

1.BÖLÜM: BORÇLARIN GENEL ESASLARI

§ 1.GİRİŞ

1-BORÇLAR HUKUKUNUN KONUSU: Obligare-Obligatio

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

Borç ilişkilerinde 3 öge vardır: Alacaklı, Borçlu, Edim.

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

Borç ilişkisinden münferit borç doğması pek seyrek olur. Bağışlama ve haksız fiilden doğan borçlar örnek gösterilebilir. Fakat çok defa bir borç ilişkisinden birçok alacak hakkı doğar. Karşılıklı borç doğuran sözleşmeler böyledir. Bazen yenilik doğuran hak hali de ortaya çıkar. Bazan da borç ilişkisinde yan haklar bulunabilir. Rehin, kefalet gibi.

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

Borç ilişkisinden doğan münferit alacak haklarının başkalarına temlik mümkün değildir. Kiralayan kira alacağını üçüncü bir şahsa geçirebilir. Münferit borcu, borçludan başkası da üzerine alabilir.(Borç yüklenme sözleşmesi, Borcun nakli). Fakat geniş anlamda borç ilişkisi başkalarına geçirilemez.

Borç ilişkisi ve münferit borcun sona erme nedenleri değişiktir. Anlaşma(ikale), sürenin geçmesi, sözleşmeden dönme(rücu), bozacağını bildirme borç ilişkisinin; ifa, takas, ibra, yenileme münferit borcun başlıca sona erme nedenleridir. Alm. Siber, borç ilişkisini canlı bir organizmaya benzetir.

2-BORÇLAR HUKUKU İLE NESNELER HUKUKUNUN ALANLARI:

Bu alanları şöylece ayırabiliriz: Bir nesne üzerinde doğrudan doğruya ve mutlak bir suretle egemenlik hakkı veren ilişkiler nesneler hukuku, alanına girmektedir. İrtifak, mülkiyet, rehin gibi. Buna karşılık yalnızca kişisel bir hak veren ancak borçluya karşı ileri sürülebilen haklar, borçlar hukuku alanına girmektedir.

3-BORÇLAR HUKUKUNUN TARİHSEL TEMELLERİ: Roma hukuku, en çok borçlar hukuku alanında medeni yasaları etkilemiştir. Özellikle borçların kaynaklarının tasnifi Gaius'unakilere benzemektedir. Borçların sona ermesi, temessül, parça-nev'i borcu gibi hususlar Roma Hukukundan alınmıştır. İktisadi ihtiyaçların zamanla değişmesi Orta Çağ'da Avrupa'yı Roma Hukuku'na daha da yaklaştırmış ve iktibas(resepsiyon) hadisesinin zuhuruna yo açmıştır. Bu iktibas edilen hukuk, sonraları müşterek, pandekt hukuku gibi isimler almıştır. Bilhassa Almanyada bütün memleket için bu tercümelemler sayesinde ortak bir hukuk düzenlenmiştir. O zaman ki Alm. hukukunda genel kaide şu idi: Şehir hukuku, eyalet hukukundan; eyalet hukuku, müşterek hukuktan önce gelir.

Roma Hukuku, Fransa'da da etkili oldu. Domat, Pothier(CodeCivil'i hazırlayanlar) gibi yazarlar Fr.da bu etkinin yerleşmesine öncülük ettiler. Alm.da Roma Hukukuna katkıda bulunan müellifler şunlardır: Dernburg(Pandektler Hukuku), Savigny(Roma Hukukunun Tarihi-8 Cilt), Windscheld(Pandektler Hukuku).

Daha sonraları Almanyadacodification başladı. Alm.da önce 1861 Ticaret Kanunu, bunu takriben Dresten Borçlar Tasarısı hazırlandı. 1874-1894 yılları arası Alm. MK'nun ilk ve ikinci tasarıları hazırlandı. 1.1.1900 tarihinde Alm. MK meri oldu. Dili oldukça ilmidir. Bunu takriben Avrupada borçlar hukuku alanında birçok kanunlar hazırlanmıştır: 1928 Macar MK Tasarısı, 1933 Polonya(Orijinal bir eserdir.) ve 1942 Yeni İtalya MK Yunanistan ve İspanya gibi bazı ülkeler Alm. MK'unu iktibas etmişlerdir.

İsv. MK'unu Prof. Eugen Huber tarafından hazırlanmıştır. Huber'in dört ciltlik İsv. Hukukunun Sistem ve Tarihi adlı eseri vardır. İsviçre codificationunda üç eğilim hakimdir.

Fransa'ya yakın kantonlar Fr. MK'unu

Alm. ve Avus.'ya yakın alan ise Alm. ve Avus. MK'unu aldılar.

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

Önce borçlar hukukunun codificationu fikri vardır. 1881 de eski İsv. BK meri oldu. Kaynakları: Zürih kantonu MK'u, Alm. Dresten BK Tasarısı ve Eski Alm. Ticaret Kanunu.

1907'de MK ile birlikte tekrar gözden geçirildi ve 1912 de MK ile beraber meri oldu. 1926'da türkiye tarafından iktibas edildi. Fakat bu iktibasta MK'nun kantonlardan bahseden kısımları ile BK'nun sonundaki ticari muamelatı düzenleyen hükümler bize alınmamıştır. Çünkü ayrı bir TK'muz vardır.

4-BORÇLAR KANUNU'NUN SİSTEMATİĞİ: 19. Asır sistematğine uygun olarak BK'muz iki bölümden meydana geldi:

Genel Kurallar (BK.1-206); Borçların doğumu, sonuçları ve sona erme sebepleri düzenlenir. Borçların kaynakları 3 grupta toplanmaktadır:

Sözleşmeden doğan borçlar(BK.1-48)

Haksız fiilden doğan borçlar(BK.49-76)

Sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar(BK.77-82)

İfa ve ödememe durumunda borçların sonuçları BK.83-130, Borçların sona erme sebepleri BK.131-161, Borçların nevileri BK.162-182, Alacağın devri ve borcun üstlenilmesi ile sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma BK.182-206. maddeleri arası düzenlenmektedir.

Çeşitli borç ilişkileri(BK.207-645): Özel Borç İlişkileri, adıyla düzenlenmişse de bu ibare yanıltır. Zira söz konusu bölümde vekaletsiz iş görme, havale gibi sözleşme niteliği taşımayan işlemler de düzenlenmiştir.(Havale, iki kişiye 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:

Geçirim(Ferağ) Sözleşmeleri: Satım, trampa, bağışlama gibi sözleşmeler olup mülkiyetin geçirilmesini amaçlayan sözleşmelerdir. Satım ve trampa her iki tarafı, bağışlama tek tarafı borç altına sokmaktadır.

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

İş Sözleşmeleri: Hizmet (İş Kanunu düzenlemiştir.) İstisna, vekalet ve vekaletsiz iş görme, vedia (Saklanma) gibi sözleşmelerdir.

Tehlikeli (Rizikolu) Sözleşmeler: Burada borçlu önceden ne gibi bu tehlikeyle karşılaşacağını bilemez. Kumar ve bahis, kefalet, ölünceye kadar bakıma, ölünceye kadar gelir sözleşmeleri gibi.

BK 26 ve 27 sözleşme özgürlüğü getirir. Bunun için taraflar atipik sözleşmeler ya da ayrı kurallar düzenleyebilirler.

Sulh (Uzlaşma) Sözleşmesi: BK'unca düzenlenmemiştir. Tarafların karşılıklı fedakarlıklar yoluyla çekişmeli, yadabelirsiz bu duruma son vermeleridir. Bu, bir tespit işlemidir. A'nın B'den dava ile istediği 10.000 Lira alacağını anlaşılarak 7000L'ya indirmesi gibi. Sonradan alacaklı, gerçekten 10.000 Lira alacağı olduğunu veya borçlu borcunu ödediğini ispatlarsa bile her iki tarafın da dava açma hakkı yoktur. Ancak **BK 31/5'deki** temel yanılma hali istisnadır. Yani kaide sulha itiraz olunmamasıdır.

BK dışındaki alanlarda da borç ilişkileri görülebilir.

5-MK.5'e göre BK'nun genel kuralları Medeni Hukukun diğer alanlarında da kıyas yoluyla uygulanabilir. Yeter ki maliyetine uygun düşün ve aksine bir kural bulunmasın. **BK.146'ya** göre alacak hakları 10 senede zamanaşımına uğrar. Fakat bu husus nesneler hukuku alanında uygulanmaz. Çünkü eşya hukukunda kazandırıcı zamanaşımı söz konusudur.

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

Çağımızda muhtelif ülkelerin BK'larını birleştirme akımı vardır. 1940'larda Fr. ve İtalya arasında BK'ları birleştirilmek istendi ise de harp nedeniyle muvaffak olunamadı. Çeşitli hukuk dalları arasında iktisadi ihtiyaçlara cevap verme niteliğini taşıdığı için birleştirilmeye en müsait olanı Borçlar Hukuku'dur.

İngiltere gibi bazı ülkelerde ise borçlar hukuku değişik bir temele atılmıştır. Bu yüzden kanımızca birleştirme ancak Roma hukukunu temel alan BK'ları arasında olabilir.

§ 2.BORÇLAR HUKUKUNUN GENEL KAVRAMLARI VE BORÇ İLİŞKİSİNİN NİTELİĞİ

1-HUKUKİ ÖDEV (YÜKÜM): Her borç ilişkisinde bu hukuki ödev vardır. Hukuki ödev, hukuk düzeninin yapılmasını, yada yapılmamasını emrettiği şey demektir. Bunu devlet gücü müeyyidelendirir. Örnekler:

Satıcı, sattığı malın mülkiyetini alıcıya geçirmekle ödevlidir. Bir de yük(külfet) vardır ki bunu yükümden ayırmak gerekir. Mesela ispat, bir yüküm olmayıp yüküdür. Yani davacı davasını ispat yükündedir. Fakat ispata zorlanamaz. Bu yükümü yerine getirmezse sonuçlarına katlanır.

Satıcı bozuk mal vermişse, alıcı maldaki bozukluğu bir hafta içinde satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Bunu yerine getirmezse bozukluklarından dolayı satıcıya karşı bir hak ileri süremez.

Hukuki ödev, yalnız hak ilişkisinden değil yasadan da doğabilir. Geniş bir kavramdır. Mesela ceza kanunlarından doğan ödevler vardır. Bazı fiillerinin yapılamaması ödevi gibi.

Ayni haklardan doğan yükümlülükler de vardır. Mülkiyet hakkına saygı gibi. Ayni hak karşısında borç ilişkisi yoktur fakat ödev vardır.

2-İSTEM(TALEP): Talep, alacağın özü demektir. Borçludan edimin yerine getirilmesini isteme yetkisidir. Alacak hakkından başka ayni haktan doğan talep de vardır ki buna nesnel(ayni talep)

denilir. Mutlak nitelikteki ayni talepler herkese karşı ileri sürülebilir. Ayni talep daha ziyade istihkak davası ile olur. Ayrıca kefalet, rehin gibi fer'i haklar da vardır. Alacaktan yalnız istem değil dava edilip karar alındıktan sonra cebri icra hakkı da doğar. Yenilik doğuran hak haline de dönüşebilir. Tazminat talebi gibi.

3- SORUMLULUK: Son zamanlarda ortaya doktrin halinde konmuştur. Sorumluluk, alacaklının borçlunun malvarlığına el koyabilmesi ve hakkını o malvarlığından alabilmesidir. Modern hukuta, borçlu malvarlığı ile sorumludur.

Sınırsız(Şahsen) Sorumluluk: Prensip olarak borçlu bütün mallarıyla ve sınırsız olarak sorumludur.

Sınırlı Sorumluluk: Bazı durumlarda borçlu, mal varlığının belli bir ölçüsüyle sorumludur. Devletin mirasçılığı gibi. Gayrimenkul maliki, mülkü ilgilendiren hususlarda bir takım edimler yapmak zorundadır. Buna gayrimenkul mükellefiyeti denir. İrat senetleride örnek gösterilebilir.

4-YAN HAKLAR: Fer'i haklar da denir. Kefil, borçlunun borcunu ödeyeceğini alacaklıya karşı garanti eder. Akit, alacaklı ve kefil arasında olur. Bu, alacak hakkıyla birlikte bulunur. Alacak hakkı kalktığında kefilin borcu da kalkar.

Fer'i haklar, alacak hakkını ya güçlendirir ya da genişletirler.

Alacağı güçlendiren yan haklar: Kefalet böyledir. Rehin akdinde borçlu, alacaklıya alacağının teminatı için bir malı rehin gösterir. Gayrimenkul olursa ipotek adını alır. Borç ödenmemişse alacaklı, öncelikle bu hakkını rehin şey üzerinden olur. Nesnel bir haktır. Sözleşme cezası da fer'i bir haktır. Cezai şart da denir. Asıl borcu kuvvetlendirme amacını güder.

Alacağı genişleten yan haklar: Faiz bir alacak (para alacağı) için işleyen yan gelir olup asıl alacağı genişletme amacını güder.

Bütün yan haklar, ancak alacak var oldukça söz konusudur. Alacak geçerli olarak doğmamışsa, bu yan haklar da geçerli değildir.

§ 3.YENİLİK DOĞURAN HAKLAR, GÜÇ YETKİLERİ, DEF'İLER

1-Doktrin hakları ikiye ayrılır:

Egemenlik hakları: Fikri hak, alacak, ayni, kişilik hakları gibi haklar bu gruba girer. Bunlar primer (Birincil) haklardır.

Güçlölük hakları: Kuvvet sahibi olabilme haklarıdır. Secunder (İkincil) haklardır. Yenilik doğuran haklar ve güç yetkileri bu gruba girmektedir.

Yenilik Doğuran Haklar: Özel bir hukuki duruma dayanarak bir hukuki ilişki yaratma, değıştirme ya da ortadan kaldırma hakkı demektir. Üçe ayrılır.

aa) Kurucu Yenilik Doğuran Haklar Başlıca Şunlardır:

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

Vefa ve şüf'a hakları, iştıra hakkının tali kısımlarıdır.

aa/2) Vefa (Geri Alım) Hakkı: Bir kimsenin para ihtiyacı dolayısıyla evini satmak zorunda olduğunu düşünelim. Kişi, burada evin mülkiyetini alıcıya geçirmektedir. Fakat eline para geçtiğinde vefa hakkına sahip olduğu için evi tekrar geri alabilir.

aa/3) Şüf'a (Öncelikle alım) Hakkı: Evini satan satıcı, komşusuna şöyle diyebilir: “Evimin öncelikle alım hakkını sana veriyorum.” Her iki tarafta bu hususta anlaşırca evin şüf'a hakkı komşunundur. Eğer ev başkasına satılacak olursa, şüf'a sahibi itiraz ederek kendisi satın alabilir. Bunun için tek yanlı bir istek açıklamasında bulunmak yeterlidir.

bb) Değıştirici Yenilik Doğuran Haklar: Tek yanlı bir irade açıklamasıyla bir hukuki durumun değıştirilmesi söz konusudur. Karşılıklı borç doğuran bir sözleşmenin taraflarından biri temerrüde düşerse BK.123'e göre alacaklı bir “son süre” verir, fakat bundan da netice alamazsa alacaklı, edimden vazgeçerek konusunda tazminat isteyebilir. Böylece alacak hakkının maliyetinde bir değışme olmaktadır.

cc) Bozucu Yenilik Doğuran Haklar: Eğer alacaklı, borç ilişkisinden rücu hakkını kullanırsa bu da bozucu yenilik doğuran bir hak olmaktadır.

Sözleşmenin taraflarından birinin iradesi yanılma, aldatma ve korkutma ile bozulmuşsa BK.39'a göre iradesi bozulan taraf o sözleşme ile bağılı olmama hakkına sahiptir. Alm. MK'unda borç doğar, sonra bozulur. Bizim sistemimizde baştan kurulmakta 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. İstemde ise her iki tarafın iradelerinin uyuşması gerekmektedir. Yenilik doğuran hakların kullanılmasına yenilik doğuran işlem denir. Yenilik doğuran haklardan bazıları, ancak mahkemede dava yoluyla kullanılabilirler. Boşanma, evliliğin feshi gibi.

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

2-DEF'İLER: Davalının kendini savunma vasıtalarındadır. Davalı:

a) Ya davayı İNKAR eder. Borcunun olmadığını söyleme gibi.

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

- Hakkın doğmadığı itirazı: Hukuki işlemi yaparken temyiz kudretinin bulunmadığı itirazı gibi

- Hakkın sona erdiği ya da ortadan kalktığı itirazı: İfanın 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'i denir. Örnekler:

aa)Zamanaşımı Def'i: **BK.146** “Bu konuda başka surette hüküm mevcut olmadığı takdirde her alacak hakkı 10 yılda zamanaşımına uğrar. Böyle bir durumda def'i hakkı söz konusu olur ki buna zamanaşımı def'i denir. Yargıç bunu resen nazara alamaz. Ancak hak sahibi tarafından kullanılabilir. Hâlbuki itiraz, mahkemece görevden ötürü nazara alınabilmektedir.

bb) Kefilin önce borçluya başvurma def'i adi kefalette görülmektedir.(**BK.585/1**)

cc)Karşılıklı Sözleşmelerde Edimin İfa Edilmediği Def'i: **BK.97** düzenler. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde taraflardan biri edimini yerine getirmeden dava açılmışsa, davacı edimini yerine getirmedeği sürece davalı edimini ifadan kaçınabilir. Buna sözleşmenin ödenmediği def'i de denir.

dd)Sebepsiz Zenginleşme Def'i: Bir kimse nedensiz yere borca girmişse alacaklıya karşı iki hak sürebilir:

Sebepsiz yere girdiği borçtan kurtarılmasını isteme hakkı(Sebepsiz zenginleşme davası-condictioliberationis)

Sebepsiz zenginleşme def'i

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

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

Bağımlı Def'iler: Kişisel ya da nesnel bir hakka dayanan def'idir. Kiracının def'i hakkı, kira hakkına dayanmaktadır. Kira hakkı, sona erdiği zaman bu def'i hakkı da sona ermektedir.

Bağımsız Def'iler: Herhangi bir alacak hakkına bağlı olmayan ve herhangi bir alacak hakkından bağımsız olan def'ilerdir. Zamanaşımı def'i gibi.

Def'iler başka bir tasnife de tabi tutulabilir:

Geciktirici Def'iler: Kefilin peşin dava def'i gibi. Sözleşmenin ödenmediği def'i de böyledir. Bununla sadece alacağı geciktirme söz konusudur.

Sürekli Def'iler: Alacağın koğuşturulması kesin olarak red edilir. Zamanaşımı nedensiz zenginleşme def'ileri gibi.

Def'iler tam ve kısmi def'iler olarak ikiye ayrılabilirler.

Def'iler zamanaşımına uğramadıklarından her zaman kullanılabilirler. Bir şeyin yapılması amacını güder. Talep ise zamanaşımına uğrar.

§ 4.EKSİK BORÇLAR(OBLİGATIO NATURALİS)

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

Kumar ve bahis: BK. 604'e göre kumar ve bahisten bir alacak hakkı doğmaz. Zira bu, tehlikeli ve karşılıksız malvarlığı değişmelerine yol açmaktadır.

Evlenme tellallığı ücreti: Evlenme tellallığı karşılığı ücret alınması hoş görülmediğinden bu, bir eksik borç sayılmıştır. Fakat bu tür eksik borçlar ödenirse gerçek ifa niteliğindedir ve geri alınamaz.

BK.78/2'ye göre ahlaki bu ödevi yerine getirmek için verilen şey geri alınamaz. Yoksul akrabaya yapılan yardım gibi.

Zamanaşımına uğramış bu borç ödenebilir. Böyle bir borç eksik borçtur. Zira zamanaşımı def'i söz konusu olmaktadır. Fakat borçlu def'i hakkını kullanmaz da borcunu öderse bu, geçerli bir ödemedir, geri alınamaz.

MK.995,996 ve BK.80 gereğince başkasının malına elmen(zilyed) olan kimsenin, ya da başkasının malını sebepsiz yere kazananın şeyin o haline yaptığı giderler de eksik borç niteliğindedir. Çünkü BK. Roma ve Pandekt hukuklarına uygun olarak zilyede yaptıkları masraflardan dolayı şeyi geri vermekten kaçınma(def'i) hakkı tanınmaktadır. 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 tarlayı geri vermekten kaçınma hakkı vardır. Fakat dava açarak maliki masrafları ödemeye zorlayamaz.

Borçlunun belirli bir ödeme gününde edimini yetiştirebilmesi için yapması gerekli hazırlık eylemleri dava edilemez.(Nişanlanma ön akit olup evliliğe icbar sebebi değildir. Bir tazminat davası söz konusu olabilir.)

Konkordato: Borçlu, alacaklıları 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 eksik bir borç söz konusudur.

Evliliğin devamı süresince karı-koca arasında cebri icra koğuşturması yapılamaz (eski MK.165). Bu, bir eksik borçtur.

Bir çocuğun reşit olduktan sonra ailesiyle(anne-babasıyla) birlikte yaşaması ve gelirini onların geçimine harcaması halini düşünelim. Çocuk bundan dolayı, hiçbir zaman alacak koğuşturması yapamaz. Fakat anne-babanın malları haczedilmişse, o zaman reşit çocuk icra masasına alacaklı sıfatıyla katılabilir.

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

§ 5.YARIŞAN(MÜTELAHİK) HAKLAR

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

a)İstemlerin Yarışması: Bir kira akdinin sona ermesi durumunda kiralanan malın geri alınması için iki dava söz konusu olmaktadır.

MY.683'e dayanan mülkiyet(istihkak) istemi(rei vindicatio)

BY.334'e dayanan actio locati.

Burada biri kişisel, diğeri aynı iki istemin yarışması söz konusu olmaktadır. Her iki işlemi de ileri sürmek hak sahibinin yararınadır. Birini ispat edemediğinde diğerinden yararlanabilir.

İki kişisel istem de birbiriyle yarışabilir. Satılan bir malı istemek için satım sözleşmesinden doğan alacak hakkı davasından veya bir senet verilmişse ona dayanılabilir. Borçlu bunlardan birini yerine getirdiğinde her iki hak da sona erer.

Terditli (Olasılı) davaları istemlerin yarışmasından ayırmak gerek. Terditli davalarda da iki istem vardır. İlki asli istem olup isbat edilmediğinde ikinci işlem ileri sürülür ki bu da yardımcı istemdir. Mesela avukat gördüğü iş için ücreti istemekte fakat müşteri ile aralarında bir sözleşme olup olmadığını hatırlayamamaktadır. Burada asli istem, vekalet; yardımcı istem ise vekaletsiz iş görmeden doğan davadır. Bir istihkak davasında asli istem, değerin tazmini davasıdır. Yapılan bir tescilinolduğu ve düzeltilmesi isteminde asli istem, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ve yardımcı istem, geri alım(vefa) hakkı sözleşmesidir. Yargıtay, terditli davalara uzun süre cevaz vermedi ise de son yıllarda bu içtihadından dönmüştür. Terditli davalarda birbirine karşı sebepler ileri sürülmektedir. Bunu ilk defa Avus. HMK getirdi. HMK' muz İsviçre'nin Neuchatel kantonundan alınmıştır. Fakat hiçbir zaman doğru söylemenin sınırları aşılmamalıdır.

b)Yenilik Doğuran Hakların Yarışması: Boşanma sebeplerinden pek fena muamele ve hakaret ile zina sebeplerinin bir arada bulunması gibi.

c)Defi'ilerin Yarışması: Kefilin hem peşin dava, hem de zamanaşımı def'ini 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 hakimdir: “Hususi hüküm, umumi hükmü takyid eder. Kira sözleşmesinde temerrüt halinde karşı tarafın sözleşmeden dönme hakkı iki defa düzenlenmiştir. BK.125-126, genel hüküm olup bütün sözleşmeler için uygulanır. BK.315 ise sadece kira sözleşmesine mahsus bir hükümdür.

§ 6.BORÇ İLİŞKİLERİNİN MUHTEVASI

1. Edim Kavramı: Edim, borçlunun yerine getirmekle mükellef olduğu ve alacaklının isteme imkânına sahip bulunduğu şeydir. Bunlar çeşitli şekillerde olabilir.

2. Kişisel Edim: Borçlunun çalışmasının ve fikri yapısının ürünü olan edimdir.

Maddi edim ise, borçlunun malvarlığından yapacağı edimdir. Müteahhitin bir ev yapmayı üzerine alması kişisel, bir şeyin mülkiyetini nakletme borcu ise maddi edimdir. Şahsi ve maddi edim ayrımının şu faydaları vardır:

Kişisel edimlerde borçlu ödeme güçsüzlüğüne düşerse, bu edimden kurtulur. Maddi edimler de ise, böyle bir durum söz konusu değildir.

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

3. Olumlu Ve Olumsuz Edimler: Edimlerin çoğu olumludur. Bazen yapmama şeklinde de

tezahür edebilir. BK’unda “Rekabet yapmama” edimi (BK.m.444 vd.) olumsuzdur. Olumsuz edimler, yalnızca kişisel sonuçlar doğurur. Mesela satmama edimi altında olmasına rağmen satılan bir şeyin mülkiyetinin geçirimi buna dayanılarak iptal ettirilemez.

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

5. **BY.83’e** göre borçlunun kişisel nitelikleri önemli değilse borç, başka bir kimse tarafından da ifa edilebilir. Özellikle para borçları bu gruba girer.

6. Edim borcunun çevresi, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Yeter ki BY.19’da belirttiği sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kalınabilsin. MY.2’deki dürüstlük kuralı, sözleşmelerin yorumlanmasında önemli rol oynar.

§ 7. ÇEŞİT VE PARA BORÇLARI

1. Çeşit Borcu: Bir çeşidinden belli bir kararlaştırılan borçtur(genus borcu). Bunda mühim olan miktar ve çeşittir.

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

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

Prensip olarak çeşit borcunun konusu benzerli nesnelerdir. Bazen benzersiz nesnelerde çeşit borcunun konusu olabilir. Picasso’nun 3 tablosu gibi. Hatta benzerli nesneler de parça borcuna konu olabilir. Şu elma sandığı gibi.

2. Çeşit borcunda seçim hakkı borçlunundur. Yani borçlu o çeşitin belli miktarını seçip alacaklıya verir. Fakat orta nitelikten daha aşağısını almaya alacaklı zorlanmaz(**BK.86**).

3. Parça borcunda borcun konusu borçlunun kusuru olmaksızın ortadan kalkarsa borçlu borcundan kurtulur. Buna karşılık çeşit borcunda borçlu, bir çeşitten belli bir tutar vermeye borçlanmıştır, borcu devam eder. **Çünkü “genus non perit”. Çeşit borcunda(Pandekt ve eski Roma hukukundan beri) borçlu, edim konusunu o çeşitin içinden ayırt etmiş ve onu bir parça borcu haline getirmişse(specification) kusuru olmadan o konunun yok olmasından sorumlu tutulmayacağı kabul edilmektedir. BY.208/2 de bu kuralın ifadesidir.** Bunun neticesi olarak borçlu(kusursuz imkânsızlık) halinde borcundan kurtulur. Yani parça borcunda tehlikeyi alacaklının çekmesine mukabil, çeşit borcunda tehlikeyi borçlu yüklenmektedir.

4. Sınırlı Çeşit Borçları: Borçlu geniş bir çeşidin içinden değil de belirli bir küme içinden borcunu ödeme durumundaysa (şu depodaki kömürden beş tane gibi) ancak bütün küme ortadan kalkarsa o zaman borçlu borcundan kurtulur. Borçlu o kümenin içinde orta niteliktekileri seçerek borcunu öder. O yığın içinde birkaç alacaklı varsa ve yığının bir kısmı yok olmuşsa alacaklıları arasında alacakları miktarlar oranında paylaştırılır.

5. Para Borçları:

a) En önemli edim çeşidi paradır. Para geniş 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 temerrüde düşmüş olur ve borçlu da borcundan kurtulur. Buna paranın geçerliliği denir. T.C paraları, kâğıt paralar(asıl ödeme gücü olan bunlardır.) ve madeni paralar(50L.ya kadar olanı alacaklı kabule mucbur.)dan oluşur.

b) Para borcu, kural olarak çeşit borcudur. Parça borcu olarak da kararlaştırılabilir. BY.99/1'e göre Türkiye'de Türk Parası ile ifade edilmiş borçlar memleket parasıyla ödenir. Paranın ödeme gücünde itibari değeri göz önünde tutulur. MK.2'deki dürüstlük kuralı göz önünde bulundurulmak suretiyle itibari değer daima sabittir.

Bazen sözleşmelere(Altın kaydı sözleşmesi)de eklenmektedir. Şöyle ki;

Altın Para Kaydı: Altının değeri sabittir. Satılan eşyanın değeri altın para ile tespit edilir.

Altın Değer Kaydı: İfa, alınan eşya için (ifası zamanındaki altın değerine göre) yapılır.

Bazı ülkeler altın kayıtlarını devlet düzenine ve paranın itibarına aykırı ve geçersiz saymışlardır. Bu görüş çoğunluk kazanamamıştır. 19/02/1947 tarihli YİBK'na göre bizde ve İsviçre'de altın para kayıtları geçerlidir.

6. Bk.99/2'ye göre yabancı para borcu da (kural olarak) yabancı para ile ödenmelidir. Fakat borçlunun yine de bir seçim hakkı vardır. Borçlu (tersine bir anlaşma olmadıkça) yabancı para borcunu ödeme gününde eşiti olan Türk parasıyla da ödeyebilir. Bu tür borçlara para çeşidi borçları denir. Döviz tehditleri yüzünden para bulunmazsa tarafların amacına bakılır. Mutlaka o paranın ödenmesi amacı güdülmüş, fakat o para bulunamıyorsa borçlu kusursuz imkânsızlık(BK.136) yüzünden borcundan kurtulur, fakat aldığı edimi de geri verir.

§ 8.SEÇİMLİK BORÇLAR

1. Alacaklının, ya da borçlunun seçimine göre birkaç edimden yalnız biri ödenecekse buna seçimlik borç denir. Bu, çeşit ve parça borçları için söz konusu olmaktadır.

2. BK.87 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 yenilik 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 tarafı dava eder. Alacaklı, dilediği konu için koğuşturma yapabilir. Borçlu itiraz etmezse borç, o edimin yerine getirilmesiyle ödenmiş sayılır. Fakat koğuşturma sırasında borçlu dilediğini vererek borcundan kurtulabilir. Alm.MK.264 de aynı çözümü benimsemiştir.

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

3. Seçimlik Yetki (Fakultas Alternativa): Seçimlik borçta iki edim konusu vardır. Seçimlik yetkide ise borcun konusu tektir. Şu kadar ki borçlu, onun yerine yedek edim denilen edimi vererek borcundan kurtulabilir. BK.99/2'deki yabancı para borcunda olduğu gibi.

§ 9.ZARARIN TAZMİNİ

1. Birçok borçların konusu zararın tazmini ödemesidir. Bunlara tazminat davaları denir.(Haksız fiil, genel davranış kurallarına aykırılık; borca aykırılık ise belli bir borç ilişkisine aykırılıktır) Hukukumuzda kusur prensibi yürürlükte. Ancak kusur varsa zararın tazmini dava edilebilir. Modern hukukta objektif(kusursuz) sorumluluğu da yer verilmiş olup istisnaidir. BK.42 v.d. md'lerde haksız fiilden doğan zararların tazmini ile ilgili kurallar getirmiş, tazminat ile ilgili hususları düzenlemiştir. BK.98/2 ise haksız fiilden doğan zararın tazminine ilişkin kurallar, borca aykırılıktan doğan zararların tazmininde de kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmektedir.

2. Zarar, malvarlığındaki eksilmedir. Kişi varlığına yapılan tecavüzler bizim anladığımız manada zarar değildir. Bu gibi durumlarda bundan dolayı manevi 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 konusuna masraf yapması gibi. Eğer haksız fiilin zararlı sonuçlarından kurtulmak için masraf yapılmışsa, istekle bile olsa bunlar zarar sayılır. Yaralananın tedavi masrafları gibi.

3. Zarar, malvarlığının şimdiki durumuyla zarar verici olay olmasaydı bulunacağı durum arasındaki farktır.(İnteresse: Kötü olayın olmamasındaki ilgi.)

Zararı çeşitli açılardan tasnif edebiliriz:

1)Eylemli Zarar(Damnum Emergens): Malvarlığının doğrudan doğruya uğradığı zarardır. Kusur ile bir kırılma olayına yol açma gibi.

2. Kazançtan Yoksunluk(LucrumCessans): Kazanç yoksunluğu şeklinde olur.

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

a) Malvarlığının aktifinin eksilmesiyle meydana gelen zarar

b) Malvarlığının pasifinin çoğalmasıyla meydana gelen zarar.

MK.320'ye göre aile reisinin sorumluluğu, kendisiyle birlikte yaşayan reşit olmamış çocukların üçüncü kişilere verdikleri zararları da kapsar. Burada ev reisinin pasifi çoğalmaktadır. Bu zarardan yanında çalışanlara rücu edilebilir.

4. Zarar sözleşmeler hukukunda başka açıdan olumlu ve olumsuz zarar olarak taksim edilir.

1)Olumlu Zarar: Sözleşmenin hiç yerine getirilmemesi ya da gecikerek yerine getirilmesi yüzünden uğranan zarardır.(Müşpet Zarar)

2)Olumsuz(Menfi) Zarar: Sözleşmenin kurulmuş olması yüzünden yani bu sözleşme kurulmasaydı uğranmayacak olan zarardır. BY.26 “Sözleşmenin geçersiz kalmasından uğranılan zarar” dan bahsetmektedir. İradenin sakatlanması(Yanılma gibi) söz konusu olmaktadır. Kişi kendi kusuruyla yanılmışsa karşı tarafın sözleşmeden dönme yüzünden uğradığı tazminle mükelleftir. Menfi zarar, güvenden doğan zarardır. Olumlu(müşpet) zarar ise sözleşme yüzünden uğranılan tüm zarardır.

Menfi zararın kapsamına şunlar girebilir:

-Sözleşme kurma masrafları gibi(Harçlar gibi)

-Sözleşmeyi yerine getirmek amacıyla yapılan masraflar(gönderme masrafları gibi)

-Yapılmış edim yüzünden uğranılan zararlar

S-özleşmenin geçerliliğine üçüncü kişilerin yaptığı teklifleri red yüzünden(kaçırılan fırsatlar sebebiyle) uğranılan zarar.

§ 10.TAZMİNATIN SINIRLARI

1. Nedensellik(İllyet) Bağı: Zarar veren, fiilin bütün sonuçlarından sorumludur. Yeter ki fiiliyle zararlı sonuçlar arasında illiyet bağı bulunsun. BK. Nedensellik ilişkisini tanımlamaz. Doktrinde bu hususla ilgili birçok görüşler ileriye sürülmüştür. İllyet rabitası ceza hukuku bakımından da önem taşımaktadır.

a) Zararı tazmin borcu için fiilin, zararlı sonucun tek sebebi olması gerekli değildir. Başkaca sebeplerle birlikte bulunmuş olması da yeterlidir.

b) Fail, fiilin yalnız doğrudan doğruya olan zararlı sonuçlarından değil, dolayısıyla olan zararlardan da mesuldür.

c) Failin, fiilin zararlı sonuçlarını bilmesi gerekmez. Fiili istemiş olması yeterlidir. Sözleşmeler hukukunda sözleşmeye aykırılıkta borçlu önceden görülemeyen zararlı sonuçlardan da sorumludur. Borçlunun temerrüdünde olduğu gibi. Temerrüt sırasında ifa konusu yok olsa (borçlunun kusuru olmaksızın edimin imkansızlaşması-kaza), borçlunun aslında kazadan sorumlu olmaması gerekirken burada kazadan da sorumluluk vardır.

d) Nedensellik bağının sonuca kadar sürmesi, yani-başka bir deyişle- başka bir olay tarafından kesilmemesi gerekir. Kiracının eve kötü baktığını fakat bu sırada evin depremde yıkıldığını düşünelim. Burada kiracıyı ancak eve verdiği zarardan sorumlu tutabiliriz. Böyle olaylara mücbir 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 kurtulamaz. Mesela borçlu, edimini 1/1/1974 yerine getireceği halde 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 uğradığını 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 herhangi birine başvurarak zararın tamamının tazminini isteyebilir. Ödeyen de diğerlerine rücu eder. Bu tür sorumluluğa dayanışmalı (solitaire, müteselsil) sorumluluk denir.

- Yarışan(Mütelahik) Nedensellik Bağı: Birçok kişiden her birinin fiilinin tek başına zararlı sonucu gerçekleştirmeye yeterli olması halidir.

- Seçimlik Nedensellik Bağı: Birçok kişinin fiillerinden birinin zararlı sonucu meydana getirdiği belli, fakat hangisinin fiilinin olduğunun belli olmaması halidir. Bunlardan hiçbirisi sorumlu tutulamaz. Ancak bu kişilerden her biri hukuka aykırı durumdaysalar, ya da tehlikeli bir durum yaratmışlarsa her birini sorumlu tutmak mümkündür.

h) İhmal(yapmamak) de hukukta tazminat borcu doğurabilir. Yeter ki o işi yapma yolunda hukuki bir mükellefiyet bulunsun.

D) Nedensellik bağı mantık açısından sonsuz olabilir. Bu durumda kişiyi yaptığı bütün fiillerinden sorumlu tutmak imkânsızdır. Müşterinin, terzinin paltoyu zamanında yetiştirememesi yüzünden bir uçak kazasında ölmesi gibi. Bundan dolayı “ uygun nedensellik teorisini” kabul etmek en uygundur. Yani bir fiilin doğurmaya elverişli olduğu zararlardan sorumluluk vardır. Yani söz konusu olan fiilin hayat tecrübelerine göre o zararlı sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığı kıstas alınmaktadır ki uygun nedensellik teorisinin izahı da bu yoldadır. Haksız fiilin faili, sebep olduğu uygun zararlı sonuçlardan sorumludur. Bu teoriyi bilhassa Alm. Rumelin savunmuştur. Burada zararın biraz daha daraltılması söz konusudur. Başka teorilerde vardır. Üstün şart teorisi gibi. Nedensellik bağına ispat yükü zarar görene düşer. BK.42’ye göre yargıç, işlerin doğal gidişine göre nedensellik bağına varlığına karar verebilir.

j) Kazanç yoksunluğunun ispatı da zarar görene düşer. Normal bir kazançtan yoksunluk için tazminat istemi söz konusudur. Vaktinde ödenmeyen bir alacak hakkı için normal bir kazançtan yoksunluk istemi gibi.

2.Yararlanmaların Hesaba Katılması: Bir kamyon ata çarpıyor ve at da ölüyor. Atın değeri 2000L. Dır. Fakat derisi 300L. Satılıyor. Böylece atı ölen kişi, bu zararlı sonuç yanında bir de fayda sağlamaktadır. İşte bunun atın değerinden indirilmek suretiyle tazminatın tespiti gerekir. Bir evin yanması sonucu tuğlalarının satılması gibi.

Yanan bir evin enkazında define bulunması halinde 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 paraları indirilmez. Açılan tazminat davalarında tam tazminat hükmolunur. Zira burada zarar görenin bizzat yaptığı bir fedakârlık söz konusudur.

3. BK.43/1, yargıç kusurun derecesine göre tazminatı derecelendirir. Kusurun ağır olması halinde ise tam tazminata hükmolunur. Bu hüküm, İsv. MK’na mahsus bir esneklik getirmekte ve Roma, Pandekt ve Alm. Hukuklarından bu kanunu ayıran bir özelliktir. (Kusur ikiye ayrılır: Kast ve ihmal. İhmal de ağır ve hafif ihmal olarak üzere iki türdür. Kusurun ağırlığı duruma göre tespit olunur. Bir saksının ön balkonunun kıyısına konmasındaki kusur ile arka balkonun kıyısına konmasındaki kusur farklıdır.

BK.44- Zarar hafif ihmal neticesi meydana gelmişse ve zararın tazmini borçluyu zarurete düşürecekse yargıç, hakkaniyete uygun olarak tazminat indirir, ya da tamamen kaldırır. BK.43 başkaca durumları göz önünde tutma imkanı verir. Yanan bir sigarayı atmanın doğurduğu büyük zararlar gibi.

§ 11.ZARAR GÖRENİN ZARARA BİRLİKTE SEBEP OLMASI

1. Failin, zararlı sonucun tek sebebi olması gerekli değildir. Başkaca sebeplerin bir araya gelmesiyle zararlı sonuç meydana gelmiş olabilir. Örneğin zarar görenin kendi davranışıyla zararlı sonuca yol açması gibi. Kiralık bir apartmanın iyice aydınlatılmaması yüzünden kiracının, ayağını kırması gibi. Buna Birlikte(Müterafık) Kusur denir. Fakat burada kusur değil birlikte sebep olma söz konusudur. Bu yüzden birlikte sebep olma tabirini kullanma gerek.

2. BK.52- Zarar görenin zarara birlikte sebep olması durumunda yargıç, tazminatı ya indirir, ya da red eder. Burada yargıcın takdiri söz konusudur.

- Failin kastı söz konusu ise, zarar görenin birlikte sebep olması hesaba katılmaz.

- BK.52 hükmü, ancak ağır ya da hafif ihmal hallerinde uygulanır.

3. BK.52'deki birlikte sebep olmayı şu şekilde sınıflandırabiliriz:

Zararın Doğumuna Birlikte Sebep Olma: Zengin birinin uşağına içinde ne olduğunu söylemediği bir zarfı vermesi durumunda uşağın bunu önemsiz bir şey zannederek kaybetmesi gibi.

Zararın Artmasına Birlikte Sebep Olma: Haksız fiil sonucu meydana gelen yaranın gerekli tedavinin gösterilmemesi yüzünden azması gibi.

Orta zekâda hüsnü niyetli bir kimsenin özeni kıstas olmalıdır. Bu objektif bir ölçüttür.

§ 12.TAZMİNATIN ÇEŞİTLERİ

1. Aynen Tazmin-Parayla Tazmin:

1)Aynen Tazmin:Malvarlığında uğranılan eksikliğin yerine konmasıdır. Kırılan camın taktırılması gibi.

2)Nakden Tazmin: Parayla tazmindir. Kırılan şeyin bedelinin ödenmesi gibi.

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 hakkını zarar görenin isteğini ve borçluya en az külfet yükleyeceği biçimde kullanılmalıdır. Genel olarak para ile tazmine hükmetmek isabetlidir.

2. Eski-Yeni Farkının Zararın Tazmininde Göz Önünde 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.

3. Bazı nesnelerin maddi değerleri yanında manevi değerleri de vardır. Bu gibi durumlarda manevi tazminata hükmetmek suretiyle zarara uğrayan kişinin acısı azaltılmış olur.

4. Bir nesne üzerinde mal sahibinin ilgisi o nesnenin objektif değerinden daha aşağıda olabilir. Mesela yıkılmakta olan bir evle malikin ilgisi tuğla vs. bedeli kadardır. Fakat bir zararın vukuu halinde hak sahibine evin objektif değerini tazmin hakkı tanınmalıdır. Evini bağışlamayı düşünen kimsenin ev ile ilgisi hiç yok gibidir(parasal). Üçüncü kişi o eve zarar verdiğinde ev sahibine yine zarardan tazmin hakkı tanınmalıdır.

5. Bölümsel Zarar: BK.51, yargıcın tazminatı takdir edeceğini belirtir. Yargıç, takdir yetkisine dayanarak bazı durumlarda bir malın belli bölümünün zarar görmesi halinde zararı nesnenin tümüne şamil tam değerini tazmin ettirebilir. Yeter ki o mal tamir edilse bile hak sahibi için bir değer ifade etmesin. Mal da zarar veren de kalır. Mesela A, oto kiraya veren şirketten bir oto kiralıyor. Fakat A, otoyolu kusuruyla çaldırıyor. Bu durumda işletme Ş, yine maliktir, fakat elmenlikten yoksundur. Dilerse hırsız mülkiyet davası açarak takip edebilir. Fakat bunu yapabileceği belirsiz olduğundan yargıç buradaki elmenliği, mülkiyet kaybına eşit sayarak otonun tam değerini oto kiracısı A'dan tazmin ettirebilir. Fakat mülkiye işlemi de bundan kiracı A'ya verilir. Böylece bu olayda kısmi bir zarar söz konusu olduğu halde bu, mülkiye hakkının tümüne teşmil edilmiştir.

6. Zararı ispat davacıya düşer. BK.50/2, eğer zararın tutarını tam olarak tespit mümkün olmazsa yargıç, işlerin olağan gidişini göz önünde tutarak tazminatı takdir eder. Pandekt hukukunda zarar görene(alacaklıya) bir seçim hakkı tanımaktadır.

Alacaklı dilerse zararın doğumu anındaki tutarını isteyebilir. Buna ayrıca hüküm gününe kadar olan faizler de eklenir.

Zarar gören dilerse zararın yargı önündeki değerini tazminat olarak isteyebilir. Ayrıca faiz eklenmez.

