuk yargıcı tazminata hükmedebilir.

2) Ceza yargıcının mahkûmiyet kararı ise:

a— Ceza yargıcının kararı, yalnız fiili ve fiilin hukuka aykırılığını tespit eden nokta da hukuk yargıcını bağlar. Zira ceza yargıcının bu konuda geniş araştırma yapmayı etkisi yoktur.

b— Buna karşılık ceza yargıcının mahkûmiyet kararı, kusur olup olmadığı ve zararın miktarı konularında hukuk yargıcını bağlamaz.

III— Dava zamanaşımı: BK. 60'a göre haksız fiillerde zamanaşımı zararı ve faili öğrendikten başlayarak bir yıl, her halde on yıldır. Bu kuralı kıyas yoluyla haksız fiil benzerlerine de uygulayabiliriz. İstihdam edenlerin sorumluluğuna BK. 60/1'ye göre eğer haksız fiil (cezalandırılabilir bir fiil) ise daha uzun olan ceza zamanaşımı süresi, tazminat istemine de uygulanır. Madem ki zarar veren, ceza dolayısıyla sorguya çekiliyor (eski defterler karıştırılıyor), bu durumda tazminat istemi de yeniden ele alınmalıdır.

IV— Tecavüzün giderilmesi davası: Haksız fiilden doğ-

yı yalnız tazminat davası değil bunun yanında tecavüzün giderilmesi davası açılabilir. Uygulamada buna (özellikle mutlak hakların ihlâlinde) rastlamaktayız. MK.618 gereği mülkiyet (istihkak) davası ve actio negatoria'nın rem gibi. Kişilik haklarına tecavüz halinde de tecavüzün giderilmesi davası açılabilir.

V— Gelecekteki tecavüzün önlenmesi (ictinap) davası:

Gelecekte bir tecavüzün vukuundan ciddî olarak şüphe ediliyorsa; tecavüze maruz kalması mümkün kişinin, yargıçtan böyle bir tecavüzün önlenmesine dair karar istemesi mümkündür. Uygulamada bu davaya (muarazanın men'i davası) bir duruma şartlar varsa tespit davası da açılabilir.

§35. KUSURSUZ SORUMLULUK

Medenî hukuk alanında kusur prensibi yürürlüktedir. Modern hukuktan bazı objektif sorumluluk kurallarına da pekiş ölçüde yer verilmektedir.

I— Gözetim (ya da özen) ödevinden doğan sorumluluk:

BK. da bir takım kimseler, (objektif olarak özen gösterdiklerini, gözetimde bulunduklarını ispatlamadıkça) (kusurlu veya kusursuz olsun) sorumludurlar.

1) Çalışma yardımcısı kullananların sorumluluğu, BK.55. Pandekt hukukunda yoktur. Bu hususta hüküm; ilkin Fr. MK, eski İsv. BK ve daha sonra Alm. MK ve bizim BK mızda yer almıştır. Çalışma yardımcısı

kullanan kimseler, çalışma yardımcılarının işlerini görürken üçüncü kişilere verdikleri zarardan dolayı objektif olarak gereken özeni gösterdiklerini ispatlamadıkça sorumludurlar. Buradaki sorumluluk, BK.100'deki ifa yardımcısından sorumlu olmadan farklıdır. Meselâ şoför, otobüsle üçüncü kişi durumundaki İ'yi çiğnemişse, otobüs sahibi çalışma yardımcısı kullanan sıfatıyla BK.55'e göre sorumlu tutulması gerekir. Fakat şoför, ihmali sonucu otobüsü devirerek yolculara zarar vermişse; otobüs sahibi ile müşteriler arasında taşıma sözleşmesi sözkonusu olduğundan yolcular, BK.100'e dayanarak otobüs sahibini ödeme yardımcısı kullanan sıfatıyla dava edebilirler. BK.100'ün uygulandığı yerlerde, borçlu gereken özeni gösterdiğini ispatlasa bile sorumluluktan kurtulamaz.

Çalışma yardımcısı kullanan kimsenin sorumlu olması için çalışma yardımcısının kendisine bir hizmet yada iş sözleşmesi ile bağlı olması gerekli değildir, eylemli olarak ona yardımcı olması yeterlidir. Türü bir bağımlılık ilişkisi sözkonusu olması yeterlidir. Yardımcının iş sahibinin emirlerine uygun hareket etmesi gerekli ve yeterlidir. Yardımcının verdiği zarar ise iş dolayısıyla olmalıdır. Meselâ şoförün, araçla işini yaparken üçüncü bir kişiyi ezmesinde BK.55 uygulanabilir. Yoksa işin görülmesi bey-

hare ederek verdiği zararlardan iş sahibi sorumlu tutulamaz. Şoför S'nin ailesini geçindirirken birini çiğnemiş se durum böyledir.

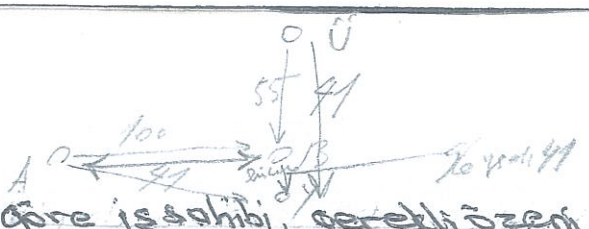
Çalışma yardımcısı kullanan (istihdam eden), kusuru olmasa da sorumlu tutulmaktadır. Bunun yanında çalışma yardımcısının da verdiği zarar için kusurlu bir hareketinin bulunması gerekmez. Aksi halde BK. 55, çok defa uygulanma olanağını kaybederdi. Çok defa iş sahibinin gereken özeni göstermemesi yüzünden çalışma yardımcısının kusuru dahi ortadan kalkardı. Meselâ şoför S'nin, iş sahibinin frenleri tutmayan bir araba vermesi yüzünden üçüncü kişiye zarar vermesi durumunda; eğer BK. 55'in uygulanabilmesi için çalışma yardımcısının kusurlu hareketinin bulunması aranmış olsaydı, şoförün kusuru olmadığından iş sahibi sorumluluktan kurtulabilecekti. Bundan dolayı çalışma yardımcısının kusurlu bir hareketinin bulunması aranmamıştır. 27/3/1957 t.li YİBK'nda bu çözümbenimsenmiştir. (Daha fazla bilgi için bkz. Prof. Sungurbey — Eleştiriler, c.1)

Çalışma yardımcısı kullanan kimsenin göstereceği özen için Roma hukukundan beri şu üç şart aranmaktadır:

a — Seçmede özen.

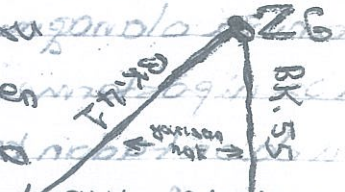
b — Araç vermede özen.

c — Gözetmede özen.



BK. 55/II'ye göre işsahibi, gerekli özen göstermiş olsaydı da o zararın yine meydana geleceğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulur. Çünkü bu durumda, özen göstermeme fiiliyle zarar arasında nedensellik ilişkisinin bulunmadığı ispatlanmış olmaktadır.

BK. 41'e dayanarak zarar gören, çalışma yardımesına karşı haksız fiilden dolayı da dava açabilir. Bu durumda yukarıda hakkın sözkonusu olmaktadır. Zarar gören, işsahibinden hakkını alabilmişse, işsahibinin çalışma yardımesına bir rücu istemi ödemesi gerekir.



Bunun dışında ise hem BK. 96'ya dayanan borca aykırılık hem de bir borç ilişkisi yoksa işsahibi BK. 41'e dayanarak haksız fiilden dolayı tazminat davası açabilir.

2) Hayvan yönetenlerin sorumluluğu, BK. 56. Hayvan yöneten tabirinden ekonomik olarak bir hayvandan yararlanan anlaşılmalıdır. Hayvan yöneten, objektif olarak gereken özeni göstermedikçe hayvanın verdiği zarardan sorumludur. BK. 56/II'ye göre hayvan yöneten, kusursuzluğunda zarar veren hayvanı güdene ya da ürkütene rücu edebilir.

II— Tehlike sorumluluğu: Özen göstermeden de ileri giden bir sorumluluk sözkonusudur. Tehlike yaral-

tan bir takım kimseler, gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak kurtulma imkânı olmaksızın sorumlututulurlar.

1) Yapı, ya da başka bir yapıt (eser) malikinin sorumluluğu: Yapıt sahipleri, eserlerin kötü yapılmış olmasından ya da kötü bakımından doğan zararlardan sorumludurlar. BK. 58'de (bu hükmü getiren) bir tercüme yanlışı vardır. "Muhafazadaki kusur" hatalı "kötü bakım" olarak anlaşılmaktadır. Çünkü bu durum, objektif bir sorumluluk halidir. Fakat yapı sahibinin, yapıyı kötü yapan mimar ya da müteahhide karşı BK. 96 gereği borca aykırılıktan rücû hakkı vardır. Yapıt kavramı içine apartman, tünel gibi sabit nesneler girer. Seyir halindeki nesnelerin verdikleri zararlardan sorumluluğu Trafik Kanunu nd 56 düzenlemiştir.

2) MK. 656'ya göre taşınmaz maliki, hakkını kullanırken taşkınlık yaparak komşular için tehlike yaratırsa bu yüzden meydana gelen zararlardan kusuru olmaksızın sorumludur. Tehlikik halli, nesnenin bulunduğu yere göre takdir edilir.

3) İdari hizmetlerde Risque teorisi kabul edilmiştir. Buna göre devlet, bir takım faaliyetlerinden dolayı objektif olarak sorumludur.

4) MK'na göre alacaklı, borçlunun malına ihtiyatî haciz koydurabilir. Sonradan davacının alacağı ol-

madiği anlaşılırsa, verdiği zararlardan objektif olarak sorumludur.

5) Yetkisiz temsilci, temsil olunan kimsenin onay vermemesi yüzünden üçüncü kişinin uğradığı menfi zararlardan objektif olarak sorumludur. Yetkisiz temsilcinin kusuru varsa ve hakkaniyet görülüyorsa müspet zararlardan da sorumludur.

§ 36. BİRDEN ÇOK KİŞİNİN TAZMİN BORÇLUSU OLMASI

Birden çok kişinin tazmin borçlusu olması durumunda şöyle problem karşımıza çıkmaktadır:

1) Zarara yol açan birden çok kişi; zararın tümünden mi, yoksa belirli bir bölümünden mi sorumlu olacaktır? Bu, zarar görenle zarar verenler arasındaki dışilişkiyi düzenler.

2) Zarara yol açan birden çok kişiden birinin veya birkaçının zararın tümünü tazmin etmesi durumunda, diğerlerine rücu imkânı ne şekilde olacaktır? Bu da zarar verenler arasındaki içilişkiyi düzenler.

I — Dış İlişki: BY, şu iki durumu ayrı ayrı almaktadır:

1) Dayanışmalı (müteselsil) sorumluluk: BK. 50'ye göre birden çok kişi, ortakların kusurlarıyla üçüncü kişiye za-

ilk + anlaşarak ya da fiilinden tüzel

rar verdiklerinde, bu zarardan dayanışmalı olarak (müteselsilen, solidaire) sorumlu olurlar. Hani zarar gören, müteselsil borçlulardan herbirinden zararın tümünü dava edebilir, fakat birinden zararın tazmin ettiğinde diğerlerine karşı olan dava haklarını düşer. Ortaklaşa kusurlu zarar vermek, birden fazla kişinin anlaşarak zarar vermesi halidir. Burada ağır (dayanışmalı) bir sorumluluk söz konusu olmaktadır. Zararın tazminden, diğerlerine rücu eder. BK. 50/s. 2'ye göre yaratıklıktan (zararın ikici derecede katılan) de, kazançtan pay almasa müteselsil sorumludur.

2) Dayanışmalı sorumluluk: Zararın vereni birden çok kişi arasında ortaklaşa kusur yoksa ortaklaşa kusur söz konusudur.

a — Anlaşma olmaksızın birden fazla kişinin fiillerinden herbiri zararlı sonucu doğurmaya yeterliyse ortaklaşa kusur yoktur.

b — Meselâ herbiri fabrikanın aktif artıkları tek başına zehirli olmamasına rağmen birbirine katılarak zehirli olmuşsa yine ortaklaşa kusur yoktur.

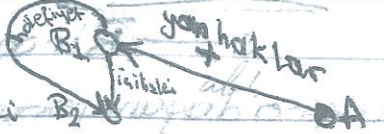
c — Birden fazla kişinin sorumluluğunun aynı vakıalara dayanmasında yine ortaklaşa kusur yoktur. Satılmış yardımcısının verdiği zarardan sorumludur. İş satılana

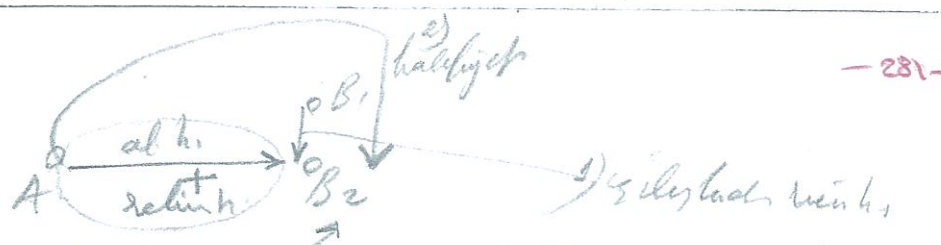
BK.55'e göre özene dayanan, çalışma yardımcısının ise BK.41'e göre hakkısızlıkla dayanan sorumluluğu gibi.

Bu iki durumda — ortaklaşa kusurdan söz edilemediğinden — dayanışma değil yarışma, daha doğrusu yarışan haklar söz konusu olmaktadır. Fakat bu durumlarda da dayanışmalı sorumlulukta olduğu gibi zarar gören, zarar verenlerden herbirini zararının tazminini için dava edebilir. Ama dayanışmalı sorumluluğa ait bir özellik vardır ki bunlar yarışan haklarda bulunmaz. Şöyle ki:

— BK.134'e göre dayanışmalı sorumlulukta alacaklı, sorumlulardan birini dava ettiğinde zaman aşımı dava edilenle beraber diğer sorumlulara karşı da kesilir. Meselâ bir yıllık sürenin onbirinci ayında alacaklı, sorumlulardan birini dava ederse, zaman aşımının işlemeyi diğer sorumlular için de kesilir ve onlar için de dava açıldığı günde yeni bir zaman aşımı süreci başlar.

— BK.147'ye göre dayanışmalı borçlulardan biri borcun tümünü alacaklıya öderse, ödediği nispette alacaklıya halef (vârid) olur. Yani alacaklının alacak hakkı ve onu sağlayan rehin gibi yan haklar borcu ödeyene geçer. Ayrıca aralarındaki iç ilişkiden doğan rücû hakkı da saklıdır. Böylece sonuçta göz-





teriliği gibi B_1, dayanışmalı sorumlu B_2'ye karşı borcun tümünü ödemekle ve dış ilişkiden doğan yarışan iki kazanmış olmaktadır.

İşte bahsedilen bu iki kural, dayanışmalı sorumluluğun özelliği olup yarışan hallerde görülmez. Bunun dışında dayanışmalı sorumlulukla yarışmalı sorumluluk arasında dış ilişki bakımından bir farklılık yoktur. Özellikle her iki durumda da zarar gören dış ilişki bakımından, zarar verenlar, herhangi birinden zararın tümünü isteyebilir.

II — İç İlişki:

1) Dayanışmalı sorumlulukta: BK. 50'de göre yargıç; kusurunaptıkça ve haksız fiilden faydalanmayı gözönünde tutarak dayanışmalı sorumluların birbirlerine karşı rücu hakkı olup olmadığını ve varsa ölçüsünü takdir eder. Kim daha fazla kusurlu ve haksız fiilden daha fazla yararlanmışsa ona rücu etme imkânı tanır (diğer müteselsil borçlular için).

2) Yarışmalı sorumlulukta: Özellikle sorumluluğun çeşitli ilişkilere dayanması halinde BK. 51/5, sorumlulardan birinin zararın tümünü ödemesi halinde diğerlerine rücu hakkı olup olmadığını dayanışmalı sorumlulukta olduğu gibi yargıcın takdirine bırakmıştır. Fakat bu maddede kanun boşluğu vardır. Şu şekilde anlaşılmalıdır: "Ortaklaşa kusurlu bir zarar yapmış kişiler arasındaki rücu kuralı, kıyas yoluyla bunlara da uygulanır."

Şu kadarki BK. 51, bunun yanında başlayıcı olmayan şöyle bir direktif de sermetmektedir: Adam çalıştıran, zararın tümünü ödemişse yardımcısına rücû edebilir. Buna karşılık çalışma yardımcısı zararın tümünü ödemişse adam çalıştıranı rücû edemez. Fakat bazı durumlarda bu uygulama, hakkaniyete uygun düşmediğinden yanlış, bu kuraldan ayrılabilir. Eğer adam çalıştıran kendisi teşvik etmiş ve kendisi bir yarar sağlamışsa, çalışma yardımcısı, işsahibine rücû edebilir.

V. Bölüm
NEDENSİZ ZENGİNLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR

§37. NEDENSİZ ZENGİNLEŞME KAVRAMI

I— BY. 61-66, borçların bir diğer kaynağı olan sebepsiz zenginleşmeleri düzenlemektedir. Sebepsiz zenginleşme, iki malvarlığı arasında hukuka uygun, fakat hukuki nedeni bulunmayan değişiklikler geçiş olması halidir. Borca aykırılık ve haksız fiillerde tazminat davası, zarar görenin tüm malvarlığı eksilişini giderme amacı güttüğü halde nedensiz zenginleşme davası, yalnızca zenginleşenin malvarlığındaki artışı (kopalmayı) geri istemeye yönelir. Bu kopalma, yoksullaşanın malvarlığındaki eksilişten daha az bile olsa durum değişmez. Fakat yoksullaşanın malvarlığındaki eksilmeden de fazla istenemez. Meselâ A malvarlığından B malvarlığına 100.000 L. değerde nedensiz bir geçiş olmuştur. Fakat bu, B'nin malvarlığında azalarak 80.000 L. olmuştur. Bu durumda nedensiz zenginleşme davasıyla A, 80.000 L.'yi isteyebilir. Zira nedensiz zenginleşme davası, bir tazminat davası değildir. Nedensiz zenginleşme davası, ancak zenginleşme ortadan sonra olduğunda.

II— Zenginleşme çeşitleri: Zenginleşme iki yoldan olur:

1) Malvarlığında artış olması yoluyla zenginleşme: Nedensiz olarak bir nesnenin bir malvarlığından diğerine geçmesi gibi.

2) Malvarlığının eksilmesi gerekirken eksilmemesi; yo-

luyla zenginleşme. Tapılan masraflardan kurtulma gibi.

Başka bir açıdan zenginleşme, şöyle tasnif edilebilir:

1) Borçlanma işlemi ile nedensiz zenginleşme: Malvarlığının pasifi çoğalır.

2) Harcama işlemi ile nedensiz zenginleşme: Malvarlığının aktifi azalır. Borçlu olduğunu zannederek ödemede bulunma gibi.

BK.61/I'e göre hukuki bir neden olmaksızın zenginleşen kimse, malvarlığındaki artışı geri vermek zorundadır. BK.61/II, kazandırıcı işlem yoluyla olmaydama gelen nedensiz zenginleşmeleri ayrı ayrı ele almakta ve şöyle ayrımlar düzenlemektedir:

a— Nedeni olmayan zenginleşmeler.

b— Nedeni gerçekleşmeyen zenginleşmeler.

c— Nedeni sonradan ortadan kalkan zenginleşmeler.

Bunlar bir zenginleşme, kazandırıcı işlem yoluyla olmaktadır. Fakat zenginleşme, kazandırıcı işlemden başka bir yolla da olabilir. Zenginleşme, zenginleşen kişinin kendi eylemine dayanabilir. Kendi yemeği zannederek başkasının yemeğini yiyen kişinin durumu gibi. Zenginleşme dış olaylara da dayanabilir. Kanıksama, ya da birleşme yoluyla mülkiyet kazanılmasında olduğu gibi.

Kazandırıcı işlem yoluyla nedensiz zenginleşmeden

söz edebilmek için, sözkonusu kazandırıcı işlemin nedene bağlı olmaması (nedenden bağımsız olması) gerekir. Taşınır mülkiyeti geçirimi, nedenden bağımsız kazandırıcı işlem yoluyla olduğundan nedensiz zenginleşme söz konusu olabilir. Fakat taşınır mülkiyeti geçirimi nedene bağlı olduğundan, nedensiz geçişler söz konusu olamayacağından taşınırlarda bu gibi geçişler, MK. 618 gereği istirdat davası ve MK. 933 gereği tapu kütüğünün düzelttirmesi (tapu iptali) davası yoluyla düzeltilir.

III — Kazandırıcı işlem yoluyla olan nedensiz zenginleşmeler: BK'mız, Roma hukukundan gelen uygunsuzluk ile ilgili bir tasnif getirmektedir.

b) Hukuki nedenin (neden - causa anlaşmasının) bulunmaması: Bu halde ortaya çıkan davaya Romalılar, condictio sine causa derlerdi. Geçerli bir nedenin bulunmaması demektir. Burada iki durum sözkonusu olmaktadır.

a — Neden anlaşmasının bulunmaması: Meselâ A, B'ye borçlu olduğunu düşünerek bir malın mülkiyetini geçirmektedir. Fakat B, bunun başka bir nedeniyle yapıldığını zannetmektedir. İşte burada causa üzerinde anlaşılmadığından neden anlaşması kurulamamıştır.

b — Borç olmayan şeyin ödenmesi: BK. 62, ayrıca düzenlemektedir. Romalılar buna condictio indebiti dan

lerdi. Kişinin, borcu olmadığı halde borcu olduğunu zannederek ödemede bulunması halidir. Bu davanın şartları şunlardır:

aa— Kazandırıcı işlem, hukuki nedene bağlı olmamalıdır. Taşınır mülkiyeti geçirimi ve alacak hakları gibi.

bb— Ödeme amacıyla bir edim yapılmış olmalıdır.

cc— Borç bulunmamalıdır. (Aksi bir borç sözleşmesi olsa bile bu dava açılamaz.)

dd— Borç olduğu zanneddilerek (hataen) bir ödemede bulunulmuş olmalıdır. Borcun varlığından şüphe eden borçlu ihtirazi kayıtla ödemede bulunur. Bu durumda borç yoksa mülkiyet geçmez ve verilen şey, istihkak davasıyla geri alınır.

ee— Kişi, kendi iradesiyle bir ödemede bulunmuş olmalıdır. İİK. 72'ye göre kendisine ödeme emri gelen borçlu, bir hafta içinde bu emre itiraz etmelidir. Aksi halde kesinleşme ve haciz yürür, borç zorla ödettirilir. Fakat borçlunun nedensiz zenginleşme davası açma hakkı saklıdır.

ff— İspat yükü, davacıdır. Davacı yanlışlık ile niyetiyle edimde bulunduğunu, fakat borçlu bulunmadığını ispat edecektir.

2) Hukuki nedenin gerçekleşmemesi: Romalılar buna condictio ob causam futuram (gelecekteki nedenin gerçekleşmemesi yüzünden ortaya çıkan nedensiz zenginleşme davası) derlerdi. Meselâ A, kendisine sebeb bağlı olmayarak yapılan taşınmaz mülkiyeti geçirimi vaadi karşısında ödemede bulunmuştur, fakat vaad gerçekleşmemiştir. Bu durumda geçerli bir neden olmadığından ev'in mülkiyetinin geçirilmesi dava edilemez. Fakat A, yaptığı ödemeyi condictio ob causam futuram ile geri isteyebilir.

3) Hukuki nedenin sonradan ortadan kalkması: Romalılar buna condictio ob causam finitam derlerdi. Meselâ satıcı, kendi borcunu ifa için bir malı size verdi. Fakat sözünü edimini yerine getirmediğinizden borcu temerrüdüne düştünüz. Bu durumda karşılıklı borç doğuran bir sözleşme (satım) konusu olduğundan satıcı, BK.106 gereğince sözleşmeden dönebilir. Bu durumda satıcı'da size ödediği borcu ilâtis ortadan kalkmış olur. Orada sahiden malın mülkiyetinin size geçirilmesi istenilmiş ve de sona ermiştir. Bu durumda satıcı, o malı sizden condictio ob causam finitam ile geri ister.

4) Condictio ob turpem causam (Kötü niyetle verilmiş şeyin geri alınması davası): BK.65 gereğince

kanuna ve ahlâka aykırı çirkin bir amaç için verilen şey geri alınamaz. Zira hukuk düzeni çirkin amaçlı işlerle ilgilenmek istememektedir. Eğer kötü payeler için ödemede bulunanın, edinimi devlet zorunlu olması mümkün olsaydı, onu aynı edimle başkalarına da kötü yola sevketme fırsatı verilmiş olurdu. Prusya BK ise, böyle durumlarda edinim müsadere edileceğini belirtmektedir.

IV— Bazı durumlarda hukuki neden bulunmamasına rağmen zenginleşmenin dayandığı durumun amacı, nedensiz zenginleşme davası açılmasına engeldir:

1) Hak düşümü ve zamanaşımı sürelerinin geçmesiyle bazı kimseler nedensiz olarak zenginleştikleri halde hakkı düşen yada alacağı zamanaşımına uğrayan kimse nedensiz zenginleşme davası ile kapatılma yapamaz.

2) Kazandırıcı zamanaşımında da kişi, bir taşınmazı 20 yıl süreyle malikmiş gibi kullanmakla taşınmaza malik olur. Bu durumda eski malik, ortada bir neden olmadan hak kazanan yeni malike nedensiz zenginleşme davası açamaz.

3) Haksız yere davasını kaybeden kişi de karşı tarafa nedensiz zenginleşme davası açamaz. Çünkü kesin

hükümdar (kazıyeyi muhkeme) HUMK'a göre (belli şartlar dahilinde mümkün olan muhakemenin iadesi düşünda) hakikat kabul edilir.

§38. NEDENSİZ ZENGİNLEŞMENİN KONUSU VE ÇEVRESİ

I — Nedensiz zenginleşme olarak geri istenen konu, zenginleşenin malvarlığında olduğu gibi duruyorsa, aynen geri verilir. Eğer nedensiz yere borca girilmişse, alacaklının borçluyu ibra etmesi gerekir. Sebepsiz yere hizmetler görülmüşse, bunların paraile ölçülen değerleri ödettirilir. Geri verme konusu ile birlikte zenginleşenin şey kullanmakla elde ettiği sıkıntılar ya da tabii verim (semere)ler de geri verilir. Faiz gibi hukuki verimlerin de iadesi söz konusu olabilir.

II — Zenginleşenin iyi niyetli olması durumu: BK. 63'e göre zenginleşen iyi niyetliyse, zenginleşme konusu ortadan kalktığında geri verme borcu da ortadan kalkar. Zira nedensiz zenginleşme davası, iyi niyetli zenginleşene zarar vermez; onun elinde ne kalmışsa onun iadesi yeterlidir.

