1973 – 1974

"BORÇLAR HUKUKU
GENEL HÜKÜMLER"

Ders Notları

Prof. Dr. İsmet Sungurbey

Kitap No: 6 (BK. 1–188)

Cevdet Yavuz
İÜHF BI 343

I. Bölüm
BORÇLARIN GENEL ESASLARI

§1 GİRİŞ

I — BORÇLAR HUKUKUNUN KONUSU: Obligare — Obligatio.

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

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

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

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

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

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

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

4) Borç ilişkisi ve münferit borcun sona ermeden değişiklik. Anlaşma (ikale), sürenin geçmesi, sözleşmeden dönme (rücu), bozucu şartın gerçekleşmesi borç ilişkisinin; ifa, takas, ibra, yenileme münferit borcun başka sona ermeden nedenleridir.

Alm. Siber, borç ilişkisini canlı bir organizmaya benzetir.

II — BORÇLAR HUKUKU İLE NESNELER HUKUKUNUN ALANLARI: Bu alanları söyleyebilmek için şöyle diyebiliriz: Bir nesne üzerinde doğrudan doğruya ve mutlak bir surette egemenlik hakkı veren ilişkiler nesnelere hukuku alanına girmektedir. İntifak, mülkiyet, rehin gibi. Buna karşılık yalnızca kişisel bir hak veren, ancak borçluya karşı ileri sürülebilen haklar, borçlar hukuku alanına girmektedir.

III - Borçlar hukukunun Tarihsel temelleri: Roma hukuku, en çok borçlar hukuku alanında medeniyetlere etkilemiştir. Özellikle borçların kaynakları Gaius'un eserine benzemektedir. Borçların sona ermesi, temerrüd, ponca-nexi borcu gibi hukuklar Romanistlerden alınmıştır. İktisadi ihtiyaçların zamanla değişmesi Ortaçağda Avrupaya Roma hukukunu daha da yaygınlaştırmış ve iktibas (reception) yapılmıştır.

hadisesinin zuhurunu yol açmıştır. Bu kitaba eserler hukuku, sonraları müstesna, pandekt hukuku gibi isimler almıştır. Bilhassa Almanyada bütün memleket için bu tesanüfler sayesinde ortak bir hukuk doğmuştu. O zamanki Alm. hukukunda genel olarak su idi: Şehir hukuku, eyalet hukukundan; eyalet hukuku müstesna hukukun önüne geçti.

Roma hukuku, Fransada da etkili oldu. Domat, Pothier (Code Civil'i hazırlayanlar) gibi yazarlar Fr.da bu etkinin yerleşmesine önemli katkıda bulundular. Alm.da Roma hukukunu kabulünde bilimsel kişiliklerden sonra dört: Bernburg (Pandektler hukuku), Savigny (Roma hukukunun tarihi - 8 cilt), Windscheid (Pandektler hukuku).

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

MK (BK muz benzer.) Kanunlaşma ve Japonya gibi bazı ülkeler Alm. MK'nu ikibaşlı olmuşlardır.

İsv. MK'nu Prof. Eugen Huber, havuzundan hazırlanmıştır. Huber'in dost cilt'lik "İsv. Hukuk Sistemi ve Tarihi" adlı eseri vardır. İsviçre codificationundan ön eğilim hakimdir:

— Fransaya yakın kantonlar Fr. MK'nu,
— Almanya-Avus. ya yakın olanlar Alm.-Avus. MK'nu aldılar.
— Zürih kantonu, Prof. Blumenthal tarafından yapılan orijinal bir MK kabul etti.

Önce Borçlar hukukunun codificationu fikri vardır. 1881 de eski İsv. BK meri oldu. Kaynaklar: Zürih kantonu MK'u, Alm. Dresden BK Tasarısı ve Eski Alm. Ticaret Kanunu. 1907 de MK ile birlikte tekrar gözden geçirildi ve 1912 de MK'la beraber meri oldu. 1926'da Türkiye tarafından iktibas edildi. Fakat bu iktibasta MK'nun kantonlardan bahsedenkısımları ile BK'nun sonundaki ticari mukavelat düzenleyen hükümleri bize alınmamıştır. Şunları eğer bu TK'mız vardır.

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

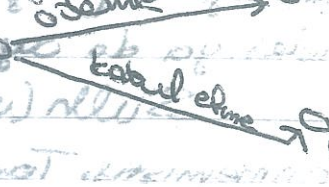
1 — Genel kurallar (BK. 1-181): Borçların doğumu, sonuçları ve sona erme sebepleri düzenlenir. Borçların

kaynaklarını 3 grupta toplanmaktadır:

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

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

2 — Çeşitli borç ilişkileri (BK. 182-543): Akdin Muhtelif Nevileri, oldukça düzenlenmişse de bu ibare yanlıştır. Zira söz konusu bölümde vekâletsiz iş görme, havale gibi sözleşme niteliği taşımayan işlemler de düzenlenmiştir. (Havale, ibri başka yere ödeme veya kabul edilmesi halidir. A'nın B'ye ödeme, C'ye de kabul edilmesi gibi. Havalenin özelliği düzenlenmiş şekli poliçedir.)



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

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

b) Kullandırma sözleşmeleri: Kira, ariyet (ödünç mal meccanen kullandırma-işareti) gibi sözleşmelerdir. Bu da ödünç vardır ki bununla benzeri bulunabilen malların mülkiyeti naklolunur. Ödünç alan sonradan aynı miktarda benzeri bulunabilen bir malın mülkiyetini ödünç verene geçirme borcu altına girer.

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

d) Tehlikeli (riskolu) sözleşmeler: Burada borçlu öncesinden ne gibi bir tehlikeyle karşılaşacağını bilemez. Kumar ve bahis, kefalet, ölünceye kadar bakma, ölünceye kadar gelir sözleşmeleri gibi (BK. 19 - e20, sözleşme özgürlüğü) gelirler. Bunun için taraflar aktif sözleşmeler, ya da aşırı kuallar düzenleyebilirler.)

Sulh (uzlaşma) sözleşmesi: BK'nca düzenlenmemiştir. Tarafların karşılıklı fedakarlıklar yoluyla çekişmeli, ya da belirsiz bir durumu sonlandırmalarıdır. Bu, bir tespit işlemidir. A'nın B'den daimi olarak 10.000 L. alacağını avukatlık 7000 L.ya indirmesi gibi. Sonradan alacaklı, gerçekten 10000 L. alacağı olduğunu veya borcu borcunu ödediğini ispatlaya bile hangi taraftan da dava açılmış

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

BK dışındaki alanlarda da borç ilişkileri geçerlidir.

V- MK. 5'e göre BK nun genel kuralları, medeni hukukun diğer alanlarında da kıyas yoluyla uygulanabilir. Eğer bu mülkiyetine uygun düşünce alacağına bir tavsil bulunmazsa. BK. 125'e göre alacak hakları 10 senede zamanaşımına uğrar. Tabiat bu kural nesnel hukuku alanında uygulanmaz. Çünkü aşağı hukukunda kazandırıcı zamanaşımı sözkonusudur.

Alm. MK nun bütün kitaplarının başında bir genel bölüm vardır. Bu kurallar, diğer bölümlerde de uygulanır. Bizde ise bu tür kavramlara sadece borçlar hukukunda ihtiyaç olunduğu için bunlar fiilen ihtiyaç ve sınıflaştırma amacıyla BK nun başında yer almıştır.

Çağımızda milletlerarası ilişkilerin BK larının birleştirilmesine okunmuştur. 1960 larda Fr. ve İtalya arasında BK-ları birleştirilmek istendi ise barış nedeniyle muvaffak olunamadı. Çeşitli hukuk dalları arasında iktisadi ihtiyaçlara cevap verme niteliğini taşıdığı için birleştirilmeye en müsait dalın borçlar hukuku olduğu kanaatindeyim.

İngiltere gibi bazı ülkelerde isa borçlar hukuku değişik bir temele oturmuştur. Bu yüzden kanımızca bu karşılaştırma ancak Roma hukukunu temel alan BK'lar arasında olabilir.

§2. BORÇLAR HUKUKUNUN GENEL KAVRAMLARI VE BORÇ İLİŞKİSİNİN NİTELİĞİ

I- Hukukî ödev (yükümü): Her borç ilişkisinde bir hukukî ödev vardır. Hukukî ödev, hukuk düzeninin yapılmasını, ya da yapılmamasını emrettiği şey demektir. Bunu devlet güvenceye bağlamıştır. Örnekler:

a) Satıcı, sattığı malın mülkiyetini alıcıya geçirmekle ödevlidir. Bu da yük (külfet) vardır bu borcu yükümden ayırmak gerekir. Meselâ ispat bir yükümdür ama yükümlülük değildir. Her davacı davasını ispat yükümlüdür. Fakat ispatta zorlanabilir. Bu yükümü yerine getirmezse sonuçlarına da katlanır.

b) Satıcı borcunu ifa etmişse, alıcı malı bozulmuş bir halde iade etmekle yükümlüdür. Bunu yerine getirmezse bozukluklardan dolayı satıcıya karşı bir hak ileri sürebilir.

Hukukî ödev, yalnız hak ilişkisinden değil, yasadan da doğabilir. Geniş bir kavramdır. Meselâ

cezai kovuşturmadan doğan ödevler vardır. Bazı fiillerin yapılmaması ödevi gibi.

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

II- İstem (talep): Talep, alacağın özü demektir. Borçludan edimin yerine getirilmesini istemeye yetkisidir. Alacak haklarından başka ayni hak doğuran talep de vardır ki buna rezinde (ayni talep) denilir. Mutlak hakların tehlikelere ayni talepler herkese karşı ileri sürülebilir. Ayni talep daha ziyade istihkak davası ile olur. Aynı zamanda kefalet, rehin gibi fer'i haklar da vardır. Alacaklının yalnız istem değil, dava edilip karar alındıktan sonra cebri icra hakkı da doğar. Temlik doğurur nitelikte de düzenlenebilir. Tazminat talebi gibi.

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

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

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

rəsmiliyi gibi. Qeyri menkul malikı, müəllifləndirən hüquqlar da bir-takım əməllər yerinə yetirmək zorundadır. Buna qeyri menkul mükəlləfiyyəti deyirlər. Tərcümeyi-hal sənədlərində örnək göstərilə bilər.

IV — Yan haklar: Fərî haklar da deyirlər. Kefil, borçlunun borcunu ödəyəcəyini alacaklıya qarşı zəmanət edər. Aktı, alacaklı ilə kefil olanda olur. Bu, alacaq hakkıyla birlikdə buluner. Alacaq hakkı kəlbetçinin kefilin borcu da kalkar.

Fərî haklar, alacaq hakkını gücləndirir ya da genişlədirlər.

1) Alacağı gücləndirən yan haklar:

a- Kefalət böyledir.

b- Rehin aktında borçlu, alacaklıya alacağının təminatı için bir malı rehin göstərir. Qeyri menkul olunca ipotek adını alır. Borç ödənməməsi alacaklı, öncəlikle bu hakkın rehin şey üzərindən alır. Nəzəl bir haktır.

c — Sözləşmə cəzası da fərî bir haktır. Cəzaî şərt də deyirlər. Asl borcu təminatlandırma amacını güdər.

2) Alacağı genişlədən yan haklar: Faiz buraxacak (pərdə) alacağı) için işləyən yan gəlir olup asl alacağı genişlətmə amacını güdər.

Bütün yan haklar, ancak alacak var olduğu sürece varlıklarını sürdürebilirler. Alacak geçerli olarak doğmamışsa, bu yan haklar da geçerli doğmamıştır.

§3. YENİLİK DOĞURAN HAKLAR, GÜÇ YETKİLERİ, DEFİLER

I- Doktrin hakları ikiye ayırır:

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

2) Güçlülük hakları: Kuvvet sahibi olabilme haklarıdır. Sözgelimi dediğim gibi. Yenilik doğuran haklar ve güç yetkileri bu gruba girmektedir.

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

aa- Kurucu yenilik doğuran haklar: Başlıcaları şunlardır:

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



Vefa ve şüfa hakları, iştira hakkının türleridir.

aa/2) Vefa(geri alım) hakkı: Bir kimsenin para ihtiyacı dolayısıyla evini satmak zorunda düşmesini düşünelim. Kişi, bu arada evin mülkiyetini alıcıya geçirmektedir. Fakat eline para geçtiğinde vefa hakkına sahip olduğu için evi tekrar geri alabilir.

aa/3) Şüf'a (önceliklе alım) hakkı: Evini satan satıcı, komşusuna şöyle diyebilir: "Evimin önceliklе alım hakkını sana veriyorum." Herkes karşı taraf bulunmasa da anlaşma evin şüf'a hakkı konusunu'dur. Eğer ev başkasına satılacak olursa şüf'a sahibi iptal edebilir. Bu nedenle yeni bir işlem yapılabilmesinde bulunmak yeterlidir.

bb — Değiştirici yenilik doğuran hakkı: Tek yanlı bir irade açıklamasıyla bir hukuki durumun değiştirilmesi sözkonusudur. Karşılıklı borç doğuran bir sözleşmenin taraflarından biri temerrüde düşerse BK. 106 ya göre alacaklı bir süre verir, fakat bundan da netice alamazsa alacaklı, edimden vazgeçerek tazminat isteyebilir. Böylece alacak hakkının muhtevasında bir değişme olmaktadır.

cc — Bozucu yenilik doğuran hakkı: Eğer alacaklı, borçlu ile aralarından rücu hakkını kullanırsa, bu da bozucu yenilik doğuran bir hak olmaktadır.

Sözleşmenin taraflarından birinin iradesiyanılma, aldatma ve korkutma ile bozulmuşsa(BK.31) e göre iradesi bozulan taraf o sözleşme ile bağlılmama hakkına sahiptir. Alm. MK unda borç doğar, sonra bozulur. Bizim sistemimizde baştan kurulmaktadır. Taraflar sözleşmeden dönme iradelerinin açıklanmasıyla kurulduğu günden itibaren ortadan kalkmaktadır. Bu irade açıklaması genelde 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 hakkın kullanılmasına yenilik doğuran işlem denir. Yenilik doğuran haklardan bazıları, ancak mahkemede dava yoluyla kullanılabilirler. Boşanma, evlilik in iptali gibi.

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

II. DEFİLER: Davalının kendini savunma vasıtalarındandır. Davalı:

a— Ya davayı İNKÂR eder. Borcunu ödedi-

gün söyleme gibi.

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

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

— Hakkın sona erdiği, ya da ertelenen talebin itiraz: İfanın yerine getirilmesini söyleme gibi.

c — Ya da davada 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 defi'i: BK. 125 'te bu konuda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her alacak hakkı 10 yıllık zamanaşımına uğrar. Böyle bir durumda def'i hakkı söz konusu olur bu bir zamanaşımı def'idir. Yargıç bunu re'sen nazara alamaz. Ancak hak sahibi tarafından kullanılabilir. Hakiki itiraz, mahkemece re'sen nazara alınmaktadır.

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

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

medliği sürece davalı edinim ifadan kaçınabilir. Bunun dışında menfi ödenmediği def'i de denir.

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

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

— Sebepsiz zenginleşme def'i.

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

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

1) 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 erecektir.

2) Bağımsız def'iler: Her hangi bir alacak hakkı

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

Def'iler başka bir temele de göre ikiye ayrılabilir:

1) Geciktirici def'iler: Kefilin def'i gibi. Sözleşmenin ifa edilmemesi def'i de böyledir. Bunlarla sadece alacağı geciktirme söz konusudur.

2) Sürekli def'iler: Alacağın kapsamından bağımsız olarak reddedilir. Zamanaşımı, nedensiz zenginleşme def'ileri gibi.

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

Def'iler zamanaşımına uğramayabilmelerinden her zaman kullanılabilirler. Bir şeyin yapılmasına muayyen şüpheli talep ise zamanaşımına uğrar.

§4. EKSİK BORÇLAR (OBLIGATIO NATURALIS)

Eksik borç; dava edilemeyen, fakat ifa edildiğinde perdeyi ifa mahiyetini taşıyan borçlardır. Eksik borçların ödenmesi hiç bir zaman boşa sayılamaz ve kapsamı hükümlerine tabi değildir. Başlıca eksik borçlar şunlardır:

1) Kumar ve bahis; BK. 50'ye göre kumar ve bahisten bir alacak hakkı doğmaz. Zira bu, tehlikeli ve kanunlara aykırı davranışlara yol açmaktadır.

2) Edeanma tellâliğ ücreti: Edenmetellâliğin karşılığı ücret alınmak hoş görülmediğinden bu, bir eksik borç sayılmıştır. Fakat bu bir borçlar ödenirse perçek ifa niteliğindedir ve geri alınamaz.

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

4) Zaman aşımına uğramış bir borç ödenebilir. Böyle bir borç eksik borçlar gibi zaman aşımı def'i sözkonusu olmaktadır. Fakat borçlu def'i hakkını kullanmaz da borcunu öderse bu, perçek bir ödeme olur, geri alınamaz.

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

zilyedinin yaptığı masrafları geri almak için borçlaya geri vermekten kaçınma hakkı vardır. Fakat dava açarak malikî masrafların ödenmesine zorlayamaz.

6) Borcunun belirli bir ödeme gününe dek minimi yetiştirebilmesi için yapılan geçikli hâlerde eylemleri dava edilemez. (Nişanlanma, ünlenme olup evliliğe icbar sebebi değildir. Bir tazminat davası söz konusu olabilir.)

7) 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 kısmını dilerse ödeyebilir, bu da perçek bir ifadedir. Çünkü ebedî bir borç sözkonusudur.

8) Evliliğin devamı süresince kanî-kabul arasında cebrî icra kovuşturması yapılamaz (MK. 165). Bu, bir çeşit borçtur.

9) Bir çocuğun reşit olduktan sonra ailesiyle (anne-babasıyla) birlikte yaşaması ve geliriyle ailenin geçimine katkıda bulunması hâlini düşünelim. Çocuk bundan dolayı, hiç bir zaman alacak kovuşturmasına

pamar. Fakat anne-babanın nafaka hakkı kaldırılmışsa, o zaman reşit çocuk icra masasına alacaklı sıfatıyla katılabilir.

10) Tarafların anlaşmayla da bu borç aşkın borç haline dönüştürülebilir. Devlet tahvilleri gibi.

§5. YARIŞAN (MÜTELÂHİK) HAKLAR

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

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

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

— BK. 266'ya dayanan actio locati.

Bunlardan biri kişisel, diğeri aynî iki istemin yarışması sözleşme olmaktadır. Karşılıklı istemlerde denilmek hak sahibinin yararınadır. Bunu ispat edememesinde diğerinden yararlanabilir.

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

cak hakki davasından veya bir sözleşmeye dayanabilir. Borçlu bundan bir şey yapmaya geldiğinde her iki hak da sona erer.

Terditli (olasılık) davaları istemlerin yarışmasından ayırmak gerek. Terditli davalarda iki istem vardır. İlki asli istem olup kabul edilmediğinde ikinci istem ileri sürülür. Bu da yardımcı istemdir. Meselâ avukat gördüğü iş için ücret istemekte fakat müşteri ile aralarında bir sözleşme olup olmadığını kabul kayamamaktadır. Burada asli istem, sözleşme yardımcı istem ise sözleşmenin yapılmadığı durumda dayanan davadır. Bir istihkak davasında asli istem, mal geri almak için açılan davaya yardımcı istem, değerin tazmini davasıdır. Yeniden bir tescilin kabulü olduğu ve düzeltilmesi istenilen asli istem, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ve yardımcı istem, geçersiz olan (fesih) hakkı sözleşmeye dayanılan, terditli davalara uzun süre cevaz verilmemiş ise de son yıllarda bu içtihadında dönmüştür. Terditli davalarda kabulüne karar verilen sebepler ileri sürülmektedir. Bunu ilk defa Ayas. HUMK şeklinde HUMK'nun İsviçre'nin Neuchatel kantonundan almıştır. Fakat hiçbir zaman doğru söylemenin sınırları aşılmamalıdır.

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

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

Hakların yarışması; yasaların yarışmasından (aynı olay için hem genel, hem de özel bir yasa kuralının bulunması hali) dan 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. 106, genel hüküm olup bütün sözleşmeler için uygulanır. BK. 260 ise sadece kira sözleşmesine mahsus bir hükümdür.

§6. BORÇ İLİŞKİLERİNİN MUHTEVASI

I- Edim kavramı: Edim, borçlunun yerine getirmekle alacaklının istemek imkânına sahip bulunduğu sayılır. Bunlar çeşitli şekillerde olabilir. (mükellef olduğu ve)

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

Maddî edim ise, borçlunun mahsulünden

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

a—Kişisel edimde borçlu ödeme güçlüğüne düşerse, bu edimden kurtulur. Maddi edimde ise böyle bir durum söz konusu değildir.

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

III—Olumlu ve olumsuz edimler: Edimler ya olumludur. Bazen yapmama şeklinde de tezahür edebilir. BK'nda rekabet yapmama, edimi olumsuzdur. Olumsuz edimler, yalnızca kişisel ilişkiler doğurur. Meselâ satmama edimi altında olmasına rağmen satılan bir şeyin mülkiyetinin geçirimi buna dayanılarak iptal ettirilemez.

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

V—BK.'sına göre borçlunun kişisel nitelikleri önem-

li değilse borç, başka bir kimse tarafından da ifa edilebilir. Özellikle para borçları bu gruba girer.

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

5. ÇEŞİT VE PARÇA BORÇLARI

I- Çeşit borcu: Bir cinsin bir çeşitinden belli bir kararlaştırılan borçtur (genus borcu). Bunda miktar dan miktar ve çeşittir.

Parça (species) borcu ise edim konusu bir eşya ol olarak kararlaştırılan borçtur.

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

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

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

alacaklıya vekil. Fakat orta nitelikten daha aşağını almaya alacaklı zorlanamaz. BK.70.

III — Parça borcunda borcun konusu borçlunun kusuru olmaksızın ortadan kalkarsa borçlu borçtan kurtulur. Buna karşılık cins borcunda borçlu, bir cinsten belli bir tutar vermeyi borçlanmıştır, borcu devam eder. Çünkü cins mal çeşidi cins borcunda Pandekt ve eski Roma hukukundan beri borçlu, edim konusunu o cinsin içinden ayırt etmiş ve onu bir parça borcu haline getirmişse (specification) kusuru olmadan o konunun yok olmasından sorumlu tutulmayacağı kabul edilmektedir. BK.183/II de bu kuralın bir ifadesidir. Bunun neticesi olarak borçlu kusursuz imkânsızlık halinde borçtan kurtulur. Yani parça borcunda belli bağıtlanacak malın edimine mukabil cins borcunda belirleyip borçlu yüklenmektedir. (ayırdetme, tayin, belirleme)

IV — Sınırlı cins borcu: Borçlu genis bir cinsin içinden değil de belirli bir kümenin içinden borcunu ödeme durumundaysa (su depodaki kömürden beş ton gibi) ancak bütün küme ortadan kalkarsa o zaman borçlu borçtan kurtulur. Borçlu o kümenin içinde orta nitelikteki kadar borcunu öder. O yığın içinde

bir kaç alacaklı varsa ve yetmezse bir kısmı yok olmuş olacaklıları arasında alacaklarının nisbetleri oranında paylaştırılır.

V- Para borçları:

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

b- Para borcu, kural olarak çeşit borcudur. Para borcu olarak da kararlaştırılabilir. BY. 83/1'e göre Türkiye'de Türk parası ile ifada 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

a- Altın para kaydı: Altının değeri sabittir. Sadece

eşyanın değeri altın para ile tespit edilir. (ödeme)

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

Bazı ülkeler altın kayıtlarını devlet düzenine ve paranın itibarına aykırı ve geçersiz saymışlardır. Bugünün çoğunluk kazanamamıştır. 19.2.1947 tarihli YİBK na göre bizde ve İsviçre'de altın para kayıtları geçerlidir.

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

§8. SEÇİMLİK BORÇLAR

I — Alacaklının, ya da borçlunun seçimine göre birkaç edimden yalnız biri ödenecekse buna seçimlik borç denir.

Bu, eşit ve parça borçları için söz konusu olmaktadır.

II— BK.71 gereğince seçimlik borçlarda tersine anlaşma yoksa seçim hakkı borçlunundur. Anlaşmayla bu hak, alacaklıya da tanınabilir. Seçim hakkı, kullanılıncaya dek 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 tarafa süre verir. Alacaklı, dilediği konu için kopuşturma yapabilir. Borçlu itiraz etmezse borç, o edimin yerine getirilmesiyle ödenmiş sayılır. Fakat kopuşturma sırasında borçlu dilediğini vererek borcundan kurtulabilir. Alm. §264 de aynı çözümü benimsemiştir.

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

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

yabancı para borcunda olduğu gibi.

§9. ZARARIN TAZMİNİ

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

II— Zarar, malvarlığındaki eksilmedir. Kişi vasıtasıyapılan tecavüzler bizim anladığımız manada zarar değildir. Bu gibi durumlarda bundan dolayı manevî 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, istekli bile olsa bunlar zarar sayılır. Yaralanan tedavi masrafları gibi.

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

Zarar çeşitli açılardan tanımlanabilir:

1) Eylemli zarar (damnum emergens): Malvarlığının doğrudan doğruya uğradığı zarardır. Kuşuna ile bir kuşun ölümüne olaylanıp ağlama gibi.

2) Dolaylısıyla uğranılan zarar (lucrum cessans): Kazanç yoksunluğu şeklinde olur.

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

1) Malvarlığının aktifinin eksilmesiyle meydana gelen zarar.

2) Malvarlığının pasifinin çoğalmasıyla meydana gelen zarar. MK. 320'ye göre aile reisinin sorumluluğu, kendisiyle birlikte yaşayan reşit olmamış çocukların üçüncü kişilere verdikleri zararı kapsar. Burada aile reisinin pasifi çoğalmaktadır. Bu zarardan yararlanacak sorumlu edilebilir.

IV - Zarar (sözleşmeler hukukunda) başka açıdan olumlu ve olumsuz zarar olarak tasnim edilir.

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

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

BK.26 "sözleşmenin geçersiz kalmasından uğranılan zarar,, dan bahsetmektedir. Uzvun sakatlanması (yanılmağibi) fiz. konusu olmaktadır. Kişi kendi kusuruyla yanılmışsa karşı tarafın sözleşmeden dönme yüzünden uğradığı tazminle mükellef-tir. Menfi zarar güvenden doğan zarardır. Olumlu (müspet) zarar ise sözleşme yüzünden uğranılan kim zarardır.

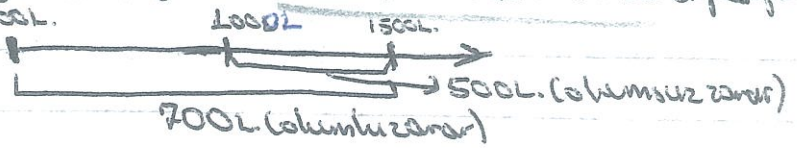
Menfi zararın kapsamına şunlar girebilir:

— Sözleşme kurma masrafları (harçlar gibi),

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

— Yapılmış edim yüzünden uğranılan zararlar,

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



§10. TAZMİNATIN SINIRLARI

I- Nedensellik (illiyet) bağı: Zarar veren, fiilinin bütün sonuçlarından sorumludur. Yalnız fiiliyle ortaya çıkan sonuçlar arasında illiyet bağı bulunsun. BK. nedensellik ilişkisini tanımlamaz. Doktrinde bu konuyla ilgili birçok görüşler ileriye sürülmüştür. İllıyet rabıtası ceza hukuku bakımından da önem taşımaktadır.

a— Zaran tazmin borcu için fiilin, zararlı sonucun tek sebebi olması gerekli değildir. Başkaca sebeplerle birlikte bulunması da yeterlidir.

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

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

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

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

mez. Meydana borcu, edimini 1/1/1974 yerine getireceği hâlde 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 hâlinde bile alacaklının sonradan meydana gelecek olaylar yüzünden zarara uğrayacağını ispatlasa bile sorumluluğundan kurtulamaz.

g— Birçok kişinin zarara sebep olması hâlinde:

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

— Tarisan (müteâkib) nedensellik bağı: Birçok kişinin her birinin fiilinin tek başına zararlı sonucu gerçekleştirmeye yeterli olması hâlidir.

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

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

f— İhmal (yapmamak) da hukukta tazminat borcu doğurabilir. Eğer bir o işi yapma yönünde hukuki bir mükellefiyet bulunursa.

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

Nedensellik bağının ispat yükü zarar görene düşer. BK.42'ye göre yargıç, işlerin olağan gidişine göre nedensellik bağının varlığına karar verebilir.

J— Kazanç yoksunluğunun ispatı da zarar görene düşer. Normal bir kazançtan yoksunluk kişinin tazminat istemi sözkonusudur. Vukuunda ödenmeyen bir alacak halinde için normal bir kazançtan yoksunluk istemi gibi.

II— Yararlanmaların hesaba katılması: Bir kamyon ata çarpıyor ve at da ölüyor. Atın değeri 2000 L.dır. Fakat derisi 300 L. ya satılıyor. Böylece aktifteki kişi, bu zararın sonucu yanında bir de fayda sağlamaktadır. İşte bunun (300 L. nin) atın değerinden indirilmek suretiyle tazminatın tesbiti gerekir. Bir evin yanması sonucu tuğlalarının sakılması gibi.

Yanan bir evin enkazında define bulunmasında 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 parasının indirilmez. Malın tazminat davalarında tam tazminat hükmolunur. Zira burada zarar görenin bizzat yaptığı bir fedakâr-

ilk söz konusudur.

III- BK.43/1 → Yargıç, kusurun derecesine göre tazminatı indirebilir. Kusurun ağır olması halinde ise tam tazminata hükmedilir. Bu hüküm, İsv. MK'nın özel bir esneklik getirmekle ve Roma, Pandekt ve Alm. hukuklarından bu konuyu ayıran bir özelliktir. (Kusur ikiye ayrılır: Kast ve ihmal. İhmal de ağır ve hafif ihmal olmak üzere iki türdür. Kusurun ağırlığı duruma göre tespit olunur. Bir sakarın bir başkasının kaçırdığı kaçırmasındaki kusur ile onun kaçırmasındaki kusur farklıdır.)

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

§11. ZARAR GÖRENİN ZARARA BİRLİKTE SEBEP OLMASI

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

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

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

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

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

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

1) Zararın doğumuna birlikte sebep olma: Zengin bünyenin usağına içinde ne olduğunu söylemediği bir zarf vermesi durumunda usağın bunu önemsiz bir şey zannederek kaybetmesi gibi.

2) Zararın artmasına birlikte sebep olma: Hekim fiil sonucu meydana gelen yaranın gerekli tedavisinin gösterilmemesi yüzünden ölmesi gibi.

Orta zekâda hüsnüniyetli bir kimsenin özeni,

kastın olmalıdır. Bu, objektif bir ölçüttür.

§12. TAZMİNATIN ÇEŞİTLERİ

I- Aynen tazmin - Parayla tazmin:

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

2) Nakden tazmin: Parayla tazminidir. Kırılan camın bedelinin ödenmesi.

Alm. MK, prensip olarak aynen tazmini kabul etmiştir. Takdir istisnadır. Değişmektedir.

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

II- Eski - yeni farkının zararın tazminde göz önünde tutulması:

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

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

IV- Bir nesne üzerinde malsahibinin ilgisi o nesnenin objektif değerinden daha aşağıda olabilir. Meselâ yıkılmakta olan bir evde malikin ilgisi tüpkü v.s. derecede kalabilir. Bu kabil bir zararın vukuu halinde hak sahibine evin objektif değerini tazmin hakkı tanınmalıdır. Bunu başkalarından düşünen kimsenin evle ilgisi hiç yok gibidir (paradoks). Bu evine zarar verdiğinde ev sahibine gene zararın tazmin hakkı tanınmalıdır.

V- Bölümsel zarar: BK. 43, yargıcın tazminatı takdir edeceğini belirtir. Yargıç, takdir yetkisine dayanarak bazı durumlarda bir malın belli bölümünün zarar görmesi halinde zararın nesnenin tümüne ilişkin tazminatı değerini tazmin ettirebilir. Yeter ki o mal tamir edilebilir hasarlılığı için bir değer ifade etmesin. Mal da zarar verende kalır. Meselâ A, oto kiraya veren şirket S'den bir oto kiralıyor. Fakat A, otoyu kusuruyla çalıştırıyor. Bu durumda işletme S, yine malikidir, fakat elindeki yalnızdır. Dilerse kusurlu müşteriyi tazminat davası olarak takip edebilir. Fakat bunu yapabileceği bilinsiz olduğundan yargıç, buradaki elindeki, müşteriyi kaybına eşit

sayarak olanın tam değerini ödetiracak A'dan tazmin ettirebilir. Fakat mülkiyet işlemi de bundan sonra iraci A'ya verilir. Böylece bu olayda kusurlu bir zarar sözleşmesi olduğu halde bu, mülkiyet hakkının tesisine tesir edilmiştir.

VI — Zararı ispat davacıya düşer. BK. 42/1 → Eğer zararın tutarını tam olarak tespit mümkün olmazsa yargıç, işlerin olağan gidişini göz önünde tutarak tazminatı takdir eder. Pandekt hukukunda beri zarar görenler bir seçim hakkı tanınmaktadır.

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

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

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

Gelecekte doğumları şüpheli olan zararlar için şimdiden bir tazminat tespiti söz konusu olamaz. Ancak doğumları halinde tazminat söz konusu olabilir.

§13. MANEVÎ TAZMİNAT

I- BK'a göre zarar mahkemeçe tespit edilmedikçe ortaya çıkmaz. Kişi varlığını ilgilendiren acılar, ıstıraplar dolayısıyla gerçek anlamda bir zarar söz konusu değildir. BK.49, kişilik haklarına tecavüz halinde manevî tazminat (genugtuung — gönül alma) istenebileceğini söylemektedir. Bu, mukayeseli hukuk açısından önemli bir kural olup Fr. ve Alm. MK.larında yoktur. Huber bunu MK.24. hükmüne eklemek istediğinde basın tarafından tepkiyle karşılanmıştır.

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

Başlıca özel manevî tazminat istenebilecek hallerden şunlardır:

- İsmin gasbı,
- Evlilik vaadinin feshi,
- Boşanma,
- Nişanın bozulması,
- Adam öldürme,
- Cismanî zarar,
- Babalık davası v.s.

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

—Kusurun ağırlığı (kast ve ağır ihmal).

—Ihlâlin ağırlığı.

Halbuki özel maneî tazminat hallerinde bu gibi şartlar aranmamaktadır.