7. Doğumu kesin olan gelecekteki zararlar içinde 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 davası söz konusu olamaz. Ancak doğumları halinde tazminat söz konusu olabilir.

§ 13. MANEVİ TAZMİNAT

1. BK'a göre zarar malvarlığındaki eksilmedir. Kişi varlığını ilgilendiren acılar, ıstıraplar dolayısıyla gerçek anlamda bir zarar söz konusu değildir. BK.58, kişilik haklarına tecavüz halinde manevi tazminat(genugtuung-gönül alma) istenebileceğini söylemektedir. Bu, mukayeseli hukuk açısından önemli bir kural olup Fr. Ve Alm. MK'larında yoktur. Huber, bunu MK.25 hükmüne eklemek istediğinde basın tarafından tepkiyle karşılanmıştı.

Eski MK.24/2- Manevi tazminat, ancak kanunun gösterdiği hallerde istenebilir. BK.'nın revizyonu sırasında Huber, BK.58 ile manevi tazminatı geniş anlamda kapsayan bir prensip koymuştur. Böylece BK.58, manevi tazminatın genel prensibi olmaktadır.

Başlıca özel manevi tazminat isteme halleri şunlardır:

- İsmin gaspı
- Evliliğin feshi
- Boşanma
- Nişanın bozulması
- Adam öldürme
- Cismani zarar
- Babalık davası vs.

BK.58, kişilik haklarına her türlü tecavüz halinde manevi tazminat davası açılabilceğini belirlemektedir. Fakat 2 şart aranmaktadır:

- Kusurun ağırlığı (Kast ve ağır ihmal)
- İhlalin ağırlığı

Hâlbuki özel manevi tazminat hallerinde bu gibi şartlar aranmamaktadır.

2. MK.85/2, manevi tazminat isteminin zarar görenin mirasçılara geçmesini düzenlemektedir. Halbuki bu hükmün BK.49'a eklenmesi gerekirdi.

MK.85/2'ye göre kural olarak manevi tazminat istemi mirasçılara geçmez. Ancak iki istisnai durum vardır:

Manevi tazminat davasının, zarar görenin sağlığında açılmış olması hali

Manevi tazminat davasının açılacağına karşı tarafça kabul edilmesi hali

Zarar görenin, zarar vereni af etmesi halinde manevi tazminat davası açılmaz.

3. BK.58, kural olarak bir para miktarına hükmolunacağını söylemektedir. Fakat mahkeme hükmünün ilam gibi yollara da başvurulabilir.

2.BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR

§ 14.HUKUKİ İŞLEMLER VE SÖZLEŞMELER

1. İnsan fiillerini ikiye ayırmak mümkündür.

A- Hukuku ilgilendirmeyen fiiller

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

1) Hukuka aykırı fiiller:

a) Genel davranış kurallarına aykırılık demek olan haksız fiiller

b) Borca Aykırılık: Borca aykırılık üçe ayrılır:

-Kusurlu imkansızlık(BK.112)

-Borçlunun temerrüdü

Staub’a gelinceye kadar borca aykırılık iki olarak biliniyordu. Staub buna üçüncüyü ilave etti.

-Kötü ödeme

BK.96’da borca aykırılığın iki şekli vardır.

-Kusurlu imkansızlık

-Kötü ödeme (Kanun buna bir çeviri hatası dolayısıyla “gereği gibi” tabiri yerine “kısmi ifa” tabiri kullanılmıştır.)

BK.117 vd. ise “borçlunun temerrüdü” nü düzenlemektedir.

2)Hukuka Uygun Fiiller: Psikolojik unsura göre hukuka uygun fiiller üç grupta toplanabilir:

a)Duygu Açıklamaları: Burada bir hukuki sonuç doğuran bir duygu açıklaması söz konusudur. Zinada manevi tazminat(mesela hakarette) davasında af gibi.

b)Bilgi Ya Da Düşünce Açıklamaları: Bir olay hakkındaki düşünce ya da bilginin açıklanması söz konusudur. Borç tanınması(ikrar)ında olduğu gibi. Bilgi açıklaması karşı tarafta aynı bilgiyi yaratma amacını güdüyorsa buna bildirim denir.

c)İstek(İrade) Açıklamaları: Bunları da üçe ayırmak mümkündür:

Hukuki İşlemler: Hukuki işlem, bir hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş istek açıklaması demektir.

Hukuki İşlem Benzerleri: Burada da istek açıklaması söz konusudur. Fakat hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş de değildir. Ama hukuk düzeni buna bir sonuç bağlamaktadır. Mesela borçlunun borcunu ödememesi durumunda alacaklının yaptığı ihtar, bir hukuki işlem benzeridir. İhtar da bulunan istememiş olsa bile buna hukuk düzenince hukuki bir sonuç bağlanmaktadır.

Maddi Fiiller: Burada istek, yalnızca dış işlemde maddi bir değişiklik yapmaya yönelmiştir. Fakat hukuk düzeni buna bir sonuç bağlamaktadır. Bir heykeltıraşın başkasına ait bir ağaç kütüğünden heykel yapması durumunda hukuk düzeni burada irade hukuki bir sonuç doğurmaya yönelmediği halde hukuki bir sonuç bağlamaktadır. Elmenliğin geçirilmesinde de irade, maddi bir değişiklik yapmaya ilişkin olduğu halde hukuk düzeni buna sonuç bağlamaktadır.

Bu ayırım, 19. Asır doktrinin bir ürünüdür.

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

2. **İstek Açıklamalarının Nev'ileri:**BK'na göre istek açıklamaları ya sarih ya da zımni olarak yapılabilir.

1)Sarih İstek Açıklaması: Başkaca durumlara başvurmayaya gerek kalmaksızın doğrudan doğruya anlaşılabilen istek açıklamalarıdır.

2)Zımni İstek Açıklaması: Ancak içinde bulunduğu durumdan kendisinden bir anlam çıkarabilen istek açıklamalarıdır, gazeteciye para vererek uzatılan gazeteyi alma gibi. Zımni istek açıklamaları ikiye ayrılır:

a)Açık Olmayan Sözlerle İstek Açıklaması: Alıkoyuyorum gibi.

b)Açık Olmayan Fiillerle İstek Açıklaması: Satmak için gönderilen kitabı okumak, bir zımni istek açıklamasıdır. Karşı tarafa ayrıca bir irade açıklamasında bulunulmaz. Fiilden böyle bir istek açıklamasının bulunduğu anlaşılır. Fiil ile olan istek açıklamalarına istek(irade) faaliyeti de denir. Zımni istek faaliyeti, gizlemek amacıyla yapılmış olsa bile yine geçerlidir. Mesela mirasçının tereke

mallarından harcama yapması durumunda mirası kabul etmiş sayılır. Hatta bu harcama faaliyeti gizli yapılsa bile irade faaliyeti var sayılır.

3. 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(faraziye-fiction) 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 varlığın ispat için kullanılır. HUMK.288, 500L'yı şan değerdeki hukuki işlemin ancak yazılı bir biçimle ispatlanacağını belirtir. Geçerlilik Biçimi: Taşınmazın satımı, kefalet vs. 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 isteklerin varlığı için kesin kanıt saymaktadır. Tersini ispat edilemez. BK.31; Yanılan, aldatılan ya da korkutulan kimse; işin gerçeğini öğrendikten 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 varsayımlar ancak hukuki tefsirle anlaşılabilir. Mesela BK.263'ün dilinden varsayım gibi bir anlam çıkmakta ise de bu hüküm bir karinedir.

4.Varması Gerekli Olan ve Olmayan İstek Açıklamaları: Hukuki hayatta istek açıklamalarının büyük bir çoğunluğunun karşı tarafa yöneltilip varması gereklidir. Mesela kiralanan evi iyi kullanmayan kiracıya ev sahibinin gönderdiği fesih açıklaması varması gerekli bir irade açıklamasıdır. Fakat az da olsa bazı istek açıklamalarının karşı tarafa varması gerekli değildir. Aleni mükâfat vaadi, vasiyetname gibi. BK.8, ilan yoluyla mükafat vermeden bahseder. Mesela bir zengin, bir mikrobu öldürecek ilacı bulanlara mükafat verme vaadinde bulunmasını düşünelim. Burada iki görüş vardır:

Sözleşme Teorisi: İlanı yapan bir öneride bulunmuştur. Vaad edilen ödülü alabilmek için karşı tarafın bu ilanı okuması gerekir ki sözleşme kurulmuş olsun. Yetersiz bir görüştür.

Policitatio(Tek yanlı istek açıklamasında mükafat borcunun doğması) Teorisi: İlanı okumak

gerekmediği gibi iradenin karşı tarafa varması da gerekmez.

Takasta karşılıklı borçların sükûtu gibi yenilik doğuran işlemlerde istek açıklamalarının muhatabına varması gerekir. Geçen yüzyılda tohumları atılan 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(mesela satım sözleşmesinde satıcının mektubu göndermesi gibi), gönderildiği andan itibaren sonuçlarını doğurur.

3)Varma Teorisi: İstek açıklaması, karşı tarafa vardığı 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 teorisi 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 muhataba varmakla sözleşme kurulmuş olur. Bunun yanında gönderme teorisini de yer verilmiştir. Sözleşme kurulduktan sonra sonuçlarını, istek açıklamasının gönderildiği tarihten itibaren doğurur. Yani istek açıklaması, sözleşme kurulmuş olmak şartıyla 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(makable şamil) 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 varmıştır. Fakat 2/3/1974 de A'nın kusuru olmaksızın kamyon yanmıştır.

Soru: A, B'den 250.000L'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 ile B arasından kurulan sözleşme 1/3/1974'den itibaren sonuçlarını doğuracaktır. Yani bu tarihte A, kamyonun mülkiyetini B'ye geçirme borcuna girmiştir. Fakat 2/3/1974 de kamyonun kusuru olmaksızın yanması üzerine edim imkânsızlaşmıştır. Periculumemptorisest(hasar, alıcıya aittir.) kuralı gereğince alıcı B, burada hasarı yüklenecektir. A da bu kurala dayanarak 250.000L'yı B'den isteyebilir.

Faiz şart koşulmuşsa sonuçlarını gönderme anından itibaren doğurur(işlemeye başlar.)

İsv-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 çatışan çıkarlarını bağdaştıran ortalama bir çözüm getirmektedir. Bu, BK'muzun bir diğer orijinallığıdir.

Varması gerekli bir istek açıklamasının belli bir zamanda karşı tarafa varması gerekiyorsa, muhatabın egemenlik çevresine söz konusu süre içinde varabilmesi için acele edilmesi gerekir. Bir tür taşınmazın paydaşlarından birinin şüfa hakkını kullanması satışı öğrendikten 1 ay içinde olmalıdır. 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 alınamaz. Bu ise, çok ayrık bir durumdur. Kural olarak postadaki vaki gecikmeler dikkate alınmaz.

5.HUKUKİ İŞLEMLER:

1)Tanımı ve Çeşitleri: Hukuki işlem, hukuki bir sonuç doğurmak için yapılan istek açıklamalarıdır. Burada özellikle hukuki bir amaç söz konusudur. Mesela nezaket gereği yapılan açıklamalar, hukuki işlem sayılmaz.

Hukuki işlemler çeşitli bakımlardan tasnif etmek mümkündür.

a)Borçlanma(taahhüt) ve Harcama(tasarruf) İşlemleri: Bu ayrım, kazandırıcı işlemler için söz konusudur.

Borçlanma işlemi, malvarlığının pasifini çoğaltan işlemidir. Satım sözleşmesi, hukuk sistemine göre alıcı ve satıcı için bir borçlanma işlemidir.

Harcama işlemi ise malvarlığının aktifinin eksilen; bir halka doğrudan doğruya etkileyerek onu değiştiren, kaldıran ya da bir başkasına geçiren işlemidir. Mülkiyeti geçirme işlemleri gibi.

b)Kazandırıcı İşlemler ve Tespit İşlemleri:

Kazandırıcı işlem, bir kimsenin bir değerine malvarlığı kazandırdığı işlemlerdir. Bir başkasının borcunu yüklenme, bir alacağı geçirme işlemleri gibi.

Tespit İşlemi; belirsiz ya da çekişmeli bir duruma son vermek ve onun kesin, belirli ve çekişmesiz bir duruma getirmek için yapılan işlemidir. Sulh(uzlaşma) sözleşmesi böyledir. Bununla taraflar karşılıklı fedakarlıklar yoluyla aralarındaki çekişmeli duruma son verirler. Bundan gaye, tespittir. Sonradan durumun ne olduğu anlaşılrsa bile düzeltilemez. Nedensiz zenginleşme davası açılmaz. Çünkü gayeye erişilmiştir.

c)Tek Yanlı ve Çok Yanlı Hukuki İşlemler:

Tek Yanlı Hukuki işlem; tek tarafın istek açıklamasıyla hukuki sonuç doğurabilen işlem demektir. Modern hukukta tek yanlı işlemler önem kazanmıştır. Başlıcaları şunlardır:

aa) Vakıf kurma iradesi

bb) Vasiyetname

cc) Başka birine temsil yetkisi verme

dd) Aleni mükafat vaadi

ee) Yenilik doğuran işlemler: Yenilik doğuran işlemlere hâkim olan başlıca ilkeler şunlardır:

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

Kullanılan yenilik doğuran hakkın hangi hak olduğunun belirtilmesi gerekir. Zira bu hak kullanılmakla karşı tarafın hukuk sahasına etkiyecektir, karşı tarafın bunu bilmesi gerekir. Mesela sadece sözleşmeyi bozacağını bildirmek yetmez. Bunun hata, hile vs. hangi sebeplerden ileri geldiğinin de belirtilmesi gerekir.

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

Tek taraflı işlemlerde borç, tek yanlı iradeyle doğmaktadır

Çok Yanlı Hukuki İşlemler ise; birden çok kişinin karşılıklı olarak yaptıkları birbirine uygun istek açıklamasıyla oluşan işlemlerdir.

aa) Kararlar: Birçok kişinin istek açıklamalarının aynı yöne yönelmesiyle oluşan işlemlerdir. Çoğunluğun isteği, çok defa azınlığı bağlar. Kararlar, ancak yasada gösterilen durumlarda söz konusu da olabilir. Dernek ve ortaklıklar da alınan kararlar gibi.

bb) Sözleşmeler: İki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun istek açıklamalarıyla oluşur. modern hukukun en çok kullanılan işlemleridir. Sözleşmeleri 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. İsv.-Türk hukukunda nesnel sözleşme, yalnızca taşınırın mülkiyetinin geçirilmesinde görülür.

bb/d- Borçlar Hukuku Sözleşmeleri: Bunlar borç doğuran, değiştiren ya da kaldıran sözleşmelerdir. BK.1'e göre sözleşme, tarafların karşılık ve birbirine uygun istek açıklamalarıyla meydana gelir. Bu istek uyuşmasına konsens(uyuşma), isteklerin uyuşmamasına ise dissens(uyuşmama) denir. Bunlar(uyuşma veya uyuşmama) zımni de olabilir. Özellikle örtülü bir uyuşmazlık sık rastlanılan bir durumdur.

Borçlar Hukuku sözleşmeleri şöylece tasnif edilebilir:

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:

Gerçek İki Yanlı(Sinallagmatik,Karşılıklı) Sözleşmeler: Edimler değişimi amacını güden ve her iki yanı da borca sokan sözleşmelerdir. Satım, kira gibi.

Eksik İki Yanlı Sözleşmeler: Edimler değişimi amacını gütmeyen ve zorunlu olarak iki tarafında borca girmediği sözleşmelerdir. Taraflardan biri bazen borca girer. Vekalet, vedia gibi.

Gerçek iki yanlı ve eksik iki yanlı sözleşme ayrımının BK'muzda önemi büyüktür. Bilhassa şu üç prensip sadece sinallagmatik akitlere uygulanabilir.

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

BK.101 v.d.ındaki borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler ve bilhassa alacaklının sözleşmeden dönme hakkı tam iki yanlı sözleşmelerde söz konusudur.

BK.117'deki kusursuz imkansızlıkla ilgili ilke: Karşılıklı sözleşmelerde edimlerden biri borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşması durumunda her iki tarafın da borcundan kurtulması gerçek iki yanlı sözleşmelerde bahis mevzuudur.

Bayağı ortaklık(adi şirket) sözleşmesinin durumu tartışmalıdır. Burada edimler değişimi amacı olmayıp edimler bileşimi gayesi güdüldüğünden bu kuralların otomatik olarak adi şirketlere de uygulamak imkan dahilinde değildir.

2)Hukuki İşlemin Şartları

a)Hukuki İşlemi Tamamlayıcı Olaylar: Hukuki işlemin özü, istek açıklamalarıdır. Ancak bunun yanında hukuki işlemin tamamlanması için bir takım olaylar da gerekli olabilir.

aa-Muvafakat(Onam): Önceden verilirse izin, sonradan olursa icazet(onay) denir. Vesayet altındaki mahcurların hukuki işlemleri gibi işlemler ancak muvafakat ile tamamlanabilir.

bb-Taşınır mülkiyetinin geçirilmesinde nesnel sözleşmeye nesnenin elmenliğinin de eklenmesi gerekir.

cc-Bir takım hukuki işlemler ise işlemi yapanın ölümüyle sonuç doğurur. Bunlara ölüme bağlı tasarruf denir. Miras mukavelesi ve vasiyetname olmak üzere iki tanedir. Burada hukuki işlem, ölüm olayının eklenmesiyle sonuçlarını doğurmaktadır.

dd-Bir takım hukuki işlemler, ancak belli bir sürenin geçmesi, ya da bir şart(gelecekteki ve vukuu belirsiz olayın eklenmesiyle sonuç doğururlar.

ee-Bir takım hukuki işlemlerin sonuç doğurabilmesi için resmi organların fiillerinin de eklenmesi gerekir. Mesela karının koca yararına üçüncü kişilere borçlanabilmesi için sulh yargıcının onayı gerekir. Taşınmaz mülkiyetinin geçirimi buna örnektir.

Tapu kütüğüne yazım, malikin talebine binaen olur. Bu, tek yanlı bir hukuki işlem olup ayrıca alıcının da katılması gerekmez. Fakat bu bildirimde tescil de eklenmelidir.

İsv-Türk hukuk sisteminde taşınır nesnelerin mülkiyeti, nesnel sözleşme denilen iki yanlı bir sözleşme ile geçirilmektedir.

Görüyoruz ki taşınırların mülkiyetinin naklin de harcama işlemi iki yanlı olduğu halde taşınmazların mülkiyetinin geçiriminde harcama işlemi tek yanlıdır.

b)Hukuki İşlemin Ön Sonuçları: Hukuki işlemler henüz tamamlanmazdan önce de bir takım sonuçlar(hukuki) doğurur ki bunlara hukuki işlemin ön(ya da ilk) sonuçları denir. Mesela şarta bağlı hukuki işlemler henüz tamamlanmamıştır. Bunun için şartın gerçekleşmesi gerekir. Fakat şart gerçekleşmeden önce de bir takım hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Satıcının şart gerçekleşmeden önce satım konusu malı üçüncü bir kimseye satamaması gibi. Aksi halde şart gerçekleşince borca aykırılıktan sorumlu tutulur.

Bir takım hukuki işlemler ise önceye etkili olurlar. İcazet gibi. Mahdut ehliyetsiz bir kimsenin yaptığı işleme kanuni temsilcisi icazet verirse, işlem kurulduğundan itibaren hüküm ifade eder. Burada bir varsayım söz konusudur.(Yani yasada gösterilen ya da hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda söz konusu olabilir.)

3)Hukuki İşlemin 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 hukuk düzeni bu sözleşmeyle sonuçları kendisi bağlar. Satıcının sattığı şeyin bozukluklarından sorumlu olması gibi. Buna hukuki işlemin yasal sonuçları denir.

Örnek Olay: Koca E, karısı K'ya üçüncü kişiden(Ü'den) kendisi için bir kat almak üzere 100.000L vermiştir. K ise katı alıp kendi üzerine tescil ettirmiştir.

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

Cevap: Önce 7/10/1953 t.li YİBK'na değinelim. Karara göre MY.634 gereğince karı K'nın mülkiyeti geçirme borcunun doğabilmesi için resmi bir sözleşmenin yapılması gerekirdi. Zira taşınmaz mülkiyet geçirimi borcu doğuran sözleşmelerin resmi biçimde yapılması gerekir. Olayda ise böyle bir sözleşme söz konusu olmadığından E, K'dan katın mülkiyetinin kendisi üzerine geçirimini isteyemez. Yargıtay bu kararında E ile K arasındaki vekalet sözleşmesini göz önünde tutmamış ve bu yüzden yanılığa düşmüştür. Zira vekalet sözleşmesini düzenleyen BK.392'de şöyle bir hüküm vardır: "Vekil, müvekkil için üçüncü kişilerden kazandığı her şeyi müvekkiline devirle yükümlüdür." Görüyoruz ki burada vekilin yasal bir borcu söz konusu olmaktadır. Ayrıca kararlaştırılmış olmasa bile vekil K'nın bu borcu vardır. E de buna dayanarak K'dan katın mülkiyetinin kendi üzerine geçirilmesini isteyebilir. Buna vekalet sözleşmesinin yasal sonucu denir. Yargıtay da bu noktada yanılmıştır.

Bir hukuki işlemin doğurduğu hüküm ve sonuçları üç grupta toplayabiliriz:

a)Hukuki İşlemin Esaslı Hüküm Ve Sonuçları(EssentialiaNegotii): Bir satım sözleşmesinde satıcının mülkiyeti geçirim borcu ile alıcının bedeli ödeme borcu gibi.

b)Hukuki İşlemin Doğal Hüküm Ve Sonuçları(NaturaliaNegotii): Bunlar hukuki işlemin yasal sonuçları olup bu sonuçlar hukuki işleme yasaca bağlanmaktadır. Ayrıca kararlaştırmalarına gerek yoktur.

c)Yedek Hukuk Kurallarının Tersine Konulan Kurallar(AccidentaliaNegotii): "tehlikeyi alıcı çeker" kaidesinin tersi kararlaştırılabilir. Çünkü bu, yedek hukuk kurallarındandır.

4)Hukuki İşlemlerin Ortadan Kaldırılması: Hukuki işlemler ortadan kaldırılabilir.

a-Sözleşen Tarafların Anlaşmasıyla Hukuki İşlemin Ortadan Kaldırılması: Burada sözleşmeden doğan borç ilişkisinin anlaşarak ortadan kaldırılması söz konusudur. Sözleşmenin ortadan kaldırılmasında kural budur. Fakat istisnai olarak sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinin tek taraflı iradeyle ortadan kaldırılması mümkündür:

aa-Dönme(Rücu): Karşılıklı sözleşmelerde taraflardan biri temerrüde düşerse alacaklı, tek yanlı bir dönme iradesiyle sözleşmeyi ortadan kaldırabilir. Dönem,önceye etkili(ex tunç) olup borç ilişkisini kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırır.

bb-Bozacağıını Bildirme(Feshi İhbar): Mesela müddet kararlaştırılmadan yapılan kira akdinde kiralayan, üç ay önceden bozacağıını bildirerek kira sözleşmesine geleceğe etkili(exnunc) olarak son verebilir. Bu irade açıklamasının yapıldığı ana kadar ki sonuçları geçerlidir. Kural olarak sürekli borç ilişkilerinde bozacağıını bildirme söz konusu olabilir.

b-İşlemin Taraflardan Birinin Tek Yanlı İşlemiyle Ortadan Kaldırılması: Vasiyetname, temsil yetkisi verme işlemi, yenilik doğuran işlemler gibi tek yanlı işlemler taraflardan birinin(işlemi

yapan) iradesiyle sona erdirebilirler.

§ 15.SÖZLEŞMENİN KURULUŞU

1.BK.1'e göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun istek açıklamalarıyla kurulur. Bu istek açıklamalarından ilkinde öneri(icap), sonrakine ise kabul denir. Öneriyi yapana önerici(mucip, icapçı) önerinin yapıldığı kimseye muhatap denir. Öneri taraflardan herhangi birisinden gelebilir. Roma Hukukunda ise öneri daima alacaklıdan gelir.

2.-1) Öneri ve Öneriye Çağrı Ayrımı: Hukuki hayatta yapılan bir önerinin, gerçek bir öneri mi yoksa bir öneriye çağrı mı olduğu ayırt edebilmek önem taşımaktadır. Öneriye çağrı, karşı tarafa öneri de bulunmak imkanını verir. Bu yüzden öneri ile öneriye çağrısı ayırt etmek gerekir. Gerçek anlamda bir öneri ise karşı tarafa kabul açıklamasında bulunma imkanı verir. Önerinin iki şartı vardır:

a)Belirli Olma: Öneri, belirli olmalıdır. Esaslı noktaları toplamış olmalı ki muhatap kabul açıklamasıyla sözleşmeyi kurabilsin.

b)Bağlanma İsteğinin Bulunması: 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.7/2'ye göre tarife, fiyat listeleri gibi şeyler göndermek öneriye çağrıdır. Açık arttırmada da öneriye çağrı söz konusudur. BY.255; cebri müzayedelerde satım memurunun, ihtiyari müzayedelerde ise müzayedeyi yapanın iradesiyle satım sözleşmesi kurulur. BK, bazı durumlarında belirli ve bağlanma isteği bulunduğu için icap olarak kabul etmiştir. BK.7/3'e göre fiyatını göstererek mal sergilemek 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.lık 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 önerici(olayımızda 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. B'nin; kendisine yapılan istek açıklamasına güvenmesinden dolayı 300L. Menfi(olumsuz) zararı, kendisine yapılan istek açıklamasının yerine getirilmemesinden dolayı 500L. Olumlu zararı vardır. Yukarıdaki çözüm, bunları görmemezlikten gelmektedir. Bu yüzden 19. Asır sonlarının ünlü Pandekt Hukukçusu Jhering, 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 belki bir süre önerisinden dönmemesi borcu da bu grup borçlarındandır. İşte bu gibi borçlara aykırılık da kusurdur ve Jhering buna görüşmede kusur(culpa in contrahendo) demektedir. Bu kusurdan doğan zararında tazmin edilmesi gerekir.

b-Alm. MK ve ona uyarak İsv.-Türk Bk'ları önerinin önericiyi bağlayacağını kabul etmektedir. Şöyle ki: Öneri, kabul dediğimiz tek yanlı bir istek açıklamasıyla sözleşmeyi kurma yolunda muhataba kurucu yenilik doğuran bir hak verir ve muhatap, belir bir süre içinde bu yenilik 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 zarar-olayımızda 500L.y1) dava edebilir. Görüyoruz ki BK'muz, Jhering'in görüşünden de ileri bir çözüm yolu kabul etmiştir.

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

3)Öneriyle Bağlılık Süresi: Öneri, önericiyi ancak belli bir süre için bağlayabilir. Bu bakımdan önerileri iki grupta toplayabiliriz:

a-Sürelili 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 önerilerde hazırlar arasında yapılmış sayılır.

bb-Hazır bulunmayanlar (paipiler) arasındaki öneriler, önericiyi muhataptan olağan olarak kabul açıklamasının gelebileceği süre için başlar. Bu süre üç unsurdan oluşur:

Önerinin muhataba varması için gereken süre

Muhatabın düşünüp taşınması için geçmesi gereken süre

Muhatabın cevabının önericiye varması için gereken süre

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

her iki taraf da borca girer. Önerici, postadaki gecikmeleri hesaba katmak zorunda değildir. Gereken zaman içinde yapıldığı halde postadaki gecikmeler yüzünden süresi içinde varmayan kabul haberini, önerici reddedecek idiyse ret haberini hemen bildirmektedir. Aksi halde sözleşme kurulmuş sayılır.

Süresi içinde yapılmayan kabul haberleri, yeni bir öneri addolunur.

4)Bağlanmayan Öneriler: Ticari hayatta çok defa tacirler, önerilerinde dönme haklarını saklı tutarlar. Bu durumlarda öneri, önericiyi bağlamaz. Özellikle fiyat 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 vardıktan sonra da önerisiyle bağlı olmaması

c-Sözleşme kurulduktan sonra da dönme hakkının saklı tutulması

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

a-Önericin, 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 kişiliğini göz önünde tutularak yapılmışsa öneri hükümsüz kalır. Mesela bir şarkıcıya şarkı söylemesi için öneride bulunulmuş, fakat kabul açıklamasında bulunmadan şarkıcı ölmüşse yapılan öneri hükümsüzdür. Çünkü öneri, muhatabın kişiliği göz önünde tutularak yapılmıştır(Herkes şarkı söylemez).

c-Muhatap, kabul açıklamasında bulunduktan sonra ölmüş ya da fiil ehliyetini kaybetmişse kabul açıklaması yine geçerlidir.

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

3.KABUL

1)Sarih İstek Açıklamasıyla Yapılan Kabul:

a-Kabul-Öneri gibi varması gerekli bir istek açıklamasıdır ve önerici, öğreninceye kadar her zaman geri alınabilir, BK.9/2 sözleşmenin kurulabilmesi için kabul açıklamasının muhtevasının öneriye uygun olmasın gerekir. Bu yüzden muhatabın bir takım eklerle kabul açıklamasında bulunması mümkün değildir. Aksi halde bu, ancak yeni bir addolunabilir.

b-Kabul açıklamasının hangi anda hükümlerini doğuracağı hakkında çeşitli teoriler vardır.

Hukuk sistemimizde sözleşmenin kuruluşu hakkında orijinal bir çözüme yer verilmiştir. Şöyle ki: kabul açıklaması, önericiye varmakla sözleşme kurulmuş olur. Bu durumda önerici, kabul açıklamasını alıncaya kadar tehlikeyi yüklenir. Bunun yanında gönderme ve öğrenme teorilerine de yer verilmiştir. BK.10/1; sözleşmenin sonuçları, kabul haberinin gönderildiği günden işlemeye başlar. Bu hüküm, Dresten Borçlar Tasarısı ve Alm. Ticaret Kanunu'ndan alınmıştır. Gerekçesi şudur:

aa-Mademki sözleşenler, sözleşmenin kurulmasını istemişler ve kurmuşlardır. Öyleyse bu sözleşmenin bir an önce sonuçlarını doğurmasında taraflar için yarar vardır. Böylece sözleşmenin kurulmasında önceye etkili olma durumu bahis konusudur. Bu yüzden bizde, hasar alıcıya ait olmaktadır.

bb-Faizler, gönderme anından işlemeye 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 öğrenme teorisine yer vermiştir.]

2)Zımni İstek Açıklamasıyla Yapılan Kabul:

a-Ya sözlerle,

b-Ya da fiillerle olur. Fiillerle zımni 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 zımni kabullere iradeye delalet eden(bitirici) fiiller denir. Bitirici fiiller iki şekilde olur:

İfa fiilleri şeklinde

Temellük fiilleri şeklinde

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

- İlk olarak bu gibi işleri ısmarlayan zaten bir kabul haberi beklememektedir.

- Çok defa da muhatabın önericiye kabul haberini bildirmesine imkan yoktur

c-Öneri karşısında susma da bazı durumlarda kabul sayılır. BK.6'ya göre işin mahiyetine, ya da duruma göre bir öneri karşısında susmak kabul sayılmak gerekir ise öneri, uygun bir süre için ret edilmemişse sözleşme kurulmuş sayılır. Şöyle ki: Önceki bir anlaşmaya, ya da MK.2'deki dürüstlük kuralına göre muhatabın cevap verme ödevi varsa, bu durumda öneri karşısında susma kabul sayılır.

Özellikle bağışlama sözleşmelerinde öneri, uygun bir süre içinde ret edilmemişse sözleşme kurulmuş sayılır. BK.387'ye göre bir işin yapılması mesleğinin gereğinden ise veya o işi yapmak hususunda resmi bir sıfatı varsa ya da yapacağına dair önceden bir ilanda bulunmuşsa muhatap, kendisine yapılan önerileri derhal ret etmemişse kabul etmiş sayılır.

Zımni kabul durumunda sözleşme, iradeye delalet eden fiillerin yapıldığı anda, yalnız susma söz konusu ise uygun ret etme süresinin geçmesiyle sözleşme kurulmuş sayılır. BK.10/2'ye göre zımni kabulün sonuçları, önerinin vardığı andan itibaren doğar. Zımni kabul, öğrenme anına kadar her zaman geri alınabilir.

4.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 hakim, hak ve nisfete göre onları tayin eder. Fakat BK.16/1, bu kurala önemli bir ayrık getirmektedir. Şöyle ki: Eğer sözleşenler, sözleşmenin belli bir şekle uyularak kurulmasını kararlaştırmışlarsa, bu biçime uyulmadıkça sözleşme kurulmuş olmaz.

5.Görüşmede Kusur: Sözleşme kurma için faaliyete başlamakla taraflar arasında hukuki ilişki kurulmuş olmaktadır. Bu ilişkiden, sözleşenler 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. Zabta karşı açılan dava gibi. Jhering, sözleşmenin görüşülmesinden doğan borçlara aykırılığa 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 ilişkisine de aykırılık olabilir. Görüşmede kusur bu bakımdan sadece bir haksız fiil olmayıp gerçek anlamda bir borca aykırılık niteliğindedir. Görüşmede kusuru borca aykırılık kabul edersek borçlunun sorumluluğu da ağırlaşmaktadır. Zarar görenin borca aykırılığa dayanması, kendisine bilhassa üç bakımdan yarar getirmektedir:

a-Zamanaşımı Yönünden: Haksız fiilde zamanaşımı öğrenmeden başlayarak bir yıldır. Borca aykırılıktaysa genel zamanaşımı olan 10 yıllık süre söz konusudur, BY.125.

b-Kusuru İspat Yüğü Yönünden: BK.41'e göre haksız fiilde zarar gören, zarar verenin kusurunu ispat yükündedir. BK.96 ise borca aykırılıkta borca aykırı davrananı, kusuru olmadığını ispatla yükümlü tutmaktadır.

c-Adam çalıştıranların sorumluluğu yönünden: Haksız fiil söz konusu oldukça BK.55

uygulanır ve adam çalıştıran gerekli özeni gösterdiğini ispatla sorumluluktan kurtulabilir. BK.'muza göre zarar görenle adam çalıştıran arasında bir sözleşme bulunması halinde adam çalıştırana sözleşmeden doğan borcu söz konusu olmaktadır. BK.100'e göre bu gibi durumlarda adam çalıştırana gerekli özeni gösterdiğini ispatlasa bile kurtuluş imkanı tanımamaktadır. Görüşmede kusuru bir borca aykırılık sayarsak, yardımcı eliyle işlendiğinde ödeme yardımcısını BK.100'e göre sorumlu tutarız. Böylece zarar gören için daha elverişli bir durum söz konusu olur.

Örnek Olay: Bay A, Bay B'nin kumaş dükkanına kumaş almak için girmiş. Tezgahtarın yüksek bir rafta bulunan kumaş topunu Bay A'nın başına düşürmesi üzerine Bay A, başından yaralanmıştır.

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

Cevap: BK.55'e göre çalışma yardımcısı kullanan kimse, çalışma yardımcısının kendisiyle arasında bir borç ilişkisi bulunmayan(üçüncü) kişilere verdiği zarardan dolayı çalışma yardımcısına gereken özeni gösterdiğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Fakat BK.100'e göre ise ödeme yardımcısı kullanan kimse, ödeme yardımcısının kusuruyla alacaklıya verdiği zarardan mutla olarak sorumlu olur, yani gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz.

Olayımızda B ile A arasında satım sözleşmesinden doğan bir borç ilişkisi yoktur. Fakat 19. Asrın ünlü Alm. Hukukçusu Jhering'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 tarafa zarar vermeme borcudur. Bu durumda da sözleşmenin kurulmasından önce doğmuş bir kusur(culpa in contrahendo) vardır ve bu bir borca aykırılık niteliğindedir. Bu yüzden olayımızda B'yi BK.100'e göre sorumlu tutarız. Bu halde de B'nin gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkanı yoktur.(Alm. İmparatorluk Mahkemesi "Muşamba olayı"nda aynı çözümü benimsemiştir.)

§ 16.HARCAMA(TASARRUF) İŞLEMLERİ

1. Harcama, borçlanmanın karşılığı demektir. Borçlanmada malvarlığının pasifi çoğalır, harcamada ise malvarlığının aktifi azalır. Mesela 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 nesnel haktan vazgeçmek ve özellikle yenilik doğuran hakların kullanılması işlemleri birer harcama işlemidir. Harcama yetkisi taraflara ortadan kaldırılabilirse de bu ancak kişisel sonuçlar doğurabilir.

2. Borçlanma işlemleri ile harcama işlemleri kural olarak birbirinden bağımsızdır.

1)Harcama işlemi geçersiz olsa bile borçlanma işlemi geçerli olabilir. Mesela A, bir üçüncü kişiye(Ü'ye) ait bir nesneyi satmak için B ile anlaşılır ve sonradan bu satım sözleşmesine dayanarak o nesnenin mülkiyeti B'ye geçirilirse 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 davaları harekete geçirebilir.(Bu çözümü MK.901 ve 933'deki hüsnüniyet kurallarını nazara almaksızın yaptık.)

2)Bazı harcama işlemleri, dayandıkları borçlanma işlemi geçersiz olsa bile yine geçerliliğini muhafaza etmektedir. 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 mülkiyetinin geçirilmesi, ancak geçerli bir borçlanma işlemiyle mümkündür. MK.924'e göre tapu kütüğündeki harcama işlemlerinin geçerli olabilmeleri için geçerli bir nedene dayanmaları gerekir. MK.933'e göre haklı bir sebep olmaksızın yapılan tescil, yolsuz tescildir. Bu tür işlemlere de nedensel(illi) işlemler denir.

3.Nisbi Sonuçlu Harcama İşlemleri: Kural olarak bir harcama işlemi herkese karşı sonuç doğurur. Fakat bir takım harcama işlemleri, bazı kimselere karşı sonuçlarını doğurmaz. Bu tür işlemlere nisbi sonuçlu harcama işlemleri denir. Roma hukukunun aksine olarak Alm. ve İsv. Hukuklarında olduğu gibi bir nesne üzerinde hukukumuzda göre birden fazla kişi elmen olabilir. Mesela kira sözleşmelerinde kiralanan nesne üzerinde iki elmen vardır. Kiraya veren bağımsız elmen(asil), kiracı ise bağımlı(fer'i) elmandır. Kiraya veren kiralanan nesneyi başkasına satabilir, mülkiyetini geçirebilir. Buna bağımsız elmenliğin yollanması(havalesi) denir. Bu durumda mülkiyeti kazanan kişi maliktir ve mülkiyet hakkını herkese karşı ileri sürebildiği halde bağımlı elmen kiracıya karşı ileri süremez. Meğerki satıcı, kiracıya elmenliği(asli) bir başkasına geçirdiğini bildirmiş olsun. MK892/2 hükmü bu çözümü getirmektedir.

Örnek Olay: A, B'ye bir baskı makinası satıyor. Fakat baskı makinası kiracı sıfatıyla A'da kalıyor.

Soru: Buradaki harcama işleminin mahiyetini izah ediniz.

Cevap: A ile B arasındaki satım sözleşmesi, borçlanma işlemidir. Bu borçlanma işlemine dayanarak yapılan mülkiyet geçirimi ise hükmen teslim şeklinde olmuştur. Bu gibi olaylarda amaç çok defa satıcının kredi itibarını yükseltmektir. MK.853'e göre taşınırın rehnedilebilmesi için mutlaka rehinli alacaklıya merhunun teslimi gerekmektedir. Birçok durumlarda taraflar, yasaya dolana(hile-i şer'iyeye) başvurarak aralarında bir satış yaparlar, mülkiyeti de hükmen teslim yoluyla geçirirler ve satıcı, kiracı olarak o malı kullanmaya devam eder. Olayımızda A ile B arasında da olan bu gibi durumlarda MK.690'a göre alıcı(olayımızda B) mülkiyet hakkını kazanır, fakat vu hakkı satıcının(olayımızda A'nın) alacaklılarına karşı ileri süremez. Bunun pratik önemi şuradadır. Satıcının

alacaklıları, iflas halinde o mal, hala A'nın malvarlığında duruyormuşçasına baskı makinesini haczettiriyor onun değerinden alacak haklarını elde edebilirler. Bunun gibi taşınır bir mal üzerinde rehin hakkı olduğunu ileri sürebilmek için rehin nesnenin elmeni olmak gerekmektedir. Bu tür harcama işlemlerine nisbi sonuçlu harcama işlemleri denir.

4.Harcama Yetkisi:

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

a-Hak sahibinin harcama yetkisi kaldırılmış, ya da daraltılmış olabilir. İflas, harcama yetkisinin kaldırılmasına; kira, şüf'a gibi tapu kütüğün şerh edilmiş kişisel haklar 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(temsiki sıfatıyla), temsil edilen adına geçerli işlemler yapabilir.

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

2)Harcama yetkisi olmaksızın yapılan işlemler, geçersizdir. Meğerki MK.901 ve 931 hükümleri gereğince iyi niyetin korunduğu bir durum söz konusu olsun. Harcama yetkisi olmadığı için geçersiz olan harcama işlemleri iki durumda geçerlilik kazanırlar:

a-Hak sahibinin sonradan onaylamasıyla

b-Düzelme(konvalessenz) ile. Mesela oğul E, baba B'ye ait bir otomobili arkadaşı A'ya satmış ve mülkiyetini de geçirmiştir. MK.901'deki hüsünüyet kuralını 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 geçirimini 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 oluyor.

c-Gelecekteki bir hak üzerinde yapılan harcama işlemi sonuçlarını hemen doğurmaz. Bunu için harcama konusu hakkın meydan çıkması gerekmektedir.

3)Harcama yetkisi, fiil ehliyetinden farklıdır. Fiil ehliyeti, bizzat kişinin kendi çıkarlarını korumak için aranır. Fiil ehliyeti olmayan kişinin yaptığı işlemler hukuki sonuç doğurmaz. Harcama

yetkisinin daraltılması, ya da kaldırılması ise alacaklıların çıkarlarını korumak amacı güder. Bu temel farlılıktan 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 hastalığı ile sözleşme yapan kimsenin işlemi yine geçersizdir. Harcama yetkisizliği karşısında MK.901, 931 gibi bir takım durumlarda iyi niyet 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 iflas etmiştir. Otomobilini B'ye satıp teslim ediyor.

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

Cevap: Olayımızda iflas söz konusudur. İflas ise harcama yetkisinin kaldırılması halidir. A ile B arasında iki işlem vardır:

Satım sözleşmesi, borçlanma işlemidir ve geçerlidir.

Mülkiyetin geçirilmesi işleminin geçerliliği için harcama yetkisinin bulunması gerekir. A'nın iflas nedeniyle alacaklılarının çıkarlarını korumak için harcama yetkisi kaldırılmış olduğundan bu işlem geçersizdir.

Geçersizlik 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 çıkarlarını 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 durumda söz konusudur. Bu yol, ilkin Alm. İflas K. S7 ile Alm. MK. S135'cede benimsenmiştir.

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 hacizle o mala taalluk eden haklarını ihlal ettiği nisbette batıldır.(Fazla bilgi için bkz. Sungurbey, MK üzerine eleştiriler cilt 2-

§ 17.KAZANDIRICI İŞLEMLER

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

1)Hukuki İşlem Yoluyla: Bu tür işlemlere kazandırıcı işlemler denir. Kazandırıcı işlem, ya borçlanma ya da harcama işlemi yoluyla olur.

2)Maddi Fiillerle Kazandırma: Maddi fiil, hukuki bir sonuç doğurma isteği olmadan dış âlemde maddi bir değişiklik meydana getiren ve hukuk düzeninin bu değişikliğe hukuki bir sonuç bağladığı fiil demektir. Elmenliğin geçirilmesi, taşıyır gibi. Mesela A, camını komşusu B'nin penceresine takmıştır. Bu da camın tamamlayıcı parça durumunda olduğu için evin maliki camında maliki olmuştur.

3)Bu da birleşme yoluyla kazandırma olur.

Kazandırma başka bir açıdan da tasnif edilebilir:

a-Kazandırma, kazandırmanın malvarlığından bir değer vermesiyle olabilir.

b-Kazandırma, ya da emek harcamayla olur. Temizlikçi kadının bir yeri temizlemesinde olduğu gibi.

2.Kazandırıcı İşlemlerin Nedenleri: Kazandırıcı işlemler bir takım gayeyle için yapılır. Bu gayeler, çok defa zincirleme olarak düşünülebilir. Mesela A, B'ye 1000L.nın mülkiyetini geçiriyor. Bunun bağışlama gayesiyle, bağışlamanın da iyilik ya da gösteriş yapma gibi ikincil gayelerle 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 masraflarını karşılamak için 1000L. bağışta bulunması gibi. Burada ikincil gaye(saik), bağışlamanın şartı derecesine yükseltilmiş olmaktadır. Aynı olay; hem şart, hem de causa olarak kararlaştırılmış olabilir. Mesela "Ben sana 1000L.nın mülkiyetini geçiriyorum. Fakat sana borcum olduğunu düşünüyorum." dediğimde bu işlemde amaç ödeme olmaktadır. Bu kazandırmanın şartı olarak da kararlaştırılabilir, nedeni olarak da kararlaştırılması mümkündür. Münferit olayda şart ve nedeni ayırt edebilmek önem taşımaktadır. Bu hususta birbirini tamamlayan iki ölçüt ileri sürmek mümkündür:

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

2)Taraflar gelecekteki olaylardan daha çok şüphe ederler. Bu yüzden gelecekteki olayları genellikle şart olarak kararlaştırırlar. "Okulunu bitirdiğinde sana 10.000L. vereceğim." de olduğu gibi.