1) Nedensiz zenginleşme konusu artık yokken iyi niyetli nedensiz zenginleşen geri verme borcundan kurtulur. Fakat yok olan nedensiz zenginleşme konusu yerine kaskor

Zararın sağlıklı yeni bir kısmı parayla satın alınmamalıdır
Sulhpert Ltd

bir şey geçmişse sürropat (geri gelen şey) prensibiyle yerine gelen şey verilir. Mesela yok olan şeyin sigortalı olması durumunda malın yerine sigorta parası geçtiğinden onun geri verilmesi gerekir. Zenginleşme konusu tüketilmişse, bu tüketilmiş malın karşılandıkla-tasarruf edilir sılması gereken miktar geri verilir. Mesela 100 lt. benzinin kullanılmasıyla malın karşılanda 100 lt. benzin parası tasarruf edildiğinden onun geri verilmesi gerekir.

2) Nedensiz zenginleşme, tıpkı, zenginleşenin o konuya yaptığı harcamalar yüzünden oralmış olabilir. BK.61'e göre iyiniyetli zenginleşen, zenginleşme konusunu yaşlıp yıpranır ve zorunlu giderler kendisine ödenmeye kadar şeyi geri vermekten (iade'i) kaçınabilir. Fakat burada bir dava hakkı söz konusu değildir, bu yüzden borçlanılan miktarın mahkemeli yıpratıcı ifadeye aktarılmamak gerekir. BK.61, sadece def'i hakkı vermektedir. Bu durumda nedensiz zenginleşen, dava açarak yıpratılmış giderleri ödemeye ve malın geri almaya zorlayamaz. Bu, çok önemli bir ilke olup kaçınma malını elmen almma (zilyetlik) halinde de uygulanır, burada da elmenin dava hakkı yoktur. Masraflar zorunlu, yararlı ve lüks olmak üzere üç grupta toplanır. Zenginleşenin, lüks masraflar için koçınma hakkı da

yoktur. Fakat lüks masraf sonucu zenginlesme konusuna eklenen şey, kolayca koparılıp alınması mümkünse bu yapılır (Ius Tollendi - sökip ayırma hakkı).

3) İyiniyetli zenginlesen, zenginlesme konusu yüzünden başka zararlara da uğramışsa bunlar kendisine ödeninceye kadar sevgi perivar nekten kaçınabilir. Meselâ zenginlesme konusuna güvendiğinden başka teklifleri red etmesi yüzünden uğradığı mesela zararların tazminini isteme gibi.

III — Zenginlesenin kötü niyetli olması durumu

Kötü niyetli zenginlesme, zenginlesenin zenginlesmenin nedensizliğini bilmesi yada bilmesinin gerektiği halidir. Zenginlesen, dayanılan nedenin gerçekleşmesi yada sonradan ortadan kalkma ihtimalini göz önünde tutmak zorundadır. Kötü niyetli zenginlesenin sorumluluğu daha ağırdır, zenginlesme konusu elinden çıkmuş dahi olsa sorumluluktan kurtulamaz. Meselâ kumarla zenginlesme konusunu kumarhalinde, (elde ettikten sonra) ödemesi gerekir. Bu durumda zenginlesen (geri verme) borçludur. Fakat yine de yükümlülüğünün ağır sıkıntılı zararın tazmini sözkonusu değildir. Çünkü amaç, zararı görenin tüm zararını değil de kötü niyetli zenginlesenin malvarlığında meydana gelen artışın geri dönülmesidir. Nedensiz zenginlesme kurumunun gayesi de budur.

§ 39. NEDENSİZ ZENGİNLEŞME DAVASI

I— Nedensiz zenginleşme davası nisbî nitelikte-dir. Çünkü yoksulluğunun mülkiyet hakkı elinden çıkmış ve zenginleşene geçmiştir. Bu yüzden mülkiyet hakkına dayanan nesnel bir dava açılamaz. Ancak bir condictio sözkonusu olabilir ki bu da nisbî bir haktır. Bu yüzden zenginleşenin iflâsı halinde yoksulluğun, zenginleşme konusunu iflâs masasından çekip alamaz, diğer alacaklılar gibi ancak iflâs masasına istirak edebilir.

II— Nedensiz zenginleşme davası, nisbî nitelikte olduğundan ancak zenginleşene (borçluya) karşı açılabilir. Zenginleşen, zenginleşme konusunu üçüncü kişiye devretmişse, yoksulluğun üçüncü kişiye karşı nedensiz zenginleşme davası açamaz. Hattâ üçüncü kişi, zenginleşme olayının nedensiz olduğunu bilse bile durum değişmez. Çünkü bir mal üzerinde ancak başkasına ait bir mutlak hak olduğunu bilmek, kötü niyet teşkil eder. Yoksa satılan mal üzerinde başkasına ait nisbî bir hak olduğunu (kişisel nitelikte bir hak) bilmek kötü niyet teşkil etmez. Bu durumda yoksulluğun, şeyin kaybolmadığı satış bedelini surrogat (mal yerine geçen şey) prensibi gereği zenginleşenden isteyebilir. İyiniyetli zenginleşenin

zenginleşme konusunu üçüncü kişiye bırakılması durumunda; condictiolar sistemini aldığımız Roma-Pandekt hukukuna göre yoksullaşanın, hakkaniyet gereği olarak zenginleşme konusunu beddua elde eden üçüncü kişiye nedensiz zenginleşme davası açabileceği kabul ediliyordu. Alm. MK. §823, bu çözümü benimsemiştir. Hukukumuzda da aynı prensip uygulanır.

III — Nedensiz zenginleşme davasında zamanaşımı:

BK.66'ya göre nedensiz zenginleşme davası, zenginleşme olayını ve zenginleşen kimseyi öğrendikten başlayarak bir yıl ve her halde zenginleşme olayından itibaren on yıl içinde açılmak gerekir. Aksi halde sözkonusu dava, zamanaşımına uğrar.

BK.66/s.f.'ya göre nedensizdirarak borca giren kişi, sözkonusu süre içinde zenginleşene condictio liberationis'i (ibra davasını) açar. Fakat zenginleşen bu süre dışında nedensiz borç tanımasına dayanarak bir dava açmışsa, ya da süre geçmesine rağmen yoksullaşandan önce onu dava etmişse; yoksullaşan her zaman için nedensiz zenginleşme def'ini ileri sürerek nedensiz yere girdiği bu borcu ödemekten kaçınabilir. Çünkü def'ilar zamanaşımına uğramaz.

IV — Nedensiz zenginleşme davasının diğer

davalarla ilişkisi ve yarışma imkânı:

1) Nedensiz zenginleşme davası, sözleşmeden doğan borcun ödenmesi davası ile yarışamaz. Çünkü ortada sözleşmeden doğan bir borç varsa, alacaklı bu sözleşmeye dayanarak borcunun ödenmesini talep edebilir. Mesela satım sözleşmesinde satıcı, satış bedelini ödemesi için alıcıyı dava edebilir. Fakat alıcı temerrüde düşer ve bu yüzden satım sözleşmesinden dönerse, satım konusunu alıcıya geçirmemekten ortadan kalkmuş olacağından satım konusu, alıcının nedensiz zenginleşme haline gelir. Bu durumda satıcı condictio ile satım konusunu kullanmakla geçen müddetin geri verilmesini alıcıdan isteyebilir.

2) Nedensiz zenginleşme davası, mülkiyet (istirdat) davası ile de yarışamaz. Aksi halde bir çelişki söz konusudur. Zira hâlâ mülkiyet hakkına sahipse bu hakkına dayanarak nesnel bir dava olan istihkak davasıyla geçen mülkiyetinin geri verilmesini isteyebilir. Çünkü bu durumda karşı taraf, malik olmayıp sadece zilyet durumundadır. Hâlâ ortada bir zenginleşme söz konusu değildir ve bu yüzden de nedensiz zenginleşme davası açılamaz.

3) Bir haksız fiil, failin malvarlığında bir değer artışı

da meydana getirmisse; bu durumda hem haksız fiilden doğan tazminat davası, hem de nedensiz zenginleşmeden doğan nedensiz zenginleşme davası yarışan iki hak olarak ileri sürülebilir. Haksız fiilden dolayı tazminat istenabilmesi için kusurun isbatı gerekir. Eğer kusur ispat edilemezse yarışan ikinci hak olarak nedensiz zenginleşme davası kullanılabilir. Çünkü nedensiz zenginleşme davasında zenginleşmenin isbatı yeterli olup ayrıca kusurun isbatı gerekmez. Mesela başkasına ait benzini kullanarak karşı taraf, kusurunuzu ispatlayabilirse haksız fiilden doğan dava ile uğradığı zararın tüminü sizden tazmin edebilir. Fakat kusurunuzu ispat edemezse sizden, nedensiz zenginleşme davası ile malvarlığınızdaki artışın iadesini ister.

4) Nedensiz zenginleşme davası, vekilliksiz işgörmeden doğan davalarla da yarışamaz. Çünkü vekilliksiz işgören, işsahibinden yaptığı bütün giderleri - işsahibinin bu giderler sonucunda zenginleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın - isteyebilir. Aynı zamanda işsahibi, vekilliksiz işgörenden o işin görülmesinden dolayı elde ettiği bütün şeyleri geri isteyebilir, ayrıca işsahibinin bunları elde edip etmeyeceğine bakılmaz.

5) BK.414, ayrı bir dava olarak haksız karış-

na kazancın geri verilmesi davası ile düzenlemektedir. Bunagöre haksız durak başkasının mülkü üzerine karışan (müdahale eden) kimse, bu yüzden hak sahibi hiç bir zarar görmemiş ya da yoksullaşmamış olsa dahi bu karışma sonucu elde ettiği her türlü kazancı hak sahibine geri vermekle yükümlüdür.

Haksız karışma kazancının geri verilmesi davasında ne zarar ne de yoksullaşma aranmaz. Meselâ Almanyada çalışan komşunuzun bahçesinde bir yıl kömür satıyınız, Almanyadan dönen komşunuz sizden ücret isteyebilmek için:

BK. 41,96	BK.414
BK. 61	

— Haksız fiilden dolayı tazminat davası açamaz. Çünkü komşunuzun uğradığı bir zarar sözkonusu değildir.

— Nedensiz zenginleşme davası da açamaz. Çünkü komşunuzun malvarlığında yoksullaşma olmamıştır.

— Fakat BK.414'deki haksız karışma kazancının geri verilmesi davasını açabilir. Çünkü burada ne zarar ya da yoksullaşma aranmaz.

MK.908'deki ecrimisil davası, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 70,68'deki kural; BK.414'deki haksız karışma kazancının geri verilmesi davasının özel birer uygulama a-

lamdır.

Yarışan haklardan ayrı olarak bir de terdıtlı davalar vardır. Meselâ ilk olarak borcun ödenmesi istemini, eğer bunu ispat edemezsem nedensizzenginleşme istemini ileri sürüyorum ve dersem, bu bir terdıtlı dava olur. Hukukumuzda terdıtlı davanın kullanılmasına bir engel yoktur. Fakat terdıtlı davalarda bir tertip sözkonusudur. İki istem birden değil de art arda kullanılmaktadır. Fakat bu istemler, hiç bir zaman taraftarın doğruyu söylemesi ödevlerine aykırı düşmemelidir. Yani ikinci istem, ilk istemden dönüldüğünü ifade etmemeli ve onu kezbedici mahiyette olmamalıdır.

Örnek olay: A, borçlu olduğunu zannederek B'ye bir buzdolabı göndermiş. B de bu buzdolabını işin gerçeğini bilen C'ye 5000 L.ya satmış.

Soru 1) A, C'ye karşı buzdolabını geri vermesi için bir dava mı açmalı, yoksa B'den 5000 L.yı mı dava etmeli?

Cevap 1) A, C'ye karşı buzdolabını geri vermesi için dava açamaz. Çünkü A'nın borçlu olduğunu zannederek B'ye buzdolabını vermesi, ona ancak B'ye karşı kullanılmak üzere bir nedensiz zenginleşme davası açma hakkı verir. Bu dava ise şahsî bir dava olduğundan ancak borçlunun

karşı ileri sürülebilir. Üçüncü kişi durumundaki C'nin gerçeği bilmesi kötü niyet teşkil etmez. Çünkü kötü niyet, şey üzerinde başkasının mutlak hakkı olduğunu bilmektir. Bu yüzden C'ye karşı dava açmak sözkonusu olamaz. Fakat A, surrogat (mal yerine geçen şey) prensibi gereği nedensiz zenginleşme davası (condictio indebiti) açarak B'den 5000 L.yı isteyebilir.

Soru.2) B, iyiniyetli olup da buzdolabını C'ye bağışlasaydı durum ne olurdu?

Cevap.2) İyiniyetli B'nin buzdolabını C'ye bağışlaması durumunda A'nın B'ye karşı açacağı nedensiz zenginleşme davası netice'siz kalır. Çünkü iyiniyetli zenginleşenin geri verme borcu, dava sırasında elinde kalan zenginleşme konusu kadardır. Olayımızda bağışlama sözkonusu olduğundan surrogat prensibi de uygulanamaz. İşte bu durumda A'nın zarar görmesini önlemek için Roma hukukundan beri kabul edildiği gibi hakkaniyet gereği olarak A, buzdolabını bedava kazanmış olan üçüncü kişi C'ye karşı (istihsal olarak) nedensiz zenginleşme davası açabilmektedir. Bu prensip hukukumuzda da uygulanır.

V. Bölüm
BORÇLARIN ÖDENMESİ (İFASI)

§40. ÖDEME (İFA)

I— BY.61 v.d. md.ler, borçların ödenmesini düzenler. Ödeme ile borç ilişkisi sona erer. Ki bu, normal bir sona erme nedenidir. Bu yüzden diğer borçların sona erme nedenlerinden ayrılır.

İfa (ödeme); hem alacaklının isteminin konusunu, hem de borçlunun borçtan kurtulma konusunu teşkil eder. Yâni alacaklı ifayı dava edebilir, borçlu da ifada bulunarak borcundan kurtulabilir. Bundan dolayı Romalılar ifaya in obligatione in solutione derlerdi. Fakat ifada görülen bu özelliğin tek istisnası, seçimlik yetkide görülür. Zira seçimlik yetkide borçlu, borçlanılan edim yerine başka bir edimi yerine getirerek de borcundan kurtulabilir. Yani borçlu belli bir edimi yerine getirmeye zorlanamaz.

II— BY., ifayı tanımlamamaktadır. Fakat şöyle bir tanım yapılabilir: İfa, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir. Parça borçlarında ferdî olarak tayin edilen borçlanılmış şeyin verilmesiyle, çeşit borçlarında ise bir çeşidin içinden belli bir tutarın (ortanalıklan aşağı olmamak kaydıyla) alacaklıya verilmesiyle ifa gerçekleşmiş olur.

III— Para borçları, kural olarak peşin para ile ödenmelidir. Çek vermek ya da posta ile göndermek ifa sayılmaz. Tal-

nız dürüstlük kurallarının gerektirdiği bir ~~durum~~ söz konusu ise ifa sayılabilir.

IV— Bir takım edimlerde ifa, iki taraflı bir hukuki işlemdir. Gerçekleşebilmesi için alacaklının da ödeme fiillerine katılması gerekir. Meselâ taşınır mülkiyet geçiriminde nesnel sözleşme, iki taraflı olup alacaklının da katılması gerekmektedir. Fakat bazı edimlerde ifa, tek taraflı bir işlem olduğundan ödeme fiillerine ayrıca alacaklının da katılması gerekmez. Meselâ taşınmaz mülkiyet geçirimi, malikin tek yanlı bildirimiyle olur. Ayrıca alacaklının da irâdesi aranmaz. Alacaklının ifaya katılması gereken durumlarda, alacaklı ifaya katılmazsa alacaklı temerrüdüne düşer.

V— Ödeme fiillerinde ifa niyeti (animus solvendi) nin aranıp aranmıyacağı tartışmalıdır (doktrinde). Bu konuda şöyle ikili bir ayrım yapmak mümkündür:

1) Eğer bir hizmetin görülmesi gibi fiilî bir edimsöz konusu ise ayrıca ifa niyeti aranmaz. Hizmet görülmüş yada iş yapılmışsa ifa niyetinin var olup olmadığına bakılmaksızın ifa yapılmış sayılır.

2) Mülkiyetin geçirilmesi gibi kazandırıcı işlemlerde ise ifa niyeti gereklidir. Meselâ satıcı, alıcıya sattığı malın mülkiyetini geçirme eylemini bağışlama nedeniyle yapmak istese, alıcı

Kanaatimizce prensipte göre de bu olumsuzluğu görmeyiz...

da ifa niyetiyle kabul etse nedende anlaşamadığından causa anlaşması kurulamamıştır. Bu yüzden nedensiz zenginleşme sözkonusu olmaktadır. (Fakat satıcının açtığı nedensiz zenginleşme davasına karşı alıcı, satım sözleşmesinden doğan alacağını ileri sürerek takas yoluyla ödeme yapar. Böylece nedensiz zenginleşme alacağın ortadan kaldırmış olur.)

VI — BK. 85, 86; neden anlaşmasının gerektiği konusunda bir takım yorum kuralları getirir. Çözümlenen sorun şudur: Aynı kişinin, aynı alacaklıya karşı (aynı cesitten birden çok borcu olmasına rağmen) borçlu, birini ifa etmişse bu ifa hangi borcu sona erdirecektir? Kural olarak borçlu, hangi borcu için ifada bulunduğunu belirtme yetkisine (ki buna mahsup yetkisi denir.) sahiptir. Borçlu böyle bir belirtme yapmazsa, alacaklı bunu belirtir ve borcun ödendiğine dair verdiği makbuza yazar. Borçlu itiraz etmezse o borç sona ermiş olur. Alacaklı ve borçlu böyle bir belirtmede bulunmamışlarsa BK. 86 şu yorum kuralını koymaktadır: Yapılan ifa, ifa zamanı gelmiş olan borca için sayılır. Her bir borcun da ödeme günü gelmişse cebri icra koğuşturmasını uğrayan borçtan indirilir. Hiç biri cebri icra koğuşturmasını uğramamışsa ödeme günü gelen borçlar, aynı oranda indirilir. Hiçbir borcun ödeme günü gelmemişse, ödeme günü önce gelecek olan borca mahsup edilir.

VII — Kazandırıcı işlem yoluyla yapılan ödemelerde ödeme de bulunanın hem fiil ehliyeti, hem de borçlanma yet-

kisi bulunmalıdır. Fiilî edimlerde ise fiil ehliyeti aranmaz.

§41. ÖDEME YERİNE EDİM VE ÖDEME UĞRUNA EDİM

I— Ödeme yerine edim (datio in solutum): Alacaklı ile borçlu borçlanılan edim yerine başka bir edim verilmesinde anlaşırlarsa ödeme yerine edim sözkonusu olur ve borç tümüyle ortadan kalkar. Meselâ alacaklının 1000L. borcum olsa ve bu borcum yerine ona saatimi teklif etsem, alacaklım da bunu kabul etse, ben saatimi alacaklıma vermekle ödemede bulunmuş sayılırım ve borcum da tümüyle sona erer.

II— Ödeme uğruna edim: Burada da alacklı ile borçlu, borçlanılan edim yerine başka bir edimin verilmesinde anlaşıyorlar. Fakat borç, borçlunun bu edimi yerine getirmesiyle hemen sona ermez. Alacaklının sözkonusu edim karşılığında eline fiilen bir şey geçmesiyle ve eline fiilen geçen şey ölçüsünde borç sona erer. Meselâ 1000L. borcum olan alacaklıma ödeme uğruna edim niyetiyle (satması için) saatimi versem ve alacaklım da kabul etse benim borcum hemen sona ermez. Alacaklım, saati 900L.ya satsam, 900L.nın alacaklıma geçmesiyle bu

oranda benim borcum sona erer ve kalan 100 L. borcum devam eder. Alacaklım satılı 1200 L.ya satsaydı, borcum tamamıyle sona erecekti ve ben, 200 L. alacaklı durumuna düşecektim. Görüyoruz ki burada alacaklım, bir çeşit vekil gibi davranmaktadır. Buna biz, ödeme uğruna edim diyoruz. Ödeme uğruna edim, bir para borcu için sadece taşınır ya da taşınmaz mal vermekle olmaz. Alacağın devri biçiminde de görülebilir. Mesela alacaklıma, bir başkasından olan alacağımı devretsem; borcum, alacaklımın bu devre dayanarak elde ettiği oranda sona erer. AK:170. Ödeme uğruna edim, bir borç tanınması (bono gibi) yaparak da olur. Mesela aldığım dört çeki odun için oduncuma bir bono versem, bu durumda borcum hemen sona ermez. Fakat alacaklım için yarışan iki hak doğmaktadır. Birinin elde edilmesiyle diğeri de sona ermektedir. Ama elde edilene kadar borcum devam eder.

III — Bir edimin ödeme yerine edim mi yoksa ödeme uğruna edim mi olduğu hususunda tereddüt varsa bu, ödeme uğruna edim kabul edilmelidir. Çünkü bu çözüm, her iki tarafın da çıkarlarına uygun düşer. BY.114,170 bu çözüme yer vermiştir. Şöyle ki: Borç tanınması ve alacağın devri, şüphe halinde ödeme uğruna edim kabul edilmelidir.

Örnek olay: A'nın B'den 100000 L. alacağı vardır. Borcunu ödemek için B, A'ya kamyonunu vermiştir. A, kamyonun

ancak 90.000L.ya satabilmiştir;

Soru: A, B'den 10.000L.ye daha isteyebilir mi?

Cevap: Bu durumda tarafların anlaşmasına bakılır. 100.000L. yerine kamyonun verilmesi, bir ödeme yerine edim olarak kararlaştırılmışsa B'nin borcu, kamyonu A'ya vermekle tam olarak sona eder. A, ayrıca B'den 10000L.ye isteyemez. Fakat olayımızda ödeme uğruna edim sözkonusu olduğundan B'nin borcu, kamyonun satımından A'nın eline geçen 90.000L. oranında sona erecefi için A, ayrıca kalan 10000L.ye B'den dava edebilir. Tersine bu halde ödeme uğruna edim kabul etmek, her iki tarafın da yararınadır.

§42. BÖLÜMSEL EDİM

I— BY.68'e göre edim bölünebilse bile alacaklı, edimin tamamını isteyebilir. Yoksa edimin bir bölümünü kabule mecbur değildir. Kabul etmemekle de (edimin bir bölümünü) alacaklı temerrüdüne düşmüş olmaz.

II— Alacaklı, şu durumlarda bölümsel edimi kabul zorundadır:

1) Alacaklı, edimi bölümsel (kısmî) olarak yerine getirme yetkisini borçluya tanımışsa.

2) Edimin, mahiyeti gereği bir defada tam olarak yerine getirilmesi çok zor, yada imkânsızsa. 1000 ton kömür borcunun

yerine getirilmesinde olduğu gibi.

3) Borçlunun yerine getirmediği bölüm, asl edime göre çok küçük olup da bu yüzden yapılan ödemeyi geri çevirmek dürüstlük kurallarına aykırıysa.

4) BY. 68'e göre alacağın bir bölümü çekişmeli ise; alacaklı, (alacağın çekişmesiz olan ve ödeme günü gelmiş bulunan bölümünün ödemesini) red edemez. Red ettiği takdirde alacaklı temerrüdüne düşer. Mesela alacaklıma ona 700L borcum olduğunu söylüyorum. O ise alacağımın 1000L. olduğunu iddia etmektedir. Bu durumda çekişmesiz kısım olan 700L.ye, alacaklım kabul zorundadır. Aksi halde alacaklı-temerrüdüne düşer. Fakat sonradan borcumun 1000L. olduğu anlaşılırsa ben, geri kalan 300L.için borçlu-temerrüdüne düşmüş durum.

III — BY. 84'e göre borçlu, faiz ve giderleri ödemekte gecikmişse; yaptığı bölümsel bir edimi sermayeye (asl edime) mahsup edemez. Mesela 1000L. borcum için 200L. ödesem, bu kısmi ödeme faiz ve giderler için yapılmış olur. Bundan amaç, daha çabuk zamanaşımına uğrayan yan hakların korunmasıdır. Borcun bir bölümü güvenceye bağlanmışsa (rehin gibi); borçlu, yaptığı bölümsel bir edimi güvenceye bağlanmış bölüme mahsup edemez, güvenceye bağlanmamış bölüm için yapılmış sayılır. Mesela 100.000L. borcumun 50.000L.si için kefil göstersem ve 10000Lik bölümsel

edimde bulunsam, bu ödeme güvencesiz kısım için yapılmış sayılır.

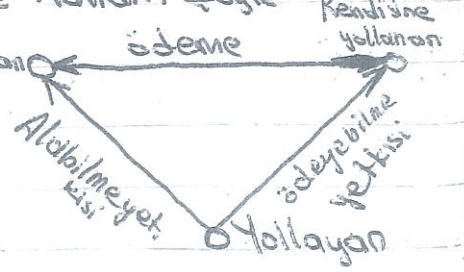
§43. ÜÇÜNCÜ KİŞİYE EDİMLE ÖDEME

I— Borçlu, kural olarak ancak alacaklıya edimde bulunmakla borcundan kurtulabilir. Yoksa alacaklıdan başka bir kimseye yapılan edim, borçluyu borcundan kurtarmaz.

II— Fakat bazı durumlarda borçlu, alacaklıdan başka bir kimseye de edimde bulunarak borcundan kurtulabilir. Şöyle ki:

1) Alacaklının tahsil yetkisi (cahz ve kabz yetkisi) verdiği temsilcisine ödemede bulunarak borçlu borcundan kurtulabilir. Yetki belgesinde temsilciye o alacağı alma yetkisi verilmiş olmalıdır ki ona ödemede bulunabilesin.

2) Havale (yollama) ile: BK. 425, yanlış olarak bu kurumu akit diye tanımlamaktadır. Halbuki havale bir sözleşme olmayıp bir çift yetki verme halidir. Şöyle ki: Yollayan, yollanan belli bir edimi alabilmesi için alabilme yetkisi, kendisine yollanana da ödeyebilme yetkisi verir.



Kendisine yollanan, yollayana borçlu ise; bu borcu yolla-

nana yaptığı ödeme ölçüsünde sona erer. Fakat kendisine yollananın yollayana borçlu olması gerekmez. Bu durumda ise kendisine yollananın yollayana aralarındaki iç ilişkiye göre rücu hakkı vardır. Ticaret hukukundaki poliçe ve çek, havalenin özel biçime bağlanmışıdır ki önemli türüdür.

3) Alacaklı ile borçlunun daha önce kararlaştırdıkları bir ödeme yerine (meselâ bir bankaya) ödemede bulunarak da borçlu borcundan kurtulabilir.