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

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

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

—Maneî tazminat davasının açılacağının karşı tarafça kabul edilmesi hali.

Zarar görenin, zarar verene af etmesi halinde maneî tazminat davası açılamaz.

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

II. Bölüm
SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR

§14. HUKUKÎ İŞLEMLER VE SÖZLEŞMELER

I - İnsan fiillerini ikiye ayırmak mümkündür.

A - Hukuku ilgilendirmeyen fiiller.

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

I - Hukuka aykırı fiiller:

1) Genel davranış kurallarına aykırılık demek olan haksız fiiller.

2) Borca aykırılık: Borca aykırılık üçe ayrılır.

a - Kusurlu imkânsızlık (BK. 96).

b - Borçlunun temerrüdü (101 vd.)

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

c - Kötü ödeme.

BK. 96'da borca aykırılığın iki şekli sayılır.

- Kusurlu imkânsızlık,
- Kötü ödeme (Kanun burada bir çeviri hatası da-layısıyla "yerine getirme" gibi, "tabiî" yerine "kısmî ifa", "tabiî kullanıl-mıştır.)

BK.101 v.d. ise" borçlunun temerrüdü, bir düzen-lemektedir.

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

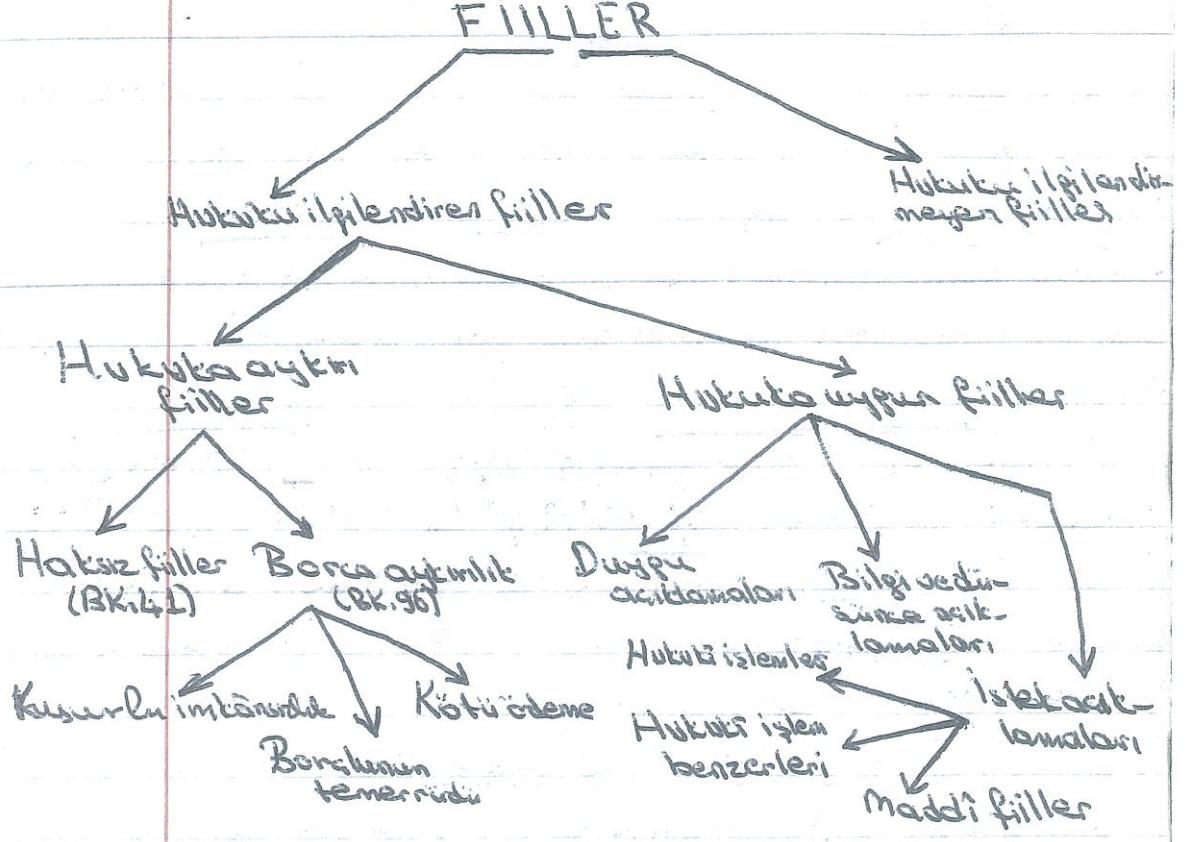
1) Duygu açıklamaları: Burada bir hukuki sonuç doğuran bir duygu açıklaması sözkonusudur. Zinada, manevî tazminat (meselâ hakaretde) davasında af gibi.

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

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

a — Hukukî işlemler: Hukukî işlem, bir hukukî sonuç doğurmağa yönelmiş istek açıklaması demektir.

b — Hukukî işlem benzerleri: Burada da istek açıklaması sözkonusudur. Fakat hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş değildir. Ama hukuk düzeni buna bir sonuç bağlamaktadır. Meselâ borcunun borçlu 3.şahsa ödemesi bulunmuşda alacaklının yapılışı, ihbar, bir hukukî işlem benzeridir. İhbarda bulunan istememiş olsa bile buna hukuk düzeni hukukî bir sonuç bağlamaktadır.



c—Maddi fiiller: Burada istek, yalnızca dışlemde maddi bir değişiklik yapmağa yönelmiştir. Fakat hukuk düzeni buna bir sonuç bağlamaktadır. Bir heykeltıraşın başkasına ait bir ağaç kütüğünden heykel yapması durumunda, hukuk düzeni bu-rada irade ile hukuki bir sonuç doğurmağa yönelmediği halde hukuki bir sonuç bağlamaktadır. Emanetin geçirilmesinde de irade, maddi bir değişiklik yapmaya ilişkin olduğu halde hukuki düzeni bunun sonuç bağlamaktadır.

Bu ayrım, XIX. asır doktrinin bir ürünüdür.

Bazen açıklanmamış, zamanıyla içimizde kalan olaylar da hukuken göz önünde tutulur. Nişanlı tazminat davası için aranan ihlalin ağırlığı şartı gibi. Kast, ihmal gibi olaylar da psikolojik olmasına rağmen hukuken değeri vardır. Yani bu, hukuki işlemin bozulma sebebi olarak kabul edilmiştir. Bir hak kazanabilmek için hüsnüniyet şartının aranması durumu da bir diğer örnektir.

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

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

2) Zımni istek açıklaması: Ancak içinde bulunduğu durumdan kendiliğinden bir anlam çıkarılabilen istek açıklamalarıdır. Gazeteciye parayı verecek kadın gazeteyi alma gibi. Zımni istek açıklamaları ikiye ayrılır:

a) Açık olmayan sözlerle istek açıklaması. Anlayamıyorum gibi.

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

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

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

1) İstek karineleri: Yasa bir takım durumları, belirli iradelerin varlığına karine sayımıştır. BK. 16 → Sözleşenler, aslında bir biçime bağlı olmayan bir sözleşmeyi belli bir biçimde yapılacağını kararlaştırmışlarsa, böyle bir anlaşma sözleşmenin yapılacağı biçimin, ispat biçimi değil de geçerlilik biçimi olduğuna karinedir. (Biçim ikiye ayrılır: İspat biçimi, hukuki işlemin varlığını ispat için kullanılır. HUMK. 288, 500 lirayı aşan değerdeki hukuki işlemlerin 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 tümdeğişine kanıne 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. Tersi ispat edilemez. BK.31 → Yanılan, aldatılan ya da korkutulan kimse; işin gerçeğini öğrendiğinden, 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 varsayım bazen hukuki tefsirle anlaşılabilir. Nesnel BK. 263'ün dilinden varsayım gibi bir anlam çıkmakla ise de bu hükümler bir karinedir.

IV — Varması gerekli olan ve olmayan istek açıklamaları: Hukuki hayatta istek açıklamalarının birçoğunun karşı tarafa yöneltilip varması gerekliliği. Meselâ 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. Ödül müktesebat vaadi, vasiyetname gibi. BK.8 → ilân yoluyla müktesebat yapmaları kabul edenler-

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

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

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

Takayka karşılıklı borçların sükûtu gibi yerilik doğuran işlemlerde istek açıklamalarının muhatabına varması gerekir. Geçen yüzyılda kabul edilen bir istek açıklamasının ne zaman sonuçlarını doğuracağı hakkındaki görüşleri dört grupta toplayabiliriz:

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

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

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

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

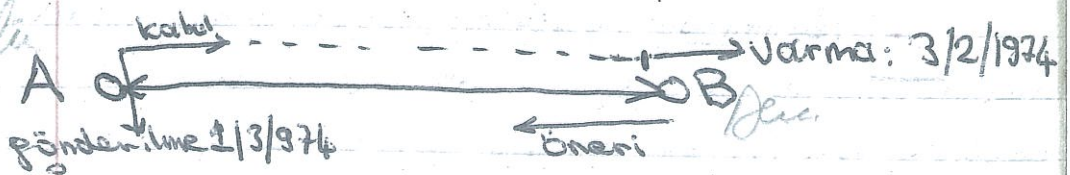
Bundan en çok varma teorisi taraftar toplamıştır. Alm.MK, varma teorisini kabul etmiştir. İsv.– Türk BK, prensip olarak varma teorisini esas almış, fakat bunun yanında gönderme ve öğrenme teorilerine de yer vermiştir. Şöyle ki: Sözleşmenin kurulmasında varma teorisine yer verilmiştir. Yani nerede satım sözleşmesinde kabul haberi muhatabın varmakla sözleşme kurulmuş olur. Bunun yanında gönderme teorisine de yer verilmiştir. Sözleşme kurulduktan sonra sonuçlarına, iştirak edilmemesinin gönderildiği andan itibaren doğurur. Yani iştirak edilmemesi, sözleşme kurulmuş olmak şartıyla gönderildiği andan itibaren sonuçlarını doğurmaktadır. Bu görüşü Alm. hukukundan gelmiştir. Sözleşme kurulmuş olmak şartıyla iştirak edilmemesinin sonuçlarını gönderme anından itibaren doğurması, tarafların ortak amacına uygun düşeceği savunulmuştur. Böyle durumlarda önceye etkili (makabble samil) olma söz konusudur:

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

Soru: A, B'den 250.000L ye peri 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 arasında kurulan sözleşme 1.3.1974'den itibaren sonuçlarını doğurmaktadır. Yani bu tarihte A, kamyonun mülkiyetini B'ye geçirme borcunu girmiştir. Fakat 2.3.1974'de kamyonun kusursuz olmasının yanmayı önüne edimsel imkânsızlaşmıştır. Periculum emptoris esas (hasar, alıcıya ait) kuralı gereğince alıcı B, burada hasara yüklenecektir. A da bu kuralı dayanarak 250.000 L.yı B'den isteyebilecektir.

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



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

Böylece İsv.-Türk BK, tarafların sözleşmelerin bağdaştıran ortaklaşa bir çözüm getirmektedir. Bu, BK'nun bir diğer orijinalliğidir.

Varması gerekli bir istek açıklamasının belli bir zamanda karşı tarafa varmalı gerektiğine, muhatabın ekonomik sürecine söz konusu süre içinde varabilmesi için açık olunması gerekir. Bir taşınmazın paydaşlarından birinin şüphelerini bildirmesi satışı öğrendikten 1 ay içinde olmalıdır. Bu durumda dava dilekçesinin 1 ay içinde muhataba varması gerekmektedir. Fakat davacı, istek açıklamasının yetkinde ulaşması için elinden geleni yapmış fakat süresi içinde varmamışsa bu hakkını kullanmasından geri almamalıdır. Bunun için, sık değil bir durumdan kural olarak postadaki yabancı geciktiğinden yararlanmamalıdır.

V- HUKUKÎ İŞLEMLER:

1) Tanımı ve çeşitleri: Hukukî işlem, hukukî bir sonuç doğurmak için yapılan irâde açıklamalarıdır. Borçlandırıcı hukukî bir amaç söz konusuysa Meşrû nedeni gereği yapılan açıklamalar, hukukî işlem sayılamaz.

Hukukî işlemleri çeşitli bakımlardan tasnif etmek mümkündür.

a- Borçlanma (Taahhüt) ve harcama (tasarruf)

işlemleri: Bu açıdan, kazandırıcı işlemler için şöyle - meyebiliriz.

Borçlanma işlemi, malvarlığının pasifini açıkça artıran işlemdir. Sadece sözleşmeyi imzalamakla bile borçlanma işlemi sayılır.

Harcama işlemi ise malvarlığının aktifini eksiltir; bir hakka doğrudan doğruya etkiyerek onu değiştiren, kaldıran ya da bir borçlanma gerektirmeyen işlemdir. Mülkiyeti geçirme işlemleri gibi.

b- Kazandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri:

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

Tasarruf işlemi; belirsiz ya da ortadan kaldırılmak üzere var olan, belirli ve değiştirilmesi - mümkün olmayan bir durumu değiştirme için yapılan işlemdir. Sadece imzalamayı sözleşmeyi böyledir. Bununla beraber tarafların kendilerini bağlamak yönünde anlaşmalarıdır. Bundan geçerli tasarruf sonuçları doğmaz. Sonradan durumu değiştirmek için bir düzenleme daha yapılması gerekir. Kendisi geçerli değildir.

c- Tek yanlı ve çok yanlı hukuki işlemler:

c1) Tek yanlı hukuki işlem, tek tarafın iste-

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

a cn — ~~Vakıf~~ kurma iradesi.

b bb — Vasiyetname.

c cc — Başka birine temsil yetkisi verme.

d dd — Alenî mükâfat vaadi.

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

— Yenilik doğuran işlemler şarta bağlı olamaz yapılamazlar. Kesinlik arar. Bozucu hakkı bildirme gibi.

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

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

Tek taraflı işlemlerde borç, bu yönlü irade ile doğmaktadır.

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

aa — Kararlar: Bir çok kişinin istek açıklamalarının aynı yöne yönelmesiyle oluşan işlemlerdir. Çoğunluğun istemi, çok defa azınlığı bağlar. Kararlar, ancak yasada gösterilen durumlarda sözleşmeden doğabilir. Dernek ve ortaklıklarda alınan kararlar gibi.

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

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

bb/b — Aile hukuku sözleşmeleri: Evlenme gibi.

bb/c — Nesneler hukuku sözleşmeleri: Bir nesne üzerindeki mülkiyet hakkının geçirilmesi için yapılan mülkiyet geçirme sözleşmeleridir. Isv.- Türk hukukunda nesnel sözleşme, yalnız taşınırların mülkiyetinin geçiminde görülür.

borçlanma işlemi } A ⟵ satım sözleşmesi ⟶ B
b.i.
hayvanın işlemi } ⟵ nesnel söz. (teslim) ⟶

bb/d) Borçlar hukuku sözleşmeleri: Bunlar borç doğuran, değiştiren ya da kaldıran sözleşmelerdir. BK.1'e göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iki açıklamalarıyla meydana gelir. Bu iki açıklamanın uyuşmasına konsensüs (uyuşma), iki irade beyanının uyuşmamasına ise dissensüs (uyuşmazlık) denir. Bunlar (uyuşma veya uyuşmazlık) zımnî de olabilir. Ancak bir uyuşmazlık asla tarafların bir hukukî ilişkiden

Borçlar hukuku sözleşmeleri şöyle tasnif edilebilir:

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

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

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

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

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

prensip sadece sinallagmatik akitlerde uygulanabilir.

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

—BK.106 f.2'deki borcunun temerrüdüne ilişkin hükümler ve bilhassa alacaklının sözleşmeden dönmeyebileceğini yazılı sözleşmelerde söz konusudur.

—BK.117 deki kusursuz imkânsızlıkla ilgili ilke: Karşılıklı sözleşmelerde edimlerden biri borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması durumunda her iki borçlu da borcundan kurtulmak gerekeceği yazılı sözleşmelerde bahis mevzuudur.

Basit ortaklık(âdi şirket) sözleşmesinin durumu tartışmalıdır. Burada edimler değişimi amaçlanmayıp edimler bileşimi gayesi güdüldüğünden bu kuralların otomatik olarak âdi şirketlere de uygulanması imkân dahilinde değildir.

2) Hukukî işlemin şartları:

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

aa—Muvafakat(onam): Önceden verilmesi için, sonradan olursa icazet(onay) denir. Kesinleşmek için

daki mahcubun hukuki işlemleri gibi işlemlerin-
cak muvafakatle tamamlanabilir.

bb— Taşınır mülkiyetinin geçirilmesinde nesil sözleşmeye nesnenin ilmenliğinin de eklenmesi gerekir. [Tapuya kayıt bakımından önem kazanır.]

cc— Bir takım hukuki işlemlerse işlemi yapanın ölümüyle sonuç doğurur. Bunlara ölüme bağlı tasarruf denir. Miras mukavelesi ve vasiyetname olmak üzere iki türlüdür. Burada hukuki işlem ölümdaynın eklenmesiyle sonuçlarını doğurmaktadır.

dd— Bir takım hukuki işlemler, ancak belli bir sürenin geçmesi, yada bir şartın gerçekleşmesi ve çeşitli belirsiz olayın eklenmesiyle sonuç doğururlar.

ee— Bir takım hukuki işlemlerin sonuç doğurabilmesi için resmi organların fiillerinin de eklenmesi gerekir. Meselâ kadının koca yanında üçüncü kişilere borçlanabilmesi için sulh yargıcının onayı gerekir. Taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi buna örnektir.

b.i.{ A ⟵ satım sözl. si ⟶ B

h.i.{ ⟶ bildirim (talebi) ⟶ m.k. 922

Tapu kütüğüne yazım, malikin talebine bağlıdır. Bu, tek yanlı bir hukuki işlemdir. Ayrıca durumun da kaydolması gerekmez. Fakat bu bildirimetkili

de edenmelidir.

Isv. — Türk hukuk sisteminde tasarruf nakilleri mülkiyeti, nesnel sözleşme denilen iki yanlı bir sözleşme ile gerçekleşir.

b. i. { A ⟵ satım s.si ⟶ B
h. i. { + nesnel s. ⟷ + ayınlık

Böylece iki taşınır mülkiyetinin el değiştirmesi için hareketli iki yanlı olduğu halde taşınmazların mülkiyetinin geçirilmesinde hareketli tek yanlıdır.

b— Hukuki işlemin önemi: Hukuki işlemler henüz tamamlanmadan önce de bir takım sonuçlar (hukuki) doğurur ki bunlara hukuki işlemin ön (ya da ilk) sonuçları denir. Meğer sonra bağlı hukuki işlemler henüz tamamlanmamıştır. Bunun için sonun gerçekleşmesi gerekir. Fakat sonu gerçekleşmeden önce de bir takım hukuki sonuçlar doğmaktadır. Şöyleki sonu gerçekleşmeden önce sahip olunan hak üzerinde bir tasarrufa girişmek gibi. Meğer hak sonu gerçekleşince boşa çıkarılabilsin diye.

Bir takım hukuki işlemler ise önceye etkili

durlar, icazet gibi. Maddet ehliyetsiz bir kimsenin yaptığı işleme kanuni temsilcisi icazet verirse, işlem kurulduğundan itibaren hüküm ifade eder. Burada bir varsayım sözkonusudur. (Yani yetkide gösterilen ya da hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sözkonusu olabilir.)

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

Örnek olay: Koca B, karısı K'ya üçüncü kişiden (Ü'den) kendisi için bir taşıt almak üzere 100.000 L. vermiştir. K ise taşıtı alıp kendi üzerine tescil ettirmiştir.

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

Cevap: Önce 7.10.1953 t.li YİBK no değerlendirme kararına göre M.Y.G 34 gereğince kadın K'nın mülkiyeti geri devretme borcunun doğabilmesi için resmî bir sözleşmenin

yapılması gerekirdi. Zira taşınmaz mülkiyet geçirmi borcu doğuran sözleşmelerin resmî biçimde yapılması gerekir. Olayda ise böyle bir sözleşme söz konusu olmadığından E, K'dan taşınmaz mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyemez. Yargıtay bu kararında E'de kararındaki vekil-
vekâlet s. 51
M4.634
BK. 392
let sözleşmesini geçerli-
de taşınmaz ve bu yüzden
yanılgıya düşmüştür. Zira vekâlet sözleşmesini düzenleyen BK. 392 de şöyle bir hüküm vardır: "Vekil, müvekkilinin resmî kişilerden borçlandığı her çeşit mükellefiyete dair yetkilendirilir." Görüyoruz ki burada vekilin yasal bir borcu sözleşmeyi olmadığı görülmektedir. Aynca kararlaştırılmış olmasa bile vekil kendisine bu borcu yüklemektedir. E de buna dayanarak K'dan taşınmaz mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir. Buna vekâlet sözleşmesinin yasal sonucu denir. Yargıtay da bu noktada yanılmıştır.

Bir hukuki işlemin doğurduğu hüküm ve sonuçlarını üç grupta toplayabiliriz:

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

ödeme borcu gibi.

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

c— Yedek hukuk kurallarının tersine konulan kurallar (accidentalia negotii): Tehlikeyi alıcıya geçiş, taşıdaşının tersi kararlaştırılabilir. Çünkü bu yedek hukuk kurallarından değildir.

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

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

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

1/06

Yeni görüş: [illegible]

kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmış olur.

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

b — İşlemin taraflardan birinin tek yanlı işlemiyle ortadan kaldırılması: Vasiyetname, temsilci verme işlemi, yetkili taşıyıcının işlemleri gibi tek yanlı işlemler taraflardan birinin (işlemi yapanın) iradesiyle sona erdirilebilirler.

§15. SÖZLEŞMENİN KURULUŞU

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

II — 1) Öneri ve öneriye çağrı ayrımı: Hukuki



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

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

b—Bağlanma isteğinin bulunması: İster açıklamasında bağlanma isteğinin bulunup bulunmadığı, ancak yorumla anlaşılabilir. Şüphe halinde öneriye çağrı kabul edilmelidir. BK, bir grup istek açıklamalarının öneriye çağrı olduğu hakkında yorum kuralları getirmiştir. BK.7/II ye göre tarife, fiyat listeleri gibi seyler göndermek öneriye çağrıdır. Açık arttırmada da öneriye çağrı söz konusudur. BK.255 → Cebri müzayedelerde satım memurunun, ihtiyari müzayedelerde ise müzayedeyi yapanın iradesiyle satım sözleşmesi kurulur. BK, bazı durumları da belirli ve bağlanma isteği bulunduğu için icap olarak kabul etmiştir. BK.7/II'ye göre fiatını göstererek mal sergilemek kural olarak icap sayılır.

2) Önerinin bağlayıcı olması:

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

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

Cevap:

a—Roma ve Pandekt hukuklarında tek yanlı istek açıklamalarının bağlayıcılığı kabul edilmezdi. Bundan dolayı öneren (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.

olayımızda



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

(yeni karar)

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

b—Alm.MK ve ona uyarak İsv.-Türk BK'ları önericinin önerisini bağlayıcılığını kabul etmektedir. Şöyle ki: Öneri, kabul edilmesi ile yanlı bir irade açıklamasıyla sözleşmeyi kurma yolunda muhataba kurma yetkisi doğuran bir hak verir ve muhatap, belirli bir süre içinde bu yetkisi doğuran hakkını kullanarak önerici istemese bile sözleşmeyi kurabilir. Bundan dolayı muhatap (olayımızda B) sözleşmenin ödenmesini dava edebilir. Eğer sözleşme ödenmezse, sözleşmenin ödenmemesi yüzünden uğradığı zarar (müspet zarar-olayımızda 500 L.y.) dava edebilir. Görüyoruz ki BKnun, Ihering'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 — Süreli öneriler: Önerici, önerisinde belli bir süre koymuşsa, bu süreye uyulur.

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

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

bb — Hazır bulunmayanlar (gaipler) arasındaki öneriler, önericiyi muhataptan efendi olarak kabul edilmasının gelebileceği süre için bağlar. Bu süre üç unsurdan oluşur.

— Önerinin muhataba varması için geçecek süre.
— Muhatabın düşünüp taşınması için geçmesi gereken süre.
— Muhatabın cevabının önericiye varması için geçecek süre.

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

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

Süresi içinde yapılmayan kabul haberleri, yeni bir öneri addolunur.

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

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

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

c- Sözleşme kurulduktan sonra da dönme hakkının saklı tutulması.

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

a- Önericinin, önerisini yaptıktan sonra ölmesi

ya da fiil ehliyetini kaybetmesi durumlarında önerisi yine geçerlidir.

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

c— Muhatap, kabul açıklamasında bulunduktan sonra ölmüş ya da fiil ehliyetini kaybetmişse kabul açıklamasına geçerlidir. (Örn. Fik. 117 bakınız.)

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

III— KABUL

1) Sarih istek açıklamasıyla yapılan kabul:

a— Kabul— öneri gibi— varması gereken bir istek açıklamasıdır ve önerici, öğrenineye kadar her zaman geri alınabilir, BK 9/I. Sözleşmenin kurulabilmesi için kabul açıklamasının mukavelenin önerisiyle uygun olması gerekir. Bu

yüzden muhataban bir kabul ehliyetiyle kabul açıklamasında bulunması mümkün değildir. Aksi halde bu, ancak yeni bir öneri addolunabilir.

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

Hukuk sistemimizde sözleşmenin kurulması hakkında orijinal bir sözüne yer verilmiştir. Şöyle ki: kabul açıklaması, önericiye varmakla sözleşme kurulmuş olur. Burada söz konusu olan varma teorisidir. Bu durumda önerici, kabul açıklamasını almaya kadar tehlikeyi yüklenir. Bunun yanında gönderme ve öğrenme teorilerine de yer verilmiştir. BK. 10 → Sözleşmenin sonuçları, kabul haberinin gönderildiği andan itibaren meydana başlar. Bu hüküm, Dresten Borçlar Tasarısı ve Alm. Ticaret Kanunundan alınmıştır. Gerekçesi şudur:

aa—Madem ki sözleşenler, sözleşmenin kurulmasını istemişler ve tasarlamışlardır. Öyleyse bu sözleşmenin bir anlamlı sonuçlarını doğurmasında taraflar için yarar vardır. Böylece sözleşmenin kurulmasında önceye etkili olma durumu bahis konusudur. Bu yüzden bizde, kasar ülkeye 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 öğrenma teorisine yer vermiştir.]

2) Zımnî istek açıklamasıyla yapılan kabul. Zımnî kabul:

a— Ya sözlerle,

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

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

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

bb/1) İfa fiilleri şeklinde.

bb/2) Temellük fiilleri şeklinde.

Bu durumlarda öneren 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 beklemektedir.

—Çok defa da muhatabın önericiye kabul haberini bildirmesine imkân 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 içinde red edilmemişse sözleşme kurulmuş sayılır. Şöyle ki: Önceki bir anlaşmaya, ya da MK.2 deki dürüstlük kuralına göre muhataban cevap verme ödevi varsa, bu durumda öneri karşısında susma kabul sayılır. Özellikle bağıtlama sözleşmelerinde öneri, uygun bir süre içinde red edilmemişse sözleşme kurulmuş sayılır. BK.387'ye göre bir işin yapılması teşebbüsün gerçeğinden ise veya o işi yapmak hususunda resmî bir sıfatı varsa ya da yapacağına dair önceden bir ilânda bulunmuşsa muhatap, kendisine yapılan önerileri derhal red etmemiş kabul etmiş sayılır.

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

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

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

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

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

ler için bir takım ödevler doğmaktadır. Birbirlerini aldatmama ödevi gibi. Mesela satım sözleşmesi kurulmadan önce de taraflar arasında bir takım borçlar doğmaktadır. Alıcı, bunlara aykırılık halinde sözleşme kurulduktan sonra bile dava açabilir. Zabıta karşı açılan dava gibi. Ihering, sözleşmenin görüşülmesinden doğan borçlara culpa in contrahendo görüşmede kusur adını vermiştir. Bazıları sözleşme kurulmadan borca aykırılığın sözkonusu olamayacağını söyleyerek görüşmede kusuru hatasız fiil olarak nitelendirmişlerdir. Aynı davranış, bir haksız fiil oluşturabileceği gibi belli bir borç ilişkisine de aykırılık oluşturabilir. Görüşmede kusur bu bakımdan sadece bir haksız fiil olmayıp pek çok durumda bir borca aykırılık niteliğindedir. Görüşmede kusuru borca aykırılık kabul edersek borçlunun sorumluluğu da ağırlaşmaktadır; zarar gören borca aykırılığa dayanmayı, kendisine bilhassa üç bakımdan yarar getirmektedir:

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

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

c- Adam çalıştıranların sorumluluğu yönünden: Haksız fiil sözkonusu olduğunda BK. 55 uygulanır ve adam çalıştıran gerekli özeni gösterdiğini ispatla sorumluluktan kurtulabilir. BK. nuza göre zarar görenle adam çalıştıran arasında bir sözleşme bulunması halinde - ki böyle sözleşmelere karma sözleşme denir - adam çalıştıranın sözleşmeden doğan bir borcu sözkonusu olmaktadır. BK. 100'e göre bu gibi durumlarda adam çalıştıran gerekli özeni gösterdiğini ispatlasa bile kurtuluş imkânı tanınmamaktadır. Çünkü sözleşmede kusuru bir borçaykırılık sayarsak, yardımcı eliyle işlendiğinde de ödeme yardımcısının BK. 100'e göre sorumlu tutarız. Böylece zarar görenin daha elverişli bir durumu sözkonusu olur.

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

sürmesi üzerine boy A, başından yaralanmıştır.

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

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

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

fa zarar vetmeme borcudur. Bu durumda borçlanmanın kurulmasından önce doğmuş bir kusur (culpa in contrahendo) vardır ve bu bir borca aykırılık niteliğindedir. Bu yüzden olayımda B'yi BK. 100'e göre sorumlu tutarız. Bu halde de B'nin gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur. (Alm. İmparatorluk mahkemesi - mısır ambarı olayı - da aynı sözünü benimsemiştir.)

§16. HARCAMA (TASARRUF) İŞLEMLERİ

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

lar doğurabilir.

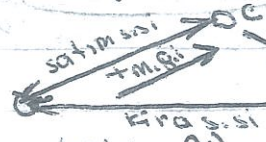
II- Borçlanma işlemleri ile harcama işlemleri kural olarak birbirinden bağımsızdır.

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

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

kiyetinin 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 (illî) işlemler denir.

III—Nisbî sonuçlu harcama işlemleri: Kural olarak bir harcama işlemi herkese karşı sonuç doğurur. Fakat bir takım harcama işlemleri, bazı kimselere karşı sonuçlarını doğurmaz. Bu tür işlemlere nisbî sonuçlu harcama işlemleri denir. Roma hukukunun aksine olarak Alm. ve İsv. hukuklarında olduğu gibi bir şeye üzerinde hukukumuza göre bir den fazla kişi ayni hak sahibi olabilir. Meselâ kira sözleşmesinde kiralanan şeye üzerinde iki ayni hak vardır. Kiraya veren bağımsız ayni hak (aslî), kiracı ise bağımlı (feri) ayni haktır. Kiraya veren kiralanan şeyi başkasına satabilir, mülkiyetini geçirebilir. Buna bağımsız ayni hakkın yollanması (havalesi) denir. Bu durumda mülkiyeti kazanan kişi, maliktir ve mülkiyet hakkını herkese karşı ileri sürebildiği halde bağımlı ayni hak kiracıya karşı ileri sürülemez. Meğer ki satıcı, kiracıya ayni hak (aslî) bir başkasına



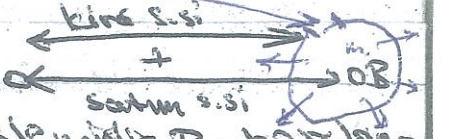


geçerliğini bildirmiş olsun. MK. 892/II hükmü bu çözümü geçersizleştirmektedir.

Örnek olay: A, B'ye bir baskı makinası satıyor. Fakat baskı makinası kiracı sıfatıyla A'da bulunuyor. (Üniversite öğretim üyesi, I. (enstitüm profesörüm))

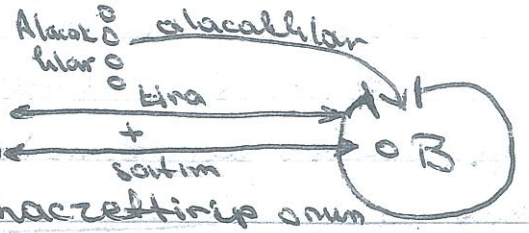
Soru: Buradaki harcama işleminin mahiyetini izah ediniz.

Cevap: A ile B arasındaki



satım sözleşmesi, borçlanma işlemidir. Bu borçlanma işlemine dayanarak yapılan mülkiyet geçirmesi ise hükmen teslim şeklinde olmuştur. Bu gibi olaylarda amaç çok defa satanın kredi itibarını yükseltmektir. MK. 853'e göre taşınırların rehnedilebilmesi için mutlaka rehinli alacaklıya merhunun teslimi gerekmektedir. Bir çok durumlarda taraflar, yasaya dolanma (hile-i şer'iyeye) başvurarak aralarında bir satış yaparlar, mülkiyeti de hükmen teslim yoluyla geçirirler ve sabıka, 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 kazanmakta, fakat bu hakkı satıcının (olayımızda A'nın) alacaklılarına karşı

ileri sürenez. Bunun pratik önemi şundadır: Satınma alacaklıları, iflas halinde o mal, hâlâ A'nın malvarlığında durmuyor - A'nın mezarına basınmakinesini hazırlatıp onun değerinden alacak haklarını elde edebilirler. Bunun gibi taşınır bir mal üzerinde rehin hakkı elde edilebilmesi için rehin nesnesinin elinde olmak gerekmektedir. Bütün harcama işlemlerine nisbî sonuçlu harcama işlemleri denir.



IV — Harcama yetkisi:

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

a — Hak sahibinin harcama yetkisi kaldırılmış, ya da daraltılmış olabilir. İflâs, harcama yetkisinin kaldırılmasına; kira, süfre gibi taşınır kullanılmasına ilişkin şerhedilmiş kişisel haklar da harcama yetkisinin sınırlandırılmasına (daraltılmasına) örnektir.

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

Bu-harcama yetkisinin temsilcinin temsilcisi hali-iki durumda söz konusudur.