Şart ve sebep ayırımının önemi şuradadır: Eğer bir olay kazandırıcı işlemin şartı olarak kararlaştırılmışsa şart gerçekleşmedikçe işlem geçersizliğini sürdürür. Bu işleme dayanılarak verilen şeyler de istihkak davası açılarak 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 dava, mülkiyet davasına nazaran daha yumuşak sonuçlar doğurur. Şüphe halinde olayın causa olarak kararlaştırıldığı kabul edilmelidir.

Romalılar, causaları üç grupta toplarlardı ki bugünde geçerlidir. Fakat bu ayırım, sınırlayıcı değildir, bu yanında başka causalar da vardır:

CausaSolvendi: Ödeme(ifa) sebebidir.

CausaCredendi(Acquierendi): Kazanma sebebidir. Karşılıklı sözleşmelerde söz konusudur. Satım sözleşmesindeki mülkiyetin geçirilmesi ve bedelin ödenmesi borçları gibi.

CausaDonandi: Bağışlama sebebidir.

Başkaca sebepler de vardır:

Tespit Sebebi: Çekişmeli ya da belirsiz alacakların sulha bağlanmasıdır.

CausaNovandi: yenileme sebebidir.

Temin Sebebi.

3.Hukuki Nedene Bağlı Olan Ve Hukuki Nedene Bağlı Olmayan Kazandırıcı İşlemler: Bir kazandırıcı işlemin geçerliliği hukuki bir neden varlığına ya da gerçekleşmesine bağlı ise böyle kazandırıcı işlemler nedene bağlı(nedensel-illi) kazandırıcı işlem denir. Geçerli bir neden bulunmazsa ya da neden gerçekleşmezse veya ortadan kalkmışsa kazandırıcı işlem geçersiz olur ve yapılan kazandırma istihkak(mülkiyet) davası(reivindicatio) ile geri alınabilir. Kazandırıcı işlemin geçerliliği bir nedenin varlığına ya da gerçekleşmesine bağlı değilse bu tür kazandırıcı işlemlere nedenden bağımsız(soyut-mücerret) 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*) açarak 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 zannıyla 10.000L.nın

mülkiyetini B'ye geçiriyor.

Soru: A, B'den 10.000L.yı geri isteyebilir mi?

Cevap: A, 10.000L.nın mülkiyetini B'ye borcunu A ödemek(causasolvendi-ifa sebebi) gayesiyle geçirmiştir. Fakat daha önce bu borç ödendiği içinde neden ortadan kalkmıştır. Bu yüzden causa anlaşması kurulamamıştır. Mesela satım sözleşmesi sırasında A, temyiz kudretinden mahrum olsaydı, sonradan bu kudreti kazanınca borcunu ödemişse yine ortada geçerli bir neden yoktur. İlk duruma “Nedenin gerçekleşmemesi” diğerine ise “nedenin olmaması” hali demektedir. Nedenin bulunmaması, ya da gerçekleşmemesine rağmen mülkiyetin geçirimi sözleşmesi geçerli midir, yani neden olmamasına rağmen mülkiyet geçmiş midir? Digestada bu konuda iki ünlü hukukçunun iki ayrı görüşü vardır:

a. Julianus'a göre mülkiyetin geçirimi işlemi geçerlidir, zira nedenden bağımsızdır.

b. Ülpianus'a göre mülkiyet geçmez, mülkiyetin geçirimi nedensel bir işlemdir. Vverilen şey, reivindicatio ile geri istenebilir.

Modern hukukta bu problem iki grupta toplanarak çözümlenmektedir:

1)Harcama işlemleri kural olarak neden bağımsızdır. Alacağın geçirilmesi, ibra gibi. Fakat bunu bir istisnası vardır. İsv.-Türk MK'na göre açık kural gereği(md.924-933) taşınmaz mülkiyetinin geçerliliği nedene bağlı bir işlemdir. Mesela satma sözleşmesi geçersizse buna dayanılarak yapılan taşınmaz mülkiyeti geçirimi işlemi de geçersizdir. Fakat taşınmaz mülkiyeti geçiriminin nedensel ya da soyut olduğu hususu tartışmalıdır. İsv. Yargıtay nedensel olduğu görüşündedir. Van Thur ise haklı olarak taşınır mülkiyeti geçirimi işleminin soyut bir işlem olduğunu savunmaktadır. Sungurbey de aynı görüştedir.(Daha fazla bilgi için bk. MK. Ön Tasarısı Hakkında Eleştiriler s.365) BK.62'deki condictioindebiti(sebepsiz zenginleşme davası) ile ilgili hüküm gereği taşınır mülkiyeti geçiriminin nedensiz olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Şöyle ki: Söz konusu maddeye göre borçlu olmadığı şeyi ödeyen kimse, ödediğini ancak nedensiz zenginleşme davası ile geri alabilir. Yani neden olmadığı halde mülkiyet geçmekte, ödeyen ise mülkiyet hakkını kaybetmektedir. Fakat kişisel nitelikteki nedensiz zenginleşme davası ile şeyin geri istenebileceği kabul edilmektedir. Eğer söz konusu olan nedensel bir işlem olsaydı ödeyen, mülkiyet hakkını kaybetmeyecek ve verdiği şeyi bu hakkına da dayanarak istihkak davası ile geri isteyebilecekti. Şu halde taşınır mülkiyetinin geçirimi işlemi soyut bir işlemdir.

2)Borçlanma İşlemlerinde:

a-Hukuki neden, borçlanma işleminin içine sokulmuş ve onun bir parçası haline getirilmişse böyle bir borçlanma işlemi nedenseldir, geçerliliğini nedenin gerçekleşmesine bağlıdır. Mesela “Bana evini satman için sana 10.000L. borçlandığımı kabul ediyorum.” Desem, burada siz bana evinizin mülkiyetini geçirmediğiniz borç doğmayacaktır. Çünkü illi bir borç vaadi söz konusudur.

b-Nedeni gösterilmeyen borçlanma işlemlerinde ise neden bulunmasa yada gerçekleşmese bile borç doğmaktadır. Fakat nedensiz yere borçlanan kişi nedensiz zenginleşme davası ile (condictio liberationis) borçtan ibra edilmesini isteyebilir. Burada yargıç kararıyla ibra söz konusudur. Mesela size “1000L. Borcum var diye bir senet versem, ben yine borca girerim. Fakat borçlanmanın nedeni olmadığı içinde condictio liberationis ile ibra edilmeni isterim.”

İsv.-Türk hukuk sisteminde nedeni gösterilmemiş borç tanımlarının nedenden bağımsız olarak geçerli olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bazılarına göre nedeni gösterilmemiş borç tanımlarının geçerliliğinin nedene bağlı olması gerekmektedir. Prof. Yung Fr. MK’nun sebebin varlığını borcun gerçekleşmesinin şartı olarak kabul eden hükümlerinin etkisinde kalarak Fr. Olarak kaleme aldığı doktora tezinde bunu savunmaktadır.

BK.66/2’ye göre sebebi belirtilmemiş borçlanma işlemlerinin nedene bağlı olmadığı sonucu doğmaktadır. Fakat zenginleşme, yoksullaşandan elde edilmiş nedeni olmayan bir alçaksa yoksullaşanın iki imkanı vardır:

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

- Zamanaşımı süresi dolduğundan nedensiz zenginleşme davası açılmıyorsa, ya da borcun ödenmesi için yoksullaşana karşı bir dava açılmışsa yoksullaşanın def’i (sebebsiz zenginleşme def’i) hakkı vardır. Bu def’i ileri sürerek borcu ödemekten her zaman kaçınabilir. Çünkü def’iler, hukuki hayatta değişiklik yapma amacı gütmendiğinden ve bilakis mevcut durumun devam ettirilmesi söz konusu olduğundan zamanaşımına uğramaz.

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

4.İnançlı Kazandırmalar(Özellikle Güvence “Temin” İşlemleri): Bunlar, hukuki gayeyi aşan kazandırıcı işlemlerdir. Mesela bir alacağın temini için sadece rehin gösterilmesi yeteceği halde şeyin mülkiyetini geçirmede olduğun gibi. Buna teminat için temlik denilir. Bir alacak için birine tahsil yetkisi verileceği yerde inanca olarak alacağı geçirmede bir diğer örnektir ki buna da tahsil için temlik tabir olunur. Bütün bu işlemler inanca işlem olup gayeden daha ileri giden bir hak kazandırılmaktadır.

Taşınır rehni için MK.853’e göre teslim şarttır. Amaç; üçüncü kişilerin rehni, rehinli alacaklının zilyetliğinde görmelerini sağlamaktır. Bu kurala karşı dolan yapılmaması için rehlin inanca olarak mülkiyeti geçirilmek isteniyorsa şeyin mülkiyetinin de teslimi gerekmektedir. Hükmen teslim halinde bu teslim, devreden alacaklılarına karşı geçersizdir.

İnanca işlemler geçerlidir. Yani 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 borç ödendiğinde şeyin mülkiyetini geri verme borcu ise kişisel bir borçtur. İnanan kimsenin

de borcunu ödediğinde şeyin mülkiyetini geri isteme yolunda kişisel bir hakkı söz konusudur. Bundan çıkan sonuç şudur: İnançlı olarak şeyin mülkiyetini geçiren kimse, bu hakkını ancak inanılan kimseye karşı ileri sürebilir, üçüncü kişiye karşı kullanılamaz. İnanılan kişi şeyi üçüncü kişiye sattığında ancak borca aykırılıktan dolayı (BK.96) sorumlu tutulabilir.

§ 18.GEÇERSİZLİK(Hükümsüzlük, Muteberiyetsizlik)

Geçersizlik, bir hukuki işlemin sonuçlarını meydana getirememesi demektir. Bilhassa yasanın geciktirici(mussvarshifte) kurallarına aykırılık hukuki işlemin geçersizliği sonucunu doğurur. Bir de düzen(inzibati) kurallar(sollvorschifte) vardır ki her nasılsa bunlara uyulmaması halinde işlem yine geçerliliğini sürdürür. Mesela yakın kan hısımları arasında evlenme yasağı vardır. Buna rağmen yapılan evlenme geçersizdir. Çünkü söz konusu olan bir geciktirici kuraldır. Fakat evlenmede ilan süresine uyulmaması evlenmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Çünkü bu kural, bir düzen kuralıdır.

Üç türlü geçersizlik vardır:

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

2)Butlan(Çürüklük): Bazı hukuki işlemler, kesin olarak çürüktür. Temyiz kudreti olmayan kimselerin yaptığı işlemler, yasaya aykırı işlemler, şart kabul etmediği halde şarta bağlanarak yapılmış(evlenme gibi) işlemler; çürüklüğe en güzel örnektir. Yargıç, butlanı re'sen göz önünde tutar. Çünkü işlem, hiçbir sonuç doğurmayacak biçimde (ölü) doğmuştur. Butlan, herkese karşı da ileri sürülebilir. Meğerki MK.901 ve 931'deki iyi niyetin korunması söz konusu olsun. Bazan hukuki işlemin bir bölümü çürük olabilir. Mesela bir borçlanma işlemine dayanılarak rehin anlaşması yapıldığını düşünelim. Rehin anlaşması ise BK.20/2'ye göre çürükse, borçlanma işlemi yine geçerliliğini sürdürür. Meğer ki çürük kısım olmaksızın diğer bölümün de yapılmayacağı ispat edilsin. Halbuki Alm.MK S139'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 kısım ise tarafların bunu isteyebileceğini(çürük olmayan kısmın geçerliliğini) daha kolaydır. Bunu yargıç takdir eder.

Tahvil(Conversion, Çevirme): Gerekli şartların bulunmaması yüzünden geçersiz olan bir hukuki işlem; tarafların işlemin batıl olduğunu bilmeleri halinde çürük işlem yerine başka bir hukuki işlem yapabileceklerini çıkarabiliyorsak gerekli şartları taşıyan başka bir hukuki işleme çevrilebilir. Mesela miras mukavelesi yapabilmek için on sekiz yaşın bitmesi gerekmektedir. Kişi, 17 yaşında olduğu halde miras mukavelesi yoluyla ölüme bağlı tasarrufta bulunmuşsa, eğer onun işlemin batıl olduğunu bilseydi miras mukavelesi yerine 15 yaş şartının yeterli olduğu vasiyetnameyi yapacağı sonucuna varabiliyorsak çürük olan miras mukavelesi, gerekli şartları taşıyan vasiyetnameye çevrilir. Bu müesseseye tahvil denilmektedir. Bono(emre yazılı senet), çok sıkı şartlara tabidir. Bu şartlardan biri eksik olursa bono, geçersiz olur. Fakat bu, BK.17'deki bayağı borç ikrarına dönüştürülebilir. Süresi içinde yapılmayan kabul açıklaması yeni bir öneri addolunur ki burada yorumdan da ileri gidilerek farazi bir isteme dayanılmaktadır.

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

a-İstek bozuklukları; yanıltma, aldatma ve korkutma gibi durumlar olup bu hususta iki teori vardır:

- İstek(İrade) Teorisi: Kişinin gerçek iradesine bakılmasını savunur. İstek bozursa, işlem de bozuktur.

- Açıklama Teorisi: Güven teorisi de denilmektedir. Açıklamaya değer tanımaktadır.

İsv.-Türk MK.ları, bu iki teoriden istek teorisine daha çok önem vermektedir. Hukukumuzda göre yanıltan, aldatılan ya da korkutulan, hukuki işlemle başlangıçtan bağlı değildir. Fakat gerçeği öğrendikten sonra başlayarak bir yıl için hukuki işlem ile bağlanmak istemediğini bildirmezse sonradan borca girer. BK.23, 28, 29, 31 gibi md.'den bu çözüm çıkmaktadır. Fr. ve Alm. MK.larına göre ise işlem, başlangıçtan beri geçerli olmakta ve fakat iradesi sakatlanan kişi, işlemi sonradan bozabilmektedir.

b-Bir diğer bozulabilme durumunda ise hukuki işlem başlangıçta geçerlidir. Fakat sonradan bozulabilmektedir. Buradaki bozma iradesi, önceye etkili olduğundan hukuki işlem, yine başlangıçtan beri geçersiz duruma gelmektedir. BK'unda bağışlamanın bozulması, ölüme bağlı tasarrufların tenkisi ve bozulması buna örneklerdir.

Fakat pratik olarak her iki bozulabilme de aynı sonuca varmaktadır.

§ 19.BİÇİM(ŞEKİL)

1.Genel olarak biçim, bir kimsenin istediğini açıklamaya yarayan her türlü araçtır. Hukuk dilinde ise isteğin geçerli olarak açıklanabilmesi için aranan şekil şartı demektir ki buna uyulmazsa işlem, geçersiz olur. Hukuki işlemin tamamlanması için aranan bir takım maddi olaylar biçim değildir. Mesela taşınır mülkiyetinin geçirilmesinde teslim şartı, bir biçim değildir. Çünkü borçlanma, geçerli olarak daha önce doğmuştur. Burada istek açıklamasına eklenen bir maddi olay söz konusudur. Taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesinde aranan tescil de böyledir.

Biçimin yararları şunlardır:

1)Biçim, kişileri düşünüp taşınmaya yöneltir.

2)Hukuki anlamdaki icap ve kabul ile 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.

Biçim 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 sakıncalarını göz önünde tutan BK.muz 11.md.si hükmüyle biçim özgürlüğünü kabul etmiştir. Prensip olarak hukuki işlemler, biçime bağlı olmaksızın yapılabilirler. Ancak yasada belirtilen durumlarda hukuki işlemin biçime bağlı olarak yapılması gerekmektedir. Bu durumlar ise sayılıdır. Özellikle taşınmaz mülkiyeti geçirimi borcu doğuracak işlemlerin resmi biçimde yapılması gerekmektedir.

Geçerlilik biçimi iki şekilde olur:

1)Bayağı Yazılı Biçim: Kefalet, taşınır alım-satım sözleşmeleri gibi işlemler için aranan biçimdir.

2)Resmi Biçim: Resmi bir devlet memurunun gerçekleştirmesi gereken biçimdir. Taşınmaz mülkiyeti geçirimi muameleleri gibi. Resmi tasdik, resmi biçim değildir. Resmi tasdikte senedin yalnızca imza ve tarihinin notere tasdik edilmesi söz konusu olup ispat kolaylığı amacı güdülmektedir. Resmi tasdikte re'sen düzenleme söz konusu değildir.

2.Biçim, başka bir açıdan da ikiye ayrılmaktadır:

1)Geçerlilik Biçimi(Sıhhat Şekli): BK ve MK tarafından aranan biçimler geçerlilik biçimidir. Bu biçime uyulmadan yapılan hukuki işlem ise geçersizdir. BK.11/2'nin aradığı biçim gibi.

2)İspat Biçimi: Medeni yargılama hukukunda aranan biçim şeklidir. HUMK'muzNeuchatel kantonundan alınmış olmakla beraber ispat biçimi ile ilgili kurallar değeri 150 frangı geçen işlemlerin ispatı için yazılı delil şartını arayan CodeCivil. 1343 hükmünden alınmıştır. HUMK.288'e göre değeri 500L.yı geçen hukuki işlemlerin yazılı delille ispatlanması gerekmektedir. Kira, karz gibi BK açısından hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmadığı halde bahsedilen hüküm gereği birçok hukuki işlemlerin isbat şekline bağlanması gerekmektedir.

3.Biçime Uyulmadan Yapılan Sözleşmeler: BK.11/2'ye göre biçime uyulmadan yapılan sözleşmeler(biçim şartı arandığı halde) geçersizdir. Eski İsviçre doktrini buradaki geçersizliği Alm. MK.S313'e uygun olarak butlan diye nitelendiriyordu. Böylece biçim eksikliği yargıçça re'sen nazara alınmakta ve böyle bir sözleşmeye dayanılarak açılan dava red edilmekteydi. Halbukiİsv.-Türk BK'nun sözü geçen hükmü sadece "geçersizdir" demekte ve butlandan söz açmamaktadır. Bunu nazara alan yeni İsviçre doktrini, buradaki geçersizliğin bir butlan olmadığı ve yargıçça re'sen göz önünde tutulamayacağı yönünde gelişmiştir. Buna göre yasa, işlemi biçime bağlamakla hangi tarafı korumak amacını güdüyorsa, biçim eksikliği de o tarafça ileri sürülmek gerekmektedir. Bir örnek olay ele alalım. Mesela bir taşınmaz satımında satıcının borcu resmi biçime bağlanmamış olsa ve alıcı da satıcıyı dava ederek evin mülkiyetinin kendi üzerine geçirilmesini istese; eski doktrine göre yargıç, işlemin çürük olarak nitelendirip davayı re'senred edecektir. Yeni doktrine göre ise, yasanın aradığı biçim şartı ile çıkarlarını korumak istediği taraf(olayımızda satıcı), borcunun gereken resmi biçime bağlanmadığını ileri sürerek hakimden davanın reddini isteyecektir. Yeni doktrin, BK hükümlerine daha sadık kalmakta ve böyle bir çözümde çıkarlar durumunu ve yasanın amacına uygun düşmektedir.

Biçim eksikliği yüzünden bir sözleşmeyi yerine getirmekten kaçınmak, kural olarak MK.2'deki dürüstlük kurallarına aykırı nitelikte olmamalıdır. Kişi, kendi davranışıyla biçime uyulmamasına yol açmış ve sonra da biçim eksikliğini ileri sürerek sözleşmeyi yerine getirmekten kaçınmışsa; karşı taraf, BK.41/2'ye dayanarak ahlaka aykırı bir fiille bilerek başkasına zarar vermektan ötürü biçim eksikliğine dayanan tarafa menfî zararlarını tazmin ettirebilir. Mesela tarlasını satan A, B'nin resmi biçimi teklif etmesine rağmen B'nin hüsünüyetinden istifade ederek resmi biçime uymamışsa; fakat sonradan A, gerekli resmi biçime uyulmadığını ileri sürerek sözleşmeyi ifadan kaçınıyorsa B, BK.41/2 gereğince ahlaka aykırı bir fiille bilerek başkasına zarar vermektan ötürü sözleşmenin kurulamamasından(ona güvenmesinden) doğan olumsuz zararlarını(yapılan masraflar, cazip teklifler gibi) A'ya tazmin ettirebilir.

Biçim eksikliği yüzünden geçersiz olan bir sözleşme, sözleşmenin biçim eksikliği yüzünden geçersiz olduğu bilinmeden ifa edilmişse ödenen şey BK.62'dekiğ condictioindebitii(borç almadığı halde ödendiği- sebepsiz zenginleşme davası) ile geri istenir. Bu çözüm, taşınırılar için söz konusudur. Taşınmazlar da ise nedensel bir işlem söz konusu olduğundan iki dava açılır:

- Nesnenin elmenliğini geri isteme(istihkak- mülkiyet) davası, MK.618
- Çizim(terkin) davası, MK.933

Biçim eksikliği yüzünden geçersiz olan bir işlem, bu geçersizliği bilerek yerine getirilmişse Alm. MK.S313 gereğince biçim geçersizliği ödeme ile düzelir. BK'muzda böyle bir hüküm olmadığı halde bu sonuca varmak mümkündür. Sözleşmenin biçim eksikliği yüzünden geçersizliğini bilerek ifade bulunan kimsenin sonradan ödediğini geri almak istemesi, MK.2'deki dürüstlük kuralına aykırıdır ve bu istem, reddolunur. Buna çelişkili davranış yasağı(venirecontrafactum proprium) denir. Yargıtay'ımız da bu çözümü kabul etmektedir. Avus. MK ise, biçim eksikliği yüzünden geçersiz olan bir sözleşmeden eksik borç doğacağını kabul etmektedir.

Biçim eksikliğine karşı dürüstlük kuralına aykırılık savunmasında bulunan tarafın, dürüstlük kuralına aykırı hareket etmemesi gerekir. Mesela bir taşınmaz satımı sözleşmesinde resmi 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 bu istemin reddini ister. Fakat alıcının kendisi satıcıyı aldatmış, ya da sömürüye uğratmışsa kendisi dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğinden tekrar dürüstlük kuralına aykırılık savunmasında bulunamaz. İsv. Yargıtayı bu çözümü kabul etmiştir, yerindedir.

4. Yasa, bir hukuki işlemin biçime bağlanmasını ya yalnız bir tarafın, ya da her iki tarafın istek açıklaması için aramıştır. BK.14/1'e göre yalnız borç altına giren tarafın yazılı biçime uyması yeterlidir. Mesela kefalet sözleşmesi adi yazılı biçime bağlıdır, kefil sadece borç altına girdiğinden biçimin tamamlanması için kefilin imzası gerekli ve yeterlidir. Taşınır bağış sözleşmesinde, borç altına vaadde bulunan girdiğinden biçim için onun imzası yeterlidir. Bu kural harcama(tasarruf) işlemlerine de kıyas yoluyla uygulanır. Yasa, alacağın geçirilmesi için bayağı yazılı biçim aramıştır. Bunun içinde alacağı geçiren kimsenin imzası yeterlidir. Aynı kural resmi biçime bağlı sözleşmeler için kıyasen uygulanır. Taşınmaz sözleşmesinde her iki taraf da borca girdiğinden her iki tarafın, taşınmaz bağışlama sözleşmesinde ise sadece bağışlayan borca girdiğinden bağışlayanın imzası gereklidir.

5.Bayağı(Adi) Yazılı Biçim: Yasa, bayağı yazılı biçimde metinle imzayı birbirinden ayırmaktadır:

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

2)İmza: İmza, BK.14/1'e göre borç altına giren kimsenin el yazısıyla almak gerekir. Bunun iki istisnası vardır:

a-BK.14/2'ye göre imza, örf ve adetin gerektirdiği durumlarda mekanik araçlar, baskı makinaları vs. ile bastırılabilir. Büyük sayıda çıkarılan kıymetli evrakların imzalanmasında olduğu gibi.

b-BK.15'e göre okuma yazma bilmeyen, ya da elinin olmaması vs. nedenlerle eliyle imza atamayan kimseler, noterde resmi senet yaptırabilirler; ya da noterce tasdik edilmiş mühür, elle

yapılmış bir işaret, parmak basma vs. imza yerine kullanılabilir. HUMK.297, ihtiyar heyetlerine yapılan tasdiki de yeterli bulmaktadır.

BK.13/22'ye göre bayağı yazılı biçim için, borçlu tarafından imzalanmış bir mektup, ya da telgraf kağıdı yeterlidir.

6.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.BK115, bize alınmamış olmasına rağmen hukukumuzda yine de geçerli sayılmalıdır. Bu durumda HUMK.290'un aradığı isbat biçimi dışında şekle bağlı bir borcun ortadan kaldırılması, hiçbir geçerlilik biçimine bağlı değildir. Çünkü borçtan kurtarma, bir harcama işlemidir. Harcamada bulunanı korumak gereksizdir. Korunan, ancak borca girenler için söz konusudur.

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

§ 20.SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

1.BK.19/1, sözleşme özgürlüğü prensibini koymaktadır. Taraflar, diledikleri gibi sözleşme yapabilmelidirler. Sözleşme özgürlüğünü üç bakımdan ele almak mümkündür:

1)Tarafların sözleşme yapıp yapmamakla özgür olmaları

2)Tarafların sözleşmenin muhtevasını kararlaştırmada özgür olmaları

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

Sözleşme özgürlüğünün başlıca sınırları şunlardır:

1)Sözleşmenin, yasanın emredici kurallarına aykırı olmaması

2)Sözleşmenin muhtevasının hukuka uygun olması

3)Sözleşmenin ahlak ve adaba uygun olması

4)İmkânsızlık

5)Sömürü(Gabin)

2.Emredici kurallar, yasanın mutlaka uyulması gereken ve tersi kararlaştırılamayan kurallarıdır(Diğerleri ise yedek hukuk kurallarıdır). Mesela borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağı yolunda bir sorumsuzluk anlaşması yapılamaz. Zira BK.99/1, emredici kuraldır. Çok zaman yasa, “batıl olur” gibi sözlerle bir kuralın emredici olduğunu açıkça belirler. Eğer böyle bir açıklık yoksa BK.19/1’deki kıstasa başvurmamız gerekmektedir. Şöyle ki: Kamu düzenine, ahlak ve adaba, kişilik haklarına ilişkin kurallar emredicidir. Kamu düzeni kuralı, uyulmasında toplumun çıkarları bulunan kuraldır. BK’muzda ise daha çok ahlak ve adaba, kişilik haklarına aykırılık hali düzenlenmiştir, kamu düzeni kuralları yok denecek kadar azdır.

3.Sözleşme muhtevasının hukuka aykırı oluşu iki durumda bahis mevzuudur:

1)Edimin Hukuka Aykırı Olması Hali: Özellikle Ceza Kanunu’na aykırı eylemler söz konusu olduğunda sözleşme, çürüktür.

2)Bazan fiil(edim) caiz olur, fakat sözleşmenin o şekilde yapılması hukuka aykırıdır. Mesela narha aykırı bir bedelle yapılan satım sözleşmesinde, sözleşmenin tümünü çürük saymak alacaklıyı zarara sokar. Çünkü o mala ihtiyacı vardır. Bu bakımdan böyle bir satım sözleşmesinde bedelin narhtan yukarı bölümü geçersizdir. Yasaya karşı dolan(hile-i şer’iyye) yasağı, bu konuda bir diğer örnektir. Bununla yasanın yasak ettiği(çürük saydığı) bir sözleşmenin sağlayacağı pratik sonuca, başka bir hukuki yoldan, başka bir hukuki işlemle erişmek amacı güdülür. Mesela taksitli satışlarda yasa, taksitli alıcıyı korumak istemiştir. Alm. ve İsv. de taksitle satışı düzenleyen ayrı yasalar vardır, bizde ise böyle bir kanun yoktur. Buna göre alıcı taksitleri belli bir süre içinde ödemezse, ödediği taksitlerin yanacağı ve malın geri verileceği yolunda sözleşme yapmak yasaklanmıştır. Bu sonuca başka bir yoldan varmak suretiyle yasaya dolan yapılmaktadır. Taraflar, satım sözleşmesini kira sözleşmesi gibi göstermek suretiyle belli bir süre kiralının muntazaman istenmesi halinde şeyin mülkiyetinin kiracıya geçeceği yolunda anlaşabilirler. Bu bir yasaya dolan olduğundan bu yoldan yapılan anlaşmalar geçersizdir(Yani taksitler yanmaz).

4.BK.20 gereğince ahlak ve adaba aykırı sözleşmeler geçersizdir. Burada söz konusu olan yargıcın, ya da tarafların ahlaki anlayışı olmayıp toplum içinde doğru ve ortak düşünen kimselerin objektif anlayışlarıdır. Ahlaka aykırılık 3 şekilde olur:

1)Sözleşmenin muhteva(öz, gaye) itibariyle ahlaka aykırı olması:

α-Muhtevası ahlaka aykırı olan sözleşmeler çürüktür. Bir kimse, evlilik dışı ilişkide bulunması için para vaad etmede bu vaad geçersizdir, çünkü muhtevası ahlaka aykırıdır. Yargıtay, 14/1/1948 t.li İBK’unda hükümetin izniyle açılan bir genelev için kiralanan eve ödenen kira paralarının ahlaka aykırı olmadığını kabul etmektedir. Halbuki genel ev için kullanılmak üzere yapılan bir kira akdinin muhteva itibariyle ahlaka aykırı olduğundan çürük olması gerekirdi. Fakat BK.65 gereğince

de bilerek ahlaka ve adaba aykırı şekilde verilen şeyler geri alınamayacağından, kira paraları da geri alınamazdı.

b-Gayesi ahlaka aykırı olan sözleşmeler çürüktür. Her iki tarafın amaçlarının ahlaka aykırı olması durumunda sözleşmenin çürük olacağı hususu kesindir. Fakat taraflardan biri, ahlaka aykırı bir gaye için sözleşme yapmışsa, böyle bir sözleşme kural olarak geçerlidir. Mesela A, küçük bir kızı kandırmak için mücevheratçı B’den yüzük almasın durumunda, A ile B arasındaki satım sözleşmesi geçerlidir. Fakat kuyumcu B, bu ahlaka aykırı gayeyi bilerek A’dan yüksek bir bedel istemişse, ahlaka aykırı gayeyi benimsemiş sayılacağından sözleşme çürüktür.

2)Ahlaki anlayışlarımıza göre bir kimsenin tam bir özgürlükle karar vermesi gereken konularda daraltma meydana getiren sözleşmeler de ahlaka 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; şarkıcı C ile evlenmeyeceğini, evlendiği takdirde ise 100.000L. sözleşme cezası ödeyeceğini vaad etmiştir.

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

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

3)Bir kimsenin kişisel ya da ekonomik özgürlüğünü çok geniş ölçüde sınırlayan(daraltan) sözleşmeler de ahlaka aykırıdır. Mesela 10 yıldan fazla süreyle yapılan hizmet sözleşmelerinde, işçi 10 yıl geçince sözleşmeyi bozabilir. Fakat BK’unda herhangi bir sözleşmenin 10 yıldan fazla süre için yapılamayacağı hakkında herhangi bir hüküm yoktur. Bu tür sözleşmeler geçerlidir. Fakat kişinin kişisel ya da ekonomik özgürlüğünü aşırı ölçüde daraltan, kişiyi alacaklının keyfine bağlı duruma düşüren sözleşmeler ahlaka aykırıdır.

5.BK’una göre konusu imkansız olan sözleşmeler batıldır. Mecellenin “Hiç kimse muhal ile mükellef tutulamaz.” hükmü de bunu belirlemektedir. İmkansızlık fiili bir nedenden ileri gelebilir. Satım konusu otomobilin daha önceden çığ altında kalarak yok olmasında olduğu gibi. İmkansızlık, hukuki ve ekonomik sebeplerden de ileri sürülebilir. Satım konusu şeyin satımının yasak edilmesinde olduğu gibi.

BK.20’deki imkansızlık, sözleşmenin kurulmasından önceki objektif imkansızlıktır. Yani edimin yerine getirilmesi herkes için imkansızdır. Borçlu için edimi yerine getirmek imkansız olmakla beraber üçüncü kişiler için o edimi yapmak mümkünse, yani edimin sübjektif imkansızlığı söz konusu ise sözleşme geçerlidir, borçlu borca girmiştir. Edimini yerine getirmezse BK.96 gereğince sorumlu tutulur. Mesela arkadaşının otomobilini size satmak için bir satım sözleşmesi yaptığında bu sözleşme geçerlidir. Fakat burada edimin sübjektif ve kusurlu imkansızlığı söz konusu olduğundan ben edimimi yerine getiremeyeceğim için siz, beni BK.96 gereğince takip ettirebilirsiniz. Otomobilim

benim olsaydı fakat bir ihmâl neticesi örneğin onun yanmasına yol açmışsa hüküm yine aynıdır. Sözleşme kurulduktan sonra edimin kusursuz imkansızlaşması halini ise BK.117 düzenlemektedir ki bu durumda borçlu borcundan kurtulur.

İmkansızlığın söz konusu olması durumunda yine de MK.2'deki dürüstlük kuralı gereğince edimin imkansızlaştığını karşı tarafa bildirme ödevi vardır. Aksi halde karşı tarafın uğradığı olumsuz zararın tazmini gerekir.

6.BK.21'in düzenlediği fahiş gabin hali de sözleşme özgürlüğünün sınırlarındandır. Bize daha ziyade kilise hukukundan girmiştir. İslâm hukukunda da bu konuyla ilgili hükümler vardır. Gabin için iki şart aranır:

1)Objektif Şart: Edimle karşı edim arasında aşırı bir oransızlık bulunmalıdır. Mesela bir ödünç almada %90 gibi aşırı bir faiz kararlaştırılmasında olduğu gibi.

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

a-Karşı tarafın bir bunalımından(müzayakasından) bilerek yararlanılmış olması. Mesela çocuğunu ameliyat ettirmek isteyen A'nın evini B'ye yok pahasına satmasında olduğu gibi.

b-Karşı tarafın tecrübesizliğinden bilerek yararlanılmış olması. Cahil torunun dedesinden kalan yazma eserleri yok pahasına satmasında olduğu gibi.

c-Karşı tarafın hafifliğinden(hiffetinden) bilerek yararlanılmış olması.(Hiffet tabiri, bugünkü küçük bir çıkarı için gelecekteki büyük çıkarlarını feda etmeye debilmektedir.)

Alm.MK, sömürüyü ahlaka aykırılık olarak nitelendirmiş ve böyle işlemleri de çürük saymıştır. BK.21 ise işlemin geçerliğini sömürülenin iradesine bırakmıştır. Sözleşmenin kuruluşundan başlayarak bir yıl içinde sömürülen sözleşmeye bağlı olmadığını karşı tarafa bildirmelidir. Buradaki geçersizlik,-irade bozukluklarında olduğu gibi- söz konusu bozucu yenilik doğuran hak kullanılmazsa düzeltilmektedir. Fakat sömürülen henüz kendi edimini yerine getirmemişse BK.60/c.2'de olduğu gibi def'i yoluyla borcunu yerine getirmekten her zaman kaçınabilir. Eğer bir şeyler verilmişse geri alınamaz. Uygulamada ise bir yıl geçtikten sonra hileye dayanarak dava açmak daha yararlı olmaktadır.

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

Fahiş gabini BK.21 düzenlemektedir.

§ 21.BORÇ TANIMASI(İKRARI)

1.Borç tanınmasının iki şekli vardır:

1)Nedeni Gösterilen Borç Tanınması: Sözleşme, haksız fiil ya da nedensiz zenginleşme gibi bir nedenden dolayı bir borcun doğmuş olduğunu açıklayan borç tanınmasıdır. “Bay A’nın otomobilinin camını kırdığımdan 3000L. Borcun olduğunu tanırım.” Veya “Bay A’dan 3000L.lık kömür satın aldığımı tanırım.” gibi örneklerde görüldüğü üzere borcun sebebi gösterilmiştir. Bu yüzden bu çeşit tanıma açıklayıcı nitelikte olup hukuki mahiyeti de bir istek açıklaması olmayıp bir bilgi açıklamasıdır. Bu çeşit tanımların ispat bakımından önemi vardır ve alacaklıyı ispat yükünden kurtarır. Fakat alacaklı böyle bir borç tanınmasına dayandığında borçlu da bu bilgi açıklamasının yanlış olduğunu ve gerçeğe uymadığını ortaya koyarak düzeltebilir. Ama böyle bir borç tanınmasının borçlar hukuku açısından işlemekte olan zamanaşımını kestiği için önemi vardır.

2)Nedeni Gösterilmemiş Kurucu Borç Tanınması Ya Da Borç Söz Vermesi: Burada bir borç tanınmasının ya da söz vermesinin nedeni gösterilmeyerek sözleşmenin dışında bırakılmaktadır. “A’ya 1000L borcum olduğunu tanırım.” ya da “A’ya 1000L. Ödeyeceğimi vaad ediyorum.” da olduğu gibi. Nedeni gösterilmeyen borç tanınmasında bir istek açıklaması söz konusu olduğundan kurucu nitelik görülmektedir. Böyle bir tanıma başlı başına bir borç doğurmaktadır; bu tanıma, bir sözleşmedir, iki taraflı bir hukuki işlemdir. Böyle bir tanımayı alacaklının da kabul etmesi gerekmektedir. Nedeni gösterilmeyen borç tanımlarının şu yararları vardır:

a-Alacaklı, borç tanınmasının bir hukuki nedeni olduğunu ve bu nedenin gerçekleştiğini ispat yükünde olmaksızın yalnızca borç tanınmasına ispat yükü vardır.

b-Borç tanınması, başlı başına bir borç kaynağı olarak bir hukuki nedeni olmasa ya da neden olmasına rağmen gerçekleşmese 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.

c-Gerek nedensiz zenginleşme davası, gerekse nedensiz zenginleşme def’i bir hak olduğundan yoksullaşınca istenirse kullanılabilir. Yargıç görevinden ötürü bu hakları kullanamaz. Böylece yargıcın görevi kolaylaşmış olmaktadır.

2.Nedeni gösterilmeyen kurucu borç tanınması ya da söz vermesinin geçerliliği tarih boyunca her zaman kabul edilmiş değildir.

1)Klasik Roma hukuku devrinde stipulatio vardı. Bununla hukuki nedeni gösterilmeyerek sözleşmenin dışında bırakılan borç söz vermeleri geçerli sayılmıştır. Fakat borçlu stipulationuncausasının gerçekleşmediğini ileri sürebilirdi.

2)Bu tür stipulatiolar, alacaklının ve borçlunun birbirine güvenmesinden dolayı yapılıyordu. Klasik devirden sonra durum değişti. Caracalla, bir emirnameyle borçluya stipulatioya karşı

kullanılmak üzere bir def'i hakkı(paranın sayılıp teslim edilmediği def'i) tanındı. Borçlu bu def'i hakkını kullanınca alacaklı, nedenin gerçekleştiğini başkaca delillerle ispat yükünde kalıyordu.

3)Justinianus hukukunda stipulatiolar arasında bir ayırım yapılmıştır. Stipulatioların bazılarına “neden olan şey gerçekleşmiştir.” diye kayıt konulmaya başlandı. Fakat böyle kayıt konulmamış stipulatiolarda geçerlidir ki bunlara cartiaindiscreta(nedeni gösterilmemiş senet) denir. Böyle senetlere karşı borçlu def'i hakkını kullanırsa alacaklı nedenin gerçekleştiğini ispat yükünde kalıyordu. Bu çözüm tarzı Orta ve Yeniçağ boyunca devam etmiştir.

4)Alm. OttoBaehr 1855 yılında yayınladığı “Borç Kaynağı Olarak Tanıma” adlı eserinde nedeni gösterilmeyen borç tanımlarının doğrudan doğruya borç kaynağı kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. İsv.-Türk BK.17 ile şu kural getirilmiştir: “Borç tanınması, borcun sebebi gösterilmiş olmasa bile yine geçerlidir.” Bu kuraldan şu iki anlamı çıkarabiliriz:

a-Taraflar, hukuki nedenini belirmeden de kurucu borç tanınması yapabilirler ve böyle tanımlar geçerlidir.

b-Nedensiz borç tanımları nedenin varlığına ve gerçekleştiğine karine teşkil eder. Alacaklıyı ispat yükünden kurtarır.

3.Nedeni Gösterilmeyen Borç Tanımlarının Kuruculuğu: Nedensiz borç tanımlarından kurucu olarak yararlanmak gerekir. Alm. MK'nun ilk tasarısının S683'ünde bu yolda bir yorum kuralı vardı. Sonrada bu kural tasarıdan, kendiliğinden anlaşılan bir şeyi söylediği gerekçesi ile çıkarıldı. Bundan anlıyoruz ki Alm. hukukunda nedeni gösterilmeyen borç tanımlarının kurucu olduğu kabul edilmektedir. İsv.-Türk hukukunda da doğru görüş budur. Yani nedeni gösterilmeyen borç tanımlarından doğrudan doğruya bir borç doğduğu kabul edilmelidir. Mesela “A'ya 1000L. borç ödemeye söz veriyorum.” diye bir senet söz konusu olsa, doğrudan bu ikrardan borç doğmaktadır. Yoksa bu, geçmişteki bir borcun açıklanması olarak anlaşılmamalıdır. Fakat Fransız hukukunda nedeni gösterilmeyen borç tanımlarının eski bir borcu açıklayıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir. İsv.de de bu görüşün etkisinde kalarak aynı savın İsviçre hukuku için de geçerli olacağını savunanlar olmuştur. Fakat bugün için doğru sayılamaz.

4. Nedeni gösterilmeyen borç tanımlarının bir sözleşme niteliğinde olduğunu da belirtelim. Hukukumuzda göre kural olarak bir sözleşmeden borç doğabilir. Yani bir borcun doğabilmesi için alacaklının da kabulü gerekmektedir. Bazı istisnalar saklıdır. Alm. MK.S780, 781'e göre borç tanımları geçerlilik bakımından yazılı biçime tabidir. BK'muzda ise böyle bir hüküm yoktur. Fakat HUMK.288 gereği 5000L.yı aşan değerdeki işlemleri yazılı delil ile ispatı gerekir. Fakat bizde de bazı borç tanımlarının 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 nedenine dayandığını iddia eden ispat yükündedir.

5.Nedeni Gösterilmeyen Borç Tanımlarının Nedenden Bağımsızlığı(Soyutluğu): Nedeni gösterilmeyen borç tanımlarının 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 geçerliliği, onun hukuki nedeninin bulunmasına ve gerçekleşmesine bağlıdır. Aksi halde geçersizdir.

Nedenden bağımsızlık sistemini benimseyen Alm.MK'nun S812 ve 821. md.lerine göre nedeni gösterilmeyen borç sözleşmesinin nedeni yoksa yada gerçekleşmemişse(Roma hukukuna uygun olarak) bu sözleşme yine geçerlidir. Fakat borçlu nedensiz zenginleşme davası ya da def'ini ileri sürebilir.

İsv.-Türk BK66/2'ye göre Alm.MKS821 uygun olarak neden bağımsızlık sistemi kabul edilmiştir. Nedensiz zenginleşme, kişinin nedensiz yere borca girmesi şeklinde ise yoksullaşan dava hakkını, bu zamanaşımına uğramış olsa bile def'i hakkını kullanabilir. Zira def'iler zamanaşımına uğramaz. Bu hükümler bize nedensiz yere borca girmenin de mümkün olduğunu göstermektedir.

6.Nedeni Gösterilmeyen Kurucu Borç Tanıması Ya Da Söz Vermesinin Temel Borç İlişkisi Karşısındaki Durumu: Nedeni gösterilmeyen borç tanımları, 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 dayanılarak bir de borç tanınmasında bulunulmuş olabilir. Ama böyle bir durumda karşımızda şu sorun çıkmaktadır: Tanıma ile temel borç ilişkisi yenileme ile ortadan kalkmış mıdır? Yoksa temel borç ilişkisi saklı tutularak alacaklıya yarışan ikinci bir hak daha mı verilmek istenmiştir? Justinianus hukukundan beri gelen geleneğe uygun olarak BK.114/1, yenilemeyeolma görüşünü değil de yarışan hak tarzındaki çözümü benimsemiştir. Buradaki yarışma eksik yarışmadır. Zira borç tanınmasından doğacak alacak, koğuşturularak elde edilirse, asıl borç ilişkisinden doğan alacak da sona erer. Buna karşılık temel borç ilişkisinden doğan alacak ödenirse, nedeni gösterilmeyen borç tanınmasından doğan alacak kendiliğinden sona ermez. Fakat borçlunun nedensiz zenginleşme davası ve def'i hakkı vardır.