§4.4 ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN YAPILAN EDİMLE BORCUN ÖDENMESİ

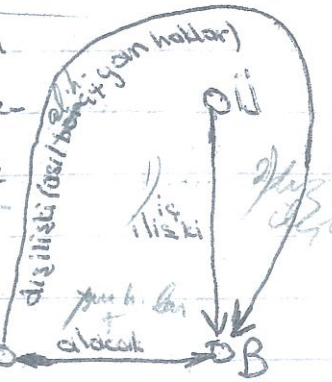
I— BK.67 ye göre borcun ödenmesinde borçlunun kişiliği önemli değilse borç, üçüncü kişi tarafından da yerine getirilebilir. Özellikle hizmet, vekâlet, istisna (eser-yapıt) sözleşmelerinde kural olarak borçlunun kişiliği önemli olduğundan bu akitlerden doğan borçlar, bizzat borçlu tarafından yerine getirilmelidir. Diğer sözleşmelerde— meselâ satım sözleşmesinden doğan mülkiyetin geçirilmesi borcunda— borcun yerine getirilmesinde borçlunun kişiliği önem taşımadığından borcun, üçüncü kişilerce da yerine getirilmesi mümkündür.

II— Üçüncü kişi, borcu borçlunun bilgisi olmaksızın da ödeyebilir ve borç da sona erer. Yeter ki sözkonusu edimde borçlunun kişiliği bir önem taşımasın. Üçüncü kişinin

borcu ödemekle borçluya ne derece ve ne şekilde rücu edeceğini tespitte iç ve dış ilişkiyi ayrı ayrı göz önünde tutmak gerekmektedir.

1) İç ilişki: Üçüncü kişi, borçlunun borcunu, borçlu ödediğinde ile aralarında vekillik sözleşmesi varsa borçlunun vekili olduğundan borçluya bu sözleşmeye dayanarak rücu edebilir. Eğer borçlu ile üçüncü kişi arasında vekillik sözleşmesi yoksa, o zaman şartları varsa üçüncü kişi, borçluya vekilliksiz ispörmeye dayanarak rücu edebilir. Eğer vekilliksiz ispörmenin de şartları yoksa, üçüncü kişi borçluya nedensiz zenginleşme davası açarak rücu eder. Üçüncü kişi, borçlunun borcunu bağışlama nedeniyle yapmışsa, o zaman borçluya hiçbir rücu hakkı yoktur.

2) Dış ilişki: Bazı durumlarda üçüncü kişinin alacaklıya ödeme yapması ile borçlunun borcu ortadan kalkmaz. Alacaklının alacak hakkı; bu alacağı sağlayan rehin, kefalet gibi yan haklarla birlikte borcu ödeyen üçüncü kişiye geçer. Bu kurala halefiyet (arcılık - subrogation) diyoruz.



Böylece borcu ödeyen üçüncü kişi borçluya karşı birbiriyle yansıyan iki yansıyan

hakka sahip olmaktadır: İlişkiden doğan hak ve alacaklıdan üçüncü kişiye geçen hak (halefiyet).

Halefiyet, ancak yasada gösterilen hallerde söz konusu olabilir. Yani halefiyet halleri numerus clausus (tahdidi - sınırlı)dır. Çünkü halefiyette bir alacak, sektetopi olmaksızın bir başkasına geçmektedir. Böyle sektisiz bir geçiş ise açık bir yasa kuralını gerektirir.

Başlıca halefiyet durumları şunlardır:

a — BK.109/II'ye göre borçlu, alacaklıya borcu ödeyen üçüncü kişinin alacaklı yerine geçeceğini bildirmişse.

b — BK.109/I'e göre üçüncü kişi, alacaklıdan rehin duran bir malını kurtarmak için borçlunun borcunu ödemişse.

c — BK.147'e göre dayanışmalı (müteselsil) borçlulardan biri, alacaklıya borcun tümünü ödemişse.

d — BK.69'a göre bölünemeyen bir edimin borçlularından biri edimi yerine getirmişse.

e — BK.496'ya göre kefil, borçlunun borcunu ödemişse.

İşte sayılan bu durumlarda borcu ödeyen üçüncü kişi, alacaklının haklarına halef olmakta ve bundan iç ilişki yanında yararlanmaktadır. Fakat halefiyetten doğan hakkı kullanmak için ayrıca iç ilişkinin ispatı gerekmez. Üçüncü kişi, borçlunun borcunun yalnız bir bölümünü ödemişse, yalnız ödediği ölçüde alacaklının alacak haklarına halef olur. Fakat bu durumda

Roma hukukundan gelen bir kural gereği halefiyet, alacaklıya zarar vermez (nemo subrogat contra se). Meselâ üçüncü kişi(Ü), borçlunun 1000L. borcundan 500 L.nı ödemişse, fakat bu 1000L.lik borç ~~[illegible]~~ rehine bağlanmışsa; yukarıdaki kural olmasaydı üçüncü kişiyle alacaklı rehin mal üzerinde borçlunun borcunu ödememesi durumunda yarı yarıya hak sahibi olacaktı, mal satıldığında paraya eşit olarak paylaşacaklardı. Lâkin nemo subrogat contra se kuralı gereğince rehin mal üzerinden alacaklı, önce kendi alacağının tümünü alır ve geriye kalanı da kısmi edimde bulunan üçüncü kişi alır.

Örnek olay: C, B'nin borcu için A'da rehin duran altın saatini rehinden kurtarmak için B'nin borcunu ödemiştir.

Soru: C, B'ye ne gibi hukuki nedenlere dayanarak başvurabilir (rücu edebilir)? C, bu borca kefil olmuş bulunan K'ya da başvurabilir mi?

Cevap: C, B'ye icra ilişkisine dayanarak başvurabileceği gibi, ödeme bakımından da halefiyet sözkonusu olduğundan C, A'ya ödediği miktarda A'nın halefi olarak da rücu edebilir. (Burada yarışan iki hak sözkonusu olmaktadır.) BK. hükümlerine göre üçüncü kişi, rehin duran malını kurtarmak için ödemede bulunmuşsa alacaklıya halef olmaktadır. Olayımızda borçlu

durum sözkonusu olduğundan B'ye halefiyete dayanarak borçlu'ca imkânı vardır.

Halefiyette olacak bütün yan haklarla beraber yeni alacaklıya geçtiğinden kefilin (K'nın) kefalet borcu devam etmektedir. Bu yüzden şartları varsa C, kefil K'ya dava başvurabilir.

§45. ÖDEMENİN İSBATI

I— Ödeme, alacak hakkını ortadan kaldıran olaylardandır. Öyleyse bir itiraz olarak borçlu tarafından ispatlanmak gerekir.

II— Borçlu, ödemeyi makbuz denilen bir senetle ispat eder. Makbuzun hukuki hayatımızda bir başka önemi daha vardır. Şöyle ki: Fr. MK'daki senetle ispat zorunluğu getiren hükümleri de içeren HUMK'muzun 288. madde göre 500 L.yı geçen hukuki değerdeki hukuki işlemler senetle ispatlanmak gerekmektedir. HUMK.290 göre ise (500'ün altındaki az ise bile) senedeki karşı yapılan savunmaların yine senetle ispatlanması gerekmektedir. Görüyoruz ki ödeme savunmalarının makbuzla ispatı zorunludur.

III— BK.87, borcunu ödeyen borçluya alacaklıdan bir makbuz isteme hakkını tanımaktadır. Borçlu, bu hakkını ödemeden önce def'i, ödemeden sonra dava yoluyla kullanabilir.

IV- BK. 871 ye göre borçlu, borcu için daha önce bir borç senedi vermişse ifadan önce alacaklıdan makbuz-la birlikte senedin geri verilmesini isteyebilir. Kısmen ödeme halinde ödenen kısım için senede şerh verilmesi istenebilir. Böylece makbuzun kaybolması tehlikesine karşı borçlu-nun güvence sağlanmaktadır. BK. 89'a göre alacaklı borç senedini kaybettiğini ileri sürerse, borçlu alacak-lıdan resmî ya da noterden tasdikli bir senedi vermesini isteyebilir. Kıymetli evrak kaybında ise özel bir usûl izlenir.

V- BY. 88, ödemenin ispatı için bir takım karineler koymaktadır. Şöyle ki:

1) Borç senedinin geri verilmesi borcun ödendiğine ya da başka bir yoldan borcun sona erdiğine karinedir. Alacaklının borç senedini bilerek yok etmesi ise borcun ödendiğine fiilî karinedir.

2) BY. 88/II'ye göre alacaklının asıl borç için borçluya (ödendiğine dair) makbuz vermesi, faizlerin de ödendiğine karinedir.

3) Faiz, kira alacağı gibi dönemli (periyodik) edimlerde alacaklı, her hangi bir edim için ihtirazî kayıt koymaksızın makbuz verirse, daha önceki edimlerin de ödendiği karine olarak kabul edilebilir. Meselâ evsahibinin Nisan 1974 kirasını aldığına dair kiracıya makbuz vermesi durumunda, Nisandan

önceki kira alacaklarının ödendiği karine olarak kabul edilir. Temaile göre birdenbire yapılan (âni) edimlerde de ifanın yapıldığı fiili bir karinedir.

§46. ÖDEME YERİ

I — Borçlunun borcundan kurtulabilmesi için borcunu ödeme yerinde ifa etmesi gerekli olduğundan, borçların ifasında ödeme yeri önem kazanmaktadır. Borçlu borcunu ödeme yerinde ödemezse borçlu direnmeyine, alacaklı da şartlarına uygun olarak ödeme yerinde yapılan ifayı kabul etmezse alacaklı direnmesine düşer. Ödemeyle ilgili ihtilaflarda yetkili mahkeme ödeme yerine göre belirlenir. Devletler hususî hukuku açısından ödeme yeri kanunu uygulanır.

II — Ödeme yeri, bazı durumlarda edimin niteliğinden anlaşılır. BK. 73, bu konuda şu kuralları getirmektedir:

1) Ödeme yeri, ilk olarak tarafların açık ya da zımnî anlaşmalarına göre belirlenir.

2) Eğer tarafların anlaşması yoksa, BK'nun bu konuda özel bir hüküm getirip getirilmediğine bakılır. BK, bazı maddelerinde ödeme yerini göstermiştir. Meselâ BK. 468'e göre vadi sözleşmesinde satılanın teslimi, satılanın bulunduğu yerde gerçekleştirilir.

3) Tarafların anlaşması ve kanun hükmü yoksa

şu yedek hukuk kuralları uygulanır:

a — Para borçları, alacaklının ödeme günündeki ikametgâhında ödenmek gerekir. Bu tür borçlara götürme tehlike ve giderlerini borçlu çektiğinden götürülecek borçlar denir. Alacaklının sonradan ikametgâhını değiştirmesi borçlu için borcunu ödemede güçlük yaratıyorsa borçlu, borcunu alacaklının eski ikametgâhında ödeyebilir.

b — Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu günde borçlanılan parçanın bulunduğu yerde ödenmek gerekir. Parça borçları, ferdî olarak belirlenmiş borçlardır. Meselâ Ankaradaki alacaklı ile Boludaki borçlu Bursada bulunan Ceylân isimli atın satımı hususunda anlaşmışlardır. Burada ödeme yeri Bursadır. Çünkü sözleşmenin kurulduğu sırada at, Bursada bulunmaktaydı.

c — BK, çeşit borçlarında borçlu yararına bir kural getirmiştir. Çeşit borçları borçlunun ikametgâhında ödenirler.

Parça ve çeşit borçları alınacak borçlardandır. Bir de gönderilecek borçlar vardır. Gönderilecek borçlarda, gerçek ödeme yeri, borçlunun ikametgâhıdır. Fakat borçlu, ek olarak borçlanılan şeyi taşıyıcıya verme yükümü altına girmiştir. Şey, taşıyıcıya verilmek-

le tehlike alacaklıya geçer.

§47. ÖDEME ZAMANI

I— Ödeme zamanı deyince hem alacaklının alacağını isteyebileceği, hem de borçlunun borcunu ödeyebileceği zamanı anlarız. Kural olarak borçlunun borcunu ödeyebileceği an ile alacaklının alacağını ödeyebileceği an aynıdır. Fakat bazan ayrılabilir. Ödeme günü gelmeden alacaklı borcun ödenmesini isteyemeyeceği halde borçlu, çok defa borcunu ödeme gününden önce de ödeyebilir. (madde 74)

II— Ödeme gününün gelmesi: BK. 74'e göre ödeme günü şöyleca belirlenebilir:

1) Ödeme günü tarafların anlaşmasıyla gün ya da süre olarak kararlaştırılabilir. "Borç 1 Temmuzda ödenecektir." dersek gün olarak, "Borç 1 Temmuza kadar ödenecektir." dersek süre olarak ödeme gününün kararlaştırılması sözkonusudur. Ödeme günü gelmemişse, alacaklı için bir istem hakkı doğmaz ve böyle bir durum borçlu için "hakkın doğmadığı itirazı" savunmasını teşkil eder. Tarafı, görevinden düşürür. Bu sözünde tutar ve davayı red eder. Süre vermede de durum, aynıdır.

2) Bazı durumlarda ödeme günü, alacaklının yapacağı feshi ihbarla gelir. Mesela ödünç sözleşmesinde

bir süre kararlaştırılmamışsa alacaklının yapacağı fesih ihbar açıklaması altı hafta sonrası için sonuç doğurur, yani ödeme günü altı hafta sonra gelmektedir.

3) Bazı alacakların ödeme gününü bizzat yasa belirlemiştir. Şöyle ki:

a— BK.210'a göre satımın satış parası alacağının ödeme günü, satımın satım konusunu alıcıya teslim ettiği anda gelir. Yani satıcı, satış bedelini satım konusunu alıcıya teslim etmeden isteyemez, teslimdenüne satımın satış bedelini talep hakkı doğmamaktadır. Bu hususa alıcı için hakkın doğmadığı itiraz teşkil eder ve yargıç re'sen nazara alınır.

Kalıcı edinme eğilimi yapmak teslim

b— BK.364'e göre istisna akdinde, ısmarlayan (müteahhid)ın ücret alacağının ödeme günü, eseri yapıp ısmarlayana teslim edince gelir. Ismarlayanın ücret istemi daha önceden doğmamıştır ve bu hususa ısmarlayan için bir hakkın doğmadığı itiraz teşkil ettiğinden yargıç re'sen gözönünde tutulur.

4) Tarafların anlaşması ya da bir yasa kuralı yoksa BK.74'e göre alacağın ödeme günü hemendir. Alacak, hemen dava edilebilir. Fakat bu "hemen" sözcüğünü MK.2'deki dürüstlük kuralına göre anlamalıyız. Yani borçluya, edimi ifa etmesi için gerekli normal süre tanınmalıdır.

Kamal Havak

III — BK.80'e göre borçlu, isterse borcunu ödeme gününden önce de ödeyebilir. Şu kadar ki borcunu önceden ifa ettiğini ileri sürerek borcundan bir indirim yapamaz. Meğer ki taraflar arasında bir anlaşma bulunmasın. Ancak, işin mahiyetinden ya da taraflar arasındaki anlaşmadan borçlunun ödeme gününden önce ödeme yapamayacağı anlaşılabilir. Özellikle alacaklının çıkarı için verilen sürelerde durum böyledir. Meselâ vedia sözleşmesinde saklanması güç bir mal sözkonusu ise, borçlu saklanılan şeyi ödeme gününden önce alacaklıya veremez. Çünkü burudaki süre, alacaklının çıkarını korumaya amaçlamaktadır.

§48. ÖDEME ZAMANINA İLİŞKİN SÜRELERİN HESAPLANMASI.

I — BK.74 v.d. mdleri, ödeme zamanına ilişkin sürelerin hesaplanmasına dair bir takım yorum kuralları getirir. Meselâ bir ayın başı denilmişse o ayın ilk günü, sonu denilmişse son günü, ortası denilmişse onbeşinci günü anlaşılır. (Tersine anlaşma her zaman mümkündür.)

II — Ödeme, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılacaksa BK.76 şu yorum kurallarını getirir:

1) Eğer ödeme zamanına ilişkin süre, gün olarak ka-

rarlastırılmışsa ilk gün hesaba katılmaz.

2) Süre, hafta olarak kararlaştırılmışsa ödeme günü, son haftanın adı sözleşmenin kurulduğu güne tekabül eden günüdür.

3) Süre; ay, yıl yada çeyrek yıl olarak kararlaştırılmışsa, sözleşmenin kurulduğu gün ayın veya yılın kaçıncı günü ise son ayın veya son yılın onaa uyan günü, ödeme günüdür. Tatiller süreye dahildir. Son günün tatile rastlaması halinde ödeme günü, tatilden sonraki ilk günüdür.

Ödeme zamanına ilişkin sürelerin hesaplanmasına dair olan bu kurallar; yalnız borçların ödenmesine değil fakat BK.undaki süreye bağlı diğer hukuki fiillere de uygulanır. BK.31'deki istek bozukluklarında sürenin hesaplanmasında olduğu gibi.

§49. KARŞILIKLI SÖZLEŞMELERİN ÖDENMESİ

I- Aynı anda ödeme ilkesi: Her iki tarafı borca sokan ve edimler mübadelesi amacını güden sözleşmelere karşılıklı sözleşme tabir olunur. B.81'e göre karşılıklı sözleşmelerin ödenmesinde, aynı anda ödeme ilkesi caridir. Fakat yasa, ayrı bir sıra göstermiş olabilir. Satım sözleşmesinde olduğu gibi. Ya da taraflar, ödeme sırasını kararlaştırabilirler. Veya

örf ve âdet, taraflardan birinin edimini daha önce yerine getireceğini gösterebilir. Bunlar dışında prensip, her iki tarafın edimini aynı anda yerine getirmesidir.

II— Tarafların aynı ödeme yerinde bulunması durumunda, aynı anda ödeme ilkesinin uygulanması bir güçlük getirmez. Fakat tarafların ~~ödeme yerlerinin~~ aynı ayrı yerlerde olması durumunda bu ilke uygulama olanağını kaybetmektedir. Bu durumda tatbikatta taraflar, bir üçüncü kişiyi güvenilir kişi olarak seçmekte ve her iki taraf kendi edimlerini bu güvenilir kişiye vermektedirler. Güvenilir kişi de sonradan bu edimleri taraflara dağıtmaktadır. (Alacaklılar ...)

III— Yargılama hukukunda aynı anda ödeme ilkesinin nasıl ele alınacağı, Pandekt hukukundan zamanımıza kadar tartışılmıştır. Bu konuda iki teori doğmuştur:

1) Davanın temelinin yerine getirilmesi şekli teorisi: XIX. yüzyılda en önemli temsilcisi Keller olmuştur. Bu teoriye göre karşılıklı sözleşmelerde taraflardan biri kendi edimini yerine getirmeden karşı tarafı edimini yerine getirmesi için dava etmisse, edimini yerine getirmeyen davacı tarafın istem hakkı doğmadığından bu, dava edilen taraf için hakkın doğmadığı itirazı savunmasını teşkil eder ve dava, yargıca resen gözönünde tutularak red edilir.

2) Gerçek ve teknik anlamda def'i görüşü: XIX.

asırda en önemli temsilcisi Heerwart olmuştur. Bu görüşe göre karşılıklı sözleşmelerde kendi edimini yerine getirmeden davacının karşı tarafı dava etmesi halinde davalı, davacının kendi edimini yerine getirmeden dava açtığını ancak gerçek ve teknik anlamda bir def'i savunması olarak ileri sürer ve kendi edimini yerine getirmekten kaçınır. Tarafın, bunu re'sen gözönünde tutamaz. Bu def'e sözleşmenin yerine getirilmediği (ya da ödenmediği) def'i veya ödemezlik def'i (exceptio non adimpleti contractus) denir. Bu görüş, bu savunmanın yalnızca bir kaçınma hakkından (def'iden) ibaret sayılmasının daha yararlı olduğunu savunmaktadır. Şöyle ki: Davanın şartı görüşünde yargıç, davacının edimini yerine getirip getirmediğini araştırma ödevi vardır. Bu ise yargıcın görevini zorlaştırmaktadır. Fakat def'i görüşünde davalı, bu hakkını dilerse kullanmaktadır. Bu yüzden yargıcın yükü büyük ölçüde azalmaktadır. Davalı, def'i hakkını kullanırsa dava reddolunur.

Alm. MKS 320'de def'i görüşüne yer verilmiştir. İsv.-Türk BK. 81'in lâfzı davanın şartı teorisine yer verilmiş gibi görünmekteyse de yasanın amacı bu değildir. Tam bir görüş birliği ile sözleşmenin ödenmediği savunmasının gerçek anlamda bir def'i olduğu (ve bir itiraz niteliği taşımadığı) hukukumuzda kabul edilmektedir. Modern hukuk, def'i görüşünü

benimsemiştir. Sözleşmenin ödenmediği savunmasının gerçek anlamda defi olduğu görüşünün iki ayrığı vardır ki bu istisnaları BK.210 ve 364 düzenlemektedir. Şöyle ki: Satıcı ve müteahhitin satış parası ve ücret alacağı istemi, satım konusu ve eser teslim edilmeden dava edilemez. Yani teslimden önce bedel istemleri doğmadığından bu, karşı taraf için hakkın doğmadığı itirazı savunmasını düşürmektedir. Böylece alıcı ve ismarlayan korunmuş olmaktadır. Fakat burada doğrudan kuralın yürüyecekti, yani alıcı ve ismarlayanın savunmalarının da defi olduğunu savunanlar da vardır. İsv. tarafından bu görüştedir. Prof. Kanetti de aynısını savunmaktadır. Gıyabi karar verme kurumunda yargılama hukuku için bu tartışmanın önemi vardır. Eğer alıcı ve ismarlayanın bu savunmalarını itiraz kabul edersek yargıç tarafından re'sen nazara alınır, gıyap durumunda da olsa dava reddolunur. Her nasılsa bu savunma yapılmadan alıcı veya müteahhit edimlerini yerine getirmişlerse, nedensiz zenginleşme davası ile verdiklerini geri alabilirler. Fakat defi savunması, bu hakka sahip olanca yapılmalıdır. Yargıca nazara alınmaz. Davalı, defi hakkını kullanmadan borcunu ödemişse, yine borçlandığı şeyi ödediğinden yaptığı ödemeyi nedensiz zenginleşme davası ile geri alamaz. 20/6/951 tarihli YİBK'nda öncelikle alım davasında; öncelikle alıcının, dava açması için satış bedelini önceden yatırmış olmasının görevden

öteki göz önünde tutulacağını kabul etmiştir. Yargıtayımız bu kararında hataya düşmüştür. Zira bu karar, sözleşmenin ödenmediği savunmasının gerçek bir def'i olduğu kuralına aykırıdır.

IV— Sözleşmenin ödenmediği def'i, geciktirici bir def'idir. Dava şimdilik red edilir. Davacı, kendi edimini yerine getirir ya da yerine getirmeyi teklif ederse davası çözülür. Davacı, edimini yalnızca önermişse, davalı önerilen edim karşılığında ödemeye mahkûm edilir.

V— Sözleşmenin ödenmediği def'i, ispat yükü bakımından diğer def'ilerden ayrılır. Diğer def'ilerde, def'ileri süren kimse bu def'in dayandığı olguyu da ispat yükündedir. Halbuki davalı, sözleşmenin ödenmediği def'ini kullanınca; davacı kendi edimini yerine getirdiğini yada önerdiğini ispat yükündedir.

VI— Karşılıklı sözleşmelerde, taraflardan birinin daha önce edimde bulunacağı kararlaştırılmışsa:

1) Davacının daha önce kendi edimini yerine getireceği kararlaştırılmışsa, davacının daha önce edimde bulunması davacının davasının şartı haline getirilmiş demektir. Bu yüzden yargıç, bu yönü hakkın düşmediği itirazı olarak re'sen göz önünde tutar.

2) Davalının daha önce edimini yerine getireceği kararlaştırılmışsa, davalının sözleşmenin ödenmediği def'inde bulunmasına imkân kalmaz ve davalı, edimini önceden yerine getirmek zorun-

dadır.

VII — Sözleşmenin ödenmediği def'inin dahaçüçlendirildiği bir durum, BK.82'ce düzenlenmiştir. Taraflardan birinin ödeme güçsüzlüğünde bulunması, karşı tarafın istemini tehlikeye düşürüyorsa; karşı taraf, kendi edimi için bir teminat gösterilinceye kadar edimini yerine getirmekten kaçınabilir. Bu kuralın önemi şudadır: Davalının daha önce edimde bulunma yükümü olmasına rağmen bu yükümden kurtulmasıdır. Yoksa aksi haldeki durumda zaten BY.81'deki def'i hakkından faydalanılır. BY.82, alacaklıya def'iden başka uygun süre içinde bir teminat gösterilmezse, sözleşmeden dönme hakkını da vermektedir.

VIII — Eksik iki yanlı sözleşmelerde BK.81'deki def'i hakkı uygulanamaz. (Eksik iki yanlı sözleşme, edimler değişimi amacını güdmeyen ve her iki tarafı zorunlu olarak borca sokmayan ariyet, vadia, vekâlet gibi sözleşmelerdir.) Fakat vekilin, saklayanın, âriyet alanın bir takım masraflar yapması durumunda, bu masraflar kendisine ödenineye kadar sözleşme konusunu geri vermekten kaçınma hakkı tanınması — Alm. MK §273'deki kişisel hapis hakkı gibi — hakkaniyete uygundur. MY.864'deki hapis hakkına kıyasen böyle bir def'i hakkı tanınabilir.

Örnek olay: A, B'den 100.000L.'ye bir apartman

katı satın almıştır. B'nin tapuya giderek apartman katını A adına yazdırmaktan kaçınması üzerine A, B'ye karşı dava açmıştır.

Soru: 1) Yargıç A'nın 100.000L.yı B'ye ödemeden dava açmış olduğunu re'sen göz önünde tutarak davayı red edebilir mi?

Cevap: 1) B'nin yapacağı sözleşmenin ödenmediği savunması hakkında iki görüş vardır:

a— Keller'in savunduğu davanın sarsılı görüşüne göre bu savunma hakkın doğmadığı itiraz niteliğindedir. Bu hakkın sahibi taraf kullanması da yargıç tarafından re'sen göz önünde tutularak davacının davası red edilir.

b— Heer Wart'ın savunduğu genel ve teknik anlamda def'i görüşüne göre B'nin yapacağı sözleşmenin ödenmediği savunması gerçek ve teknik anlamda bir def'i olduğundan yargıç, A'nın 100000L.yı B'ye ödemeden açmış olduğunu re'sen göz önünde tutarak davaya red edemez. B, bu hakkını dilerse kullanır ve eğer kullanırsa A'nın açtığı dava reddolunur.

Soru: 2) A, B'ye daha önce 100.000L.yı ödemiş olsaydı nedensiz zenginleşme davası ile geri isteyebilir miydi?

Cevap: 2) Davanın şartı görüşünde A'nın yapacağı savunma itiraz niteliğinde olduğundan bu savunma yapılmadan B'ye 1000000L. ödemesi durumunda bu, B için bir nedensiz zenginleşme teşkil edeceğinden A, nedensiz zenginleşme davası açarak B'den ödediği 1000000L'yi geri isteyebilir.