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

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

2) Harcama yetkisi olmaksızın yapılan işlemler geçersizdir. Meğer ki MK. 901 ve 933 hükümleri gereğince iyiniyetin korunduğu bir durum söz konusu olsun. Harcama yetkisi olmadığı için geçersizlen harcama işlemleri iki durumda geçerlilik kazanır:

a-Hak sahibinin sonradan onaylamasıyla.

b-Düzelme (konvalessens) ile. Meselâ oğul E, Babası B'ye ait bir otomobili arkadaşı A'ya satmış ve miktarını da geçirmiştir. MK. 901 deki hükümler (kendisi rızasına olmasa bile) E'nin yaptığı bu harcama işlemini geçersizdir. Çünkü işlemin konusu otomobil üzerinde harcama yetkisi yoktur. Sonradan B'nin öldüğünü düşünelim. Bu durumda başlangıçta harcama yetkisi olmayan E, sonradan harcama yetkisi kazanmış ve bu suretle (miras sebebiyle)

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

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

3) Harcama yetkisi, fiil ehliyetinden farklıdır. Fiil ehliyeti, bizzat kişinin kendi çıkarlarını korumak için aranır. Fiil ehliyeti olmayan kişinin yaptığı işlemler hukukî sonuç doğurmaz. Harcama yetkisinin doğrudan doğruya kaldırılması, yada kaldırılması ise alacaklıların çıkarlarını korumak amacını güder. Bu temel farklılıklar şu tali sonuçları 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 akit hükümleriyle sözleşme yapan kimsenin işlemi yine geçersizdir. Harcama yetkisizliği karşısında MK. 901,

931 gibi bir takım durumlarda iyiniyet korunur.

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

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

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

Cevap: Olayımızda iflâs sözkonusudur. İflâsta harcama yetkisinin daraltılması halidir. A ile B arasında iki işlem vardır:

— Satım sözleşmesi, borçlanma işlemidir ve geçerlidir.

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

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

ileri sürülebilir. Olayımızda da alacaklıları korumak amacı vardır ve bu yüzden geçersizliği ancak A'nın alacaklıları ileri sürebilirler. Müflis A, bu geçersizlik kendi alacaklarını korumak için getirilmediğinden bunu ileri süremez. Çünkü İİK.204'e göre müflisin harcamaları, alacaklılarına karşı geçersizdir. Buna karşılık temyiz kudreti olmayan kimsenin yaptığı işlemin geçersizliğinin, 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 anılan prensip ilk durumda söz konusudur. Bu yol, ilkin Alm. İflas K. §7 ile Alm. MK §135 ede 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 kaideye o malda sahip olduğu hakların ihlâl ettiği nisbette bâtıldır. (Fazla bilgi için bk 2. Sungurbey, MK üzerine eleştiriler cilt 2. TK. 404 hkda)

§17. KAZANDIRICI İŞLEMLER

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

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

2) Maddî fiillerle kazandırma: Maddi fiil, hukuki bir sonuç doğurma isteği olmadan, âlemde maddî bir değişiklik meydana getiren ve hukuk düzeninin bu değişikliğe hukuki bir sonuç bağladığı fiil demektir. Ekmeğin geçirilmesi, taş yiyip şişi. Meselâ A, camına komşusu B'nin penceresince takmıştır. Bu da camın tamamlayıcı parçası durumunda olduğu için camın malikine camın da malikine olmuşlardır.

3) Bu da birleşme yoluyla kazandırma olur.

Kazandırma, başka bir açıdan da tasnif edilebilir:

1) Kazandırma, kazandıranın malvarlığından bir değer vermesiyle olabilir.

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

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

Farklı bir yaklaşım, Sebebiyet
Sebep ise: 2 tarafın amaç, niyet
konusu olan, objektif.

iyilik ya da pişteris yapma gibi ikincil paylarla 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. Meselâ A'nın B'ye (fakülte masraflarının karşılanması için 1000 L. bağışta bulunması gibi. Burada ikinci gaye (saik), bağışlamanın şart derecesine yükseltilmiş olmaktadır. Aynı olay; hem şart, hem de causa olarak karartılmış olabilir. (Meselâ "Bence sana 1000L.'nin miktarını geçmiyorum. Fakat sana borçlu olduğumu düşünüyorum." dediğinde bu işlemde amaç ödeme olmaktadır. Bu, kazandırmanın şartı olarak da kararlaştırılabilir, nedeni olarak da kararlaştırılması mümkündür. Müşterek olayda şart ve nedeni ayırt edebilmek önem taşımaktadır. Bu konuda birbirini tamamlayan iki ölçüt ileri sürmek mümkündür.

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

2) Taraflar, gelecekteki olaylardan daha çok

şüphe ederler. Bu yüzden geleceklebi dayanı genellikle şart olarak dercetmişlerdir. "Okulunu bitirdiğinde sana 10.000 L. vereceğim." de dediği gibi.

Şart ve sebep ayırımının önemi sürdadır: Eğer bir olay kazandırıcı işlemin şartı olarak kararlaştırılmışsa şart gerçekleşmedikçe işlem geçerliliğini sürdürür. Bu işleme dayanılarak verilen şeyler geri istihkak davası (rei vindicatio) yoluyla 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 prupta toplarlardı ki bugün de geçerlidir. Fakat bu ayırım, sınırlayıcı değildir, bu yanında başka causalar da vardır:

1) Causa solvendi: Ödeme (ifa) sebebidir.

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

3) Causa donandi: Bağışlama sebebidir.

Başkaca sebepler de vardır.

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

5) Causa novandi: Yenileme sebebidir.

6) Temin sebebi. (Mansel Fenlikler de)

III- Hukuki nedene bağlı olan ve hukuki nedene bağlı olmayan kazandırıcı işlemler: 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 (rei vindicatio) ile geri alınabilir. Kazandırıcı işlemin geçerliği 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) olarak verdiği şeyi geri isteyebilir.

Olay: A, B den bir halı satın alıp karşılığında

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

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

Cevap: A, 10.000L.nın mülkiyetini B'ye borcunu ödemek (borcu sebebi) gayesiyle geçirmiştir. Fakat daha önce bu borç ödendiği için neden ortadan kalkmıştır. Bu yüzden sebebin gerçekleşmesi gerçekleşmemiştir. Mesela satım sözleşmesi arasında A, temyiz kudretinden mahrum olsaydı, sonradan bu kudreti kazanınca borcunu ödemesine ortada geçerli bir neden yoktur. İlk durumda nedenin gerçekleşmemesi, diğerine ise nedenin olmaması hali demekteyiz. Nedenin bulunmaması, ya da gerçekleşmemesine rağmen mülkiyetin geçirimi sözleşmesi geçerli midir, yani neden olmamasına rağmen mülkiyet geçmiş midir? Digestada bu konuda iki ünlü hukukçunun iki ayrı görüşü vardır:

— Julianus'a göre mülkiyetin geçirimi işlemi geçerlidir, zira nedenden bağımsızdır. Ancak nedensiz bağımlılık ~~sözleşmesi~~ ~~sözleşmesi~~ ~~otekiler~~ Bence de bu doğrudur. Julianus'un hakkı: bir mahfe nin mülkiyeti para, bağışlamak için değil, mülkiyet hakkı devretmek geçmeli. Sözleşmeden

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

Modern hukukta bu problem iki grupta toplanarak çözümlenmektedir:

1) Havale işlemleri kural olarak nedenden bağımsızdır. Alacağın geçirilmesi, ibra gibi. Fakat bunun bir istisnası vardır. İsv.-Türk MK'na göre ayrı kural gereği (md. 924-933) taşınmaz mülkiyetinin geçerlilik nedene bağlı bir işlemdir. Mesela satım sözleşmesi geçersizse buna dayanılarak yapılan taşınmaz mülkiyeti geçirme işlemi de geçersizdir. Fakat taşınmaz mülkiyeti geçirmenin nedensel ya da soyut olduğu hususu tartışmalıdır. İsv. Yargıtayı nedensel olduğu görüşündedir. Von Tuhr ise hatırlanacak taşınmaz mülkiyeti geçirme 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 condictio indebiti (sebepsiz zenginleşme davası) ile ilgili hüküm gereği taşınır mülkiyeti nedensiz olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Şöyle ki: Söz konusu maddeye göre borçlu olmadığı sebebiyle ödeyen

→ Terditli dava hakkı (Ödeyen, alıcının mülkiyet geçirme bağışlama olduğu ileri sürüp, tapu iptal davası açarsa, bağışlama geçersiz ise, ...

kimse, ödediğini ancak nedensiz zenginleşmeden dava ile geri alabilir. Yani neden olmadığı halde mülkiyet geçmekle, ödeyen ise mülkiyet hakkını kaybetmektedir. Fakat kişisel nitelikteki nedensiz zenginleşme davasıyla seçim geri istenebileceği kabul edilmektedir. Eğer sözkonusu olan nedensel bir işlem olsaydı ödeyen, mülkiyet hakkını kaybetmiyecek ve verdiği şeyi bu hakkına dayanarak istihkak davası ile geri isteyebilecekti. Bu halde taşınır mülkiyetinin geçişini işlemi soyut bir işlemdir.

2) Borçlanma işlemlerinde:

a— Hukuki neden, borçlanma işleminin içine sokulmuş ve onun bir parçası haline getirilmişse böyle bir borçlanma işlemi nedenseldir, geçerliğine dair gerçekleşmesine bağlıdır. Meselâ "Bana evini satman için sana 10.000₺ borçlandığımı kabul ediyorum" desem, burada siz bana evinizin mülkiyetini geçirmedikçe borç doğmayacaktır. Çünkü illî bir borç vaadi sözkonusudur.

b— Neden gösterilmeyen borçlanma işlemlerinde ise neden bulunmasa ya da gerçekleşmese bile borç doğmaktadır. Fakat nedensiz yere borçlanan kişi ne-

denesiz zenginleşme davası ile (condictio liberationis) borcun ibra edilmesini isteyebilir. Burada yanlış kavramıyla ibra sözkonusudur. Meselâ size 1000 L. borcum vardiye bir senet verdim, ben yine borcu ödedim. Fakat borçlanmamın nedeni olmadığı için de condictio liberationis ile ibra edilmemi isterim.

İsv.- Türk hukuk sisteminde neden gösterilmemiş borç tanımalarının nedenden bağımsız olarak geçerli olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bazılarına göre neden gösterilmemiş borç tanımalarının geçerliğinin nedene bağlı olması gerekmektedir. Prof. Tuğ Fr. MK.nun sebebin varlığını borcun geçerlilik şartı olarak kabul eden hükümlerinin etkisinde kalarak Fr. olarak kabul edilen doktrin tesirinde kalmışsa da kanaatimizce bu doğru değildir.

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

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

içinde açılmalıdır. Aksi halde zamanaşımına uğrar.

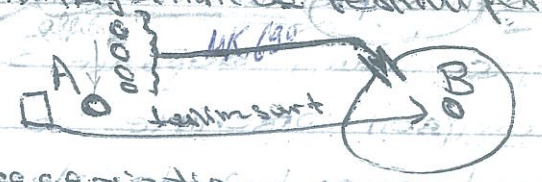
2) Zamanaşımı süresi dolduğundan nedensiz zenginleşme davası açılamıyorsa, ya da borcun ödenmesi için yoksullaşmaya karşı bir dava açılmışsa yoksullaşmanın def'i (sebepsiz zenginleşme def'i) hakkı vardır. Bu def'i ileri sürerek borcun ödemekten her zaman kaçınabilir. Çünkü def'i, hukuki hayatta değişiklik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

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

IV — İnançlı (fiducie) kazandırmalar (özellikle güvence işlemleri): Bunlar, hukuki payeyi aşan kazandırıcı işlemlerdir. Meselâ bir alacağın temini için sadece rehin gösterilmesi gerekirken mülkiyetin geçirilmesi gibi. Bunu temin (güvence) için temlik denilir. Bir alacak için borca tahsis (ayni) verilecek yerde inançlı olarak alacaklıya geçirme de bir diğer örnektir ki buna da tahsil için temlik (devir) denir. Bütün bu işlemler inançlı işlem diye ya-

yeden daha ileri giden bir hak kazandırılmaktadır.

Taşınır rehni için MK. 939'a göre teslim şarttır. Amaç; üçüncü kişilerin rehini, rehinli alacaklının ziyeti-liğinde görmelerini sağlamaktır. Bu kurala karşı dolan yapılmaması için rehnin inanılmaz olarak mülkiyeti geçirilmek isteniyorsa şeyin mülkiyetinin de teslimi gerekmektedir. MK. 696'a göre, hükmen teslim halinde bu teslim, devredenin alacaklılarına karşı geçersizdir.



İnanılmaz işlemler geçerlidir. Yani şey, rehni edilecek yerde mülkiyetinin geçirilmesi halinde mülkiyeti devralan mülkiyet hakkını kazanır. Modern hukukta kabul edilmiş olan "tam hak" (Kurucusu Regelsberger'dir.) gereğince mülkiyet hakkını kazanan tam malik olur. İnanılan kimsenin borcu ödendiğinde şeyin mülkiyetini geri verme borcu ise kişisel bir borçtur. İnanılan kimsenin de borcunu ödediğinde şeyin mülkiyetini geri isteme yolunda kişisel bir hakkı söz konusudur. Bundan çıkan sonuç, şudur: İnanılmaz olarak şeyin mülkiyetini geçirilen kimse, bu haktan ancak inanılan kimseye karşı ileri sürebilir. Üçüncü kişiye karşı kullanamaz. İnanılan kişise ya üçüncü kişiye sattığında ancak borcu öğrenilir

tam dolayı (BK. 96) sorumlu tutulabilir.

§18. GEÇERSİZLİK (Hükümsüzlük, muteberiyetsizlik)

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

Üç türlü geçersizlik vardır:

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

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

yok sahibine

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

Tahvil (konversiyon, çevirme): Gerekli şartların bulunmaması yüzünden geçersiz olan bir hukuki işlem, tarafların işlemin batıl olduğunu bilmeleri halinde çürük işlem yerine başka bir hukuki işlem yapabileceklerini (varsayabiliyorsak), gerekli şartları taşıyan başka bir hukuki işleme çevrilebilir. Meselâ miras mukavelesi yapabilmek için on sekiz yaşın bitmesi gerekmektedir. Kişi, 17 yaşında olduğu halde miras mukavelesi yapı-

ka ölüme bağlı tasarrufta bulunmuşsa, eğer onun işlemin batıl olduğunu bilseydi miras mukavelesi yerine 15 yaşından yeterli olduğu vasiyetnameyi yapacağı sonucuna varabiliyorsak sürüklenen 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 boşluğu borç ikrarına dönüştürülebilir. Süresi içinde yapılmayan kabul açıklaması yeni bir öneri addolunur. Burada (alıcıda) yararlanıcı ileri gidilerek farazi bir isteme dayanılmaktadır.

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

a — İstek bozuklukları; yanılma, aldatma ve korkutma gibi durumlar. Bunlar hususunda iki teori vardır:

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

bb — Açıklama teorisi: Güven teorisi de denilmektedir. Açıklamaya değer tanınmaktadır.

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

lan ya da korkutulan, hukuki işlemle başlangıçtan bağlı değildir. Fakat gerçeği öğrendikten başlayarak bir yıl içinde hukukî işlemle bağlanmak istemediğini bildirmese 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, sonradan işlemi sonradan bozabilmektedir.

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

Fakat pratik olarak her iki bozulabilme de benzer sonuca varmaktadır.

§19. BİÇİM (ŞEKİL)

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

işlemin tamamlanması için aranan bir takım maddi olay-lar biçim değildir. Meselâ taşınır mülkiyetinin geçirilmesin-de teslim şartı, bir biçimin değildir. Çünkü borçlanma, ge-çerli olarak daha önce doğmuştur. Burada istek a-çıklamasına eklenen bir maddi olay sözkonusudur. Ta-şınmaz mülkiyetinin geçiminde aranan tescil de böyledir.

Biçimin yararları şunlardır:

1) Biçim, kişileri düşünüp taşınmaya yöneltir.

2) Hukuki anlamdaki icap ve kabulle sözleşmenin di-ğer görünümlerini biçim sayesinde birbirinden kolaylıkla ayırt edebiliriz.

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

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

Biçimin sakıncaları şunlardır:

1) Biçim, hukuki işlemde aranan pratiklik ve ça-buklığı önler (engeller).

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

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

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

Geçerlilik biçimi iki şekilde olur:

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

2) Resmî biçim: Resmî bir devlet memurunun gerçekleştirmesi gereken biçimdir. Taşınmaz mülkiyeti geçirimine ilişkin olan gibi. Resmî tasdik, resmî biçim değildir. Resmî tasdikte senedin yalnızca imza ve tarihinin noterce tasdik edilmesi söz konusu olup ispat kolaylığı amacı güdülmektedir. Resmî tasdikte re'sen düzenleme söz konusu değildir.

II- Biçim, başka bir açıdan da ikiye ayrılmaktadır:

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

2) İspat biçimi: Medenî yargılama hukukunda aranan biçim şeklidir. HUMK muz Neuchatel kantonundan alınmış olmakla beraber, ispat biçimi ile ilgili kuralları, değeri 150 frangı geçen işlemlerin ispatı için yazılı delil şartını arayan Code Civil. 1343 hükmünden alınmıştır. HUMK.

288'e göre değeri 500 L.yı geçen hukukî işlemlerin yazılı delille ispatlanması gerekmektedir. Kira, kefalet gibi BK aksinden hiç bir geçerlilik biçimine bağlı olmadığı halde bahsedilen hüküm gereği bir çok hukukî işlemlerin ispat şekline bağlanması gerektirmektedir.

III — Biçime uyulmadan yapılan sözleşmeler 1)

1) BK. 11/II'ye göre biçime uyulmadan yapılan sözleşmeler (biçim şartı aranduğu halde) geçersizdir. Eski İsviçre doktrini bundaki geçersizliği Alm. MK §313'e uygun olarak boşluklan diye nitelendiriyordu. Böylece biçim eksikliği yargıca re'sen nazara alınmakta ve böyle bir sözleşmeye dayanılarak açılan dava red edilmekteydi. Halbuki İsv.-Türk BK'nun sözü geçen hükmü, Avs. MK. gibi, sadece geçersizdir, demekle yetinmekten söz açmamaktadır. Bunu nazara alan yeni İsviçre doktrini, Avs. Hukuku gibi, buradaki geçersizliğin bir boşluk olmadığı ve yargıca resen gözönünde tutulamayacağı yönünde gelişmiştir. Buna göre yasa, işlemi biçime bağlamakla hangi tarafı korumak amacını güdüyorsa, biçim eksikliği de o tarafa ileri sürülmek gerektirmektedir. Bir örnek olayı ele alalım. Meselâ bir taşınmaz satımında alıcının bu resmî biçime bağlanmamış satış vaadine dayanarak dava ederek satış parasının ödenmesini istese, eski doktrine göre

yargıç, işlemi cürüks olarak nitelendirip davayı reşen reddedecektir. Yeni doktrine göre ise, yasanın aradığı biçim şartı ile çıkarlarını korumak istediği tarafın (aynımızda alıcı), borcunun gereken resmî biçime bağlanmadığını ileri sürerek hakimden davanın reddini isteyecektir. Yeni doktrin, BK hükümlerine daha uygun kalmakta ve böyle bir çözüm de çıkarlar durumunu ve yasanın amacına uygun düşmektedir.

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

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

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

— Neyinin devrinin geri istenebilirlik talep-mülkiyet davası, MK. 618.

— Çıkım (devretme) davası, MK. §. 33.

4) Biçim eksikliği yüzünden geçersiz olan bir işlem, bu geçersizliği bilinerek yerine getirilmişse Alm. MK. §. 313 gereğince biçim geçersizliği edimle düzelir. BK'nda böyle bir hüküm olmadığı halde bu sonuca varmak mümkündür. Sözleşmenin biçim eksikliği yüzünden geçersizliğini bilerek ifada bulunan kimsenin sonradan ödediğini geri alması istenemez, MK. 2'deki dürüstlük kuralına aykırıdır ve bu istem reddedilir. Buna çelişkili davranış yasağı (venire contra factum proprium) denir. Yargıtay'ımız da bu çözümü kabul etmektedir. Alm. 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. Meselâ bir taşınmaz satım sözleşmesinde resmî biçime uyulmadığını düşünelim. Satıcı da sözleşmenin geçersizliğini bildiği halde taşınmazın mülkiyetini alıcıya geçirmiştir. Sonradan da biçim eksikliğine dayanarak mülkiyetin geri verilmesini ve tescilin düzeltilmesini istemektedir. Alıcı, MK.2 deki dürüstlük kuralına dayanarak buisteminin reddini ister. Fakat alıcının kendisi satıcıyı aldatmış, yada sömürüye yeltenmişse kendisi dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğinden tekrar dürüstlük kuralına aykırılık savunmasında bulunamaz. Isv. Yargıtayı bu çözümü kabul etmiştir, yerindedir.

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

leşmesinde, borç altına sözde bulunan şirketten biri için onun imzası yeterlidir. Bu kural harcama(tasarruf) işlemlerine de kıyas yoluyla uygulanır. Yasa, alacağın geçirilmesi için başka yazılı biçimi aramıştır. Bunun için de alacağı geçiren kimsenin imzası yeterlidir. Aynı kural resmi biçime bağlı sözleşmeler için kıyasen uygulanır. Taşınmaz satış sözleşmesinde her iki taraf da borca girdiğinden her iki tarafın, taşınmaz başkalarına sözleşmesinde ise sadece başkasına borca girdiğinden başkalarının imzası gerekli bulunmaktadır.

V- Başka (adi) yazılı biçim: Yasa, başka yazılı biçimde mektupla imzayı birbirinden ayırmaktadır:

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

2) İmza: İmza, BK. 14/II'ye göre borç altına giren kimsenin elyazısıyla olmak gerekir. Bunun iki istisnası vardır:

a- BK. 14/II'ye göre imza, ticaret adetinin gerektirdiği durumlarda mekanik araçlar, baskı makinaları vs. ile basılabilir. Büyük sayıda çıkarılan kıymetli evrakların imzalanmasında olduğu gibi.

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

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

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

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

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

§20. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

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

1) Tarafların sözleşme yapıp yapmamakta özgür olmaları.

2) Tarafların sözleşmenin muhtevasını kararlaştırmada özgür olmaları.

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

Sözleşme özgürlüğünün başlıca sınırları şunlardır:

1) Sözleşmenin, yasanın emredici kurallarına aykırı olmaması.

2) Sözleşmenin muhtevasının hukuka uygun olması.

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

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

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

1) Edimin hukuka aykırı olması hali: Özellikle Ceza Kanuna aykırı eylemler sözleşmesi olduğunda sözleşme geçersizdir.

2) Bazen fiil (edim) caiz dur, fakat sözleşmenin o şekilde yapılması hukuka aykırıdır. Meselâ rakibiy-

kısa bir bedelle yapılan satım sözleşmesinde, sözleşmenin konusu gerçek saymak alacaklıya zarar sokar. Çünkü o malı iktisap hakkı vardır. Bu bakımdan böyle bir satım sözleşmesinde bedelin narhtan yukarı bölümü geçersizdir. Tadsiye karşı dolan (hile-i şer'iyye) yasağı, bu konuda bir diğer örnektir. Bununla yalan sanın yasak ettiği (gerçek saydığı) bir sözleşmenin sağlıyacağı pratik sonuca, başka bir hukuki yoldan başka bir hukuki işlemle erişmek amacı güdülür. Mesela taksitli satışlarda yasa, taksitli alıcıyı korumak istemiştir. Almanya'da taksitle satışı düzenleyen ayrı yasaları 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 dolanı yapılmaktadır. Taraflar satım sözleşmesini kira sözleşmesi gibi düzenlemek suretiyle belli bir süre kiraların muntazaman ödenmesi halinde sonra mülkiyetin kiracıya geçeceği yolunda anlaşabilirler. Bu, bir yasaya dolanı olduğundan bu yoldan yapılan anlaşmalar geçersizdir (yani taksitler yanmaz).

IV — BK. 20 gereğince ahlâk ve âdâba aykırı sözleşmeler geçersizdir. Burada söz konusu olan yargıcın

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

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

a— Muhtevası ahlâka aykırı olan sözleşmeler çürüktür. Bir kimseyle evlilik dışı ilişkide bulunmak için para vaad etmede bu vaad geçerlidir, çünkü muhtevası ahlâka aykırıdır. Yargıtay, 14/1/948 t. li İBK ... kiralanan ev ... kira paralarının ahlâka aykırı olmadığını kabul etmelidir. Halbuki genelev için kullanılmak üzere yapılan bir kira akdinin muhteva itibariyle ahlâka aykırı olduğundan çürük olması gerekirdi. Fakat BK. 65 gereğince de bilcümle ahlâka ve adaba aykırı şekilde verilen şeyler geri alınamıyacağından, kira paraları da geri alınamayacak.

b— Gayesi ahlâka aykırı olan sözleşmeler çürüktür. Her iki tarafın amaçlarının ahlâka aykırı olması durumunda sözleşmenin çürük olacağı hususi kesimdir. Fakat taraflardan biri ahlâka aykırı bir gaye için sözleşme yapmışsa, böyle bir sözleşme küsûr olarak geçerlidir. Meselâ A, küçük bir kızı kandırmak için müvekkili B'den yüzük almışsa durumunda, bile B onaya

daki satım sözleşmesi geçerlidir. Fakat tuyumcu B, bu ahlâka aykırı gayeyi bilerek A'dan yüksek bir bedel istemişse, ahlâka aykırı gayeyi benimsemiş sayılacağından sözleşme gürültülüdür.

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

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

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

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

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

→4) Bir kimsenin gelecekteki bir olumsuzluktan yoksun olmasıyla yararlanmasını, kendi tarafından gerçekleşmesine eğer cihandan sapmasını sağlamak veya yaptırmaması da anlaşılan anlaşmadır. (Olumsuz şart)

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

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

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

gereğince takip ettirebilirsiniz. Otomobilim benim dışında fakat bir ihmal neticesi örneğin onun yanmasına yol açmışsa hükümyine aykırıdır. Sözleşme kurulduktan sonra edimin kusursuz imkansızlaşması halini ise BK. 117 düzenlemektedir, ki bu durumda borçlu borcundan kurtulur.

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

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

1) Objektif şart: Edimle karşı edim arasında aşırı bir oransızlık bulunmalıdır. Meselâ 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 (müzayaka) yararlanılmış olması. Meselâ cezaevinden çıkarmak isteyen A'nın evini B'ye yok pahasına satmasında olduğu gibi.

b — Karşı tarafın tecrübesizliğinden bilerek yararlanılmış olması. Cahil kimsenin desteğinden kalan yazma eser-

leri yok pahasına satmasında olduğu gibi.

c — Karşı tarafın hafifliğinden (hafifletilmiş) bilerek yararlanılmış olması. (Hiffet tabiri, bu şüphesiz küçük bir alacağı için geleceklebi büyük alacaklarını feda etmeye denilmektedir.)

Alm. MK, sömürüyü ahlâka aykırılık olarak nitelendirmiş ve böyle işlemleri de cürüm saymıştır. BK. 21 ise işlemin geçerliğini sömürülenin iradesine bırakmıştır. Sözleşmenin kurulmasından başlayarak bir yıl içinde sömürülen sözleşmeyle bağlı olmadığını karşı tarafa bildirmelidir. Buradaki geçersizlik, irade bozukluklarında olduğu gibi — sözleşmeyi bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla düzelmektedir. Fakat sömürülen henüz kendi edimini yerine getirmemişse BK. 60/c. 2'de olduğu gibi değişiklik yapmayla borcunu yerine getirmekten her zaman kaçınabilir. Eğer bir şeyler verilmişse geri alınamaz. Uyarılmadıkça bir yıl geçtikten sonra hileye dayanarak davacamak daha yararlı olmaktadır.

Polonya BK ise orijinal bir çözüm getirmiştir. Buna göre yargıç sözleşmeye müdahale ederek edimler arasındaki dengeyi oransallığı gidere bilmektedir.

Fahiş gabini BK. 21 düzenlemektedir.

§21. BORÇ TANIMASI (İKRARI)

I- Borç tanımasının iki şekli vardır:

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

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

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

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

b- Borç tanması, başlıbaşına bir borç kaynağı olarak bir hukukî neden olmaya ya da neden olmayanın kötüniyetle gerçekleşmesine bile yine borç doğurur. Şu kadar ki nedensiz yere borçlanan kimse, nedensiz zenginleşme kurallarına uyarınca bu tanımaya karşı nedensiz zenginleşme davası ya da nedensiz zenginleşme defi ile mukabele eder. (BK. 66/f. 2)

c- Gerek nedensiz zenginleşme davası, gerekse nedensiz zenginleşme defi kişisel bir hak olduğundan yok sullasarca istenirse kullanılabilir. Tarafça görevinden istenmeyen bu hakları kullanamaz. Böylece yargıcın görevi kısıtlayıcı olmaktadır.

II- Nedeni gösterilmeyen kurucu borç tanması ya da sözleşmesinin geçerliği, tarih boyunca herzaman kabul edilmiş değildir.

1) Klâsik Roma hukuku devrinde stipulatio vardı.

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

2) Bütün stipulatiolar, alacaklının ve borçlunun birbirine güvenmesinden dolayı yapılıyordu. Klâsik devirden sonra durum değişti. Caracalla, bir emir namesiyle borçlunun stipulatioya karşı kullanılmak üzere bir def'i hakkı (paranın sayılıp teslim edilmediği def'i) yarattı. Borçlu bu def'i hakkını kullanmasa, alacaklı, nedenin gerçekleşmediğini başkaca delillerle ispat yükünde kalıyordu.

3) (Justinianus hukukunda) stipulatiolar arasında bir ayırım yapılmıştır. Stipulatiolarının bazılarında "neden olarak şu gerçekleşmiştir" diye kayıt konulmaya başlandı. Fakat böyle kayıt konulmamış stipulatiolarda geçerlidir ki bunlara causa indiscreta (nedeni gösterilmemiş senet) denir. Böyle senetlere karşı borçlu def'i hakkını kullanmasa o, alacaklı nedenin gerçekleştiğini ispat yükünde kalıyordu. Bu çözüm tarzı Ortaçağ ve Yeniçağ boyunca devam etmiştir.

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

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

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

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

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

aynı sayın İsviçre hukukuçun da geçerli olacağını sanmaktadır. Fakat bu görüşün doğru sayılmaz.

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

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

2) Borçlunun belirtilmeyen nedeni, bir geçerlilik biçimine uyulmasını gerektirebilir. BK'na göre taşınır bağışlama sözleşmesi yazılı biçimde yapılmak gerekir. Meselâ "Bay A'ya 1000 L. ödemeğe söz veriyorum" şeklindeki borç vaadinin nedeni bağışlama ise bunun yazılı biçimde yapılması gerekir. Fakat borç vaadinin bağışlama nedenine dayandığını iddia eden ispat yükümlüdür.

V- Nedeni gösterilmeyen borç tanımalarının ge-

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

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

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

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

VI- Nedeni gösterilmeyen kurucu borç tanıması ya da söz vermesinin temel borç ilişkisi karşısındaki durumu: Nedeni gösterilmeyen borç tanımaları, taraflar

arasında temel bir borç ilişkisi olmaksızın yapılmış olabilir. Bağışlama gibi. Fakat tanıma, bir temel borç ilişkisine dayanılarak da yapılmış olabilir. Meselâ satım sözleşmesinden doğan bir alacak hakkı yanında buna da yanlarak bir de borç tanınmasında bulunulmuş olabilir. Ama böyle bir durumda karşınıza şu sorun çıkmaktadır: Tanıma ile temel borç ilişkisi yenileme ile ortadan kalkmış mıdır? Yoksa temel borç ilişkisi aynen muhafaza edilerek alacaklıya yarışan ikinci bir hak daha mı verilmek istenmiştir? Justinianus hukukundan beri gelen gelenekle uygun olarak BK. 114/3, yenilemeye karine olma yönünde değil de yarışan hak tanımadaki çözümü benimsemiştir. Buradaki yarışma eksik yarışmadır. Zira borç tanınmasından doğacak alacak kuşkulanarak elde edilirse, temel 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.

VII — Nedeni gösterilmeyen borç tanınması, ya da söz vermesine karşı savunmalar:

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

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

2) Temel borç ilişkisinden doğan savunmalar:

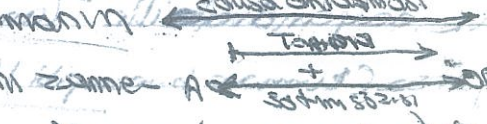
a— Borç tanıması ya da sözvermesinin geçerliğine etki yapan savunmalar: Mesela borçlu (davalı), tanımanın başka bir nedene dayandığını ve bu yüzden yazılı biçime uymak gerektiğini ileri sürerek savunmanın biçim eksikliğine dayandırabilir. Tanınan borç, bir eksik borca dayanmıyorsa (tanınan borç gibi) tanımadan yine eksik borç doğar.

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

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

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

1) Hukuki neden bulunmayan borç tanınması ya da söz verilmesi: Mesela B, A'ya 1000 L. borcu olduğu yönünde bir borç senedi veriyor. Bununla A'dan aldığı dört çeki odunun parasını kastetmektedir. Yani tanınma causa sahvendi dinamiyle olmaktadır. Fakat A, bu tanınmanın



boşlama nedeniyle yapıldığını zanne- diyor. Burada A ile B arasında dissens (uyuşmazlık) sözleşmesi olduğundan causa anlaşması kurulamamıştır. Burada B, A'ya condictio sine causa (nedenin bulunmamasına dayalı nedensiz zenginleşme davası) açarak senedin geri verilmesini isteyebilir.

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

Geçmiş Olsun

solvendi amacıyla 1000 TL'lik bir borç tanımasında 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 yada ortadan kalkması:

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

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

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

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

ginleşme defini herkese karşı ileri sürebilir. Alacaklıya karşı yapılacak defileri yeni alacaklıya karşı da kullanılabilir. Fakat ticaret hukukunda kullanılan bono gibi ticari senetlerde bunu imkân yoktur. Çünkü bunlar çok daha büyük ölçüde cari hesaptan (temel borç ilişkisinden) soyutlanmışlardır. Bu yüzden ilgili kişiler, bu tür senetleri elde edenlere karşı nedensiz zenginleşme defini ileri süremez.