7.Nedeni Gösterilmeyen Borç Tanıması, Ya Da Söz Vermesine Karşı Savunmalar:

1)Borcun Kendisine Karşı Savunmalar: Borçlu; böyle bir borç tanınması ya da söz vermesine karşı inkar da bulunabilir. Ya da itiraz(hakkın doğmadığı veya hakkın ortadan kalktığı itirazları) ileri sürülebilir. Veya def'i savunmasında bulunabilir.

2)Temel Borç İlişkisinden Doğan Savunmalar:

a-Borç tanınması ya da söz vermesinin geçerliliğine etki yapan savunmadır. Mesela

borçlu(davalı), tanımanın bağışlama nedenine dayandığını ve bu yüzden yazılı biçime uyulmak gerektiğini ileri sürerek savunmasını biçim eksikliğine dayandırabilir. Tanınan borç, bir eksik borca dayanıyorsa(kumar borcu gibi) tanımadan yine eksik borç doğar.

b-Borç tanınmasının geçerliliğine etki yapmayıp borçluya yalnızca def'i hakkı veren savunmalar: Temel borç ilişkisinden doğan alacağa karşı kullanılmak üzere ödemezlik, zamanaşımı gibi def'iler varsa, borç tanınmasını yapan kural olarak bu def'ilerden yararlanmaya devam eder. Fakat borç tanınmasını yapan borçlu, temel borç ilişkisindeki bu def'ileri bile bile böyle bir borç tanınmasında bulunmuşsa zımni olarak bu def'ilerden de vazgeçmiş sayılır. Borçlunun kullanabileceği en önemli def'i nedensiz zenginleşme def'idir.

8.Borç Tanınmasına Karşı Nedensiz Zenginleşme Davası Ve Nedensiz Zenginleşme Def'i: Borç tanınmasının 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 def'inde bulunabilir.

1)Hukuki Nedeni Bulunmayan Borç Tanınması Ya Da Söz Vermesi: Mesela B, A'ya 1000L. borcu olduğu yolunda bir borç senedi veriyor. Bununla A'dan aldığı dört çeki odunun parasını kastetmektedir. Yani tanıma causasolvendi amacıyla olmaktadır. Fakat A, bu tanımanın bağışlama nedeniyle yapıldığını zannediyor. Burada A ile B arasında dissens(uyuşamama) söz konusu olduğundan causa anlaşması kurulamamıştır. Burada B, A'ya *condictio sine causa*(nedenin bulunmaması dolayısıyla nedensiz zenginleşme davası) açarak senedin geri verilmesini isteyebilir.

2)Hukuki Nedenin Gerçekleşmemesi: Mesela B, A'ya fakülte masraflarını karşılamak üzere 10.000L. 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 şekilde *condictio indebiti*(borç olmayan şeyin ödenmesi davası)dır. Mesela A, temyiz kudretinin olmadığı bir sırada B'den 1000L.lık odun almış ve temyiz kudreti varken de *causasolvendi* amacıyla 1000L.lık bir borç tanınmasında bulunmuştur. Fakat satım işlemi geçersiz olduğundan bu tanımanında geçerli bir nedeni yoktur. Bu yüzden A, b'den *condictio indebiti* ile senedin geri verilmesini isteyebilir.

3)Nedenin Sona Ermesi Ya Da Ortadan Kalkması: A, B'ye satım sözleşmesi yanında yarışan bir hak olarak borç tanınmasında da bulunmuştur. Borçlu, sonradan temel borç ilişkisi olan satım sözleşmesinden doğan borcunu ödemiştir. Bu durumda borç tanınmasının 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 imkan sağlar:

1)Davanın zamanaşımına uğramasına mukabil def'iler zamanaşımına uğramaz.

2)Nedensiz zenginleşme davası, kişisel nitelikte olduğundan nisbi 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 isteyemez. Fakat yoksullaşan, nedensiz zenginleşme def'ini herkese karşı ileri sürebilir. Alacağın geçirilmesinde borçlu, alacaklıya karşı yapacağı def'ileri yeni alacaklıya karşı da kullanabilir. Fakat ticaret hukukunda kullanılan bono gibi ticari senetlerde buna imkan yoktur. Çünkü bunlar çok daha büyük şekilde causadan (temel borç ilişkisinden) soyutlanmışlardır. Bu yüzden yoksullaşan, bu tür senetleri eline geçirenlere karşı nedensiz zenginleşme def'ini ileri süremez.

§ 22.ÖNSÖZLEŞME VE SÖZLEŞME KURMA ZORUNLULUĞU

1.Önsözleşme: BK.22/1'e göre bir sözleşme ile ileride bir borç sözleşmesi kurma borcuna girmek mümkündür. Pandekt hukukunda bu tür anlaşmaya sözleşme kurma anlaşması(pactum de contrahendo) denmekteydi. Burada ön sözleşme(akit yapma vaadi) ve asıl sözleşme olmak üzere iki sözleşme söz konusudur. Fakat bir ön sözleşmeden bahsedebilmek için ileride yapılacak olan asıl sözleşmenin bir borçlanma işlemi niteliğinde olması gerekir. İleride yapılacak işlemin bir harcama işlemi olması durumunda bir ön sözleşmeden bahsedilemez. İleri de yapacağımız işlem mülkiyetin geçirimi sözleşmesi ise ortada asıl borçlanma işlemi sözleşmesi kurulmuş demektir. Eğer bu tür sözleşmeleri ön sözleşme olarak kabul edersek satım sözleşmesi gibi iktisadi hayatın önemli ve yaygın sözleşmelerinin ön sözleşme kabul edilmesi gerektirir. Halbuki ön sözleşmede amaç bu değildir. Ancak her iki sözleşmenin de borçlanma işlemi niteliğinde olması durumunda bir ön sözleşmeden bahsedilebilir. Gerçekte ön sözleşmenin modern hukuktaki uygulama alanı azdır. BK.muzdaki bu konuyla ilgili hüküm, Pandekt hukukunda karz, ariyet, vedia, rehin akitleri nesnel sözleşmelerdi. Bu yüzden bu hukukta ön sözleşmenin önemi büyüktür. Ön sözleşmenin diğer bir önemi de şuradan geliyordu. Mecelle, Pandekt ve Cermen hukuku gibi eski hukuklarda sözleşme konusunun belirli olması gerekiyordu. Belirlilik yoksa sözleşme kurulamıyordu. Modern hukukta ise sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşme konusunun belirli olması gerekli olmayıp belirtebilir olması yeterlidir. Mesela “ X fabrikasından alacağım kumaşları sana %10 karla satacağım.” dersem burada belirlilik olmayıp ancak ileride belirtebilirlik söz konusudur. Eski hukuklar, böyle belirtebilir sözleşmeleri ön sözleşme olarak nitelendirmektedir. Mesela A, İstanbul'da babasından miras kalacak taşınmazları satmak için B ile sözleşmiştir. Eski hukuklara göre belirtebilirlik söz konusu olduğundan bu bir ön sözleşmedir. Şartlar gerçekleşince asıl satım sözleşmesinin kurulması dava edilebilecekti. Modern hukukta ise bu bir ön sözleşme olmayıp doğrudan doğruya bir satım sözleşmesidir. A'ya otomobilimi satacağımı vaad etsem her ne kadar ifade ön sözleşmeyi andırıyorsa da burada da asıl sözleşme söz konusudur. Çünkü bununla ben otomobilin mülkiyetini geçirme borcuna (bir harcama işlemi yapma yükümü altına) girmekteyim. Bu yüzden ifadeye bakılmaksızın bunun asıl sözleşme olduğu yolunda

yorumu gerekmektedir.

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

BY.22/2'ye göre yasada sözleşenleri koruma amacıyla geçerlilik biçimi konulmuşsa, ön sözleşme içinde bu biçime uyulması gerekir. Mesela taşınmaz satım sözleşmesi, tarafları koruma amacıyla resmi biçime bağlanmıştır. Bu durumda ileride taşınmaz satımı yapma borcu doğuracak sözleşmelerin de resmi biçimde yapılması gereklidir. Fakat çek, bono, poliçe gibi kıymetli evrakta(ticari senetlerde) aranan şekil şartı, bu gibi senetlerin para gibi kolayca el değiştirmesini sağlama amacı güttüğünden ileride böyle bir sözleşme kurma borcu doğuran ön sözleşmelerin, şekil şartına uyması aranmaz. Çünkü NK.22/2, sadece tarafları koruma amacı güden geçerlilik biçiminin ön sözleşmelerde aranacağını belirtmektedir.

Ön sözleşmeleri bir takım yenilik doğuran haklardan da ayırt etmek gerekmektedir. Yenilik doğuran hakkın sahibi, tek yanlı olarak bu hakkını kullanır kullanmaz muhatapla arasında borç ilişkisini kurabilmektedir. Mesela benim şüf'a hakkım söz konusu ise bu hakkımı kullanınca paydaşımla aramda satım ilişkisi doğmaktadır. Fakat ön sözleşme, taraflara sadece ileride bu ön sözleşmeye dayanarak asıl sözleşmeyi kurma borcunun yerine getirilmesini dava imkanı vermektedir. Yargıç, kaçınan ön sözleşme borçlusunu asıl sözleşmeyi kurmaya mahkum eder. Alm. Medeni Usul Yasası'na göre yargıcın ön sözleşmeyi kurma yolundaki mahkumiyet kararı, borçlunun irade açıklaması yerini tutar.

Türk Noterlik Yasası'na göre noterler, gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerini düzenlemeye yetkilidirler. Bu konudaki hükümler, Mecellenin 369. Md.nin "bey-i mün'akidin hükmü mülkiyettir."(Yani satım sözleşmesinin kurulmasıyla mülkiyet alıcıya geçer.) hükmünün etkisiyle kaleme alınmıştır. Fakat gerekçeden anladığımıza göre noterlere, sadece ön sözleşme değil doğrudan doğruya borçlanma işlemi anlamındaki asıl satım sözleşmesini de resmi biçime bağlama yetkisi verilmiştir. Ama yeni hukuk da satım sözleşmesiyle mülkiyetin geçtiği zannedilerek söz konusu yasayla noterlere sadece taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunu doğuracak borçlanma işlemleri için yapılacak ön sözleşmelerin resmi biçimde yapma yetkisi verildiği zannedildiği için uygulamada noter de yapılan ön sözleşme kabul edilmekte ve tapuda asıl satım sözleşmesi yapılıp ondan sonra tescil yapılmaktadır. Bu kural eski Noterlik Yasası 44/b'de, Yeni Noterlik Yasası'nın 60/3 de yer almaktadır. Fakat doğrusu, noterlerin yaptıklarının asıl satım sözleşmesi olduğudur. Çünkü hukukumuzda satım sözleşmesi borçlanma işlemidir, noterin yaptığı sözleşme ile de satıcı mülkiyet geçirimi borcuna(harcama işlemi yapma yükümlüne) girmektedir.

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 Kanunu’nun gayrimenkul satış vaadi ile ilgili hükmü, -uygulamada her ne kadar bir ön sözleşme olarak kabul ediliyorsa da- noterlere tam bir borçlanma işlemini resmi biçime bağlama yetkisi vermektedir. Bu yüzden A ile B arasında borçlanma işlemi niteliğindeki satım sözleşmesi kurulmuştur. Zira ön sözleşmenin amacı, taraflar arasında ileride bir borçlanma işlemi yapma yükümünü tesistir. Bu ise üçlü ilişkilerde de söz konusudur. Aksi halde tüm borçlanma işlemlerini ön sözleşme kabul etme hatasına düşeriz. Bu durumda A ile B arasında gerekli 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, tek taraflı bir harcama işlemidir. Sadece tek tarafın bildirimi yeterlidir.

2.SÖZLEŞME KURMA ZORUNLULUĞU: Burada, yasadan doğan sözleşme kurma zorunluluğu söz konusudur. Savaş, kıtlık yıllarında çıkarılan yasalarla satıcılar, mallarını satmak zorunda bırakılırlar. Şimdi mer’i olmayan Milli Koruma Kanunu md.32, buna örnektir. İktisadi devlet kuruluşları da sözleşme yapma yükümü altındadır. Fakat bu kuruluşların yaptıkları anlaşmalar, sözleşme olarak nitelendirilemez. Burada önceden de belirlenmiş koşullara uyma(koşul işlem) söz konusudur. Bunlara özel hukukta sözleşme benzerleri denmektedir. Bunlara ilişkin ihitilaflar, özel hukuk davası şeklinde görülür. Bir akıl hastası bile olsa PTT, gönderilen mektubu yerine ulaştırmak zorundadır. Eylemli tekel durumlarında da tekel sahibinin yasadan doğan bir sözleşme zorunluluğu olmamasına rağmen BK.41/2 bunu ahlaka aykırı bir davranışla bilerek başkasına zarar verme şeklinde niteleyerek haksız fiil olarak kabul etmektedir. Mesela dağ başında aç kalmış bir kişiye tek yiyecek satıcısının yiyecek vermemesi durumu gibi. Tekel sahibi bu zorunluluğa uymazsa tazminata mahkum edilir.

§ 23.YORUM

1. Yorum, bir istek açıklamasının gerçek anlamının belli edilmesi ameliyesidir. Açıklamanın önce lafzından(söyleminden) hareket edilir, lafız belirliyse yoruma ihtiyaç yoktur. Taraflar, çok zaman hukuk bilmedikleri için isteklerini teknik bir biçimde ve açıkça ortaya koyamazlar. BY.18’e göre tarafların gerek bilgisizlik gerekse kasten kullandıkları yanlış sözlere değil de sözleşenlerin gerçek isteklerine bakılacağını belirtir. Bu prensibe Mecelle’nin genel hükümlerinde de rastlıyoruz. Şöyle ki: “Ukudda itibar maksad ve meaniyedir. Elfaz ve mebanie değildir.”(yani akitlerde göz önünde tutulacak husus, amaç ve anlama bakmaktır. Lafızlara ve şekillere değildir.

Gerçek isteğe bakılması prensibi, sağlar arası işlemlere oranla vasiyetnamelerde daha geniş ölçüde uygulanır. Zira vasiyetnamelerde daha geniş ölçüde uygulanır. Zira vasiyetname tek

tarafı bir işlemdir. Buna karşılık sağlar arası işlemlerde yapılan açıklamaya karşı taraf güvenileceğinde lafızdan fazla uzaklaşamaz, ancak belli bir ölçüde istek açıklamasıyla bağlı kalınır. Hukuki işlemlerde, iş hayatındaki uygulamalar(teamüller) göz önünde(özellikle) tutulur. O yolda bir açıklama eskiden beri nasıl yorumlanıyorsa biz de o şekilde yorumlarız. Kendisine bir açıklama yapılan kimse, bu açıklamayı iş hayatındaki teamüle uygun olarak anlar ve yorumlar.

Diğer bir yorum kuralıda şudur: “yanlış nitelendirme zarar vermez(Falso demonsrationnonnocet).” A, kendisini felaketten kurtaran B’ye bağış yapmak istemektedir. Fakat bağışında “beni kurtaran C’ye” diyerekten 10.000L. bağışta bulunmuştur. Burada bağışlama işlemi geçerlidir. Çünkü yanlış nitelendirme söz konusudur. B, bu bağışlamaya dayanarak 10.000L.nın verilmesini isteyebilir.

Hukuki işlem, geçerlilik biçimine bağlı bir işlemse gerçek iradenin eksik de olsa o biçim içinde açıklanmış olması gerekir. Mesela C, B’nin borcu için kefil olacağı yerde “B’nin A’ya olan 1000L. borcu için kefil oluyorum.” demiştir. Gerçekten B’nin A’ya borcu 2000L.dır. Fakat kefillik yazılı biçime bağlıdır ve kefil olunacak en yüksek tutar bu bu biçim içinde belirtilmelidir. C’nin kefilliği de geçerlilik biçimine bağlanmış 1000L. için geçerlidir.

Bir diğer yorum kuralı da “Bir istek açıklamasının anlamı belirsizse, o açıklamanın ancak dar anlamından hak çıkartılabilir.” (In dubioproreo) kuralıdır. Bu ilke özellikle bankalar, sigorta şirketleri gibi sözleşmelerin metinlerini kendisi hazırlayan şirketlerin aleyhine ve onlara daha az hak tanıyacak şekilde yorumlanarak uygulanır.

2. Hukuki işlemlerin nitelendirilmesi(bir kategoriye sokulması, subsumption) işlemi, sözleşmenin esaslı unsurlarına(essentialianegotii-kira sözleşmesinde kiralayanın kullandırma, kiracının kira ücreti borcu gibi) bakılarak yapılır. Tarafların hukuki bilgisizlikleri ya da kasten verdikleri yanlış isimlendirmenin önemi yoktur. Bir sözleşmeyi nitelendirdikten sonra BY.nın o işleme bağladığı yedek hukuk kurallarını(naturalianegotii) uyguluyoruz.

§ 24.GÖRÜNÜŞTE(MUVAZAALI) İŞLEM

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

a-Zihni Kayıt(ReservatioMentalis): Burada kişi, bir istek açıklamasında bulunuyor. Fakat içinden bunu istememektedir. İşte bu hale zihni kayıt denilmektedir. Hukukta zihni kayıt dinlenilmez, yapılan istek açıklaması geçerlidir.(Tarih, zihni kaydın Napoleon-Josephine boşanma davasında kabul edildiğini söylemektedir.)

b-Ciddi Olmayan Açıklamalar(Latifeler): Kişi, gerçekte istemediği şeyleri açıklamaktadır. Karşı tarafın şaka olduğunu anlayamadığı duruma kötü şaka deriz ki bu durumda kötü şakayı yapan istek açıklamasıyla bağlıdır, fakat yanılmaya dayanarak bu açıklamasından dönebilir. Ama yine de karşı tarafın bu kötü şakadan dolayı uğradığı menfi zararı tazmin yükümü vardır.

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

aa-Basit Danışıklı İşlem: Burada sadece görünüşte işlem söz konusudur. Mesela A'nın sırf alacaklılarından mal kaçırmak için bir malvarlığını arkadaşı B'ye satarak mülkiyetini geçirmesi durumunda olduğu gibi.

bb-Nitelikli(Mevsuf) Danışıklı İşlem: 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 göstererek bir ev bağışlamıştır.

Soru: Böyle bir bağışlama sözleşmesi geçerli midir? Geçerli olmadığı farz edilse bile A'nın geçersizliği bile bile sözleşmeyi yerine getirerek evi B adına tapuya tescilinden sonra bu geçersizliği ileri sürülebilir mi?

Buna göre A'nın ölümünden sonra çocukları B'ye karşı nasıl bir dava açabilecekler?

Cevap: Olayda iki işlem söz konusu olduğundan bu muvazaa mevsuf bir muvazaa halidir. Bundan iki sonuç doğmaktadır:

a-Görünüşte işlem(satım sözleşmesi) geçersizdir, bu geçersizliğin müeyyidesi butlandır. Yargıç tarafından re'sen göz önünde tutulur.

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

1)Türk Yargıtay'ının 7.10.1953'e Kadar Olan Görüşü: Resmi biçime bağlı olan işlemlerde(Taşınmaz mülkiyeti geçirim sonucu doğuran sözleşmelerde); görünüşte işlem, taraflarca istenmediği için geçersizdir. Resmi biçimin amacı tarafları, düşünüp taşınmaya yönelterek korumak olduğuna göre, olayımız da saklı paylı mirasçıların ilerde tenkis davası açmalarına engel olmak için bağışlama satım gibi gösterilecek kadar inceden inceye düşünüldüğü için resmi biçimin düşündürme amacı gerçekleşmiş olduğundan gizli işlem(bağışlama sözleşmesi) gerekli resmi biçime uyulmuş

sayıldığından geçerlidir. Fakat saklı paylı mirasçılar, indirim davası açabilirler.

2)7.10.1953 t.li YİBK: Bu kararında Yargıtay eski görüşünü değiştirerek İsv. doktrin ve tatbikatındaki görüşü benimsemek istemiştir. Buna göre her iki işlemde geçersizdir. Satım sözleşmesi(görünüşte 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 işlem geçersiz sayılmaktadır. 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 dayanılarak verilen edimin geri istenmesi, objektif hüsnüniyet kurallarına aykırı olur. Bu durumda gizli işlem, biçim eksikliği bilinerek ifa edildiğinde geçerli olmaktadır.)

3)Resmi biçime uyulmuş saymak için, resmi biçime bağlı sözleşmenin essentialianegotiisinin resmi biçime dercedilmesi(geçirilmesi) gerekli ve yeterlidir. Yoksa causanın da resmi biçimde gösterilmesi zorunluluğu yoktur, BK.17. Olayımızda bağışlama, satım sözleşmesi gibi gösterilmektedir. Bu durumda bağışlama sözleşmesinin essentialianegotiisi olan bağışlayanın taşınmazın mülkiyeti geçirme borcu resmi biçime bağlanmış olmaktadır. Yalnızca işlemin gerçek sebebinin ne olduğu gösterilmiyor. Bu yüzden bu bağışlama sözleşmesi ifadan önce de geçerlidir. A'nın çocukları ise MK.507/4 gereği, bu işlem de mahfuz hisse kurallarını bertaraf etmek amacı aşkar olduğu için tenkis davası açabilirler. Sungurbey'in katıldığı görüşte budur.

Taşınmazlarda paydaşların, bir payın üçüncü kişiye satılması durumunda yasadan doğan öncelikle alım(şüf'a) hakları vardır. Satıcı paydaş, diğer paydaşlarının şüf'a haklarına engel olmak için alıcı üçüncü kişiyle aralarındaki satım sözleşmesini bağışlama gibi gösterebilir. Bu durumda görünüşte işlem(bağışlama sözleşmesi) geçersizdir, çünkü taraflarca istenmemiştir. Gizli işlem olan satım sözleşmesi de biçim eksikliği yüzünden geçersizdir. Satımın bağışlama gibi gösterilmesinde sadece satıcının mülkiyeti geçirim borcu bir biçime bağlanmış olmaktadır. Halbuki satım sözleşmesinin essentialianegotiisi, satıcının mülkiyeti geçirim ve alıcının bedel ödeme borçlarıdır. Yani alıcının borcu, resmi biçime dercedilmemiştir. Biçim eksikliği ise bu biçimle çıkarları korunmak istenen kimselerce kullanılabilir. Paydaşın şüf'a hakkını kullanmasına karşılık alıcı, borcunun resmi 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 re'sen göz önünde tutar. Görünüşte işlemin batıl olduğunu tespit amacıyla tespit davası açılabilir, bu da bir süreye bağlı değildir. Üçüncü kişilerde görünüşte işlemin çürüklüğünü ileri sürebilirler. Mesela A'nın, alacaklılarından mal kaçırmak için bir malının mülkiyetini B'ye geçirmesi durumunda üçüncü kişi durumundaki A'nın alacaklıları, bu devir işleminin görünüşte olduğunu ve malın A'nın malvarlığında bulunduğunu ispatlayabilirler.

Bunu gibi görünüşte işlemin geçersizliği kötü niyetli üçüncü kişilere karşı da ileri

sürülebilir. Üçüncü kişi, ancak iyi niyetli olması durumunda korunur, çünkü bu durumda emanet mal söz konusudur. A'nın görünüşte işlemle bir malın mülkiyetini B'ye geçirmesi, B'nin de aynı malı iyi niyetli C'ye geçirmesi durumunda C, hüsünüyet kuralları(MK.901 ve 931) gereği malın maliki olur.

Görünüşte işlemin geçersiz olduğu kuralının tek istisnası alacakların devrinde görülür. Mesela A, B'ye görünüşte işlem yoluyla yazılı bir borç tanınmasında bulunuyor(hatır bonoları). B de bu görünüşte alacağı(iyi niyetli) C'ye geçirmesi durumunda (iyi niyetli) üçüncü kişi olan C, alacağı kazanmıştır. BK.18/1'ye göre borçlu A, C'ye karşı muvazaa iddiasında bulunamaz. Çünkü bir hukuki durum yaratan kimse, bunun sonuçlarına katlanmalıdır.

Bir takım hukuki işlemlerde danışıklılık itirazı dinlenmez. Evlenme gibi.(Fakat İsviçre Federal Mahkemesi, yabancıların İsviçre yurttaşlığını kazanmak için yaptıkları bu tür muvazaalı evlenmelerin çoğalmasında bu şartlar dahilinde muvazaanın dinleneceğini kabul etmiştir.

Borçlanma işlemlerinde muvazaa kolayca belirtir. Fakat alacaklılardan mal kaçırma gibi harcama işlemlerinde bir inançlı işlem mi, yoksa bir görünüşte işlemin mi söz konusu olduğu tereddütleri mucip olmaktadır. Kriterimiz şu olmalıdır: Eğer şeyin mülkiyetinin geçirilmiş olmasına rağmen eski malik, fiilen o maldan yararlanıyor ve onu yönetme durumunda ise ortada görünüşte işlem vardır. Fakat şey, eylemli olarak güvenilen kimseye teslim edilmişse, onun yönetim ve yararlanmasına eylemli olarak bırakılmışsa bir inançlı işlem söz konusudur. Mal kaçırmak için yapılan inançlı işlemler, İİK'a göre iptal davaları açılarak iptal edilmek suretiyle mal haczettirilebilir.

§ 25.İSTEK BOZUKLUKLARI

İstek bozuklukları iki grupta toplanabilir:

1.Bir Kimsenin Yaptığı Açıklamasının Gerçek İsteğine Uymaması Hali(Beyanda Hata): A'nın radyosunu satmak isterken "pikabımı satıyorum." demesi gibi. Gerçek istek ile beyan arasında aykırılık söz konusudur. Şüphe yok ki açıklamayı yapan gerçek isteğinin göz önünde 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 değer verir ve onun geçerli tutulmasını ister

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

Roma hukukunun ilk devirlerinde açıklama, klasik devirde ise istek teorisine önem verilmiştir. Pandekt hukukunda da 19.asra kadar istek teorisinin uygulandığını görmekteyiz. Özellikle

Savigny, istek teorisinin önemli savunucularındandır. 19.asrın sonlarında yeniden açıklama teorileri ortaya atıldı. Bu yüzden 19.asır MY.larında 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 getirmişler ve mümkün oldukça gerçek isteğe önem vermeye çalışmışlardır. Gerçek isteğe uymayan açıklamalar kendiliğinden çürük sayılmaz, fakat bozulabilirler. Hatta Alm.MK.na oranla İsv.-Türk BK.ları istek teorisinin daha büyük ölçüde etkisinde kalmışlardır. İsv.-Türk BK.na göre yapılan sözleşme; yanılanı, aldatılanı ve korkutulanı baştan beri 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.unca kabul edilmiştir. Burada saik yanılması yüzünden sözleşmenin bozulmasına cevaz verilmesi durumu söz konusudur.

2.Hukuki İşlem Yapma İsteğinin Oluşmasında Bozukluk Hali(Saik Hatası): Bunda özellikle sözleşme kurma özgürlüğünün zedelenmesi söz konusudur. Aldatma ve korkutma halinde olduğu gibi.

§ 26.YANILMA(HATA)

1.Açıklamada Yanılma: İki türdür:

a-Ya açıklama gerçekten istenmemiştir. Mesela A'nın radyosunu satmak isterken "pikabımı satıyorum." demesi gibi.

b-Ya da açıklanan şey istenmiştir. Fakat ona doğru anlamından başka bir anlam verilmiştir. A'nın sterlin işareti yapacağı yerde dolar işareti yapmasında olduğu gibi. Bodrum kat- zemin kat tabirlerinin karıştırılması da bir diğer örnektir.

Bu her iki durumda da açıklama yanılması vardır ve sözleşme bozulabilir. Fakat BK.23'e göre bu yanılma önemli(esaslı) olmalıdır. BK.24 de esaslı yanılma hallerine örnekler vermektedir. Bunlar Roma-Pandekt hukukundan gelen klasik örnekler olup numerusclausus değildir.

1)Hukuki İşlemin Niteliğinde Yanılma(Error İn Negotia): A'nın malını satmak isterken yanlışlıkla bağışlamada bulunması gibi.

2)Konuda Yanılma(Error in Objector), Kişide Yanılma(Error İn Personal): Mesela A; "resmi satıyorum." diyor fakat odasındaki tablonun değiştirilmiş olması konuda yanılmaya örnektir. A'nın malını B'ye bağışlayacağı yerde C'ye bağışlaması kişide yanılma değildir. Kişide yanılmaya karıştırma

denir. Karıştırmanın önemli sayılması için kişinin kişiliğinin o sözleşmeyi yapmada önemli olması gerekir.

3)Miktarda Yanılma(Error in Quantitate): Yanılan kişinin, gerçekte istediği tutardan önemli ölçüde büyük bir edim altına girmesi, ya da önemli ölçüde küçük(az) bir edime razı olması halidir.

Adi hesap hatalarından dolayı sözleşme bozulamaz, bunların düzeltilmesi ile yetinilir.

2.Aracının Yanılması: Aracının açıklamayı yanlış iletmesi durumunda gerekli şartlar varsa sözleşme bozulabilir. Telgrafçının telgrafı yanlış iletmesi, tercümanın yanlış tercüme etmesi gibi.

3.Sözleşmenin Temelinde Yanılma(Temel Yanılması): BK.24/2 gereği sözleşmenin sadece saiklerinde yanılma nazara alınmaz. Saik, taraflardan birinin bir sözleşmeyi yapmasının sübjektif ve kendisini ilgilendiren sözleşmenin dışındaki etkenlerdir. Eğer saiklerin hukukça göz önünde tutulması isteniyorsa, sözleşmenin şartı haline getirilmelidirler. Fakat öyle bir takım saikler olabilir ki bunlardaki yanılma yüzünden sözleşmenin bozulması BK.24/4 gereği mümkün kılınmıştır. Burada söz konusu olan sözleşmenin temeli niteliğindeki saiklerde yanılmalıdır. Önemlileri şunlardır:

1)Bir Şeyin, Ya Da Bir Kimsenin Vafında Yanılma(Error İn Substantia): Söz konusu nitelikte yanılma o kadar önemli olmalıdır ki o konuyu tamamıyla başka bir çeşide sokmalı; tereyağı diye alınan yağın margarin çıkması gibi. Ya da o kimseyi tamamıyla başka kimseler kategorisine sokmalıdır. Artist diye alınan kimsenin elektrik tamircisi gibi. Bu yön eski İsv.BK’unda belirtilmişti.

2)Hukuki İşlemin Temelinde Yanılma: Nitelikte yanılmanın dışında temel yanılmasının asıl gerçek ve dar anlamda tatbik sahası bulunduğu bir konudur. Bu kavramın ne olduğu hakkında ortaya çeşitli görüşler atılmıştır. Prof. Sungurbey’e göre bunlar içinde en isabetli izahı olan Tuhr yapmıştır. VonTuhr, “hukuki işlemin temelinde yanılma”yı sulh sözleşmesiyle izah etmektedir. Şöyle ki: Alm.MK.S779, sulh sözleşmesinin temel yanılma yüzünden geçersiz kalacağını belirtmektedir. Mesela muris M, A’ya 100.000L. vasiyet etmiştir. Mirasçısı B ise bu vasiyet borcunu ödediğini iddia etmektedir. Sonradan A ile B, mahkemede 50.000L.ya sulh oluyorlar.(Sulh sözleşmesi, karşılıklı fedakarlıklar yoluyla çekişmeli bir duruma son verecek kesin ve belirli bir durumu oluşturma amacını güder. Bu bakımdan bir tesbit işlemidir, kazandırıcı işlem değildir.) Daha sonra mirasçı B, A’ya vasiyet alacağını tamamını(100.000L.yı) ödediğini ispatlarsa bile sulh sözleşmesiyle verdiği 50.000L.yı sebepsiz zenginleşme davası ile geri isteyemez. Fakat muris M, söz konusu vasiyetnameyi yaparken akıl hastası idiyse(temyiz kudreti yok idiyse); bu durumda sulh sözleşmesinin temelinde yanılma söz konusudur. B, buna dayanarak sulha itiraz edebilir.(Sulh, tespit gayesiyle yapıldığından uzlaşmakla bu gayeye erişilmiş olunmaktadır.)

Hukuki işlemin temeli, tarafların karşılıklı ve ortaklaşa bir yolda sözleşmenin zorunlu temeli diye düşündükleri durumdur. Alm.MK S779 ile temel yanılmayı sadece sulh sözleşmesi için kabul etmişti. Sonradan bu hüküm genişletilerek diğer hukuk işlemler için de kabul edildi.

İngiltere’de temel yanılma için ilginç bir olay vardır. Edward’ın taç giyme törenini

seyretmek için çevre binaların balkonları yüksek parayla kiralanmıştı. Sonradan bu töreni iptal edilince 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 dükkan kir alıyor. Fakat sonradan işletme ruhsatı alamıyor. Burada da İsv. Yargıtayı BK.24/4'e göre temel yanılması yüzünden sözleşmenin bozulabileceğini kabul etmiştir.

Hukuki işlemin temeli, şart, hukuki işlemin geçerliliğinin gelecekteki vukuu belirse bir olaya bağlanmasıdır. Sebep ise hukuki işlemin güttüğü en yakın gayedir. Bunların her ikisi için de tarafların anlaşması gerekmektedir. Temelde ise anlaşma yoktur, fakat ortaklaşa bir gaye söz konusudur. Şartın gerçekleşmemesi durumunda istihkak davası, sebebin gerçekleşmemesi durumunda nedensiz zenginleşme davası, temel yanılmasında ise bozabilme söz konusudur.

Temel ortaklaşa olmalıdır. Sadece bir tarafın kabulü yeterli değildir. Mesela A, nişanlanmak için kuyumcudan nişan yüzüğü almıştır. Fakat sonradan nişan gerçekleşmemiştir. Bu durumda temel yanılması, söz konusu değildir. Bu durum satıcıyı ilgilendirmez. Hatta kuyumcunun durumu bilmesi bile sonucu etkilemez. Bu yüzden A, bu olaya dayanarak sözleşmesi(satım) bozamaz. Ünlü Pandekt hukukçusu Windscheidt, bu konuda daha da ileri giderek “Hukuki İşlemin Gereği Teorisi”ni oluşturmuştur. Şöyle ki: Bir taraf için çok önemli olan ve karşı tarafça da bilinen saiklerden dolayı hukuki işlem bozulabilir. BK.24/4 hükmü, bu sonucun daha objektifleştirilmiş şekli olan sözleşmenin kendinde yanılma halini düzenlemektedir. Bu kural Alm. içtihatlarından “sözleşmenin sübjektif temelinde yanılma” olarak sözleşmenin bozulabilme nedeni sayılmıştır. Yargıcın bu konuda çok titiz davranması gerekir. Aksi halde işlem güvenliği kalmaz.

4. BK.25'e göre yanılan kimse, MK.2'deki dürüstlük kuralına aykırı olarak yanılmasına dayanamaz. Özellikle karşı taraf, yanılan tarafın gerçekte istediğini de yerine getirmeye hazır olduğunu bildirirse, artık yanılma yüzünden sözleşme bozulamaz. Mesela A, B'ye radyosu yerine “pikabımı satıyorum.” demiş. A, sözleşmeyi bozmak istediğinde B, radyoyu almayı kabul ettiğini söylemektedir. Bu durumda artık yanılma yüzünden sözleşme bozulamaz.

5.MK.26'ya göre yanılanın, yanılmasında ihmali varsa ve yanılmaya dayanarak sözleşmeyi bozarsa karşı tarafın sözleşmeye güvenden doğan(menfi) zararını tazmini gerekmektedir. Yargıç, hakkaniyet gerektiriyorsa culpa in contrahendo'ya dayanarak olumlu zararın tazmini de hükmedebilir.

§ 27.HİLE(ALDATMA) VE İKRAR(KORKUTMA)

1.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. Hatta bu yolda yapılacak sözleşme, karşı tarafın çıkarına da olsa sözleşme bozulabilir.

2.Aldatma: Bir kimsenin karşı tarafla bir sözleşme yaptırmak için yanlış bir düşünce uyandırması ya da mevcut yanlış düşünceyi devam ettirmesi veya kuvvetlendirmesidir. Aldatmanın mevcut olabilmesi için şu şartlar aranır:

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

2) Aldatma, doğrudan doğruya bilginin konusu olabilen somut ve kesin durumlara ilişkin olmalıdır. Soyut ve geleceğe ait ümit vermeler için aldatma yüzünden sözleşme bozulamaz.

3) Aldatılan kimse, kendisine söylenenleri ciddi sayılabilmeli ve bunlara inanabilmelidir. Reklamlar, aldatma sayılmaz.

4) Aldatma, yanlış olaylardan söz ederek yapılabileceği gibi karşı tarafın zaten yanılığa düştüğü konularda susarak da yapılabilir.

Aldatmaya bozma sebebi olarak önem verilmesi bakımından sözleşmeleri 2 grupta toplayabiliriz:

- Hizmet akdi, vekalet, ortaklı sözleşmesi gibi karşılıklı güvene dayanan sözleşmelerde gerçeği açıklama ödevi daha büyüktür. Bu yüzden hilenin sınırları da genişlemektedir.

- Satım, kira gibi edimler değişimi amacını güden 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 yanıldığını gördüğü halde susarsa bir aldatma söz konusudur.

5) Aldatma illi(nedensel) olmalıdır. Sözleşme, aldatma yüzünden kurulmuş ya da o koşullar içinde yapılmış olmalıdır. Mesela alıcı, aldatma olmasa da şeyi alacak ise, fakat alma koşulları değişik olacaksa sözleşme yine aldatma yüzünden bozulabilir.

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

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

1) Korkutma, maddi bir zorlama olmayıp psikolojik bir etkidir. Mesela bir kimseye zorla bir senede imza attırılmasında cebir söz konusu olduğundan ortada işlem yoktur.

2) BK.30'a göre korkutma, karşı tarafa ya da karşı tarafın yakınlarına yönelmelidir.

Korkutmanın yöneldiği 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 hakkını kullanacağını söylemek, ilke olarak korkutma sayılmaz. BK'a göre şu iki durumda bir hakkın kullanılacağından söz ederek yapılan korkutma ile işlemin bozulabileceğini belirtir. BK.30/2.

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

- Ya da hak, kendi amacı dışında kullanılarak bir çıkar sağlanmışsa(şantaj): Şahsi çıkarlar sağlamak için suçluyu zabıtaya bildirme hakkını kullanacağını söyleme gibi.

5) Aldatmadan farklı olarak korkutmanın kimden geldiği önemli değildir. Korkutma, üçüncü kişiden bile gelse sözleşme bozulabilir. Yalnız karşı taraf iyi niyetliyse ve hakkaniyet gerektiriyorsa korkutulan kişi, bu durumda karşı tarafın menfi zararını ödemelidir.

6) Korkutma, illi olmalıdır.

§ 28.İSTEK BOZUKLUKLARININ İLERİ SÜRÜLMESİ

1. BK'na göre istek bozuklukları durumunda sözleşme; yanılanı, aldatılanı ya da korkutulanı baştan bağlamaz. Ancak şu iki durumda sözleşme, iradesi bozulana bağlar:

1) İstek bozukluğuna uğrayanın sözleşmeye icazet vermesiyle.

2) BK.31'e göre bir yıllık hak düşümü 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. Bozma, yenilik doğuran bir haktır. Bunu hak sahibi, isterse kullanır. Yargıç, re'sen göz önünde tutamaz.

2.Onaylama: İstek bozukluğuna uğrayanın sözleşme ile bağlanmak istediğini açıklamasıdır. Sarih ya da zımni olabilir. Yanıldığını bile bile borcunu ifa gibi(zımni icazet). Onaylama, sözleşmeye sonradan eklenen bir istek açıklaması olup yeniden bir sözleşmenin kurulması demek değildir.

Sözleşme resmi şekle bağlı olarak yapılmışsa onaylama yine hiçbir şekle bağlı olmaksızın yapılabilir. Onaylama önceye etkilidir, sözleşme başlangıçtan beri onaylayanı bağlar. Onaylama, kurucu yenilik doğuran bir haktır.

3.Bozma(Fesih): Bozma, BK.31'e göre sözleşme ile bağlanmayacağını bildirmek demek olup bağışlanmayı önleyici yenilik doğuran bir haktır. Hiçbir biçime bağlı olmaksızın sarıh, ya da zımni olarak kullanılabilir. Bu yenilik doğuran hak; aldatma ve yanılmada gerçeğin öğrenilmesinden, korkutmada korkunun ortadan kalkmasından başlayarak 1 yıl içinde kullanılmalıdır. Bu, bir hak düşümü süresidir.(Alacak haklarında zamanaşımı, yenilik doğuran haklarda ise hak düşümü süreleri söz konusudur.

4.Edimelerin Geri Alınması Ve Tazminat İstemi: İrade bozukluğu ile sakatlanmış bir sözleşmenin edimleri yerine getirilmişse, bunların geri alınması mümkündür. Meğerki bunda zımni bir onay söz konusu olsun.

1) İstek bozukluğu, harcama işlemine bulaşmışsa; harcama işlemi de bozulabilir. Mesela aldatma, hem satım hem de mülkiyetin geçirilmesi sözleşmesinde görülmüşse, her iki işlemde bozularak verilen şey istihkak davası ile geri istenebilir. Yanılma, çok defa borçlanma işleminde kalır. Mülkiyetin geçirilmesi işlemi görölmez. Bu yüzden yanılmada ancak nedensiz zenginleşme davası söz konusu olabilir.

2) Taşınmaz mülkiyeti geçirilmişse -ki, bu geçirim nedene bağlıdır.-, borçlanma işlemi istek bozukluğu yüzünden geçersizse taşınmaz mülkiyeti karşı tarafa geçemez. Yapılan tescil, yolsuz(hatalı) tescildir. Eski malik, MK.933'deki düzeltim(tashih) davası ile tapudaki bu kaydın kendi adına düzeltilmesini isteyebilir. Elmenlik de devredilmişse 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 söz konusudur. 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 birlik kullanılabilir.

İsv.-Türk hukuk sisteminde ise baştan itibaren borcun girilmediği için bu bakımdan herhangi bir zarar söz konusu değildir. Fakat BY.31, bizde de aldatılan ve korkutulanın bozma istemi yanında tazminat davası da açılabilirliğini kabul etmektedir. Şöyle ki:

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

2) Bozma ile zararın tümüyle ortadan kaldırılması mümkün değilse, aldatılan ve korkutulan sözleşmenin geçerliğine güvenerek bir takım masraflar yapmışsa(menfı zarar), ya da işlem konusu aldatana ve korkutana 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 mutlaka tazminat hakları ortadan kalkmamaktadır. Aldatılan ve korkutulan, daha büyük zararlara uğramamak için sözleşmeyi onaylarsa tazminat haklarını saklı tutabilir. Mesela 1000L.lık bir mal, aldatma ya da korkutma yüzünden 2000L.ya alınmışsa, fakat gerçeğin öğrenildiği sıralarda malın değeri 3000L. olmuşsa aldatılan ya da korkutulan sözleşmeyi onaylayabilir. Fakat bunun yanında 1000L.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 ve kendisi borca girse bile her zaman için def'i yoluyla girdiği bu borcu ödemekten kaçınması mümkündür. BK. 60/3, Alm.MKS853.

Örnek Olay: 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 ederse buna karşı B ne yapabilir?

Cevap: B, her ne kadar süresi içinde bağlanmama(bozma) iradesini açıklamamışsa da borcunu da ifa etmiştir. Bu durumda BK.60/3 gereği kendisini ifaya zorlamak için açılan davaya karşı def'i savunmasında bulunarak borcunu ifadan kaçınabilir. Çünkü mevcut durumun devamını amaçlayan def'iler zamanaşımına uğramazlar, her zaman kullanılabilirler.

3.BÖLÜM

TEMSİL VE YETKİSİZ TEMSİL KAVRAMLARI

§ 29.TEMSİL

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

Geniş anlamıyla 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 hukuki 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.416'nın düzenlediği komisyonculuk bu tür temsilin en güzel örneğidir.

2)Doğrudan(Gerçek) Temsil: Temsilci, üçüncü kişi ile temsil olunan adına ve hesabına davranmaktadır. Burada hukuki sonuçlar doğrudan doğruya temsil olunanla üçüncü kişi arasında doğmaktadır. İşlemi sanki temsil olunan yapmış sayılır ve temsil olunan üçüncü kişiye doğrudan doğruya alacaklı veya borçlu olur. Bu kurum, yeni hukukun bir ürünüdür. Mecellede de doğrudan temsil ile ilgili hükümler vardır. Fr.MK.unda yoktur. İsv. ve Alm. hukuklarında da doğrudan temsil kabul edilmiştir.

2. Gerçek temsilin iki şartı vardır:

1) Gerçek temsilde temsil yetkisi bulunmalıdır. Bu da ya yasadan doğan(kanuni) temsil yetkisi(velayet gibi), ya da hukuki işlemde 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.