Fakat genel ve teknik anlamda def'i görüşüne göre ise A'nın def'i hakkını kullanmadan 1000000L. yıl ödemesi; onun def'i hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanır. Def'iler de re'sen nazara alınmıyacağından A, yine kendi borcunu ödemiştir (eksik borç). Nedensiz zenginleşme davası açarak ödediğini geri isteyemez.

§50. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ
(Mora Creditoris)

I— Bir takım ödeme fiillerine alacaklının dahil olması gerekmektedir. Alacaklının ödeme fiillerine katılmaması bir borç niteliğinde olmadığından, alacaklıdan ödeme fiillerine katılmaması durumunda tazminat istenemez. Fakat alacaklı, bu ödeme eylemlerine katılmaz ve borçlunun gereği gibi yaptığı edimi kabul etmezse alacaklı, direnmesine düşer ve borçluya, borcundan kurtulma olanağı verilir.

1) BY.90'a göre alacaklı; kendisine sunulan edimi red eder ya da kabulden kaçınırsa veya edimin yapılabilmesi için gerekli hazırlık işlemlerine katılmaktan imtina ederse alacaklı temerrüdüne düşmüş olur. Fakat bunun için de:

a— Edimin borçlu tarafından alacaklıya sunulması gerekmekte ve bu sunuş da gerçek gibi olmalıdır.

b— BY.90'a göre alacaklı, edimin ifası için gerekli hazırlık eylemlerine girişmezse direnmeye düşer. Bir hizmet aktinde istihdam edenin, işçiyi çalışma yerine almaması gibi.

2) Alacaklının, edimi reddi ya da hazırlık eylemlerinden kaçınması haksız olmalıdır.

II— Alacaklı Direnmesinin Sonuçları: Alacaklı direnmesinin, iki bakımdan önemli sonuçları vardır:

1) Borçlunun yükü hafifler. Borçlu için bir takım kolaylıklar doğar. Şöyle ki:

a— BY.98/II gerçek borçlunun, edim konusunu korumadaki özen ölçüsü daha da azalır.

b— Pandekt hukukunda ve Alm. MK.unda alacaklı, direnmeye düşünce, tehlike de alacaklıya geçmektedir. BK.muzun 365 nci maddesi istisna akdi için böyle bir kural getirmektedir. BK.183'e satım sözleşmesinde sözleşme kurulur

kurulmuz tehlike, zaten alıcıya geçmektedir, eğer satım sözleşmesinin konusu parça borcu ise. Satım sözleşmesinin konusu çeşit borcu ise alıcı direnmeye düşünce, tehlike doğrudan doğruya alıcıya geçmemektedir. BK. 91'e göre satım konusu, ne zaman yargıcın göstereceği bir yere yatırılırsa o zaman hasar alıcıya geçmektedir.

c — Alacaklı direnmeye düşünce artık borçlu direnmesi de sona ermektedir.

d — Borçlu, alacaklının direnmesinden sonra edim konusunu saklamak için yaptığı masrafları, alacaklıdan dava edebilir.

e — Alacaklı direnmeye düşmüşse, artık borçluya karşı sözleşmenin ödenmediği def'ini ileri süremez.

2) Borçlu için borçundan kurtulma olanakları doğar:

a — Edim konusunu bir yere tevdi etme hakkı: BK. 91 gereğince alacaklı direnmeye düşmüşse borçlu, edim konusunu bir yere yatırarak borçundan kurtulabilir. Borçlunun bu hakkını kullanabilmesi için edim, taşınabilir bir nesne olmalı ve yargıcın göstereceği yere tevdi edilmelidir. MK. 2'de ki dürüstlük kuralı gereği, borçlunun tevdiini alacaklıya bildirme ödevi vardır. BK. 91'e göre borçlu, tevdi ile borçundan kurtulur ve çeşit borçlarında tehlike alacaklıya geçer, yatırma (tevdi) giderleri de alacaklıya yüklenir.

BK. 93'e göre borçlu, kural olarak yatırdığı şeyi tekrar geri alabilir. Fakat şu üç durumda yatırılan şey geri alınamaz:

aa— Alacaklı, borçluya yatırmayı kabul ettiğini açıklamışsa.

bb— Borçlu, edim konusunu yatırırken geri alma hakkından vazgeçmişse.

cc— Yatırmayla alacaklının rehin, kefalet gibi bir yan hakkı ortadan kalkmışsa.

BK. 93/II'ye göre borçlu yatırdığı edim konusunu geri almışsa, borç sanki hiç ortadan kalkmamış gibi bütün yan haklarla beraber yeniden doğar. Yani geri alma iradesi makable şamil olarak borçluluk doğduğu andan itibaren sonuçlarını oluşturmaktadır.

b— Satma hakkı: BK. 92'ye göre borçlu, alacaklının direnmesi üzerine edim konusunu bir yere yatıracağı yerde onu satışa çıkarıp satış bedelini yatırabilir. Satım hakkının kullanılması için şu şartlar aranır:

aa— Edim konusu, yatırmaya elverişsiz olmalı ya da çabuk bozulur nitelikte taşımalı veya aşırı bakım giderlerini gerektirmesi gerekir.

bb— Borçlu satıştan önce satışın yapılacağı yeri

ve günü alıcıya bildirmelidir.

cc — Satış, yargıcın izniyle ve açık arttırmayla yapılmalıdır.

dd — Borçlu, satış bedelini alacaklıya vermeli, alacaklı yine direnirse yargıcın göstereceği bir yere yatırılmalıdır.

c — Sözleşmeden dönme hakkı: BY.94'e göre yapma borçlarında alacaklı direnmeye düşerse borçlu, sözleşmeden dönebilir.

III — BY.95'e göre borçlu, alacaklı temerrüdünde olduğu gibi edim konusunu yatırma, satışı çıkarma ve sözleşmeden dönme yetkilerinden şu iki durumda da faydalanabilir:

1) Borçlu, alacaklının şahsına ilişkin nedenlerden ötürü borcunu ödeyemiyorsa. Meselâ alacaklının temyiz kudretinin olmaması yüzünden borçlu ödemede bulunamıyorsa, alacaklı temerrüdündeki kolaylıklardan faydalanır.

2) Borçlu, alacaklının kim olduğunu bilememek yüzünden borcunu ödeyemiyorsa. Meselâ alacaklı ölse ve birden fazla kişi de ortaya çıkıp alacaklının tek mirasçısı olduğunu iddia etseler, fakat mirasçılıkları şüpheli olsa bu durumda borçlu, bor-

cenin konusunu alacaklı temerrüdünde olduğu gibi bir yere tevdi edebilir, satışa çıkarabilir ya da sözleşmeden dönebilir.

VII. Bölüm

BORÇLARIN ÖDENMEMESİNİN SONUÇLARI

§51. EDİMİN ZORLA YAPTIRILMASI

I— Borçlu, borcunu ödemezse; alacaklı şu üç yetkiden birini kullanabilir:

1) Alacaklı borcun ödenmesini dava edebilir.

2) Alacaklı, borcun ödenmemesi yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Tazminat isteminin sözkonusu olacağı durumlar iki grupta toplanır:

a— Edimin kusurlu imkânsızlığı, BK. 96.

b— Borçlunun temerrüdü, BK 101 v.d.

3) Alacaklı, bir takım durumlarda sözleşmeden dönebilir.

II— Ödeme davası: Türk hukukunda ilke, borcun aynen ödenmesidir. Meselâ satım sözleşmesinde satılan malın mülkiyetinin geçirilmesi dava edilir. Bazı durumlardaise yargıç istisnaî olarak ancak tazminata hükmedebilir. Meselâ satıcı tuğla (kalıbı) borcuna aykırılık ederek tuğlalardan kendisi için bir bina yapmışsa; bu durumda satıcı için edimin yerine getirilmesi (mümkün, fakat güç ve masraflı) olması dolayısıyla ancak uygun değildir. Yargıç, satıcıyı sadece tazminata mahkûm etmekle yetinir. Almanya hukukunda böyle durumlarda edimin elverişsizliği denmektedir. Konusu bir seya-

ban edimler değil; fakat bir urada açıklamasında bulunma, özellikle önsözleşme ile asıl sözleşme kurma borcuna girme gibi yapma edimleri ise aynen ifa edilir.

III — Aynen ödemeye mahkûm olan borçluya bu edimin nasıl yaptırılacağı, İİK'unca düzenlenmiştir. İİK'mız, federal bir yasa olan İsv. İİK'unun aynısıdır. Fakat İsv. İİK, sadece para borçlarının cebrî icrasını düzenlemekle, öbür borçların cebrî icrasının nasıl olacağının tanzimini ise kantonal yasalara bırakmıştır. Türk hukuk sisteminde para borçları, borçlunun haczedilmesi ya da iflâs yoluyla zorla alınmaktadır. Hukukumuzda taşınır ve taşınmaz mülkiyetlerinin geçirimi farklı olduğundan mülkiyet geçirimine mahkûm olan borçlunun durumu farklılaşmaktadır. Borçlu eğer bir taşınır mülkiyetini geçirme borcuna mahkûm edilmişse, icra memuru taşınır nesneyi alacaklıya vermek için borçludan zorla alır. Böylece nesnenin mülkiyeti alacaklıya geçmiş olur. Eğer sözkonusu olan bir taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesi borcu ise, MK.633/II gereği tapu kütüğüne bir kayıt gerekmeksizin yargıcın hükmüyle doğrudan doğruya taşınmazın mülkiyeti alacaklıya geçer. Fakat alacaklı, sonradan mahkeme hükmünü tapuya götürerek taşınmazın mülkiyetini kendi adına yazdırabilir ise bu yazım, ihdasî olmayıp izharî bir niteliktedir.

Görüyoruz ki, edimin zorla yerine getirilmesinde prensip, aynen ödemedir. Ancak aynen ifa imkân olmadığı hallerde tazminata mahkûm edilebilinir. Mahkeme borçluyu, bir istek açıklamasında bulunmağa mahkûm etmişse; mahkeme kararı, borçlunun ayrıca istek açıklamasında bulunmasına gerek olmaksızın onun istek açıklaması yerini tutar. Bu çözüm, Alm. Medeni Usûl Tasarısı §894'ce kabul edilmiştir. Hukukumuzda da aynı çözüm benimsenmektedir. Meselâ borçlu, bir ön sözleşme ile bir asıl sözleşme kurma borcuna girmişse; mahkeme kararı, borçlunun asıl sözleşmeyi kurma iradesi yerini tutar.

IV — BY. 97, bizzat cebrî icra halini düzenlemektedir. Bu kurala göre yapma ve yapmama borçlarında alacaklı, yargıç kararıyla alacağını bizzat kendisi koğuşturabilir:

1) Yapma borçlarında; alacaklı, giderleri borçluya yüklenmek üzere yapma borcunun kendisi tarafından yerine getirilmesi için yargıçtan karar isteyebilir. Borçlunun bir duvar yapma borcuna girmesinde olduğu gibi.

2) Yapmama borçlarında; alacaklı, borçlunun sözleşmeye aykırılık ederek ortaya çıkardığı durumu kendisi gidermek için yine giderleri borçluya yüklenmek üzere yargıçtan karar isteyebilir. Meselâ borçlunun bu-

çesine yüksek duvar çetmeme borcu olmasıraşmen borçlu, bu borcunu aykırılıkta bulunmuşsa; alacaklı bu duvarı (masrafları borçluya ait olmak üzere) ortadan kaldırmak için yargıçtan karar alabilir.

V— Borcun ödenmesi, borçlunun kusuruna bağlı değildir. Meselâ mülkiyetin geçirimini isteme, borçlunun kusuru olmasa bile açılabilir ve borçlu ödemeye mahkûm edilir. Borçlunun sonradan temyiz kudretini kaybetmesi durumunda, mülkiyetin geçirilmesi istemi borçlunun kanunî temsilcisine karşı ileri sürülebilir. Bu bakımdan borcun ödenmesi davası istihkak davasına benzemektedir. Halbuki tazminat davasının açılabilmesi için kusur şarttır.

§52. EDİMİN KUSURLU İMKÂNSIZLIĞI

I— BK.20'ye göre edim sözleşme kurulurken imkânsızsa, kurulan sözleşme çürüktür (batıldır). BK.117'ye sözleşme kurulduktan sonra borçlunun kusuru olmaksızın (yangın, depremgibi nedenlerle) edim imkânsızlaşırsa borçlu borcundan kurtulur. Fakat sözleşme kurulduktan sonra edim, borçlunun kusuru yüzünden imkânsız hale gelirse BK.96 hükmü uygulanır ve borçlu, alacaklının uğradığı zararı tazmine mahkûm edilir. Satılan malın, satıcının ihmali

yüzünden yanmasında olduğu gibi. BY.96'daki bu durumu kusurlu imkânsızlık tabir olunur. Bir de kusurlu imkânsızlığa eşit tutulan bir durum daha vardır ki bunda, edim mümkündür, fakat yerine getirilmesi aşırı güçleşmiştir. Meselâ satıcının satım konusu saati denize düşürmesi (kusuruyla) durumunda saati denizden çıkarmak mümkündür, fakat borç, borçlunun kusuru yüzünden aşırı güçleşmiştir. İşte bu durumda kusurlu imkânsızlık kabul edilmiş ve borçlunun tazminata mahkûm edilmesi gerektiği yolundaki çözüm benimsenmiştir. Edimin yalnız bir bölümü borçlunun kusuruyla imkânsızlaşırsa; alacaklı, yalnız o bölüm oranında bir tazminat isteyebilir. Fakat imkânsızlaşan bölüm dışındaki kısımlar, alacaklı için değersiz kalmışsa; o zaman alacaklı edimin tümü için tazminat isteyebilir. Meselâ koşum attarından biri borçlunun kusuru yüzünden öldüğünde, diğer at tek başına alıcı için bir kıymet ifade etmediğinden sanki her iki at ölmüş gibi alacaklı, borçludan tazminat isteyebilir.

II— BY.98/I'ye göre haksız fiilden doğan tazminat istemlerine ait kurallar, borca aykırılıktan doğan tazminat istemlerine (kıyasen) uygulanır. Yani haksız fiildeki tazminatın çeşidine, miktarına, birlikte sebep olmaya, kusurun derecesine ilişkin kurallar, BY.96'da da uygulanmaktadır.

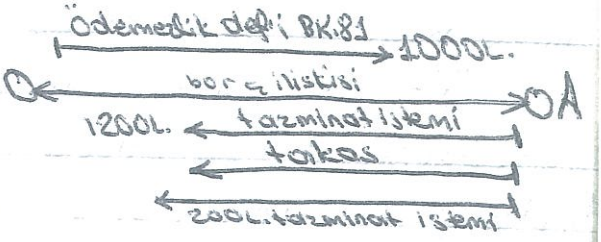
Borca aykırılıklarda paraya tazminat, çekişmelere daha çabuk son verdiğinden, yargıca daha çok uygulanır. Bu yüzden BK.98/1'deki kural, önem taşımaktadır.

III — Alacaklının tazminat istemi, yine alacağın bir devamından ibarettir. Yalnıza edimin muhtevası değişmiştir. Bunun, şu pratik sonuçları vardır:

1) Tazminat istemi, ödeme isteminin ödeme zamanında ödenmek gerekir. Ödeme 1 Haziran'da yapılacaksa tazminat da 1 Haziran'da ödenmek lâzımdır. Zaman aşımı da aynı günden başlar.

2) Aynı alacak devam ettiğinde ve alacağın yalnıza özü (muhtevası) tazminata dönüştüğünden alacağı sağlayan rehin, kefillik gibi yan istemler de devam eder.

3) Borçlu, asıl edim istemine karşı hangi savunmaları yapabilecekse tazminat istemine karşı da aynı savunmaları yapabilir. Özellikle ödemezlik definde bulunabilir. Mesela satıcı S, satım konusunu kusuru ile imkânsızlaştırdığında alıcı A, kusurlu imkânsızlık yüzünden tazminat isteyebilir. A'nın tazminat talebi 1200 L. olsun. Satım konusunun satış bedeli de 1000 L. olsun. A'nın tazminat talebine karşılık S, ödemezlik def'inde bulunabilir.



Bunun üzerine A takas ileri sürebilir. Takas ile karşılıklı ve aynı cesitten olacaklar birbiriyle ödeştiğinden borç en az olan miktarca (olayımızda 1000L.) sona erer. A'da artakalan 200L.yı ayrıca dava eder.

(Alm.MK'nca) edimin kusurlu imkânsızlaşması halinde alacaklıya tazminat istemin dan baska bir de sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Sözleşmeden dönme halinde sadece menfî tazminat istenebilinir. BK madde ise böyle bir hüküm yoktur.

IV— Alm. ve İsv. Yasaları hazırlanıncaya kadar başlıca borca aykırılık halleri edimin kusurlu imkânsızlığı ve borçlunun temerrüdü olarak kabul ediliyordu. Fakat doktrinde-özellikle Staub tarafından— üçüncü bir borca aykırılık olarak kötü ödeme hali kabul edilmektedir. Borçlunun borcu olarak ifada bulunduğu 1000 yumurtanın bozuk çıkmasında olduğu gibi.

BK.96, borcun kusurlu imkânsızlığı yanında kötü ödemeyi de ayrı bir borca aykırılık olarak düzenlemekte ve bundan dolayı tazminat istenebileceğini kabul etmektedir. Fakat sözkonusu maddedeki "kısmî ifa" tabiri, "borcun ödenmesinin gerekli gibi yapılmaması" şeklinde

anlaşılması gerekir (tercüme hatası).

V— Bir takım durumlarda borca aykırılık, aynı zamanda bir haksız fiil de teşkil edebilir. Özellikle geri verme borçları böyledir. Kira, ariyet, vedia sözleşmelerinde geri verme borçlusu, sözleşme konusuna bir zarar verdiğinde başkasının malına zarar vermek sözkonusu olduğundan; bu durumda (eski Roma hukukunda) zarar görene bir seçimlik hak tanınmaktaydı. Yani zarar gören isterse haksız fiilden, isterse borca aykırılıktan dolayı zararının tazminini isteyebilirdi. Modern hukukta bu konuda iki görüş vardır.

I. görüşe göre zarar gören yarışan haklara sahiptir. Yani hem borca aykırılıktan, hem de haksız fiilden dolayı tazminat davası açabilir. Yarışmanın gereği olarak alacaklı birine dayanarak tazminat alacağım aldığında diğer hakkı da ortadan kalkar.

II. görüşe göre burada bir yarışma sözkonusu değildir. Zira davacının dayandığı olay ve istem konuları aynıdır. Yarışan istemlerde ise ayrı ayrı olaylara dayanır. Dolayısıyla burada bir yarışma olmayıp "Özel kural, genel kuraldan önce gelir.", ilkesi gereğince istemin yargıç, bu konuda özel kural olan borca aykırılıktan dolayı tazminat istemini düzenleyen BK. 96 hükmünü uygulayacaktır.

Çünkü usul hukukunda «Yargıç, yasaları doğrudan doğruya uygular.» (Yani yargıç, tarafların anlattıkları olaya hangi yasa kuralı uyarsa; onu re'sen uygular, yoksa yargıç tarafların uygulanmasını istedikleri kanun hükmü ile bağlı değildir.) diye bir kural vardır. Meğer ki sözleşme geçersiz olmasın. Meselâ kira, nümeyiz küçükse; kira sözleşmesi onu borca sokmayacağından dolayı burada yargıç haksız fiil kuralları uygulanır. Prof. Sunuribey de böyle üstedir. Akdolunan borca aykırılığa dayanmasının şu pratik sonuçları da vardır:

a— Zaman aşımı yönünden: Borca aykırılıkta zaman aşımı 10, haksız fiilde ise 1 yıldır.

b— Kusuru ispat yönünden: Haksız fiilde zarar gören, zarar verenin kusurunu ispat yükündedir. Borca aykırılıkta ise borçlu, kusuru olmadığını ispat yükündedir.

c— Adam çalıştıranların sorumluluğu yönünden: Borca aykırılıkta BY.100, haksız fiilde ise BY.55 hükmü uygulanır.

§53. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA KUSUR

I— Kusur prensibi: BY.98, borca aykırılıkta kusur prensibini koymuştur. Borçlu, ancak kusuru varsa fakat her türlü kusurundan sorumludur. Borçlu, MY.2'deki dürüstlük kendisinin gerektirdiği tedbirleri de almakla yükümlüdür. Aksi halde sorumludur.

II- Borçlu, kural olarak kusurunun her derecesinden sorumludur. Fakat 98/II BK. hükmü, sorumluluğun ölçüsünün işin mahiyetine göre belirleneceğini saptamaktadır. Özellikle tazminat, kusurun derecesine göre ayarlanır. BK. 98/II, Roma hukukundan gelen menfaat prensibini benimsemektedir. Şöyle ki: Hukuki işlemden borçlunun bir çıkarı yoksa, borçlu, ancak ağır kusurundan sorumlu tutulabilir. Ücretsiz bir iş görmede, saklamada borçlu, ancak kast ve ağır ihmalinden sorumludur. Zira bunlarda borçlunun bir çıkarı yoktur.

III- BY. 96'ya göre borçlu, borcun yerine getirilememesinde kusuru olmadığını ispatlamadıkça meydana gelen zarardan sorumludur. Yani borca aykırılıkta ispat yükü borçlunundur. Zira ispat kolaylığı borçludadır: Borçlu, alacaklıya nazaran kendi işletmesinde olup bitenleri daha iyi bilebilir ve kusurunu ortadan kaldıran bir olay varsa, bunu daha kolaylıkla ispat edebilmek imkânına sahiptir. Bu ilke; Fr., Alm. ve İsv.- Türk hukuklarının ortak bir prensibidir.

IV- Sözleşmeden doğan borçtan sorumluluk, anlaşma ile değiştirilebilir. Şöyle ki:

1) Sorumluluk ağırlaştırılabilir. Yani borçlu, kusuru olmadan meydana gelen imkânsızlıktan da sorumlu

alacaklı yolunda alacaklı ile anlaşabilir. Buna hukuk dilinde garanti sözleşmesi denir. Garanti eden mutlak olarak sorumludur.

2) Sorumluluk anlaşma ile hafifletilebilir de. Borçlu, bir takım adem-i mes'uliyet kayıtlarıyla bazı kusur derecelerinden sorumlu tutulmayabilir. Fakat BK. 99/I'e göre borçlunun kast ve ağır ihmalinden sorumluluğu anlaşma ile ortadan kaldırılamaz. Hafif ihmalden sorumluluk, anlaşma ile kaldırılabilir. Fakat şu iki durumda yargıç, hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşmasını dahi takdir hakkını kullanarak geçersiz sayabilir:

a— Sorumluluktan vazgeçen alacaklı borçlunun hizmetinde ise. Bundan amaç, işçilerin işverene karşı dan haklarından vazgeçme tehlikesine karşı onları korumaktır.

b— Sorumluluk hükümetçe imtiyaz yoluyla verilen bir hizmetin görülmesinden doğuyorsa. İmtiyaz sahipleri fiilî bir tekel kurduklarından; yargıç, bu şirketlerin hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşmalarını da geçersiz sayabilir.

Söz konusu sorumsuzluk anlaşmaları, zarardan önceki sorumsuzluk anlaşmalarıdır.

V- Edimin kusursuz imkânsızlığına hukuk dilinde kaza (veya beklenmedik olay) denir. Kaza halinde borçlu, artık sorumlu olmaz. Fakat bu ilkenin de istisnaları vardır. Meselâ borç-

lu, kusuru ile direnme durumuna düşmüşse; direnmeden sonra edim konusunun kusuru olmadan çalınması hâlinde bundan sorumlu olmaktadır.

Kaza ve mücbir sebebin her ikisi de kusursuz sorumluluk halidir. Mücbir sebebin tarifinde objektif tanım önemlidir: Mücbir sebep, edime ilişkinin dışından gelen ve önlenmesine de hiç bir surette imkân bulunmayan olaylardır. Borçlu, edimin bu yüzden imkânsızlaşmasından sorumludur. Sel felâketi, deprem gibi. Kaza ise hastalık, çalınma gibi durumlardır.

BK. bazı konularda kazayla mücbir sebebi birbirinden ayırmaktadır. Meselâ BK. 478 ve 481, otelcilerin ve garaj yöneticilerin sorumluluğunda bu ayırma uymaktadır. Şöyle ki: Otelciler ve garaj yöneticiler, beklenmedik dıştan (kazadan) sorumlu oldukları halde mücbir sebepten sorumlu tutulmazlar.

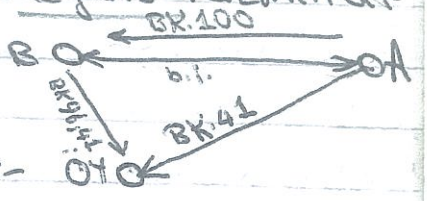
§54. ÖDEME YARDIMCILARINDAN SORUMLULUK

I- Çalışma yardımcılarından sorumluluğu düzenleyen BK. 55 hükmünü daha önce görmüştük. Bu madde, çalışma yardımcılarının üçüncü kişilere (yani istihdam edenle aralarında hiçbir borç ilişkisi bulunmayan kişilere) verdikleri zarardan çalıştırganın sorumluluğunun özene dayandığını belirtmiştir.

(Trafik K. 56 vd. hükümleri, BK. 96 hükmü)

Meselâ otobüs şoförünün işini görürken yoldan giden birini yaralaması durumunda; zarar gören, üçüncü kişi durumundaoldığından otobüs sahibine BK.55'e göre dava açabilir. Fakat otobüs sahibi, gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak bu sorumluluktan kurtulabilir.)

Fakat incelediğimiz konuda ise bir borçlunun, borcunu ödemede ödeme yardımcısı kullanması sözkonusudur. Ödeme yardımcısı, borcun ödenmesi sırasında kötü ödeme yapar ya da ediminde kusuru ile imkansız kılarsa; alacaklı, ödeme yardımcısı kullanana BK.100'e göre tazminat davası açabilir. Burada BK.55'in aksine olarak borçlu için kurtuluş imkânı yoktur. Yani borçlu ödeme yardımcısına gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Yukarıdaki misâlde otobüs şoförü kusuruyle otobüsü devirse ve müşterilerden biri yaralansaydı; otobüs sahibi ile müşteriler arasında taşıma sözleşmesi (borç ilişkisi) sözkonusu olduğundan zarar gören, otobüs sahibine BK.100'e dayanarak tazminat davası açar. Otobüs sahibi, gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz.



Ödeme yardımcısının verdiği zarardan borçlunun sorumlu tutulabilmesi için, bahis konusu zararın

ödeme yardımcısının kusuru ile meydana gelmiş olması gerekir. Zarar, ödeme yardımcısının kusuru olmadan husule gelmişse borçlu sorumlu tutulamaz. Örnekteki otobüsün devrilmesinden dolayı, karşıdan gelen bir kamyon şoförünün kusuru yüzünden meydana gelmişse, ödeme yardımcısı otobüs şoförünün kusuru olmadığından meydana gelen zarardan otobüs sahibi sorumlu tutulamaz. Aksi halde ekonomik ve sosyal hayatta işbölümüne imkân kalmazdı.