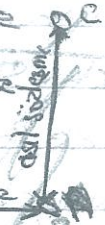
§22. ÖNSÖZLEŞME VE SÖZLEŞME KURMA ZORUNLUĞU

I- Önsözleşme: BK. 22/I'e göre bir sözleşme ile ileride bir borç sözleşmesi kurma borcuna girmek mümkündür. Pandekt hukukunda bu tür anlaşmaya sözleşme kurma anlaşması (pactum de contrahendo) denmekteydi. Burada önsözleşme (akit yapma vaadi) ve asıl sözleşme olmak üzere iki sözleşme söz konusudur. Fakat bir önsözleşmeden bahsedebilmek için ileride yapılacak olan asıl sözleşmenin bir borçlanma işlemi niteliğinde olmasına gerek yoktur. İleride yapılacak işlemin bir harcama işlemi olması durumunda bir önsözleşmeden bahsedilemez. İleride yapılacak işlem mülkiyetin geçirimi sözleşmesi ise ortada asıl borçlanma işlemi (sözleşmesi) kurulmuş demektir. A ⟵ b.i. ⟶ B ⟵ b.i. ⟶

Eğer bu tür sözleşmeleri önsözleşme olarak kabul edersek satım sözleşmesi gibi iktisadi hayatın önemli ve yaygın sözleşmelerinin önsözleşme kabul edilmesi gerekirdi. Halbuki önsözleşmede amaç bu değildir. Ancak her iki sözleşmenin de borçlanma işlemi niteliğinde olması durumunda bir önsözleşmeden bahsedilebilir. Gerçekte önsözleşmenin modern hukuktaki uygulama alanı azdır. BK m.ndaki bu konuyla ilgili hüküm, Pandekt hukukunun bir kalıntısıdır. Ama hukukuna dayanan Pandekt hukukunda karz, ârıyet, vedia, rehin akitleri nesnel sözleşmelerdi. Bu yüzden bu hukuklarda önsözleşmenin önemi büyüktü. Önsözleşmenin diğer bir önemi de surdan geliyordu. Mecelle, Pandekt ve Cermen hukuku gibi eski hukuklarda sözleşme konusunun belirli olması gerekiyordu. Belirlilik yoksa sözleşme oluşmuyordu. Modern hukukta ise sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşme konusunun belirli olması gerekli olmayıp belirtilebilir olması yeterlidir. Mesela "X fabrikasından alacağım kumaşları sana %10 kârla satacağım." dersem konu açıkça belirlilik olmayıp ancak ileride belirtilebilirlik söz konusudur. Eski hukuklar, böyle belirtilebilir sözleşmeleri önsözleşme olarak nitelendirmektedir. Mesela A, İstanbulda babasından miras kalacak taşınmazları satmak için B ile sözleşmiştir. Eski hukuklara göre belirtilebilirlik söz konusu olduğundan bu bir önsözleşmedir. Şartlar gerçekleşince asıl satım sözleş-

mesinin kurulması dava edilebilecekti. Modern hukukta ise bu bir önsözleşme olmayıp doğrudan doğruya bir satım sözleşmesidir. A'ya otomobilimi satacağım vaad eden her ne kadar ifade önsözleşmeyi andırıyorsa da burada da asıl sözleşme sözkonusudur. Çünkü bununla ben otomobilin mülkiyetini geçirme borcuna (bir hareketi yapma yükümü altına) girmektedir. Bu yüzden ifadeye bakılmaksızın bunun asıl sözleşme olduğu yolunda yorum gerekmektedir.

Modern hukukta ön sözleşmenin önemi ikili ilişkilerde sözkonusu olmaktadır. Meselâ A, B'ye otomobilini ileride C'ye satacağı yolunda bir vaadde bulunsa burada A ile B arasında bir önsözleşme sözkonusudur. Bununla A, ileride otomobilini üçüncü kişiye (C'ye) satma borcuna girmiştir. Bu durumda asıl sözleşme ileride B ile C arasında kurulacaktır.



BK.22/I'ye göre yasada sözleşenleri korumaya amaçlayan geçerlilik biçimi konulmuşsa, önsözleşme için de bu biçime uyulması gerekir. Meselâ taşınmaz satım sözleşmesi, taraflar korumaya amaçlayan resmî biçime bağlanmıştır. Bu durumda ileride taşınmaz satımı yapma borcu doğuracak önsözleşmelerin de resmî biçimde yapılması gerekir. Fakat çek, bono, poliçe gibi kıymetli evrakta (ticarî senetlerde) aranan şekil şartı, bu gibi senetlerin poliçe gibi kolayca el de-

şistirmesini sağlama amacı güdüşünden ileride böyle bir sözleşme kurma borcu doğuran önsözleşmelerin, şekil şartına uymasına aranmaz. Çünkü BK. 22/II, sadece taraflar korumaya amaçlayan geçerlilik koşulunun önsözleşmelerde aranacağını belirtmektedir.

Önsözleşmeler bir takım yenilik doğuran haklardan da doğurt etmek gerektirmektedir. Yenilik doğuran hakkın sahibi, tek yanlı olarak bu hakkını kullanır kullanmaz muhatabıyla arasında karşılıklı ilişkisini kurabilmektedir. Meselâ benim şufa hakkım sözkonusu ise bu hakkımı kullanınca paydaşımla aramda satımilişkisi doğmaktadır. Fakat önsözleşme, taraflara sadece ileride bu önsözleşmeye dayanarak asıl sözleşmeyi kurma borcunun yerine getirilmesini dava imkânı vermektedir. asıl sözleşme

Yargıcı kasteden önsözleşme borcunu A ←önsözleşme→ B asıl sözleşmeyi kurmaya zorlamaktadır. Alm. Medenî Usûl Kanununa göre yargıcın önsözleşmeyi kurma yolundaki ~~zorlama~~ kararı, bunun irade açıklamasının yerini tutar. ind. O, Leist B

İs. 1.1972 tarih, 1512 sayılı Türk Noterlik Kanununa göre noterler, gayrı menkul satış vaadi sözleşmelerini düzenlemeğe yetkilidirler. Bu konudaki hükümler, Mecellenin 369. maddesinde bey'i münâkidin hükmü mülkiyetin (yani satım sözleşmesinin kurulmasıyla mülkiyet alıcıya geçer) hükmünün etkisiyle kaleme alınmıştır. Fakat gerekçeden anlaşılmasına göre noterlere, sadece önsözleşme değil doğrudan doğruya borçlanma işleminin altındaki asıl satım sözleşmesini

de resmî bicime bağlama yetkisi verilmiştir. Ama yeni hukukta da satım sözleşmesiyle mülkiyetin geçtiği zannedilerek sözkonusu yasayla noterlere sadece taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunu doğurucu borçlanma işlemleri için yapılacak önsözleşmeleri resmî bicimde yapma yetkisi verildiği zannedildiği için uygulamada noterde yapılan önsözleşme kabul edilmekte ve tapuda asıl satım sözleşmesi yapılıp ondan sonra tescil yapılmaktadır. Bu kural eski Noterlik Kanunu m. 60, bent 3 ile Noterlik Kanunu'nun 44/b de, Yeni Noterlik Kanunu'nun m. 88/1-ç'de yer almaktadır. Fakat doğruyu, noterlerin yaptıklarının asıl satım sözleşmesi olduğudur. Çünkü hukukumuzda satım sözleşmesi borçlanma işlemidir, noterin yaptığı sözleşmeyle de satıcı mülkiyet geçirmeyi borçlanma işlemi yapma yükümüne 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 Kanunun gayrimenkul satış vaadi ile ilgili hükmü, -uygulamada her ne kadar bir önsözleşme olarak kabul ediliyorsa da- noterlere tam bir borçlanma işlemini resmi bicime bağlama yetkisi vermektedir. Bu yüzden A ile B arasında borçlanma işlemi niteliğindeki satım sözleşmesi kurulmuştur.

Zira önsözleşmenin amacı, taraflar arasında ileride bir borçlanma işlemi yapma yükümünü tesistir. Bu ise üçlü ilişkilerde söz konusudur. Aksi halde tüm borçlanma işlemlerini önsözleşme kabul etme hatasına düşeriz. Şu durumda A ile B arasında şekilli biçim şartına uygulanarak 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.

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

men BK. 41/II, bunu ahlâka aykırı bir davranışla birlikte başkasına zarar verme şeklinde niteleyerek haksız fiil olarak kabul etmektedir. Meselâ dağ başında arızalanmış bir traktör tek yakacak satıcının yakacak vermemesi durumu gibi. Takdirde hibi bu zorunluluğa uymazsa tazminata mahkûm edilebilir.

§23. YORUM

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

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

çeşitinde lâfzidan farklı uzaklaşılamaz, örnek belli bir ölçüde irtek açıklamasıyla bağlı kalınır. Hukukî 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. (Güven ilkesi (Vertrauen))

Diğer bir yorum kuralı da şudur: Yanlış nitelendirme zarar vermez (Falsa demonstratio non nocet). A, kendisini felâketten kurtaran B'ye bağış yapmak istemektedir. Fakat bağışından önce kurtaran C'ye, söylerken 10.000 L. bağışta bulunmuştur. Burada bağışlama işlemi geçerlidir. Çünkü yanlış nitelendirme sözkonusudur. B, bu bağışlamayı dayanarak 10.000 L.nın verilmesini isteyebilir.

Hukukî işlem, geçerlilik biçimine bağlı bir işlem ise gerçek irademizle eksik de olsa o biçim içinde açıklanmış olmalıdır. Meselâ C, B'nin borcu için kefil olduğu sözleşmede "B'nin A'ya olan 1000 L. borcu için kefil olduğumu" demiştir. Gerçekte B'nin A'ya borcu 2000 L. dir. Fakat kefillik yazılı biçime bağlıdır. O kefil olunacak en yüksek kefalet bu biçim içinde belirtilmelidir. C'nin kefilliği de geçerlilik biçimine bağlanmış 1000 L. için geçerlidir.

Bir diğer yorum kuralı da "Bir istek açıklamasının

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

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

§24. GÖRÜNÜŞTE (MUVAZAALİ) İŞLEM

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

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

b— Ciddi olmayan açıklamalar (latifeler): Kişi, gerçekte istemediği şeyleri açıklamaktadır. Karşı tarafın şaka olduğunu anlayacağı durumda kötü şaka derizki bu durumda kötü şakayı yapan iste kaçıklamasıyla bağlıdır, fakat yanılmaya düşenarak bu açıklamasından dönebilir. Ama yine de karşı tarafın bu kötü şakadan dolayı uğradığı menfi zararın tazmin yükümü vardır. Aynı yer 41/2

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

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

bb— Nitelikli (mevsuf) danışıklı işlem: Görünüşte işlemin altında tarafların gerçekten istedikleri gizli bir işlemin bulunmasıdır.

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

tererek bir ev bağışlanmıştır.

Soru: Böyle bir bağışlama sözleşmesi geçerli midir?

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

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

Cevap:

Olayda iki işlem sözkonusu olduğundan bu muvazaa mevzubahis muvazaa halidir. Bundan iki sonuç doğmaktadır:

a— Görünürdeki işlem (satım sözleşmesi) geçersizdir, bu geçersizliğin mileyyidesi taraflardır. Yanıcı tarafından resen gözönünde tutulur.

b— Gerçekten istenmiş olan gizli işlem (bağışlama sözleşmesi) geçerlidir. Tek tek bu hukuki işlem için gerekli biçim şartlarına uyulmuş olsun. Bu prensibin uygulanmasında İsv.— Türk tatbikatında farklı görüşler doğmuştur:

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

olmak için bağışlama satım gibi gösterilecek kadar incelikten inceye düşünüldüğü için resmî biçimin düşündürme olması gerçekleşmiş olduğundan şekli işlem (bağışlama sözleşmesi) gerekli resmî biçime uyulmuş sayıldığından geçerlidir. Fakat sakat paydaşlar, indirim davası açabilirler.

b— 7/10/1953 t.li TİBK: Bu kararında yargıtay eski görüşünü değiştirerek işbu doktrin ve tatbikatın sakat görüşü benimsemek istemiştir. Bu karar göre her iki işlem de geçersizdir. Satım sözleşmesi (görünüşteki işlem) geçersizdir, çünkü taraflarca istenmemiştir. Gizli işlem olan bağışlama sözleşmesi de geçersizdir, çünkü bağışlama sözleşmesi olarak gerekli biçime bağlanmamıştır. Bu kararında yargıtayımız şu noktayı gözden kaçırmaktadır: İşbu da her iki işlem geçersiz sayılmaktadır. Fakat biçim eksikliği yüzünden geçersiz olan gizli işlemin (bağışlama sözleşmesinin) bu geçersizliği bilinir bilinmez 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 biçimde olduğu gibi bu ödeme işlemi geçerli kılınmaktadır. Sonradan biçim eksikliğine dayanarak verilen edimin geri istenmesi, objektif hüsniyet kurallarına aykırıdır. Bu durumda şekli işlem, biçim eksikliği bilinerek ifa edildiğinde geçerli ol-

maktadır.)

c — Resmî biçime uyulmuş sayılmak için, resmî biçime bağlı sözleşmenin (essentialia negotii'nin resmî biçime dercedilmesi (geçirilmesi) gerekli ve yeterlidir. Yan şartların da resmî biçimde gösterilmesi zorunluğu yoktur, BK. 17. [aa] Koyunuzda bağışlama, satım sözleşmesi gibi gösterilmiştir. Bu durumda bağışlama sözleşmesinin essentialia negotii'si olan bağışlayanın taşınmazın mülkiyeti geçirme borcu resmî biçime bağlanmış olmaktadır. Yalnızca işlemin gerçek sebebinin ne olduğu gösterilmiyor. Bu yüzden bu bağışlama sözleşmesi ifadan önce geçersizdir. A'nın çocukları ise MK. 507/4 gereği, bu işlemde mahfuz hisse kurallarının bertaraf edilmesi amacı taşıdığından tenkis davası açabilirler. Sungurbey'in görüşü [bb] Bizim görüşümüz bağışlama sözleşmesinin geçerli olduğu yönündedir.

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

bağışlama gibi gösterilmesinde sadece satıcının mülkiyeti geçirim borcu bir biçime bağlanmış olmaktadır. Halbuki satım sözleşmesinin essentialia negotii'si, satıcının mülkiyeti geçirim ve alıcının bedel ödeme borçlarıdır. Yani alıcının borcu, resmî biçime derecelendirilmemiştir. Biçim eksikliğine ise bu biçimle eşkalleri korumak istenen kimselerce itiraz edilebilir. Paydaşın şüfa hakkını kullanmasına karşılık alıcı A, satıcı P'nin borcunun resmî biçime geçirilmediğini ileri sürme hakkı yoktur. Çünkü bu, dürüstlük kurallarına aykırıdır. Alıcı ve satıcı biçim eksikliğini yasa dışı bir amaç için kullanmaktadırlar.

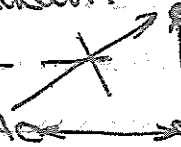


Görünüşte işlem geçersizdir. Fakat, bu geçersizliği resen gözönünde tutar. Görünüşte işlemin batıl olduğunu tespit amacıyla tespit davası açılabilir, bu da bir süreye bağlı değildir. Üçüncü kişiler de görünüşte işlemin geçersizliğini ileri sürebilirler. Meselâ A'nın alacaklılarından mal kaçırmak için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

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

kiri, ancak iyi niyetli olması durumunda korunmuşunda bu durumda bir emanet mal sözkonusudur.

A'nın gönüşte işlemle bir malın mülkiyetini B'ye geçirmesi, B'nin de aynı malın mülkiyetini C'ye geçirmesi durumunda C, hükümlülük kuralları (MK. 901 ve 934) gereği malın mülkü olur.



Görünüşte işlemin geçersiz olduğu kanıtlanmakla iktisap edilenlerin durumunda görülür. Nasıl A, B'ye görünüşte işlem yoluyla geçirdiği malı C'den kendisine geri alabiliyorsa (hakkı bona-fide iktisapçılara karşı ileri sürülemiyorsa) B de bu görünüşte alacaklı (iyiniyetli) C'ye geçirmesi durumunda (iyiniyetli) ücretsiz kişi olan C, olağan kazanmadan (BK. 18/I'ye göre) kendisine A, C'yekarşı mücadele iddiasında bulunamaz. Çünkü bir hukuki durum yaratan kimse, bunun sonuçlarına katlanmalıdır.

Bir takım hukuki işlemlerde dava ehliyeti istenmediği (Örneğin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve Federal Mahkemesi yetkilerinin) ispata ilişkin kanıtlamanın kazanımda istenmeyen bir müvazaalı edinmelerin eşdeğerinin bulunmasında bu sonuçlar dahilinde müvazaanın düşüncesini bulunmuştur.

Borçlanma işlemlerinde müvazaa bakımından belirtme kabul olacaklardan ani kazanma gibi harcama işlem-

(1) Çünkü bu tür işlemlere resmi memurun katılması ön şart

lerinde bir inançlı işlem mi, yoksa bir görünüşte işlemin nisbi konusu olduğu tereddütleri ancip olmaktadır. Kriterimiz şu olmalıdır: Eğer sevgi mülkiyetinin gerçekleşmiş 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 sözkonusudur. Mal kaçırmak için yapılan inançlı işlemler, İİK'a göre iptal davalarına actio Pauliana olarak iptal edilmek suretiyle mal kaçırılabilir.

§25 İSTEK BOZUKLUKLARI

İstek bozuklukları iki grupta toplanabilir:

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

1) İstek (irade) teorisi: Gerçek isteğe değer

rir ve onun geçerli kılınmasını ister.

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

Roma hukukunun ilk devirlerinde açıklama, klâsik devirde ise istek teorisine önem verilmiştir. Pandekt hukukunda da 19. asra kadar istek teorisinin uygulandığını görmekteyiz. Özellikle Savigny, istek teorisinin önemli savunucularındandır. XIX. asrın sonlarında eşitlik teorileri ortaya atıldı. Bu yüzden 19. asır MK larında açıklama teorilerine yer verildiğini görmekteyiz. 1804 Fr. MK, 1811 Avus. MK gibi. Bunda karşılık 1881 eski İsv. BK ve ona uygun olarak yeni İsv. — Türk BK'ları ve 1900 Alm. MK ortalama bir çözüm yolu getirmeler ve mümkün oldukça gerçek isteğe önem vermeye çalışmışlardır. Gerçek isteğe uymayan açıklamaların kendiliğinden çürük sayılmaz. Aksi kabul edilirse hatta Alm. MK'na oranla İsv. — Türk BK'ları, istek teorisinden daha büyük ölçüde etkisinde kalmışlardır. İsv. - Türk BK. nağme göre yapılan sözleşme, yanılarak, aldatılarak ve korkutularak yapılan bağlayıcılığa sahiptir. Fakat yanılma ve aldatılan gerçek durumu öğrenildiği, korkutulan ise korkunun ortadan kalktığından başlayarak 1 yıl içinde sözleşme ile bağlanmak istemediğini açıklamamışsa sözleşme ile bağlanmış olur. Alm.

BK. ise tersine bir çözüm getirmektedir.

Temel yanılma yüzünden sözleşmenin bozulabilmesi ise yalnızca isv.— Türk BK.'nun kabul edilmiştir. Burada saik yanılması yüzünden sözleşmenin bozulmasına cevaz verilmesi durumu söz konusudur.

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

§26. YANILMA (HATA)

I— Açıklamada yanılma: İki türlüdür:

a— Ya o açıklama gerçekten istenmemiştir. Meselâ A'nın radyosunu satmak isterken çikolatamı 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 yanılmasıdır ve sözleşme bozulabilir. Fakat BK. 23'e göre bu yanılma önemli (esaslı) olmalıdır. BK. 24. de esaslı yanılma hallerine örnekler vermektedir. Bunlar Rama-Pan-

dekt hukukundan gelen klasik örnekler olup numerus clausus değildir.

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

2) Konudaki yanılma (error in corpore/in substantia), kişide yanılma (error in persona): Meselâ A, o damdaki resmi satıyordu, diğer; fakat odasındaki tablonun değerli olması konusunda yanılmaya örnektir. A'nın malını B'ye bağışlayacağı yerde C'ye bağışlaması kişide yanılmadır. Kişide yanılmaya karıştırma denir. Karıştırmanın önemli sayılması için kişinin kişiliğinin o sözleşmeyi yapmada önemli olması gerekir. Meselâ, sat-mat bunun önemsiz olmasına rağmen bağışlamada önem kazanmaktadır.

3) Miktardaki yanılma (error in quantitate): Tanılan kişinin, gerçekte istediği miktardan, önemli ölçüde büyük bir edimi kabul etmesi, yada önemli ölçüde küçük bir edime rıza olması halidir.

Adi hesap hatalarından doğan sözleşme bozulması, bunların düzeltilmesi ile giderilir.

II- Aradaki yanılması: Aradaki açıklamaya yanlış iletilmesi durumunda gerekli şartlar varsa sözleşme bozulabilir. Telgrafçının telgrafı yanlış iletmesi, tercümanın yanlış

tercüme etmesi gibi.

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

1) Bir şeyin, ya da bir kimsenin nezdinde yanılma (esaslı) önemlidir (substantia qualitates): Sözkonusu nitelikte yanılma o kadar önemli olmalıdır ki o konuyu tamamıyla başka bir çeşide sokmalı; ister yapı diye alınan yapının mangalın çıkması gibi. Ya da atmeyi tamamıyla başka kimseler kategorisine sokmalıdır. Artist diye alınan kimsenin elektrik tamircisi çıkması gibi. Bu yön eski İsv. BK. unda belirtilmişti.

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

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

Hukuki işlemin temeli, tarafların karşılıklı ve ortaklaşa bir yolda sözleşmenin zorunlu temeli diye düşündükleri durumdur. Alm.MK §779 da temel yanılmaya sadece sulh sözleşmesi için kabul etmiş, sonradan bu hüküm, genişletilerek diğer hukuki işlemler için de kabul edildi.

İngilterede temel yanılma için ilginç bir olay vardır: VII.

Edward'ın taçgiyme törenini seyretmek için cemre binaların balkonları çok paraya kiralanmıştı. Sonradan bütün tören iptal edilince kiracılar paralarını geri almak istediler. İngiliz mahkemeleri, burada temelyanılma yüzünden kira sözleşmelerinin bozulabileceğini kabul etti. Bunlar taçgiyme davaları diye anılır. Şöyle bir örnek de verilebilir: A, lokanta açmak için B'den bir dükkân kiralıyor. Fakat sonradan işletme ruhsatı alamıyor. Burada da İsv. Yargıtay BK. 24/4'e göre temel yanılmayı yüzünden sözleşmenin bozulabileceğini kabul etmiştir.

Hukukî işlemin temeli, şart ve sebepten farklıdır. Şart, hukukî işlemin geçerliğinin gelecekteki akıbetini belirleyen bir olaya bağlanmasıdır. Sebep ise hukukî işlemin güttüğü en yakın gayedir. Bunların her ikisi için de tarafların anlaşmaları gerekmektedir. Temelde ise anlaşma yoktur, fakat ortaklaşa bir gaye sözkonusudur. Şartın gerçekleşmemesi durumunda iptal davası, sebebin gerçekleşmemesi durumunda sebepsiz zenginleşme davası, temel yanılmasındaysa bozabilme sözkonusudur.

Temel, ortaklaşa olmalıdır. Sadece bir tarafın kabulü yeterli değildir. Meselâ A, nişanlanmak için bunu B'den rica etmiştir. Fakat sonradan nişan gerçekleşmemiştir. Bu durumda temel yanılması, sözkonusu değildir. Bu durum sahayı ilgilendirmez. Hatta bu-

yanılmanın farkında bilmesi bile sonucu etkilemez. Buyüden A, bu olaya dayanarak sözleşmeyi (satım) bozamaz. Alman Pandekt hukukçusu Windscheid, bu konuda daha da ileri giderek "Hukuki İşlemin Geçerli Teorisi"ni oluşturmuştur. Şöyle ki: Bir taraf için çok önemli olan ve karşı tarafça da bilinen şekillerden dolayı hukuki işlem bozulabilir. BK. 24/4. hükmü, kusursuzu daha objektifleştirilmiş şekli olan sözleşmenin temelinde yanılma halini düzenlemektedir. Bu kural Alman Hukukunda sözleşmenin sübjektif temelinde yanılma olarak sözleşmenin bozulabilmesi nedeni sayılmıştır. Yargıcın bu konuda çok dikkatli davranması gerekir. Aksi halde işlem güvenliği kalmaz.

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

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

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

§27. HİLE (ALDATMA) VE İKRAH (KORKUTMA)

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

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

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

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

ile gelecek bir ümit vermeler için aldatma yüzünden sözleşme bozulamaz.

3) Aldatılan kimse, kendisine söylenenleri araştırabilmeli ve buralara inanabilmelidir. Reklâmlar, aldatma sayılmaz.

4) Aldatma, yanlış beyanlardan sözleşmede yapılabileceği gibi karşı tarafın zaten yanılgıya düştüğü konularda sessizlik de yapılabilir.

Aldatmaya bizzat sebebi olarak zarar vermeyi bakımından sözleşmeleri 2 grupta toplayabiliriz.

— Hizmet akdi, vekâlet, ortaklık sözleşmesi gibi karşılıklı güvene dayanan sözleşmelerde gerçeğe aykırı açıklama ödünç akdine göre büyüktür. Bu yüzden hilenin sınırlarını da genişletmektedir.

— Satım, kira gibi edimler değişimi amacıyla yapılan sözleşmelerde hile sınırları daha dardır. Bu yüzden hilenin sınırlarını da daraltmaktadır. Meselâ satıcı, ancak kendisinin bildiği bir bozukluk sorulduğunda susarsa, ya da alıcının yanılgısını gizlediği halde susarsa bir aldatma sözkonusudur.

5) Aldatma, illî (nedensel) olmalıdır. Sözleşme, aldatma yüzünden kurulmuş, ya da şartlar içinde yapılmış olmalıdır. Meselâ, aldatma olmasa da satış olacak

(aldatıcı sansam dans.)

ise, fakat alma kosulları 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.

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

1) Korkutma, maddi bir zorlama olmayıp psikolojik bir edimdir. Meselâ bir kimseye zorla bir senede imza ettirilmesinde cebir söz konusu olduğundan ortada irade yoktur.

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

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

4) Korkutma, hukuka aykırı bir eylemle olmalıdır. Bir hakkını kullanacağını söylemek, ilke olarak korkutma sayılmaz. BK'a göre şu iki durumda bir hakkın kullanılacağından söz ederek yapılan korkutmada işlem bozulabilecektir, BK 30/II.

9) — Karşı tarafın sözleşmeden istifade edeceği bir hak, aşırı çıkarlar vermeğe zorlamak için kullanılmışsa hakkın kullanılması korkutma sayılır ve bu yüzden işlem bozulabilir. 100 lik bir borç için 200 lik bir borç tanınması senedi almak gibi.

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

5) Aldatmadan farklı olarak korkutmanın bilinçaltı önemli değildir. Korkutma, üçüncü kişiden bile gelse sözleşme bozulabilir. Yalnız karşı taraf iyiniyetliyse ve hakkaniyet gerektiriyorsa korkutulanlık, bulunmuşsa karşı tarafın menfi zararını ödemelidir.

6) Korkutma, ilk dimahtır.

§28. İSTEK BOZUKLUKLARININ İLERİ SÜRÜLMESİ.

I — BK'na göre istek bozuklukları durumunda sözleşme, yanılma, aldatılma ya da korkutulma baştan bağlamaz. Ancak suiki durumda sözleşme, iradesi bozulan bağlanır.

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 işlemeğe 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 geçersizlik. Borç yenilik doğuran bir haktır. Bunu hak sahibi, isterse kullanır. Yargıç, resen gözönünde tutamaz.

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

III — Bozma (fesih): Bozma, BK. 31'e göre sözleşme ile bağlanmayacağını bildirmek demek olup bağlanmayı önleyici yenilik doğuran bir haktır. Hiçbir biçime bağlı olmaksızın sarih, ya da zımnî olarak kul-

Yanılabilir. Bu yenilik doğuran hak; aldatma ve yanılmada gerçeğin öğrenmesinden, korkutmada korkunun ortadan kalkmasından başlayarak 1 yıl içinde kullanılmalıdır. Bu, bir hak düşürücü süredir. (Alacak haklarında zamanaşımı, yenilik doğuran haklarda ise hak düşürücü süreler sözkonusudur.)

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

1) İstek bozukluğu, harcama işlemine bulaşmışsa, harcama işlemi de bozulabilir. Meselâ aldatma, hem satım hem de mülkiyetin geçirilmesi sözleşmesinde görülmüşse, her iki işlemde bozularak verilen şey istihkak davasıyla geri istenebilir. Yanılma, çok defa A $\xrightarrow{\text{b.i.}}$ B, B $\xrightarrow{\text{b.i.}}$ A borçlanma işleminde kalır. Mülkiyetin geçirilmesi işleminde görülmez. Bu yüzden yanılmada ancak nedensiz zenginleşme davası sözkonusu olabilir.

2) Taşınmaz mülkiyeti geçirilmişse - ki, bu geçirim nedensizdir -, borçlanma işlemi, irade bozukluğu yüzünden geçersizse taşınmaz mülkiyeti karşı tarafa geçemez. Yapılan tescil, yolsuz (hatalı) tescildir. Eski malik, MK.933'deki düzeltim (tashih) davasıyla tapudaki bu kaydın kendi adına düzeltilmesini isteyebilir. Ey-

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

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

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

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

2) Bozmakla zararın tümüyle ortadan kaldırılması mümkün değilse, aldatılan ve korkutulan sözleşmenin geçerliğine güvenerek bir takım masraflar yapmışsa (menfi zarar), ya da işlem konusu aldatma ve korkutmaya verilmişse bile 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 muhtaka tazminat hakkı ortadan kalkmamaktadır. Aldatılan ve korkutulan, daha büyük zarara uğramamak için sözleşmeyi onaylarsa tazminat hakkını saklı tutabilir. Mesela 1000 L.lik bir mal, aldatma ya da korkutma yüzünden 2000 L'ye alınmışsa, fakat gerçeğin öğrenildiği sıralarda malın değeri 3000 L. olmuşsa aldatılan ya da korkutulan sözleşmeyi onaylayabilir. Fakat bunun yanında 1000 L.nın da tazminini ister.

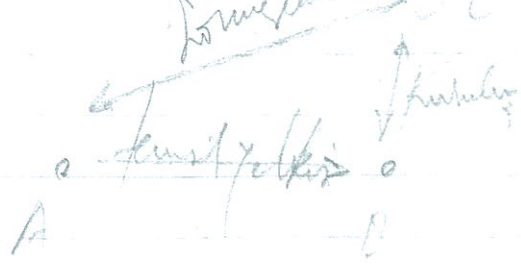
BK 31'e göre aldatmada gerçeğin öğrenilmesinden, korkutmada ise korkunun ortadan kalkmasından itibaren 1 yıl geçerse artık sözleşme bozulamaz. Kişi edimini yerine getirmişse geri isteyemez. Aldatılan ve korkutulan kendi edimini yerine getirmemişse bir yıllık sürenin geçmesiyle sözleşme düzelse de karşı tarafı borcu ifaya davet yoluyla yaptığı bu borcu ödemekten kaçınması mümkündür, BK 60/II, Alm MK § 853.

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

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

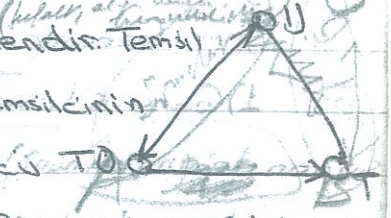
va ederse bunaka karşı B ne yapabilir?

Cevap: B, her ne kadar süresi içinde bağlanmama (boşma) iradesini açıklamamış olsa da borcunu da ifa etmemiştir. Bu durumda BK. 60/II gereği kendisini ifaya zorlamak için açılan davaya karşı defi savunmasında bulunarak borcunu ifadan kaçınabilir. Çünkü mevcut durumun devamını amaçlayan defiler zamanaşımına uğramazlar, her zaman kullanılabilirler.



III. Bölüm
TEMSİL VE YETKİSİZ TEMSİL KAVRAMLARI

§29. TEMSİL



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

Geniş anlamıyla temsil ikiye ayrılır.

1) Dolayısıyla temsil: Gerçek anlamda temsil değildir. Roma hukuku gibi eski hukuklarda görülür. Temsilci, üçüncü kişi ile kendi adına fakat temsil olunan hesabına hukuki işlem yapmaktadır. Daha sonra da temsilci, temsil olunana onun hesabına kazandıklarını devreder. Görüldüğümüz gibi temsilcinin yaptığı işlemler, temsil olunan için doğrudan sonuçlarını doğurmamaktadır, temsilcinin devredeceği borcu doğmaktadır. Bu tür temsile dolaylı temsil de denilmektedir. BK.'nun 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. İşlem sanki temsil olunan yapmış sayılır ve temsil olunan üçüncü kişiye doğ-

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

II — Gerçek temsilin iki şartı vardır:

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

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

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

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

2) Üçüncü kişinin hukukî işlemi temsilci ile ya da temsil olunanla yapmasının hiç bir farkı yoksa başkası adına davranma şartı gerekmeksizin hukukî sonuçlar doğrudan temsil olunan için doğar. BK. 32/II. Madde

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

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

b— Fakat BK. 32/II deki kural yalnız tasarruflarda değil, harcama (mülkiyetin geçirilmesi) işlemlerinde uygulanabilir. Meselâ otomobilin mülkiyetinin kime geçirildiği üçüncü kişi için önemsizdir. Bu durumda üçüncü kişi otomobili temsilciye teslim ettiği anda, otomobilin mülkiyeti doğrudan doğruya temsil olunana geçer. Bu yüzden temsil olunan, temsilciye MK. 618 gereği istihkak davası açarak (mutlak bir hakkı ileri sürerek) otomobilin mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir. Fakat bu kural, tasarruf konuları için uygulanabilir. Tasarruflarda ise gizli temsilde, mülkiyet hiç bir zaman kendiliğinden geçmez. Meselâ gizli temsil yoluyla bir ev satın alındığında tapu tütüğü sistemi gereği evin mülkiyeti doğrudan temsil olunana geçmez. Tapuya yazım yapılmadıkça evin mülkiyeti temsil olunana geçmez. Bu durumda temsil olunanın BK. 39'dan doğan bir kişisel dava ile evin mülkiyetinin kendi adına geçirilmesini dava edebilir. Bu maddeye göre vekil, müvekkili adına kazara diğer her türlü şeyi tekline geçirmek zorundadır (yasadan doğan borç).

BK. 32/§c.2'deki (uygulamada izah edilen) kural, ks. BK.'nun 1912 revizyonu sırasında eklenmiştir. Daha önce bunun yerini tutan bir kural daha vardı. Revizyon sırasında yanlışlıkla çıkarılmadan unutulup kalmıştır. Bu da BK. 393/III'dür. Buna göre vekilin iflası halinde müvekkil, vekilin gizli temsil yoluyla iktisap ettiği hakları masadan çekip alabilir. BK. 32/§c.2'deki mutlak hüküm karşısında bu hüküm, gereksizdir.