3.Başkası Adına Davranma Şartı: Üçüncü kişi ile yapılan işlemin sonuçlarının temsil olunan

için doğması için bu şart gereklidir. Fakat BY.32/2' de belirtilen şu iki ayrık durumda ayrıca başkası adına davranma şartı aranmaz:

1) Temsilcinin, hukuki işlemi temsil olunan adına yaptığı durumdan anlaşılıyorsa ayrıca bunu açıkça belirtmeye gerek yoktur. Bir ticarethanedeki memurların yaptığı satış işlemlerinin ticarethane sahibi adına yapıldığını durumdan anlamaktayız. Bir hizmetçinin efendisinin kürkünün satmasındaki durum bir diğer örnektir.

2) Üçüncü kişi için hukuki işlemi temsilci ile ya da temsil olunanla yapmanın hiçbir farkı yoksa başkası adına davranma şartı gerekmeksizin hukuki sonuçlar doğrudan temsil olunan için doğar. BY.32/3. Mesela satım sözleşmesi gereği bir otomobilin mülkiyetinin geçirimi işleminde temsilci, temsil olunan adına davrandığını açıklamasa da hukuki sonuçlar temsil olunan için doğar.

a-Borçlanma işlemlerinde(mesela satım sözleşmesinde) BK.32/3'deki kural uygulanmaz. Çünkü bir borçlanma işleminin temsilci ya da temsil olunan ile yapılması önem taşır. Zira üçüncü kişi alacaklı durumundadır. Karşısındaki borçlunun şu ya da bu kişi olması kendisi için farklıdır. Güven söz konusudur.

b-Fakat BK.32/2'deki kural harcama(mülkiyetin geçirilmesi) işlemlerinde uygulanabilir. Mesela 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 hak ileri sürerek) otomobilin mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir. Fakat bu kural, taşınır konular için uygulanabilir. Taşınmazlar da ise gizli temsil, mülkiyet hiçbir zaman kendiliğinden geçmez. Mesela gizli temsil yoluyla bir ev satın alındığında tapu kütüğü 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.32/2c.2'deki (yukarıda izah edilen) kural, İsv.BK'na 1912 revizyonu sırasında eklenmiştir. Daha önce bunun yerini tutan bir kural daha vardı. Revizyon sırasında yasadaki çıkarılmadan unutulup kalmıştır. Bu da BK.393/3'dür. Buna göre vekilin iflası halinde müvekkil, vekilin gizli temsil yoluyla iktisap ettiği hakları masadan çekip alabilir. BK.32/2c.2'deki açık hüküm karşısında bu hüküm, gereksizdir.

4. Temsilcinin açıkladığı istek, gene kendi isteğidir. Bu bakımdan temsilci, haberci(muhabir)den farklıdır. Haberci, başkasının irade açıklamasını taşımaktadır. Bundan dolayı habercinin temyiz kudretine sahip olması gerekli değildir. Fakat temsilci, mümeyyiz olmalıdır. İstek bozukluklarında temsilcinin isteği önem taşır. İyi niyet aranan yerlerde temsilcinin psikolojik durumu göz önünde tutulur, am bunun yanında hak kazanabilmesi için temsil olunanın da iyi niyetli olması gerekir.

5.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 birbirine 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 bir takım sakıncaları vardır. Alm. MKS181'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 teslim olunan için tehlike söz konusu olmayan borsada fiyatı belirli malların satımında kendi kendisiyle sözleşme yapmasına cevaz vermiştir.

§ 30.TEMSİL YETKİSİ

1.Temsil Yetkisi Ve Vekalet: Temsil yetkisi, ya yasadan doğar. Ana-babanın çocuklarının kanuni temsilcisi(velisi) olması gibi. Ya da tek taraflı bir istek açıklamasıyla verilir ki bu durumda temsil yetkisi çok defa vekillik sözleşmesi ile birleşir. Uzun yıllar bu iki kurum, açık-seçik olarak birbirinden ayırt edilememiştir. Temsil yetkisi ve vekillik sözleşmesi farkını bütün esaslarıyla il 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 taraflı bir hukuki işlemdir. Halbuki temsil yetkisi bir sözleşme olmayıp tek yanlı istekle verilen bir güçtür, tek yanlı hukuki işlemdir; başkası adına davranarak onun için hukuki sonuçlar doğurabilme kudretidir. Fakat çok defa vekillik sözleşmesi ve temsil yetkisi birlikte bulunur.

Temsil yetkisi ve vekillik sözleşmesi arasındaki başlıca farklar şunlardır:

1)Vekillik sözleşmesi olmadan da, yani bir borç yükletilmeden de temsil yetkisi bulunabilir. Mesela B'nin A'ya kendisi için bir makine satın alma yetkisi vermesi durumunda A, borca girmemekte, fakat B adına bu hususta bir sözleşme yapabilmektedir.

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

3)Vekalet bir sözleşmedir. İki tarafın istek açıklamasıyla kurulur. Halbuki temsil yetkisi, temsilciye varması gereken tek yanlı bir istek açıklamasıyla verilir.

4)Temsil yetkisinin dayandığı temel borç ilişkisi, vekalet sözleşmesinden başka bir sözleşme

de olabilir. Hizmet, ortaklık sözleşmesi gibi. Mesela 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. Mesela 18 yaşından küçük birinin yaptığı hizmet, ortaklık sözleşmeleri onu bağlamaz, fakat bu sözleşmelere dayanılarak verilen temsil yetkisi mise geçerlidir.

2.Temsil yetkisinin verilmesi herhangi bir geçerlilik biçimine bağlı değildir. Tek yanlı istek açıklamasının temsilciye varması gerekli ve yeterlidir. Hatta yapılması için verilen hukuki 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 tehlikeli ve yetersizdir. Yeni Noterlik Yasası'na göre tapu kütüğünde işlem yapılmasını gerektirecek temsil yetkisinin noterin düzenleyeceği bir senetle verilebilir. Uygulamada bu senede yetki belgesi(salahiyetname) denmektedir. Vekaletname tabiri ise yanlıştır.

3. Temsil Yetkisinin Çevresi: Bu bakımda temsil yetkisi genel temsil yetkisi ve özel temsil yetkisi olmak üzere ikiye ayrılır. Özel bir işlem yapabilmesi için verilen yetkiye özel, bütün işler için genel olarak verilen yetkiye ise genel yetki denir. Bir takım hukuki işlemler için çok önemli görüldüğünden bunlar için BK.388/3 gereği ayrıca özel yetki aranır. Özel yetki aranan bazı haller şunlardır:

- Dava Açmak
- Sulh Yapmak
- Hakeme Gitmek
- Kambyo Taahhüdünde Bulunmak
- Bağışlama Yapmak
- Bir Taşınmazın Mülkiyetini Geçirmek Ya Da Sınırlı Bir Ayni Hak Yüklemek

4.Temsil Yetkisinin Sona Ermesi: Temsil yetkisi, sadece bir iş için verilmişse onun yapılmasıyla, süreyle sınırlı olarak verilmişse sürenin sona ermesiyle, temsilcinin çekilmesiyle 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. Bunu dışında temsil yetkisi, temsilcinin ya da temsil olunanın ölümü, gaiplik kararı verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi ya da iflas etmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Burada şu problem karşımıza

çıkılmaktadır: Temsil yetkisinin sona ermesine rağmen, temsil olunan adına temsilcinin işlemler yapması halinde durum ne olacaktır? BY.37, şöyle bir çözüm getirmektedir:

1)Temsilci ve üçüncü kişi iyi niyetli ise iyi niyetleri korunur. Yapılan işlemin sonuçları, temsil olunan için doğar.

2)Yalnız üçüncü kişi iyi niyetli ise;

a-Temsil yetkisinin verildiği üçüncü kişilere bildirildiği halde geri alındığı bildirilmemişse üçüncü kişinin iyi niyeti korunur. 34/3. Çünkü yetki belgesinin geri alındığının da ilam gerekirdi.

b-Temsilciye bir yetki belgesi verilmişse, temsil yetkisinin geri alınmasından sonra bu belgenin geri alınması ihmal edilmişse iyi niyetli üçüncü kişilerin bu yüzden uğradıkları menfi zararların tazmini gerekmektedir. BK.36/2.

Alm. doktrininde bir de görünüşte temsil vardır. Şöyle ki: MY.2'deki dürüstlük kuralının bir sonucu da güven prensibidir. Yani başkalarından bir güven yaratan kimse, bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Başka bir deyişle bir hukuki görünüşe iyi niyetle güvenen kimsenin bu iyi niyeti korunmalıdır. Mesela bir bankada iki tane yetkili müdür vardır. Fakat banka, bunların dışındaki bir başka kimsenin de o bankayı tek başına temsil yetkisi varmış gibi hareket etmesine göz yummaktadır. Bu durumda müşteriler bu kimsenin hukuki görünüşüne güvendikleri için bankada bu durumun sonuçlarına katlanmalıdır. Böylece banka, yetkisiz müdürün banka adına yaptığı işlemlerden sorumlu olmaktadır. İyi niyetli müşterilerin iyi niyetleri de korunmaktadır. Bu, İngiltere ve Kara Avrupası hukuklarında ortak bir prensiptir. Bankaların gişe memurlarının davranışı da bir diğer örnektir.

BK.453/3, 1957 t.li Yeni Ticaret Kanunu'nun Mer'iyetine Dair Kanun'un 41.md.siyle eklenmiştir. Buna göre satış mağazalarının memur ve müstahdemleri, o mağazanın mutad işlemlerini mağaza sahibi adına yapmayı(onu temsile) yetkili sayılırlar. Meğerki mağaza sahibi, o mağazada kolayca okunabilen bir yere bunun aksini ilan etmiş olsun.(Daha fazla bilgi için bkz.Prof. Sungurbey. Medeni 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 hukuki işlem, temsil olunan için hukuki bir sonuç doğurmaz, yapılan işlem askıda kalır. Fakat üçüncü kişi, bu işlemde hemen kurtulamaz(işlem onun açısından geçerliğini sürdürür.). Bu durumda üçüncü kişi, temsil olunana uygun bir süre verir, ya da yargıçtan böyle bir süre verilmesini ister. Böyle bu süre içinde temsil olunanın, askı durumundaki

işlemi onaylayıp onaylayamayacağını öğrenmiş olur. Temsil olunan işlemi onaylarsa, işlem başlangıçtan beri geçerlilik kazanır, yani onay makale şamildir. BK.38. maddenin bu hususta şöyle bir hükmü vardır: “İcazet-i lahika, vekalet-i sabika gibidir.” Temsil olunan, işlemi onaylamazsa işlem geçersiz kalır.

Yetkisiz temsil durumunu iki grupta ele alabiliriz:

1)Ya yetkisiz temsilci iyi niyetlidir. Yani kendisini yetkili sanarak işlemi yapmış olabilir.

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

Yetkisiz temsilde iç ilişki(temsilci ile temsil olunan arasında), vekaletsiz iş idaresidir. BK.410 v.d. md.lervekilliksiz iş görmeyi düzenler. Vekaletsiz iş görme, arada bir sözleşme olmadığı halde başka bir kimsenin çıkarlarını korumak için ya da onun isteğine uygun düşer diyerek onun işlerini görmektedir. Bir sözleşme değildir. Mesela Almanya’ya giden komşunuzun evinin camları kırılmış olsun. Bu camları kendiniz takarsanız(eğer camcıysanız) bu vekilliksiz iş görmedir. Fakat bir camcıyla “ben komşumun temsilcisiyim, o bana yetki vermiştir.” diyerek bir istisna akdi yaparsanız burada hem vekilliksiz iş görme, hem de yetkisiz temsil söz konusudur. Şöyle ki: Temsilci ile temsil olunan arasında vekilliksiz iş görme, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında yetkisiz temsil kuralları uygulanır.

Temsil olunan onay vermezse hukuki işlem, geçersiz kalır. Bu durumda işlemin geçerliğine güvenen iyi niyetli üçüncü kişi zarar görmüş olabilir. İşte iyi niyetli üçüncü kişi, uğradığı menfi zararlarını kusuru olmasa dahi yetkisiz temsilcinin tazmin etmesini isteyebilir. Burada bir objektif(kusursuz) sorumluluk hali karşındayız. Yetkisiz temsilcinin kusuru varsa ve hakkaniyet de gerektiriyorsa; yargıç, yetkisiz temsilciyi müspet zararın tazminine de mahkum edebilir. Burada söz konusu olan borç, culpa in contrahendo’dan doğmaktadır.

4.BÖLÜM

HAKSIZ FİİLLER

§ 32.HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇLAR

1.Hukuka aykırı fiillerin bir diğeri de haksız fiillerdir. Burada belli bir borca aykırılık değil,

genel davranış kurallarına aykırılık söz konusudur. Bu tür bir fiil işlenirse, taraflar arasında haksız fiilden doğan bir corç söz konusu 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 men'i davası)
- 3)Yakın bir gelecekte bir tecavüz meydana gelecekse bu tecavüzün önlenmesi istemi(içtinap davası)
- 4)Bu sayılan ilk üç dava, edim davasıdır. Eğer şartları varsa(hukuki menfaat şartı gibi) tespit davası da açılabilir.

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

- 1)Zarar
- 2)Nedensellik Bağı(haksız fiille zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.)
- 3)Hukuka Aykırılık(zarar, hukuka aykırı oluşmuş olmalıdır).
- 4)Kusur bulunmalıdır. Kişi, ancak kusuru varsa sorumlu tutulabilir. BK.muz ayrık olarak kusursuz(objektif) sorumluluğa da yer vermiştir. Kusursuz sorumluluk hallerine haksız fiil benzerleri diye de tabir olunur. İstihdam edenlerin, hayvan sahiplerinin sorumluluğu gibi

2.Hukuka Aykırılık: Hukuk düzeninin bir kuralına aykırılık söz konusudur. Hukuka aykırılığın iki şekli vardır:

1)Hukuka aykırılık, çok defa sübjektif bir hakkın ihlali ile birlikte görülür. yani sübjektif hakkın ihlali, diğer taraftan hukuka aykırılığı oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkının ihlali gibi. Ancak mutlak hakların ihlali halinde haksız fiilden söz edilebilir. Yoksa kişisel bir hakkın, bir alacak hakkının halinde bir haksız fiil değil de borca aykırılık bahis konusudur. BK.45, 46; hayat ve vücut sağlığının ihlali halinde zararın belirlenmesi için bazı kıstaslar vermektedir. Adam öldürülmesi halinde cenaze ve defin masrafları ile eğer öldürülen tedavi görmüşse bu tedavi masrafları tazmin ettirildiği gibi öldürülen kişinin eylemli 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 tazmin ettirilir. Eğer yargıç, çalışma gücü kaybını tam olarak belirleyemiyorsa verdiği hükmü iki yıl içinde yeniden gözden geçirebilir. Burada MK.muza özgü bir kural söz konusu olmakta ve kaziyeyi muhkeme(kesin hüküm) haline bir istisna getirmektedir.

2)Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin yalnız bir kuralının aykırılık şeklinde de belirebilir. Bu durumda da tazminat istemi söz konusu olmaktadır. Korkutma ve aldatmada olduğu gibi.

3.BK.41/2, ahlaka aykırılığı hukuka aykırılığı eşit tutmuştur. Şöyle ki: Ahlaka aykırı bir fiille bilerek başkasına bir zarar veren kimse, bu zararı tazminle yükümlüdür. Bu durumda failin fiilini yalnızca istemesi yetmez, ayrıca zararı da istemiş olması gerekir. Bu kuralın uygulama alanı dardır. Zaten bu kurala giren bir çok durumlarda sübjektif bir hakkın ihlali de söz konusu olmaktadır. Fakat yine de bazı pratik durumları çözen önemi vardır. Mesela A, bir malını(saatini) B'ye satmış, fakat mülkiyetini geçirmemiştir. C, sırf B'ye zarar verebilmek için A'ya aşırı fiyat teklif ederek aynı saati satın almış ve maliki de olmuştur. Burada B, BK.96'ya dayanarak borca aykırılıktan dolayı A'yı dava edebileceği gibi BK.41/2 gereği haksız fiile dayanarak C'ye tazminat davası açabilir. Dağ başındaki köyün tek yiyecek maddeleri satıcısının aç kalmış bir kimseye yiyecek vermemesi durumunda da(satmaması) BK.41/2'ye dayanmak mümkündür.

4.Hukuka Aykırılığı Kaldıran Nedenler:

1)Kamu hukukuna dayanan yetkilerin kullanılması. Tutuklama gibi. Fakat haksız olursa tazminat istenebilir.

2)Özel hukuktan doğan yetkilerin kullanılması. Ana-babanın çocukları üzerindeki te'dip hakkı gibi.

3)Zarar görenin muvafakatı(onama). Spor müsabakaları, cerrahi müdahale gibi. Yeter ki ahlaka ve kişilik haklarına aykırı durumlar söz konusu olmasın.

4)Vekilliksiz iş görme durumları. Bir kimsenin, başka birinin çıkarına ve onun farazi iradesine uygun olarak hukuk alanına müdahale edilmesi de hukuka aykırı değildir.

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

6)Hakkını kendi kendine olma(ihkakı hak). Devlete başvurma halinde hakkın kaybolması ihtimali söz konusu oluyorsa, ihkakı hak meşrudur.

7)Zorunluluk(ızdırar) hali. Bir kazadan kurtulmak için mağazanın vitrinini kırmak gibi. Fakat tazmin borcu yine saklıdır.

§ 33.KUSUR

Kusur, hukuka aykırılığın sübjektif yönüdür. Yani failin psikolojik durumudur. Kast ve

ihmal olmak üzere iki türdür. Medeni hukuk alanında prensip olarak her ikisi arasında fark yoktur. Fail herhalde fiilinden sorumludur. Fakat manevi tazminat istemi için(kişilik haklarına tecavüz hallerinde) kusurun özel ağırlığı(kast ve ağır ihmal) aranır. MK.muzda, AlmMK.ndan farklı olarak yargıca kusurun ağırlığına göre tazminatı takdir etmek yetkisi verilmiştir.

1.Kast: Haksız fiilin istenerek işlenmesi halidir. Buna karşılık zararında istenmiş olması önemli değildir. Fakat BK.41/2 durumunda hem fiil, hem de zarar istenmiş olmalıdır. Bir de ihtimali kast(doluş eventualis) durumu vardır ki bunda fail, haksız fiili mümkün görmekte fakat bunun olmasını istememektedir. Mesela kalabalık bir caddede süratle araba kullanan kimse birini çiğneyeceğini bilmekte, fakat bunu istememektedir. Burada kasta yaklaşan bir durum söz konusudur.

2.İhmal: Bu durumda fail; haksız fiili istememekte, fakat fiilin olmaması için gereken özeni göstermemektedir. İhmail ikiye ayrılmaktadır:

1)Ağır İhmal(Culpa Lata): En tedbirsiz bir kimsenin dahi yapmayacağı davranış demektir.

2)Hafif İhmal(Culpa Levis): Normal bir insanın alması gereken tedbirleri almamak demektir.

Kusuru tespitite 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 işe girişmişse kusurlu sayılır. Ani hastalık gibi sebeplerle gerekli özen gösterilmemişse kusur söz konusu olmazsa da hastalık devamlı ise ve bu durum bilindiği halde gerekli özen gösterilmemişse artık kusur bahis mevzuu olur.

Kast ve ihmal ayrımı, BK.42/2’nin yargıca tanıdığı tazminatın derecesini taktirde önem taşımaktadır. Borca aykırılıklarda menfaat prensibi yürür. BK.98/1 c.2 gereği bir sözleşmenin taraflardan birine hiçbir çıkar sağlamaması halinde, o taraf ancak ağır ihmalinden sorumludur. Ariyet verenin, bağışlayanın sorumluluğu gibi.

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

3.Bir kimseyi haksız fiilden dolayı sorumlu tutabilmek için o kişinin sorun yeteneğinin bulunması gerekir. Sorun yeteneğinin tek şartı, temyiz kudretinin varlığıdır. Mümeyyiz küçük ve mahcurlar da haksız fiillerinden sorumludur. BK.54’e göre temyiz kudretini geçici olarak kaybeden kimse, bu duruma kendi kusuru olmadan düştüğünü ispatlamadıkça sorumluluktan kurtulamaz.

Temyiz kudretinden sürekli olarak mahrum olan kimselerin de hakkaniyet gerektiriyorsa verdikleri zarardan sorumlu tutulmaları mümkündür. Zengin bir akıl hastasının fakir bir kimseye zarar vermesi halinde olduğu gibi.

§ 34.HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN İSTEMLER(TALEPLER)

1.Tazminat İstemi: Haksız fiilden doğrudan doğruya zarar gören kimse, tazminat isteminde bulunabilir; üçüncü kişiler, tazminat isteyemezler. Fakat şu iki durumda zarar görenin dışındaki kişiler de tazminat isteminde bulunabilir:

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

2)BK.47'ye göre adam ölmesi halinde ölenin yakınları, duydukları elem yüzünden manevi tazminat davası açabilirler.

Zarar gören nesne üzerinde malikten gayrisına ait intifa gibi sınırlı ayni haklar bulunabilir. Bu durumda surrogat gereği nesnenin yerine ödenen tazminat geçeceğinden sınırlı nesnel haklar da bu tazminat üzerinde devam eder.

2.Haksız fiil, cezayı gerektiren bir fiil 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 saydığından hukuk yargıcı tazminata hükmedebilir.

2)Ceza yargıcının mahkumiyet kararı ise:

a-Ceza yargıcının kararı, yalnız fiili ve fiilin hukuka aykırılığını tespit eden noktalarda hukuk yargıcını bağlar. Zira ceza yargıcının bu konuda geniş araştırma yapma yetkisi vardır.

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

3)Dava Zamanaşımı: BK.60'a göre haksız fiillerde zamanaşımı zararı ve faili öğrendikten başlayarak bir yıl, herhalde on yıldır. Bu kuralı kıyas yoluyla haksız fiil benzerlerine de uygulayabiliriz.

İstihdam edenlerin sorumluluğu gibi. BK.60/2'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.

4)Tecavüzün Giderilmesi Davası: Haksız fiilden dolayı yalnız tazminat davası değil bunun yanında tecavüzün giderilmesi davası açılabilir. Uygulamada buna özellikle mutlak hakların ihlalinde rastlamaktayız. MK.618 gereği mülkiyet(istihkak) davası ve actionegatoria in rem gibi. Kişilik haklarına tecavüz halinde de tecavüzün giderilmesi davası açılabilir.

5)Gelecekteki Tecavüzün Önlenmesi(İçtinap) Davası: Gelecekte bir tecavüzün vukuundan ciddi olarak şüphe ediliyorsa; tecavüz maruz kalması mümkün kişinin, yargıçtan böyle bir tecavüzün önlenmesine dair karar istemesi mümkündür. Uygulamada bu davaya muarazanın men'i davası tabir olunur.

Şartları varsa tespit davası da açılabilir.

§ 35.KUSURSUZ SORUMLULUK

Medeni hukuk alanında kusur prensibi yürürlüktedir. Modern hukukta bazı objektif sorumluluk kurallarına da geniş ölçüde yer verilmektedir.

1.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 husustaki hüküm; ilkin Fr.MK, eski İsv. BK ve daha sonra Alm. MK ve bizim BK.muzda yer almıştır. Çalışma yardımcısı kullanan kimseler, çalışma yardımcılarının işlerini görürken üçüncü kişilere verdikleri zarardan dolayı objektif olarak gereken özeni gösterdiklerini ispatlamadıkça sorumlu olurlar. Buradaki sorumluluk, BK.100'deki ifa yardımcısından sorumlu olmadan farklıdır. Mesela şoför Ş, otobüsle üçüncü kişi durumundaki Ü'yü çığnemişse, otobüs sahibinin çalışma yardımcısı kullanan sıfatıyla BK.55'e göre sorumlu tutulması gerekir. Fakat şoför Ş, ihmali sonucu otobüsü devirerek yolculara zarar vermişse; otobüs sahibi ile müşteriler arasında taşıma sözleşmesi söz konusu 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 ya da iş sözleşmesi ile bağlı olması gerekli değildir, eylemli olarak ona yardımcı olması yeterlidir. Yani bir bağımlılık ilişkisi söz konusu olması yeterlidir. Yardımcının iş sahibinin emirlerine uygun hareket etmesi gerekli ve yeterlidir. Yardımcının verdiği zarar ise iş dolayısıyla olmalıdır. Mesela şoför Ş, ancak işini yaparken üçüncü bir kişiyi çiğnememişse BK.55 uygulanabilir. Yoksa o işin görülmesini bahane ederek verdiği zararlardan iş sahibi sorumlu tutulamaz. Şoför Ş'nin ailesini gezdirirken birini çiğnemişse 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 hale BK.55, çok defa uygulanma olanağını kaybederdi. Çok defa iş sahibinin gereken özeni göstermemesi yüzünden çalışma yardımcısını kusuru da ortadan kalkardı. Mesela şoför Ş'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'ında bu çözüm benimsenmiştir.(Daha fazla bilgi için bkz.Prof. Sungurbey-Eleştiriler c.1)

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

a-Seçmede Özen

b-Araç Vermede Özen

c-Gözetmede Özen

BK.55/2'ye göre iş sahibi, gerekli özeni göstermiş olsaydı da o zararın yine meydana 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 yardımcısına karşı haksız fiilden dolayı da dava açabilir. Bu durumda yarışan haklar söz konusu olmaktadır. Zarar gören, iş sahibinden hakkını alabilmişse, iş sahibinin çalışma yardımcısına bir rücu istemi vardır. Bunun dayanağı çok kere BK.96'ya dayanan borca aykırılıktır. Fakat bir borç ilişkisi yoksa iş sahibi 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.56/2ye göre hayvan yöneten, kusuru nispetinde zarar veren

hayvanı güdene ya da ürkütene rücu edebilir.

2)Tehlike Sorumluluğu: Özen göstermeden de ileri giden bir sorumluluk söz konusudur. Tehlike yaratan bir takım kimseler, gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak kurtulma imkanı olmaksızın sorumlu tutulurlar.

1)Yapıt 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” tabiri “kötü bakım” olarak anlaşılmalıdır. Çünkü bu durum, objektif bir sorumluluk halidir. Fakat yapı sahibinin, yapıyı kötü yapan mimar ya da müteahhide karşı BK.96 gereği borca aykırılıktan rücu hakkı vardır. Yapıt kavramı içine apartman, tünel gibi sabit nesneler girer. Seyir halindeki nesnelerin verdikleri zarardan sorumluluğu Trafik Kanunu düzenlemiştir.

2)MK.656’ya göre taşınmaz maliki, hakkını kullanırken taşkınlık yaparak komşuları için tehlike yaratırsa bu yüzden meydana gelen zararlardan kusuru olmaksızın sorumludur. Tehlikeli hali, nesnenin bulunduğu yere göre takdir edilir.

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

4)İİK’na göre alacaklı, borçlunun malına ihtiyati haciz koydurabilir. Sonradan davacının alacağı olmadığı 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 gerektiriyorsa müspet zararlardan da sorumludur.

§ 36.BİRDEN ÇOK KİŞİNİN TAZMİN BORÇLUSU OLMASI

Birden çok kişinin tazmin borçlusu olması durumunda şu iki problem karşımıza çıkmaktadır:

1)Zarara yol açan birden çok kişi; zararların tümünden mi, yoksa belirli bir bölümünden mi sorumlu olacaktır? Bu, zarar görenle zarar veren arasındaki dış ilişkiyi oluşturur.

2)Zarara yol açan birden çok kişiden birinin ya da birkaçının zararın tümünü tazmin etmesi durumunda, diğerlerine rücu imkanı ne ölçüde olacaktır? Bu da zarar verenler arasındaki iç ilişkiyi oluşturur

1.Dış İlişki: BY, şu iki durumu nazara almaktadır:

1)Dayanışmalı(Müteselsil) Sorumluluk: BK.50'ye göre birden çok kişi, ortaklaşa kusurlarıyla üçüncü kişiye zarar verdiklerinde, bu zarardan dayanışmalı olarak(müteselsilen, solidaire) sorumlu olurlar. Yani zarar gören, müteselsil borçlulardan her birinden zararın tümünü dava edebilir, fakat birinden zararını tazmin ettiğinde diğerlerine karşı olan dava haklarını düşer. Ortaklaşa kusur ile zarar vermek, birden fazla kişinin anlaşarak zarar vermesi halidir. Burada ağır(dayanışmalı) bir sorumluluk söz konusu olmaktadır. Zararı tazmin eden, diğerlerine rücu eder. BK.50/s.f.'ya göre yataklık eden(zarara ikinci derecede katılan) de, kazançtan pay almışsa müteselsil sorumludur.

2)Yarışmalı Sorumluluk: Zarar veren birden çok kişi arasında ortaklaşa kusur yoksa şu üç durum söz konusu olur:

a-Anlaşma olmaksızın birden fazla kişinin fiillerinden her biri zararlı sonucu doğurmaya yeterliyse ortaklaşa kusur yoktur.

b-Mesela her iki fabrikanın akıttığı artıklar, tek başına zehirli olmamasına rağmen birbirine katılarak zehirli olmuşsa yine ortaklaşa kusur yoktur.

c-Birden fazla kişinin sorumlulukları ayrı vakıalara dayanıyorsa yine ortaklaşa kusur yoktur. Çalışma yardımcısının verdiği zarardan sorumlulukta: İş sahibinden BK.55'e göre özene dayanan, çalışma yardımcısının ise BK.41'e göre haksız fiile dayan sorumluluğu gibi.

Bu üç durumda –ortaklaşa kusurdan söz edilmediğinden- dayanışma değil yarışma, daha doğrusu yarışan haklar söz konusu olmaktadır. Fakat bu durumlarda da dayanışmalı sorumlulukta olduğu gibi zarar gören, zarar verenlerden her birini zararının tümünün tazmini için dava edebilir. Ama dayanışmalı sorumluluğa ait iki özellik vardır ki bunlar yarışan haklarda bulunmaz. Şöyle ki:

- BK.134'e göre dayanışmalı sorumlulukta alacaklı, sorumlulardan birini dava ettiğinde zamanaşımı dava edilenle beraber diğer sorumlulara karşıda kesilir. Mesela bir yıllık sürenin on birinci ayında alacaklı, sorumlulardan birinin dava ederse, zamanaşımının işlemesi diğer sorumlular içinde kesilir ve onlar içinde dava açıldığı günde yeni bir zaman aşımı süresi başlar.

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

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

2.İç İlişki:

1)Dayanışmalı Sorumlulukta: BK.51'e göre yargıç; kusurun ağırlığını ve haksız fiilden faydalanmayı göz önünde 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 imkanı tanınır(diğer müteselsil borçlular için).

2)Yarışmalı Sorumlulukta: Özellikle sorumluluğun çeşitli ilişkilere dayanması halinde BK.51/1, sorumlulardan birinin zararın tümünü ödemesi halinde diğerlerine rücu hakkı olup olmadığı dayanışmalı sorumlulukta olduğu gibi yargıcın takdirine bırakmıştır. Fakat bu maddede tercüme hatası vardır. Şu şekilde anlaşılmalıdır: "Ortaklaşa kusurla bir zarar yapmış kişiler arasındaki rücu kuralı, kıyas yoluyla bunlara da uygulanır." Şu kadarki BK.51, bunun yanında bağlayıcı olmayan şöyle bir direktifte vermektedir: Adam çalıştıran, zararların tümünü ödemişse yardımcısına rücu edebilir. Buna karşılık çalışma yardımcısı zararın tümünü ödemişse adam çalıştırana rücu edemez. Fakat bazı durumlarda bu uygulama, hakkaniyete uygun düşmediğinden yargıç, bu kuraldan ayrılabilir. Eğer adam çalıştıran kendisi teşvik etmiş ve kendisi bir yarar sağlamışsa çalışma yardımcısı, iş sahibine rücu edebilir.

5.BÖLÜM

NEDENSİZ ZENGİNLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR

§ 37.NEDENSİZ ZENGİNLEŞME KAVRAMI

1.BY.61-66, borçların bir diğer kaynağı olan sebepsiz zenginleşmeleri düzenlemektedir. Sebepsiz zenginleşmede, iki malvarlığı arasında hukuka uygun fakat hukuki nedeni bulunmayan değişiklikler, geçişler olması halidir. Borca aykırılık ve haksız fiillerde tazminat davası, zarar görenin tüm malvarlığı eksikliğini giderme amacı güttüğü halde nedensiz zenginleşme davası, yalnızca zenginleşenin malvarlığındaki artışı(çoğalmayı) geri istemeye yarar. Bu çoğalma, yoksullaşanın malvarlığındaki eksiklikten daha az bile olsa durum değişmez. Fakat yoksullaşanın malvarlığındaki eksilmeden de fazla istenemez. Mesela A malvarlığından B malvarlığına 100.00L. değerde nedensiz bir geçiş olmuştur. Fakat bu, B'nin malvarlığından azalarak 80.000L olmuştur. Bu durumda nedensiz zenginleşme davası ile A, 80.000L.yı isteyebilir. Zira nedensiz zenginleşme davası, bir tazminat davası değildir. Nedensiz zenginleşme davası, ancak zenginleşme oranında sonuç doğurur.

2.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 yoluyla zenginleşme. Yapılacak 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.61/1'e göre hukuki bir neden olmaksızın zenginleşen kimse, malvarlığındaki artışı geri vermek zorundadır. BK.61/2, kazandırıcı işlem yoluyla meydana gelen nedensiz zenginleşmeleri ayrı olarak ele almakta ve üçe ayırarak düzenlemektedir:

a-Nedeni olmayan zenginleşmeler

b-Nedeni gerçekleşmeyen zenginleşmeler

c-Nedeni sonradan ortadan kalkan zenginleşmeler

Bu üç tür zenginleşme, kazandırıcı işlem yoluyla olmaktadır. Fakat zenginleşme, kazandırıcı işlemten 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. Karışma, ya da birleşme yoluyla mülkiyet kazanılmasında olduğu gibi.

Kazandırıcı işlem yoluyla nedensiz zenginleşmeden söz edebilmek için söz konusu kazandırıcı işlemin nedene bağlı olmaması(nedenden bağımsız olması) gerekir. Taşınır mülkiyeti geçirimi, nedenden bağımsız kazandırıcı işlem yoluyla olduğundan nedensiz zenginleşme söz konusu olabilir. Fakat taşınmaz mülkiyeti geçirimi nedene bağlı olduğundan, nedensiz geçişler söz konusu olamayacağından taşınmazlarda bu gibi geçişleri MK.618 gereği istihkak davası ve MK.933 gereği tapu kütüğünün düzeltimi(tapu iptali) davası yoluyla düzeltilir.

3.Kazandırıcı İşlem Yoluyla Olan Nedensiz Zenginleşmeler: BY.mız, Roma hukukundan gelen ayırma uyarak üçlü bir tasnif getirmektedir:

1)Hukuki nedenin(neden–causa anlaşmasının) bulunmaması: Bu halde açılacak davaya Romalılar, *condictio sine causa* derlerdi. Geçerli bir nedenin bulunmaması demektir. Bunda iki durum söz konusu olmaktadır:

a-Neden anlaşmasının bulunmaması: Mesela A, B'ye borcu olduğunu düşünerek bir malın mülkiyetini geçirmektedir. Fakat B, bunun bağışlama nedeniyle yapıldığını zannetmektedir. İşte

burada causa üzerinde anlaşılamadığından neden anlaşması kurulamamıştır.

b-Borç olmayan şeyin ödenmesi: BK.62, ayrıca düzenlemektedir. Romalılar buna *condictio indebiti* derlerdi. 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-Bir borç bulunmamalıdır. Eksik bir borç söz konusu olsa bile bu dava açılmaz.

dd-Borç olduğu zannedilerek hataen bir ödemede bulunulmuş olmalıdır. Borcun varlığından şüphe eden borçlu ihtirazi kayıtlı ödemede bulunur. Bu durumda borç yoksa mülkiyet geçmez ve verilen şey, istihkak davası ile geri alınır.

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

ff-İspat yükü, davacındır. Davacı yanılarak ifa niyetiyle edimde bulunduğunu, borcu bulunmadığını ispat edecektir.

2) Hukuki Nedenin Gerçekleşmemesi: Romalılar buna *condictio ob causam futuram* (gelecekteki nedenin gerçekleşmemesi yüzünden açılan nedensiz zenginleşme davası) derlerdi. Mesela A, kendisine şekle bağlı olmayarak yapılan taşınmaz mülkiyeti geçirimi vaadi karşısında ödemede bulunmuştur, fakat vaad gerçekleşmemiştir. Bu durumda geçerli bir neden olmadığından evin mülkiyetinin geçirilmesi dava edilemez. Fakat A, yaptığı ödemeyi *condictio ob causam futuram* ile geri isteyebilir.

3) Hukuki Nedenin Sonradan Ortadan Kalkmaması: Romalılar buna *condictio ob causam finitam* derlerdi. Mesela satıcı, kendi borcunu ifa için bir malı size verdi. Fakat siz kendi ediminizi yerine getirmediğinizden borçlu temerrüdüne düştünüz. Bu durumda karşılıklı borç doğuran bir sözleşme (satım) söz konusu olduğundan satıcı, BK.106 gereğince sözleşmeden dönebilir. Bu durumda satıcı ile sizin aranızdaki borç ilişkisi ortadan kalkmış olur. O halde satılan malın mülkiyetinin size geçirilmesi işleminin nedeni de sona ermiştir. Bu durumda satıcı, o malı sizden *condictio ob causam finitam* ile geri ister.

4) Condictio Ob Turpem Causam (Kötü Maksatla Verilmiş Şeyin Geri Alınması Davası): BK.65 gereğince kanuna ve ahlaka aykırı çirkin bir amaç için verilen şey geri alınamaz. Zira hukuk düzeni çirkin amaçlı işlerle ilgilenmek istememektedir. Eğer kötü gayeler için ödemede bulunmanın, edimini devlet zoruyla almak mümkün olsaydı, ona aynı edimle başkalarını da kötü yola sevk etme

fırsatı verilmiş olurdu. Prusya BK. ise, böyle durumlarda edimin müsadere edileceğini belirtmektedir.

4.Bazı durumlarda hukuki neden bulunmamasına rağmen zenginleşmenin dayandığı kurumun amacı, nedensiz zenginleşme davası açılmasına engeldir:

1)Hak düşümü ve zamanaşımı sürelerinin geçmesiyle bazı kimseler nedensiz olarak zenginleştikleri halde hakkı düşen ya da alacağı zamanaşımına uğrayan kimse nedensiz zenginleşme davası ile koğuşturma 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 hüküm(kaziyeyi muhkeme) HUMK'a göre (bazı şartlar dahilinde mümkün olan muhakemenin iadesi dışında) hakikat kabul edilir.

§ 38.NEDENSİZ ZENGİNLEŞMENİN KONUSU VE ÇEVRESİ

1.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 para ile ölçülen değerleri ödettilir. Geri verme konusu ile birlikte zenginleşenin şeyi kullanmakla elde ettiği çıkarlar ya da tabii verim(semere)ler de geri verilir. Faiz gibi hukuki verimlerin de iadesi söz konusu olabilir.

2.Zenginleşenin İyi 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 yoksa iyi niyetli nedensiz zenginleşen geri verme borcundan kurtulur. Fakat yok olan nedensiz zenginleşme konusu yerine başka bir şey geçmişse surrogat(yerine geçen şey) prensip gereği yerine geçen şey verilir. Mesela yok olan şeyin sigortalı olması durumunda malın yerine sigorta parası geçtiğinden onun geri verilmesi gerekir. Zenginleşme konusu tüketilmişse, bu tüketimle malvarlığında eksilmesi gereken miktar geri verilir. Mesela 100Lt benzinin kullanılmasıyla malvarlığından 100Lt.lik benzin parası tasarruf edildiğinden onun geri verilmesi gerekir.

2)Nedensiz zenginleşme tutarı, zenginleşenin o konuya yaptığı tasarruflar yüzünden azalmış olabilir. BK.64'e göre iyi niyetli zenginleşen, zenginleşme konusuna yaptığı yararlı ve zorunlu giderler kendisine ödeninceye kadar şeyi geri vermekten(def'i) kaçınabilir. Fakat burada bir dava hakkı söz konusu değildir, bu yüzden bahsedilen md.nin metnindeki yanıltıcı ifadeye aldanmamak gerekir. BK.64, sadece def'i hakkı vermektedir. Bu durumda nedensiz zenginleşen, dava açarak yoksullaşanı giderleri ödemeye ve malını geri almaya zorlayamaz. Bu, çok önemli bir ilke olur başkasına malına elmen olma(zilyetlik) halinde de uygulanır, bunda da elmenin dava hakkı yoktur. Masraflar zorunlu, yararlı ve lüks olmak üzere üç grupta toplanır. Zenginleşenin, lüks masraflar için kaçınma hakkı olan yoktur. Fakat lüks masraf sonucu zenginleşme konusuna eklenen şey, kolayca koparılıp alınması mümkünse bu yapılır(Ius Tollendi- çekip ayırma hakkı).

3)İyiniyetli zenginleşen, zenginleşme konusu yüzünden başkaca zararlara da uğramışsa bunlar kendisine ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir. Mesela zenginleşme konusuna güvendiğinden başkaca teklifleri red etmesi yüzünden uğradığı menfi zararların tazminini isteme gibi.

3.Zenginleşenin Kötü Olması Durumu: Kötü niyetli zenginleşme, zenginleşenin zenginleşmenin nedensizliğini bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi halidir. Zenginleşen, dayanan nedenin gerçekleşme ya da sonradan ortadan kalkma ihtimalini göz önünde tutmak zorundadır. Kötü niyetli zenginleşenin sorumluluğu daha ağırdır, zenginleşme konusu elinden çıkmış olsa bile sorumluluktan kurtulamaz. Mesela kusuru ile zenginleşme konusunu kırması haline, şeyin değerini tazmin(geri verme) borcu vardır. Fakat yine de yoksullaşanın uğradığı tüm zararın tazmini söz konusu değildir. Çünkü amaç, zarar görenin tüm zararını değil de kötü niyetli zenginleşenin malvarlığında meydana gelen artışın geri verilmesidir. Nedensiz zenginleşme kurumunun gayesi de budur.

§ 39.NEDENSİZ ZENGİNLEŞME DAVASI

1.Nedensiz zenginleşme davası nisbi niteliktedir. Çünkü yoksullaşanın mülkiyet hakkı elinden çıkmış ve zenginleşene çıkmıştır. Bu yüzden mülkiyet hakkına dayanan nesnel bir dava açılamaz. Ancak bir conductio söz konusu olabilir ki bu da nisbi bir haktır. Bu yüzden zenginleşenin iflası halinde yoksullaşan, zenginleşme konusunu iflas masasından çekip alamaz, diğer alacaklılar gibi ancak iflas masasına iştirak edebilir.

2.Nedensiz zenginleşme davası, nisbi nitelikte olduğundan ancak zenginleşene(borçluya) karşı açılabilir. Zenginleşen, zenginleşme konusunu üçüncü kişiye devrettiğinde, yoksullaşan üçüncü kişiye karşı nedensiz zenginleşme davası açamaz. Hatta 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 nisbi bir hak olduğunu(Kişisel nitelikte bir hak) bilmek kötü niyet teşkil etmez. Bu durumda yoksullaşan, şeyin karşılığında aldığı satış bedelini surrogat(mal yerine geçen şey) prensibi gereği zenginleşenden isteyebilir. İyi niyetli zenginleşenin zenginleşme konusunu üçüncü kişiye bağışlaması durumunda; condictio lar sistemini aldığımız Roma-Pandekt hukukuna göre yoksullaşanın, hakkaniyet gereği olarak zenginleşme konusunu bedava elde eden üçüncü kişiye nedensiz zenginleşme davası açabileceği kabul ediliyordu. Alm.MK.S823, bu çözümü benimsemiştir. Hukukumuzda da aynı prensip uygulanır.

3.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 söz konusu dava, zamanaşımına uğrar.

BK.66/s.f.ya göre nedensiz olarak borca giren kişi, söz konusu süre içinde zenginleşene condictio liberationis'i(ibra davasını) açar. Fakat zenginleşen bu süre dışında nedensiz borç tanınmasına dayanarak bir dava açmışsa, ya da süre geçmemesine 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'iler zamanaşımına uğramaz.

4.Nedensiz Zenginleşme Davasının Diğer Davalarla İlişkisi ve Yarışma İmkânı:

1)Nedensiz zenginleşme davası, “sözleşmeden doğan borcun ödenmesi” davası ile yarışamaz. Çünkü ortada sözleşmeden doğan bir borç varsa, alacaklı bu sözleşmeye dayanarak borcunun ödemesini talep edebilir. Mesela satım sözleşmesinde satıcı, satış bedelini ödemesi için alıcıyı dava edebilir. Fakat alıcı temerrüde düşer ve bu yüzden satıcı, sözleşmeden dönerse, satım konusunun alıcıya geçirilme nedeni ortadan kalkmış olacağından satım konusu, alıcı nedensiz zenginleşme haline gelir. Bu durumda satıcı, condictio ob causam finitam ile şeyin mülkiyetinin geri verilmesini alıcıdan isteyebilir.