İsv. BY nin sevizyonu sırasında BK.100 mükrerinde sadece yanlışlıkla "zarar" sözcüğü yer almıştır. Fakat burun "kusur" ile meydana getirilen zarar" şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

II— BY.100'e göre ödeme yardımcısının kusuruile alacaklıya verdiği zarardan sorumlu tutulan borçlu, ödeme yardımcısına rücu edebilir. Bu rücu, borçlu ile ödeme yardımcısı arasında bir sözleşme (borçlilik ilişkisi) varsa, bu sözleşmeye aykırılıktan dolayı BK.96'ya göre, eğer sözleşme yoksa haksız fiilden dolayı BK.41'e göre olur.

III— Alacaklı ile ödeme yardımcısı arasında bir hukuki ilişki yoktur. Bundan dolayı alacaklı, ödeme yardımcısına borca aykırılıktan dolayı bir davâ açamaz. Fakat duruma göre BK.41 gereği haksız fiilden dolayı ödeme yardımcısına karşı tazminat davası açabilir. Bu durumda alacaklının

BK.100 ve BK 41'den doğan yarısonu hakkı sözkonusu olmaktadır.

IV- Ödeme yardımcısından sorumluluk anlaşma ile tamamen ortadan kaldırılabilir. Özellikle BK.100/II'ye göre borçlu, ödeme yardımcısının kasdından bile sorumlu olmayacağını kararlaştırabilir. BK.100/III'e göre ise sulî bir durumda borçlunun, ödeme yardımcısının sadece hafif ihmalinden dolayı sorumlu olmayacağını kararlaştırabileceği kabul edilmektedir:

1) Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise. Mesela alacaklı bir işçi olup borçlunun fabrikasında çalışıyor olabilir. Bu durumda fabrika sahibinin, işçinin canı güvenliğini ve sağlığını koruma yolunda borçları vardır. Fabrika sahibi bu borçlarını yerine getirirken ödeme yardımcısı kullanıyorsa borçlu ile alacaklı sadece ödeme yardımcısının hafif ihmalinden borçlunun sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirler.

2) Sorumluluk imtiyaz yoluyla görülen bir hizmetten doğuyorsa. Burada fiilî tekel söz konusu olabileceğinden şirketler, borçlarını yerine getirirken ödeme yardımcılarının ancak hafif ihmallerinden sorumlu olmayacaklarını kararlaştırabilirler. Tersine anlaşmalar sürüktür.

§55. EDİMİN KUSURSUZ İMKÂNSIZLIĞI

I— BY.117/I gereği borçlunun kusuru olmaksızın edimin imkânsızlaşırsa, borçlu borcundan kurtulur. Bu bakımdan beklenmedik olay (kaza) ve mücbir sebep farkı yoktur. Her ikisi de borçlunun kusurunu ortadan kaldırır.

Kusursuz imkânsızlıktan dolayı edimini ifadan kurtulan borçlu için yine de bir takım borçlar söz konusu olabilir:

1) Borçlunun MK.2'deki dürüstlük kuralından doğan edimin imkânsızlaştığını alacaklıya bildirme ödevi vardır. Borçlu, bu borcuna aykırılık ettiğinde bu yüzden alacaklının uğradığı zararları tazmine yükümlüdür.

2) Borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşan edimin yerine başka bir takım şeyler geçmişse alacaklı, surrogat denilen bu şeyleri borçludan isteyebilir. Esas edimin yerine geçen şeyler şöyle olabilir:

a— Sigorta paraları.

b— Üçüncü kişinin sözleşme konusuna zarar vermesi halinde ondan alınan tazminat bedeli.

c— Sözleşme konusu şey kamulaştırılmışsa, alınan kamulaştırma bedeli.

d— Borçlu, ölmüş olabilir. Mirasçısı, borçlunun bu borcunu bilmeyerek sözleşme konusunu üçüncü kişiye satmış olabilir. Bu durumda da edimin kusursuz imkânsızlığı sözkonusudur. Alınan satış bedeli, surrogat gereği alacaklıya verilmelidir.

II— Karşılıklı sözleşmelerde; taraflardan birinin edimi kusursuz olarak imkânsızlaştığından borcundan kurtulursa, karşı taraf da borcundan kurtulur. Meselâ kiralanan şey yanarsa; kiracı ücret, kiralayan ise kullandırma borcundan kurtulur. Hizmet ve istisna akitleri de örnek olarak gösterilebilir. Taraflardan biri kendi edimini yerine getirmişse, verdiğini condictio ob causam finitam ile geri ister. BY. 117/II'deki bu kuralın en önemli istisnası, parça borçlarıdır. Periculum emptoris est kuralı gereğince satıcının kusuru olmadan parça borcu ortadan kalkarsa, satıcının mülkiyeti geçirim borcu sona ermesine rağmen, alıcının borcu (satış bedelini ödeme) yine devam eder. Çünkü hasar alıcıya aittir. Bu kurallar mülkiyetin başka türlü geçirimleri durumlarına da uygulanır. Ortaklığa katkı olarak bir malın mülkiyetini geçirmede, tramp akdinde BK. 183'deki bu kural aynı şekilde uygulanır. Yani tüm parça borçlarında hasar alıcıya ait olmaktadır.

§56. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

(Mora Debitoris)

Borca aykırılığın bir türü de borçlunun temerrüdü halidir. BK. 101 v.d. maddelerinde düzenlenmiştir. Borçlu direnmesinde edim mümkün olmasına rağmen borçlu edimi yerine getirmekten kaçınmaktadır.

Borçlu direnmesinin şartları şunlardır:

1) Borcun ödeme günü gelmiş (yani borç muacel) olmalıdır. Taraflar bir süre kararlaştırmamışlarsa borcun ödeme günü hemen dir. (MK. 2)

2) Alacaklı, borçluya borcunu ödemesini ihtar etmelidir. İhtar (interpellatio), alacaklının borçluyu edimini yerine getirmeye çağırması demektir. Borçlu, ancak alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. İhtar, bir hukuki işlem benzeridir. İhtarda bulunan bir hukuki sonuç doğurmayı amaçlamasa bile, yasa gereği bu sonuç doğmaktadır. Yani alacaklının borçluyu direnmeye düşürme amacı olmasa bile, borçlu yine mütemerrit olur. İhtar, BK'nda hiçbir geçerlilik biçimine bağlanmamıştır. Fakat HUMK. 288 gereğince değeri 500 L.'yı geçen hukuki işlemler, ancak yazılı delille ispatlanabileceğinden ihtarın, noter eliyle gönderilmesi yerinde olur. Alacaklı, ihtar sonucu olarak borçluya ödeme davası

açabilir ya da cebrî icra koğuşturmasına başlayabilir. İşte bu dava veya cebrî icra koğuşturmasıyle borçlu direnmeye düser ve sorumluluğu da ağırlaşır. İhtar, vurması gerekli bir istek açıklamasıdır.

Bazı durumlarda ihtara gerek olmaksızın borçlu kendiliğinden direnmeye düser. Şöyle ki:

a— BK. 101'e göre edimin ifası için belli bir gün veya süre kararlaştırılmışsa sözkonusu günün gelmesi ya da sürenin geçmesiyle borçlu kendiliğinden direnmeye düser. Ayrıca alacaklının ihtarına gerek yoktur.

b— Bazı durumlarda dürüstlük kuralları gereği alacaklıdan ihtar beklenemiyeceğinden, ayrıca alacaklının ihtarı olmaksızın borçlu, kendiliğinden direnmeye düser. Şöyle ki:

aa— Edimin ne zaman yapılacağını ancak borçlu biliyorsa. Meselâ A, Almanyaya gideceğinden B'yi evinin onarımı hususunda vekil bırakmıştır (vekillik sözleşmesi). Burada borçlu B, evin onarımının ne zaman yapılacağını ancak kendisi bilebilecektir. Bu durumda A'nın ihtarına gerekmeksizin, borcuna aykırılık olması halinde vekil B, kendiliğinden direnmeye düşecektir.

bb— Eski Roma hukukunda haksız fiil faili-

nin, kendiliğinden direnmeye düşenborçlu gibi sayılması ve böylece daha ağır bir sorumluluğu bulunacağı kabul edilmekteydi. Bu prensip bugünkü hukukumuzda da geçerlidir. Yani haksız fiil faili, direnen borçlu gibidir ve onun sorumluluğuna tabidir. Hırsızın çaldığı mal, kusuru olmaksızın (kaza ya da mücbir sebep nedeniyle) yok olsa; hırsız, yine de sorumludur.

cc— Borçlunun, alacaklının ihtar çekmesine ya da ihtarın kendisine varmasına engel olması durumunda.

dd— Borçluya ihtar çekilmesi yararına olmayacak; özellikle borçlu, borcunu ödemeyeceğini alacaklıya açıkça bildirmişse.

3) Borçlunun direnmeye düşmüş sayılabilmesi için, direnmede kusurunun aranıp aranmıyacağı Pandekt hukukunda tartışmalı idi. Alm. MK na göre borçlunun direnmeye düşmüş sayılması için, direnmesinde kusuru gereklidir. İsv. BK. na göre ise borçlunun direnmeye düşmüş sayılabilmesi için direnmede kusurunun bulunması gerekmez. Borçlu direnmede kusuru olmasa bile direnmeye düşmüş sayılır. Fakat direnmenin bazı sonuçlarının doğumu için borçlunun kusuru gerekmektedir. Özellikle direnme yüzünden borçludan tazminat iste-

nebilmesi için borçlunun direnmesinde kusurlu bulunması gerekmektedir. Fakat direnme faizlerini isteyebilmek için (para borçlarında %5) borçlunun kusurlu olması gerekmez, kusur olmasa da temerrüd faizi isteyebilir. Karşılıklı sözleşmede borçlunun direnmesi yüzünden alacaklının, seçimlik haklarının doğumu için borçlunun direnmesinde kusurlu olması gerekmez.

§57. BORÇLU DİRENMESİNİN SONUÇLARI

I- BY.96'daki kusurlu imkânsızlıkta olduğu gibi borçlunun direnmesinde de ortaya çıkan başka sonuç, direnme yüzünden meydana gelen zararın tazminidir. Burada da borçlu, kusuru olmadığını ispatlamadıkça gecikme yüzünden meydana gelen zararı tazmin etmek zorundadır. Kusurlu imkânsızlıktaki gibi borçlu, ödeme yardımcısının kusuru yüzünden gecikmişse mutlak olarak sorumludur, BY.100 burada da uygulanır. Borçlu direnmesinde de borçlu, her türlü kusurundan sorumludur.

Alacaklının direnme yüzünden isteyebileceği tazminatın kapsamına şunlar girer:

1) Alacaklı, gecikme yüzünden diğer edemediği sözleşme konusunun yararlanmalarını isteyebilir. (Yararlanmalar ikiye ayrılır: Verimler (semereler), doğal ve hu-

kuki olmak üzere iki türdür. Kullanma çıkarları ise şeyin kullanılmasıyla elde edilen yararlanmalardır. Satıcının geç teslim etmesi yüzünden satım konusu evi 1 ay kullanması gibi.)

2) Edimin geç teslimi yüzünden alacaklının yapmak zorunda kaldığı giderler. Satım konusu otomobilin zamanında teslim edilmemesi yüzünden alıcının 1 ay otomobil ~~kullanmak~~ zorunda kalması gibi.

3) Alacaklının, üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeyi yerine getirememesi yüzünden ödemek zorunda kaldığı tazminat.

4) Alacaklının, sözleşme konusunu zamanında elde edip uygun fiatla üçüncü kişilere satamaması yüzünden yoksun kaldığı kazanç.

Direnmeye düşen borçlunun, direnme olayından sonraki sorumluluğu ağırlaşır. Borçlu sadece her türlü kusurundan değil, fakat kaza ve mücbir sebepten de sorumlu olur. BK. 102, borçlunun kusursuz sorumluluktan (direnme sonrası) kurtulabilmesi için şu prensibi getirir: Borçlu, edimini zamanında yerine getirmiş olsaydı bile şeyin yine alacaklının elinde kaza ve mücbir sebep dolayısıyla yok olacağını ispatlayarak kusursuz sorumluluktan kurtulabilir. Fakat borçlu direnmeye düşmede kusuru olmadığını da ispatlayarak mücbir sebep ve kazadan

sorumlu olmaktan kurtulabilir.

II — Para borçlarında; gecikmede borçlunun herhangi bir kusuru olmasa, alacaklı gecikme yüzünden herhangi bir zarara uğramasa bile borçlu, (%5) gecikme faizi ödemek zorundadır, BK.103. Sözleşme ile daha yüksek bir faiz oranı kararlaştırılmışsa, gecikme faizi de bu oranda ödenmek gerekir. Bağışlama sözleşmesinde, faiz ve irat (gelir) gibi edimlerde borçlu direnmeye düşerse; bunlardan gecikme faizi, ancak alacaklının dava açtığı ya da icra kovuşturması yaptığı günden işlemeye başlar (kıyas prensibi gereğince). Alacaklı, faiz oranından daha büyük bir zarara uğradığını ispatlarsa, bu oranda bir tazminat isteyebilir. Fakat borçlunun gecikmede kusuru olmadığını ispat hakkı saklıdır.

III — Karşılıklı sözleşmelerde borçlu direnmesi: Şu üç prensip sadece karşılıklı sözleşmelerde uygulanabilir:

1) BK.81'deki sözleşmenin ödenmediği dahi.

2) BK.117/II'deki bir tarafın, ediminin kusursuz imkânsızlaşması durumunda karşı tarafında borcundan kurtulacağı ilkesi.

3) BK.106 gereği direnen borçluya edimini yerine getirmesi için son süre verilir ve son süre içinde edim yerine getirilmezse alacaklının sözleşmeden dön-

ne hakkı konusundaki ilke. Sözkonusu rücû hakkı, eski Roma ve Pandekt hukuklarında yoktu. İlk olarak Fr. MK 1184, bir fiksiyon (varsayım) yoluyla böyle bir inkâra yer verdi. Şöyle ki: Karşılıklı sözleşmelerde taraflardan birinin borçlu direnmesine düşmesi halinde, diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkı olduğunu taraflar zimnî olarak kararlaştırmış sayılırlar. Bu kural, Alm. ve İsv. BY.larında açıkça belirtilmiştir. Eski Alm. Ticaret Yasasında sözkonusu hüküm, yasadan doğan bir hak olarak ilk defa getirilmiştir. Oradan da Alm. MY ve İsv. – Türk BY'larına geçti. Fakat alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için borçluya bir son süre vermesi gerekir. Bu uygun son süre, yargıç veya karşı tarafça verilebilir. Tarafın verdiği süre uygun değilse, yargıç bunu uygun süreye çevirir. Eğer direnen borçlu, uygun süre içinde de borcunu yerine getirmemişse, alacaklı dönme hakkını kullanabilir.

BY. 107'ye göre şu üç durumda alacaklı son süre vermeksizin de sözleşmeden dönebilir:

1) Borçlunun davranışından son süre vermenin yararsız olacağı anlaşılıyorsa.

2) Borçlunun direnmesi sonucunda edimin, alacaklı için bir faydası kalmamışsa.

3) Sözleşme, kesin bir ödeme gününe bağlanmışsa burada sözkonusu olan sadece ödeme günü değil fakat kesin olarak belirlenmiş ödeme günüdür. Meselâ "Borç, 1 Haziranda ödenecektir" demek yeterli olmayıp "Borç, kesin olarak (mutlaka) 1 Haziranda ödenmelidir" denmesi gerekmektedir. Bu bakımdan borçlunun ihtar gerektirmeksizin direnmeye düşmesiyle alacaklının son süre vermeksizin sözleşmeden dönebilmesi farklıdır. Fakat BY'mız, şu iki durumda da kesinlikle belirtilmiş bir ödeme günü olmasına rağmen bile alacaklının son süre vermeden sözleşmeden dönebileceğini belirtmektedir.

a— Ticari alışverişlerde belirli bir teslim günü kararlaştırılmışsa, fakat satıcı sözkonusu günde mülkiyeti geçirim borcunu yerine getirmemişse. BY.187'ye göre bu durumda alıcı, son süre vermeden sözleşmeden dönebilir. Amaç, ticari ilişkilerin daha çabuk sona ermesidir.

b— BY.211/I'ye göre (her türlü alışverişte) alıcı direnmeye düşerse. (Borç — ve Mülkiyetin nakli)

(Son süre geçince) alacaklı için bir takım seçimlik haklar doğar:

1) Alacaklı, yine (eskisi gibi) edimin yerine getirilmesini ve bunun yanında borçlunun edimde geciktiği yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilir.

2) Alacaklı, artık edimden vazgeçtiğini peşinen ~~ilan~~ bildirmeksizin ~~ilan~~ bildirmeyerek şu iki hakkından birini kullanabilir:

a— Borçlunun edimini yerine getirmemesi yüzünden uğradığı zararın (olumlu) tazminini isteyebilir.

b— Ya da alacaklı, sözleşmeden dönebilir (rücû hakkı) ve bunun yanında sözleşmeye güvenmiş olmasıyüzünden uğradığı zararın (olumsuz, menfi) tazminini isteyebilir.

Şimdi bu iki durumu ayrı ayrı inceleyelim:

a— Alacaklının, borcun ödenmemesi yüzünden isteyebileceği müspet tazminat, BK.96'daki kusurlu imkânsızlıkta istenebilecek tazminat kurallarına bağlıdır. Özellikle borçlu, geciktirmede kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. BK.81'deki sözleşmenin ödenmediği defi, burada da kullanılabilir. Yani alacaklı, olumlu zararlarının ödenmesi için dava açtığında borçlu; sözleşmenin ödenmediği defini ileri sürerek (alacaklının önce kendi edimini yerine getirmesi gerektiğine dayanarak) alacaklı edimini yerine getirmedikçe ya da edimini önermedikçe müspet tazminatı ödemekten kaçınabilir. Bu konuda normal ilişkilerde mübadele teorisi uygulanmaktadır. Mübadele teorisine göre alacaklının

müspet tazminat isteyebilmesi için

kendi edimini yerine getirmesi ya da önermesi gerekmektedir. Meselâ satıcı S, bir malını alıcı A'ya satmış olsun. Malın piyasa değeri 800 L. olmasına rağmen A, malı 1000 L. ya almaya kabul etmiş olsun. A, satış bedelini ödemiyorsa; S kendi edimini vermeksizin ya da önermeksizin malın piyasa değeri ile satış bedeli farkı olan 200 L.yı dava edemez. Buna biz mübadele (değişim) teorisi diyoruz. Fakat bu kuralın BK.212/II'de belirtilen önemli bir istisnası vardır. Şöyle ki: Ticari satışlarda satıcı, alıcı satış parasını ödemede direnmeye düşerse satım konusunu vermeksizin ya da önermeksizin sözün satış fiatı ile piyasa fiatı arasındaki farkı müspet tazminat olarak dava edebilir. Buna da Fark Teorisi denir. Fark teorisi, ticari satışları kolaylaştırma amacı güder.

b— Alacaklı, son süre geçtikten sonra ikinci bir seçimlik hak olarak (gecikmeksizin asıl edimden vazgeçtiğini açıklayarak) sözleşmeden dönebilir ve bu sözleşmeye güvenden dolayı uğradığı olumsuz (menfî) zararların da tazminini isteyebilir. Özellikle alacaklı, kendi zararına olarak sözleşme yapmışsa bu yola başvurur. Alacaklı kendi edimini yerine getirmemişse, bu hakkını kullanabilmesi için edimini yerine getirmesine gerek yoktur. Eğer kan-

di edimini ifa etmisse nedensiz zenginleşme davası ile ödediğini geri alabilecektir. Dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır ve önceye etkili (ex tunc)dir, yani sözleşme hiç kurulmamışcasına ortadan kalkar. Süreli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ise dönme hakkı değil bozucu-ğunu bildirme sözkonusudur (fesh-i ihbar). Bozucu-ğunu bildirme de bozucu yenilik doğuran bir hak olmasına rağmen ancak ileriye dönük (ex nunc) sonuçlarını doğurur. Kira sözleşmesinde olduğu gibi. Fesh-i ihbar da doğacaktı, ayrıca sözleşmeye güvenden doğan uğradığı zararın (menfi) tazminini isteyebilir. Yapılan sözleşmeyi de süreli + devir edilmiş ise BK. ; ancak fesh ihbar uygulanır...

Fakat MK'nun belirttiği şu durumlarda alacaklı, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz:

aa— Borçlu ana(asıl) edimi yerine getirmiş olmasına rağmen ikinci derecede(tali) bir edimi yerine getirmemesi yüzünden alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması, MY.2'deki dürüstlik kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa. → 1861 sayılı Kanun BK. 534 ve BGB §454.

bb— BY.211/III'e göre satıcı, satım konusunu alıcıya teslim etmişse (kredili satış yapmışsa) sözleşmeden dönemez. Ancak satış bedelini dava edebilir. Meğer ki satım konusunu alıcıya teslim edilmesi durumunda alıcının satış bedelini ödemesi

Yüzde, Peşinatla, taksitle bedeli ödeyecek demekle teslim olmuşsa, dönme h. aktedemez kullanamaz.

halinde dönme hakkı saklı tutulmasın. Bu tür kayıtlamalara dönme (rücû) kaydı denir.

Borçlu bölünmesel (kısmî) edimlerde direnmeye düşmüşse, (kural olarak) alacaklı direnmeye düşülen bölümü için sözleşmeden dönebilir. Şu kadar ki yerine getirilmeyen bölüm olmaksızın ödenmiş olan bölümün de bir kıymeti kalmayacaksa alacaklı sözleşmenin tümünden dönebilir. Bir de ardarda teslim sözleşmeleri vardır. Mesela bir bira fabrikasının, bir otele her gün için 1000 şişe bira teslim etme borcunda olduğu gibi. Bu gibi sözleşmelerde (kural olarak) alacaklı, borçlu direnmesinin gerçekleştiği kısım için (Bira fabrikasının otele 20 gün bira getirmemesi halinde bu, 20 günlük bölümü için) sözleşmeden dönebilir. Fakat sözkonusu durumda, alacaklının derisi için bir güveni kalmamışsa; alacaklının sözleşmenin sonuna kadar olan dönem için sözleşmeden dönmesi mümkündür.

Örnek olay: A, B'ye 50.000 L.ya bir otomobil satmış. B, borcunu gününde ödemeyerek direnmeye düşmüştür.

Soru: 1) A, B'den borcun ödenmemesi yüzünden tazminat isteyebilir mi?

Cevap: 1) A, sözleşmeden doğan edimden vaz-

geçerek uğradığı zararların tazminini isteyecekse, normal bir satım ilişkisi sözkonusu olduğundan burada mübadele teorisi uygulanır. Fakat A, buna göre uğradığı olumlu zararların tazminini isteyebilmesi için, kendi edimini ödemek ya da önermek zorundadır. Aksi halde B, sözleşmenin ödenmediği defini kullanarak A'nın olumlu zararlarının teminden kaçınabilir.

Soru:2) Bu bir ticari satış olsaydı durum ne olurdu?

Cevap:2) Ticari ilişkilerde ticari satışları kolaylaştırma amacı güdüldüğünden bu durumda fark teorisi uygulanır. Bu durumda A, kendi edimini ödemek ya da önermek zorunda olmaksızın satım konusunun (otomobilin) piyasa fiyatı ile satış bedeli arasındaki farkı müspet zarar olarak B'den tazmin edebilir.

VIII. Bölüm
BORÇ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

§58. BORÇ İLİŞKİSİNİN SONA ERME NEDENLERİ

(Borç ilişkilerinin ve münferit alacak haklarının sona erme nedenleri)

I — Münferit alacak haklarının sona erme nedenleri:

1) Münferit alacakların normal sona erme nedeni, münferit alacağın ifasıdır. BK., bu yüzden "ifa" kurumunu "borçların sonuçları" bölümünde incelemiştir.

2) Münferit alacakların normal olmayan sona erme nedenleri ise BK.nın üçüncü babında düzenlenmiştir: İfa, yenilenme, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, edimin kusursuz imkânsızlığı, takas, zamanaşımı (def'i hakkı verir) sayılabilir. Bunların dışında da bazı sona erme nedenleri vardır. Şöyle ki:

a — Borçlunun kişiliğine bağlı bazı edimler, ölümle sona erer.

b — Kural olarak alacak hakları zamanaşımına, yenilik doğuran haklar ise hak düşümüne tabidir. Fakat BK'nda öyle bazı alacak hakları vardır ki bunlar hak düşümü süreşine tabidir, bu sürenin geçmesiyle alacak hakkı sona erer. Satım konusundaki bozukluklar yüzünden alacaklının sahip olduğu haklar (ayıbı tekeffül) gibi.

c — Bağışlama vaadi sözleşmesi, iflâs ile sona erer.

d — BK.113'e göre alacak, her hangi bir sebeple sona erdiğinde ona bağlı yan haklar da (rehin, kefalet, faiz gibi),

kendiliğinden sona erer. Yalnız taşınmaz rehni ancak teşvik kaydının terkiniyle sona erer.

e— MY. 2'den doğan bir "çelişkili davranış yasağı" vardır. Buna göre kişinin, daha önce kendi yaptığı isteğe aykırı bir davranışı korunmaz. Özellikle alacaklı, borçlusundan kendi davranışıyla alacağını dava etmiyeceği yolunda uzun süreden beri bir güven uyandırmışsa sonradan alacağını tahsil için dava açamaz. Buna Alm. hukukunda Verwirkung (alacaklının davranışı yüzünden alacağın sona ermesi) denmektedir. Bu, özellikle fikri haklarda söz konusu olmaktadır. Mecellenin 99. mdsi hükmü de bu konuya dairdir: Her kim ki kendi tarafından tamam olan bir şeyi kalkışırsa, sa'yi merdutturur.

II- Borç ilişkilerinin sona erme nedenleri:

1) Borç ilişkisinden doğan münferit alacaklar, yukarıda gördüğümüz nedenlerle sona ererse borç ilişkisi de sona erer.

2) Borç ilişkisi, tarafların anlaşması ile de ortadan kaldırılabilir. Münferit alacağın anlaşma ile ortadan kaldırılmasına ibra denir. Tüm borç ilişkisinin anlaşma ile ortadan kaldırılmasına ise borcu ortadan kaldırma anlaşması (İKALE) denir. Gerek ibra, gerekse İkalenin yapılması hiçbir geçerlilik biçimine bağlı değildir. Hatta borç ilişkisinin doğumu bir geçerlilik

biçimine bağlı olsa bile, bu borç ilişkisi hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmaksızın ortadan kaldırılabilir. Zira borçlunun, ancak bir borçaltına girmesi geçerlilik biçimine bağlanabilinir. Fakat K.M.K. 290'daki 5 senede karşı yapılan ~~[illegible]~~ ödemelerin yine yazılı delille ispatlanması gerektiği, şeklindeki ispat biçimi kural saklıdır.