IV— Temsilcinin açıkladığı istek, gene kendi isteğidir. Bu bakımdan temsilci, haberci (mühbir)den farklıdır. Haberci, bağlayanın irade açıklamasını taşımaktadır. Bundan dolayı haberciye temyiz kudretine sahip olması gerekliliği değildir. Fakat temsilci, mümeyyiz olmalıdır. İstek bozukluklarında temsilcinin isteği önem taşır. İyiniyet aranan yerlerde temsilcinin psikolojik durumu göz önünde tutulur, ama bunun yanında hak kazanabilmesi için temsil olunanın da iyiniyetli olması gerekir.

V— Temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması: Temsil olunan temsilciye bir nesneyi satması için yetki verdiğinde acaba temsilcinin bu malı kendisi için satın alması mümkün müdür? Bildiğimiz gibi BK.'ye göre bir sözleşmenin kurulabilmesi için birbirlerine 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. BK §181'e göre

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

§30. TEMSİL YETKİSİ

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

Temsil yetkisi ve vekillik sözleşmesi arasındaki baş-

iki farklar sunlardır:

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

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

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

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

5) Temsil yetkisi, dayandığı temel ilişkiden bağımsızdır. Temel ilişki geçersiz olsa bile temsil yetkisi geçerlidir. Meselâ A ya sundan kiracılık kurulan hizmet, ortaklık sözleşmeleri onu bağlamaz, fakat bu sözleşmelere dayanılarak verilen temsil yetkisi ise geçerlidir.

II- Temsil yetkisinin verilmesi herhangi bir geçerlilik

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

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

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

5) Bağışlama yapmak.

6) Bir taşınmazın mülkiyetini geçirmek ya da sınırlı bir aynî hak yüklemek.

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

1) Temsilci, hâlâ temsil olunanın iyi niyetli üçüncü kişilerini bağlıyor. Yapılan işlemin sonuçları temsil olunan için doğar.

2) Yalnız üçüncü kişi iyiniyetliyse:

a — Temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirildiği halde geri alındığı bildirilmemişse üçüncü kişinin iyi niyeti korunur, BK. 34/II. Çünkü yetki belgesinin geri alındığının da ilân edilmesi gerekir.

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

edilmişse iyiniyetli üçüncü kişilerin bu yüzden uğradıkları menfi zararların tazmini gerekmektedir, BK. 36/II.

Alm. doktrininde bir de görünüşte temsil vardır. Şöyle ki: MK.2 deki dürüstlük kuralının bir sonucu olan güven prensibidir. Yani başkalarında bir güven yaratan kimse, bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Başka bir deyişle bir hukuki görünüşe iyi niyetle güvenen kimsenin bu iyiniyeti korunmalıdır. Meselâ bir bankada iki tane yetkili müdür vardır. Fakat banka, bunlarından başka 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 banka da bu durumun sonuçlarına katlanmalıdır. Böylece banka, yetkisiz müdürün banka adına yaptığı işlemlerden sorumlu olmakla birlikte, iyiniyetli müşterilerin iyiniyetleri de korunmaktadır. Bu, İngiliz ve Kara Amerikası hukuklarında ortak bir prensiptir. Bankalara göre memurlarının davranışı da bir diğer örnektir.

BK. 453/III, 1957 t.li tekrir Ticaret Kanununa Mer'iyetine Dair Kanunun 4 t. md. siyle eklenmiştir. Bunagöre satış mağazalarının memur ve müstahdemleri, o mağazanın mütad işlemlerini mağaza sahibi adına yapmağa (onu temsile) yetkili sayılırlar. Meğer ki mağaza sahibi, o mağazada kolayca okunabilen bir yere bunun aksini ilân etmiş olsun. (Daha fazla bilgi için bkz. Prof. Sungurbey, Medenî Hukukun Sorunları, c. 1)

§31. YETKİSİZ TEMSİL

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

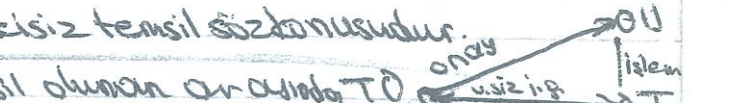
Yetkisiz temsil durumunu iki grupta ele alabiliriz:

1) Ya yetkisiz temsilci hüsniyetlidir. 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), vekâletsiz iş idaresidir. BK. 410 v.d. mad. der vekilliksiz işgörme, vekâletsiz işgörme, orada bir sözleşme olmadığı halde başka bir kimsenin işlerini korumak.

için ya da onun istəğine uyğun düşər diyərək onun işlərini görməlidir. Bir sözləşmə dəfələrlə. Məsələ: Almaniyaya gedən komşunuzun evinin camları kırılmış olsun. Bu camları dəyişdirsəniz (əgər cəmi 50 manat) bu bir vəkilliksiz işgörmədir. Fakat bir cəmi ilə "ben komşunun temsilcisiyim, o bana yetki vermiştir," diyərək bir istisna əldə yaparsanız burada həm vəkilliksiz işgörme, həm də yetkisiz temsil sözkonusudur.

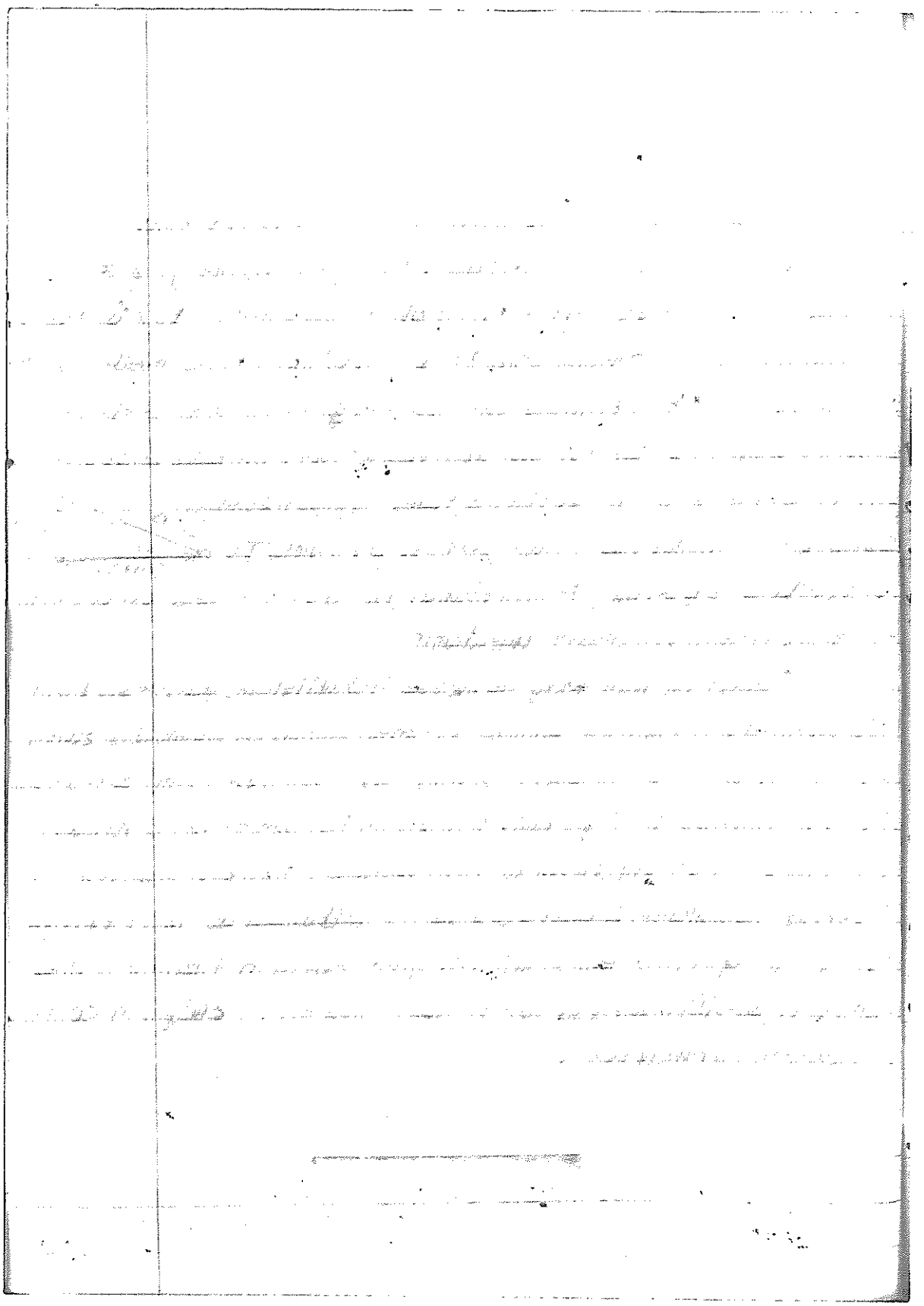


Şöyle ki: Temsilci ilə temsil olunan arasında TO vəkilliksiz işgörme, temsil olunan ilə üçüncü kişi arasında yetkisiz temsil kuralları uygulanır.

Temsil olunan onay vermezse hukuki işlem, geçersiz kalır. Bu durumda işlemin geçerliğine güvenen iyiniyətli üçüncü kişi, zərər görmüş olabilir. İşte iyi niyətli üçüncü kişi, uğradığı menfi zararların kusursuz olmasa dahi yetkisiz temsilcinin tazmin etməsini isteyebilir. Burada bir objektif (kusursuz) sorumluluk halı karşısındayız. Yetkisiz temsilcinin kusuru varsa ve haksız fiil də gerçekleşiyorsa, yanğıç, yetkisiz temsilçiyi müspet zərərin tazminine de mahkum edebilir. Burada söz konusu olan borç, culpa in contrahendo dan doğmaktadır.

Vəkilsiz təmsilçi

Fəlsəfə prof. dr.



IV. Bölüm
HAKSIZ FİİLLER

§32 HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇLAR

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

Haksız fiilden şu istemler doğmaktadır:

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

2) Tecavüzün giderilmesi istemi (tecavüzün meni davası).

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

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

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

1) Zarar,

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

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

4) Kusur bulunmalıdır. Kişi, mek kusuru varsa sorumlu

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

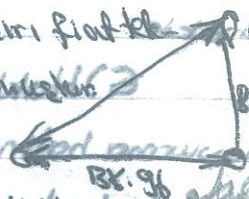
II- Hukuka aykırılık: Hukuk düzeninin bir kuralına aykırılık söz konusudur. Hukuka aykırılığın iki şekli vardır:

1) Hukuka aykırılık, çok defa sübjektif bir hakkın ihlâli ile birlikte görülür. Yani sübjektif hakkın ihlâli, diğer taraftan hukuka aykırılığı oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkının ihlâli gibi. Ancak mutlak hakların ihlâli halinde haksız fiilden sözedilebilir. Yoksa kişisel bir hakkın, bir alacak hakkının ihlâlinde bir haksız fiil değil de borca aykırılık bahis konusudur. BK. 45, 46; hayat ve vücut sağlığının ihlâli halinde zararın belirlenmesi için bazı hükümler vermektedir. Adam öldürülmesi halinde cenaze ve defin masrafları ile eğer öldürülen tedavi görmüşse tedavi masrafları tazmin ettirildiği gibi öldürülenin ölümü ile maddi olarak baktığı kimseler, destekten yoksun kalmakla birlikte destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilirler. Cismani zarar durumunda ise iyi niyetle yapılan tedavi masrafları ile çalışma gücünün eksilmesinden doğan zarardır tazmin ettirilir. Eğer yargıç, çalışma gücü kaybını tamamen belirleyemiyorsa verdiği hükmü iki yıl içinde yeniden gözden geçirebilir. Burada MK'mıza özgü bir kural söz konusu olmakla ve kaziyeyi

mahkeme (kesin hüküm) hâline bir istisna getirilmektedir.

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

III — BK. 41/II, ahlâka aykırılığı hukuka aykırılığa eşit tutmuştur. Şöyleki: Ahlâka aykırı bir fiille bilerek başkasına zarar veren kimse, bu zararı tazminle yükümlüdür. Bu durumda failin fiilini yalnızca istemesi yetmez, ayrıca zarara da istemesi (kastı) gerekir. Bu kuralın uygulama alanı dardır. Zaten bu kuralda girecek bir çok olaylarda da sübjektif bir hakkın ihlâli de sözkonusu olmaktadır. Fakat yine de bazı pratik durumları çözümlemek vardır. Meselâ A, bir malını (otomobilini) B'ye satmış, fakat mülkiyetini geçirmemiştir. C, sırf B'ye zarar verebilmek için A'ya aşırı fiyat teklif ederek aynı araba satın almış ve malik de olmuştur.



Burada B, BK. 96'ya dayanarak, borcu aykırılıktan dolayı A'ya dava edebileceği gibi BK. 41/II gereğince fiile dayanarak C'ye tazminat davası açabilir. Dolabındaki büyütecek maddeleri satılmasın diye gizlemiş bir kimsenin, üçüncü kişi memesi durumunda da (satmaması) BK. 41/II'ye dayanmakta mümkündür.

IV — Hukuka aykırılığı kaldıran nedenler:

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

2) Özel hukuktan doğan yetkilerin kullanılması. Ani tabi-

nın çocuklar üzerindeki terbiye hakkı gibi.

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

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

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

6) Hakkın kendi kendine alma (ihkakı hak). Devlete başvurma halinde hakkın kaybolması önem sözkonusu olursa, ihkakı hak meşrudur.

7) Zorunluk (izdirar) hali. Bir tehlikeden kurtulmak için başkasının eşyasını kırmak gibi. Fakat tazminat yine saklıdır.

933. KUSUR

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

MK. 49

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

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

II- İhmal: Bu durumda fail, haksız fiili istememekle, fa-kat fiilin olmaması için gereken özeni göstermemektedir. İhmal iki-ye ayrılmaktadır:

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

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

Kusuru tespitte ölçümüz objektiftir. Roma hukukundaki gibi bir aile reisi, ökütü gibi. Bir kimse gereken yeteneğe sa-hip olmadığı için gerekli özeni gösterememişse, kural olarak

kusurlu sayılmaz. Şu kadar ki kendisinin böyle bir güç sahip olmadığını bile bile o işe girişmişse kusurlu sayılır. Ani hastalık gibi sebeplerle gerekli özen gösterilmemişse kusur sözkonusu olmasa da hatalı davranış ve bu durum bilindiği halde gerekli özen gösterilmemişse artık kusur bahis konusu olur.

Kast ve ihmal ayrımı, BK. 42'nin yargıca tanıdığı tazminatın derecesini takdirde önem taşımaktadır. Borca aykırılıkta menfaat prensibi yürür. BK. 98/I-2 gereği bir sözleşmenin taraflarından birine hiç bir ayıp sağlanmaması hakkında, o taraf ancak ağır ihmalinden sorumludur. Kriyel özenin, başkalarının sorumluluğu gibi. → TMK.K. 50: kendisi ya da yardımcısının kusurlu davranışı ispatlayıcı

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

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

Temyiz kudretinden süreklı olarak mahrum olan kim-

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

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

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

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

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

Zarar görenin mal üzerinde mülkten gayrisına ait sınırlı gibi sınırlı aynî haklar bulunabilir. Bu durumda surrogat gereği, malın yerine ödenen tazminat geleceğinden sınırlı aynî haklar da bu tazminat üzerinde devam eder.

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

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

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

2) Ceza yargıcının mahkûmiyet 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 yoktur.

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

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

IV— Tecavüzün giderilmesi davası: Haksız fiilden doğ-

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

V— Gelecekteki tecavüzün önlenmesi (ictinap) davası:

Gelecekte bir tecavüzün vukuundan ciddi olarak şüphe edilebiliyorsa, tecavüze maruz kalması mümkün kişinin, yargıçtan böyle bir tecavüzün önlenmesine dair karar istenmesi mümkündür. Uygulamada bu davaya (muarazanın men'i davası) bir durum şartları varsa tespit davası da açılabilir.

§35. KUSURSUZ SORUMLULUK

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

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

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

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

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

Çalışma yardımcısı kullanan kimsenin sorumlu olması için çalışma yardımcısının kendisine bir hizmet yada iş sözleşmesi ile bağlı olması gerekli değildir, eylemli olarak onun yardımcı olması yeterlidir. Türel bir bağımlılık ilişkisi sözkonusu olması yeterlidir. Yardımcının işe sahibinin emirlerine uygun hareket etmesi gerekli ve yeterlidir. Yardımcının verdiği zarar ise iş dolayısıyla olmalıdır. Meselâ şoför, emniyet işini yaparken üçüncü bir kişiyi ezmişse BK.55 uygulanamaz. Yolcuya gerekli özenin gösterilmesini borç-

hare ederek verdiği zararlardan işsahibi sorumlu tutulamaz. Şoför Ş'nin ailesini pezevenkten birini çıpmemiş olması durum böyledir.

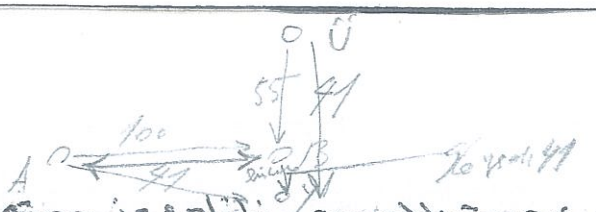
Çalışma yardımcısı kullanan (istihdam eden), kusuru olmasa da sorumlu tutulmaktadır. Bunun yanında çalışma yardımcısının da verdiği zarar için kusurlu bir hareketinin bulunması gerekmez. Aksi halde BK. 55, çok defa uygulanma olanağını kaybederdi. Çok defa işsahibinin gereken özeni göstermemesi yüzünden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

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

a — Seçmede özen.

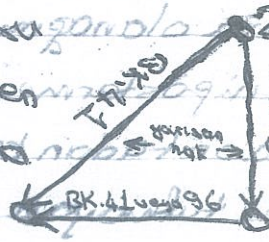
b — Araç vermede özen.

c — Gözetmede özen.



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

BK. 41'e dayanarak zarar gören, çalışmayı yardımcısına karşı haksız fiilden dolayı da dava açabilir. Bu durumda yardımcının hakları sözkonusu olmaktadır. Zarar gören, işsahibinden hakkını alabilmişse, işsahibinin çalışma yardımcısına bir rücu istemi olur.



Bunun tersi de geçerlidir. BK. 55'e dayanan borca aykırılıkta bulunan bir işçi, işleyiş yönünden işsahibi BK. 41'e dayanarak haksız fiilden dolayı tazminat davası açabilir.

2) Hayvan yöneticilerinin sorumluluğu, BK. 56. Hayvan yöneticisi tabirinden ekonomik olarak bir hayvandan yararlanan anlaşılmalıdır. Hayvan yöneticisi, objektif olarak gereken özeni göstermedikçe hayvanın verdiği zararlardan sorumludur. BK. 56/II'ye göre hayvan yöneticisi, kusursuzluğunu ispatlamadıkça zarar verenhayvanı güdene ya da yürütene rücu edebilir.

II— Tehlike sorumluluğu: Özen göstermedeo de ileri giden bir sorumluluk sözkonusudur. Tehlike yarat-

tam bir takım kimseler, gerekli özeni göstermediğini ispatlayarak kurtulma imkânı olmaksızın sorumlu tutulurlar.

1) Yapı, ya da başka bir yapıt (eser) malikinin sorumluluğu: Yapıt sahipleri, eserlerin kötü yapılmış olmasından ya da kötü bakımından doğan zararlardan sorumludurlar. BK. 58'de (bu hükmü getiren) bir terciime 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 (eser) dam, ev, apartman, tünel gibi sabit nesneler gibi. Seyir halindeki nesnelerin verdikleri zarardan sorumluluğu Trafik Kanunu 56 düzenlemiştir. (Kendisi veya yardımcıları tarafından işletilen taşıtlar)

2) MK. 656'ya göre taşınmaz maliki, hakkını kullanırken taşkınlık yaparak komşular 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 ol-

maddiği 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 haksızlığa görevli ise müspet zararlardan da sorumludur.

§36. BİRDEN ÇOK KİŞİNİN TAZMİN BORÇLUSU OLMASI

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

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

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

I — Dış İlişki: BK, şu iki durumu ele almaktadır:

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

rar verdiklerinde, bu zarardan dayanışmalı olarak (müteselsilen, solidaire) sorumlu olurlar. Yani zarar gören, müteselsil borçlulardan herbirinden zararın tümünü dava edebilir, fakat birinden zararın tazmin edilmesinde diğerlerine karşı olan dava hakları düşer. Ortaklık kusuruyla zarar vermek, birden fazla kişinin (anlaşmalı ya da müşterek fiilin yapılmasından haksız olarak) zarar vermesi halidir. Burada esas (dayanışmalı) borçluluk söz konusu olmaktadır. Zarar, tazminden, diğerlerine rücu eder. BK. 50/3. f.) yapılacak yaklaşıklıktaki (zararın ikiye derecede kabul) de, kendisinden pay alınmış müteselsil sorumludur.

2) Dayanışmalı sorumluluk: Zarardan vereni birden çok kişi arasında ortaklaşa kusur yoksa bu durum sözkonusu olur.

a — Anlaşma/bilinçli birden fazla kişinin fiillerinden herbirinin zararın tamamından sorumlu tutulmasını gerektiren ortaklaşa kusur yoktur.

b — Meselâ herbiri fabrikanın ürettiği aynı tip ürünleri tek başına zehirli olmayacak şekilde birbirine katarak zehirli olmasına yine ortaklaşa kusur yoktur.

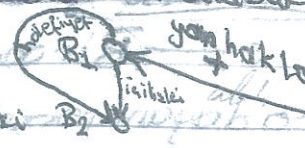
c — Birden fazla kişinin sorumluluğunun, aynı nedenlere dayanıyorsa yine ortaklaşa kusur yoktur. Kalkınma yardımının verdiği zarardan sorumluluktur. İş sahibine

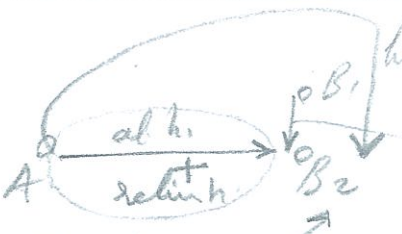
BK. 55'e göre özene dayanan, çalışma yardımcısının ise BK. 42'e göre hafif kusura dayanan sorumluluğu gibi.

Bu durumda - ortaklar arasında kusurdan özdeşlenmediğinden - dayanışma değil yanışma, daha doğrusu yanlı sorumluluklar sözkonusu olmaktadır. Fakat bu durumlarda da dayanışmalı sorumlulukta olduğu gibi zarar gören, zarar verenlerden herbirini zararının tazminini için dava edebilir. Ama dayanışmalı sorumlulukta tazminin eşit bir özellik vardır ki bunlar yanışmalı sorumlulukta bulunmaz. Şöyle ki:

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

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





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

İşte bahsedilen bu iki kural, dayanışmalı sorumluğun özelliği olup yarışan hallerde 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 verenlerden herhangi birinden zararın tümünü isteyebilir.

II — İç İlişki:

1) Dayanışmalı sorumlulukta: BK. 50 (eski 43) göre yargıç, bu sorumluluğun ve haksız fiilden faydalanmaya özönünde kalarak dayanışmalı sorumluların birbirlerine karşı rücu hakkı olup olmadığını ve varsa oranını takdir eder. (Kim daha fazla kusurlu ve haksız fiilden daha fazla yararlanmışsa ona rücu etme imkânı tanınır. Diğer müteselsil borçlular için).

2) Yarışmalı sorumlulukta: Özellikle sorumluluğun çeşitli ilişkilere dayanması halinde BK. 51/3, sorumlulardan birinin zararın tümünü ödemesi halinde diğerlerine rücu hakkı olup olmadığını dayanışmalı sorumlulukta olduğu gibi yargıcın takdirine bırakmıştır. Fakat bu maddede kanun koyucu hatası vardır. Şu şekilde anlaşılmalıdır: "Ortaklaşa kusurlu bir zarar yapmış kişiler arasındaki rücu kuralı, kıyas yoluyla bunlara da uygulanır."

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

V. Bölüm
NEDENSİZ ZENGİNLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR

§37. NEDENSİZ ZENGİNLEŞME KAVRAMI

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

II— Zenginleşme çeşitleri: Zenginleşme iki yoldan olur:

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

2) Malvarlığının eksilmesi gerekirken eksilmemesi yo-

luyla zenginleşme. Tapılan masraflardan kurtulma gibi.

Başka bir açıdan zenginleşme, şöyle tasnif edilebilir:

1) Borçlanma işlemi ile nedensiz zenginleşme: Malvarlığının pasifi çoğalır. Borçlu olduğunu zannederek ödemede bulunmak gibi.

BK. 61/I'e göre hukuki bir neden olmaksızın zenginleşen kimse, malvarlığındaki artışı geri vermek zorundadır. BK. 61/II, kazandırıcı işlem yoluyla olmayacak şekilde nedensiz zenginleşmeleri <u>aynı olarak ele almakta</u> ve <u>aynı olarak</u> düzenlemektedir:

a— Nedeni olmayan zenginleşmeler.

b— Nedeni gerçekleşmeyen zenginleşmeler.

c— Nedeni sonradan ortadan kalkan zenginleşmeler.

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

Kazandırıcı işlem yoluyla nedensiz zenginleşmeden

söz edebilmek için, sözkonusu kazandırıcı işlemin nedene bağlı olmaması (nedenden bağımsız olması) gerekir. Tasarruf mülkiyeti geçirimi, nedenden bağımsız kazandırıcı işlem yoluyla olduğundan nedensiz zenginleşme söz konusu olabilir. Fakat tasarruf mülkiyeti geçirimi nedene bağlı olduğundan, nedensiz pozisler söz konusu olamayacağından tasarruflarda bu gibi pozisler, MK. 618 gereği istihkak davası ve MK. 933 gereği tapu kütüğünün düzeltilmesi (tashihi) davası yoluyla düzeltilir.

III — Kazandırıcı işlem yoluyla olan nedensiz zenginleşmeler : BK'mız, Roma hukukundan pek ayrılmayarak ekteli bir tasnif getirmektedir:

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

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

b — Borç olmayan şeyin ödenmesi: BK. 62, aynen bu durumu düzenlemektedir. Romalılar buna condictio indebiti der-

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

aa— Kazandırıcı işlem, hukuki nedene bağlı olmamalıdır. Tasarruf mülkiyeti geçirimi ve olacak hakları gibi.

bb— Ödeme amacıyla bir edim yapılmış olmalıdır.

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

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

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

ff— İspat yükü, davacındır. Davacı yanlışlıkla ifa niyetiyle edimde bulunduğunu, fakat borcu bulunmadığını ispat edecektir.

2) Hukuki nedenin gerçekleşmemesi: Romalılar buna condictio ob causam futuram (gelecekteki nedenin gerçekleşmemesi yüzünden sırf bu nedensiz zenginleşmeden dolayı) derlerdi. Meselâ A, kendisine sebep bağlı olmayarak yapılan 1 asımsız mülkiyeti geçirmi vaadi karşısında ödemede bulunmuştur, fakat vaad gerçekleşmemiştir. Bu durumda geçerli bir neden olmadığından A'nın mülkiyetin geçirilmesi dava edilemez. Fakat A, yaptığı ödemeyi condictio ob causam futuram ile geri isteyebilir.

3) Hukuki nedenin sonradan ortadan kalkması: Romalılar buna condictio ob causam finitam derlerdi. Meselâ satıcı, kendi borcunu ifa için bir mal size verdi. Fakat sözleşmeyi edinminiz geçirmediğinizden bu malı temerrüde düşürüyorsunuz. Bu durumda karşılıklı borç doğuran bir sözleşme (satım) sözleşmesi olduğundan satıcı, BK. 106 gereğince sözleşmeden dönebilir. Bu durumda satıcı'da sizin onunkiyle karşılıklı olarak kalkmış olur. Ortada sadece malın mülkiyetinin size geçirilmesi isteminin nedeni de sona ermiştir. Bu durumda satıcı, o malı ancak condictio ob causam finitam ile geri ister.

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

kanuna ve ahlâka aykırı, gerçekten bir amaç için verilen şey geri alınamaz. Zira hukuk düzeni gerçekten amaçlı işlerle ilgilenmek istememektedir. Eğer kötü niyetler için ödemede bulunanın, edimini devlet zoruyla kurtarması mümkün olsaydı, aynı edimle başkalarını da kötü yola sevketme fırsatı verilmiş olurdu. Prusya BK ise, böyle durumlarda edimin müsadere edileceğini belirtmektedir.

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

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

2) Kazandırıcı zamanaşımında bir kişi, bir taşınmaz 20 yıl süreyle maliki 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

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

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

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

bir şey gecmise surropat (yeri geçen şey) prensibine-
rapi yerine geçen şey verilir. Mesela yok olan şeyin
sigortalı olması durumunda malın yerine sigorta
parası geçtiğinden onun geri verilmesi gerekir. Zenginleşme konusu tüketilmişse, bu tüketilmiş malın değerinin
ödenmesi gereken miktar geri verilir. Mesela 100 lt. ben-
zinin kullanılmasıyla malvarlığında 100 lt. benzin para-
sı tasarruf edildiğinden onun geri verilmesi gerekir.

2) Nedensiz zenginleşme, tüketici, zenginleşenin
o konuya yapmış olduğu harcamalar yüzünden oranlanabilir. BK. 61'e göre iyiniyetli zenginleşen, zenginleşme
konusunu yoketmiş, yanmış ve zorunlu giderler ken-
disine ödenmiş olduğu kadar şeyi geri vermekten kurtulabilir. Fakat burada bir savunma hakkı söz konusu
değildir, bu yüzden kabul edilen mutlak mahkemeli yan-
tıcı ifadeye aldanmamak gerekir. BK. 61, sadece def'i
hakkı vermektedir. Bu durumda nedensiz zenginleşen
davacı olarak yoketme giderlerini ödemeye ve malın
geri alınmasına zorlayamaz. Bu, çok önemli bir fark olup
kaçakçına malına elmen olma (zilyetlik) halinde de
uygulanır, burada da elmenin daha hakkı yoktur. Masraflar zorunlu giderler ve lüks olmak üzere üç gruba top-
lanır. Zenginleşenin, lüks masraflar için karşılanma hakkı da

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

3) İyiniyetli zenginleşen, zenginleşme konusu yüzünden başka zararlara da uğramışsa bunlar kendisine ödeninceye kadar sebepten dönme (geri verme) hakkını kullanabilir. Meselâ zenginleşme konusuna güvendiğinden başka teklifleri red etmesi yüzünden uğradığı maddî zararların tazminini isteme gibi.

III - Zenginleşenin kötü niyetli olması durumu

Kötü niyetli zenginleşme, zenginleşenin zenginleşmenin nedensizliğini bilmesi yada bilmesinin gerekmesi halidir. Zenginleşen, dayanılan nedenin gerçekleşmesi ya da sonradan ortadan kalkmasının mümkün olduğunu göz önünde tutmak zorundadır. Kötü niyetli zenginleşenin sorumluluğu daha ağırdır, zenginleşme konusu elinden çıkmış olsa bile sorumluluktan kurtulamaz. Meselâ kaçakçılık zenginleşme konusunun kaybolmasında, değerini tazmin (geri verme) borcu vardır. Fakat yine de yolsuzluğunun doğurduğu zararın tazmini sözkonusu değildir. Çünkü onun zarar görüşü tüm zararını değil de kötü niyetli zenginleşenin malvarlığında meydana gelen artışın geri verilmesidir. Nedensiz zenginleşme kurumunun genişliği de budur.

§39. NEDENSİZ ZENGİNLEŞME DAVASI

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

II- Nedensiz zenginleşme davası, nisbî niteliktedir. Bu yüzden 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. Haksız satılan mal üzerinde başkasına ait nisbî bir hak olduğunu (kişisel nitelikte bir hak) bilmek kötü niyet teşkil etmez. Bu durumda yoksullaşan, şeyin kaybolduğunda elde ettiği satış bedelini surrogat (mal yerine geçen şey) prensibi gereği isteyebilir. İyiniyetli zenginleşenin zenginleşenden

zenginleşme konusunu üçüncü kişiye başvurması durumunda; condictiolar sistemini aldığımız Roma-Pomdekt hukukuna göre yoksullaşanın, hakkaniyet gereği olarak zenginleşme konusunu bedduva elde eden üçüncü kişiye nedensiz zenginleşme davası açabilecegi kabul ediliyordu. Alm. MK. §823, bu çözümü benimsemiştir. Hukukumuzda da aynı prensip uygulanır.

III — Nedensiz zenginleşme davasında zamanaşımı:

BK. 66'ya göre nedensiz zenginleşme davası, zenginleşme dayanağını ve zenginleşeni öğrendiğinden başlayarak bir yıl ve her halde zenginleşme olayından itibaren on yıl içinde açılmak gerekir. Aksi halde sözkonusu dava, zamanaşımına uğrar.

BK. 66/s.f.'ya göre nedensiz olarak borç ödeyen kişi, sözkonusu süre içinde zenginleşene condictio liberationis'i (ibra davasını) açar. Fakat zenginleşen bu süre dışında nedensiz borç tanımasına dayanarak bir dava açmışsa, ya da süre geçmesine rağmen yoksullaşandan önce onu dava etmişse; yoksullaşan her zaman için nedensiz zenginleşme def'ini ileri sürerek nedensiz yere gittiği bu borcu ödemekten kaçınabilir. Çünkü def'iler zamanaşımına uğramaz.

IV — Nedensiz zenginleşme davasının diğer

davalarla ilişkisi ve yarışma imkânı:

1) Nedensiz zenginleşme davası, sözleşmeden doğan borcun ödenmesi davası ile yarışamaz. Çünkü ortada sözleşmeden doğan bir borç varsa, alacaklı bu sözleşmeye dayanarak borcunun ödenmesini talep edebilir. Meselâ satım sözleşmesinde satıcı, satış bedelini ödemesi için alıcıyı dava edebilir. Bakacak olursak temerrüde düşen ve bu yüzden sözleşmeden dönmeye, satılan konusunun alıcıya geri verilmesinden ortadan kalkmış olmasından satım konusu, alıcının nedensiz zenginleşmesine kalmış gibi. Bu durumda satıcı, sözleşmeden dönmesi sebebiyle geçerli mülkiyetinin geri verilmesini alıcıdan isteyebilir.