2)Nedensiz zenginleşme davası, mülkiyet(istihkak) davası ile de yarışamaz. Aksi halde bir çelişki söz konusu olurdu. Kişi hala mülkiyet hakkına sahipse bu hakkına dayanarak nesnel bir dava olan istihkak davası ile şeyin mülkiyetinin geri verilmesini isteyebilir. Çünkü bu durumda karşı taraf, malik olmayıp sadece zilyed durumundadır. Yoksa ortada bir zenginleşme söz konusu değildir ve bu yüzden nedensiz zenginleşme davası açılmaz.

3)Bir haksız fiil, failin malvarlığında bir değer artışı da meydana getirmişse; bu durumda hem haksız fiilden doğan tazminat davası, hem de nedensiz zenginleşmeden doğan zenginleşme davası yarışan iki hak olarak ileri sürülebilir. Haksız fiilden dolayı tazminat istenebilmesi için kusurun isbatı

gerekir. Eğer kusur isbat edilmezse yarışan ikinci hak olarak nedensiz zenginleşme davası kullanılabilir. Çünkü nedensiz zenginleşme davasında zenginleşmenin isbatı yeterli olup ayrıca kusurun isbatı gerekmez. Mesela başkasına ait benzini kullansanız karşı taraf, kusurunuzu ispatlayabilirse haksız fiilden doğan dava ile uğradığı zararın tümünü sizden tazmin edebilir. Fakat kusurunuzu isbat edemezse sizden, nedensiz zenginleşme davası ile malvarlığınızdaki artışın iadesini ister.

4)Nedensiz zenginleşme davası, vekilliksiz iş görmeden doğan davalarla da yarışamaz. Çünkü vekilliksiz iş gören, iş sahibinden yaptığı bütün giderleri –iş sahibinin bu giderler sonucunda zenginleşme olup olmadığına bakılmaksızın- isteyebilir. Aynı zamanda iş sahibi, vekilliksiz iş görenden o işin görülmesinden dolayı elde ettiği bütün şeyleri geri isteyebilir, ayrıca iş sahibinin bunları elde edip etmeyeceğine bakılmaz.

5)BK.414, ayrı bir dava olarak “haksız karışma kazancının geri verilmesi davası”nı düzenlemektedir. Buna göre haksız olarak başkasının hukuk çevresine karışan(müdahale eden) kimse, bu yüzden hak sahibi hiçbir 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. Mesela Almanya’da çalışan komşunuzun bahçesinde bir yıl kömür satsanız, Almanya’dan dönen komşunuz sizden ücret isteyebilmek için:

- Haksız fiilden dolayı tazminat davası açamaz. Çünkü komşunuzun uğradığı bir zarar söz konusu değildir.

- Nedensiz zenginleşme davası da açamaz. Çünkü komşunuzun malvarlığında yoksullaşma olmamıştır.

- Fakat BK.414’deki haksız karışma kazancının geri verilmesi davasını açabilir. Çünkü bu davada zarar yada yoksullaşma aranmaz.

MK.908’deki ecrimisil davası, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 70, 68’deki kural; BK.141’deki haksız karışma kazancının geri verilmesi davasının özel birer uygulama alanıdır.

Yarışan haklardan ayrı olarak bir de terditli davalar vardır. Mesela “ilk olarak borcun ödenmesi istemini, eğer bunu ispat edemezsem nedensiz zenginleşme ileri sürüyorum.” dersem, bu bir terditli dava olur. Hukukumuzda terditli davanın kullanılmasına bir engel yoktur. Fakat terditli davalarda bir tertip söz konusudur. İki istem birden değil de art arda kullanılmaktadır. Fakat bu istemler, hiçbir zaman doğruyu söyleme ödevlerine aykırı düşmemelidir. Yani ikinci istem, ilk istemden düşünüldüğünü ifade etmemeli ve onu cezbedici mahiyetle olmamalıdır.

Örnek Olay: A, borçlu olduğunu zannederek B’ye bir buzdolabı göndermiş. B de bu buzdolabını işin gerçeğini bilen C’ye 5000L.ya satmış.

Soru 1)A, C'ye karşı buzdolabını geri vermesi için bir dava mı açılmalı, yoksa B'den 5000L.yı mı dava etmelidir?

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 üzerine bir nedensiz zenginleşme davası açma hakkı verir. Bu dava ise şahsi bir dava olduğundan ancak borçluya 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 söz konusu olamaz. Fakat A, surrogat(mal yerine geçen şey) prensibi gereği nedensiz zenginleşme davası(condictioindebitii) açarak B'den 5000L.yı isteyebilir.

Soru 2)B, iyi niyetli olup da buzdolabını C'ye bağışlasaydı durum ne olurdu?

Cevap 2)İyi niyetli B'nin buzdolabını C'ye bağışlaması durumunda A'nın B'ye karşı açacağı nedensiz zenginleşme davası neticesiz kalır. Çünkü iyi niyetli zenginleşenin geri verme borcu, dava sırasında elinde kalan zenginleşme konusu kadardır. Olayımızda bağışlama söz konusu olduğundan surrogat prensibi de uygulanmaz. İşte bu durumda A'nın zarar görmesini önlemek için Roma hukukundan beri kabul edildiği gibi hakkaniyet gereği olarak A, buzdolabını bedava kazanmış üçüncü kişi C'ye karşı(istisnai olarak) nedensiz zenginleşme davası açabilmektedir. Bu prensip hukukumuzda da uygulanır.

6.BÖLÜM

BORÇLARIN ÖDENMESİ(İFASI)

§ 40.ÖDEME(İFA)

1.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. Yani alacaklı ifayı dava edebilir, borçlu da ifa da 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.

2.BY., ifayı tanımlamamaktadır. Fakat şöyle bir tanım yapılabilir: İfa, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir. Parça borçlarında ferdi olarak tayin edilen borçlanılmış şeyin verilmesiyle, çeşit borçlarında ise bir çeşidin içinden belli bir tutarın(orta nitelikten aşağı olmamak kaydıyla) alacaklıya verilmesiyle ifa gerçekleşmiş olur.

3.Para borçları, kural olarak peşin para ile ödenmelidir. Çek vermek ya da posta ile göndermek ifa sayılmaz. Yalnız dürüstlük kurallarının gerektirdiği bir durum söz konusu ise ifa sayılabilir.

4.Bir takım edimlerde ifa, iki taraflı bir hukuki işlemdir. Gerçekleşebilmesi için alacaklının da ödeme fiillerine katılması gerekir. Mesela taşınır mülkiyeti 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. Mesela taşınmaz mülkiyeti geçirimi, malikin tek yanlı bildirimiyle olur. Ayrıca alacaklının da iradesi aranmaz. Alacaklının ifaya katılması gereken durumlarda, alacaklı ifaya katılmazsa alacaklı temerrüdüne düşer.

5.Ödeme fiillerinde ifa niyeti(animussolvendi)nin aranıp aranmayacağı tartışmalıdır(doktrinde). Bu konuda şöyle ikili bir ayırım yapmak mümkündür:

1)Eğer bir hizmetin görülmesi gibi fiili bir edim söz konusu ise ayrıca ifa niyeti aranmaz. Hizmet görülmüş ya da iş yapılmışsa ifa niyetinin var olup olmadığına bakılmaksızın ifa yapılmış sayılır.

2)Mülkiyetin geçirilmesi gibi kazandırıcı işlemler de ise ifa niyeti gereklidir. Mesela satıcı, alacaklıya sattığı malın mülkiyetini geçirme eyleminin bağışlama nedeniyle yapmak istese, alıcı da ifa niyetiyle kabul etse nedende anlaşılamadığından causa anlaşması kurulamamıştır. Bu yüzden nedensiz zenginleşme söz konusu olmaktadır.(Fakat satıcının açtığı nedensiz zenginleşme davasına karşı alıcı, satım sözleşmesinden doğan alacağını ileri sürerek takas yapar. Böylece nedensiz zenginleşme alacağını ortadan kaldırmış olur.)

6.BK.85, 86; neden anlaşmasının gerekliliği konusunda bir takım yorum kuralları getirir. Çözümlenen sorun şudur: Aynı kişinin, aynı alacaklıya karşı aynı çeşitten 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 BY.86 şu yorum kuralını koymaktadır: Yapılan ifa, ifa zamanı gelmiş olan borç için sayılır. Her bir borcunda ödeme günü gelmişse cebri icra koğuşturmasına uğrayan borçtan indirilir. Hiçbiri cebri icra koğuşturmasına uğramamışsa ödeme günü gelen borçlar, aynı oranda indirilir. Hiçbir borcun ödeme günü gelmemişse, ödeme günü önce gelecek olan borca mahsup edilir.

7.Kazandırıcı işlem yoluyla yapılan ödemelerde ödeme de bulunanın hem fiil ehliyeti, hem de harcama yetkisi bulunmalıdır. Fiili edimlerde ise fiil ehliyeti aranmaz.

§ 41.ÖDEME YERİNE EDİM VE ÖDEME UĞRUNA EDİM

1.Ödeme Yerine Edim(datio in solutum): Alacaklı ile borçlu borçlanılan edim yerine başka bir edim verilmesinde anlaşılırlarsa ödeme yerine edim söz konusu olur ve borç tümüyle ortadan kalkar. Mesela alacaklıma 1000L. Borcum olsa ve bu borcum yerine ona saatimi teklif etsem, alacaklımda bunu kabul etse, ben saatimi alacaklıma vermekle ödemede bulunmuş sayılırım ve borcumda tümüyle sona erer.

2.Ödeme Uğruna Edim: Burada da alacaklı ile borçlu, borçlanılan edim yerine başka bir edim verilmesinde anlaşılıyorlar. Fakat borç, borçlunun bu edimi yerine getirmesiyle hemen sona ermez.

Alacaklının söz konusu edim karşılığında eline fiilen bir şey geçmesiyle ve eline geçen şey ölçüsünde borç sona erer. Mesela 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 100L. borcum devam eder. Alacaklım saati 1200L. satsaydı, borcum tümüyle sona erecekti ve ben, 200L. alacaklı duruma 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 bun devre dayanarak elde ettiği oranda sona erer. 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.

3.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 tarafında 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 100.000L. alacağı vardır. Borcunu ödemek için B, A'ya kamyonu vermiştir. A, kamyonunu ancak 90.000L.ya satabilmiştir.

Soru: A, B'den 10.000L 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 tüm olarak sona erer. A, ayrıca B'den 10.000L.yı isteyemez. Fakat olayımızda ödeme uğruna edim söz konusu olduğundan B'nin borcu, kamyonun satımından A'nın eline geçen 90.000L. oranında sona ereceği için A, ayrıca kalan 10.000L.yı B'den dava edebilir. Tereddüt halinde ödeme uğruna edim kabul etmek, her iki tarafın da yararınadır.

§ 42.BÖLÜMSSEL EDİM

1.BY.68'e göre edim bölünebilse bile alacaklı, edimin tümünü isteyebilir. Yoksa edimin bir bölümünü kabule mecbur değildir. Kabul etmemekle de(edimin bir bölümünü) alacaklı temerrüdüne düşmüş olmaz.

2.Alacaklı, şu durumlarda bölümsel edimi kabul zorundadır:

1)Alacaklı, edimi bölümsel(kısmi) olarak yerine getirme yetkisini borçluya tanınmışsa.

2)Edimin, mahiyeti gereği bir defada tüm olarak yerine getirilmesi çok zor, ya da imkansızsa 1000 ton kömür borcunun yerine getirilmesinde olduğu gibi.

3)Borçlunun yerine getirmediği bölüm, asıl 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 ödemeyi red edemez. Red ettiği taktirde alacaklı temerrüdüne düşer. Mesela alacaklıma ona 700L. borcum olduğumu söylüyorum. O ise alacağının 1000L. olduğunu iddia etmektedir. Bu durumda çekişmesiz kısım olan 700L.yı, alacaklının kabul zorundadır. Aksi taktirde alacaklı direnmesine düşer. Fakat sonradan borcunun 1000L. olduğu anlaşılırsa ben, geri kalan 300L. için borçlu direnmesine düşmüş durum.

3.BY.84'e göre borçlu, faiz ve giderleri ödemekte gecikmişse; yaptığı bölümsel bir edimi sermayeye(asıl 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. borcunun 50.000L.sı için kefil göstersem ve 100.000L.lık bölümsel edimde bulunsam, bu ödeme güvencesiz kısım için yapılmış sayılır.

§ 43.ÜÇÜNCÜ KİŞİYE EDİMLE ÖDEME

1.Borçlu, kural olarak ancak alacaklıya edimde bulunmakla borcundan kurtulabilir. Yoksa alacaklıdan başka bir kimseye yapılan edim, borçluyu borcundan kurtaramaz.

2.Fakat bazı durumlarda borçlu, alacaklıdan başka bir kimseye de edimde bulunarak borcundan kurtulabilir. Şöyle ki:

1)Alacaklının tahsil yetkisi(ahz u kabz yetkisi) verdiği temsilcisine ödemede bulunarak borçlu borcundan kurtulabilir. Yetki belgesinde temsilciye o alacağı alma yetkisi verilmiş olmalıdır ki ona ödemede bulunabilsin.

2)Havale(Yollama) ile: BK.57, yanlış olarak bu kurumu akit diye tanımlamaktadır. Halbuki havale bir sözleşme olmayıp bir çift yetki verme halidir. Şöyle ki: Yollayan, yollanan bir edimi alabilmesi için alabilme yetkisi, kendisine yollanana da ödeyebilme yetkisi verir. Kendisine yollanan, yollayana borçlu ise; bu borcu yollanana 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 bağlanmış iki önemli türüdür:

3)Alacaklı ile borçlunun daha önce kararlaştırdıkları bir ödeme yerine(mesela bir bankaya) ödemedede bulunarak da borçlu borcundan kurtulabilir.

§ 44.ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN YAPILAN EDİMLE BORCUN ÖDENMESİ

1.BK.67'e göre borcun ödenmesinde borçlunun kişiliği önemli değilse borç, üçüncü kişi tarafından da yerine getirilebilir. Özellikle hizmet, vekillik, istisna(eser-yapıt) sözleşmelerinde kural olarak borçlunun kişiliği önemli olduğundan bu akitlerden doğan borçlar, bizzat borçlu tarafından yerine getirilmelidir. Diğer sözleşmelerde –mesela satım sözleşmesinden doğan mülkiyetin geçirilmesi borcunda- borcun yerine getirilmesinde borçlunun kişiliği önem taşımadığından borcun, üçüncü kişilerce de yerine getirilmesi mümkündür.

2.Üçüncü kişi, borcu borçlunun bilgisi olmaksızın da ödeyebilir ve borç da sona erer. Yeter ki söz konusu edimde borçlunun kişiliği bir önem taşımasın. Üçüncü kişinin borcu ödemekle borçluya ne derece ve ne şekilde rücu edeceğini tespitite iç ve dış ilişki ayrı ayrı göz önünde tutmak gerekmektedir.

1)İç İlişki: Üçüncü kişi, borçlunun borcunu ödediğinde borçlu ile aralarında vekillik sözleşmesi varsa -onun 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 iş görmeye dayanarak rücu edebilir. Eğer vekilliksiz iş görmenin 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 İlişki: 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(ardılık-subrogation) diyoruz.

Böylece borcu ödeyen üçüncü kişi borçluya karşı birbiriyle yarışan iki yarışan hakka sahip olmaktadır: İç ilişkiden doğan hak ve alacaklıdan üçüncü kişiye geçen hak(halefiyet).

Halefiyet, ancak yasada gösterilen hallerde söz konusu olabilir. Yani halefiyet halleri numerusclausus(tahdidi-sınırlı)dır. Çünkü halefiyette bir alacak, şekle bağlı olmaksızın bir başkasına geçmektedir. Böyle şekilsiz bir geçiş ise açık bir yasa kuralları gerektirir.

Başlıca halefiyet durumları şunlardır:

a-BK.109/2'ye göre borçlu, alacaklıya borcu ödeyen üçüncü kişinin alacaklı yerine geçeceğini bildirmişse.

b-BK.109/1'e göre üçüncü kişi, alacaklı da 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 borçlulardan 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 isbatı 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 verme(nemosubrogatcontra se). Mesela üçüncü kişi(Ü), borçlunun 1000L. borcundan 500L.sını ödemişse, fakat bu 1000L.lık borç rehine bağlanmışsa; yukarıdaki kural olmasaydı üçüncü kişi ile alacaklı rehin mal üzerinde borçlunun borcunu ödemesi durumunda yarı yarıya hak sahibi olacaktı, mal satıldığında parasını eşit olarak paylaşacaklardı. Lakin nemosubrogatcontra 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 rehin 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 iç ilişkiye dayanarak başvurabileceği gibi dış ilişki bakımından da halefiyet söz konusu olduğundan C, A'ya ödediği miktarda A'nın halefi olarak da rücu edebilir. (Burada yarışan iki hak söz konusu olmaktadır.) BK. hükümlerine göre üçüncü kişi, rehin duran malını kurtarmak için ödemedede bulunmuşsa alacaklıya halef olmaktadır. Olayımızda da aynı durum söz konusu olduğundan B'ye halefiyete dayanarak da rücu imkanı vardır.

Halefiyette alacak bütün yan haklarla beraber yani alacaklıya geçtiğinden kefilin(K'nın)

kefalet borcu da devam etmektedir. Bu yüzden şartları varsa C, kefil K'ya da başvurabilir.

§ 45.ÖDEMENİN İSBATI

1.Ödeme, alacak hakkını ortadan kaldıran olaylardandır. Öyleyse bir itiraz olarak borçlu tarafından ispatlanmak gerekir.

2.Borçlu, ödemeyi makbuz denilen bir senet ile ispat eder. Makbuzun hukuki hayatımızda bir başka önemi daha vardır. Şöyle ki: Fr.MK.'daki senetle isbat zorunluluğu getiren hükümleri de içeren HUMK'muzun 288.md.ne göre 500L.yı geçen hukuki değerdeki hukuki işlemler senetle ispatlanmak gerekmektedir. HUMK.890 göre ise senede karşı yapılan savunmaların yine senetle ispatlanması gerekmektedir. Görüyoruz ki ödeme savunmalarının makbuzla isbatı zorunludur.

3.BK.87, borcunu ödeyen borçluya alacaklıdan bir makbuz isteme hakkını tanımaktadır. Borçlu, bu hakkını ödemededen önce def'i, ödemededen sonra dava yoluyla kullanabilir.

4.BK.87'e göre borçlu, borcu için daha önce bir borç senedi vermişse ifadan önce alacaklıdan makbuzla birlikte senedin geri verilmesini isteyebilir. Kısmen ödeme halinde ödenen kısım için senede şerh verilmesi istenebilir. Böylece makbuzun kaybolması tehlikesine karşı borçlu için güvence sağlanmaktadır. BK.89'a göre alacaklı borç senedini kaybettiğini ileri sürerse, borçlu alacaklıdan resmi ya da noterden tasdikli bir senedi vermesini isteyebilir. Kıymetli evrak kaybında ise özel bir usul izlenir.

5.BY.88, ödemenin isbatı 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 fiili karinedir.

2)BY.88/2'ye göre alacaklının asıl borç için borçluya(ödediğine dair) makbuz vermesi, faizlerin de ödendiğine karinedir.

3)Faiz, kira alacağı gibi dönemli(periyodik) edimlerde alacaklı, herhangi bir edim için ihtirazi kayıt koymaksızın makbuz verirse, daha önceki edimlerinde ödendiği karine olarak kabul edilebilir. Mesela ev sahibinin Nisan 1974 kirasını aldığına dair kiracıya makbuz vermesi durumunda, Nisan'dan önceki kira alacaklarının ödendiği karine olarak kabul edilir. Teamüle göre birdenbire yapılan(ani) edimlerde de ifanın yapıldığı fiili bir karinedir.

§ 46.ÖDEME YERİ

1.Borçlunun borcundan kurtulabilmesi için borcunu ödeme yerinde ifa etmesi gerekli olduğundan, borçların ifasında ödeme yeri önem kazanmaktadır. Borçlu borcunu ödeme yerinde ödemezse borçlu direnmesine, alacaklı da şartlarına uygun olarak ödeme yerinde yapılan ifayı kabul etmezse alacaklı direnmesine düşer. Ödeme ile ilgili ihtilaflarda yetkili mahkeme ödeme yerine göre belirlenir. Devletler hususi hukuki açısından ödeme yeri kanunu uygulanır.

2.Ödeme yeri, bazı durumlarda edimin niteliğinden anlaşılır. BK.73, bu konuda şu kuralları getirmektedir:

1)Ödeme yeri, ilk olarak tarafların açık ya da zımni anlaşmalarına göre belirlenir.

2)Eğer tarafların anlaşması yoksa BK.nun bu konuda özel bir hüküm getirip getirilmediğine bakılır. BK., bazı maddelerinde ödeme yerini göstermiştir. Mesela BK.468'e göre vedia sözleşmesinde saklanan şey, saklanacağı yerde geri verilir.

3)Tarafların anlaşması ve kanun hükmü yoksa şu yedek hukuk kuralları uygulanır:

a-Para borçları, alacaklının ödeme günündeki ikametgahında ödemek gerekir. Bu tür borçlara, götürme tehlike ve giderlerini borçlu çektiğinden götürülecek borçlar denir. Alacaklının sonradan ikametgahını değiştirmesi borçlu için borcunu ödemedede güçlük yaratıyorsa borçlu, borcunu alacaklının eski ikametgahında ödeyebilir.

b-Para borçları, sözleşmenin kurulduğu günde borçlanılan parçanın bulunduğu yerde ödenmek gerekir. Parça borçları, ferdi olarak belirlenmiş borçlardır. Mesela Ankara'daki alacaklı ile Bolu'daki borçlu Bursa'da bulunan Ceylan isimli atın satımı hususunda anlaşmışlardır. Burada ödeme yeri Bursa'dır. Çünkü sözleşmenin kurulduğu sırada at, Bursa'da bulunmaktadır.

c-BK, çeşit borçlarında borçlu yararına bir kural getirmiştir. Çeşit borçları borçlunun ikametgahında ödenirler.

Parça ve çeşit borçları aldırılacak borçlardandır. Bir de gönderilecek borçlar vardır. Gönderilecek borçlarda, gerçekte ödeme yeri, borçlunun ikametgahıdır. Fakat borçlu, ek olarak borçlanılan şeyi taşıyıcıya verme yükümü altına da girmiştir. Şey, taşıyıcıya verilmekle tehlike alacaklıya geçer.

§ 47.ÖDEME ZAMANI

1.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 bazen ayrılabilir. Ödeme günü gelmeden alacaklı borcun ödenmesini isteyemeyeceği halde borçlu, çok defa borcunu ödeme gününden önce de ödeyebilir.

2.Ödeme Gününün Gelmesi: BK.74'e göre ödeme günü şöylece belirlenebilir:

1)Ödeme günü tarafların anlaşmasıyla gün ya da süre olarak kararlaştırılabilir. “Borç 1 temmuzda ödenecektir.” dersek gün olarak, “Borç 1 Temmuz'a kadar ödenecektir.” dersek süre olarak ödeme gününün kararlaştırılması söz konusudur. Ödeme günü gelmemişse alacaklı için bir istem hakkı doğmaz ve böyle bir durum borçlu için “hakkın doğmadığı itirazı” savunmasını teşkil eder. Yargıç, görevinden ötürü göz önünde 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 feshi 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 satıcının satış parası alacağının ödeme günü, satıcının satım konusunu alıcıya teslim ettiği anda gelir. Yani satıcı, satış bedelini satım konusunu alıcıya teslim etmeden isteyemez, teslimden önce satıcının satış bedelini talep hakkı doğmamaktadır. Bu husus alıcı için hakkın doğmadığı itirazı teşkil eder ve yargıçça re'sen nazara alınır.

b-BK.364'e göre istisna aktinde, ısmarlananın(müteahhid) ücret alacağının ödeme günü, eseri yapıp ısmarlayana teslim edince gelir. İsmarlananın ücret istemi daha önceden doğmamıştır ve bu husus ısmarlayan için bir hakkın doğmadığı itirazı teşkil ettiğinden yargıçça re'sen göz önünde 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.

3.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 tarafların arasında bir anlaşma bulunmasın. İşin mahiyetinden ya da taraflar arasındaki anlaşmadan borçlunun ödeme gününden önce ödeme yapamayacağı anlaşılabilir. Özellikle alacaklının çıkarı için verilen sürelerde durum böyledir. Mesela vedia sözleşmesinde saklanması güç bir mal söz konusu ise, borçlu saklanan şeyi ödeme gününden önce alacaklıya veremez. Çünkü buradaki süre, alacaklının çıkarını korumayı

amaçlamaktadır.

§ 48.ÖDEME ZAMANINA İLİŞKİN SÜRELERİN HESAPLANMASI

1.BK.74 v.d. md.leri ödeme zamanına ilişkin sürelerin hesaplanmasına dair bir takım yorum kuralları getirir. Mesela bir ayın başı denilmişse o ayın ilk günü, sonu denilmişse son günü, ortası denilmişse on beşinci günü anlaşılır. Tersine anlaşma her zaman mümkündür.

2.Ödeme, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılacaksa BK.76 şu yorum kuralını getirir:

1)Eğer ödeme zamanına ilişkin süre, gün olarak kararlaştırılmışsa ilk gün hesaba katılmaz.

2)Süre, hafta olarak kararlaştırılmışsa ödeme günü, son haftanın adi sözleşmenin kurulduğu güne tekabül eden günüdür.

3)Süre; ay, yıl ya da çeyrek yıl olarak kararlaştırılmışsa; sözleşmenin kurulduğu gün ayın veya yılın kaçınıcı günü ise son ayın veya son yılın ona uyan günü, ödeme günüdür. Tatiller süreye de dahildir. Son günün tatile rastlaması halinde ödeme günü, tatilden sonraki ilk gündür.

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

1.Aynı Anda Ödeme İlkesi: Her iki tarafı borca sokan ve edimler mübadelesi amacını güden sözleşmelere karşılıklı sözleşme tabir olunur. BY.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 adet, taraflardan birinin edimini daha önce yerine getireceğini gösterebilir. Bunlar dışında prensip, her iki tarafın edimini aynı anda yerine getirmesidir.

2.Tarafların aynı ödeme yerinde bulunması durumunda, aynı anda ödeme ilkesinin uygulanması bir güçlük getirmez. Fakat tarafların ödeme yerlerinin ayrı ayrı 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.

3.Yargılama hukukunda aynı anda ödeme ilkesinin nasıl ele alınacağı, Pandekt Hukukundan zamanımıza kadar tartışılmıştır. Bu konuda iki teori oluşmuştur:

1)Davanın Şartı Teorisi: 19.yüzyılda en önemli temsilcisi Keller olmuştur. Bu teoriye göre karşılıklı sözleşmelerde taraflardan biri kendi edimini yerine getirmeden karşı taraf edimini yerine getirmesi için dava etmişse; edimini yerine getirmeyen davacı tarafın istem hakkı doğmadığından bu, dava edilen taraf için hakkın doğmadığı itirazı savunmasını teşkil eder ve dava, yargıçça re'sen göz önünde tutularak red edilir.

2)Gerçek ve Teknik Anlamda Def'i Görüşü: 19.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. Yargıç, bunu re'sen göz önünde tutamaz. Bu def'e sözleşmenin yerine getirilmediği(ya da ödenmediği) def'i veya ödemezlik def'i(exceptiononadimpleticontractus) denir. Bu görüş, bu savunmanın yalnızca bir kaçınma hakkından(def'iden) ibaret sayılmasının daha yararlı olduğunu savunmaktadır. Şöyle ki: Davanın şartı görüşünde yargıcın, davacının edimini yerine getirip getirmediğini araştırma ödevi vardır. Bu ise yargıcın görevini zorlaştırmaktadır. Fakat def'i görüşünde davalı, bu hakkını varsa ve dilerse kullanmaktadır. Bu yüzden yargıcın yükü büyük ölçü de azalmaktadır. Davalı, def'i hakkını kullanırsa dava reddolunur.

Alm.MK.S320'de def'i görüşüne yer verilmiştir. İsv.-Türk BK.81'in lafzı davanın şartı teorisine yer verilmiş gibi gözükmekteyse 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 def'i olduğu görüşünün iki ayrığı vardır ki bu istisnaları BY.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 oluşturmaktadır. Böylece alıcı ve ısmarlayan korunmuş olmaktadır. Fakat burada da genel kuralın yürüyeceği, yani alıcı ve ısmarlayanın savunmalarının da def'i olduğunu savunanlar da vardır. İsv. Yargıtayı bu görüştedir. Prof. Kanefi de aynı savı savunmaktadır. Gıyabi karar verme kurumunda yargılama hukuku için bu tartışmanın önemi vardır. Eğer alıcı ve ısmarlayanın 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 def'i savunması, bu hakka sahip olunca yapılmalıdır. Yargıçça nazara alınmaz. Davalı, def'i hakkını kullanmadan borcunu ödemişse, yine borçlandığı şeyi ödediğinden yaptığı ödemeyi nedensiz zenginleşme davası ile geri alamaz. 20/6/1951 t.li YİBK'ında öncelikle alım

davasında; öncelikle alıcının, dava açması için satış bedelini önceden yatırmış olmasının görevden ötürü göz önünde tutulacağını kabul etmiştir. Yargıtayımız bu kararında hataya düşmüştür. Zira bu karar, sözleşmenin ödenmediği savunmasının gerçek bir def'i olduğu kuralına aykırıdır.

4.Sözleşmenin ödenmediği def'i geciktirici bir def'idir. Dava şimdilik red edilir. Davacı, kendi edimini yerine getirir ya da yerine getirmeyi teklif ederse davası görülür. Davacı, edimini yalnızca önermişse, davalı önerilen edim karşılığında ödemeye mahkum edilir.

5.Sözleşmenin ödenmediği def'i, ispat yükü bakımından diğer def'ilerden ayrılır. Diğer def'ilerde, def'i ileri süren kimse bu def'in dayandığı olguyu da ispat yükündedir. Halbuki davalı, sözleşmenin ödenmediği def'ini kullanırsa; davacı kendi edimini yerine getirdiğini ya da önerdiğini ispat yükündedir.

6.Karşılıklı sözleşmelerde, taraflardan birinin daha önce edimi daha önce 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 doğmadığı itirazı olarak re'sen göz önünde tutar.

2)Davalının daha önce edimini yerine getireceği kararlaştırılmışsa, davalının sözleşmenin ödenmediği def'inde bulunmasına imkan kalmaz ve davalı, edimini önceden yerine getirmek zorundadır.

7.Sözleşmenin ödenmediği def'inin daha güçlendirildiği 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 şuradadır: Davalının daha önce edimde bulunma yükümü olmasına rağmen bu yükümden kurtulmasıdır. Yoksa aksi haldeki durumda zaten BY.81'deki def'i haktan faydalanılır. BY.82, alacaklıya def'iden başka uygun süre içinde bir teminat gösterilmezse; sözleşmeden dönme hakkını da vermektedir.

8.Eksik iki yanlı sözleşmelerde BK.81'deki def'i hakkı uygulanamaz.(Eksik iki yanlı sözleşme, edimler değişimi amacını gütmeyen ve her iki tarafı zorunlu olarak borca sokmayan ariyet, vedia, vekalet gibi sözleşmelerdir.) Fakat vekilin, saklayanın ariyet alanın bir takım masraflar yapması durumunda, bu masraflar kendisine ödeninceye kadar sözleşme konularını geri vermekten kaçınma hakkı tanınması –Alm. MK S273'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.ya 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 ödemediği 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 şartı görüşüne göre bu savunma hakkın doğmadığı itirazı niteliğindedir. Bu hakkın sahibi taraf kullanmasa da yargıç tarafından re'sen göz önünde tutularak davacının davası red edilir.

b-Heerwart'ın savunduğu genel ve teknik anlamda def'i görüşüne göre B'nin yapacağı sözleşmenin ödemediği savunması gerçek ve teknik anlamda bir def'i olduğundan yargıç, A'nın 100.000L.yı B'ye ödemediğini açmış olduğunu re'sen göz önünde tutarak davayı red edemez. B, bu hakkını dilerse kullanır ve eğer kullanırsa A'nın açtığı dava red olunur.

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 100.000L. ödemesi durumunda bu, B için bir nedensiz zenginleşme teşkil edeceğinden A, nedensiz zenginleşme davası açarak B'den ödediği 100.000L.yı geri isteyebilir.

Fakat genel ve teknik anlamda def'i görüşüne göre ise A'nın def'i hakkını kullanmadan 100.000L.yı ödemesi; onun def'i hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanır. Def'iler de re'sen nazara alınmayacağından A, yine kendi borcunu ödemiştir(eksik borç). Nedensiz zenginleşme davası açarak ödediğini geri isteyemez.

§ 50.ALACAKLININ TEMERRÜDÜ

(MORA CREDİTORIS)

1.Bir takım ödeme fiillerine alacaklının da katılması gerekmektedir. Alacaklının ödeme fiillerine katılması 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 gereği gibi olmalıdır.

b-BY.90'a göre alacaklı, edimin ifası için gerekli hazırlık eylemlerine girişmezse direnmeye düşer. Bir hizmet akdinde istihdam edenin, işçiyi çalışma yerine almaması gibi.

2)Alacaklının, edimi reddi ya da hazırlık eylemlerinden kaçınma haksız olmalıdır.

2.Alacaklı Direnmesinin Sonuçları: Alacaklı direnmesinin, iki bakımdan önemli sonuçları vardır:

1)Borçlunun Yükü Hafifler: Borçlu için bir takım kolaylıklar doğar. Şöyle ki:

a-BY.98/2 gereği borçlunun, edim konusunu korumadaki özen ölçüsü daha da azdır.

b-Pandekt hukukunda ve Alm.MK.unda alacaklı direnmeye düşünce, tehlike de alacaklıya geçmektedir. BK.muzun 365. Maddesi istisna akdi için böyle bir kural getirmektedir. BK.183'e satım sözleşmesinde sözleşme kurulur kurulmaz 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. BY.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 İçin Borcundan Kurtulma Olanakları Doğar:

a-Edim Konusunu Bir Yere Tevdi Etme Hakkı: BK.91 gereğince alacaklı direnmeye düşmüşse borçlu, edim konusunu bir yere yatırarak borcundan kurtulabilir. Borçlunun bu hakkını kullanabilmesi için edim, taşınabilir bir nesne olmalı ve yargıcın göstereceği yere tevdi edilmelidir. MK.2'deki dürüstlük kuralı gereği, borçlunun tevdiini alacaklıya bildirme ödevi vardır. BK.91'e göre borçlu, tevdi ile borcundan 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.93/2'ye göre borçlu yatırdığı edim konusunu geri alırsa, borç sanki hiç ortadan

kalkmamış gibi bütün yan haklarla beraber yeniden doğar. Yani geri alma iradesi makalede şamil olarak borcun ilk 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 konusunu, yatırmaya elverişsiz olmalı ya da çabuk bozulur nitelikte taşınmalı 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.

3.BY.95'e göre borçlu, alacaklı temerrüdünde olduğu gibi edim konusunu yatırma, satışa çıkarma ve sözleşmeden dönme yetkilerinden şu iki durumda da faydalanabilir:

1)Borçlu, alacaklının şahsına ilişkin nedenlerden ötürü borcunu ödeyemiyorsa. Mesela alacaklının temyiz kudretinin olmaması yüzünden borçlu ödemedede bulunamıyorsa, alacaklı temerrüdündeki kolaylıklardan faydalanır.

2)Borçlu, alacaklının kim olduğunu bilememek yüzünden borcunu ödeyemiyorsa. Mesela alacaklı ölse ve birden fazla kişi de ortaya çıkıp alacaklının tek mirasçısı olduğunu iddia etseler, fakat mirasçılıkları şüpheli olsa bu durumda borçlu, borcunun konusunu alacaklı temerrüdünde olduğu gibi bir yere tevdi edebilir, satışa çıkarabilir ya da sözleşmeden dönebilir.

7.BÖLÜM

BORÇLARIN ÖDENMEMESİNİN SONUÇLARI

§ 51.EDİMİN ZORLA YAPTIRILMASI

1.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 söz konusu olacağı durumlar iki grupta toplanır:

a-Edimin kusurlu imkansızlığı, BK.96

b-Borçlunun temerrüdü, BK.101 v.d.

3)Alacaklı, bir takım durumlarda sözleşmeden dönebilir.

2.Ödeme Davası: Türk hukukunda ilke, borcun aynen ödenmesidir. Mesela satım sözleşmesinde satılan malın mülkiyetinin geçirilmesi dava edilir. Bazı durumlarda ise yargıç istisnai olarak ancak tazminata hükmedebilir. Mesela satıcı, tuğla borcuna aykırılık ederek tuğlalardan kendisi için bir bina yapmışsa; bu durumda satıcı için edimin yerine getirilmesi mümkün, fakat güç ve masraflı olması dolayısıyla amaca uygun değildir. Yargıç, satıcıyı sadece tazminata mahkum etmekle yetinir. Alm. Hukukunda böyle durumlara edimin elverişsizliği denmektedir. Konusu bir şey olan edimler değil, fakat bir irade açıklamasında bulunma, özellikle ön sözleşme ile asıl sözleşme kurma borcuna gibi yapma edimleri de aynen ifa edilir.

3.Aynen ödemeye mahkum olan borçluya bu edimin nasıl yaptırılacağı, İİK'unca düzenlenmiştir. İİKmuz, federal bir yasa olan İsv.İİK'unun aynısıdır. Fakat İsv.İİK, sadece para borçlarının cebri icrasını düzenlemekte, öbür borçlar için cebri icranın nasıl olacağının tanzimini ise kantonal yasalara bakmaktadır. Türk hukuk sisteminde para borçları, borçlunun malının haczedilmesi ya da iflas yoluyla zorla alınmaktadır. Hukukumuzda taşınır ve taşınmaz mülkiyetlerinin geçirimi farklı olduğundan mülkiyet geçirimine mahkum olan borçlunun durumu farklılaşmaktadır. Borçlu eğer bir taşınırın mülkiyetini geçirme borcuna mahkum edilmişse, icra memuru taşınır nesneyi alacaklıya vermek için borçludan zorla alır. Böylece nesnenin mülkiyeti alacaklıya geçmiş olur. Eğer söz konusu olan bir taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesi borcu ise, MK.633/2 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 de bu yazım, ihdasi olmayıp izhari bir niteliktedir.

Görüyoruz ki, edimin zorla yerine getirilmesinde prensip, aynen ödemedir. Ancak aynen ifanın mümkün olmadığı hallerde tazminata mahkum edilebilir. Mahkeme borçluyu, bir istek açıklamasında bulunmaya mahkum etmişse; mahkeme kararı, borçlunun ayrıca istek açıklamasında bulunmasına gerek olmaksızın onun açıklaması yerini tutar. Bu çözüm, Alm.Medeni Usul Yasası S894’ce kabul edilmiştir. Hukukumuzda da aynı çözüm benimsenmektedir. Mesela borçlu, bir ön sözleşme ile bir asıl sözleşme kurma borcuna girmişse; mahkeme kararı, borçlunun asıl sözleşmeyi kurma iradesi yerini tutar.

4.BY.97, bizzat cebri 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)Yapma borçlarında; alacaklı, borçlunun sözleşmeye aykırılık ederek ortaya çıkardığı durumu kendisi gidermek için yine giderleri borçluya yüklenmek üzere yargıçtan karar isteyebilir. Mesela borçlunun bahçesine yüksek duvar çekmeme borcu olmasına rağmen borçlu, bu borcuna aykırılıkta bulunmuşsa; alacaklı bu duvarı(masrafları borçluya ait olmak üzere) ortadan kaldırmak için yargıçtan karar alınabilir.

5.Borcun ödenmesi, borçlunun kusuruna bağlı değildir. Mesela mülkiyetin geçirimini isteme, borçlunun kusuru olmasa bile açılabilir ve borçlu ödemeye mahkum edilir. Borçlunun sonradan temyiz kudretini kaybetmesi durumunda, mülkiyetin geçirilmesi istemi borçlunun kanuni temsilcisine karşı ileri sürülebilir. Bu bakımdan borcun ödenmesi davası istihkak davasına benzetilmektedir. Halbuki tazminat davasının açılabilmesi için kusur şarttır.

§ 52.EDİMİN KUSURLU İMKANSIZLIĞI

1.BK.20'ye göre edim sözleşme kurulurken imkansızsa, kurulan sözleşme çürüktür(batıldır). BY.117'ye sözleşme kurulduktan sonra borçlunun kusuru olmaksızın(yangın, deprem gibi nedenlerle) edim imkansızlaşırsa borçlu borcundan kurtulur. Fakat sözleşme kurulduktan sonra edim, borçlunun kusuru yüzünden imkansız hale gelirse BY.96 hükmü uygulanır ve borçlu, alacaklının uğradığı zararı tazmine mahkum edilir. Satılan malın, satıcının ihmali yüzünden yanmasında olduğu gibi. BY.96'daki bu duruma kusurlu imkansızlık tabir olunur. Bir de kusurlu imkansızlığa eşit tutulan bir durum daha vardır ki bunda, edim mümkündür, fakat yerine getirilmesi aşırı güçleşmiştir. Mesela satıcının satım konusu saati denize düşürmesi(kusuruyla) durumunda saati denizden çıkarmak mümkündür, fakat borç borçlunun kusuru yüzünden aşırı güçleşmiştir. İşte bu durumda kusurlu imkansızlık kabul edilmiş ve borçlunun tazminata mahkum edilmesi gerektiği yolundaki çözüm benimsenmiştir. Edimin yalnız bir bölümü borçlunun kusuruyla imkansızlaşırsa; alacaklı, yalnız o bölüm oranında bir tazminat isteyebilir. Fakat imkansızlaşan bölüm dışındaki kısımlar, alacaklı için değersiz kalmışsa; o zaman alacaklı edimin tümü için tazminat isteyebilir. Mesela koşum atlarından 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.

2.BY.98/2'ye göre haksız fiilden dolayı tazminat istemine ait kurallar, borca aykırılıktan dolayı tazminat istemlerine kıyasen uygulanır. Yani haksız fiildeki tazminatın çeşidine miktarına birlikte sebep olmaya, kusurun derecesine ilişkin kurallar, BY.96'da da uygulanmaktadır. Borca aykırılıklarda parayla tazminat, çekişmelere daha çabuk son verdiğinden, yargıça daha çok uygulanır. Bu yüzden BY.98/2'deki kural, önem taşımaktadır.

3.Alacaklının tazminat istemi, yine alacağın bir devamından ibarettir. Yalnızca 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 lazımdır. Zamanaşımı da aynı günden başlar.

2)Aynı alacak devam ettiğinde ve alacağın yalnızca 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 def'inde bulunabilir. Mesela satıcı S, satım konusunu kusuru ile imkansızlaştırdığında alıcı A, kusurlu imkansızlık yüzünden tazminat isteyebilir. A'nın tazminat talebi 1200L. olsun. Satım konusunun satış bedeli de 1000L. olsun. A'nın tazminat talebine karşılık S, ödemezlik def'inde bulunabilir. Bunun üzerine A takas ileri sürebilir. Takas ile karşılıklı ve aynı çeşitten alacaklar birbiriyle ödeştiğinden borç en az olan miktarca(olayımızda

1000L.) sona erer. A'da arta kalan 200L.yı ayrıca dava eder.

Alm.MK.nca edimin kusurlu imkansızlaşması halinde alacaklıya tazminat isteminden başka bir de sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Sözleşmeden dönme halinde sadece menfi tazminat istenebilir. BK.muzda ise böyle bir hüküm yoktur.

4.Alm. ve İsv. Yasaları hazırlanıncaya kadar başlıca borca aykırılık halleri edimin kusurlu imkansızlığı ve borçlunun temerrüdü olarak kabul ediliyordu. Fakat doktrinde özellikle Staub tarafından –üçüncü bir borca aykırılık olarak kötü ödeme hali kabul edilmektedir. Borçlunun borcu olarak ifade bulunduğu 1000 yumurtanın bozuk çıkmasında olduğu gibi.

BK.96, borcun kusurlu imkansızlığı yanında kötü ödemeyi de ayrı bir borca aykırılık olarak düzenlemekte ve bundan dolayı tazminat istenebileceğini kabul etmektedir. Fakat söz konusu maddedeki “kısmi ifa” tabiri, “borcun ödenmesinin gereği gibi yapılmaması” şeklinde anlaşılması gerekir(tercüme hatası).

anlaşılması gerekir(tercüme hatası).

5.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 söz konusu 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:

1. 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 alacağını aldığında diğer hakkı da ortadan kalkar.