3) Bazı borç ilişkileri, taraflardan birinin ölümü ile sona erer. Eser sözleşmesinde müteahhitin ölmesiyle borç ilişkisinin sona ermesi gibi. Vekillik, ödünç ortaklık sözleşmeleri de örnek gösterilebilir.

4) Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ise bozacağını bildirme (feshi ihbar) ile sona erdirilebilir. Meselâ belirsiz süreli bir kira sözleşmesinde kiralayan, bozacağını bildirme ile üç ay sonrası için; karzdar da alacaklı altı hafta sonrası için sözkonusu borç ilişkilerine son verebilirler. Ayrıca BK'nun açıkça önemli nedenler yüzünden bazı süreli borç ilişkilerine derhal son verilebilir. Meselâ hizmet sözleşmesinde taraflardan biri gayri ahlâkî bir davranışta bulunursa karşı taraf, bozacağını bildirebilir. Yeter ki sürekli borç ilişkisine devam etmek, çekilmez bir nitelik taşısın. Bozacağını bildirme, genellikle belli bir süre sonrası için olur. Bu durumda borç ilişkileri, ileriye dönük olarak sona erer; o ana kadar izlenmiş olan hükümler saklı kalır.

5) Borçilişkisinden dönme (rücû) ile da borçilişkisi, önceden etkili olarak ortadan kaldırılabilir. Mesela BY. 106 çerçeveye karşılıklı sözleşmelerde borcu ödememesinde karşı taraf, sözleşmeden önceye etkili olarak dönebilir.

6) Bir takım borçilişkilerini ortadan kaldıran istek açıklamalarına da geri alma denir. Mesela vekillik sözleşmesinde müvekkil, vekilinden vekilliği geri alabilir. BY.'nda buna azil denmektedir.

7) Eser sözleşmesi ile ilgili olarak BK.365'de bir kural vardır. Şöyle ki: Önceden görülemeyen nedenler yüzünden müteahhitin yapacağı giderler son derece artmışsa; müteahhit, ücretinin arttırılmasını ya da sözleşmeden dönmeyi dava edebilir. Bu, MK.2'deki dürüstlük kuralının bir uygulaması olup clausula rebus sic stantibus (sözleşmelerin değişen koşullara uydurulması ilkesi) şeklinde tarif edilir. Doktrinde bu kuralın diğer sözleşmelere de uygulanması gerektiği savunulmuştur.

8) Vekillik sözleşmesi gibi bir takım sözleşmeler iflâs ile sona erer. Bazı sözleşmelerde ise iflâs, alacaklıya dönme hakkı verir. Mesela kira sözleşmesinde iflâs eder ve kira borcu için teminat gösteremezse kiralayan

kira sözleşmesinden dönebilir.

§59. İBRA (BORÇTAN KURTARMA)

I— Alacaklı, bir karşılık almaksızın ya da alarak borçlusunu borcundan kurtarabilir. Biliyoruz ki nesnel haklarda, nesnel hak sahibinin karşısında belli bir borçlu yoktur. Üçüncü kişilerin sadece nesnel hakka saygı gösterme ödevi vardır. Üçüncü kişi, bu ödeve aykırı hareket ettiğinde nesnel hak sahibi ile arasında haksız fiilden bir borç ilişkisi doğar. Bundan dolayı nesnel hak sahibi, nesnel haktan tek yanlı bir istek açıklaması ile vazgeçebilir. Halbuki alacak haklarında alacaklı, tek yanlı olarak alacak hakkından vazgeçemez. Vazgeçmenin borçlu tarafından da kabul edilmesi gerekir. Yani ibra, bir sözleşmedir, tarafların isteklerinin uyuşması gerekir. İbra, hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmaksızın yapılabilir. İsv. BY. 115'de bu konuda açık bir hükümü vardır. Şöyle ki: Borcun, doğumu bir geçerlilik biçimine bağlı olsa bile hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmaksızın ibrası mümkündür. HUMK'muzda 290 ispat biçimi olmadığından, yasalar arası bir çelişki olmasındaye bakılarak bize olumsuzdur.

II— İbra, bir harcama (tasarruf) işlemidir. Zira alacak hakkını ortadan kaldırarak ona doğrudan doğ-

ruya etki yapmaktadır. İbra edenin ibra konusu olacak üzerinde harcama yetkisi bulunmalıdır. Aksi halde borçlu borcundan kurtulamaz.

III- Her kazandırıcı işlem gibi ibra sözleşmesi de bir hukuki nedenle yapılır. Sözkonusu hukuki neden genellikle borçlanma olur. Fakat başka bir hukuki nedenin bulunması da mümkündür. Mesela alacaklı, borçlusunu ibra etmek niyetinde bulunmuşsa; ibra, ifa nedeniyle yapılmıştır. Ya hukuki nedeni belirtilerek ibra yapılır. Bu takdirde ibra, hukuki nedene bağlı (illî) olur. Bu durumda neden gerçekleşmezse ibra, kendiliğinden hükümsüz kalır. Ya da ibra, hukuki nedeni belirtilmeksizin yapılabilir. Bu durumda gösterilmeyen hukuki neden gerçekleşmese bile ibra, yine geçerlidir. Tanınacak ortadan kalmıştır. Fakat alacaklı, hukuki bir neden olmaksızın borçlusunu ibra ettiği için nedensiz zenginleşme davası açarak yerine alacağın yeniden kurulmasını isteyebilir.

IV- Eski Roma hukukunda alacağı ortadan kaldıran ibra yanında bir de alacağı ileri sürmeme anlaşması (pactum de non petendo) vardı. Bu anlaşma ile alacaklı, borçlusuna alacağını dava etmeyeceği yolunda iddada bulunurdu. Modern hukukta bu da ibra olarak

kabul edilmektedir. Meğer ki alacaklının alacağını kesin olarak kaybetmemesinde bir çıkarı bulunsun (borçlunun karşı onun da bir borcunun olması gibi). Bu takdirde alacak ortadan kalkmadığından, borçlu A ⟶ B ileride kendi alacağını dava etmeye kalktığında; alacaklı da ileri sürmemeyi vaad ettiği bu alacağını takas yoluyla ileri sürebilir.

V— Konkordato, iflâs hukukuna ilişkin bir işlemdir. Konkordato da borçlunun alacaklıları 2/3 çoğunlukla borçlunun borçlarının belli bir oranda ibra edilmesine karar verirler. Alacaklıların bu kararı konkordato makamının (yargının) tasdikiyla sonuç doğurur.

VI— Alacaklı ile borçlu arasında borcun varlığında bir kuşku ya da çekişme yoksa alacaklının borçluyu borçtan kurtarmasına ibra sözleşmesi denir. Buna karşılık alacaklı ile borçlu arasında borcun varlığında bir kuşku ya da çekişme varsa ve taraflar bu borcu ortadan kaldırmak amacıyla ibra sözleşmesi yapmışlarsa, burada tespit paylaşma hareket edildiğinden sözkonusu işlem de tespit işlemidir ki hukuk dilinde bu tür işlemlere menfi borç tanınması denir. Alacaklı, menfi borç tanınmasını bir karşılık almak yapmışsa buna da sulh (uzlaşma) denir. Menfi borç tanınması ve sulh, borçlu açısından da olabilir. Menfi borç tanınması

ve sulh, tespit hukuki sebebine dayandığından ve kesin bir hukuki durum oluşturduğundan, sonradan borcun gerçekten var olduğu anlaşılsa bile söz konusu işlemler için nedensiz zenginleşme davası açılarak alacağın yeniden kurulması istenemez. Meğer ki BK. 24/4'deki temel yanılması sözkonusu olsun. Meselâ alacaklı ile borçlu arasında bir makbuzun bir alacağın ödendiğine ilişkin olup olmadığı hususunda çekişme vardır. Sonradan alacaklı menfi borç tanıması yaparak, makbuzun borca konulacağa ilişkin olduğunu kabul etmiştir. Fakat sonradan makbuzdaki imzanın alacaklıya ait olmadığı anlaşılmıştır. İşte burada alacaklı, menfi borç tanıması yaparken işlemin temeli olan bir olguda yanılmıştır. Eğer alacaklı, bu olguyu bilseydi böyle bir menfi borç tanıması yapmayacaktı. Yani burada BK. 24/4 anlamında bir temel yanılması sözkonusudur. Bir başka örnek de şöyle verilebilir: Biliyoruz ki menfi borç tanımasının özel bir çeşidi de dernekleri ve anonim ortaklıkların genel kurullarının, yönetim kurullarını ibra etmesi işlemidir. Burada yönetim kurulu üyelerinin bir yıllık süre içinde, sözkonusu tüzel kişilerin işlerini doğru görüp görmediği belirsiz olduğu halde genel kurulun

ibra kararıyla bu durum kesinlik kazanmaktadır. Genel kurul, yönetim kurulunu (anonim ortaklıklarda) sunulan bilânçoya dayanarak ibra eder. Bu durumda ibra, sadece bu bilânço çerçevesinde etki doğurmakta, yönetim kurulu üyelerini borçtan kurtarmaktadır. Bunun dışındaki (bilânço dışı) hususlarda ibranın bir etkisi yoktur. Kural olarak genel kurulun, yönetim kurulunu ibra işlemine itiraz (sonradan) edememesi olmakla beraber bu çerçeve dahilinde BK. 24/4'deki temel yanılmasına dayanılarak ibraya itiraz edilmesi mümkündür.

§60. YENİLEME (TECDİT)

I- Yenileme, yeni bir borcun kurulmasıyla eskisinin ortadan kaldırılmasıdır, BK. 114. Yenilemenin iki önemli sonucu vardır:

1) Yeni borç, eski borcun zayıflıklarından kurtulmuş olarak doğar. Meselâ eski alacağa karşı kullanılması mümkün olan sözleşmenin ödenmediği def'i, yeni alacağa karşı ileri sürülemez.

2) Eski olarak ortadan kalktığı için onu sağlayan yan haklar da sona erer.

BK. 114/I'e göre borcu yenileme isteği (animus novandi), sözleşmeden açıkça anlaşılmak gerekir. Yoksa yenileme, karine olarak kabul edilemez. Bu prensip Justinio-

nus hukukunda da vardı.

II- Bu yüzden BK. 114/C, bir takım işlemlerin (ilelesmelerin) yenileme sayılamayacağını belirtmiştir:

1) Yeni bir borç senedi vermek; ister kurucu, isterse akitlayıcı nitelikte olsun yenileme sayılamaz. Akitlayıcı nitelikteki borç tanıması senedi, ispat vasıtası nitelliğini taşır. Kurucu nitelikteki borç tanıması ise yenilemeolmayıp, eski alacak yanında ~~borçluyu~~ alacaklıyı yeni bir alacak hakkı doğurur. Yani burada alacaklının yanısıra iki hakkı olmaktadır. Mesela alacaklıma satım sözleşmesinden doğan borcum yanında bir de bono versem; alacaklım hem satım sözleşmesine, hem de verilen bonoya dayanarak alacağını tahsil edebilir. Birinin ödenmesi ile diğer hak da sona erer. Fakat alacaklının kurucu nitelikteki yeni borç tanımasına dayanması, ispat kolaylığı sağlar.

2) Police çekmek, poliçeyi kabul etmek (kambiyo taahhüdü), yenileme değildir.

III- Yenilemenin olabilmesi için:

1) Yeni bir alacak doğmalıdır. Yeni alacak doğmadıkça eski alacak devam eder.

2) Yenileme ile ortadan kaldırılacak bir borç bulunmalıdır. Bir borç yoksa ve buna rağmen bir yenileme yapıl

mıssa; bu yenileme ile doğan borç, nedensiz zenginleşme niteliğindedir. Nedensiz zenginleşme davası ile borçlu, bu borcundan kurtulabilir.

IV — Yenilemenin özel bir çeşidi, cari hesapta bakiye (saldo, kalan)nın tanınması durumudur. Cari hesapta iki taraf (özellikle banka - tüccar), karşılıklı olarak birbirlerine olan alacaklarını belli bir süre için dava etmeneyi ve bu süre içinde birbirlerine olan alacakların karşılıklı olarak kendiliğinden ödeşim (takas)e uğramasını, eğer bir kalan olursa ancak kalanın dava edilebilmesini kararlaştırabilir. Tatbikatta cari hesap, daha ziyade bankaların tüccarlara kredi açması şeklinde görülür. Cari hesabın iki özelliği vardır:

1) Cari hesap döneminde taraflar, birbirlerinden olan alacaklarını dava edemezler.

2) Cari hesap dönemi sonunda önceden yapılan anlaşma çerçevesince tarafların birbirinden olan alacakları kendiliğinden takasa uğrayarak düşerler. Ancak dönem sonundaki bakiye dava edilebilir.

BK. 115/II, şu kuralı getirmektedir: Cari hesap dönemi sonunda hesap kesilip de bir kalan bulunursa, borçlu olan taraf da bu kalanı tanırsa bu, bir yenileme sayılır. Eski borçlar takasıyla, saldo da yenilen

ile sona erdiğinden yenileme ile yeni bir borç doğmaktadır. Meselâ 200.000L. ve 150.000L. tarafların birbirinden alacakları olsun. Cari hesap dönemi sonunda bu alacaklar 150.000L. oranında takas olurlar. Geriye kalan (saldo), 50.000L.'yı da borçlu tanıyınca eski borç ortadan kalkmakta ve yenileme ile yeni bir borç doğmaktadır. Böylece sıldoya dayanarak alacaklı dan taraf, bu yeniaccağının eski dayanaklarını (münferit kalemleri) ispat yükünden kurtulmaktadır, doğrudan doğruya yenileme ile doğan alacağa dayanarak alacağını tahsil edebilir. Bu bakımdan alacaklı için bir ispat kolaylığı doğmaktadır.

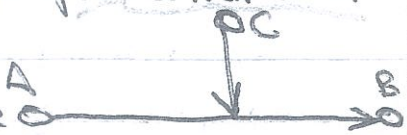
Alacağın yenileme ile sona ermesiyle rehin gibi yan hakların da sona ereceğini belirtmiştik. Fakat BK. 115/s.f. bu kurala istisna getirmektedir. Şöyle ki: Cari hesapta münferit kalemler için bir güvence gösterilmişse bu güvence, gösterildiği miktar içerisinde kalan da sağlamağa devam eder.

Münferit kalemlerden biri geçersizse, (yanılgılında böyle bir alacak yokdüşse); bu halde kalan tanınan borçlu, sözkonusu miktar için nedensiz zenginleşme davası açarak hamiktarda borçtan kurtarılmasını isteyebilir.

§61. BİRLEŞME (CONFUSIO)

I— Birleşme, BK. 116 gereği borcun sona erme sebebidir. Meselâ B borclu B'nin babası M'ye borcu vardır. M ölmüştür; B, M'ye mirasçı olmuştur. Bu durumda B'nin borcu birleşme nedeniyle sona ermiştir. Fakat terekenin resmî tasfiyesi halinde; mirasçı ve murisin malvarlıkları birleşmediğinden, alacaklı ve borçlu sıfatları da birleşmez (B'nin M'ye olan borcu da sona ermez).

II— Birleşme nedeniyle borcun sona ermesi durumunda, alacağı sağlayan yan haklar da sona erer. Fakat alacak üzerinde üçüncü kişiye ait bir rehin ya da intifa hakkı tesis edilmişse; alacak hakkı, birleşme ile ortadan kalksa bile üçüncü kişilerin bu haklarına zarar gelmez. Bu ilke «Ana hakkın ölümüyle yavru haklar ölmez.» şeklinde ifade edilir.



III— BK. 116/II'ye göre birleşme ortadan kalkarsa (örnek olayda mirasçı B, muris M'nin mirasını red ederse); alacak, yan haklarla birlikte yeniden doğar.

IV— BK. 116/III, taşınmaz rehnine ve kıymetli evraka ilişkin özel kuralları saklı tutmaktadır. Şöyle ki: Taşınmaz rehni, asıl alacağın ortadan kalkmasıyla

değil, fakat tapudaki tescilin çizimi ile sona erer. Kıymetli evraklarla ilgili özel hükümler vardır. Meselâ bonoyu ele alalım. Bono, onu düzenleyen borçlunun eline geçse bile borç sona ermez. Sadece sözkonusu bonomu cisimlendirdiği alacak hakkı, bir süre için uykuya yatmıştır. Bunun pratik önemi şudur: Borçlu, sözkonusu bonoyu geçerli olmak kaydıyla — yeniden piyasaya sürebilir ve bonomun ihtiva ettiği alacak, bu durumda yeniden tesesküm eder.

§62. TAKAS

I — Takas, iki kişinin aynı cesitten ve karşılıklı olarak sahip oldukları, olacakları, birbirlerine ödeyecekleri yerde (eylemli olarak) ödeşme sayılmalarıdır. Takas (ödeşme)ın gerçekleşmesi konusunda üç sistem vardır:

1) Eski Roma hukukunda bir takas defi tanınarak bununla yargıtan davanın reddi isteniyordu. Böylece takas, defi yoluyla ve yargıcın kararı ile sona getirmekle ve bu şekilde karşılıklı borçlar ortadan kalkmaktaydı. Takas defi genel bir defi (exceptio doli generalis — MK. 2/II) şeklinde kullanılıyordu.

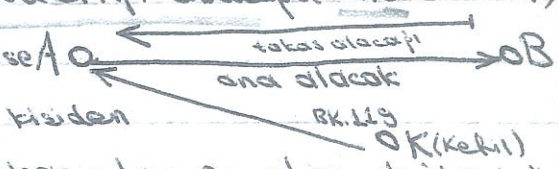
2) Pandekt hukukunda, uzun tartışmalardan sonra Fr. MK 1290'da ifade edilen çözüm şekli kabul edilmiştir. Şöyle ki:

Karşılıklı alacaklar, hiçbir istek açıklaması gerekmaksizin kendiliğinden doğdukları anda takas yoluyla sona ererler (ödeşirler).

3) Daha sonra Prestan Borçlar Tasarısı, 1881 eski İsv.BK, 1900 Alm.MK ve yeni İsv.-Türk BK'ları takasın, ancak borçlunun irade açıklaması ile yapılabileceğini kabul etmişlerdir. Böylece bu sistemde takas, borcu ortadan kaldıran bazen yenilik doğuran bir hak olmaktadır.

Takasın şartları şunlardır:

1) Takas olacak herikli alacak aynı kimseler arasında olmalıdır. (Alacaklının dava ettiği alacağa ana alacak, buna karşı ileri sürülen alacağa ise takas alacağı diyelim.) Borçlu, üçüncü kişiden olan bir alacağın, alacaklıya karşı takas alacağı olarak ileri sürülmesi. Bu kuraldan şu sonuçlar doğmaktadır:



- Borçlu, ancak kendi alacağını takas yoluyla ileri sürebilir. Yoksa başkasının alacağını takas yoluyla ileri sürmez. Meselâ bu kural açısından kefil, alacaklıya karşı ancak kendisinin bir alacağı varsa onu takas yoluyla ileri sürmesi mümkündür. Yoksa borçlunun takas alacağını kendisi kullanamaz. Fakat BK.119 hükmü, bir istisna getirerek kefile asıl borçlunun takas alacağını def'i yoluyla ileri sürme olanağını tanımıştır. Bu suretle kefil, alacaklıya karşı borçlunun

ödemekten kaçınabilir. Bu çözüm bize Alm. MK 770'den alınmıştır.

2) Takas olacak olan her iki alacağın dayanı çeşitten olması gerekir. Her iki alacağın da kumar borcu olması gibi.

takas alacağı
A o ——— ana alacak ———→ B

3) Takas olacak olan her iki alacağın da ödeme günü gelmiş olmalıdır, BK 118. Sözkonusu maddedeki bu ifade yanlıştır. Yalnızca takas alacağının ödeme gününün gelmiş olması gerekir ve yeterlidir. Zira bir kimsenin borcunu ifa gününden önce ödemesinin mümkün olması gibi borçlunun da borcunu ödeme gününden önce takas yoluyla ileri sürmesi mümkündür.

4) BK'nda açıklanmamakla beraber takas için şu şart da aranır: Takas alacağının dava edilebilir bir alacak olması ve bir def'e uğramamış bulunması gerekir. Bu özellikten şu sonuçlar çıkar:

a— Eksik alacaklar (ücretlerin tediyesi, kumar alacağı, ücreti gibi) takas yoluyla da ileri sürülemez.

b— Bir def'e, ya da bozucu yenilik doğuran bir hakka uğramış bir alacak, takas alacağı olarak ileri sürüldüğünde; bu takas karşı sözkonusu def'i veya bozucu yenilik doğuran hak ileri sürülerek takas, geçersiz

kalmabilir. Meselâ takas alacağı, aldatma yüzünden karşı tarafı bağlamayan bir alacak olsun. Bu durumda aldatılan, bozma yenilik doğuran hakkını kullanarak takası geçersiz kılabilir.

BK.118/II, eksik borçların takas yoluyla ileri sürülemeyeceği kaidesine bir istisna getirmektedir. Bu istisnai durum Alm. MK'undan alınmıştır. Şöyle ki: Zamanaşımına uğramış olan bir alacak; takas edilebileceği zaman (ki bu, ona alacağın doğduğu zamandır.), henüz zamanaşımına uğramamış ise takas yoluyla (takas alacağı olarak) ileri sürülebilir. Meselâ onar alacak 19[illegible] doğmuş, takas alacağı ise 19[illegible] de zamanaşımına uğramış olsun. Bu durumda takas alacağı bütün dahi (19[illegible] de) takas ile ileri sürülebilir. Bu çözümün gerekçesi şudur: Borçlu "Nasıl olsa ben bu alacağımı, dava etmesem bile karşı tarafın alacağım dava etmesi üzerine takas yoluyla ileri sürebilirim.," diye güven beslemiş ve bu yüzden alacağın süresi içinde dava etmemiştir.

5) BK.123, bir takım alacakların mutlak olarak aynen ödenmesi gerektiğini, sözkonusu alacakların takas yoluyla ortadan kaldırılamayacağını söylemektedir. Bu alacakların BK.123'de sayılanları şunlardır:

a- Emanet alınmaktan doğan borçlar.

b— Haksız olarak alınan ya da ahkomulan şeyleri geri verme borçları.

c— Nafaka, iş ücreti gibi borçlunun hayatını idame ettirebilmesi için zorunlu olan borçlar.

d— İl, köy gibi kamu hukuku kuruluşlarının vergi alacakları, para cezaları, harçları.

II— 1) MK.864'ün düzenlediği hapis hakkının kullanılabilmesi için alacak ile ahkomulan şey arasında bir ilgi (bağlılık) bulunması gerekir. Hattâ takasta karşılıklı alacaklar arasında bir ilişki bulunması gerekli değildir. Değişik alacaklar da takas edilebilir. Takas alacağının belirli bir miktar olması da aranmaz. BK.118/II'ye göre takas alacağı çekişmeli bile olsa takas yoluyla ödeme sürülebilir. Takas alacağının olup olmadığını ve miktarını yargıç tespit eder. Borçlu, kendisinden borç edilen alacağa karşı takas sanıklan borcunu yenilik doğuran hakkını kullanır. Yargıç da söz konusu hakkın kullanma şartlarının mevcutluğunu saptar. Ana alacak da takas alacağı miktarında sona erer. Meselâ ana alacak 1000, takas alacağı 700 L. ise ana alacak 700 L. miktarında sona erer. Yapılan takasla alacağın sona erdiği sanılması, hakkın ortadan kalktığı itirazını teşkil eder ve yargıç tarafından re'sen nazara alınır. Takasın mut-

laka karşılıklı (müteakabil) dava ile yapılması gerekli olmayıp özel bir açıklama ile de yapılabilir. Takas alacağının miktarı ana alacaktan sorsa ve davalı, hem ona alacağı ortadan kaldırmak hem de asan kısmı elde etmek istiyorsa karşılıklı (müteakabil) dava açması yerindedir.

2) İflâs durumunda takasın imkânı daha da genişlemektedir. Şöyle ki:

a — Kişi, iflâs edince süreye bağlı olanlar bile olsa bütün borçlarının ödeme günü gelmiştir. Bunlara karşı takas dâvâları sürülebilir. Zira takas alacaklarının ödeme günü gelmiştir.

b — BK. 121'e göre (iflâsta ödeme günü gelmeyen) taşınmaz rehnine bağlı alacaklar gibi alacaklar da takas yoluyla ilânı sürülebilir. Hukuk dilinde buna takasın güvence (teminat) görevi diyoruz. Şöyle ki: Alacaklı, iflâs halinde çok defa alacağının tamamını alamazken borçlusuna karşı kendisinin de bir borçlu olması durumunda takas ilânı sürmek suretiyle alacağını tam olarak almış olmaktadır. Meselâ müflisten 1000 L. alacağına mukabil 1000 L. borcum var. Takas ilânı sürersem ben, hiç zarara uğramıyarak alacağımı tam olarak almış olmaktayım.

3) Borçlu, önceden anlaşmaile takastan vazgeçebilir. Yani borçlu, takas yapmayarak borcunu aynen ödeyeceği vaadinde bulunabilir. Borçlu, sonradan da takas hakkından vazgeçebilir. Zira takas, bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan tek yanlı olarak kullanılır.

III — Alm. ve İsv. Türk hukuk sisteminde takas, Fr. ve Pandekt hukuklarında olduğu gibi kendiliğinden iki alacağın doğduğu anda son ermesi şeklinde olmaz. Zira takas, borçlunun tek yanlı olarak kullanabileceği bozucu yenilik doğuran haktır. İrade açıklamasının karşı tarafa varması gerekli ve yeterlidir. Bu hakkın kullanılmasına da bozucu yenilik doğuran işlem denir.

IV — Takasın sonucu: Takas, borçlunun bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmasıyla olmaktadır. Şu kadar ki takas, sonuçlarını önceye etkili olarak doğurmaktadır, BK. 122/II. Alm. MK.'ından alınan bu kuralla Fr. MK ve Pandekt hukukundaki çözüme yaklaşılmıştır. Böylece takas, her iki alacağın takas edilebilecekleri günden başlayarak sonuçlarını doğurmaktadır. Meselâ ana alacak 1980, takas alacağı ise 1971'de doğmuş olsun. Takas 1981'de kullanılsa bile sonuçlarını her iki alacağın takas edilebilecekleri

1971'den başlayarak doğurmaktadır. Yani borç, 1971'de ödenmiş sayılır.

Takasın önleye etkili olması kuralından şu sonuçlar çıkmaktadır:

1) Her iki alacağın takas edilebilecekleri günden başlayarak faiz işlemez. Çünkü borç, her iki alacağın takas edilebilecekleri gün ortadan kalkmış sayılır.