2) Nedensiz zenginleşme davası, mülkiyet (istihkak) davası ile de yarışamaz. Aksi halde bir eşyaya sözleşmeden doğan bir hak ile mülkiyet hakkına sahip olan kişi, bu hakkına dayanarak nesnel bir dava olan istihkak davasıyla geçerli mülkiyetinin geri verilmesini isteyebilir. Çünkü bu durumda karşı taraf, malik olmayıp sadece zilyet durumundadır. Hatta ortada bir zenginleşme söz konusu değildir ve bu yüzden de nedensiz zenginleşme davası açılamaz.

3) Bir haksız fiil, failin malvarlığında bir değer artışı

da meydana getirmisse; bu durumda hem haksiz fiilden doğan tazminat davasi, hemde nedensiz zenginlesmeden doğan nedensiz zenginlesme davasi yarisaniki hak olarak ileri sürülebilir. Haksiz fiilden dolayi tazminat istenebilmesi için kusurun isbati gerekir. Eger kusur ispat edilemezse yarisan ikinci hak olarak nedensiz zenginlesme davasi kullanabilir. Çünkü nedensiz zenginlesme davasinda zenginlesmenin isbati yeterli olup ayrica kusurun isbati gerekmez. Mesela baskasina ait benzini kullanmiş karsi taraf, kusurunuzu ispatlayabilirse haksiz fiilden doğan davayla uğradiği zararin tümünü sizden tazmin edebilir. Fakat kusurunuzu ispat edemezse sizden, nedensiz zenginlesme davasi ile malvarliğinizdaki artmanin iadesini ister.

4) Nedensiz zenginlesme davasi, vekilliksiz işgörmeden doğan davalarla da yarisamaz. Çünkü vekilliksiz işgören, işsahibinden yaptiği bütün giderleri - işsahibinin bu giderler sonucunda zenginlesmiş olup olmadığına bakilmaksizin - isteyebilir. Aynı zamanda işsahibi, vekilliksiz işgörenden üçüncü şahislara ödediği bütün meblağları geri isteyebilir, ayrica işsahibi bunları elde edip etmeyeceğine bakilmaz.

5) BK. 414, ayri bir dava olarak haksiz kaynak

na kazancın geri verilmesi davası" düzenlemektedir. Buna göre haksız olarak başkasının hukuk çevresine karışan (müdahale eden) kimse, bu yüzden hak sahibi hiç bir zarar görmemiş ya da yoksullaşmamış olsa dahi bu karışma sonucu elde ettiği her türlü kazancı hak sahibine geri vermekle yükümlüdür.

Haksız karışma kazancının geri verilmesi davasında ne zarar ne de yoksullaşma aranmaz. Meselâ Almanyada çalışan komşunuzun bahçesinde bir yıl kömür satarsınız, Almanyadan dönen komşunuz sizden ücret isteyebilmek için:

BK. 41,96	BK. 414
BK. 61	0

— Haksız fiilden doğan tazminat davası açamaz. Çünkü komşunuzun uğradığı bir zarar sözkonusu değildir.

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

— Fakat BK. 414'deki haksız karışma kazancının geri verilmesi davasını açabilir. Çünkü burada ne zarar ne de yoksullaşma aranmaz.

MK. 908'deki ecrimisil davası, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 70, 68'deki tecavüz; BK. 414'deki haksız karışma kazancının geri verilmesi davasının özel birer uygulama o-

lamdır.

Yarışan haklardan ayrı olarak bir de terditli davalar vardır. Meselâ ilk olarak borcun ödenmesi istemini, eğer bunu ispat edemezsem nedensizce zenginleşme istemini ileri sürüyorum diyorsam, bu bir terditli dava olur. Hukukumuzda terditli davanın kullanılmasına bir engel yoktur. Fakat terditli davalarda bir tertip sözkonusudur. İki istem birden değil de art arda kullanılmaktadır. Fakat bu istemler, hiç bir zaman taraftarın doğruyu söylemesi ödevlerine aykırı düşmemelidir. Yani ikinci istem, ilk istemden dönüldüğünü ifade etmemeli ve onu kezbedici mahiyette olmamalıdır.

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

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

Cevap 1) A, C'ye karşı buzdolabını geri vermesi için dava açamaz. Çünkü A'nın borçlu olduğunu zannederek B'ye buzdolabını vermesi, ona ancak B'ye karşı kullanılmak üzere bir nedensiz zenginleşme davası açma hakkı verir. Bu dava ise şahsî bir dava olduğundan ancak borçlu

karşı ileri sürülebilir. Üçüncü kişi durumundaki C'nin gerçeği bilmesi kötü niyet teşkil etmez. Çünkü kötü niyet, şey üzerinde başkasının mutlak hakkı olduğunu bilmektir. Bu yüzden C'ye karşı dava açmak sözkonusu olamaz. Fakat A, surrogat (mal yerine geçen şey) prensibi gereği nedensiz zenginleşme davası (condictio indebiti) açarak B'den 5000 L.y isteyebilir.

Soru.2) B, iyiniyetli olup da bu zdolabını C'ye bağışlasaydı durum ne olurdu?

Cevap.2) İyiniyetli B'nin bu zdolabını C'ye bağışlaması durumunda A'nın B'ye karşı açacağı nedensiz zenginleşme davası neticesiz kalır. Çünkü iyiniyetli zenginleşenin geri verme borcu, dava sırasında elinde kalan zenginleşme konusu kadardır. Olayımızda bağışlama söz konusu olduğundan surrogat prensibi de uygulanamaz. İşte bu durumda A'nın zarar görmesini önlemek için Roma hukukundan beri kabul edildiği gibi hakkaniyet gereği olarak A, bu zdolabın rızasız kazanma olan üçüncü kişi C'ye karşı (istihkaki davası) nedensiz zenginleşme davası açabilmektedir. Bu prensip hukukumuzda da uygulanır.

V. Bölüm
BORÇLARIN ÖDENMESİ (İFASI)

§40. ÖDEME (İFA)

I—BYG1 v.d. md.ler, borçların ödenmesini düzenler. Ödeme ile borç ilişkisi sona erer. Bu, normal bir sona erme nedenidir. Bu yüzden diğer borçların sona erme nedenlerinden ağırlar.

İfa (ödeme); hem alacaklının isteminin konusunu, hem de borçlunun borçtan kurtulma konusunu teşkil eder. Yani alacaklı ifayı dava edebilir, borçlu da ifada bulunarak borcundan kurtulabilir. Bundan dolayı Romalılar ifaya in obligatione, in solutione derlerdi. Fakat ifada görülen bu özelliğin tek istisnası, seçimlik yetkide görülür. Zira seçimlik yetkide borçlu, borçlanılan edim yerine başka bir edimi yerine getirerek de borcundan kurtulabilir. Yani borçlu, belli bir edimi yerine getirmeğe zorlanamaz.

II—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 (ortalamalılıktan aşağı olmamak kaydıyla) alacaklıya verilmesiyle ifa gerçekleşmiş olur.

III—Para borçları, kural olarak peşin para ile ödenmelidir. Çek vermek ya da posta ile göndermek ifa sayılmaz. Tal-

nız düzenlik kurallarının gerektirdiği bir durum söz konusu ise ifa sayılabilir.

IV- Bir takım edimlerde ifa, iki taraflı bir hukuki işlemdir. Gerçekleşebilmesi için alacaklının da ödeme fiillerine katılması gerekir. Meselâ taşınır mülkiyet geçiriminde nesnel sözleşme, iki taraflı olup alacaklının da katılması gerekmektedir. Fakat bazı edimlerde ifa, tek taraflı bir işlem olduğundan ödeme fiillerine ayrıca alacaklının da katılması gerekmez. Meselâ taşınmaz mülkiyet geçirimi, malikin tek yanlı bildirimiyle olur. Ayrıca alacaklının da iradesi aranmaz. Alacaklının ifaya katılması gereken durumlarda, alacaklı ifaya katılmazsa alacaklı temerrüdüne düşer.

V- Ödeme fiillerinde ifa niyeti (animus solvendi) nin aranıp aranmıyacağı tartışmalıdır (doktrinde). Bu konuda şöyle ikili bir ayırım yapmak mümkündür:

1) Eğer bir hizmetin görülmesi gibi fiilî bir edimse konusu ise ayrıca ifa niyeti aranmaz. Hizmet görülmüş yada iş yapılmışsa ifa niyetinin var olup olmadığına bakılmaksızın ifa yapılmış sayılır.

2) Mülkiyetin geçirilmesi gibi kazandırıcı işlemlerde ise ifa niyeti gereklidir. Meselâ satıcı, alıcıya sattığı malın mülkiyetini geçirme eylemini bağışlama nedeniyle yapmak istese, alıcı

Ünlü Yargıtay Başkanı Şeref Ali Bey'in bu dilekçeyi nasıl karşılayacağını merak ediyorum...

da ifa niyetiyle kabul etse nedensiz zenginleşme sözkonusu olmaktadır. (Fakat satıcının açtığı nedensiz zenginleşme davasına karşı alıcı, satım sözleşmesinden doğan alacağını ileri sürerek takas yoluyla savunma hakkını kullanabilir. Böylece nedensiz zenginleşme alacağını ortadan kaldırmış olur.)

VI — BK. 85, 86; neden anlaşmasının gerektirdiği konusunda bir takım yorum kuralları getirir. Çözümlenen sorun şudur: Aynı kişinin, aynı alacaklıya karşı aynı cinsten birden çok borcu olmasına rağmen borçlu, birini ifa etmişse bu ifa hangi borcu sona erdirecektir? Kural olarak borçlu, hangi borcu için ifada bulunduğunu belirtme yetkisine (ki buna mahsup yetkisi denir.) sahiptir. Borçlu böyle bir belirtme yapmazsa, alacaklı bunu belirtir ve borcun ödendiğine dair verdiği makbuza yazar. Borçlu itiraz etmezse o borç sona ermiş olur. Alacaklı ve borçlu böyle bir belirtmede bulunmamışlarsa BK. 86 şu yorum kuralını koymaktadır: Yapılan ifa, ifa zamanı gelmiş olan borca için sayılır. Her bir borçta ödeme günü gelmişse cebrî icra kovuşturmasına uğrayan borçtan indirilir. Hiçbiri cebrî icra kovuşturmasına uğramamışsa ödeme günü gelen borçlar, aynı oranda indirilir. Hiçbir borcun ödeme günü gelmemişse, ödeme günü önce gelecek olan borca mahsup edilir.

VII — Kazandırıcı işlem yoluyla yapılan ödemelerde ödemede bulunanın hem fiil ehliyeti, hem de borçlanma yet-

kisi bulunmalıdır. Fiilî edimlerde ise fiil ehliyeti aranmaz.

§41. ÖDEME YERİNE EDİM VE ÖDEME UĞRUNA EDİM

I— Ödeme yerine edim (datio in solutum): Alacaklı ile borçlu borçlanılan edim yerine başka bir edim verilmesinde anlaşırlarsa (ödeme yerine edim) sözkonusu olur ve borç tümüyle ortadan kalkar. Meselâ alacaklının 1000L. borcum olsa ve bu borcum yerine ona saatimi teklif etsem, alacaklım da bunu kabul etse, ben saatimi alacaklıma vermekle ödemede bulunmuş sayılırım ve borcum da tümüyle sona erer.

II— Ödeme uğruna edim: Burada da alacaklı ile borçlu, borçlanılan edim yerine başka bir edimin verilmesinde anlaşıyorlar. Fakat borç, borçlunun bu edimi yerine getirmesiyle hemen sona ermez. Alacaklının sözkonusu edim karşılığında eline fiilen bir şey geçmesiyle ve eline fiilen geçen şey ölçüsünde borç sona erer. Meselâ 1000L. borcum olan alacaklıma ödeme uğruna edim niyetiyle (satması için) saatimi versem ve alacaklım da kabul etse benim borcum hemen sona ermez. Alacaklım, saati 900L.ya satsam, 900L.nın alacaklıma geçmesiyle bu

oranda benim borcum sona erer ve kalan 100 L. borcum devam eder. Alacaklım sadi 1200 L.ya satsaydı, borcum tümüyle sona erecekti ve ben, 200 L. alacaklı duruma düşecektim. Görüyoruz ki burada alacaklım, bir çeşit vekil gibi davranmaktadır. Buna biz, ödeme yerine edim diyoruz. Ödeme yerine edim, bir para borcu için sadece taşınır ya da taşınmaz mal vermekle olmaz. Alacağın devri biçiminde de gerçekleşebilir. Meselâ alacaklıma, bir başkasından olan alacağımı devretsem; borcum, alacaklımın bu devre dayanarak elde ettiği oranda sona erer. AK.1170. Ödeme yerine edim, bir borç tanınması (bono gibi) yaparak da olur. Meselâ aldığım dört çeki ödeyen için ödünç bir bono versem, bu durumda borcum hemen sona ermez. Fakat alacaklım için yarısanıki hak doğmaktadır. Birinin elde edilmesiyle diğeri de sona ermektedir. Ama elde edilene kadar borcum devam eder.

III — Bir edimin ödeme yerine edim mi yoksa ödeme yerine edim mi olduğu hususunda tereddüt varsa bu, ödeme yerine edim kabul edilmelidir. Çünkü bu çözüm, her iki tarafın da çıkarlarına uygun düşer. BY.III.1170 bu çözüme yer vermiştir. Şöyle ki: Borç tanınması ve alacağın devri, şüphe halinde ödeme yerine edim kabul edilmelidir.

Örnek dav: A'nın B'den 100000 L. alacağı vardır. Borcunu ödemek için B, A'ya kamyonunu vermiştir. A, kamyonun

ancak 90.000L. ya sa tabilmiştir.

Soru: A, B'den 10.000L. ye daha isteyebilir mi?

Cevap: Bu durumda taraflarin anlaşmasina 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 10000L. ye isteyemez. Fakat aksi halde ödeme uğruna edim sözleşmesi olduğundan B'nin borcu, kamyonun satımından A'nın eline geçen 90.000L. oranında sona erecegi için A, ayrıca kalan 10000L. ye B'den dava edebilir. Teredditli halinde ödeme uğruna edim kabul etmek, her iki tarafın da yararınadır.

§42. BÖLÜMSEL EDİM

I — BK. 68'e göre edim bölünebilse bile alacaklı, edimin tamamını isteyebilir. Yoksa edimin bir bölümünü kabule mecbur değildir. Kabul etmemekle de (edimin bir bölümünü) alacaklı temerrüdüne düşmüş olmaz.

II — Alacaklı, şu durumlarda bölümsel edimi kabul zorundadır:

1) Alacaklı, edimi bölümsel (kısmî) olarak yerine getirme yetkisini borçluya tanımışsa.

2) Edimin, mahiyeti gereği bir defada tüm olarak yerine getirilmesi çok zor, yada imkânsızsa. 1000 ton kömür borcunun

yerine getirilmesinde olduğu gibi.

3) Borçlunun yerine getirmediği bölüm, asl edime göre çekişmesiz 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 bölümünü ödemeyi reddedemez. Red ettiği takdirde alacaklı temerrüdüne düşer. Meselâ alacaklıma ona 700 L. borcum olduğunu söylüyorum. O ise alacağının 1000 L. olduğunu iddia etmektedir. Bu durumda çekişmesiz kısım olan 700 L.'ye, alacaklım kabul zorundadır. Aksi halde alacaklı temerrüdüne düşer. Fakat sonradan borcumun 1000 L. olduğu anlaşılırsa ben, geri kalan 300 L. için borçlu temerrüdüne düşmüş durumum.

III — BY. 84'e göre borçlu, faiz ve giderleri ödemekte geciktirmişse; yaptığı bölünmesi bir edimi sermayeye (asl edime) mahsup edemez. Meselâ 1000 L. borcum için 200 L. ödesem, bu kısmî 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 bölünmesi bir edimi güvenceye bağlanmış bölüme mahsup edemez, güvenceye bağlanmamış bölüm için yapılmış sayılır. Meselâ 100.000 L. borcumun 50.000 L.'si için kefil göstersem ve 10000 L'lik bölünmesi

edimde bulunsam, bu ödeme güvencesiz kısım için yapılmış sayılır.

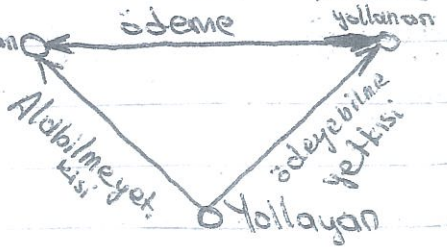
§43. ÜÇÜNCÜ KİŞİYE EDİMLE ÖDEME

I— Borçlu, kural olarak ancak alacaklıya edimde bulunmakla borcundan kurtulabilir. Yoksa alacaklıdan başka bir kimseye yapılan edim, borçluyu borcundan kurtarmaz.

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

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

2) Havale (yollama) ile: BK. 1420, yanlış olarak bu kurumu akit diye tanımlamaktadır. Halbuki havale bir sözleşme olmayıp bir çift yetki verme halidir. Şöyle ki: Yollayan, yollanan belli bir edimi alabilmesi için alabilme yetkisi, kendisine yollanana da ödeyebilme yetkisi verir. Kendisine yollanan, yollayana borçluysa, bu borcu yolla-



nana yaptığı ödeme ölçüsünde sona erer. Fakat kendisine yollanamın yollayana borçlu olması gerekmez. Bu durumda ise kendisine yollanamın yollayana aralarındaki iç ilişkiye göre rücu hakkı vardır. Ticaret hukukundaki police ve çek, havalenin özel bir biçime bağlanmışlık önemli türüdür.

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

§44. ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN YAPILAN EDİMLE BORCUN ÖDENMESİ

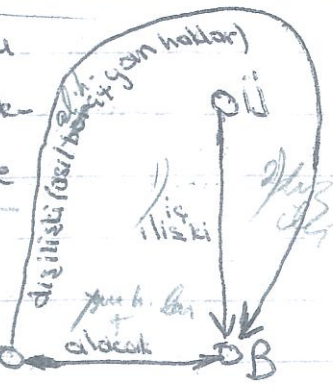
I— BK. 67'ye göre borcun ödenmesinde borçlunun kişiliği önemli değilse borç, üçüncü kişi tarafından da yerine getirilebilir. Özellikle hizmet, vekâlet, istisna (eser-yapıt) sözleşmelerinde kural olarak borçlunun kişiliği önemli olduğundan bu akitlerden doğan borçlar, bizzat borçlu tarafından yerine getirilmelidir.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

II— Üçüncü kişi, borcu borçlunun bilgisi olmaksızın da ödeyebilir ve borç da sona erer. Yeter ki sözkonusu edimde borçlunun kişiliği bir önem taşımasın. Üçüncü kişinin

borcu ödemekle borçluya ne derece ve ne şekilde rücu edeceğini tespitte ic ve dış ilişkiyi ayrı ayrı göz önünde tutmak gerekmektedir.

1) İç ilişki: Üçüncü kişi, borçlunun borcunu, borçlu ödediğinde ile aralarında vekillik sözleşmesi varsa o nun 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 işgörmeye dayanarak rücu edebilir. Eğer vekilliksiz işgörmenin de şartları yoksa, üçüncü kişi borçluya sebepsiz zenginleşme davası açarak rücu eder. Üçüncü kişi, borçlunun borcunu başka bir nedenle 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 kurum halefiyet (archilift - subrogation) diyoruz.



Böylece borcu ödeyen üçüncü kişi borçluya karşı birbiriyle yarışan iki yarışan

hakka sahip olmaktadır: Alacaklıdan doğan hak ve alacaklıdan üçüncü kişiye geçen hak (halefiyet).

Halefiyet, ancak yasada gösterilen hallerde söz konusu olabilir. Yani halefiyet halleri numerus clausus (tahdidi - sınırlı)dır. Çünkü halefiyette bir alacak, sebebe bağlı olmaksızın bir başkasına geçmektedir. Böyle sebebsiz bir geçiş ise ancak bir yasa kuralını gerektirir.

Başlıca halefiyet durumları şunlardır:

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

b — BK. 109/I'e göre üçüncü kişi, alacaklıdaki rehin durumundaki malını kurtarmak için borçlunun borcunu ödemişse.

c — BK. 147'e göre dayanışmalı (müteselsil) borçlulardan biri, alacaklıya borcun tümünü ödemişse.

d — BK. 69'a göre bölünemeyen bir edimin borçlularından biri edimi yerine getirmişse.

e — BK. 496'ya göre kefil, borçlunun borcunu ödemişse.

İşte sayılan bu durumlarda borcu ödeyen üçüncü kişi, alacaklının haklarına halef olmakta ve bundan iç ilişki yönünde 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 vermez (nemo subrogat contra se). Meselâ üçüncü kişi(Ü), borçlunun 1000L. borcundan 500 L.'ni ödemişse, fakat bu 1000L.lik borç ~~[illegible]~~ rehine bağlanmışsa, yukarıdaki kural olmasaydı üçüncü kişiyle alacaklı rehin mal üzerinde borçlunun borcunu ödememesi durumunda yarı yarıya hak sahibi olacaktı, mal satıldığında paraları eşit olarak paylaşacaklardı. Lâkin nemo subrogat contra se kuralı gereğince rehin mal üzerinden alacaklı, önce kendi alacağının tümünü alır ve geriye kalanı da kısmî edimde bulunan üçüncü kişi alır.

Örnek olay: C, B'nin borcu için A'da rehin duran altın saatini rehinden kurtarmak için B'nin borcunu ödemiştir.

Soru: C, B'ye ne gibi hukuki nedenlere dayanarak başvurabilir (rücu edebilir)? C, bu borca kefil olmuş bulunan K'ya da başvurabilir mi?

Cevap: C, B'ye iş ilişkisine dayanarak başvurabileceği gibi eşitlik 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 ödemede bulunmuşsa alacaklıya halef olmaktadır. Olayımızda davacı

durum sözkonusu olduğundan B'ye halefiyetle dayanarak dönücü imkânı vardır.

Halefiyetle alacak bütün yan haklarla beraber geri alacaklıya geçtiğinden kefilin (K'nın) kefalet borcu devam etmektedir. Bu yüzden şartları varsa C, kefil K'ya dönebilir.

§45. ÖDEMENİN İSBATI

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

II- Borçlu, ödemeyi makbuz denilen bir senetle ispat eder. Makbuzun hukuki hayatımızda bir başka önemi daha vardır. Şöyle ki: Fr. MK'daki senetle ispat zorunluğu getiren hükümleri dikkate alan HUMK'nun 288. maddesine göre 500 TL'yi geçen hukuki değerdeki hukuki işlemler senetle ispatlanmak gerekmektedir. HUMK.290 göre ise senedin aksini ispat hakkı tanınmış olan ancak senedin aksini yapılan savunmaların yine senetle ispatlanması gerekmektedir. Görüyoruz ki ödeme savunmalarının makbuzla ispatı zorunludur.

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

IV- BK. 871 ye göre borçlu, borcu için daha önce bir borç senedi vermişse ifadan önce alacaklıdan makbuz-la birlikte senedin geri verilmesini isteyebilir. Kısmen ödeme halinde ödenen kısım için senede şerh verilmesi istenebilir. Böylece makbuzun kaybolması tehlikesine karşı borçlu için güvence sağlanmaktadır. BK. 89'a göre alacaklı borç senedini kaybettiğini ileri sürerse, borçlu alacaklıdan resmî ya da noterden tasdikli bir senedi vermesini isteyebilir. Kıymetli evrak kaybında ise özel bir usûl izlenir.

V- BY. 88, ödemenin ispatı için bir takım karineler koymaktadır. Şöyle ki:

1) Borç senedinin geri verilmesi borcun ödendiğine ya da başka bir yoldan borcun sona erdiğine karinedir. Alacaklının borç senedini bilerek yok etmesi ise borcun ödendiğine fiilî karinedir.

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

3) Faiz, kira alacağı gibi dönemli (peri yodik) edimlerde alacaklı, her hangi bir edim için ihtirazî kayıt koymaksızın makbuz verirse, daha önceki edimlerin de ödendiği karine olarak kabul edilebilir. Meselâ evsahibinin Nisan 1974 kirasını aldığına dair kiracıya makbuz vermesi durumunda, Nisan'dan

önceki kira alacaklarının ödendiği karine olarak kabul edilir. Teamüle göre birdenbire yapılan (âni) edimlerde de ifanın yapıldığı fiilî bir karinedir.

§46. ÖDEME YERİ

I — Borçlunun borcundan kurtulabilmesi için borcunu ödeme yerinde ifa etmesi gerekli olduğundan, borçların ifasında ödeme yeri önem kazanmaktadır. Borçlu borcunu ödeme yerinde ödemezse borçlu direnmeye, alacaklı da şartlarına uygun olarak ödeme yerinde yapılan ifayı kabul etmezse alacaklı direnmesine düşer. Ödemeyle ilgili ihtilaflarda yetkili mahkeme ödeme yerine göre belirlenir. Devletler hususî hukuku açısından ödeme yeri kanunu uygulanır.

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

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

2) Eğer tarafların anlaşması yoksa, BK'nun bu konudaki özel bir hükmü getirip getirilmediğine bakılır. BK, bazı maddelerinde ödeme yerini göstermiştir. Meselâ 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 ödenmek gerekir. Bu tür borçlara götürme tehlike ve giderlerini borçlu çektiğinden götürülecek borçlar denir. Alacaklının sonradan ikametgahında değiştirmesi borçlu için borcunu ödemede güçlük yaratıyorsa borçlu, borcunu alacaklının eski ikametgahında ödeyebilir.

b — Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu günde borçlunun parçanın bulunduğu yerde ödenmek gerekir. Parça borçları, ferdi olarak belirlenmiş borçlardır. Meselâ Ankaradaki alacaklı ile Boludaki borçlu Bursada bulunan Ceylân isimli atın satımı hususunda anlaşmışlardır. Burada ödeme yeri Bursadır. Çünkü sözleşmenin kurulduğu sırada at Bursada bulunmaktaydı.

c — BK, cesit borçlarında borçlu yararına bir kural getirmiştir. Cesit borçları borçlunun ikametgâhında ödenirler.

Parça ve cesit borçları, aldırılacak borçlardandır. Bir de gönderilecek borçlar vardır. Gönderilecek borçlarda, gerçek ödeme yeri, borçlunun ikametgâhıdır. Fakat borçlu, ek olarak borçlanan şeyi taşıyıcıya verme yükümü altına girmiştir. Şey, taşıyıcıya verilmek-

le tehlike alacaklıya geçer.

§47. ÖDEME ZAMANI

I— Ödeme zamanı deyince hem alacaklının alacağını isteyebileceği, hem de borçlunun borcunu ödeyebileceği zamanı anlarız. Kural olarak borçlunun ödeyebileceği an ile alacaklının alacağını isteyebileceği an aynıdır. Fakat bazan ayrılabilir. Ödeme günü gelmeden alacaklı borcun ödenmesini isteyemeyeceği halde borçlu, çok defa borcunu ödeme gününden önce de ödeyebilir.

II— Ödeme gününün gelmesi: BK. 74'e göre ödeme günü şöylece belirlenebilir:

1) Ödeme günü tarafların anlaşmasıyla gün yahut süre olarak kararlaştırılabilir. "Borç 1 Temmuzda ödenecektir." dersek gün olarak, "Borç 1 Temmuza kadar ödenecektir." dersek süre olarak ödeme gününün kararlaştırılması sözkonusudur. Ödeme günü gelmemişse, alacaklı için bir istem hakkı doğmaz ve böyle bir durum borçlu için "hakkın doğmadığı" itirazı, savunmasını teşkil eder. Borçlu, görevinden düşüp özünde kalır ve davayı red eder. Süre vermede de durum, aynıdır.

2) Bazı durumlarda ödeme günü, alacaklının yapacağı feshi ihbarla gelir. Meselâ ödünç sözleşmesinde

bir süre kararlaştırılmamışsa alacaklının yapacağı fesih ihbar açıklaması altı hafta sonrası için sonuç doğurur, yani ödeme günü altı hafta sonra gelmektedir.

3) Bazı alacakların ödeme gününü bizzat yasa belirlemiştir. Şöyle ki:

a— BK. 210'a göre satımın satış parası alacağının ödeme günü, satımın satım konusunu alıcıya teslim ettiği anda gelir. Yani satıcı, satış bedelini satım konusunu alıcıya teslim etmeden isteyemez, teslimden önce satımın satış bedelini talep hakkı doğmamaktadır. Bu hukuki alıcı için hakkın doğmadığı itiraz teşkil eder ve yargıç da re'sen nazara alınır.

b— BK. 364'e göre istisna akdinde, ısmarlanan (müteahhid)'ın ücret alacağının ödeme günü, eseri yapıp / ısmarlayana teslim edince gelir. Ismarlanan ücret istemi daha önceden doğmamıştır ve bu hukuki ısmarlayan için bir hakkın doğmadığı itiraz teşkil ettiğinden yargıç da re'sen gözönünde tutulur.

4) Tarafların anlaşması ya da bir yasa kuralı yoksa BK. 74'e göre alacağın ödeme günü hemendir. Alacak, hemen dava edilebilir. Fakat bu "hemen" sözcüğünü MK. 2'deki dürüstlük kuralına göre anlamalıyız. Yani borçluya, edimi ifa etmesi için gerekli normal süre tanınmalıdır.

Kemal Oğuzman

III — BK.80'e göre borçlu, isterse borcunu ödeme gününden önce de ödeyebilir. Şu kadar ki borcunu önceden ifa ettiğini ileri sürerek borcundan bir indirim yapamaz. Meğer ki tarafların arasında bir anlaşma bulunmasın. Ancak, işin mahiyetinden yahut taraflar arasındaki anlaşmadan borçlunun ödeme gününden önce ödeme yapamayacağı anlaşılabilir. Özellikle alacaklının yararı için verilen sürelerde durum böyledir. Meselâ vedia sözleşmesinde saklanması güç bir mal sözkonusu ise, borçlu saklamaları sebebiyle ödeme gününden önce alacaklıya veremez. Çünkü buradaki süre, alacaklının yararını korumaya yönelmektedir.

§48. ÖDEME ZAMANINA İLİŞKİN SÜRELERİN HESAPLANMASI.

I — BK. 74 v.d. mâdeleri, ödeme zamanına ilişkin sürelerin hesaplanmasına dair bir takım yorum kuralları getirir. Meselâ bir ayın başı denilmişse o ayın ilk günü, sonu denilmişse son günü, ortası denilmişse onbeşinci günü anlaşılır. (Tersine anlaşma her zaman mümkündür.)

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

1) Eğer ödeme zamanına ilişkin süre, gün olarak ta-

rarlastırılmışsa ilk gün hesaba katılmaz.

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

3) Süre; ay, yıl yada çeyrek yıl olarak kararlaştırılmışsa, sözleşmenin kurulduğu gün ayın veya yılın kaçıncı günü ise son ayın veya son yılın onun uygun günü, ödeme günüdür. Tatiller süreye dahildir. Son günün tatile rastlaması halinde ödeme günü, tatilden sonraki ilk günüdür.

Ödeme zamanına ilişkin sürelerin hesaplanmasına dair olan bu kurallar; yalnız borçların ödenmesine değil fakat BK.'undaki süreye bağlı diğer hukuki fiillere de uygulanır. BK. 31'deki istek bozukluklarında sürenin hesaplanmasında olduğu gibi.

§49. KARŞILIKLI SÖZLEŞMELERİN ÖDENMESİ

I- Aynı anda ödeme ilkesi: Her iki tarafı borca sokan edimler mübadelesi amacını güden sözleşmelere karşılıklı sözleşme tabir olunur. BK.81'e göre karşılıklı sözleşmelerin ödenmesinde, aynı anda ödeme ilkesi caridir. Fakat yasa, aynı bir sıra göstermiş olabilir. Satım sözleşmesinde olduğu gibi. Ya da taraflar, ödeme sırasını kararlaştırabilirler. Veya

örf ve âdet, taraflardan birinin edimini daha önce yerine getireceğini gösterebilir. Bunlar dışında prensip, her iki tarafın edimini aynı anda yerine getirmesidir.

II- Tarafların aynı ödeme yerinde bulunması durumunda, aynı anda ödeme ilkesinin uygulanması bir güçlük getirmez. Fakat tarafların ~~ödeme yerlerinin~~ aynı ayrı 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. (Akreditif gibi...)

III- Yargılama hukukunda aynı anda ödeme ilkesinin nasıl ele alınacağı, Pandekt hukukundan zamanımıza kadar tartışılmıştır. Bu konuda iki teori ileri sürülmüştür:

1) Davanın şekli teorisi: XIX. yüzyılda en önemli temsilcisi Keller olmuştur. Bu teoriye göre karşılıklı sözleşmelerde taraflardan biri kendi edimini yerine getirmeden karşı tarafı edimini yerine getirmesi için dava etmişse, edimini yerine getirmeyen davacı tarafın istem hakkı doğmadığından bu, dava edilen taraf için hakkın doğmadığı hususu savunmasını teşkil eder ve dava, yargıca resen gözönünde tutularak red edilir.

2) Gerçek ve teknik anlamda defi görüşü: XIX.

asırda en önemli temsilcisi Heerwart olmuştur. Bu görüşe göre karşılıklı sözleşmelerde kendi edimini yerine getirmeden davacının karşı taraf dava etmesi halinde davalı davacının kendi edimini yerine getirmeden dava açtığını ancak gerçek ve teknik anlamda bir defi i savunmasında bulunarak ileri sürer ve kendi edimini yerine getirmekten kaçınır. Yargıç, bunu re'sen gözönünde tutamaz. Bu defi e sözleşmenin yerine getirilmediği (ya da ödenmediği) defi i veya ödememezlik defi i (exceptio non adimpleti contractus) denir. Bu görüş, bu savunmanın yalnızca bir kaçınma hakkından (defi iden) ibaret sayılmasının daha yararlı olduğunu savunmaktadır. Şöyle ki: Davanın şartı görüşünde yargıç, davacının edimini yerine getirip getirmediğini araştırmakle ödevli vardır. Bu ise yargıcın görevini zorlaştırmaktadır. Fakat defi i görüşünde davalı, bu hakkını dilerse kullanmaktadır. Bu yüzden yargıcın yükü büyük ölçüde azalmaktadır. Davalı, defi i hakkını kullanırsa dava reddolunur. Alm. MK § 320 de defi i görüşüne yer verilmiştir. İsv.-Türk BK. 81 in lâfzı davanın şartı teorisine yer verilmiş gibi gözükmekteyse de yasanın amacı bu değildir. Tam bir görüş birliği ile sözleşmenin ödenmediği savunmasının gerçek anlamda bir defi i olduğu (ve bir itiraz niteliği taşımadığı) hukukumuzda kabul edilmektedir. Modern hukuk, defi i görüşünü

benimsemiştir. Sözleşmenin ödenmediği savunmasının gerçek anlamda defi olduğu görüşünün iki ayrığı vardır ki bu istisnaları BK. 210 ve 364 düzenlemektedir. Şöyle ki: Satıcı ve müteahhitin satış parası ve ücret alacağı istemi, satım konusu ve eser teslim edilmeden dava edilemez. Yani teslimden önce bedel istemleri doğmadığından bu, karşı taraf için hakkın doğmadığı itirazı savunmasını düşürmektedir. Böylece alıcı ve ismarlayan korunmuş olmaktadır. Fakat burada doğrusal kuralın yürüyeceği, yani alıcı ve ismarlayanın savunmalarının da defi olduğunu savunanlar da vardır. İsv. tarafından bu görüştedir. Prof. Kuneft de aynısını savunmaktadır. Gıyabi karar verme kurumunda yargılama hukuku için bu tartışmanın önemi vardır. Eğer alıcı ve ismarlayan bu savunmalarını itiraz kabul edersek yargıç tarafından re'sen nazara alınır, gıyap durumunda da olsa dava reddolunur. Ancak bu savunma yapılmadan alıcı veya müteahhit edimlerini yerine getirmişlerse, nedensiz zenginleşme davası ile verdiklerini geri alabilirler. Fakat defi savunması, bu hakka sahip olana yapılmalıdır. Yargıca nazara alınmaz. Davalı, defi hakkını kullanmadan borcunu ödemişse, yine borçlandığı şeyi ödediğinden yaptığı ödemeyi nedensiz zenginleşme davası ile geri alamaz. 20/6/951 tarihli YİBK.nda öncelikle alım davasında; öncelikle alıcının, dava açması için satış bedelini önceden yatırmış olmasının görevden

ötürü gözönünde tutulacağını kabul etmiştir. Yargıtayımız bu kararında hataya düşmüştür. Zira bu kararı, sözleşmenin ödenmediği savunmasının gerçek bir defi olduğu kuralına aykırıdır.