2.görüşe göre burada bir yarışma söz konusu değildir. Zira davacının dayandığı olay ve istem konuları aynıdır. Yarışan istemlerde ise ayrı ayrı olaylara dayanılır. Dolayısıyla burada bir yarışma olmayıp “Özel kural, genel kuraldan önce gelir.” İlkesi gereğince istem için 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. Meğerki sözleşme geçersiz olsun. Mesela kiracı, mümeyyiz küçükse; kira sözleşmesi onu borca sokmayacağından dolayı burada yargıç haksız fiil kuralları uygulanır. Prof. Sungurbey de bu görüştedir. Alacaklının borca aykırılığa dayanmasının şu pratik sonuçları da vardır:

a-Zamanaşımı Yönünden: Borca aykırılıkta zamanaşımı 10, haksız fiilde ise 1 yıldır.

b-Kusuru İspat 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

1.Kusur Prensibi: BY.98, borca aykırılıkta kusur prensibini koymuştur. Borçlu, ancak kusuru varsa fakat her türlü kusurundan sorumludur. Borçlu, MY.2'deki dürüstlük kuralının gerektirdiği tedbirleri de almakla yükümlüdür. Aksi halde sorumludur.

2.Borçlu, kural olarak kusurunun her derecesinden sorumludur. Fakat 98/2 BK. hükmü, sorumluluğun ölçüsünün işin mahiyetine göre belirleneceği saptamaktadır. Özellikle tazminat, kusurun derecesine göre ayarlanır. BK.98/3, Roma Hukukundan gelen menfaat prensibini benimsemektedir. Şöyle ki: Hukuki işlemde borçlunun bir çıkarı yoksa: borçlu, ancak ağır kusurundan sorumlu tutulabilir. Ücretsiz bir iş görmede, saklamada borçlu, ancak kast ve ağır ihmalden sorumludur. Zira bunlarda borçlunun bir çıkarı yoktur.

3.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 kusuru ortadan kaldıran bir olay varsa, bunu daha kolayca ispat edebilmek imkanına sahiptir. Bu ilke; Fr., Alm. ve İsv.-Türk hukuklarının ortak bir prensibidir.

4.Sözleşmeden doğan borçtan sorumluluk, anlaşma ile değiştirilebilir. Şöyle ki:

1)Sorumluluk ağırlaştırılabilir. Yani borçlu, kusuru olmadan meydana gelen imkansızlıktan da sorumlu olacağı 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.99/1'e göre borçlunun kast ve ağır ihmalden 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 sayılabilir:

a-Sorumluluktan vazgeçen alacaklı borçlunun hizmetinde ise. Bundan amaç, işlerin işverene karşıdan haklarından vazgeçme tehlikesine karşı onları korumaktır.

b-Sorumluluk hükümetçe imtiyaz yoluyla verilen bir hizmetin görülmesinden doğuyorsa. İmtiyaz sahipleri fiili bir tekel kurduklarından; yargıç, bu şirketlerin hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşmalarını da geçersiz sayabilir.

Söz konusu sorumsuzluk anlaşmaları, zarardan önceki sorumsuzluk anlaşmalarıdır.

5.Edimin kusursuz imkansızlığına hukuk dilinde kaza(veya beklenmedik olay) denir. Kaza halinde borçlu, artık sorumlu olmaz. Fakat bu ilkenin de istisnaları vardır. Mesela borçlu, kusuru ile direnme durumuna düşmüşse; direnmeden sonra edim konusunun kusuru olmadan çalınması halinde bundan sorumlu olmaktadır.

Kaza ve mücbir sebebin her ikisi de kusursuz sorumluluk halidir. Mücbir sebebin tarifinde objektif tanım önemlidir: Mücbir sebep, edime işletmenin dışından gelen ve önlenmesine de hiçbir suretle imkan bulunmayan olaylardır. Borçlu, edimin bu yüzden imkansızlaşmasından sorumlu olmaz. Sel felaketi, deprem gibi. Kaza ise hastalık, çalınma gibi durumlardır.

BK. bazı konularda kaza ile mücbir sebebi birbirinden ayırmaktadır. Mesela BK.478 ve 481, otelcilerin ve garaj yönetenlerin sorumluluğunda bu ayrıma uymaktadır. Şöyle ki: Otelciler ve garaj yönetenler, beklenmedik olaylardan(kazadan) sorumlu oldukları halde mücbir sebepten sorumlu tutulmazlar.

§ 54.ÖDEME YARDIMCILARINDAN SORUMLULUK

1.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 çalıştırının sorumluluğunun özene dayandığını belirtmiştir. Mesela otobüs şoförünün işini görürken yolda giden birini yaralaması durumunda; zarar gören, üçüncü kişi durumunda olduğundan otobüs sahibine BK.55'e göre dava açabilir. Fakat otobüs sahibi, gerekli özen gösterdiğini ispatlayarak bu sorumluluktan kurtulabilir.

Fakat inceleyeceğimiz konuda ise bir borçlunun, borcunu ödemedi ödeme yardımcısı kullanması söz konusudur. Ödeme yardımcısı, borcun ödenmesi sırasında kötü ödeme yapar ya da edimi kusuru ile imkansız kılar; alacaklı, ödeme yardımcısı kullanana BK.100'e göre tazminat davası açabilir. Burada BK.55'in aksine olarak borçlu için kurtuluş imkanı yoktur. Yani borçlu ödeme yardımcısına gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Yukarıdaki misalde otobüs şoförü kusuru ile otobüsü devirse ve müşterilerden biri yaralansa idi; otobüs sahibi ile müşteriler arasında taşıma sözleşmesi(borç ilişkisi) söz konusu 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 devrilme olayı, karşıdan gelen bir kamyon şoförünün kusuru yüzünden meydana gelmişse, ödeme yardımcısı otobüs şoförünün kusuru olmadığından meydana gelen zarardan otobüs sahibi zararlı tutulamaz. Aksi halde ekonomik ve sosyal hayatta iş bölümüne imkan kalmazdı.

İsv.BY'nın revizyonu sırasında BK.100 hükmünde sadece yanlışlıkla “zarar” sözcüğü yer almıştır. Fakat bunu “kusur ile meydana getirilen zarar” şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

2.BY.100'e göre ödeme yardımcısının kusuru ile alacaklıya verdiği zarardan sorumlu tutulan borçlu, ödeme yardımcısına rücu edebilir. Bu rücu; borçlu ile ödeme yardımcısı arasında bir sözleşme(borç ilişkisi) varsa, her sözleşmeye aykırılıktan dolayı BK.96'ya göre, eğer sözleşme yoksa haksız fiilden dolayı BK.41'e göre olur.

3.Alacaklı ile ödeme yardımcısı arasında bir hukuki ilişki yoktur. Bundan dolayı alacaklı, ödeme yardımcısına borca aykırılıktan dolayı bir dava 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 yarışan iki hakkı söz konusu olmaktadır.

4.Ödeme yardımcısında sorumluluk anlaşma ile tamamen ortadan kaldırılabilir. Özellikle BK.100/2'ye göre borçlu, ödeme yardımcısının kastından bile sorumlu olmayacağını kararlaştırabilir. BK.100/3'e göre ise şu iki 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 can 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 fiili tekel söz konusu olabileceğinden şirketler, borçlarını yerine getirirken ödeme yardımcılarının ancak hafif ihmallerinden sorumlu olmayacaklarını kararlaştırabilirler. Tersine anlaşmalar çürüktür.

§ 55.EDİMİN KUSURSUZ İMKANSIZLIĞI

1.BY.117/1 gereği borçlunun kusuru olmaksızın edim imkansızlaşır, borçlu borcundan kurtulur. Bu bakımdan beklenmedik olay(kaza) ve mücbir sebep farkı yoktur. Her ikisi de borçlunun kusurunu ortadan kaldırır.

Kusursuz imkansızlıktan dolayı edimini ifadan kurtulan borçlu için yine de bir takım borçlar söz konusu olabilir:

1)Borçlunun MK.2'deki dürüstlük kuralından doğan edimin imkansızlaştığını alacaklıya bildirme ödevi vardır. Borçlu, bu borcuna aykırılık ettiğinde bu yüzden alacaklının uğradığı zararları tazminle yükümlüdür.

2)Borçlunun kusuru olmadan imkansızlaşan edimin yerine başka bir takım şeyler geçmişse alacaklı, surrogat gereği 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 imkansızlığı söz konusudur. Alınan satış bedeli, surrogat gereği alacaklıya verilmelidir.

2.Karşılıklı sözleşmelerde; taraflardan birinin edimi kusursuz olarak imkansızlaştığından borcundan kurtulursa, karşı taraf da borcundan kurtulur. Mesela kiralanan şey yanarsa; kiracı ücret, kiralayan ise kullandırma borcundan kurtulur. Hizmet ve istisna akitleri de örnek olarak gösterilebilir. Taraflardan biri kendi edimini yerine getirmişse, verdiği *condictio ob causam finitam* ile geri ister. BY.117/2'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 geçirme de, trampa 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 muaccel) olmalıdır. Taraflar bir süre kararlaştırmamışlarsa borcun ödeme günü hemendir.

2)Alacaklı, borçluya borcunu ödemesini ihtar etmelidir. İhtar(interpellatio), alacaklının borçluyu edimi 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 500L.yı geçen hukuki işlemler, ancak yazılı delille ispatlanabileceğinden ihtarın, noter eliyle gönderilmesi yerinde olur. İhtar sonucu olarak borçluya ödeme davası açabilir ya da cebri icra koğuşturmasına başlayabilir. İşte bu dava veya cebri icra koğuşturması ile borçlu direnmeye düşer ve sorumluluğu da ağırlaşır. İhtar, varması gerekli bir istek açıklamasıdır.

Bazı durumlarda ihtara gerek olmaksızın borçlu kendiliğinden direnmeye düşer. Şöyle ki:

a-BK.101'e göre edimin ifası için belli bir gün veya süre kararlaştırılmışsa söz konusu günün gelmesi ya da sürenin geçmesiyle borçlu kendiliğinden direnmeye düşer. Ayrıca alacaklının ihtarına gerek yoktur.

b-Bazı durumlarda dürüstlük kuralları gereği alacaklıdan ihtar beklenemeyeceğinden, ayrıca alacaklının ihtarı olmaksızın borçlu, kendiliğinden direnmeye düşer. Şöyle ki:

aa-Edimin ne zaman yapılacağını ancak borçlu biliyorsa. Mesela A, Almanya'ya 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 ihtarı gerekmez, borcuna aykırılık etmesi halinde vekil B, kendiliğinden direnmeye düşecektir.

bb-Eski Roma Hukukunda haksız fiil failinin, kendiliğinden direnmeye düşen borçlu gibi sayılacağı 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. Hırsız 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 gereksizse; özellikle borçlu, borcunu ödeyemeyeceğini alacaklıya açıkça bildirmişse.

3)Borçlunun direnmeye düşmüş sayılabilmesi için, direnmede kusurunun aranıp aranmayacağı 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 istenebilmesi için borçlunun direnmesinde kusurlu bulunması gerekmektedir. Fakat direnme faizlerini isteyebilmek için(para borçlarında %5) borçlunun kusurlu olması gerekmez, kusur olmasa da temerrüt faizi istenebilir. Karşılıklı sözleşmelerde borçlunun direnmesi yüzünden alacaklının, seçimlik haklarının doğumu için borçlunun direnmesinde kusurlu olması gerekmez.

§ 57.BORÇLU DİRENMESİNİN SONUÇLARI

1.BY.96'daki kusurlu imkansızlıkta 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 imkansızlıktaki 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 elde edemediği sözleşme konusunun yararlanmalarını isteyebilir.(Yararlanmalar ikiye ayrılır: Verimler(semere), doğal ve hukuki 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 kiralamak 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 fiyatla 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 sorumlulukta(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.

2.Para borçlarında; gecikmede borçlunun her hangi bir kusuru olmasa, alacaklı gecikme yüzünden herhangi bir zarara uğramasa bile borçlu,(%5) gecikme faizi ödemek zorundadır, BY.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; bunlarda gecikme faizi, ancak alacaklının dava açtığı ya da icra koğuşturması yaptığı günden işlemeye başlar(çıkart prensibi gereğince). Alacaklı, faiz oranından daha büyük bir zarara uğradığını ispatlarsa, bu oranda bir tazminat isteyebilir. Fakat borçlunun gecikmede kusuru olmadığını ispat hakkı saklıdır.

3.Karşılıklı Sözleşmelerde Borçlu Direnmesi: Şu üç prensip sadece karşılıklı sözleşmelerde uygulanabilir:

1)BY.81'deki sözleşmenin ödenmediği def'i

2)BY.117/2'deki bir tarafın, ediminin kusursuz imkansızlaşması durumunda karşı tarafında

borcundan kurtulacağı ilkesi.

3)BY.106 gereği direnen borçluya edimini yerine getirmesi için son süre verilir ve son süre içinde de edim yerine getirilmezse alacaklının sözleşmeden dönme hakkı konusundaki ilke. Söz konusu rücu hakkı, eski Roma ve Pandekt hukuklarında yoktu. İlk olarak Fr.MK 1184, bir fiksiyon(varsayım) yoluyla böyle bir imkana yer verdi. Şöyle ki: Karşılıklı sözleşmelerde taraflardan birinin borçlu direnmesine düşmesi halinde, diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkı olduğunu taraflar zımni olarak kararlaştırmış sayılırlar. Bu kural, Alm. ve İsv. BY.larında açıkça belirtilmiştir. Eski Alm. Ticaret Yasasında söz konusu hüküm, yasadan doğan bir hak olarak ilk defa yer almıştır. 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 edim, alacaklı için bir faydası kalmamışsa.

3)Sözleşme, kesin bir ödeme gününe bağlanmışsa. Burada söz konusu olan sadece ödeme günü değil fakat kesin olarak belirlenmiş ödeme günüdür. Mesela “Borç, 1 Haziranda ödenecektir” demek yeterli olmayıp “Borç, kesin olarak(mutlaka) 1 Haziranda ödenmelidir.” Denmesi gerekmektedir. Bu bakımdan borçlunun ihtar gerekmeksizin direnmeye düşmesiyle alacaklının son süre vermeksizin sözleşmeden dönebilmesi farklıdır. Fakat BY.mız, şu iki durumda da kesinlikle belirtilmiş bir ödeme günü bile alacaklının son süre vermeden sözleşmeden dönebileceğini belirtmektedir.

a-Ticari alışverişlerde belirli bir teslim günü kararlaştırılmışsa, fakat satıcı söz konusu 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.211/1'ye göre her türlü alışverişte alıcı direnmeye düşerse.

Son süre geçince alacaklı için bir takım seçimlik haklar doğar:

1)Alacaklı, yine(eskisi gibi) edimin yerine getirilmesini ve bunun yanında borçlunun edimde gecikmesi yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilir.

2)Alacaklı, artık edimden vazgeçtiğini gecikmeksizin açıklayarak şu iki hakkından birini kullanabilir:

a-Borçlunun edimini yerine getirmemesi yüzünden uğradığı zararın(olumlu) tazminini

isteyebilir.

b-Ya da alacaklı, sözleşmeden dönebilir(rücu hakkı) ve bunun yanında sözleşmeye güvenmiş olması yüzünden uğradığı zararın(olumsuz, menfi) tazminini isteyebilir.

Şimdi bu iki durumu ayrı ayrı inceleyelim:

a-Alacaklının, borcun ödenmemesi yüzünden isteyebileceği müspet tazminat; BY.96'daki kusurlu imkansızlıkta istenebilecek tazminat kurallarına bağlıdır. Özellikle borçlu, gecikme kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. BY.81'deki sözleşmenin ödenmediği def'i burada da kullanılabilir. Yani alacaklı, olumlu zararlarının ödenmesi için dava açtığında borçlu; sözleşmenin ödenmediği def'i 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. Mesela satıcı S, bir malını alıcı A'ya satmış olsun. Malın piyasa değeri 800L. olmasına rağmen A, malı 1000L.ya almayı kabul etmiş olsun. A, satış bedelini ödemiyorsa; S kendi edimini vermeksizin ya da önermeksizin malın piyasa değeri ile satış bedeli farkı olan 200L.yı dava edemez. Buna biz mübadele(değişim) teorisi diyoruz. Fakat bu kuralın BK.212/2'de belirtilen en önemli bir istisnası vardır. Şöyle ki: Ticari satışlarda satıcı, alıcı satış parasını ödemede direnmeye düşerse satım konusunu vermeksizin ya da önermeksizin şeyin satış fiyatı ile piyasa fiyatı 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(menfi) 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 kendi edimini ifa etmemişse nedensiz zenginleşme davası ile ödediğini geri alabilecektir. Dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır ve önceye etkili(extunc)dir, yani sözleşme hiç kurulmamışçasına ortadan kalkar. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ise dönme hakkı değil bozacağını bildirme söz konusudur(fesh-i ihbar). Bozacağını bildirmede bozucu yenilik doğuran bir hak olmasına rağmen ancak ilerisi için (exnunc) sonuçlarını doğurur. Kira sözleşmesinde olduğu gibi. Fesh-i ihbarda da alacaklı, ayrıca sözleşmeye güvenden dolayı uğradığı zararın(menfi) tazminini isteyebilir.

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 dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa.

bb-BY.211/2'ye göre satıcı, satım konusunu alıcıya teslim etmişse sözleşmeden dönemez. Ancak satış bedelini dava edebilir. Meğer ki satım konusunun alıcıya teslim edilmesi durumunda alıcının satış bedelini ödememesi halinde dönme hakkı saklı tutulsun. Bu tür kayıtlamalara dönme(rücu) kaydı denir.

Borçlu bölümsel(kısmi) edimlerde direnmeye düşmüşse; kural olarak alacaklı direnmeye düşülen bölüm için sözleşmeden dönebilir. Şu kadar ki yerine getirilmeyen bölüm olmaksızın ödenmiş olan bölümün de bir kıymeti kalmayacaksa alacaklı sözleşmenin tümünden dönebilir. Bir ard arda 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 bölüm için) sözleşmeden dönebilir. Fakat söz konusu durumda, alacaklının ilerisi için bir güveni kalmamışsa; alacaklının sözleşmenin sonuna kadar olan dönem için sözleşmeden dönmesi mümkündür.

Örnek Olay: A, B'ye 50.000L.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 vazgeçerek uğradığı zararların tazminini isteyecekse, normal bir satım ilişkisi söz konusu 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 def'ini kullanarak A'nın olumlu zararlarını tazminden 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 fark müspet zarar olarak B'den tazmin edebilir.

8.BÖLÜM

BORÇ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

§ 58.BORÇ İLİŞKİSİNİN SONA ERME NEDENLERİ

(BORÇ İLİŞKİLERİNİN VE MÜNFERİT ALACAK HAKLARININ SONA ERME NEDENLERİ)

1.Münferit alacak haklarının sona erme nedenleri:

1) Münferit alacakların normal sona erme nedeni, münferit alacağın ifasıdır. BY., bu yüzden “ifa” kurumunu “borçların sonuçları” bölümünde incelemiştir.

2) Münferit alacakların normal olmayan sona erme nedenleri ise BY.nın üçüncü babında düzenlenmiştir: İfa yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, edimin kusursuz imkansızlığı, takas zamanasımı(def’i hakkı verir) sayılabilir. Bunların dışında da bazı sona erme nedenleri vardır. Şöyle ki:

a-Borçlunun kişiliğine bağlı bazı edimler, ölüm ile sona erer.

b-Kural olarak alacak hakları zamanasımına, yenilik doğuran haklar ise hak düşümüne tabidir. Fakat BK.unda öyle bazı alacak hakları vardır ki bunlar hak düşümü süresine tabidir, bu sürenin geçmesiyle alacak hakkı sona erer. Satım konusundaki bozukluklar yüzünden alacaklının sahip olduğu haklar(ayıbbı tekeffül) gibi.

c-Bağışlama vaadi sözleşmesi, iflas ile sona erer.

d-BY.113’e göre alacak, herhangi bir sebeple sona erdiğinde ona bağlı yan haklar da(rehin, kefalet, faiz gibi), kendiliğinden sona erer. Yalnız taşınmaz rehni ancak tapu kaydının terkiniyle sona erer.

e-MY.2’den doğan bir “çelişkili davranış yasağı” vardır. Buna göre kişinin, daha önc kendi yaptığı işe ters düşen bir davranışı korunmaz. Özellikle alacaklı, borçlusunda kendi davranışıyla alacağını dava etmeyeceği 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.md.sihümkü de bu konuya dairdir: Her kim ki kendi tarafından tamam olan bir şeyi nakzetmeye kalkışır, sa’yimerduttur.

2.Borç İlişkilerinin 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 ikalenin yapılması hiçbir geçerlilik biçimine bağlı değildir. Hatta borç ilişkisinin doğumu bir geçerlilik biçimine bağlı olsa bile, borç ilişkisi hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmaksızın ortadan kaldırılabilir. Zira borçlunun, ancak bir borç altına girmesi geçerlilik biçimine bağlanabilir. Fakat HUMK.290'daki "senede karşı yapılan savunmaların yine yazılı delille ispatlanması gerektiği" şeklindeki ispat biçimi kuralı saklıdır.

3) Bazı borç ilişkileri, taraflardan birinin ölümü ile sona erer. Eser sözleşmesinde müteahhitin ölmesiyle borç ilişkisinin sona ermesi gibi. Vekillik, adi ortaklı sözleşmeleri de örnek gösterilebilir.

4) Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ise bozacağını bildirme(fesh-i ihbar) ile sona erdirilebilir. Mesela belirsiz süreli bir kira sözleşmesinde kiralayan, bozacağını bildirme ile üç ay sonrası için; karzda da alacaklı altı hafta sonrası için söz konusu borç ilişkilerine son verebilirler. Ayrıca BK.muza göre önemli nedenler yüzünden bazı sürekli borç ilişkilerine derhal son verilebilir. Mesela hizmet sözleşmesinde taraflardan biri gayri ahlaki bir davranışta bulunursa karşı taraf, bozacağını bildirebilir. Yeter ki sürekli borç ilişkisine devam etmek, çekilmez bir nitelik taşıyın. Bozacağını bildirme, genellikle belli bir süre sonrası için olur. Bu durumda borç ilişkileri, ilerisi için sona erer; o ana kadar işlemiş olan hükümler saklı kalır.

5) Borç ilişkisinden dönme(rücu) ile de borç ilişkisi, önceye etkili olarak ortadan kaldırılabilir. Mesela BY.106 gereğince karşılıklı sözleşmelerde borçlu direnmesinde karşı taraf, sözleşmeden önceye etkili olarak dönebilir.

6) Bir takım borç ilişkilerini ortadan kaldıran istek açıklamalarına da geri alma denir. Mesela vekillik sözleşmesinde müvekkil, vekilinden vekilliği geri alabilir. BY.ında 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 clausularebus sistantibus(sözleşmelerin değişen koşullara uydurulması ilkesi) şeklinde tarif edilir. Doktrin de bu kuralın diğer sözleşmelere de uygulanması gerektiği savunulmuştur.

8) Vekillik sözleşmesi gibi bir takım sözleşmeler iflas ile sona erer. Bu sözleşmelerde ise iflas, alacaklıya dönme hakkı verir. Mesela kira sözleşmesinde iflas eder ve kira borcu için teminat gösteremezse kiralayan kira sözleşmesinden dönebilir.

§ 59.İBRA(BORÇTAN KURTARMA)

1.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 ödevi aykırı hareket ettiğinde nesnel hak sahibi ile arasında haksız fiilden bir borç ilişkisi doğar. Bundan dolayı nesnel hak sahibi, nesnel hakkından tek yanlı bir istek açıklaması ile vazgeçebilir. Halbu ki 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 hüküm vardır. Şöyle ki: Borcun, doğumu bir geçerlilik biçimine bağlı olsa bile hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmaksızın ibrası mümkündür. HUMK.muzdaisbat biçimi arandığından, yasalar arası bir çelişki olmasın diye bu hüküm bize alınmamıştır.

2.İbra, bir harcama(tasarruf) işlemidir. Zira alacak hakkını ortadan kaldırarak ona doğrudan doğruya etki yapmaktadır. İbra edenin ibra konusu alacak üzerinde harcama yetkisi bulunmalıdır. Aksi halde borçlu borcundan kurtulamaz.

3.Her kazandırıcı işlem gibi ibra sözleşmesi de bir hukuki nedenle yapılır. Söz konusu hukuki neden genellikle bağışlama olur. Fakat başka bir hukuki nedenin bulunması da mümkündür. Mesela alacaklı, borçlusuna ibra etme vaadinde bulunmuşsa; ibra, ifa nedeniyle yapılmıştır. Ya hukuki nedeni belirtilerek ibra yapılır. Bu taktirde ibra, hukuki nedene bağlı(illi) 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. Yani alacak ortadan kalkmıştır. Fakat alacaklı, hukuki bir neden olmaksızın borçlusunu ibra ettiği için nedensiz zenginleşme davası açarak yargıktan alacağın yeniden kurulmasını isteyebilir.

4.Eski Roma Hukukunda alacağı ortadan kaldıran ibra yanında bir de alacağı ileri sürmeme anlaşması(pactum de nonpetendo) vardı. Bu anlaşma ile alacaklı, borçlusuna alacağını dava etmeyeceği yolunda vaadde bulunurdu. Modern hukukta bu da ibra olarak kabul edilmektedir. Meğer ki alacaklının alacağını kesin olarak olarak kaybetmemesinde bir çıkarı bulunsun(borçlusuna karşı onun da bir borcunun olması gibi). Bu taktirde alacak ortadan kalkmadığından, borçlu ileride kendi alacağını dava etmeye kalktığında; alacaklı da ileri sürmemeyi vaad ettiği bu alacağını takas yoluyla ileri sürebilir.

5.Konkordato, iflas hukukuna ilişkin bir işlemdir. Konkordato da borçlunun alacaklıları 2/3 çoğunlukla borçlunun borçlarının belli bir oranda ibra edilmesine karar verirler. Alacaklıların bu kararları konkordato makamının(yargıcın) tasdiğiyle sonuç doğurur.

6.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 gayesiyle hareket edildiğinden söz konusu işlemde tespit işlemidir ki hukuk dilinde bu tür işlemlere menfi borç tanınması denir. Alacaklı, menfi bir borç

tanımasını bir karşılık olarak yapmışsa buna da sulh(uzlaşma) denir. Menfi borç tanınması ve sulh, borçlu açısından da olabilir. Menfi borç tanınması ve sulh, tesbit hukuki sebebine dayandığından ve kesin bir hukuki durum oluşturduğundan, sonradan borcun gerçekten var olduğu anlaşılrsa bile söz konusu işlemler için nedensiz zenginleşme davası açılarak alacağın yeniden kurulması istenemez. Meğer ki BK. 24/4'deki temel yanılması söz konusu olsun. Mesela alacaklı ile borçlu arasında bir makbuzun bir alacağın ödendiğine ilişkin olup olmadığı hususunda çekişme vardır. Sonradan alacaklı menfi borç tanınması yaparak, makbuzun dava konusu alacağa ilişkin olduğunu kabul etmiştir. Fakat sonradan makbuzdaki imzanın alacaklıya ait olmadığı anlaşılmıştır. İşte burada alacaklı, menfi borç tanınması yaparken işlemin temeli olan bir olguda yanılmıştır. Eğer alacaklı, bu olguyu bilseydi böyle bir menfi borç tanınması yapmayacaktı. Yani burada BK.24/4 anlamında bir temel yanılması söz konusudur. Bir başka örnek de şöyle verilebilir: Biliyoruz ki menfi borç tanınmasının özel bir çeşiti de derneklerin ve anaonim ortaklıklarının genel kurallarının, yönetim kurullarını ibra etmesi işlemidir. Burada yönetim kurulu üyelerinin bir yıllık süre içinde, söz konusu tüzel kişilerin işlerini doğru görüp görmediği belirsiz olduğu halde genel kurulun ibra kararıyla bu durum kesinlik kazanmaktadır. Genel kurul, yönetim kurulunu(anonim ortaklıklarda) sunulan bilançooya dayanarak ibra eder. Bu durumda ibra, sadece bu bilanço çerçevesinde etki doğurmakta, yönetim kurulu üyelerini borçtan kurtarmaktadır. Bunun dışındaki(bilanço dışı) hususlarda ibranın bir etkisi yoktur. Kural olarak genel kurulun, yönetim kurulunu ibra işlemine itiraz(sonradan) edememesi olmakla beraber bu çerçeve dâhilinde BK.24/4'deki temel yanılmasına dayanılarak ibraya itiraz edilmesi mümkündür.

§ 60.YENİLEME(TECDİT)

1.Yenileme, yeni bir borcun kurulmasıyla eskisinin ortadan kaldırılmasıdır, BY.114. Yenilemenin iki önemli sonucu vardır:

1)Yeni borç, eski borcun zayıflıklarından kurtulmuş olarak doğar. Mesela eski alacağa karşı kullanılması mümkün olan sözleşmenin ödenmediği def'i, yeni alacağa karşı ileri sürülemez.

2)Eski alacak ortadan kalktığı için onu sağlayan yan haklar da sona erer.

BK.114/1'e göre borcu yenileme isteği(animusnovandi), sözleşmeden açıkça anlaşılmak gerekir. Yoksa yenileme, karine olarak kabul edilemez. Bu prensip Iustinianus hukukunda da vardı.

2.Bu yüzden BK.114/2, bir takım işlemlerin(sözleşmelerin) yenileme sayılmayacağını belirtmiştir:

1)Yeni bir borç senedi vermek; ister kurucu, ister açıklayıcı nitelikte olan yenileme

sayılamaz. Açıklayıcı nitelikteki borç tanınması senedi, ispat vasıtası niteliğini taşır. Kurucu nitelikteki borç tanınması ise yenileme olmayıp, eski alacak yanında alacaklıya yeni bir alacak hakkı daha verir. Yani burada alacaklının yarışan iki hakkı olmaktadır. Mesela alacaklının satım sözleşmesinden doğan borcun yanında bir de bono versem; alacaklının hem satım sözleşmesine hem de verilen bonoya dayanarak alacağını koğuşturabilir. Birinin ödenmesi ile diğer hak da sona erer. Fakat alacaklının kurucu nitelikteki yazılı borç tanınmasına dayanması, ispat kolaylığı sağlar.

2) Poliçe çekme, poliçeyi kabul etmek(kambiyo taahhüdü), yenileme değildir.

3. 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 yapılmışsa; bu yenileme ile doğan borç, nedensiz zenginleşme niteliğindedir. Nedensiz zenginleşme davası ile borçlu, bu borcundan kurtulabilir.

4. Yenilemenin özel bir çeşiti, cari hesapta bakiye(saldo, kalan)nin tanınması durumudur. Cari hesapta iki taraf(özellikle banka-tüccar), karşılıklı olarak birbirlerine olan alacaklarını belli bir süre için dava etmemeyi ve bu süre içinde birbirlerine olan alacakların karşılıklı olarak kendiliğinden ödeşime(takas) 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 gereğince tarafların birbirinden olan alacakları kendiliğinden takasa uğrayarak düşerler. Ancak dönem sonundaki bakiye dava edilebilir.

BK.115/2, şu kuralı getirmektedir: Cari hesap dönemi sonunda hesap kesilip de bir kalan bulunursa; borçlu çıkan taraf da bu kalanı tanır ve bu, bir yenileme sayılır. Eski borçlar takası ile, saldo da yenileme ile sona erdiğinden yenileme ile yeni bir borç doğmaktadır. Mesela 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 saldoya dayanarak alacaklı olan taraf, bu yeni alacağının 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 haklarında 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 kalanı da sağlamaya devam eder.

Münferit kalemlerden bir geçersizse, (yani aslında böyle bir alacak yok idiyse); bu halde kalanı tanıyan borçlu, söz konusu miktar için nedensiz zenginleşme davası açarak bu miktarda borçtan kurtarılmasını isteyebilir.

§ 61.BİRLEŞME (CONFUSIO)

1.Birleşme, BK.116 gereği borcun sona erme sebebidir. Mesela borçlu 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 resmi tasfiyesi halinde; mirasçı ve murisin malvarlıkları birleşmediğinden alacaklı ve borçlu sıfatları da birleşmez (B'nin M'ye olan borcu da sona ermez).

2.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 sona ermez.” şeklinde ifade edilir.

3.BK.116/2'ye göre birleşme ortadan kalkarsa (örnek olayda mirasçı B, muris M'nin mirasını red ederse); alacak, yan haklarla birlikte yeniden doğar.

4.BK.116/3, 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 evrakla da ilgili özel hükümler vardır. Mesela bonoyu ele alalım. Bono, onu düzenleyen borçlunun eline geçse bile borç sona ermez. Sadece söz konusu bononun cisimlendirdiği alacak hakkı, bir süre için uykuya yatmıştır. Bunun pratik önemi şurdadır: Borçlu, söz konusu bonoyu – geçerli olmak kaydıyla- yeniden piyasaya sürebilir ve bononun ihtiva ettiği alacaklı, bu durumda yeniden tecessüm eder.

§ 62.TAKAS

1.Takas, iki kişinin aynı çeşitten ve karşılıklı olarak sahip oldukları alacakları birbirlerine ödeyecekleri yerde (eylemli olarak) ödeşme sayılmalarıdır. Takas(ödeşme)ın gerçekleşmesi konusunda üç sistem vardır:

1)Eski Roma Hukukunda bir takas def'i tanınarak bununla yargıçtan davanın reddi isteniyordu. Böylece takas, def'i yoluyla ve yargıcın kararı ile sonuç doğurmakta ve bu şekilde karşılıklı borçlar ortadan kalkmaktaydı. Takas def'i genel hile def'i (exceptiodoligeneralis- MK/2) 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 gerekmeksizin kendiliğinden doğdukları anda takas yoluyla sona ererler (ödeşirler).

3)Daha sonra Dresten Borçlar Tasarısı, 1881 Eski İsv. BK, 1900 Alm. MK ve yeni İsv-Türk BK.ları takasın, ancak borçlunun irade açıklamasıyla yapabileceğini kabul etmişlerdir. Böylece bu sistemde takas, borcu ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran bir hak olmaktadır.

Takasın şartları şunlardır:

1)Takas alacak her iki alacak aynı kimseler arasında olmalıdır. (Alacaklının dava ettiği alacağa ana alacak, buna karşı ileri sürülen alacağa ise takas alacağı diyelim.) Kişi, üçüncü kişiden olan bir alacağını, alacaklıya karşı takas alacağı olarak ileri süremez. Bu kuraldan şu sonuçlar doğmaktadır:

Borçlu, ancak kendi alacağını takas yoluyla ileri sürebilir. Yoksa başkasının alacağını takas yoluyla ileri süremez. Mesela 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 borcunu ödemekten kaçınılabilir. Bu çözüm bize Alm. MK 770'den alınmıştır.

2)Takas alacak olan her iki alacağın da aynı çeşitten olması gerekir. Her iki alacağın da kömür borcu olması gibi.

3)Takas alacak olan her iki alacağın da ödeme günü gelmiş olmalıdır, BK.118. Söz konusu maddedeki bu ifade yanıltıcıdır. Yalnızca takas alacağının ödeme gününün gelmiş olması gerekir ve yeterlidir. Zira bir kimsenin bocunu ifade gününden önce ödemesinin mümkün olması gibi borçlununda borcunu ödeme gününden önce takas yoluyla ileri sürmesi mümkündür.

4)BK.unda 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 (evlenme tellallığı 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 takasa karşı söz konusu def'i veya bozucu yenilik doğuran hak ileri sürülerek takas, geçersiz kılınabilir. Mesela takas alacağı, aldatma yüzünden karşı tarafı bağlamayan bir alacak olsun. Bu durumda aldatılan, bozucu yenilik doğuran hakkını kullanarak takası geçersiz kılabilir.

BK.118/3, 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, ana alacağın doğduğu zamandır.), henüz zamanaşımına uğramamış idiyse takas yoluyla (takas alacağı olarak) ileri sürülebilir. Mesela ana alacak 1971 doğmuş, takas alacağı ise 1972 de zamanaşımına uğramış olsun. Bu durumda takas alacağı bugün dahi (1974 de) takas ile ileri sürülebilir. Bu çözümün gerekçesi şudur: Borçlu “Nasıl olsa ben bu alacağımı, dava etmesem bile karşı tarafın alacağını dava etmesi üzerine takas yoluyla ileri sürebilirim.” diye güven beslemiş ve bu yüzden alacağını süresi içinde dava etmemiştir.

5)BK.123, bir takım alacakların mutlak olarak aynen ödenmesi gerektiğini, söz konusu alacakların takas yoluyla ortadan kaldırılmayacağını söylemektedir. Bu alacakların BK.123’de sayılanları şunlardır:

a-Emanet almaktan doğan borçlar

b-Haksız olarak alınan ya da alıkonulan 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

2.

1)MK.864’ün düzenlediği hapis hakkının kullanabilmesi için alacak ile alıkonulan şey arasında bir ilgi (bağlılık) bulunması gerekir. Halbuki takasda karşılıklı alacaklar arasında bir ilişki bulunması gerekli değildir. Değişik alacaklar da takas edilebilir. Takas alacağının belirli bir miktar olması da aranmaz. BK.118/2’ye göre takas alacağı çekişmeli bile olsa takas yoluyla ileri sürülebilir. Takas alacağının olup olmadığını ve miktarını yargıç tespit eder. Borçlu, kendisinden dava edilen alacağa karşı takas denilen bozucu yenilik doğuran hakkını kullanır. Yargıç da söz konusu hakkın kullanma şartlarının mevcudiyetini saptar. Ana alacak da takas alacağı miktarında sona erer. Mesela ana alacak 1000, takas alacağı 700L. ise ana alacak 700L. miktarında sona erer. Yapılan takasla alacağın sona erdiği savunması, hakkın ortadan kalktığı itirazını teşkil eder ve yargıç tarafından re’sen nazara alınır. Takasın mutlaka karşılıklı (mütekabil) dava ile yapılması gerekli olmayıp özel bir açıklama ile de yapılabilir. Takas alacağının miktarı ana alaktan çoksa ve davalı, hem ana alacağı ortadan kaldırmak hem de aşan kısmı elde etmek istiyorsa karşılıklı (mütekabil) dava açması yerindedir.

2)İflas durumunda takas imkanı daha da genişlemektedir. Şöyle ki:

a-Kişi, iflas edince süreye bağlı olanlar bile olsa bütün borçlarının ödeme günü gelmiştir. Bunlara karşı takas da ileri sürülebilir. Zira takas alacaklarının ödeme günü gelmiştir.

b-BK.121’e göre iflasla ödeme günü gelmeyen taşınmaz rehnine bağlı alacaklar gibi

alacaklar da takas yoluyla ileri sürülebilir. Hukuk dilinde buna takasın güvence (teminat) görevi diyoruz. Şöyle ki: Alacaklı, iflas halinde çok defa alacağının tamamını alamazken borçlusuna karşı kendisinin de bir borcu olması durumunda takas ileri sürmek suretiyle alacağını tam olarak almış olmaktadır. Mesela müflisten 1000L. alacağıma mukabil 1000L. borcum var. Takas ileri sürersem ben, hiç zarara uğramayarak alacağımı tam olarak almış olmaktayım.

3) Borçlu, önceden anlaşma ile takasdan 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.

3. Alm. ve İsv. Türk hukuk sistemlerinde takas, Fr. ve Pandekt hukuklarında olduğu gibi kendiliğinden iki alacağın doğduğu anda sona 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.

4. Takasın Sonucu: Takas, borçlunun bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmasıyla olmaktadır. Şu kadar ki takas, sonuçlarını önceye etkili olarak doğurmaktadır, BK.122/2. Alm. MK.undan alınan bu kuralla Fr. MK ve Pandekt hukukundaki çözüme yaklaşılmıştır. Böylece takas, her iki alacağın takas edilebilecekleri günden başlayarak sonuçlarını doğurmaktadır. Mesela ana alacak 1970, takas alacağı ise 1971’de doğmuş olsun. Takas 1974’de kullanılsa bile sonuçlarını her iki alacağın takas edilebilecekleri 1971’den başlayarak doğurmaktadır. Yani borç, 1971’de ödenmiş sayılır.

Takasın önceye 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 idiyse acaba takas, önceye etkili olarak bu dönme olayını da ortadan kaladırır mı? Alm. MK.unda bu konuda açık kural vardır. Şöyle ki: Borçlu, gecikmeksizin alacaklının dönmelerinden hemen sonra takas yapmışsa; takas, dönme olayını da ortadan kaldırır. BK.muzda bu konuda açık kural yoktur ve Alm. MK.undaki bu çözümün BK.muzun 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 (satım sözleşmesi gibi) tesis etmişse, artık takasın dönme olayını ortadan kaldıramayacağı kabul edilmelidir. Bu durumu, münferit olaya bakarak tespit etmek gerekir.

5. Kural olarak takasın tek yanlı istek açıklaması ile kullanılması yeterli olduğu halde bazan karşılıklı anlaşmalar ile de takas yapılabilir. Bu şekilde yapılan takas anlaşmaları iki türdür:

1) Taraflar, anlaşarak birbirlerinden olan alacaklarını –aynı çeşitten olma ve ödeme günlerinin gelmiş bulunması şartlarını aramaksızın- ortadan kaldıracırlar. Burada sonradan yapılmış bir takas anlaşması söz konusu olduğu halde önceye etkilidir.

2) Önceden yapılan bir anlaşma ile takas ise cari hesaplarda görülür. Sonradan ayrıca istek açıklamasında 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.

6. Takas, mahsuptan da farklıdır. Haksız fiilden doğan tazminat davalarında mahsup söz konusu olur. Haksız bir fiil neticesi öldürülen hayvanın derisinin değerin uğranılan zarardan indirilmesi gibi. Nedensiz zenginleşmede; zenginleşen, zenginleşme konusuna yaptığı giderleri, zenginleşmeden mahsup edebilir. Mahsubu yargıç, re'sen nazara aldığı halde takası, hak sahibi dilerse kullanır.

Daha öncede belirttiğimiz gibi takas, hapis hakkından da farklıdır. Şöyle ki:

-Hapis hakkı, alacak ile ilgili bir konuda kullanılır.

-Hapis hakkı, yenilik doğuran bir hak olmayıp bir kaçınma (def'i) dır.

§ 63.ZAMANAŞIMI

1. Alacak haklarının kullanılması, yasalarca belli sürelerle sınırlanmıştır. Alacaklı söz konusu süreler içinde alacak hakkını kullanmazsa; alacak hakkı ortadan kalkmaz, fakat borçluya bu alacağı ödemekten kaçınma hakkı (def'i) tanınır. Def'i, mutlaka hak sahibince kullanılmalıdır. 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 ya hiç doğmamıştır ya da ödenmiştir. Bu yoldaki bir karineden dolayı BK.muz, zamanaşımına yer vermiştir. Böylece mahkemelerin yükü de azalmış olmaktadır.

2. BK.125'e göre alacak hakları, kural olarak zamanaşımı sürelerine tabidirler. Fakat taşınmaz rehnine bağlanmış alacak hakları, zamanaşımına uğramazlar. Bunun yanında nesnel (aynı) istemler (istihkak davası gibi) için de zamanaşımı söz konusu olmayıp böyle aynı istemler, kazandırıcı

zamanaşımı süreleri ile sınırlıdır. Mesela maliki, tarlası ile 30 yıl ilgilenmese bile mülkiyet hakkını kaybetmez. Fakat bir başka birisi, aynı tarlayı 10 yıl (ya da 20 yıl) malik gibi zilyed olarak kullanırsa tarlanın maliki olur. Burada da görüyoruz ki aynı haklar için kazandırıcı zamanaşımı süreleri söz konusudur. Yenilik doğuran haklar ise hak düşümü sürelerine tabidirler ve hak düşümü (sukût-ı hak) süresinin geçmiş olması, yargıça re'sen nazara alınır. BY.31'in istek bozukluklarında bir yıl içinde kullanılmak üzere iradesi sakatlanana tanıdığı bozucu yenilik doğuran hak gibi. Zira yenilik doğuran haklarda her şey tek yanlı işlemle olup bitmektedir. Alacak haklarında talep söz konusu olduğundan def'i mümkündür. Fakat miras hukukundaki tenkis ve iptal davaları, bozucu yenilik doğuran davalar olduğu halde istisnai olarak zamanaşımı sürelerine tabidir.

3.BK.125'e göre normal zamanaşımı süresi 10 yıldır. Her alacak, kural olarak 10 yılda zamanaşımına uğrar. Yasada başkaca bir süre belirtilmedikçe haksız fiil ve nedensiz zenginleşme davalarında da bir ve on yıllık zamanaşımı süreleri söz konusu olmaktadır.

BK.126, bazı alacaklar için beş yıllık kısa zamanaşımı süresi kabul etmiştir.

1)Kira paraları, faizler ve diğer önemli edimler

2)Erzak bedeli, nafaka alacakları, otel ve lokanta paraları

3)Zanaatkarların, perakende mal satanların ücret paraları; doktor, avukat, müstahdem ücretleri

Çünkü bu tür alacakların çabuk ödenmesi, karinedir.

BK.127'e göre yukarıda belirtilen zamanaşımı süreleri, anlaşma ile değiştirilemez.