2) Direnmeye düşmüş borçlu, takas yapmakla borçlu direnmesinden de kurtulmuş olmaktadır. Bu yüzden borçlu, direnme faizlerini ödemez ve edime gelen kazadan sorumlu olmaz. Çünkü borç, her iki alacağın takas edilebilecekleri gün ortadan kalkmıştır. Alacaklı, borçlunun direnmesi yüzünden sözleşmeden dönmüş i dilyse acaba takas önleye etkili olarak bu dönme olayını da ortadan kaldırır mı? Alm.MK.unda bu konuda açık kural vardır: Şöyle ki: Borçlu, geciktirmeksizin alacaklının dönmesinden hemen sonra takas yapmışsa; takas, dönme olayını da ortadan kaldırır. BK.muzda bu konuda açık kural yoktur ve Alm.MK.undaki bu çözümün BK.mızın hükümleri açısından kabulünün mümkün olup olmayacağı tartışılabilir. Bizce bu konuda şu hususu da dikkate almak gerekmektedir: Alacaklı sözleşmeden dönme olayına güvenerek kendi edimiyle ilgili olarak üçüncü kişi ile bir borç ilişkisi yaratın

sözleşmesi gibi) teşkil etmişse, artık takasın dönemsonu ortadan kaldırılmayacağı kabul edilmelidir. Bu durumu, müşterek olup bakarak tespit etmek gerekir.

V — Kural olarak takasın tek yanlı istek ve ikbalmesi ile kullanılması yeterli olduğu halde bazan karşılıklı anlaşmalar ile de takas yapılabilir. Bu şekilde yapılan takas anlaşmaları iki türdür:

1) Taraflar, anlaşarak birbirlerinden alacaklarını - aynı cesitten almak ve istemeye yetkilerinin gelmiş bulunması şartlarını aramaksızın - ortadan kaldırabilirler. Burada (sonradan yapılmış bir takas anlaşması) sözbaşı olduğu halde önceye etkilidir.

2) Önceden yapılan bir anlaşma ile takas ise cari hesaplarda görülür. Sonradan ayrıca istek ve ikbalmesinde bulunmak gerekmez. Şöyle ki:

— Taraflar, cari hesap döneminde birbirlerinden olan alacaklarını dava etmemeyi kararlaştırırlar.

— Cari hesap dönemi sonunda bu karşılıklı alacaklar kendiliğinden takasa uğrar. Bakiye varsa ayrıca dava edilebilir.

VI — Takas, mahsuptan da farklıdır. Haksız

fiilden doğan tazminat davalarında mahsup söz konusu olur. Haksız bir fiil neticesi öldürülen hayvanın derisinin değerinin uğradığı zarardan indirilmesi gibi. Nedensiz zenginleşmede; zenginleşen, zenginleşme konusu yaptığı giderleri, zenginleşmeden mahsup edebilir. Mahsubu yapıp, resen nazara alınan halde takas, hak sahibi dilerse kullanır.

Daha önce belirttiğimiz gibi takas, hapis hakkından dört farklıdır. Şöyle ki:

— Hapis hakkı, alacak ile ilgili bir konuda kullanılır.

— Hapis hakkı, yenilik doğuran bir hak olmayıp bir kaçınma hakkı (def'i) dır.

§63. ZAMANAŞIMI

I— Alacak haklarının kullanılması, yasalarca belli sürelerle sınırlanmıştır. Alacaklı sözkonusu süreler içinde alacak hakkını kullanmazsa, alacak hakkı ortadan kalkmaz, fakat borçluya bu alacağı ödemekten kaçınma hakkı (def'i) tanınır. Def'i, mutlaka hak sahibince kullanılabilir. Hak sahibi, def'i dilerse kullanılır. Re'sen nazara alınmaz. Çünkü alacak, ortadan kalkmamıştır. Zamanaşımı kurumunun gerekçesi şudur: Bir alacak hakkı, doğumundan başlayarak uzun süre kullanılmamışsa;

hayat tecrübelerine göre o alacak hakkı yalnızca mamıştır yıl da ödenmiştir. Bu yoldaki bir kararından dolayı BK'mız, zamanaşımına yer vermiştir. Böylece mahkemelerin yükü de azalmış olmaktadır.

II— BK.125'e göre alacak hakları, kural olarak zamanaşımı sürelerine tabidirler. Fakat taşınmaz rehnine bağlanmış alacak hakları, zamanaşımına uğramazlar. Bunun yanında nesnel (aynî) istemler (istihkak davası gibi) için de zamanaşımı sözkonusu olmayıp böyle aynî istemler, kazandırıcı zamanaşımı süreleri ile sınırlıdır. Meselâ maliki, tarlası ile 30 yıl ilgilenmese bile mülkiyet hakkını kaybetmez. Fakat bir başkası bunu, aynı tarlayı 10 yıl (yasal 20 yıl) malik gibi zilyet olarak kullanırsa tarlanın maliki olur. Burada da görüyoruz ki aynî haklar için kazandırıcı zamanaşımı süreleri sözkonusudur. Yenilik doğuran haklar ise hak düşürücü sürelerine tabidirler ve hak düşürücü (sukût-ı hak) süresinin geçmiş olması, yanlarına resen nazara alınır. BK.35'in ifsat bozukluklarında bir yıl içinde kullanılmak üzere irade sakatlanmasına temelde bozucu yenilik doğuran hak gibi. Zira yenilik doğuran haklarda herşey tek yanlı istemle olup bitmektedir. Alacaklılarında talep sözkonusu olduğundan dolayı mümkündür. Fakat

mirasın bölünmesindeki tenkis ve iptal davaları, bozucu yenilik doğuran davalar olduğu halde istisnaî olarak zamanaşımı sürelerine tabidir.

III — BK 125'e göre normal zamanaşımı süresi on yıldır. Her alacak, kural olarak 10 yılda zamanaşımına uğrar. Yasada başkaca bir süre belirtilmedikçe haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme davalarında da bir veya on yıllık zamanaşımı süresi sözkonusu olmaktadır.

BK. 126, bazı alacaklar için beş yıllık kısa zamanaşımı süresi kabul etmiştir.

1) Kira paraları, faizler ve diğer dönemli ödemeler.

2) Erzak bedeli, nafaka alacakları, okul ve bonka paraları.

3) Zanaatkârların, perakende mal satanların ücret paraları; doktor, avukat, müşavirlerin ücretleri.

Çünkü bu tür alacakların çabuk ödenmesi, karinedir.

BK. 127'ye göre yukarıda belirtilen zamanaşımı süreleri, anlaşma ile değiştirilemez.

IV — BK. 128'e göre zamanaşımı, alacağın ödeme gününün gelmesinden (süreye bağlı alacaklarda sürenin bittiği, şarta bağlı alacaklarda şartın gerçekleştiği günden) itibaren başlar. Eğer alacağın ödeme gününün gel-

meşi bir fesh-i ihbara bağlı ise, fesh-i ihbar yapılmamış olsa bile) zamanaşım, fesh-i ihbarın caiz olduğu günden başlar. Meselâ kirada fesh-i ihbar, senelerin 6 ayda sonası için olduğundan zamanaşım 6 hafta sonrasını takip eden günden itibaren başlar.

Zamanaşım sürelerinin hesaplanmasında da borcun ödenmesi sürelerine ilişkin kurallar (BK. 76 v. d. md.leri) uygulanır.

V— Zamanaşımının durması: BK. 132, bir takım durumları zamanaşımının başlamasına, başlamışsa devamına engel saymıştır. Sözkonusu sebepler kalktıktan sonra zamanaşım süreleri yeniden yürümeye başlar. Pandekt hukukunda bu hale proescriptio dormi denirdi. Zamanaşımının durma sebepleri numerus clausus olup yasada sayılanlardan ibarettir, yenileri ihdas edilemez. Şöyle ki:

1) Velâyet devam ettikçe çocuğun, anababasına karşı olan alacakları hakkında;

2) Vesayet süresince vesayet altındaki kimsenin vasisine ya da vesayet makamlarına karşı olan alacakları hakkında;

3) Evlilik süresince karı-kocanın birbirine karşı olan alacakları hakkında;

4) Hizmet ilişkisi süresince işçinin işverene olan alacakları hakkında;

5) Bir Türk mahkemesince koğuşturulması mümkün olmayan alacaklar hakkında (Borçlunun TC'deki ikamet yerini terk edip yabancı bir ülkeye gitmesinde olduğu gibi) zamanaşımı süreleri işlemez.

Bunların dışında yasada ancak açık kural varsa zamanaşımı durur. Miras hukukunda resmi tasfiye sırasında mirasın alacak ve borçları hakkında zamanaşımının durması gibi.

VI — Zamanaşımının Kesilmesi: Bazı sebeplerin varlığı halinde, o zamana kadar işlemiş olan zamanaşımı süreleri yanar ve zaman aşımı, o andan itibaren yeniden işlemeye başlar. BK.133'e göre zamanaşımı, ya alacaklının davranışıyla (alacaklının dava açması, icra koğuşturması, hakeme gitmesi gibi) ya da borçlunun borcunu tanımasıyla kesilir.

1) Zamanaşımını kesen borçlunun borcunu tanıması, bilgi açıklaması nitelikinde olup borçlunun tek yanlı istek açıklamasıyla olur. Borç tanıması zımnî olarak da (bitirici fiil) yapılabilir. Borçlunun borcunun bir bölümünü (mesela faizlerini) ödemesi, ya da borcuna kefil göstermesi gibi.

2) Alacaklının mahkemeye başvurması, icra koğuşturması yapması, hakeme gitmesi zamanaşımını keser. Alacaklının

yalnız edim davası değil tespit davası açması yada alacağın (mahkemede) def'i yoluyla dava ileri sürmesi, zaman aşımını keser.

VII— BK.137, kesildikten sonra yeniden işlemeye başlayan zamanaşımı süresine şu kurallar bağlamaktadır:

1) Yeni zamanaşımı süresi, kural olarak eski zamanaşımı süresinin aynıdır. Fakat bu kuralın iki istisnası vardır ki bu durumlarda eski zamanaşımının süresi nekadar olursa olsun yeni zamanaşımı süresi 10 yıldır. Şöyle ki:

a— Borçlu, borcunu bir senetle ikrar etmisse: zamanaşımı kesilir ve senetle tanınan alacak, 10 yıllık yeni bir zamanaşımı süresine tabidir.

b— Alacak, yargıcın kararına bağlanmışsa; zamanaşımı kesilir ve yargıç kararına bağlı bir alacak, 10 yıllık zamanaşımına tabidir.

2) Yargılama sırasında iki tarafın yargılamaya ilişkin her istemiyle ve yargıcın her kararıyla zamanaşımı kesilir.

3) BK.137 gereğince alacaklının açtığı dava mahkemenin yetkisizliği yada dava dilekçesindeki eksiklik yüzünden red edilir ve bu arada zamanaşımı süresi tamamlanmış olursa alacaklıya yeniden dava açabilmesi için 60 günlük ek

süre tanınır.

VIII — Zamanaşımı süresinin geçmiş olması; alacağın kendisini (muhteviyatını) ortadan kaldırmaz, fakat borçluya zamanaşımına uğramış alacağı ödemekten kaçınma hakkı (defi) verir. Borçlu, önceden yapacağı bir anlaşma ile zamanaşımı defiini kullanmaktan vazgeçmemiş ise de zamanaşımı defi hakkı doğduktan sonra bu hakkını kullanmaktan vazgeçebilir. İkinci halde alacak, dava edilebilir bir hale gelmiştir. Zamanaşımı defiinden vazgeçmek zımnen de olabilir. Meselâ borçlu, zamanaşımı defi hakkı bulunduğunu bilmesine rağmen bir borç tanımasında bulunursa (bir borç senedi verirse); bu halde zamanaşımı defi hakkından zımnen vazgeçmiş sayılır. Borçlu, alacaklısını aldatarak ya da korkutarak veya borcunu ödeyeceği yolunda bir güven yaratarak zamanaşımını geçirtmiş ise onradan zamanaşımı defiini kullanmağa kalkışması, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiğinden alacaklıya, bu durumda alacağını dava edebilmesi için uygun bir süre daha tanınmaktır. 1955 t.li YİBK'nda her ne kadar yeni bir zamanaşımı süresinin başladığı söylenmekte ise de bu teşhis, hatalıdır. Sözkonusu olan alacaklıya dava açabilmesi için uygun bir süre verilmesi haklıdır.

IX— Zamanaşımına uğramış borç, eksik bir borçtur. Bu kuraldan şu sonuçlar doğar:

1) Zamanaşımına uğramış borcu, borçlu ödediğinde bu geçerli bir ifa sayılır. Bağışlama değildir.

2) Zamanaşımına uğramış bir borç, takas edilebileceği anda henüz zaman aşımına uğramamış idiyse; böyle bir alacak, her zaman için takas yoluyla ilasi sirilebilir.

3) Taşınmaz rehnine bağlanmış alacaklar, hiçbir surette zamanaşımına uğramazlar. Buna karşılık taşınır rehnine bağlanmış bir alacak, BK.138 gereği zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki alacaklı, her zaman için taşınır rehnini paraya çevirerek alacağın rehin konusu değin satış parasından alabilir. Mesela 1000L.lk alacağın için bir saat rehin verilmiştir. Alacağın da üzerinden 15 yıl geçmiştir. Ben bu durumda alacağın zamanaşımına uğramış olmasına rağmen rehin saati satarak onun satış bedelinden alacağımı tahsil edebilirim.

X— BK.131'e göre asıl alacak zamanaşımına uğradığında yan haklar (faiz gibi) da zamanaşımına uğra-

mız olur.

BK.129/I ise, ölünceye kadar irat sözleşmesi gibi dönemli edimler doğuran borç ilişkileri için özel bir sona erme nedeni getirmektedir. Şöyle ki: İlk geçiken periyodik edimin ödeme gününün gelmesinden başlayarak 10 yıl geçince, periyodik edimleri doğuran tüm borç ilişkisi ortadan kalkar. Meselâ başkasına ev için sağlık boğunca irat alan bir kimsenin ilk edimin ödeme gününün gelmesinden itibaren 10 yıl geçince temel borç ilişkisi de ortadan kalkar.

Örnek olay: A, zamanaşımı süresi geçtikten sonra B'ye karşı alacak davası açmıştır.

Soru: Yargıç, görevinden ötürü bu davayı red edebilir mi?

Burada nasıl bir borç, sözkonusudur?

Cevap: A'nın alacak hakkının zamanaşımına uğramış olması, alacak hakkını ortadan kaldırmaz. Fakat borçluya, alacağı ödemekten kaçınma hakkı (def'i) verir. Def'iler ise yargıç tarafından re'sen nazara alınmaz. Def'i hakkının sahibi B, dilerse bu def'i kullanır. Def'iler zamanaşımına uğramadıklarından her zaman için kullanılabilirler.

Zamanaşımına uğramış bir borç, eksik borçtur.

Yani borclu; zaman aşımına uğramış borcunu ödese bu, bir başlama sayılmaz. Gerçek bir ifa nitelliğindedir. Hatta takas edilebileceği ana zamanaşımına uğramamışsa, alacak hakkı sahibi tarafından her zaman için takas alacağı olarak ileri sürülebilir.

IX. Bölüm
BORÇLARDA ÖZEL İLİŞKİLER

§64. Şartlar. (Ersin den anlat!)

§64. SÖZLEŞME CEZASI (CEZAİ ŞART)

I — Sözleşme cezası, şarta bağlı sözleşmelerinen önemli bir çeşitidir. Şart, bir hukuki işlemin sonuçlarını gelecekteki ve belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı tutmak demektir. Sözleşme cezasında borçlu, borcunu gereği gibi ya da hiç ödemediği takdirde ya da zamanında ve yetkili şekilde yapmadığı alacaklıya sözleşme cezası denilen bir para ödemeyi vaad eder. Meselâ "sattığım radyoyu 1 Haziranda teslim etmezse geciktiğim her gün için 10 L. sözleşme cezası ödemeyi vaad ediyorum" dersem ve alacaklım da bunu kabul ederse demek böyledir. Ya da radyoyu hiç teslim etmezsem alacaklıma 1500 L. sözleşme cezası ödemeyi kararlaştırabilirim. Sözleşme cezasının iki faydası vardır.

1) Sözleşme cezasıyla borçlu, edimi zamanında yapmaya zorlanmış olmaktadır.

2) Alacaklı, bir zarara uğradığını ispat yükünde kalmaksızın sözleşme cezasını dava edebilir. Fakat alacaklı sözleşme cezasından da fazla zarara uğramışsa, bu fazla kısmı alacaklının ispatı gerekmektedir.

II— Sözleşme cezası, borcun hiç ya da gününde ödenmemesi durumunda istenebilir. Fakat İsv.-Türk hukuk sisteminde borcunu hiç ya da gününde ~~[illegible]~~ ödemeyen borçlunun bundan kusurlu bulunması gerekmektedir. BK.161/II'ye göre borçlu, borcunu ödemeyerek kusuru olmadığını ispatlayarak sözleşme cezasını ödemekten kurtulabilir. Pandekt hukukundaise bu durum, tartışmalıydı.

III— Sözleşme cezası, alacağı genişleten bir yan haktır.

Anaalacak ile sözleşme cezası denilen yan hak arasındaki ilişki şu şekildedir:

1) Tarafların başkaca anlaşmaları yoksa, sözleşme cezası hakkında BK.158'in getirdiği şu yedek hukuk kuralları uygulanır:

a— Sözleşme cezası, borcun hiç ödenmemesi ya da kötü ödenmesi durumu için konulmuşsa; BK.158/I gereğince alacaklı, ancak ya borcun ya da sözleşme cezasının ödenmesini isteyebilir.

b— Sözleşme cezası, edimin vaktinde ya da ödeme yerinde ödenmesini sağlamak için (meselâ geciken her gün için 10L gibi) konulmuşsa; bu durumda alacaklı, hem edimin yerine getirilmesini hem de sözleşme cezasını isteyebilir. BK.158/II'ye

göre alacaklı, geciktiriz olan edimi ihtirazî kayıt koymaksızın kabul ederse artık sözleşme cezası isteyemez.

2) Taraflar anlaşarak yasadaki bu düzenlemenin tersini kararlaştırabilirler. Meselâ borçluya sözleşme cezasını ödemesi halinde sözleşmeden dönme hakkı tanınabilir. Bu takdirde ise borçludan, artık başka bir tazminat isteneminyeceği kabul edilmelidir. Hukuk dilinde bu duruma cayma akçesi ya da cayma cezası vaadi (wandelgön) denmektedir, BK. 158/III. Bu yolda bir anlaşma yapıldığını ispat yükü borçludadır.

IV — BK. 159/I'e göre alacaklı, hiçbir zarara uğramamış olsa bile yine sözleşme cezasını isteyebilir. Tam sözleşme cezasının istenebilmesi için alacaklının bir zarara uğramış olması şart olmayıp, borçlunun kusurlu bulunması yeterlidir. Fakat bu konuda BK. 159/II, hukuk sistemimize uymayan bir kural getirmektedir. Şöyle ki: Alacaklı, sözleşme cezasından daha çok bir zarara uğramışsa; alacaklı, bu fazla zararı ancak borçlunun kusuru olduğunu ispatlayarak isteyebilir. BK. 96'daki "Borçlu, borca aykırılıkta kusuru olmadığını ispat(lamadıkça) meydana gelen zarardan sorumludur." ilkesine ters bir çözüm getirmektedir. BK. 159/I'deki bu kural tam alacaklı, sözleşme cezası şart ederek daha elverişli bir duruma geçmek isterken; sözleşme cezasından daha çok bir

zarara uğradığında, bu zararın ödettirilmesi için borçlunun kusurunu ispat zorunda kalması bakımından dahal-veriksiz (güç) durumda düşmektedir.

BK.161/III'e göre yargıç, fahiş görülüş sözleşme cezasını indirebilir. (Burada yargıcın, sözleşmeye müdahale olması söz konusu olmaktadır.) Fakat Ticaret Kanunu.2'ye göre ticari ilişkilerde yargıcın bu tür müdahalesine olanak yoktur. Belki ticari ilişkilerde bu durumda BK.21'deki gabin hallerine ya da BK.19 ve 20 hükümlerine dayanılabilir.

V- Gerçek olmayan sözleşme cezaları (cezai benzer vaadler): Bu durumda kişi, bir edimle yükümlü olmamakla beraber, yerine getirmeyi vaad ettiği edimi kendi dilediğiyle yerine getirmezse bir sözleşme cezası vaad eder. Uygulamada bu, taşınmaz mülkiyeti geçirimi edimlerinde çok görülmektedir. Taşınmazlarda bu tür vaadler, vaad eden borçlu kalmakla beraber, dolayısıyla o işi yapmaya zorladığı için gereken resmi biçimler uyulmadan yapılmışsa geçersiz sayılmalıdır.

§65 PEY AKÇESİ

I- Taraflardan biri, uygulamada sözleşme kurulurken diğerine çok defa pey akçesi (arra) verir. Peyak-

çesinin yorumlanması konusunda Fransız hukuku ile Alm. ve İsv.- Türk hukuk sistemleri arasında fark vardır. Pey akçesi, Fr. MK. 1590'a göre cayma akçesi sayılacağı yolunda bir yorum kuralı getirilmektedir. Alm. MK ve İsv.- Türk BK'ları ise şüphe halinde pey akçesinin bağlılık akçesi sayılacağı yolunda hükümler taşımaktadır. BK. 156/II'ye göre pey akçesi, taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğuna delil teşkil eder.

1) BK. 156/I'e göre pey akçesi, bağlılık akçesi sayılır; sözleşmenin kurulduğuna delildir (arra confirmatoria). Pey akçesi ödeyen sözleşmeyle bağlanmış duruş yoksa pey akçesini terk edip sözleşmeden cayamaz, sözleşmeyi yerine getirmek zorundadır. BK. 156/II'ye göre tersine anlaşma ya da teâmül yoksa pey akçesi asıl edimden indirilmez. Alm. MK da bu çözümü kabul etmişti. Fakat tatbikatta tersine teâmül vardır (yani pey akçesi asıl edimden indirilir).

2) Taraflar, anlaşarak pey akçesini bir cayma akçesi olarak kararlaştırmışlarsa, pey akçesi ödeyen, ödediğini bırakarak; pey akçesi alan ise almış pey akçesinin iki katını vererek sözleşmeden caydırılır. (cayma akçesi: arra poenitentialis) Pey akçesi, şüphe halinde bağlılık akçesi olarak kabul edilir. Fransız hukukunda ise pey akçesi, dönme (cayma) akçesi olarak yorumlanmaktadır.

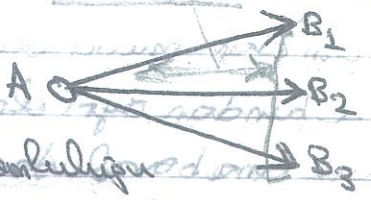
3) Taraflar, anlaşarak bağlılık akçesi olarak yorumlanan peyakçesini ceza akçesi (arra poenalis) olarak kararlaştırabilirler. Avusturya MK, Polonya BK, Yeni İtalya MK ve eski Ticaret Kanunumuz peyakçesinin ceza akçesi olarak yorumlanacağını kabul etmişlerdir. Ceza akçesinde durum şöyle olmaktadır: Ceza akçesini veren, kusurunla sözleşmeyi yerine getirmese ceza akçesini tesin olarak kaybetmiş olmaktadır. Cayma akçesinden farklı olarak ceza akçesi; dayanın bununla sözleşmeden cayması durumu-nda değildir. Ceza akçesinin sağlandığı diğer bir kolaylık da sudur: Ceza akçesi alan kimsenin uğradığı zarar, aldığı ceza akçesinden fazla ise, bu farkı ispatlayarak zararını dava edebilir.

II— BK. 157'ye göre işverenin yaptığı ücret kesintisinin bir sözleşme cezası (yani işverenin, zararı-nı ne olursa olsun bilmeksizin bir para) olarak değil de işverenin ancak gerçekten zarara uğraması durumunda, uğradığı bu zararın pivenesi sayılacağını belirtmiştir.

X. Bölüm
MÜTESELSİL BORÇLAR VE MÜTESELSİL ALACAKLAR

§66. MÜTESELSİL BORÇLAR

I— Müteselsil borcun mahiyeti: BK. 142'ye göre alacaklı, birden çok borçlularından her birden alacağının tamamını isteyebiliyorsa; müteselsil borçvardır. Borç tamamen ödeninceye kadar borçluların sorumluluğu devam eder. Müteselsil borcun en önemli unsuru, borç ilişkisidir. Borç ilişkisi, alacaklı ile her bir borçlu arasında bulunur. Borçilişkisinden doğan münferit alacak hakları ise alacaklı ile müteselsil borçlulardan her biri arasında ayrı ayrı bulunmaktadır. Öyle ki alacaklının, müteselsil borçlulardan her birine karşı yarısan iki veya daha çok bir takım alacak hakkları vardır. Teselsil de yarısmanın özel bir çeşitidir. Şöyle ki: Yarışan haklar, aynı borçluya değilde birden çok borçluya karşı fakat aynı hukuki sebep yüzünden bulunuyorsa; buna teselsül denir. Birden fazla hak, ayrı hukuki sebeplere dayanıyorsa teselsil değil yarışma sözkonusudur. Teselsülün yarışmadan farklı olarak aranan şartı, sözkonusu hakların aynı hukuki sebepten doğmuş olmalarıdır. Böylece Türk hukuk sisteminde — İustinianus hu-



kukundan farklı olarak — müteselsil alacaklının, birbirinden bağımsız bulundukları kabul edilmiştir. Bu sebepler yüzünden borçlulardan biri için kefil olunduğunda, diğer borçlular için de kefil olunmuş sayılmaz. Müteselsil borç, ferî borçtan da farklıdır. Meselâ kefilin borcu, ferî borçtur. Yani kefilin borcunun doğumu için ana borcun doğumu ve varlığı gerekmektedir. Âdi kefilin borcu ise bundan ayrı olarak hem ferî, hem de tâlî'dir. Borç, ancak ana borçludan alınamadığı takdirde âdi kefilden istenebilir. Müteselsil borçlar, yek diğerinden gerek doğum gerekse muhtevaları itibarıyla muhtelifdir. Öyle ki müteselsil borçlulardan birinin borcu doğmamakla diğerleri doğabilir. Müteselsil borçlar, bundan başka birbirinin ferî olmadığı gibi tali borçlar da değildir. Alacaklı, her bir müteselsil borçluyu doğrudan doğruya dava edebilir.

II — 1) BK.mızın sisteminde müteselsil borç, bu hususta ya bir anlaşma ya da bir kanun hükmünün bulunmasıyla mevcut olabilir. Yoksa doğrudan doğruya müteselsil borç doğmaz.

2) BK. 50'ye göre birden çok kişiler, ortak bir kasdu-sur ile bir haksız fil işlerlerse, bu fillerin aslî ya da ferî fail olmalarına bakılmaksızın müteselsilen sorumlu olacaklar

kabul edilmektedir. Bunun şartı, müşterek kusurun bulunmasıdır.