IV— Sözleşmenin ödenmediği defi, geciktirici bir defidir. Dava şimdilik red edilir. Davacı, kendi edimini yerine getirir ya da yerine getirmeyi teklif ederse davası kabul edilir. Davacı, edimini yalnızca önermişse, davalı öneriler edim karşılığında ödemeye mahkûm edilir.

V— Sözleşmenin ödenmediği defi, ispat yükü bakımından diğer defilerden ayrılır. Diğer defilerde, defileri süren kimse bu defi'in dayandığı olguyu da ispat yükümlüdür. Halbuki davalı, sözleşmenin ödenmediği defini kullanınca, davacı kendi edimini yerine getirdiğini veya önerdiğini ispat yükümlüdür.

VI— Karşılıklı sözleşmelerde, taraflardan birinin daha önce edimde bulunacağı kararlaştırılmışsa:

1) Davacının daha önce kendi edimini yerine getireceği kararlaştırılmışsa, davacının daha önce edimde bulunması davacının davasının şartı haline getirilmiş demektir. Bu yüzden yargıç, bu yönü hakkın düşmediği itirazı olarak re'sen gözönünde tutar.

2) Davalının daha önce edimini yerine getireceği kararlaştırılmışsa, davalının sözleşmenin ödenmediği definde bulunmasına imkân kalmaz ve davalı, edimini önceden yerine getirmek zorun-

dadır.

VII — Sözleşmenin ödenmediği def'inin dahaçüçlendirildiği bir durum, BK.82'ce düzenlenmiştir. Taraflardan birinin ödeme güçsüzlüğünde bulunması, karşı tarafın istemini tehlikeye düşürüyorsa; karşı taraf, kendi edimini için bir teminat gösterilinceye kadar edimini yerine getirmekten kaçınabilir. Bu kuralın önemi şudadır: Davalının daha önce edimde bulunma yükümü olmasına rağmen bu yükümden kurtulmasıdır. Yoksa aksi haldeki durumda zaten BY.81'deki def'i hakkından faydalanılır. BY.82, alacaklıya def'iden başka uygun süre içinde bir teminat gösterilmezse, sözleşmeden dönme hakkını da vermektedir.

VIII — Eksik iki yanlı sözleşmelerde BK.81'deki def'i hakkı uygulanamaz. (Eksik iki yanlı sözleşme, edimler değişimi amacını gütmeyen ve her iki tarafı zorunlu olarak borca sokmayan ariyet, vadia, vekâlet gibi sözleşmelerdir.) Fakat vekilin, saklayanın, ariyet alanın bir takım masraflar yapması durumunda, bu masraflar kendisine ödeninceye kadar sözleşme konusunu geri vermekten kaçınma hakkı tanınması — Alm. MK §273'deki kişisel hapis hakkı gibi — hakkaniyete uygundur. MY.864'deki hapis hakkını kıyasen böyle bir def'i hakkı tanınabilir.

Örnek olay: A, B'den 100.000L.ya bir apartman

kat satın almıştır. B'nin tapuya giderek apartman katını A adına yazdırmaktan kaçınması üzerine A, B'ye karşı dava açmıştır.

Soru: 1) Yargıç A'nın 100.000L.yı B'ye ödemeden dava açmış olduğunu re'sen göz önünde tutarak davayı red edebilir mi?

Cevap: 1) B'nin yapacağı sözleşmenin ödenmediği savunması hakkında iki görüş vardır:

a— Kellerin savunduğu davanın sarih 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— Heer Wart'ın savunduğu genel ve teknik anlamda def'i görüşüne göre B'nin yapacağı sözleşmenin ödenmediği savunması gerçek ve teknik anlamda bir def'i olduğundan yargıç, A'nın 100000L.yı B'ye ödemeden açmış olduğunu re'sen göz önünde tutarak davayı red edemez. B, bu hakkını dilerse kullanır ve eğer kullanırsa A'nın açtığı dava reddolunur.

Soru: 2) A, B'ye daha önce 100.000L.yı ödemiş olsaydı nedensiz zenginleşme davası ile geri isteyebilir miydi?

Cevap: 2) Davanın şartı pörüsünde A'nın yapacağı savunma itiraz niteliğinde olduğundan bu savunma yapılmadan B'ye 100000L. ödemesi durumunda bu, B için bir nedensiz zenginleşme teşkil edeceğinden A, nedensiz zenginleşme davası açarak B'den ödediği 100000L.yi peri isteyebilir.

Fakat genel ve teknik anlamda def'i pörüsüne göre ise $A'_{nın}$ def'i hakkını kullanmadan 100000L. yi ödemesi; onun def'i hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanır. Def'iler de re'sen nazara alınmıyacağından A, yine kendi borcunu ödemiştir (eksik borç). Nedensiz zenginleşme davası açarak ödediğini peri isteyemez.

§50. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ
(Mora Creditoris)

I— Bir takım ödeme fiillerine alacaklının davetlenmesi 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 (şibi) ifa gibi) edimin yapılabilmesi için gerekli hazırlık eylemlerine girişmesi olmalıdır.

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

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

II— Alacaklı Direnmesinin Sonuçları: Alacaklı direnmesinin, iki bakımdan önemli sonuçları vardır:

1) Borçlunun yükü hafifler. Borçlu için bir takım kolaylıklar doğar. Şöyle ki:

a— BY.98/II gereği borçlunun, edim konusunu korumadaki özen ölçüsü daha da azalır.

b— Pandekt hukukunda ve Alm. MK.unda alacaklı, direnmeye düşünce, tehlike de alacaklıya geçmektedir. BK.muzun 365 nci maddesi istisna akdi için böyle bir kural getirmektedir. BK.183'e satım sözleşmesinde sözleşme kurulur

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 geçmektedir. 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 borçlu yoksa sözleşmenin ödenmediği değil ileri süremez.

2) Borçlu için 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/II'ye göre borçlu yatırdığı edim konusunu geri alırsa, borç sanki hiç ortadan kalkmamış gibi bütün yan haklarla beraber yeniden doğar. Yani geri alma iradesi makable şamil olarak borçluluk doğduğu andan itibaren sonuçlarını oluşturmaktadır.

b— Satma hakkı: BK. 92'ye göre borçlu, alacaklının direnmesi üzerine edim konusunu bir yere yatıracağı yerde onu satışa çıkarıp satış bedelini yatırabilir. Satım hakkının kullanılması için şu şartlar aranır:

aa— Edim konusu, yatırmaya elverişsiz olmalı ya da çabuk bozulur nitelikte taşımalı veya aşırı bakım giderlerini gerektirmesi gerekir.

bb— Borçlu satıştan önce satışın yapılacağı yeri

ve şünü alıcıya bildirmelidir.

cc— Satış, yargıcın izniyle ve açık arttırmayla yapılmalıdır.

dd— Borçlu, satış bedelini alacaklıya vermeli, alacaklı yine direnirse yargıcın göstereceği bir yere yatırılmalıdır.

c— Sözleşmeden dönme hakkı: BY.94'e göre yapma borçlarında alacaklı direnmeye düşerse borçlu, sözleşmeden dönebilir.

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

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

2) Borçlu, alacaklının kim olduğunu bilememek yüzünden borcunu ödeyemiyorsa. Meselâ alacaklı ölse ve birden fazla kişi de ortaya çıkıp alacaklının tek mirasçısı olduğunu iddia etseler, fakat mirasçılıkları şüpheli olsa bu durumda borçlu, bor-

varun konusunu alacaklı temerrüdünde olduğu gibi bir yere tevdi edebilir, satışa çıkarabilir ya da sözleşmeden dönebilir.

VII. Bölüm
BORÇLARIN ÖDENMEMESİNİN SONUÇLARI

§51. EDİMİN ZORLA YAPTIRILMASI

I— Borçlu, borcunu ödemezse; alacaklı şu üç yetkiden birini kullanabilir:

1) Alacaklı borcun ödenmesini dava edebilir.

2) Alacaklı, borcun ödenmemesi yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Tazminat isteminin söz konusu olduğu durumlar iki grupta toplanır:

a— Edimin kusurlu imkânsızlığı, BK. 96.

b— Borçlunun temerrüdü, BK 101 v.d.

3) Alacaklı, bir takım durumlarda sözleşmeden dönebilir.

II— Ödeme davası: Türk hukukunda ilke, borcun aynen ödenmesidir. Meselâ satım sözleşmesinde satılan malın mülkiyetinin geçirilmesi dava edilir. Bazı durumlardaise yargıç istisnaî olarak ancak tazminata hükmedebilir. Meselâ satıcı tuğla (eşlinin) 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 mahkûm etmekle yetinir. Alm^a. hukukunda böyle durumlara edimin elverişsizliği denmektedir. Konusu bir seyo-

lan edimler değil; fakat bir irade açıklamasında bulunma, özellikle ön sözleşme ile asıl sözleşme kurma borcuna girme gibi yapma edimleri de aynen ifa edilir.

III — Aynen ödemeye mahkûm olan borçluya borcunun nasıl yaptırılacağı, İİK'unca düzenlenmiştir. İİK'mız, federal bir yasa olan İsv. İİK'unun aynısıdır. Fakat İsv. İİK, sadece para borçlarının cebrî icrasını düzenlemekle, öbür borçların cebrî icrasının nasıl olacağının tanzimini ise kantonal yasalara bırakmıştır. Türk hukuk sisteminde para borçları, borçlunun haczedilmesi ya da iflâs yoluyla zorla alınmaktadır. Hukukumuzda taşınır ve taşınmaz mülkiyetlerinin geçirilmesi farklı olduğundan mülkiyet geçirilmesine mahkûm olan borçlunun durumu farklılaşmaktadır. Borçlu eğer bir taşınırın mülkiyetini geçirme borcuna mahkûm edilmişse, icra memuru taşınır nesneyi alacaklıya vermek için borçludan zorla alır. Böylece nesnenin mülkiyeti alacaklıya geçmiş olur. Eğer sözleşmesi olan bir taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesi borcu ise, MK.633/II gereği tapu kütüğüne bir kayıt gerçekleşmeksizin yargıcın hükmüyle doğrudan doğruya taşınmazın mülkiyeti alacaklıya geçer. Fakat alacaklı, sonradan mahkeme hükmünü tapuya götürerek taşınmazın mülkiyetini kendi adına yazdırabilir ise bu yazım, ihdasî olmayıp izharî bir niteliktedir.

Görüyoruz ki, edimin zorla yerine getirilmesinde prensip, aynen ödemedir. Ancak aynen ifa imkân olmadığı hallerde tazminata mahkûm edilebilinir. Mahkeme borçluyu, bir istek açıklamasında bulunmağa mahkûm etmişse; mahkeme kararı, borçlunun ayrıca istek açıklamasında bulunmasına gerek olmaksızın onun istek açıklaması yerini tutar. Bu çözüm, Alm. Medeni Usûl Tasarısı §894'e kabul edilmiştir. Hukukumuzda da aynı çözüm benimsenmektedir. Meselâ borçlu, bir önsözleşme ile bir asıl sözleşme kurma borcuna girmişse; mahkeme kararı, borçlunun asıl sözleşmeyi kurma iradesi yerini tutar.

IV— BY. 97, bizzat cebrî icra halini düzenlemektedir. Bu kurala göre yapma ve yapmama borçlarında alacaklı, yargı kararıyla alacağını bizzat kendisi koğuşturabilir:

1) Yapma borçlarında; alacaklı, giderleri borçluya yüklenmek üzere yapma borcunun kendisi tarafından yerine getirilmesi için yargıçtan karar isteyebilir. Borçlunun bir duvar yapma borcuna girmesinde olduğu gibi.

2) Yapmama borçlarında; alacaklı, borçlunun sözleşmeye aykırılık ederek ortaya çıkardığı durumu kendisi gidermek için yine giderleri borçluya yüklenmek üzere yargıçtan karar isteyebilir. Meselâ borçlunun bu-

çesine yüksek duvar çekmeme borcu olmasına rağmen borçlu, bu borcunu aykırılıkta bulunmuşsa; alacaklı bu duvarın (masrafları borçluya ait olmak üzere) ortadan kaldırmak için yargıçtan karar alabilir.

V— Borcun ödenmesi, borçlunun kusuruna bağlı değildir. Meselâ mülkiyetin geçirimini isteme, borçlunun kusuru olmasa bile açılabilir ve borçlu ödemeye mahkûm edilir. Borçlunun sonradan temyiz kudretini kaybetmesi durumunda ise, mülkiyetin geçirilmesi istemi borçlunun kanunî temsilcisine karşı ileri sürülebilir. Bu bakımdan borcun ödenmesi davası istihkak davasına benzemektedir. Halbuki tazminat davasının açılabilmesi için kusur şarttır.

§52. EDİMİN KUSURLU İMKÂNSIZLIĞI

I— BK. 20'ye göre edim sözleşme kurulurken imkânsızsa, kurulan sözleşme geçersizdir (batıldır). BK. 117'ye sözleşme kurulduktan sonra borçlunun kusuru olmaksızın (yangın, deprem gibi nedenlerle) edim imkânsızlaşırsa borçlu borcundan kurtulur. Fakat sözleşme kurulduktan sonra edim, borçlunun kusuru yüzünden imkânsız hale gelirse BK. 96 hükmü uygulanır ve borçlu, alacaklının uğradığı zararı tazmine mahkûm edilir. Satılan malın, satıcının ihmali

yüzünden yanmasında olduğu gibi. BY.96'daki bu durumu kusurlu imkânsızlık tabir olunur. Bir de kusurlu imkânsızlığa eşit tutulan bir durum daha vardır ki bunda, edim mümkündür, fakat yerine getirilmesi aşırı güçleşmiştir. Meselâ satıcının satım konusu saati denize düşürmesi (kusuruyla) durumunda saati denizden çıkarmak mümkündür, fakat borç, borçlunun kusuru yüzünden aşırı güçleşmiştir. İşte bu durumda kusurlu imkânsızlık kabul edilmiş ve borçlunun tazminata mahkûm edilmeyi gerektiği yolundaki çözüm benimsenmiştir. Edimin yalnız bir bölümü borçlunun kusuruyla imkânsızlaşırsa; alacaklı, yalnız o bölüm oranında bir tazminat isteyebilir. Fakat imkânsızlaşan bölüm dışındaki kısımlar, alacaklı için değersiz kalmışsa; o zaman alacaklı edimin tümü için tazminat isteyebilir. Meselâ koşum 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.

II — BY.98/I'ye göre haksız fiilden doğan tazminat istemlerine ait kurallar, borca aykırılıktan doğan tazminat istemlerine (kıyasen) uygulanır. Yani haksız fiildeki tazminatın çeşidine, miktarına, birlikte sebep olmaya, tesirin derecesine ilişkin kurallar, BY.96'da da uygulanmaktadır.

Borca aykırılıklarda parayla tazminat, çekişmelere daha çabuk son verdiğinden, yargıçca daha çok uygulanır. Bu yüzden BK.98/I'deki kural, önem taşımaktadır.

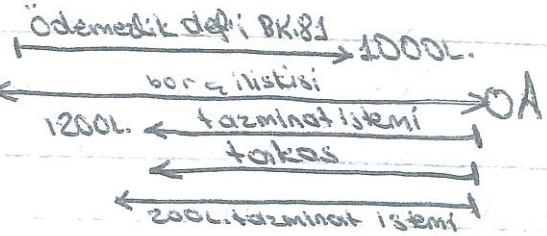
III — Alacaklının tazminat istemi, yine alacağın bir devamından ibarettir. Yalnızca edimin muhtevası değişmiştir. Bunun, şu pratik sonuçları vardır:

1) Tazminat istemi, ödeme isteminin ödeme zamanında ödenmek gerekir. Ödeme 1 Haziran'da yapılacaksa tazminat da 1 Haziran'da ödenmek lâzımdır. Zaman aşımı da aynı günden başlar.

2) Aynı alacak devam ettiğinden 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 definde bulunabilir. Meselâ satıcı S, satım konusunu kusurlu ifa ile imkânsızlaştırdığında alıcı A, kusurlu imkânsızlık yüzünden tazminat isteyebilir. A'nın tazminat talebi 1200 L. olsun. Satım konusunun satış bedeli de 1000 L. olsun. A'nın tazminat talebine karşılık S, ödemezlik def'inde bulunabilir.

Bunun üzerine A takas ileri sürebilir. Takas ile karşılıklı ve aynı cinsten alacaklar birbiriyle ödeştiğinden borç en az olan miktarca (olayımızda 1000L.) sona erer. A'da artakalan 200L.yi ayrıca dava eder.



(Alm.MK'nca) edimin kusurlu imkânsızlaşması halinde alacaklıya tazminat isteminden başka bir de sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Sözleşmeden dönme halinde sadece menfi tazminat istenebilinir. BK.muadili ise böyle bir hüküm yoktur.

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

BK.96 borcun kusurlu imkânsızlığı yanında kötü ödemeyi de ayrı bir borca aykırılık olarak düzenlemekte ve bundan dolayı tazminat istenebileceğini kabul etmektedir. Fakat sözkonusu maddedeki "kısmî ifa" tabiri, "borcun ödenmesinin gereği gibi yapılmaması" şeklinde

anlaşılması gerekir (tercüme hatası).

V— Bir takım durumlarda borca aykırılık, aynı zamanda bir haksız fiil de teşkil edebilir. Özellikle geri verme borçları böyledir. Kira, ariyet, vedia sözleşmelerinde geri verme borçlusu, sözleşme konusuna bir zarar verdiğinde başkasının malında 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.

I. görüşe göre zarar gören yarışan haklara sahiptir. Yani hem borca aykırılıktan, hem de haksız fiilden dolayı tazminat davası açabilir. Yarışmanın gereği olarak alacaklı birine dayanarak tazminat alacağım aldığında diğer hakkı da ortadan kalkar.

II. görüşe göre burada bir yarışma söz konusu değildir. Zira davacının dayandığı olay ve istem konuları aynıdır. Yarışan istemlerde ise ayrı ayrı olaylara dayanır. Dolayısıyla burada bir yarışma olmayıp "Özel kural, genel kuraldan önce gelir." ilkesi gereğince istemin yargış, 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 anlaştıkları olaya hangi yasa kuralı uyarsa; onu re'sen uygular, yoksa yargıç tarafların uygulanmasını istedikleri kanun hükmü ile bağlı değildir.) diye bir kural vardır. Meğer ki sözleşme şeref ifade olmasın. Meselâ kiraca, mümeyyiz küçükse; kira sözleşmesi onu borca sokmayacağından dolayı burada yargıç haksız fiil kurallarını uygulamır. Prof. Sungurbey de böyle üstedir. Akdolunun borca aykırılığa dayanması uygulanmaz
an su pratik sonuçları da vardır:

a— Zamanaşımı yönünden: Borca aykırılıkta zamanaşımı 10, haksız fiilde ise 1 yıldır.

b— Kusuru ispat yönünden: Haksız fiilde zarar gören, zarar verenin kusurunu ispat yükündedir. Borca aykırılıktaise borçlu, kusuru olmadığını ispat yükündedir.

c— Adam çalıştıranların sorumluluğu yönünden: Borca aykırılıkta BY.100, haksız fiildeise BY.55 hükmü uygulanır.

§53. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA KUSUR

I— Kusur prensibi: BY.98, borca aykırılıkta kusur prensibini kaymıştır. Borçlu, ancak kusuru varsa fakat her türlü kusurundan sorumludur. Borçlu, MY.2'deki dürüstlük kuralının gerektirdiği tedbirleri de almakla yükümlüdür. Aksi halde sorumlu olur.

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

III- BY. 96'ya göre borçlu, borcun yerine getirilememesinde kusuru olmadığını ispatlamadıkça meydana gelen zarardan sorumludur. Yani borca aykırılıkta ispat yükü borçlunundur. Zira ispat kolaylığı, borçludadır: Borçlu, alacaklıya nazaran kendi işletmesinde olup bitenleri daha iyi bilebilir ve kusurunu ortadan kaldıran bir olay varsa, bunu daha kolaylıkla ispat edebilmek imkânına sahiptir. Büyük Fr., Alm. ve İsv.- Türk hukuklarının ortak bir prensibidir.

IV- Sözleşmeden doğan borçlanın sorumluluk, anlaşma ile değiştirilebilir. Şöyle ki:

1) Sorumluluk ağırlaştırılabilir. Yani borçlu, kusuru olmadan meydana gelen imkânsızlıktan da sorumlu

dacaği yolunda alacaklı ile anlaşabilir. Buna hukuk dilinde kefaletli sözleşmesi denir. Garanti eden mutlak olarak sorumludur.

2) Sorumluluk anlaşma ile hafifletilebilir de. Borçlu, bir takım adem-i mes'uliyet kayıtlarıyla bazı kusurlerinden sorumlu tutulmayabilir. Fakat BK. 99/I'e göre borçlunun kast ve ağır ihmalinden sorumluluğu anlaşma ile ortadan kaldırılamaz. Hafif ihmalden sorumluluk, anlaşmaile kaldırılabilir. Fakat şu iki durumda yargıç, hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşmasını dahi takdir hakkını kullanarak geçersiz sayabilir:

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

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

Sözleşmesi sorumsuzluk anlaşmaları, zarardan önceki sorumsuzluk anlaşmalarıdır.

V- Edimin kusursuz imkânsızlığına hukuk dilinde kaza (veya beklenmedik olay) denir. Kaza halinde borçlu, artık sorumlu olmaz. Fakat bu ilkenin de istisnaları vardır. Meselâ borç-

lu, kusuru ile direnme durumuna düşmüşse; direnmeden sonra edimi 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, edimi ifa etmenin dışından gelen ve önlenmesine de hiç bir surette imkân bulunmayan olaylardır. Borçlu, edimin bu yüzden imkânsızlaşmasından sorumlu olmaz. Sel felâketi, deprem gibi. Kaza ise hastalık, çalınma gibi durumlardır.

BK. bazı konularda kazayla mücbir sebebi birbirinden ayırmaktadır. Meselâ BK. 478 ve 481, otelcilerin ve garaj yönetenlerin sorumluluğunda bu ayırma uygulanır. Şöyle ki: Otelciler ve garaj yönetenler, beklenmedik dış kaynaklardan (kazadan) sorumlu oldukları halde mücbir sebepten sorumlu tutulmazlar.

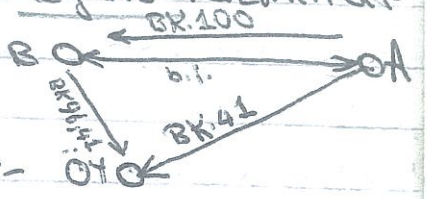
§54. ÖDEME YARDIMCILARINDAN SORUMLULUK

I- Çalışma yardımcılarından sorumluluğu düzenleyen BK. 55 hükmünü daha önce görmüştük. Bu madde, çalışma yardımcılarının üçüncü kişilere (yani istihdam edenle aralarında hiçbir borç ilişkisi bulunmayan kişilere) verdikleri zarardan çalıştıranın sorumluluğunun özüne dayandığını belirtmiştir.

(Taşıyıcı sözleşmesinden kaynaklanan borç ilişkisi)

Meselâ otobüs şoförünün işini görürken yoldan giden birini yaralaması durumunda; zarar gören, üçüncü kişi durumunda olduğundan otobüs sahibine BK. 55'e göre dava açabilir. Fakat otobüs sahibi, gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak bu sorumluluktan kurtulabilir.)

Fakat inceleyeceğimiz konuda ise bir borçlunun, borcunu ödemede ödeme yardımcısı kullanması sözkonusudur. Ödeme yardımcısı, borcun ödenmesi sırasında kötü ödeme yapar ya da edimi kusuru ile imkansız kılarsa; alacaklı, ödeme yardımcısı kullanana BK. 100'e göre tazminat davası açabilir. Burada BK. 55'in aksine olarak borçlunun kurtuluş imkânı yoktur. Yani borçlu ödeme yardımcısına gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Yukarıdaki misâlde otobüs şoförü kusuru ile otobüsü devirse ve müşterilerden biri yaralansaydı; otobüs sahibi ile müşteriler arasında taşıma sözleşmesi (borç ilişkisi) sözkonusu olduğundan zarar gören, otobüs sahibine BK. 100'e dayanarak tazminat davası açar. Otobüs sahibi, gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz.



Ödeme yardımcısının verdiği zarardan borçlunun sorumlu tutulabilmesi için, bahis konusu zararın

ödeme yardımasının kusuru ile meydana gelmiş olması gerekir. Zarar, ödeme yardımasının kusuru olmadan husule gelmişse borçlu sorumlu tutulamaz. Örneğin otobüsün devrilmesiyle, karşıdan gelen bir kamyon şoförünün kusuru yüzünden meydana gelmişse, ödeme yardıması otobüs şoförünün kusuru olmadığından meydana gelen zarardan otobüs sahibi sorumlu tutulamaz. Aksi halde ekonomik ve sosyal hayatta işbölümüne imkân kalmazdı.

İsv. BY nin sevk izyonu sırasında BK. 100 mükerrir de sadece yanlışlıkla "zarar" sözcüğü yer almıştır. Fakat bunun "kusur" ile meydana getirilen zarar" şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

II— BK. 100'e göre ödeme yardımasının kusuruile alacaklıya verdiği zarardan sorumlu tutulan borçlu, ödeme yardımasına rücu edebilir. Bu rücu, borçlu ile ödeme yardıması arasında bir sözleşme (borçlilişkisi) varsa, bu sözleşmeye aykırılıktan dolayı BK. 96'ya göre, eğer sözleşme yoksa haksız fiilden dolayı BK. 41'e göre olur.

III— Alacaklı ile ödeme yardıması arasında bir hukuki ilişki yoktur. Bundan dolayı alacaklı, ödeme yardımasına borca aykırılıktan dolayı bir dava açamaz. Fakat duruma göre BK. 41 gereği haksız fiilden dolayı ödeme yardımasına karşı tazminat davası açabilir. Bu durumda alacaklının

BK.100 ve BK.41'den doğan yarısözlü hakkı sözkonusu olmaktadır.

IV- Ödeme yardımcısından sorumluluk anlaşma ile tamamen ortadan kaldırılabilir. Özellikle BK.100/II'ye göre borçlu, ödeme yardımcısının kasdından bile sorumlu olmayacağını kararlaştırabilir. BK.100/III'e göre ise suiki durumda borçlunun, ödeme yardımcısının sadece hafif ihmalinden dolayı sorumlu olmayacağını kararlaştırabileceği kabul edilmektedir:

1) Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise. Meselâ 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 fiilî tekel söz konusu olabileceğinden şirketler, borçlarını yerine getirirken ödeme yardımcılarının ancak hafif ihmallerinden sorumlu olmayacaklarını kararlaştırabilirler. Tersine anlaşmalar sürüktür.

§55. EDİMİN KUSURSUZ İMKÂNSIZLIĞI

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

Kusursuz imkânsızlıktan dolayı edimini ifadan kurtulan borçlu için yine de bir takım borçlar sözkonusu olabilir:

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

2) Borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşan edimin yerine başka bir takım şeyler gelmişse alacaklı, surrogat gereği bu şeyleri borçludan isteyebilir. Esas edimin yerine gelen 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.

4— Borçlu, ölmüş olabilir. Mirasçısı, borçlunun bu borcunda bilmeyerek sözleşme konusunu üçüncü kişiye satmış olabilir. Bu durumda da edimin kusursuz imkânsızlığı sözkonusudur. Alınan satış bedeli, surrogat (yerine geçen) olarak alacaklıya verilmelidir.

II— Karşılıklı sözleşmelerde; taraflardan birinin edimi kusursuz olarak imkânsızlaştığından borcundan kurtulursa, karşı taraf da borcundan kurtulur. Meselâ kiralanan şey yanarsa; kiracı ücret, kiralayan ise teslim borcundan kurtulur. Hizmet sözleşmesi aktifleri örnek olarak gösterilebilir. Taraflardan biri kendi edimini yerine getirmişse, verdiğini condictio ob causam finitam (sebebin ortadan kalkmasından dolayı sebepsiz zenginleşmeden) geri ister. BK. 117/II'deki bu kuralın en önemli istisnası, parça borçlarıdır. Periculum emptoris est kuralı gereğince satıcının kusuru olmadan parça borcu ortadan kalkarsa, satıcının mülkiyeti geçirim borcu sona ermesine rağmen, alıcının borcu (satış bedelini ödeme) yine devam eder. Çünkü hasar alıcıya aittir. Bu kurallar mülkiyetin başka türlü geçirimleri durumlarına da uygulanır. Ortaklığa konu olarak bir malın mülkiyetini geçirmede, trampa akdinde BK. 183'deki bu kural aynı şekilde uygulanır. Tahi 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 hemen dir. (MK. 2')

2) Alacaklı, borçluya borcunu ödemesini ihtar etmelidir. İhtar (interpellatio), alacaklının borçlunun edimini yerine getirmeye çağırması demektir. Borçlu, ancak alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. İhtar, bir hukuki işlem benzeridir; ihtarda bulunan bir hukuki sonuç doğurmayı amaçlamasa bile, yasa gereği bu sonuç doğmaktadır. Yani alacaklının borçluyu direnmeye düşürme amacı olmasa bile, borçlu yine mütemerrit olur. İhtar, BK'nda hiçbir geçerlilik biçimine bağlanmamıştır. Fakat HUMK. 288 gereğince değeri 500 TL'yi geçen hukuki işlemler, ancak yazılı delille ispatlanabileceğinden ihtarın, noter eliyle gönderilmesi yerinde olur. Alacaklı, ihtar sonucu olarak borçluya ödeme davası

açabilir ya da cebrî icra kovuşturmasına başlayabilir. İşte bu dava veya cebrî icra kovuşturmasıyle borçlu direnmeye düşer ve sorumluluğu da ağırlaşır. İhtar, vermesi 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 sözkonusu günün gelmesi ya da sürenin geçmesiyle borçlu kendiliğinden direnmeye düşer. Ayrıca alacaklının ihtarına gerek yoktur.

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

aa- Edimin nezaman yapılacağını ancak borçlu biliyorsa. Meselâ A, Almanyaya gideceğinden B'yi evinin onarımı hususunda vekil bırakmıştır (vekillik sözleşmesi). Burada borçlu B, evin onarımının nezaman yapılacağını ancak kendisi bilebilecektir. Bu durumda A'nın ihtarına gerek olmaksızın, borcuna aykırılık etmesi halinde vekil B, kendiliğinden direnmeye düşecektir.

bb— Eski Roma hukukunda haksız fiil faili-

nin, kendiliğinden direnmeye düşenborçlu gibi sayılacağı ve böylece daha ağır bir sorumluluğa bulunacağı kabul edilmekteydi. Bu prensip bugünkü hukukumuzda da geçerlidir. Yani haksız fiil faili, direnen borçlu gibidir ve onun sorumluluğuna tabidir. Hırsızın çaldığı mal, kusuru olmaksızın (kaza ya da mücbir sebep nedeniyle) yok olsa, hırsız, yine de sorumludur.

cc— Borçlunun, alacaklının ihbar çekmesine ya da ihbarın kendisine varmasına engel olması durumunda.

dd— Borçlu ihbar çekilmesi/yapılmayacaksa, özellikle borçlu, borcunu ödemeyeceğini alacaklıya açıkça bildirmişse.

3) Borçlunun direnmeye düşmüş sayılabilmesi için, direnmede kusurunun aranıp aranmıyacağı Pandekt hukukunda tartışmalı idi. Alm. MK na göre borçlunun direnmeye düşmüş sayılması için, direnmeyinde kusuru gereklidir. İsv. BK. na göre ise borçlunun direnmeye düşmüş sayılabilmesi için direnmede kusurunun bulunması gerekmez. Borçlu direnmede kusuru olmasa bile direnmeye düşmüş sayılır. Fakat direnmenin bazı sonuçlarının doğumu için borçlunun kusuru gerekmektedir. Özellikle direnme yüzünden borçludan tazminat iste

nebilmesi için borçlunun direnmesinde kusurlu bulunmaması gerekmektedir. Fakat direnme faizlerini isteyebilmek için (para borçlarında %5) borçlunun kusurlu olması gerekmez, kusur olmasa da temerrüd faizi isteyebilir. Karşılıklı sözleşmede borçlunun direnmesi yüzünden alacaklının, seçimlik haklarının doğumu için borçlunun direnmesinde kusurlu olması gerekmez.

§57. BORÇLU DİRENMESİNİN SONUÇLARI

I- BY.96'daki kusurlu imkânsızlıkta olduğu gibi borçlunun direnmesinde de ortaya çıkan başka sonuç, direnme yüzünden meydana gelen zararın tazminidir. Burada da borçlu, kusuru olmadığını ispatlamadıkça gecikme yüzünden meydana gelen zararı tazmin etmek zorundadır. Kusurlu imkânsızlıktaki gibi borçlu, ödeme yardımcısının kusurundan gecikmesi halinde 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: ürünler (semereler), doğal ve hu-

kuki olmak üzere iki türdür. Kullanma çıkarları ise sözün 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 fiatla üçüncü kişilere satamaması yüzünden yoksun kaldığı kazanç.