4.BK.128'e göre zamanaşımı, alacağın ödeme gününün gelmesinden (süreyle bağlı alacaklarda sürenin bittiği, şarta bağlı alacaklarda şartın gerçekleştiği günden) itibaren başlar. Eğer alacağın ödeme gününün gelmesi bir fesh-i ihbara bağlı ise; fesh-i ihbar yapılmamış olsa bile zamanaşımı, fesh-i ihbarın caiz olduğu günden başlar. Mesela karzda fesh-i ihbar, sonuçlarını 6 hafta sonrası için doğurduğundan zamanaşımı 6 hafta sonrasını takip eden günden itibaren başlar.

Zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında da borcun ödenmesi sürelerine ilişkin kurallar (BK.76 v.d. md.ler) uygulanır.

5.Zamanaşımının Durması: BK.132, bir takım durumları zamanaşımının başlamasına, başlamışsa durmasına engel saymıştır. Söz konusu sebepler kalktıktan sonra zamanaşımı süreleri yeniden yürümeye başlar. Pandekt hukukunda bu hale praescriptia dormi denirdi. Zamanaşımının durma sebepleri numerus clausus olup yasada sayılanlardan ibarettir, yenileri ilave edilemez. Şöyle ki:

1)Velayet devam ettikçe çocuğun, ana-babasına karşı olan alacakları hakkında

2)Vesayet süresince vesayet altındaki kimsenin vasiye ya da vesayet makamlarına karşı

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 ikametgahını terk edip yabancı bir ülkeye gitmesinde olduğu gibi.) zamanaşımı süreleri işlemez.

Bunların dışında yasada ancak açık kurallar varsa zamanaşımı durur. Miras hukukunda resmi tasfiye sırasında mirisin alacak ve borçları hakkında zamanaşımının durması gibi.

6.Zamanaşımının Kesilmesi: Bazı sebeplerin vukuu halinde, o zamana kadar işlemiş olan zamanaşımı süreleri yanar ve zamanaşımı, 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 tanınmasıyla kesilir.

1)Zamanaşımını kesen borçlunun borcunu tanınması, bilgi açıklaması niteliğinde olup borçlunun tek yanlı istek açıklamasıyla olur. Borç tanınması zımni olarak da (bitirici fiil) yapılabilir. Borçlunun borcunun bir bölümünü (mesela faizlerini) ödemesi ya da borcuna kefil göstermesi gibi.

2)Alacaklının mahkemeye başvurusu, icra koğuşturması yapması, hakeme gitmesi zamanaşımını keser. Alacaklının yalnız edim davası değil tespit davası açması ya da alacağını mahkemede def'i yoluyla da ileri sürmesi, zamanaşımını keser.

7.BK.137, kesildikten sonra yeniden işlemeye başlayan zamanaşımı sürelerine şu kuralları bağlamaktadır:

1)Yeni zamanaşımı süresi, kural olarak eski zamanaşımı süresinin aynıdır. Fakat bu kuralın iki istinası vardır ki bu durumlarda eski zamanaşımının süresi ne kadar olursa olsun yeni zamanaşımı süresi 10 yıldır. Şöyle ki:

a-Borçlu, borcunu bir senetle ikrar etmişse 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 işlemiyle ve yargıcın her kararıyla zamanaşımı kesilir.

3)BK.137 gereğince alacaklının açtığı dava mahkemenin yetkisizliği ya da dava dilekçesindeki eksiklik yüzünden red edilir ve bu arada zamanaşımı süresi tamamlanmış olursa

alacaklıya yeniden dava açabilmesi için 60 günlük ek süre tanınır.

8.Zamanaşımı süresinin geçmiş olması; alacağın kendisini (muhtevasını) ortadan kaldırmaz, fakat borçluya zamanaşımına uğramış alacağı ödemekten kaçınma hakkı (def'i) verir. Borçlu, önceden yapacağı bir anlaşma ile zamanaşımı def'ini kullanmaktan vazgeçemez ise de zamanaşımı def'i hakkı doğduktan sonra bu hakkını kullanmaktan vazgeçebilir. İkinci halde alacak, dava edilebilir bir hale gelmiş olur. Zamanaşımı def'inden vazgeçmek zımnen de olabilir. Mesela borçlu, zamanaşımı def'i hakkı bulunduğunu bilmesine rağmen bir borç tanınmasında bulunursa (bir borç senedi verirse); bu halde zamanaşımı def'i hakkından zımnen vazgeçmiş sayılır. Borçlunun, alacaklısını aldatarak ya da korkutarak veya borcunu ödeyeceği yolunda bir güven yaratarak zamanaşımını geçirttiği halde sonradan zamanaşımı def'ini kullanmaya kalkışması, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiğinden alacaklıya bu durumda alacağını dava edebilmesi için uygun bir süre daha tanınmalıdır. 1955t.li YİBK.ında her ne kadar yeni bir zamanaşımı süresinin başladığı söylenmekte ise de bu teşhis, hatalıdır. Söz konusu olan alacaklıya dava açabilmesi için uygun bir süre verilmesi halidir.

9.Zamanaşımına uğramış borç, eksik bir borçtur. Bu kuraldan şu sonuçlar doğar:

1)Zamanaşımına uğramış borcu, borçlu ödediğinde bu gerçek bir ifa sayılır. Bağışlama değildir.

2)Zamanaşımına uğramış bir borç, takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış idiyse; böyle bir alacak, her zaman için takas yoluyla ileri sürülebilir.

3)Taşınmaz rehnine bağlanmış alacaklar, hiçbir suretle 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 alacağını rehin konusu şeyin satış parasından dava edebilir. Mesela 1000L.lık alacağım için bir saat rehin verilmiştir. Alacağın da üzerinden 15 yıl geçmiştir. Ben bu durumda alacağım zamanaşımına uğramış olmasına rağmen rehin saati satarak onun satış bedelinden alacağımı tahsil edebilirim.

10.BK.131'e göre asıl alacak zamanaşımına uğradığında yan haklar (faiz gibi) da zamanaşımına uğramış olur.

BK.129/1 ise, ölünceye kadar irat sözleşmesi gibi dönemli edimler doğuran borç ilişkileri için özel bir sona erme nedeni getirmektedir. Şöyle ki: İlk geciken periyodik edimin ödeme gününün gelmesinden başlayarak 10 yıl geçince, periyodik edimleri doğuran tüm borç ilişkisi ortadan kalkar. Mesela bağışladığı ev için sağlık boyunca irat alan bir kimsenin ilk ediminin ödeme gününün geçmesinden 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, söz konusudur?

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 borçlu; zamanaşımına uğramış borcunu öderse bu bir bağışlama sayılmaz. Gerçek bir ifa niteliğindedir. Hatta takas edilebileceği sırada zamanaşımına uğramamışsa, alacak hakkı sahibi tarafından her zaman için takas alacağı olarak ileri sürülebilir.

9.BÖLÜM

BORÇLARDA ÖZEL İLİŞKİLER

§64.SÖZLEŞME CEZASI (CEZAI ŞART)

1.Sözleşme cezası, şarta bağlı sözleşmelerin en önemli bir çeşitidir. Şart, bir hukuki işlemin sonuç doğurmasını gelecekteki ve belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı tutmak demektir. Sözleşme cezasında ise borçlu, borcunu gereği gibi ya da hiç ödemediği takdirde alacaklıya sözleşme cezası denilen bir para ödemeyi vaad eder. Mesela “sattığım radyoyu 1 Haziranda teslim etmezse geciktiğim her gün için 10L. sözleşme cezası ödemeyi vaad ediyorum.” dersem ve alacaklım da bunu kabul ederse durum böyledir. Ya da radyoyu hiç teslim etmezsem alacaklımla 1500L. sözleşme cezası ödemeyi kararlaştırabiliriz. Sözleşme cezasının iki faydası vardır:

1)Sözleşme cezasıyla borçlu, edimi gününde 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.

2.Sözleşme cezası, borcun hiç ya da gününde ödenmemesi durumunda işlenebilir. Fakat İsv. Türk hukuk sisteminde borcunu hiç ya da gününde ödemeyen borçlunun bunda kusurlu bulunması gerekmektedir. BK.161/2'ye göre borçlu, borcunu ödememekte kusuru olmadığını ispatlayarak

sözleşme cezasını ödemekten kaçınabilir. Pandekt hukukunda ise bu durum, tartışmalı idi.

3.Sözleşme cezası, alacağı genişleten bir yan haktır.

Ana alacak ile sözleşme cezası denilen yan hak arasındaki ilişki şu şekildedir:

1)Tarafların başkaca anlaşmaları yoksa sözleşme cezası hakkında BK.128'in getirdiği şu yedek hukuk kuralları uygulanır:

a-Sözleşme cezası, borcun ödenmemesi ya da kötü ödenmesi durumu için kullanılmışsa; BK.158/1 gereğince alacaklı, ancak ya borcun ya da sözleşme cezasının ödenmesini isteyebilir.

b-Sözleşme cezası, edimin vaktinde ya da ödeme yerinde ödenmesini sağlamak için (mesela geciken her gün için 10L. gibi) konulmuşsa; bu durumda alacaklı, hem edimin yerine getirilmesini hem de sözleşme cezasını isteyebilir. BK.158/2'ye göre alacaklı, gecikmiş olan edimi ihtirazi kayıt koymaksızın kabul ederse artık sözleşme cezası isteyemez.

2)Taraflar anlaşarak yasadaki bu düzenlemenin tersini kararlaştırabilirler. Mesela borçluya sözleşme cezasını ödemesi halinde sözleşmeden dönme hakkı tanınabilir. Bu takdirde ise borçludan, artık başkaca bir tazminat istenemeyeceği kabul edilmelidir. Hukuk dilinde bu duruma cayma akçesi ya da cayma cezası vaadi (wandelgön) denmektedir, BK.158/3. Bu yolda bir anlaşma yapıldığını ispat yükü borçludadır.

4.BK.159/1'e göre alacaklı, hiçbir zarara uğramamış olsa bile yine sözleşme cezasını isteyebilir. Yani sözleşme cezasının istenebilmesi için alacaklının bir zarara uğramış olması bir şart olmayıp, borçlunun kusurlu bulunması yeterlidir. Fakat bu konuda BK.159/2, hukuk sistemimize uymayan bir kural getirmektedir. Şöyle ki: Alacaklı, sözleşme cezasından daha çok bir zarara uğramamışsa; alacaklı, bu fazla zararı ancak borçlunun kusuru olduğunu ispatlayarak isteyebilir. BK.96'daki "Borçlu, borca aykırılıkta kusuru olmadığını ispatlamadıkça meydana gelen zarardan sorumludur." ilkesine bir çözüm getirmektedir. BK.159/2'deki bu kural, yani alacaklı, sözleşme cezası şart ederek daha elverişli bir duruma geçmek isterken; sözleşme cezasından daha çok bir zarara uğradığında, bu zararı tazmin ettirebilmesi için borçlunun kusurunu ispat zorunda kalması bakımından daha elverişsiz (güç) duruma düşmektedir.

BK.161/3'e göre yargıç, fahiş gördüğü sözleşme cezasını indirebilir. (Burada yargıcın, sözleşmeye müdahale etmesi söz konusu olmaktadır.) Fakat Ticaret Kanunu 24'e göre ticari ilişkilerde yargıcın bu tür müdahalesine olanak yoktur. Belki ticari ilişkilerde bu durumda BK.21'deki gabin haline ya da BK.19 ve 20 hükümlerine dayanılabilir.

5.Gerçek olmayan sözleşme cezaları (ceza benzeri vaadler): Bu durumda kişi, bir edimle yükümlü olmamakla beraber yerine getirmeyi vaad ettiği edimi kendi dileğiyle yerine getirmezse bir sözleşme cezası vaad eder. Uygulamada bu, taşınmaz mülkiyeti geçirimi edimlerinde çok görülmektedir. Taşınmazlarda bu tür vaadler, vaad edeni borçlu kılmamakla beraber, dolayısıyla o işi yapmaya zorladığı için gereken resmi biçime uyulmadan yapılmışsa geçersiz sayılmalıdır.

§ 65. PEY AKÇESİ

1.Taraflardan biri, uygulamada sözleşme kurulurken diğerine çok defa pey akçesi (arra) verir. Pey akçesinin yorumlanması konusunda Fransız hukuku ile Alm. ve İsv.-Türk hukuk sistemleri arasında fark vardır. Pey akçesinin 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.161/2'ye göre pey akçesi, taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğuna delil teşkil eder.

1)BK.156/1'e göre pey akçesi, bağlılık akçesi sayılır; sözleşmenin kurulduğuna delildir (arra confirmatoria). Pey akçesi ödeyen sözleşme ile bağlanmış olur, yoksa pey akçesini terk edip sözleşmeden cayamaz, sözleşmeyi yerine getirmek zorundadır. BK.156/2'ye göre tersine anlaşma ya da teamül yoksa pey akçesi asıl edimden indirilmez. Alm. MK da bu çözümü kabul etmiştir. Fakat tatbikatta tersine teamül 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 aldığı pey akçesinin iki katını vererek sözleşmeden cayabilir. (cayma akçesi: arra poenitentialis) Pey akçesi, şüphe halinde bağlılık akçası olarak kabul edilir. Fransız hukukunda ise pey akçesi, dönme (cayma) akçesi olarak yorumlanmaktadır.

3)Taraflar, anlaşarak bağlılık akçesi olarak yorumlanan pey akçesini ceza akçesi (arra poenalis) olarak kararlaştırabilirler. Avusturya MK, Polonya BK, Yeni İtalyan MK ve eski Ticaret Kanunumuz pey akçesinin ceza akçesi olarak yorumlanacağını kabul etmişlerdir. Ceza akçesinde durum şöyle olmaktadır: Ceza akçesini veren, kusuru ile sözleşmeyi yerine getirmezse ceza akçesini kesin olarak kaybetmiş olmaktadır. Cayma akçesinden farklı olarak ceza akçesi ödeyenin ayrıca sözleşmeden cayması da gerekli değildir. Ceza akçesinin sağladığı diğer bir kolaylık da şudur: Ceza akçesi alan kimsenin uğradığı zarar, aldığı ceza akçesinden fazla ise, bu fazlalığı ispatlayarak zararını dava edebilir.

2.BK.157'ye göre işverenin yaptığı ücret kesintisinin bir sözleşme cezası (yani işverenin, zarara uğramamış olsa bile alıkoyabileceği bir para) olarak değil de işverenin ancak gerçekten zarara uğraması durumunda, uğradığı bu zararın güvencesi sayılacağını belirtmiştir.

10.BÖLÜM

MÜTESELSİL BORÇLAR VE MÜTESELSİL ALACAKLAR

§ 66.MÜTESELSİL BORÇLAR

1.Müteselsil Borcun Mahiyeti: BK.142'ye göre alacaklı, birden çok borçlularından her birden alacağının tamamını isteyebiliyorsa; müteselsil borç vardır. Borç tamamen ödeninceye kadar borçluların sorumluluğu devam eder. Müteselsil borcun en önemli unsuru, borç ilişigidir. Borç ilişigi, alacaklı ile her bir borçlu arasında bulunur. Borç ilişiginden doğan münferit alacak hakları ise alacaklı ile müteselsil borçlulardan her biri arasında ayrı ayrı bulunmaktadır. Öyle ki alacaklının, müteselsil borçlulardan her birine karşı yarışan iki veya daha çok bir takım alacak hakları vardır. Teselsül de yarışmanın 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 teselsül değil yarışma söz konusudur. Teselsülün yarışmadan farklı olarak munzam şartı, söz konusu hakların aynı hukuki sebepten doğmuş olmalarıdır. Böyle Türk hukuk sisteminde – Iustinianus hukukundan farklı olarak- müteselsil alacakların, birbirinden bağımsız bulundukları kabul edilmiştir. Bu sebepler yüzünden borçlulardan biri için kefil olunduğunda, diğer borçlular için de kefil olunmuş sayılmaz. Müteselsil borç, fer'i borçtan da farklıdır. Mesela kefilin borcu, fer'i borçtur. Yani kefilin borcunun doğumu ve varlığı için ona borcun doğumu ve varlığı gerekmektedir. Adi kefilin borcu ise bundan ayrı olarak hem fer'i hem de talidir. Borç, ancak ana borçludan alınamadığı takdirde adi kefiliden istenebilir. Müteselsil borçlar, yek diğerinden gerek doğum gerekse mukadderat itibariyle müstakildir. Öyle ki müteselsil borçlulardan birinin borcu doğmasa bile diğerleri doğabilir. Müteselsil borçlar, bundan başka birinin fer'i olmadığı gibi tali borçlar da değildir. Alacaklı, her bir müteselsil borçluyu doğrudan doğruya dava edebilir.

2.

1)BK.muzun 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, ortaklaşa kusur ile bir haksız fiil işlerse, bu faillerin asli ya da fer'i fail olmalarına bakılmaksızın müteselsilen sorumlu olacakları 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 tüm edimi isteyebilir. Borçlulardan her birine karşı da icra takibi yapılabilir. Borcun tamamı müteselsil borçlulardan birinden alınır, 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.143/1'e göre yalnızca ortaklaşa savunmaları değil fakat şahsi savunmaları da ileri sürebilirler. Ortaklaşa savunmalar, borcun ortaklaşa doğum sebebinden çıkan ya da borcun muhtevassından oluşan savunmalar (def'i, itiraz, yenilik doğuran hak gibi) dır. Alacaklının ehliyetsiz olduğu, borcun konusunun imkansız bulunduğu, şekle bağlı akitlerde şekil noksanlığı ortaklaşa savunma olarak borçlulardan her biri tarafından ileri sürülebilir. Şahsi savunmalar ise borçlunun kendisinin ehliyetsiz olduğu kendi alacağı ile takas imkanı bulunduğu gibi savunmalardır. Müteselsil borçlulardan her biri kendi şahsi savunmasını ileri sürebildiği halde diğer borçlunun şahsi savunmalarını kullanamaz. Zira müteselsil borçlulardan her birinin borcu diğerinden müstakildir.

5)Her bir borçlunun borcunu diğerinden müstakil olmasından hareketle BK.144 şu prensibi koymaktadır: Müteselsil borçlulardan her biri, kendi fiili ile diğerlerinin durumunu ağırlaştıramaz. Şöyle ki:

a-Müteselsil borçlulardan biri, alacaklı ile anlaşarak sözleşme cezası kabul ederse ya da daha önce ödemedede bulunacağı vaadinde bulunursa; bu, ancak kendi borcunu ağırlaştırır.

b-Müteselsil borçlulardan biri, borcunu ödemedede 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 imkansız kılarsa; BK.96'ya göre ancak kendisi sorumlu tutulur. Diğerleri de BK.117 gereği, kusursuz imkansızlık nedeniyle borçlarından kurtulurlar.

d-Müteselsil borç, zamanaşımına uğramış olup da müteselsil borçlulardan biri zamanaşımı

def'i hakkından vazgeçerse; ancak kendi def'i hakkını kaybeder, ötekilerinin def'i hakkı saklıdır.

e-Müteselsil borçlulardan biri davayı kaybederse, bundan ötekileri zarar görmez. Kesin hüküm, ancak davacı ile kendisine dava açılanı bağlar.

6)BK.145'e göre müteselsil borçlulardan biri, alacaklıyı tatmin ederse; ötekiler de borcundan kurtulur. Alacaklıyı tatmin; ifa, takas, ifa yerine edim v.s. ile olabilir. BK.145/2'ye göre borçlulardan biri, alacaklıyı tatmin etmeksizin borcundan kurtulursa; diğerlerinin de borcundan kurtulup kurtulamayacaklarını anlamak için duruma ve borcun mahiyetine bakmak gerekmektedir. Durum ya da borcun mahiyeti haklı gösteriyorsa, ancak o zaman diğerleri de borcundan kurtulmuş olurlar. Alacaklıyı tatmin etmeksizin borçlunun borcundan kurtulması şu şekillerde olabilir:

a-İbrada; yalnız alacaklının ibra ettiği borçlu borcundan kurtulur. Diğerleri yararlanamazlar. Fakat aksi durumdan anlaşılabilir ya da kararlaştırılabilir. Mesela müşterek senedin iadesi, diğerlerini de borcundan kurtarır.

b-Tecditte 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 ederek kesin hüküm elde eden borçlu, sadece kendisi kesin hükümden yararlanır. Kesin hüküm, diğer borçlulara tesir etmez.

e-Fakat edimin kusursuz imkansızlığı durumunda, tüm müteselsil borçlular, borçlarından kurtulurlar.

7)Müteselsil borçlulardan biri, borcun tümünü öderse; BK.146'ya göre diğer borçlulara rücu edebilir. Mesela B, vekillik ilişkisi yüzünden borçlu olmayı müteselsilen kabul etmişse; alacaklı A'dan hakkını alırsa A ile B arasında rücu anlaşması olmadığından A, B'ye rücu edemez. Rücu, alacaklının ibra ettiği müteselsil borçluya karşı dahi vardır. Yani misalde alacaklı B'yi ibra etmişse dış münasebet bakımından ona başvurmaya imkan 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. Mesela 100L.lık borç için A, 80L.lık ödeme yerine edim vererek tüm borcu ödemişse B'ye ancak 40L. için rücu edebilir. Müteselsil borçlulardan biri, borcun yalnız bir bölümünü öderse; iç ilişkide ancak kendine düşen payı aşan kısım için diğer borçlulara müracaat edebilir. Ortak savunmaları bildiği halde kusurlu olarak bunları ileri sürmeksizin ödemedede bulunan borçlu, diğerlerine rücu edemez. BK.146/3'e göre müteselsil borçlulardan biri diğerlerine rücu hakkını kullanınca; diğerlerinden birinden kendine düşen payı elde edemezse; ödeyen borçluda dahil olmak üzere hepsi, elde edilemeyen bu payı yüklenirler. A, B, C, D müteselsil borçlulardan biri tüm borcu (1200L.yı) öder ve diğerlerine rücu ederse; fakat içlerinden biri kendi payını ödemezse onun payı, diğerleri tarafından ortaklaşa yüklenirler.

8)BK.147, borcun tümünü ödeyene rücu hakkından başka olarak bir de halefiyeti imkanı tanımıştır. Ödeyen müteselsil borçlu, ödediği miktar için alacaklıya halef olur. Yani alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlu, rücu hakkı olduğu nispette; alacaklının hakları ona geçer, alacaklının haklarına halef olur. BK.147/1 gerek bizde gerek İsv.de yanlış yazılmıştır. Doğrusu şöyle olmalıdır: “Alacaklıya ödemedede bulunan müteselsil borçlulardan her biri, rücu hakkı olduğu nispette alacaklıya halef olur.” Yani alacaklının alacak hakkı, fer’i haklarla birlikte ödeyene geçmektedir. Alacaklının müteselsil borçlulardan birini ibra etmesi, rücu hakkını kaldırmaz; fakat halefiyeti kaldırır. Mesela alacaklının ibra yoluyla müteselsil borçlu B’yi borcundan kurtarması durumunda, artık alacaklının dahi B’ye karşı bir alacak hakkı olmadığı için B’ye karşı olan bu alacak hakkı ödeyen kimseye yani A’ya geçmez; A, halef olmaz. Böylece A’nın B’ye yarışan iki hakkı değil yalnız rücu hakkı vardır.

9)Türk hukukunda teselsül, ancak aynı hukuki sebepten doğan alacaklarda olabilir. Müteselsilen yapılan sözleşmede, sözleşme konusunun aynı olması gerekmektedir. Birden çok kişiler aynı hukuki sebepten dolayı borçlanmışlarsa; BK.51 gereğince aralarında teselsül değil yarışma vardır ki buna eksik ya da gerçek olmayan teselsül de denir. Teselsül ile yarışma arasındaki başlıca fark ikidir:

a-Ancak teselsülde BK.134 gereği müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımı kesilirse, ötekilere karşı da kesilir.

b-Ancak teselsülde halefiyet söz konusudur. Yarışmada halefiyet yoktur.

§ 67.ALACAKLILAR ARASINDA TESELSÜL

1.Birden çok alacaklılar, borçludan tüm edimi isteyebilir ve borçlu da bunlardan birine karşı ödemedede bulunmakla borcundan kurtulabilirse, alacaklılar arasında teselsül vardır. BK.148’e göre alacaklılar arasında teselsül kendiliğinden doğmayıp bunu alacaklılara ya borçlu tanır, ya da kanun hükmüne dayanır. Teselsül konusunda anlaşma, sarih ya da zımni olabilir. Teselsülün gayesi; gerek alacaklılara haklarını kolayca takip imkanını vermek, gerekse borçluya alacaklılardan birine ödemedede bulunarak borcundan kurtulma imkanını sağlamaktır. Kanun hükmüne dayanan teselsülü kiracının kiracısında görürüz. İkinci kiracıya karşı gerek kiralayan gerekse ilk kiracı müteselsil alacaklı durumundadır.

2.Müteselsil borçlarda olduğu gibi müteselsil alacaklarda da bir borç ilişkisi ve bundan doğan birbirinden bağımsız müteselsil alacak hakları vardır. Burada da müteselsil alacaklılar, kendi alacak haklarında bağımsız tasarrufta bulunabilirler; yani alacak haklarını devredebilirler, ibra edebilirler. Birinin zamanaşımının kesilmesi, ötekinin de zamanaşımının kesilmesini gerektirmez. Bunlar arasındaki başlıca bağlılık, BK.148/2’ye göre; borçlu müteselsil alacaklılardan birine edimde bulunursa ötekilere karşı da borcundan kurtulmuş olur. Bundan başka müteselsil borçlardaki gibi müteselsil

alacaklılardan biri, kendi fiili ile diğer alacaklıların durumunu ağırlaştıramaz.

3.Müteselsil alacaklılar arasında eşitlik, bunlardan birinin koğuşturma yapmaya başlamasına kadar sürer. Borçlu, ancak bu ana kadar alacaklılardan birine ödemede bulunarak borcundan kurtulabilir. Bu andan itibaren borçlu, ancak takibat yapan alacaklıya ödemede bulunarak ötekilerine karşı da borcundan kurtulabilir.

4.Müteselsil alacaklılar arasında da iç münasebette rücu hakkı mevcut olabilir.

§ 68.BÖLÜNMEZ EDİMLİ BORÇLAR

1.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 eksilmedikçe bölünemeyen edim demektir. Bir elbisenin dikimi gibi.

2.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.

3.Birden çok borçlular, bölünemeyen bir edimle borçlanmışlarsa; BK.69’a göre (ikinci fıkra) borçlulardan her biri tüm edimi ifa ile mükellef olurlar. BK, borçluların teselsülüne benzeyen bu tezahürü teselsül saymamıştır. Buna rağmen burada teselsül hükümlerinin en önemli kuralı olan rücu ve halefiyet uygulanır. Oysa BK.nun teselsülü kabul etmesi yerinde olurdu.

11.BÖLÜM

BORCUN NAKLİ VE ALACAĞIN DEVRİ İŞLEMLERİ

§ 69.ALACAĞIN DEVRİ

1.Roma hukukundaki eski anlayışa göre bir borç ilişkisi, alacaklı ile borçlunun şahıslarına bağlı bir ilişkiydi. Bu yüzden de eski Roma hukukunda alacak hakkı başkasına devredilemiyordu. Daha sonraki devirlerde bu kurumun yerini yenileme ve tahsil yetkisi kurumları doldurmuştu. Alacaklı, alacağını devredeceği kimseye tahsil yetkisi (vekaleten) verir ve tahsil ettiği alacağın da kendisinde kalacağını kabul ederdi. Bu usul, Pandekt hukukunda da devam etti. Bugünkü hukukta BK.161'e göre alacaklı, kaideden borçlunun rızası hatta bilgisi bile olmaksızın alacağı başkasına geçirebilir. Alacağın devri, devredilenle devreden arasında yapılan bir akitle olur. Bu akit, bir borçlandırıcı işlem olmayıp alacak hakkına doğrudan doğruya tesir eden bir harcama (tasarruf) işlemidir. BK.1 v.d.ındaki akdin kurulmasına ilişkin kurallar burada da uygulanır. Alacağın devri, şarta bağlı olarak da yapılabilir. Kazandırıcı bir işlemdir. Bu işlemle bir mal veya hak kazandırıldığında mütaden bir hukuki nedeni vardır. Hibe, ifa, ifa yerine edim gibi. Halbuki bir neden olmaması durumunda sebepsiz iktisap teşkil eder. Alacağın temliki, hukuki nedenden ayrı bir işlemdir. Çünkü alacağın devrinde; borçluya, alacağın devrinin hukuki sebebini araştırmak yükümünde bırakmaksızın yalnızca alacağın devri işlemine bakarak borcunu ödeyip borcundan kurtulması imkanı sağlanmaktadır. Borçlu hukuki sebebin geçerliğini araştırmak zorunda değildir. Hukuki sebep gerçekleşme bile alacak yine geçmiştir. Eğer alacağın devri hukuki nedene bağlı olsa idi, borçlu bu hukuki sebebi araştırmak mecburiyetinde kalacaktı.

2.Müşterek hukuk ve Alm. Hukukundan farklı olarak BK.169'a göre alacağın geçirilmesi şekle bağlıdır. Aksi halde devir muteber olmaz. Bu hükmün gayesi, yine devrin mücerret oluşu gibi borçluya yeni alacaklısını kolayca tanıyabilme imkanını vermektir. BK.11 v.d.ındaki yazılı şekle ait hükümler, burada da uygulanır. Şeklin tamamlanması için, tek şart devredeninin imzasının bulunmasıdır.

3.BK.162'ye göre alacağın devredeceğini borçlanma (harcama işlemine esas teşkil eden borçlanma işlemi) şekilsiz olarak yapılabilir. Çünkü alacağın devri için borçlanma; bir ön akit sayılmaz. Sayılsaydı şekle bağlı olması gerekirdi.

4.Devredeninin, alacağın devretmesinin bir sonucu olarak hiçbir hakkı kalmaz. Alacak devralanın tasarrufuna geçer.

5.Alacağın geçirilmesi, sebebe bağlı olmayan bir kazandırma olduğu için inançlı olarak da yapılabilir. Mesela tahsil etmesi için alacak, üçüncü kişiye geçirilebilir. Fakat aynı alacak temsil yetkisi verilerek de tahsil ettirilebilirdi. Yine devralana karşı olan bir borcu sağlamak için de alacak, inançlı olarak geçirilebilir. Alacağı rehin edecek yerde inançlı olarak devralana geçirmek de mümkündür. Borcunu ödeyince alacağı, devralan devredene geri verecektir. Bu hüküm kıyasen rehin hakkına da uygulanır.

§ 70.ALACAĞIN DEVRİNİN HÜKÜMLERİ

1.BK.162'ye göre alacağın geçirilmesinin konusu, borç ilişkisi olmayıp borç ilişkisiinden doğan münferit alacak haklarıdır. Mesela bir satım sözleşmesinde satıcı, ancak ferdi alacağını (semeni) başkasına geçirebilir. Yoksa borç ilişkisini (satıcı durumunu) başkasına devredemez. Böylece söz konusu borç ilişkisiinden kendisi için doğan borçlar yine kendisinde kalır. BK da bu yolda münferit 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.254/3'e göre yeni malik fesh-i ihbarda bulunmazsa; kiraya verenlik durumu (eski malikin) kül halinde kanun gereğince yeni malike geçer. BK.162/1'e göre kaideten (yani aksine bir anlaşma ya da kanun hükmü bulunmadıkça veya borç ilişkisinin mahiyeti mani olmadıkça) bütün alacaklar başkasına devredilebilirler. Bu kaidenin bazı istisnaların vardır. Şöyle ki:

1)Kanun hükmü gereği olarak bazı alacakların devredilmesi men edilmiştir. mesela işveren hizmet alacağını, ölünceye değin bakan bakım alacağını başkasına devredemez. Kanun hükmü buna engeldir.

2)Hukuki ilişkinin mahiyeti de eğer edimin konusunda değişme olacaksa alacağın geçirilmesine engeldir. Mesela alacaklının ihtiyaç durumuna göre değişen nafaka alacağı başkasına devredilemez.

3)Alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşma (pactumde non cedendo) ile de bir alacağın devri önlenabilir.

Bu üç durum dışındaki bütün alacaklar devredilebilir.

2.Yukarıdaki sebeplerden dolayı başkasına geçirilemeyen alacakların devri işlemler geçersizdir, alacaklar devredilmemiş sayılır. Fakat BK.162/2'ye göre başkasına geçirilemeyeceği kararlaştırılan bir alacağı (anlaşma ile) iyi niyetle kazanan kişinin, bu kazanması korunur. Yani iyi niyetli üçüncü kişiye alacağın devredilemeyeceği 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 conversion (tahvi) dediğimiz müesseseye 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, devreden temsilcisi olarak alacağı tahsil edilebilir.

3.Alacaklar, ödeme günü gelmeden de devredilebilirler. Bundan başka geciktirici şarta bağlı alacakların da şartın gerçekleşmesinden önce devredilmesi mümkündür. Yine bunu gibi dar manada gelecekteki alacaklar (henüz kiralanmamış bir evin kira ücreti, satılmamış bir malın semeni) üçüncü kişiye devredilebilir. Öyle ki şart gerçekleşince ya da söz konusu mal satılınca veya kiralanınca alacak, devredilenin şahsında doğar, yeni bir devir muamelesine gerek yoktur.

4.MK.868/1 gereği olarak ancak başkalarına geçirilebilen alacaklar, haczedilebilirler ya da

rehnedilebilirler.

5. Ayni talepler (istihkak davası, müdahalenin mer'î davası, eğer söz konusu bir taşınmaz ise tapu kütüğünün çizimi davası) başkalarına devredilebilirler mi? Bildiğimiz gibi ayni talepler, bir alacak hakkı değildirler. Mülkiyetini isteyen kimse (istihkak davasında), başkasının mamelekinden bir edim istememekte; bihakis kendi hakkını istemektedir. Bu sebeple nesnel taleplerin üçüncü kişilere devri önce Pandekt hukukunda ve oradan da Alm. ve İsv. Hukuklarında kabul edilmiştir. Von Tuhr haklı olarak istihkak talebinin üçüncü kişiye devrinin İsv. Hukuk sistemine uymayacağını söylemektedir. Nesnel taleplerin üçüncü kişilere devrine cevaz verirsek; malik, mülkiyet talebini başkasına geçirince davasız (takip imkanından uzak) bir mülkiyete sahip olmuş olacaktır. Öyle ki malına yapılan tecavüzleri mülkiyet davaları ile koruyamayacaktır. Böylece İsv. hukukunda “davasız bir mülkiyet” kavramı ortaya çıkmış olacaktır ki bunu kabul imkanı yoktur. Oysa Türk hukuk sisteminde “takipsiz mülkiyet” tanınmadığı için nesnel taleplerin üçüncü kişilere geçirilmesine de cevaz verilmektedir. Bundan dolayı bu ihtiyaç, Türk hukukunda temsil yetkisi verilerek karşılanabilir. Yani malik, başkasına mülkiyet talebini ileri sürmesi için temsil yetkisi verebilir. Böylece malikin mülkiyet talebi de saklı kalmış olur.

§ 71.ALACAĞIN DEVRİNİN ÇEVRESİ (SINIRLARI)

1.Alacağın devrinin çevresi, tarafların isteğine göre belirlenir. Böylece alacaklı, alacak hakkının tamamını ya da bir bölümünü üçüncü kişiye geçirebilir.

2.BK.168/1'e göre alacağın devrinde, alacaklının şahsına ilişkin olanların dışındaki başkaca rüçhan (üstünlük) hakları ile fer'î haklarda alacakla birlikte alacağı devralana geçer. Bu, yasadan doğan bir geçiştir (essentialia negatii). Alacak ile geçen fer'î hakların başlıcaları şunlardır:

a-Rehin, kefalet gibi alacağı sağlayan fer'î haklar. Mülkiyeti saklı tutma hakkının maddi anlamda bir fer'î hak olup olmadığı, yani geçirilene kendiliğinden geçip geçmeyeceği tartışmalıdır.

b-Faiz gibi alacağı genişleten fer'î haklar. BK.168/3'e göre birikmiş faizler de bu gruba girer. Akit cezası da henüz gerçekleşmese dahi yine kendiliğinden fer'î hak olarak devralana geçmektedir.

c-Alacağa bağlı olan yenilik doğuran haklar da yine kendiliğinden devralana geçmektedir. Takas, seçim, borçluya son süre vererek borcun ödenmemesi yüzünden tazminat talebi hakkı gibi. Fakat borç ilişkisine bağlı yenilik doğuran haklar ise alacağı devralana geçmez. Mesela temerrüt halinde rücu hakkı yine eskisi gibi borç ilişkisine bağlı olarak alacağı devredende kalır. Böylece alacağı devralan sadece alacağın ödenmemesi yüzünden tazminat isteyebilmektedir. Akdi feshetme, ya da rücu

hakkı yoktur.

MUHTELİF VİZE SORULARI

-1-

Bayan B, Bay A'nın kumaş dükkanına kumaş almak için girmiş. Tezgahtarın yüksek bir rafta bulunan kumaş topunu Bayan B'nin başına düşürmesi üzerine Bayan B, başından yaralanmıştır.

Soru: Dükkan sahibi Bay A, yardımcısına gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir mi?

(Cevap için bkz. 169-171 s.): **Cevap:** BK.55'e göre çalışma yardımcısı kullanan kimse, çalışma yardımcısının kendisiyle arasında bir borç ilişkisi bulunmayan(üçüncü) kişilere verdiği zarardan dolayı çalışma yardımcısına gereken özeni gösterdiğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Fakat BK.100'e göre ise ödeme yardımcısı kullanan kimse, ödeme yardımcısının kusuruyla alacaklıya verdiği zarardan mutla olarak sorumlu olur, yani gereken özeni gösterdiğini

ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz.

Olayımızda B ile A arasında satım sözleşmesinden doğan bir borç ilişkisi yoktur. Fakat 19. Asrın ünlü Alm. Hukukçusu Jhering'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 tarafa zarar vermeme borcudur. Bu durumda da sözleşmenin kurulmasından önce doğmuş bir kusur(culpa in contrahendo) vardır ve bu bir borca aykırılık niteliğindedir. Bu yüzden olayımızda B'yi BK.100'e göre sorumlu tutarız. Bu halde de B'nin gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkanı yoktur.(Alm. İmparatorluk Mahkemesi "Muşamba olayı"nda aynı çözümü benimsemiştir.)

-2-

A, iflas 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.)

-3-

Zengin bir fabrikatör olan A'ya karşı oğlu B; şarkıcı C ile evlenmeyeceğini, evlendiği takdirde 100.000L. sözleşme cezası ödeyeceğini vaad etmiştir.

Soru: Bu vaad; geçerli midir? Değil midir? Niçin?

(Cevap için bkz. 206 s.)

-4-

A, zamanaşımı süresi geçtikten sonra B'ye karşı alacak davası açmıştır.

Soru: Yargıç, görevinden ötürü bu davayı red edebilir mi?

Burada nasıl bir borç söz konusudur?

(Cevap için bkz. 391-392 s.)

-5-

Bursa’da oturan A, İstanbul’da oturan B’ye sahip olduğu kamyonu 100.000L.ya satmayı kabul ettiğini bildiren bir cevap mektubunu 1 Martta göndermiştir. Ne var ki 2 Martta A’nın kusuru olmadan çıkan bir yangın sonucu, kamyon yanmıştır. Mektup B’ye 3 Martta varmıştır.

Soru: A, B’den 100.000L.yı isteyebilir mi?

(Cevap için bkz. 144-145 s.)

-6-

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 için bkz. 224-225 s.)

-7-

A, ölümünden sonra çocuklarının tenkis davası açmalarına engel olmak için B’ye satış gibi göstererek bir ev bağışlamıştır.

Soru: Böyle bir bağışlama sözleşmesi geçerli midir? Geçerli olmadığı farz edilse bile A’nın, geçersizliği bile sözleşmeyi yerine getirerek evi B adına tescilinden sonra bu geçersizlik ileri sürülebilir mi?

Buna göre A’nın ölümünden sonra; A’nın çocukları, B’ye karşı nasıl bir dava açabileceklerdir?

(Cevap için bkz. 232-c ve 231-b’deki tenkit s.)

-8-

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: B, her ne kadar süresi içinde bağlanmama(bozma) iradesini açıklamamışsa da borcunu da ifa etmiştir. Bu durumda BK.60/3 gereği kendisini ifaya zorlamak için açılan davaya karşı def’i savunmasında bulunarak borcunu ifadan kaçınabilir. Çünkü mevcut durumun devamını amaçlayan def’iler zamanaşımına uğramazlar, her zaman kullanılabilirler.

(Cevap için bkz. 250-251 s.)

-9-

A, borçlu olduğunu sanarak B'ye bir buzdolabı göndermiş; B'de bu buzdolabını işin gerçeğini bilen C'ye 5000L.ya satmıştır.

Soru:1) A, C'ye karşı buzdolabını geri vermesi için dava mı açmalı yoksa B'den 5000L.yı mı dava etmelidir?

Soru:2) B, iyi niyetli olup da buzdolabını C'ye bağışlasaydı; durum ne olurdu?

(Cevap için bkz. 297-298 s.)

-1-

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 10.000L.yı 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 tüm olarak sona erer. A, ayrıca B'den 10.000L.yı isteyemez. Fakat olayımızda ödeme uğruna edim söz konusu olduğundan B'nin borcu, kamyonun satımından A'nın eline geçen 90.000L. oranında sona ereceği için A, ayrıca kalan 10.000L.yı B'den dava edebilir. Tereddüt halinde ödeme uğruna edim kabul etmek, her iki tarafın da yararınadır.

-2-

A, B'den 100.000L.ya 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 ödemediği dava açmış olduğu resen göz önünde tutarak davayı red edebilir mi?

Cevap 1)B'nin yapacağı sözleşmenin ödenmediği savunması hakkında iki görüş vardır:

a-Keller'in savunduğu davanın şartı görüşüne göre bu savunma hakkın doğmadığı itirazı niteliğindedir. Bu hakkın sahibi taraf kullanmasa da yargıç tarafından re'sen göz önünde tutularak davacının davası red edilir.

b-Heerwart'ın savunduğu genel ve teknik anlamda def'i görüşüne göre B'nin yapacağı sözleşmenin ödemediği savunması gerçek ve teknik anlamda bir def'i olduğundan yargıç, A'nın 100.000L.yı B'ye ödemediğini açmış olduğunu re'sen göz önünde tutarak davayı red edemez. B, bu hakkını dilerse kullanır ve eğer kullanırsa A'nın açtığı dava red olunur.

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 100.000L. ödemesi durumunda bu, B için bir nedensiz zenginleşme teşkil edeceğinden A, nedensiz zenginleşme davası açarak B'den ödediği 100.000L.yı geri isteyebilir.

Fakat genel ve teknik anlamda def'i görüşüne göre ise A'nın def'i hakkını kullanmadan 100.000L.yı ödemesi; onun def'i hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanır. Def'iler de re'sen nazara alınmayacağından A, yine kendi borcunu ödemiştir(eksik borç). Nedensiz zenginleşme davası açarak ödediğini geri isteyemez.

-3-

C, B'nin borcu için A'da rehin duran altın saatini rehinden kurtarmak için borcu ödemiştir.

Soru: C, B'ye ne gibi hukuki nedenlere dayanarak başvurabilir (rücu edebilir)?

C, bu borca kefil olmuş K'ya da başvurabilir mi?

Cevap: C, B'ye iç ilişkiye dayanarak başvurabileceği gibi dış ilişki bakımından da halefiyet söz konusu olduğundan C, A'ya ödediği miktarda A'nın halefi olarak da rücu edebilir. (Burada yarışan iki hak söz konusu olmaktadır.) BK. hükümlerine göre üçüncü kişi, rehin duran malını kurtarmak için ödemedi bulunmuşsa alacaklıya halef olmaktadır. Olayımızda da aynı durum söz konusu olduğundan B'ye halefiyete dayanarak da rücu imkanı vardır.

Halefiyette alacak bütün yan haklarla beraber yani alacaklıya geçtiğinden kefilin(K'nın) kefalet borcu da devam etmektedir. Bu yüzden şartları varsa C, kefil K'ya da başvurabilir.

-4-

A, B'ye 50.000L.ya 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 vermeyi önermek zorunda mıdır?

Cevap 1) A, sözleşmeden doğan edimden vazgeçerek uğradığı zararların tazminini isteyecekse, normal bir satım ilişkisi söz konusu 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 def'ini kullanarak A'nın olumlu zararlarını tazminden 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 fark müspet zarar olarak B'den tazmin edebilir.

-5-

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, söz konusudur?

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 borçlu; zamanaşımına uğramış borcunu öderse bu bir bağışlama sayılmaz. Gerçek bir ifa niteliğindedir. Hatta takas edilebileceği sırada zamanaşımına uğramamışsa, alacak hakkı sahibi tarafından her zaman için takas alacağı olarak ileri sürülebilir.