3) Alacaklı, BK. 142'ye göre müteselsil borçlulara karşı hakkını şu iki yoldan biri ile arayabilir.

a— Alacaklı, isterse her müteselsil borçludan birlikte ya da birbiri ardı sıra tam edimi isteyebilir. Borçlulardan her birine karşı da icra takibi yapılabilir. Borcun tamamını müteselsil borçlulardan birinden almışsa, ötekilerine karşı olan icra takibi düşer.

b— Alacaklı, isterse alacağının bir bölümünü müteselsil borçlulardan birinden, diğer bölümleri de diğerlerinden isteyebilir.

4) Müteselsil borçlulardan her biri, BK. 143/5'e göre yalnıza ortaklaşa savunmaları değil fakat şahsî savunmaları da ileri sürebilirler. Ortaklaşa savunmalar, borcun ortaklaşa doğum sebebinden çıkan ya da borcun muhtevasından oluşan savunmalar (def'i, itiraz, yenilik doğuran hak gibi) dır. Alacaklının ehliyetsiz olduğu, borcun konusunun imkânsız bulunduğu, sebebe bağlı akitlerde sebebin noksanlığı ortaklaşa savunmalarak borçlulardan herbiri tarafından ileri sürülebilir. Şahsî savunmalar ise borçlunun kendisinin ehliyetsiz olduğu, kendi alacağı ile takas imkânı bulunduğu gibi savunmalardır. Müteselsil borçlulardan her biri kendi şahsî savunmasını ileri sürebildiği halde diğer borçlunun şahsî savunmaların

kullanamaz. Zira müteselsil borçlulardan her birinin borcu diğerinden müstakildir.

5) Her bir borçlunun borcunun diğerinden müstakil olmasından hareketle BK. 144. su prensibi koymaktadır: Müteselsil borçlulardan hiç biri, kendi fiili ile diğerlerinin durumunu ağırlaştıramaz. Şöyle ki:

a — Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıyla anlaşarak sözleşme cezası kabul etse ya da daha öğrenci ödemede bulunacağı vaadinde bulunursa; bu, ancak kendi borcunu ağırlaştırır.

b — Müteselsil borçlulardan biri, borcunu ödemede temerrüde düşerse, temerrüt sonuçlarından ancak kendisi sorumlu tutulur. Ancak kendisine yapılan ihtar, onu temerrüde düşürür. Temerrüt faizlerini öder.

c — Müteselsil borçlulardan biri, kusuru ile edimi imkânsız kılarsa; BK. 96 ya göre ancak kendisi sorumlu tutulur. Diğerleri de BK. 117 gereği, kusursuz imkânsızlık nedeniyle borçlarından kurtulurlar.

d — Müteselsil borç, zamanaşımına uğramış olup da müteselsil borçlulardan biri zamanaşımı def'i hakkından vazgeçerse, ancak kendi def'i hakkını kaybeder. Ötekilerin def'i hakları saklıdır.

e — Müteselsil borçlulardan biri davayı kaybederse,

bundan ötekileri zarar görmez. Kesin hükümdür, ancak davası ile kendisine dava açılanı bağlar.

6) BK.145'e göre müteselsil borçlulardan biri, alacaklıyı tatmin ederse; ötekiler de borçundan kurtulur. Alacaklıyı tatmin; ifa, takas, ifa yerine edim v.s. ile olabilir. BK.145/II'ye göre borçlulardan biri, alacaklıyı tatmin etmekle borcundan kurtulursa; diğerlerinin de borçundan kurtulup kurtulamayacaklarını anlamak için durumu ve borcun mahiyetine bakmak gerekmektedir. Durum ya da borcun mahiyeti hâkim gösteriyorsa, örneğin zamanı diğerleri de borçundan kurtulmuş olurlar. Alacaklıyı tatmin etmekle borçlunun borçundan kurtulması, şu şekillerde olabilir:

a— İbrada, yalnız alacaklının ibra ettiği borçlu borçundan kurtulur. Diğerleri yararlanamazlar. Fakat aksi durumda anlaşılabilir ya da karar verilebilir. Mesela müştereken senedin iadesi, diğerlerini de borçundan kurtarır.

b— Tecdit'te de alacaklı tatmin edilmemiştir. Sadece yeni bir alacak doğmuştur. Dolayısıyla diğer borçlular, borçlarından kurtulamaz.

c— Borçlulardan birinin borcu zamanaşımına uğramış olmasına rağmen diğerlerinin borçları zamanaşımına uğramamış olabilir.

d— Alacaklının davasını red edenek kesin hü-

kümelte eden borçlu, sadece kendisi kesin hükümden yararlanır. Kesin hüküm, diğer borçlulara tesir etmez.

e — Fakat celbin kusursuz imkânsızlığı durumunda, tüm müteselsil borçlular, borçlarından kurtulurlar.

7) Müteselsil borçlulardan biri, borcun tümünü ödese; BK.146'ya göre diğer borçlulara rücu' edebilir. Meselâ B, vekillik ilişkisi yüzünden borçlu olmayı müteselsilen kabul etmişse; alacaklı A'dan hakkım alırsa A ile B arasında rücu anlaşması olmadığından A, B'ye rücu edemez. Rücu, alacaklının ibra ettiği müteselsil borçluya karşı doğmuştur. Yani misâlde alacaklı B'yi ibra etmişse bu münasebet bakımından ona başvurmaya imkân yoktur. Fakat iç ilişkide A, B'ye olan rücu' hakkını korur. Zira alacaklı iç ilişkiye tesir edemez. A, alacaklıya ne miktar ödemişse; o miktar üzerinden B'ye rücu edebilir. Meselâ 100 L.lik borçtan A, 80 L.lik ödemeyerine edim vererek tümborcu ödemişse B'ye ancak 40 L.için rücu edebilir.

alacaklı O → B vekil, → A

Müteselsil borçlulardan biri, borcun yalnız bir bölümünü öderse, ilişkide ancak kendine düşen payı asan kişiler için diğer borçlulara müracaat edebilir. Ortak savunmaları olduğu halde kusurlu olarak bunları ileri sürmeksizin ödemede bulunan borçlu, diğerlerine rücu edemez. BK.146/III'e göre

Böylece A'nın B'ye yarısan iki hakkı değil yalnız rücû hakkı vardır.

g) Türk hukukunda teselsül, ancak aynı hukukî sebepten doğan alacaklarda olabilir. Müteselsilen yapılan sözleşmede, sözleşme konusunun aynı olması gerekmektedir. Birden çok kişiler aynı hukukî sebepten dolayı borçlanmışlarsa; BK. 51 gereğince aralarında teselsül değil yarısma vardır ki buna eksik ya da gerçek olmayan teselsül de denir. Teselsülle yarısma arasındaki başlıca fark, iki'dir:

a— Ancak teselsülde BK. 134 gereği müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımı kesilirse, ötekilere karşı da kesilir.

b— Ancak teselsülde hâlâ hayat sözkonusudur. Yarısmada hâlâ hayat yoktur.

§67. ALACAKLILAR ARASINDA TESELSÜL

I— Birden çok alacaklılar, borçludan tüm edimi isteyebilir ve borçlu da bunlardan birine karşı ödemede bulunmakla borcundan kurtulabilirse, alacaklılar arasında teselsül vardır. BK. 148'e göre alacaklılar arasında teselsül kendiliğinden doğmaya bunu alacaklılara ya borçlu tanır, ya

da kanun hükmüne dayanır. Teselsil konusunda anlaşma, sarih ya da zımnî olabilir. Teselsilin gayesi; gerek alacaklıların haklarını koldaca takip imkânını vermek, gerekse borçluya alacaklılardan birine ödemede bulunarak borcundan kurtulma imkânını sağlamaktır. Kanun hükmüne dayanan teselsili kiracının kiracısında görürüz. A → B, B → C İlkinci kiraya karşı gerek kiralayan gerekse ilk kiracı müteselsil alacaklı durumundadır.

II— Müteselsil borçlarda olduğu gibi müteselsil alacaklarda da bir borç ilişkisi vebundan doğan birbirinden bağımsız müteselsil alacak hakları vardır. Burada da müteselsil alacaklılar, kendi alacak haklarında bağımsız tasarruflar bulunabilirler; yani alacak haklarını devredebilirler, ibra edebilirler. Birinin zamanaşımının kesilmesi, ötekinin de zamanaşımının kesilmesini gerektirmez. Bunlar arasındaki başlıca bağlılık, BK. 148/II'ye göre, borçlu müteselsil alacaklılardan birine edimde bulunursa ötekilere karşı da borcundan kurtulmuş olur. Bundan başka müteselsil borçlardaki gibi müteselsil alacaklılardan biri, temerrüdü ile diğer alacakluların durumunu ağırlaştıramaz.

III— Müteselsil alacaklılar arasında eşitlik, bunlardan birinin takipte yapmaya başlamasına kadar süre. Borçlu, ancak bu ana kadar alacaklılardan birine ödemede bulu-

mirak borcundan kurtulabilir. Buradan itibaren borçlu, ancak takibat yapan alacaklıya ödemede bulunarak rakiplerine karşı da borcundan kurtulabilir.

IV— Müteselsil alacaklılar arasında da iç münasebette rücu hakkı mevcut olabilir.

§68. BÖLÜNMEZ EDİMLİ BORÇLAR

I— BK.69'da bölünemeyen bir edimin birden çok alacaklıya karşı borçlanılması ya da birden çok borçlu tarafından borçlanılması düzenlenmiştir. Bölünemeyen edim, mahiyeti değişmedikçe veya değeri azalmadıkça bölünemeyen edim demektir. Bir elbisenin dikimi gibi.

II— Birden çok alacaklıya karşı bölünemeyen bir edim borçlanılmışsa, teselsül kararlaştırılmadıkça BK.69'a göre borçlu, ancak bütün alacaklılara birlikte ödemede bulunabilir. Fakat alacaklılardan her biri, edimin hepsine birden yapılmasını isteyebilir.

III— Birden çok borçlular, bölünemeyen bir edimle borçlanmışlarsa, BK.69'a göre (üçüncü fıkra) borçlulardan her biri tüm edimi ifaile mükellef olurlar. BK, borçluların teselsülüne benzeyen bu tezahür üzerinde teselsül saymamıştır. Bununla birlikte burada teselsül hükümlerinin en önemli kurallarından rücu ve halefiyet uygulanır. Oysa BK'nun teselsülü kabul etmesi yerinde olurdu.

XI. Bölüm

BORCUN NAKLİ VE ALACAĞIN DEVRİ İŞLEMLERİ

§69. ALACAĞIN DEVRİ

I- Roma hukukundaki eski anlayışa göre bir borçilişkisi, alacaklıyla borçlunun şahıslarına bağlı bir ilişikti. Bu yüzden de eski Roma hukukunda alacak hakkı başkasına devredilemiyordu. Ona sonraki devirlerde bu kurumun yerini yenileme ve tahsil yetkisi kurumunun doldurmuştu. Alacaklı, alacağını devredeceği kimseye al.h adına tahsil yetkisi (vekâleten) verir ve tahsil ettiği alacağın da kendisinde kalacağını kabul ederdi. Bu usûl, Pandekt hukukunda da devam etti. Bugünkü hukukta BK. 164'e göre alacaklı, kendiden borçlunun rızası hattâ bilgisi bile olmaksızın alacağı başkasına geçirebilir. Alacağın devri, devredilenle devreden arasında yapılan bir akitle olur. Bu akit, bir borçlandırmı işlem olmayıp alacak hakkına doğrudan doğruya tesir eden bir harcama (tasarruf) işlemidir. BK. 1 v.d. mdeki akdin kurulmasına ilişkin kurallar burada da uygulanır. Alacağın devri, şartlı olarak da yapılabilir. Kazandırıcı bir işlemdir. Bu işlemle bir mal veya hak kazandırıldığında mütekabil bir hukukî nedeni vardır. Hibe, ifa, ifa yerine edim gibi. Hukukî bir neden olmaması devremenda sebepsizlik teşkil eder. Alacağın temliki, hukukî nedenden yoksun bir işlemdir. Çünkü

alacağın devrinde; borçlunun, alacağın devrinin hukuki sebebini araştırmak yükümünde bırakmaksızın yalnızca alacağın devri işlemine bakarak borcunu isteyip borcundan kurtulması imkânı sağlamaktadır. Borçlu hukuki sebebin geçerliğini araştırmak zorunda değildir. Hukuki sebep gerçekleşmesi bile olacak yine geçerlidir. Eğer alacağın devri hukuki nedene bağlı olsaydı, borçlu bu hukuki sebebi araştırmak mecburiyetinde kalacaktı. Mal bulunsun kurtulamazdı.

II— Müşterek hukuk ve Alm. hukukundan farklı olarak BK. 164'a göre alacağın geçirilmesi şekle bağlıdır. Aksi halde devir anlaşılamaz. Bu hükmün gayesi, yine devrin mücerret olması gibi borçlunun yeni alacaklısını kolayca tanımasına imkânı vermektir. BK. 11 v.d. ndaki yazılı şekle ait hükümler burada da uygulanır. Şeklin tamamlanması için, tek taraf devredenin imzasının bulunmasıdır.

III— BK. 162/II'ye göre alacağın devredeceğini ihtar (borçlunu işlemine esas teşkil etmesi borçlunun işlemi) şekilsiz olarak yapılabilir. Çünkü alacağın devri için borçlunun bir önemli sayılmaz. Sayılsaydı şekle bağlı olması gerekirdi.

IV— Devredenin, alacağın devrolmasının bir sonucu olarak hiçbir hakkı kalmaz. Alacak devralanın tasarrufuna geçer.

hangi derecede olduğu
Tahsilinin sürecine devrolur

V- Alacağın geçirilmesi, sebebe bağlı olmayan bir tazammun olduğu için inançlı olarak da yapılabilir. Mesela tahsil etmeyi için alacak, üçüncü kişiye geçirilebilir. Fakat aynı alacak temsil yetkisi verilerek de tahsil ettirilebilirdi. Yine devr olana karşı olan bir borcu sağlamak için de alacak, inançlı olarak geçirilebilir. Alacağı rehin edecek yerde inançlı olarak devr olana geçirmek de mümkündür. Borcunu ödeyince alacağı, devr olan devr edene geri verecektir. Bu kümkü yasen rehin hakkına da uygulanır.

§70. ALACAĞIN DEVRİNİN HÜKÜMLERİ

I- BK. 162'ye göre alacağın geçirilmesinin konusu, borç ilişkisi olmayıp borç ilişkisinden doğan müntezir alacak haklarıdır. Mesela bir satım sözleşmesinde satıcı, ancak ferdi alacağını (senedi) başkasına geçirebilir fakat borç ilişkisini (satıcı durumunu) başkasına devredemez. Böylece söz konusu borç ilişkisinden kendisi için doğan A ⟶ B borçları yine kendisinde kalır. BK da bu yolda müntezir hükümler getirmektedir. Mesela adi ortaklıkta bir ortak, kendi ortak durumunu bir üçüncü kişiye geçiremez. Bu, ancak diğer ortakların da rızası ile olabilir. Kanun hükmü gereği olarak bütün bir borç ilişkisinin üçüncü kişiye geçmesi durumunu kira aktinde görmekteyiz. BK. 254/II'e göre

yeni malik fesh-i ihbarda bulunmazsa; devreye veren lik durumu(eski malikin) bilhalinde kanun gereğince yeni malike geçer. BK.162/I'e göre kaldıran(yani ortadan bir anlaşma ya da kanun hükmü bulunmadıkça veya borçlu-lisin malikiyeti mevcut olmadıkça) bütün alacaklar başkasına devredilebilerler. Bu kural'ın bazı istisnaları vardır. Şöyle ki:

1) Kanun hükmü gereği devrolabilen bazı alacakların devredilmesi men edilmiştir. Meselâ işveren hizmet akdeden, ölünceye değin bakım borcu alacağını başkasına devredemez. Kanun hükmü buna engeldir.

2) Hukuki ilişkinin mahiyeti de eğer edimin konusunda değişme olacaksa alacağın geçirilmesine engeldir. Meselâ alacaklının ihtiyaç durumuna göre değişen nafaka alacağı başkasına devredilemez.

3) Alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşma (pactum de non cedendo) ile de bir alacağın devri önlenebilir.

Bu üç durum dışındaki bütün alacaklar devredilebilir.

II- Yukarıdaki sebeplerden dolayı başkasına geçirilemeyen alacakların devri izleyeni yoktur, alacaklar devredilmemiş sayılır. Fakat BK.162/II'ye göre başkasına

geçirilemiyeceği kaydı konulan bir alacağı (anlaşma ile) iyiniyetle kazanan kişinin, bu kazanması korunur. Yani iyiniyetli üçüncü kişiye alacağın devredilemiyeceği anlaşması (pactum de non cedendo) ileri sürülemez. Bundan başka borçlunun menfaati için alacağın devri yasaklanmışsa borçlunun muvafakat (izin ya da icazeti) ile alacağın devri muteber kılınabilir. Ayrıca convention (tahvil) de Türk Medeni Kanunu burada da yer verilmiştir. Şöyle ki: Başkasına geçirilemeyen bir alacağın devri, tahsil yetkisine çevrilerek muteber tutulabilir. Devralanın hiç olmazsa tahsil yetkisinin bulunduğu kabul edilir. Böylece devralan, devredenin temsilcisi olarak alacağı tahsil edebilir.

III — Alacaklar, ödeme günü gelmeden de devredilebilirler. Bundan başka geçiktirici şarta bağlı alacakların da şartın gerçekleşmesinden önce devredilmesi mümkündür. Yine bunun gibi doğmada gelecekteki alacaklar (henüz kiralanmamış bir evin kira ücreti, satılmamış bir malın semeni) üçüncü kişiye devredilebilir. Öyle ki şart gerçekleşince ya da özü konusunal saptanınca veya kiralanınca alacak, devredilenin sahasına doğar, yeni bir devir muamelesine gerek yoktur.

IV — MK. 868/I gereği olarak ancak başkalarına verilebilen alacaklar, haczedilebilirler ya da rehnedilebilirler.

V- Aynı taleplerle (istihlak davası, mülkiyetin men'i davası, eğer sözleşmesi bir taşınmaz ise taşınmazın iadesi davası) başkalarına dava edebilirler mi? Bildiğimiz gibi aynî talepler, bir alacak hakkı değildir. Mülkiyetini isteyen kimse (istihlak davasında), başkasının malı olmadan bir edim istemeksizin; bizzat kendi hakkını istemektedir. Bu sebeple temel taleplerin üçüncü kişilere, devri önce Pandekt hukukunda ve oradan da Almanya hukukunda kabul edilmiştir. Von Tuhr haklı olarak istihlak talebinin üçüncü kişiye devrinin İsv. hukuk sistemine uygunluğu açıklamaktadır. Temel taleplerin salt üçüncü kişilere devrine cevaz verilmesi; malik, mülkiyet talebini başkasına geçirince davasız (takipsizlik) bir mülkiyete sahip olmuş olacaktır. Ancak bu malına yapılan tecavüzleri mülkiyet davaları ile koruyamayacaktır. Böylece İsv. hukukunda davasız bir mülkiyet, kavram ortaya çıkmış olacaktır ki bunu kabule imkân yoktur. Oysa Türk hukuk sisteminde takipsiz mülkiyet, tanınmadığı için temel taleplerin üçüncü kişilere geçirilmesine de cevaz verilmemektedir. Bunun dolayısı ile, Türk hukukunda temsil yetkisi verilerek tarafsızlaştırılabilir. Yani malik, başkasına mülkiyet talebini ileri sürmesi için temsil yetkisi verebilir. Böylece

nakitin mülkiyet talebi da sakli kalmis olur.

§71. ALACAĞIN DEVRİNİN ÇEVRESİ (SINIRLARI)

I — Alacağın devrinin çevresi, tarafların istediğine göre belirlenir. Böylece alacaklı, alacak hakkının tamamını ya da bir bölümünü üçüncü kişiye geçirebilir.

II — BK. 168/I'e göre alacağın devrinde, alacağın sağlanmasına ilişkin olanların dışındaki başkaca rehnin (istirdat) hakları ile feri haklar da alacakla birlikte alacağı devr alana geçer. Bu, yasadan doğan bir geçiştir (~~essentialia~~ naturalia negotii). Alacak ile geçen feri hak-ların başlıcaları şunlardır:

a — Rehin, kefalet gibi alacağı sağlayan feri haklar. Mülkiyeti saklı tutma hakkının maddi anlamda bir feri hak olup olmadığı, yani geçirilene kendiliğinden geçip geçmeyeceği tartışmalıdır.

b — Faiz gibi alacağı genişleten feri haklar. BK. 168/III'e göre birikmiş faizler de bu gruba girer. Akit cezası da henüz gerçekleşmese dahi yine kendiliğinden feri hak olarak devr alana geçmektedir.

c — Alacağa bağlı olan yenilik doğuran haklar da yine kendiliğinden devr alana geçmektedir.

Takas, seçim, boralıyı son süre vererek boramıştırmemesi yüzünden tazminat talebi hakkı gibi. Fakat (bora ilişkine bağlı) yanlış doğuran hallar ise alacaklı devr olma geçmez. Meselâ temerrüt halinde rücü hakkı yine eskisi gibi bora ilişkisine bağlı olmak dolayısı devredende kalır. Böylece alacaklı devr alan sadece alacağın istemesi yüzünden tazminat isteyebilmektedir. Aksi taqdirde, ya da rücü hakkı yokt v r.

Devam: Campli'nin 5-1 Ford.

MUHTELİF VİZE SORULARI

— I —

Bayan B, Bay A'nın kumaş dükkânına kumaş almak için girmiş. Tezgâhların yüksek bir raftaki bulunan kumaş topunu Bayan B'nin basma düşürmeyi üzerine Bayan B, basından yaralanmıştır.

Soru: Dükkân sahibi bay A, yardımcısına gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir mi?

(Cevap için bkz. 169-171 s.)

— II —

A, iflâs etmiştir, otomobilini B'ye satıp teslim ediyor.

Soru: A'nın yaptığı mülkiyeti geçirim işlemi geçerli midir? A, işlemin geçersizliğini ileri sürerek otomobilin geri verilmesini isteyebilecek midir?

A'nın alacaklıları otomobili geri isteyebilirler mi?

(Cevap için bkz. 178-179 s.)

— III —

Zengin bir fabrikatör olan A'ya karşı oğlu B; sarkıcılık eylemiyeceğini, eylendiği takdirde 100.000L. sözleşme cezası ödeyeceğini vaad etmiştir.

Soru: Bu vaad; geçerli midir? Değil midir? Niçin?

(Cevap için bk. 206 s.)

— IV —

A, zamanaşım süreği geçtikten sonra B'ye karşı alacak davası açmıştır.

Soru: Tanrıça, görevinden ötürü bu dava açıp red edebilir mi?

Burada nasıl bir borç söz konusudur?

(Cevap için bk. 391-392 s.)

— V —

Bursa'da oturan A, İstanbul'da oturan B'ye sahibi olduğu kamyonu 100.000 L.ya satmayı kabul ettiğini bildiren bir cevap mektubunu 1 Martta göndermiştir. Ne var ki 2 Martta A'nın kusuru olmadan vuran bir yangın sonucu, kamyon yanmıştır. Mektubu B'ye 3 Martta vermiştir.

Soru: A, B'den 100000 L.ye istediğini alabilir mi?

(Cevap için bk. 144-145 s.)

— VI —

A, B'den noterde düzenlenen satış vaadi sözleşmesile bir ev satın almıştır.

Soru: B, bu senede dayanarak tapuku-

taşında evin mülkiyetinin A adına tescili için bildirimde bulunabilir mi?

(Cevap için bkz. 224-225s.)

— VII —

A, ölümünden sonra çocuklarının tenkis davası dolayısıyla malarına engel olmak için B'ye, sadece gibi gösterilerek bir ev bağışlamıştır.

Soru: Böyle bir bağışlama sözleşmesi geçerli midir? Geçerli olmadığı farz edilsebile A'nın geçersizliği bilebile sözleşmeyi yerine getirerek evi B adına tesciline sonra bu geçersizlik ileri sürülebilir mi?

Buna göre A'nın ölümünden sonra; A'nın çocukları, B'ye karşı nasıl bir dava açabilecekleridir?

(Cevap için bkz. 232-c ve 231-b'deki tenkit s.)

— VIII —

A, B'yi aldatarak ona bir sözleşme yaptırmıştır. B, gerçeği öğrenmesine rağmen 1 yıl içinde sözleşme ile bağlanmak istemediğini bildirmemiştir.

Soru: A, sözleşmeyi yerine getirmesi için B'yi dava edince; buna karşı B, ne yapabilir?

(Cevap için bkz. 250-251s.)

— IX —

A, borçlu olduğunu sonradan B'ye bir buzdolabı

göndermiş; B' de bu buzdolabını için gereğini bilen C'ye 5000L'ya satmıştır.

Soru:1) A, C'ye konsı buzdolabını geri vermesi için davanın nemali yoksa, B'den 5000L'yı mı dava etmelidir?

Soru:2) B, 1yıl süreli olup da bu buzdolabını C'ye bağışlasaydı; durum, ne olurdu?

(Cevap için bkz. 297-298s.)

— X —

A'nın B'den 100.000L. alacağı vardır. Bunu ödemek için B, A'ya kamyonunu vermiştir. A, kamyonu ancak 90.000L.'ya satabilmiştir.

Soru: A, B'den 10000L.'yı daha isteyebilir mi?

(Cevap için bkz. 303-304s.)

— XI —

A, B'den 100.000L'ya bir apartman katı satın almıştır. B'nin taşınıp gitmek apartman katını A'dan yaptırmaktan kaçınması üzerine; A, B'ye karşı dava açmıştır.

Soru: 1) Yargıç, A'nın 100.000L'yı B'ye ödemeden dava açmış olduğunu resen gözönünde tutarak davayı red edebilir mi?

Soru:2) A, B'ye daha önce 100.000L'yı ödemiş olsaydı, netanise zaşırlaşma davası ile geri isteyebilir miydi?

(Cevap için bkz. 323-325s.)

— XII —

C, B'nin borcu için A'dan rehin durum aldığı sandığı rehinden kurtarmak için borcu ödemiştir.

Soru: C, B'ye hangi hukuki nedenlere dayanarak başvurabilir (rücû edebilir)?

C, bu borca kefil olmuş K'ya da başvurabilir mi?

(Cevap için bkz. 310-311 s.)

— XIII —

A, B'ye 50.000 lıra bir otomobil satmış. B ise borcunu gününde ödemeyerek direnmeye düşmüştür.

Soru: 1) A, B'den borcun ödenmemesi yüzünden tazminat isteyebilmek için otomobili B'ye vermek ya da vermeye önermek zorunda mıdır?

Soru: 2) Bu bir ticari ilişki olsaydı, durum, ne olurdu?

(Cevap için bkz. 359-360 s.)

İÇİNDEKİLER

III. Bölüm

IV. Bölüm

XI. Bölüm