Direnmeye düşen borçlunun, direnme olayından sonraki sorumluluğu ağırlaşır. Borçlu sadece her türlü kusurundan değil, fakat kaza ve mücbir sebepten de sorumlu olur. BK. 102, borçlunun kusursuz sorumluluktan (direnme sonrası) kurtulabilmesi için şu prensibi getirir: Borçlu, edimini zamanında yerine getirmiş olsaydı bile şeyin yine alacaklının elinde kaza ve mücbir sebep dolayısıyla yok olacağını ispatlayarak kusursuz sorumluluktan kurtulabilir. Fakat borçlu direnmeye düşmede kusuru olmadığını da ispatlayarak mücbir sebep ve kazadan

sorumlu olmaktan kurtulabilir.

II— Para borçlarında; gecikmede borçlunun herhangi bir kusuru olmasa, alacaklı gecikme yüzünden herhangi bir zarara uğramasa bile borçlu, (%5) gecikme faizi ödemekzorundadır, BK.103. Sözleşmede 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 kovuşturması yaptığı günden işlemeye başlar (kötü prensibi gereğince). Alacaklı, faiz oranından daha büyük bir zarara uğradığını ispatlarsa, bu oranda bir tazminat isteyebilir. Fakat borçlunun gecikmede kusuru olmadığını ispat hakkı saklıdır.

III— Karşılıklı sözleşmelerde borçlu direnmesi: Şu üç prensip sadece karşılıklı sözleşmelerde uygulanabilir:

1) BK.81'deki sözleşmenin ödenmezliği defi'i.

2) BK.117/II'deki bir tarafın, edimini kusursuz imkânsızlaşması durumunda karşı tarafında borcundan kurtulacağı ilkesi.

3) BK.106 gereği direnen borçluya edimini yerine getirmesi için son süre verilir ve son süre içinde ededim yerine getirilmezse alacaklının sözleşmeden dön-

ne hakki konusundaki ilke. Sözkonusu rücû hakki, eski Roma ve Pandekt hukuklarında yoktu. İlk olarak Fr. MK 1184, bir fiksiyon (varsayım) yoluyla böyle bir imkâna yer verdi. Şöyle ki: Karşılıklı sözleşmelerde taraflardan birinin borçlu direnmesine düşmesi halinde, diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkı olduğunu taraflar zımnî olarak kararlaştırmış sayılırlar. Bu kural, Alm. ve İsv. BY.larında açıkça belirtilmiştir. Eski Alm. Ticaret Yasasında sözkonusu hüküm, yasadan doğan bir hak olarak ilke olarak getirilmiştir. Oradan da Alm. MK ve İsv.– Türk BY.larına geçti. Fakat alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için borçluya bir son süre vermesi gerekir. Bu uygun son süre, yargıç veya karşı tarafça verilebilir. Tarafın verdiği süre uygun değilse, yargıç bunu uygun süreye çevirir. Eğer direnen borçlu, uygun süre içinde de borcunu yerine getirmemişse, alacaklı dönme hakkını kullanabilir.

BY. 107'ye göre şu üç durumda alacaklı son süre vermeksizin de sözleşmeden dönebilir:

1) Borçlunun davranışından son süre vermenin yararsız olacağı anlaşılıyorsa.

2) Borçlunun direnmesi sonucunda edimin, alacaklı için bir faydası kalmamışsa.

3) Sözleşme, kesin bir ödeme gününe bağlanmış ise orada söz konusu olan sadece ödeme günü değil fakat kesin olarak belirlenmiş ödeme günüdür. Mesela "Borç, 1 Haziranda ödenecektir." demek yeterli olmayıp "Borç, kesin olarak (muhtemelen) 1 Haziranda ödenmelidir." demesi gerekmektedir. Bu bakımdan borçlunun ihtar gerekmeksizin direnmeye düşmesiyle alacaklının son süre vermeksizin sözleşmeden dönebilmesi farklıdır. Fakat BK'mız, şu iki durumda da kesinlikle belirtilmiş bir ödeme günü olmadan bile alacaklının son süre vermeden sözleşmeden dönebileceğini belirtmektedir.

a) Ticari alışverişlerde belirli bir teslim günü kararlaştırılmışsa, fakat satıcı sözkonusu günde mülkiyeti geçirim borcunu yerine getirmemişse. BK.187'ye göre bu durumda alıcı, son süre vermeden sözleşmeden dönebilir. Amaç, ticari ilişkilerin daha çabuk sona ermesidir.

b) BK.211/I'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 geciktiği yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilir.

2) Alacaklı, artık edimden vazgeçtiğini peşinen ~~[illegible]~~ beyanla, şu iki haklardan birini kullanabilir:

a— Borçlunun edimini yerine getirmemesi yüzünden uğradığı zararın (olumlu) tazminini isteyebilir.

b— Ya da alacaklı, sözleşmeden dönebilir (rücû hakkı) ve bunun yanında sözleşmeye güvenmiş olmasıyüzünden uğradığı zararın (olumsuz, menfi) tazminini isteyebilir.

Şimdi bu iki durumu ayrı ayrı inceleyelim:

a— Alacaklının, borcun ödenmemesi yüzünden isteyebileceği müspet tazminat, BK.96'daki kusurlu imkânsızlıkta istenebilecek tazminat kurallarına bağlıdır. Özellikle borçlu, geciktmede kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. BK.81'deki sözleşmenin ödenmediği defi, burada da kullanılabilir. Yani alacaklı, olumlu zararlarının ödenmesi için dava ettiğinde borçlu, sözleşmenin ödenmediği defini ileri sürerek (alacaklının önce kendi edimini yerine getirmesi gerektiğine dayanarak) alacaklı edimini yerine getirmedikçe ya da edimini önermedikçe müspet tazminatı ödemekten kaçınabilir. Bu konuda normal ilişkilerde mübadele teorisi uygulanmaktadır. Mübadele teorisine göre alacaklının

müspet tazminat isteyebilmesi için
kendi edimini yerine getirmesi ya da önermesi gerek-
mektedir. Meselâ satıcı S, bir malını alıcı A'ya satmış
olsun. Malın piyasa değeri 800 L. olmasına rağmen A,
malı 1000 L. ya almaya kabul etmiş olsun. A, satış be-
delini ödemiyorsa; S kendi edimini vermeksizin ya da
önermeksizin malın piyasa değeri ile satış bedeli fark
olan 200 L. yi dava edemez. Buna biz mübadele (değişim)
teorisi diyoruz. Fakat bu kuralın BK 212/II'de be-
lirtilen önemli bir istisnası vardır. Şöyle ki: Ticarî
satışlarda satıcı, alıcı satış parasını ödemede direnme-
ye düşerse satım konusunu vermeksizin ya da önermek-
sizin sözün satış fiatı ile piyasa fiatı arasındaki farkı
müspet tazminat olarak dava edebilir. Buna da Fark
Teorisi denir. Fark teorisi, ticarî satışları kolaylaştır-
ma amacı güder.

b— Alacaklı, son süre geçtikten sonra ikinci bir seçim-
lik hak olarak (gecikmeksizin asıl edimden vazgeçtiğini
açıklayarak) sözleşmeden dönebilir ve bu sözleşmeye
güvenden dolayı uğradığı olumsuz (menfî) zararların
da tazminini isteyebilir. Özellikle alacaklı, kendi zarar-
na olarak sözleşme yapmışsa bu yola başvurur. Alacaklı
kendi edimini yerine getirmemişse, bu hakkını kullana-
bilmesi için edimini yerine getirmesine gerek yoktur. Eğer kan-

di edimini ifa etmisse nedensiz zenginlesme davasi ile ödediğini geri alabilecektir. Dönme hakki, bozucu yenilik doğuran bir haktir ve önceye etkili (ex tunc) dir, yani sözlesme hic kurulmamiscasina ortadan kalkar. Sürekli borç iliskisi doğuran sözlesmelerde ise dönme hakki değil, bozdağini bildirme sözkonusudur (fesh-i ihbar). Bozacağini bildirme de bozucu yenilik doğuran bir hak olmasina rağmen ancak ileriye yönelik (ex nunc) sonuçlarini doğurur. Kira sözlesmesinde oldugu gibi. Fesh-i ihbarda doğacaktir, ayrica sözlesmeye güvenden dolayi uğradigi zararin (menfi) tazminini isteyebilir.

Fakat MK nun belirttigi su durumlarda olacaktir, sözlesmeden dönme hakkini kullanamaz:

aa— Borçlu ana(asil) edimi yerine getirmis olmasina rağmen ikinci derecede(tali) bir edimi yerine getirmemesi yüzünden alacaklinin sözlesmeden dönme hakkini kullanmasi, MY.2'deki dürüstlük kurallarina aykirilik teskil ediyorsa.

bb— BY.211/II'ye göre satici, satim konusunu alicaya teslim etmisse sözlesmeden dönemez. Ancak satis bedelini dava edebilir. Meğerki satim konusunun alicaya teslim edilmesi durumunda alicinin satis bedelini ödemesi

halinde dönme hakkı saklı tutulmasın. Bu tür kayıtlamalara dönme(rücüî) kaydı denir.

Borçlu bölünmesel(kısmî) edimlerde direnmeye düşmüşse, (kural olarak) alacaklı direnmeye düşülen bölümü için sözleşmeden dönebilir. Şu kadar ki yerine getirilmeyen bölüm dmaksızın ödenmiş olan bölümün de bir kıymeti kalmayacaksa alacaklı sözleşmenin tümünden dönebilir. Bir de aralıklı teslim sözleşmeleri vardır. Meselâ bir bira fabrikasının, bir otele her gün için 1000 şişe bira teslim etme borcunda olduğu gibi. Bu şibi sözleşmelerde (kural olarak) alacaklı, borçlu direnmesinin gerçekleştiği kısım için (Bira fabrikasının otele 20 gün bira getirmemesi halinde bu, 20 günlük bölümü için) sözleşmeden dönebilir. Fakat sözkonusu durumda, alacaklının derisi için bir güveni kalmamışsa; alacaklının sözleşmenin sonuna kadar olan dönem için sözleşmeden dönmesi mümkündür.

Örnek olay: A, B'ye 50.000 L.ya bir otomobil satmış. B, borcunu gününde ödemeyerek direnmeye düşmüştür.

Soru: 1) A, B'den borcun ödenmemesi yüzünden tazminat isteyebilir mi?

Cevap: 1) A, sözleşmeden doğan edimden vaz-

geçerek uğradığı zararların tazminini isteyecekse, normal bir satım ilişkisi sözkonusu olduğundan burada mübadele teorisi uygulanır. Fakat A, buna göre uğradığı olumlu zararların tazminini isteyebilmesi için, kendi edimini ödemek ya da önermek zorundadır. Aksi halde B, sözleşmenin ödenmediği defini kullanarak A'nın olumlu zararlarının 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 farkı müspet zarar olarak B'den tazmin edebilir.

VIII. Bölüm
BORÇ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

§58. BORÇ İLİŞKİSİNİN SONA ERME NEDENLERİ

(Borç ilişkilerinin ve münferit alacak haklarının sona erme nedenleri)

I — Münferit alacak haklarının sona erme nedenleri:

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

2) Münferit alacakların normal olmayan sona erme nedenleri ise BK.'nın üçüncü babında düzenlenmiştir: İfa, yenilene, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, edimin kusursuz imkânsızlığı, takas, zamanaşımı (def'i hakkı verir) sayılabilir. Bunların dışında da daha bazı sona erme nedenleri vardır. Şöyle ki:

a — Borçlunun kişiliğine bağlı bazı edimler, ölümle sona erer.

b — Kural olarak alacak hakları zamanaşımına, yenilik doğuran haklar ise hak düşümüne tabidir. Fakat BK'nda öyle bazı alacak hakları vardır ki bunlar hak düşümü süreşine tabidir, bu sürenin geçmesiyle alacak hakkı sona erer. Satım konusundaki bozukluklar yüzünden alacaklının sahip olduğu haklar (ayıba karşı, eksiklik) gibi.

c — Bağışlama vaadi sözleşmesi, iflâs ile sona erer.

d — BK. 113'e göre alacak, her hangi bir sebeple sona erdiğinde ona bağlı yan haklar da (rehin, kefalet, faiz gibi),

kendiliğinden sona erer. Yalnız taşınmaz rehni ancak teşvik kaydının terkiniyle sona erer.

e— MY. 2'den doğan bir çelişkili davranış yasağı vardır. Buna göre kişinin, daha önce kendi yaptığı işlere ters düşen bir davranışı korunmaz. Özellikle alacaklı, borçlusunda kendi davranışıyla alacağını dava etmiyeceği yolunda uzun süreden beri bir güven uyandırmışsa sonradan alacağını tahsil için dava açamaz. Buna Alm. hukukunda Verwirkung (alacaklının davranışı yüzünden alacağın sona ermesi) denmektedir. Bu, özellikle fikrî haklarda söz konusu olmaktadır. Mecellenin 99. md.si hükmü de bu konuya dairdir: Her kim ki kendi tarafından tamamdan bir şeyi kalkışırsa, sa'yi merdut tur.

II- Borç ilişkilerinin sona erme nedenleri:

1) Borç ilişkisinden doğan münferit alacaklar, yukarıda gördüğümüz nedenlerle sona erer se 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 doğuru bir geçerlilik

biçimine bağlı olsa bile, bu borç ilişkisi hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmaksızın ortadan kaldırılabilir. Zira borçlunun, ancak bir borç altına girmesi geçerlilik biçimine bağlanabilinir. Fakat HMK. 290'daki "senede karşı yapılan ~~ödemeler~~ ödemelerin yine yazılı delille ispatlanması gerektiği" şeklindeki ispat biçimi kural saklıdır.

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

4) Süreklı borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ise bozacağını bildirme (feshi ihbar) ile sona erdirilebilir. Meselâ belirsiz süreli bir kira sözleşmesinde kiralayan, bozacağını bildirme ile üç ay sonrası için; kiracılar alacaklı altı hafta sonrası için sözleşmeyi borç ilişkilerine son verebilirler. Ayrıca BK muzafçore önemli nedenler yüzünden bazı süreklı borç ilişkilerine derhal son verilebilir. Meselâ hizmet sözleşmesinde taraflardan biri gayri ahlâkî bir davranışta bulunmuşsa karşı taraf, bozacağını bildirebilir. Yeter ki süreklı borç ilişkisine devam etmek, çekilmez bir nitelik taşısın. Bozacağını bildirme, genellikle belli bir süre sonrası için olur. Bu durumda borç ilişkileri, süresi için sona erer; o ana kadar işlemiş olan hükümler saklı kalır.

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

6) Bir takım borç ilişkilerini ortadan kaldıran işlemlere de geri alma denir. Meselâ vekillik sözleşmesinde müvekkil, vekilinden vekâleti geri alabilir. BK.'nda buna azil denmektedir.

7) Eser sözleşmesi ile ilgili olarak BK.365'de bir kural vardır. Şöyle ki: Önceden görülemeyen nedenler yüzünden müteahhitin yapacağı giderler son derece artmışsa; müteahhit, ücretinin arttırılmasını ya da sözleşmeden dönmeyi dava edebilir. Bu, MK.2'deki dürüstlük kuralının bir uygulaması olup clausula rebus sic stantibus (sözleşmelerin değişen koşullara uydurulması ilkesi) şeklinde tarif edilir. Doktrinde bu kuralın diğer sözleşmelere de uygulanması gerektiği savunulmuştur.

8) Vekillik sözleşmesi gibi bir takım sözleşmeler iflâsla sona erer. Bazı sözleşmelerde ise iflâs, olarak ya dönme hakkı doğurur. Meselâ kira sözleşmesinde iflâs eden kiracı borcu için teminat gösteremezse kiralayan

kira sözleşmesinden dönebilir.

§59. İBRA (BORÇTAN KURTARMA)

I— Alacaklı, bir karşılık almaksızın ya da olarak borçlusunu borcundan kurtarabilir. Biliyoruz ki nesnel haklarda, nesnel hak sahibinin karşısında belli bir borçlu yoktur. Üçüncü kişilerin sadece nesnel hakka saygı göstermeye ödevi vardır. Üçüncü kişi, bu ödeve aykırı hareket ettiğinde nesnel hak sahibi ile arasında haksız fiilden bir borç ilişkisi doğar. Bundan dolayı nesnel hak sahibi, nesnel hakkından tek yanlı bir istek açıklaması ile vazgeçebilir. Halbuki alacak haklarında alacaklı, tek yanlı olarak alacak hakkından vazgeçemez. Vazgeçmenin borçlu tarafından da kabul edilmesi gerekir. Yani ibra, bir sözleşmedir, tarafların isteklerinin uyuşması gerekir. İbra, hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmaksızın yapılabilir. İsv. BY. 115'de bu konuda açık bir hüküm vardır. Şöyle ki: Borcun, doğumu bir geçerlilik biçimine bağlı olsa bile hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmaksızın ibrası mümkündür. HUMK muzda 290 ispat biçimi-randığından, yasalar arası bir çelişki olmasın diye bu hüküm bize de uygulanmıştır.

II— İbra, bir harcama (tasarruf) işlemidir. Zira alacak hakkını ortadan kaldırarak ona doğrudan doğ-

suya etki yapmaktadır. İbra edenin ibra konusu olacak üzerinde harcama yetkisi bulunmalıdır. Aksi halde karşılıklı borcundan kurtulamaz.

III- Her kazandırıcı işlem gibi ibra sözleşmesi de bir hukuki nedenle yapılır. Sözkonusu hukuki neden genellikle bağışlama olur. Fakat başka bir hukuki nedenin bulunması da mümkündür. Meselâ alacaklı, borçlusuna ibrada bulunmuşsa; ibra, ifa nedeniyle yapılmıştır. Ya hukuki nedeni belirtilerek ibra, yapılır. Bu takdirde ibra, hukuki nedene bağlı (şartlı) 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. Tânialacak ortadan kalmıştır. Fakat alacaklı, hukuki bir neden olmaksızın borçlusunu ibra ettiği için nedensiz zenginleşme davası açarak yeniden kurulmasını isteyebilir.

IV- Eski Roma hukukunda alacağı ortadan kaldıran ibra yanında bir de alacaklıların sürmeme anlaşması (pactum de non petendo) vardı. Bu anlaşma ile alacaklı, borçlusunun alacağın dava edilmesi yolunda itirazda bulunmuştu. Modern hukukta bu da ibra olarak

kabul edilmektedir. Meğer ki alacaklının alacağını kesin olarak kaybetmemesinde bir çıkarı bulunsun (borçlunun karşı onun da bir borcunun olması gibi). Bu takdirde alacak ortadan kalkmadığından, borçlu A ⟶ B ⟵ B ileride kendi alacağını dava etmeye kalktığında; alacaklı da ileri sürmeyi vaad ettiği bu alacağını takas yoluyla ileri sürebilir.

V— Konkordato, iflâs hukukuna ilişkin bir işlemdir. Konkordato da borçlunun alacaklıları 2/3 çoğunlukla borçlunun borçlarının belli bir oranda ibra edilmesine karar verirler. Alacaklıların bu kararı konkordato makamının (yargıcının) tasdikiyla sonuç doğurur.

VI— Alacaklı ile borçlu arasında borcun varlığında bir kuşku ya da çekişme yoksa alacaklının borçluyu borçtan kurtarmasına ibra sözleşmesi denir. Buna karşılık alacaklı ile borçlu arasında borcun varlığında bir kuşku ya da çekişme varsa ve taraflar bu borcu ortadan kaldırmak amacıyla ibra sözleşmesi yapmışlarsa, burada tespit paylaşıyla hareket edildiğinden sözkonusu işlem de tespit işlemidir ki hukuk dilinde bu tür işlemlere menfi borç tanıması denir. Alacaklı, menfi borç tanımasını bir karşılık alarak yapmışsa buna da sulh (uzlaşma) denir. Menfi borç tanıması ve sulh, borçlu açısından da olabilir. Menfi borç tanıması

ve sulh, tespit hukuki sebebine dayandığından ve kesin bir hukuki durum oluşturduğundan, sonradan borcun gerçekten var olduğu anlaşılsa bile söz konusu işlemler için nedensiz zenginleşme davası açılarak alacağın yeniden kurulması istenemez. Meğer ki BK. 24/4'deki temel yanılması söz konusu olsun. Nesebi alacaklı ile borçlu arasında bir makbuzun bir alacağın ödendiğine ilişkin olup olmadığı hususunda çekişme vardır. Sonradan alacaklı menfi borç tanıması yaparak, makbuzun dava konusu olacağa ilişkin olduğunu kabul etmiştir. Fakat sonradan makbuzdaki imzanın alacaklıya ait olmadığı anlaşılmıştır. İşte burada alacaklı, menfi borç tanıması yaparken işlemin temeli olan bir olgudan yanılmıştır. Eğer alacaklı, bu olguyu bilseydi böyle bir menfi borç tanıması yapmayacaktı. Yani burada BK. 24/4 anlamında bir temel yanılması söz konusudur. Bir başka örnek de şöyle verilebilir: Biliyoruz ki menfi borç tanımasının özel bir çeşiti de derneklerin ve anonim ortaklıkların genel kurullarının, yönetim kurullarını ibra etmesi işlemidir. Burada yönetim kurulu üyelerinin bir yıllık süre içinde, sözkonusu tüzel kişilerin işlerinin doğru görülüp görülmediği belirsiz olduğu halde genel kurulun

ibra kararıyla bu durum kesinlik kazanmaktadır. Genel kurul, yönetim kurulunu (anonim ortaklıklarda) sunulan bilânçoya dayanarak ibra eder. Bu durumda ibra, sadece bu bilânço çerçevesinde etki doğurmakta, yönetim kurulu üyelerini borçtan kurtarmaktadır. Bunun dışındaki (bilânço dışı) hususlarda ibranın bir etkisi yoktur. Kural olarak genel kurulun, yönetim kurulunun ibra işlemine itiraz (sonradan) edememesi olmakla beraber bu çerçeve dahilinde BK. 24/4'deki temel yanılmasına dayanılarak ibraya itiraz edilmesi mümkündür.

§60. YENİLEME (TECDİT)

I- Yenileme, yeni bir borcun kurulmasıyla eskisinin ortadan kaldırılmasıdır, BK. 114. Yenilemenin iki önemli sonucu vardır:

1) Yeni borç, eski borcun zayıflıklarından kurtulmuş olarak doğar. Meselâ eski alacağa karşı kullanılması mümkün olan sözleşmenin ödenmediği defi, yeni alacağa karşı ileri sürülemez.

2) Eski alacak ortadan kalktığı için onu sağlayan yan haklar da sona erer.

BK. 114/I'e göre borcu yenileme iradesi (animus novandi), sözleşmeden açıkça anlaşılmak gerekir. Yoksa yenileme, karine olarak kabul edilemez. Bu prensip Eski-Roma-

nus hukukunda da vardır.

II- Borçlar Bk. 114/f, bir takım işlemlerin (sözleşmelerin) yenileme sayılamayacağını belirtmiştir:

1) Yeni bir borç senedi vermek; ister kurucu, ister asıl bayağı nitelikte olsun yenileme sayılamaz. Asıl bayağı niteliklerli borç tanıma senedi, ispat vasıtası niteliğini taşır. Kurucu niteliklerli borç tanıması ise yenilemeaolmayıp, eski alacak yanında ~~alacağın~~ yeni bir alacak hakkı doğurur. Yani burada alacaklının yanısıra iki hakkı olmaktadır. Mesela alacaklının satım sözleşmesinden doğan borcum yanında bir de bono versem; alacaklım hem satım sözleşmesine, hem de verilen bonoya dayanarak alacağını talep edebilir. Birinin ödenmesi ile diğer hak da sona erer. Fakat alacaklının kurucu niteliklerli yeni borç tanımasına dayanması, ispat kolaylığı sağlar.

2) Police çekmek, poliçeyi kabul etmek (kambiyo taahhüdü), yenileme değildir.

III- Yenilemenin doğabilmesi 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 yapılır

mıssa; bu yenileme ile doğan borç, nedensiz zenginleşme niteliğindedir. Nedensiz zenginleşme davası ile borçlu, bu borcundan kurtulabilir.

IV — Yenilemenin özel bir çeşidi, cari hesapta bakiye (saldo, kalan)nin tanınması durumudur. Cari hesapta iki taraf (özellikle banka - tüccar), karşılıklı olarak birbirlerine olan alacaklarını belli bir süre için dava etmeyeceğini ve bu süre içinde birbirlerine olan alacakların karşılıklı olarak kendiliğinden ödeşim (takas)e uğramasını, eğer bir kalan olursa ancak kalanın dava edilebilmesini kararlaştırabilir. Tatbikatta cari hesap, daha ziyade bankaların tüccarlara kredi açması şeklinde görülür. Cari hesabın iki özelliği vardır:

1) Cari hesap döneminde taraflar, birbirlerinden olan alacaklarını dava edemezler.

2) Cari hesap dönemi sonunda önceden yapılan anlaşma gereğince tarafların birbirinden olan alacakları kendiliğinden takasa uğrayarak düşerler. Ancak dönem sonundaki bakiye dava edilebilir.

BK. 115/II, şu kuralı getirmektedir: Cari hesap dönemi sonunda hesap kesilip de bir kalan bulunursa, bunu alacaklı taraf da bu kalanı tanırsa bu, bir yenileme sayılır. Eski borçlar takasiyle, saldo da yeni bir

ile sona erdiğinden yenileme ile yeni bir borç doğmaktadır. Meselâ 200.000L. ve 150.000L. tutarlarının birbirinden alacaklarını düşün. Cari hesap dönemi sonunda bu alacaklar 150.000L. oranında takas olunur. Geriye kalan (saldo), 50.000L.'yı da borçlu kanuyunca eski borç ortadan kalkmakta ve yenileme ile yeni bir borç doğmaktadır. Böylece eski doya dayanarak alacaklı dan taraf, bu yeniliğin eski dayanaklarını (münferit kalemleri) ispat yükünden kurtulmaktadır, doğrudan doğruya yenileme ile doğan alacağa dayanarak alacağını tahsil edebilir. Bu bakımdan alacaklı için bir ispat kolaylığı doğmaktadır.

Alacağın yenileme ile sona ermesiyle rehin gibi yan hakların da sona ereceğini belirtmiştik. Fakat BK. 115/s.f. bu kuralda istisna getirmektedir. Şöyle ki: Cari hesapta münferit kalemler için bir güvence gösterilmişse bu güvence, gösterildiği miktar içerisinde kalanı da sağlamaya devam eder.

Münferit kalemlerden biri geçersizse, (yaratılışında böyle bir alacak yoksa); bu halde kalanı kanuyan borçlu, sözleşme miktarı için nedensiz zenginleşme davası açarak hamilterden borcundan kurtarılmasını isteyebilir.

§61. BİRLEŞME (CONFUSIO)

I- Birleşme, BK. 116 gereği borcun sona erme sebebidir. Meselâ 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 resmî tasfiyesi halinde, mirasçı ve murisin malvarlıkları birleşmediğinden, alacaklı ve borçlu sıfatları da birleşmez (B'nin M'ye olan borcu da sona ermez).

II- Birleşme nedeniyle borcun sona ermesi durumunda, alacağı sağlayan yan haklar da sona erer. Fakat alacak üzerinde üçüncü kişiye ait bir rehin veya diğer ifaya hakkı tesis edilmişse, alacak hakkı, birleşme ile ortadan kalksa bile üçüncü kişilerin bu haklarına zarar gelmez. Bu ilke «Ana hakkın düşmüşü yavru hakları öldürmez.» şeklinde ifade edilir.

III- BK. 116/II'ye göre birleşme ortadan kalkarsa (örnek olayda mirasçı B, murisi M'nin mirasını red ederse); alacak, yan haklarla birlikte yeniden doğar.



IV- BK. 116/III, taşınmaz rehnine ve kıymetli evrakla ilgili özel kuralları saklı tutmaktadır. Şöyle ki: Taşınmaz rehni, asıl alacağın ortadan kalkmasıyla

değil, fakat tapudaki tescilin çizilmesi ile sona erer. Kıymetli evrakla ilgili özel hükümler vardır. Meşhur borçlarla alalım. Borç, onu düzenleyen borçlunun eline geçse bile borç sona ermez. Sadece sözleşme borcunu düzenleştirdiği alacak hakkı, bir süre için uyuşuyla yetinmiştir. Bunun pratik önemi şudadır: Borçlu, sözleşmeyi boşluğa geçerli olmak kaydıyla — yeniden piyasaya sürebilir ve borcunun ihtiva ettiği alacak, bu durumda yeniden tesis edilir.

§62. TAKAS

I— Takas, iki kişinin aynı cinsten ve karşılıklı olarak sahip oldukları alacaklarını birbirlerine ödeyecekleri yerde (eylemli olarak) ödeşmiş sayılmalarıdır. Takas(ödeşme)ın gerçekleşmesi konusunda üç sistem vardır:

1) Eski Roma hukukunda bir takas defi'i tanımak bunumla yargıçtan davanın reddi isteniyordu. Böylece takas, defi yoluyla ve yargıç kararı ile sonuç doğurmakla ve bu şekilde karşılıklı borçlar ortadan kalkmaktaydı. Takas defi, genel hile defi (exceptio doli generalis - MK. 2/II) şeklinde kullanılıyordu.

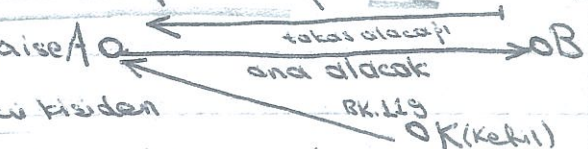
2) Pandekt hukukunda, uzun tartışmalardan sonra Fr. MK 1290'da ifade edilen çözüm şekli kabul edilmiştir. Şöyle ki:

Karşılıklı alacaklar, hiç bir istek açıklaması gerekmaksizin, kendiliğinden doğdukları anda takas yoluyla sona ererler (ödeşirler).

3) Daha sonra Prestes Borçlar Tasarısı, 1881 eski İsv. BK, 1900 Alm. MK ve yeni İsv.- Türk BK'ları takasın, ancak borçlunun irade açıklamasıyla yapılabileceğini kabul etmişlerdir. Böylece bu sistemde takas, borcu ortadan kaldıran bazen yenilik doğuran bir hak olmaktadır.

Takasın şartları şunlardır:

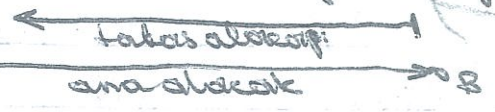
1) Takas olacak herikli alacak aynı kimseler arasında olmalıdır. (Alacaklının dava ettiği alacağa ana alacak, bunal karşı ileri sürülen alacağa ise takas alacağı diyelim) Borçlu, üçüncü kişiden olan bir alacağın, alacaklıya karşı takas alacağı olarak ileri sürmez. Bu kuraldan şu sonuçlar doğmaktadır:



* Borçlu, ancak kendi alacağını takas yoluyla ileri sürebilir. Yoksa başkasının alacağını takas yoluyla ileri sürmez. Meselâ bu kural açısından kefil, alacaklıya karşı ancak kendisinin bir alacağı varsa onu takas yoluyla ileri sürmeğe mümkündür. Yoksa borçlunun takas alacağını kendisi kullanamaz. Fakat BK. 119 hükmü, bir istisna getirerek kefile asıl borçlunun takas alacağını def'i yoluyla ileri sürme olanağını tanımıştır. Bu suretle kefil, alacaklıya karşı borçlunun

ödemekten kaçınabilir. Bu çözüm bize Alm. MK 770'den alınmıştır.

2) Takas olacak olan her iki alacağın dayanağı çeşitten olması gerekir. Her iki alacağın da kömür borcu olması gibi.



3) Takas olacak olan her iki alacağın da ödeme günü gelmiş olmalıdır, BK 118. Sözkonusu maddedeki bu ifade yanlıştır. Yalnızca takas alacağının ödeme gününün gelmiş olması gerekir ve yeterlidir. Zira bir kimse, borcunu ifa gününden önce ödemesinin mümkün olması gibi borçlunun da borcunu ödeme gününden önce takas yoluyla ileri sürmesi mümkündür.

4) BK'nda açıklanmamakla beraber takas için şu şart da aranır: Takas alacağının dava edilebilir bir alacak olması ve bir def'e uğramamış bulunması gerekir. Bu özellikten şu sonuçlar çıkar:

a— Eksik alacaklar (ücret, tellallık ücreti gibi) takas yoluyla ileri sürülemez.

b— Bir def'e, ya da bozucu yenilik doğuran bir hakka uğramış bir alacak, takas alacağı olarak ileri sürüldüğünde; bu takas karşı sözleşmeden def'i veya bozucu yenilik doğuran hak ileri sürülerek takas, geçersiz

kalmabilir. Meselâ takas alacağı, alıcının yüzünden karşı taraftı boşlanmayan bir alacak olsun. Bu durumda alıcı, borçlunun yenilik doğuran hakkını kullanarak takası geçersiz kılabilir.

BK.118/II, etkik borçların takas yoluyla ileri sürülemiyeceği kaidesine bir istisna getirmektedir. Bu istisnaî durum Alm. MK.'undan alınmıştır. Şöyle ki: Zamanaşımına uğramış olan bir alacak; takas edilebileceği zaman (ki bu, ona alacağın doğduğu zamandır.), henüz zamanaşımına uğramamış idiyse takas yoluyla (takas alacağı olarak) ileri sürülebilir. Meselâ onar alacak 1950 doğmuş, takas alacağı ise 1952 de zamanaşımına uğramış olsun. Bu durumda takas alacağı bu ün daki (1952 de) takas ile ileri sürülebilir. Bunun mânâsı şudur: Borçlu "Nasıl olsa ben bu alacağımı, dava etmesem bile karşı taraftan alacağım dava etmesi üzerine takas yoluyla ileri sürebilirim." diye güvenbeslemiş ve bu yüzden alacağın süreşi içinde dava etmemiştir.

5) BK.123, bir takım alacakların mutlak olarak aynen ödenmesi gerektiğini, sözkonusu alacakların takas yoluyla ortadan kaldırılamıyacağını söylemektedir. Bu alacakların BK.123'de sayılanları şunlardır:

a- Emanet olmaktan doğan borçlar.

b— Haksız olarak alınan ya da elkonulan şeyleri geri verme borçları.

c— Nafaka, iş ücreti gibi borçlarının hüsnüniyetle ifa ettirebilmesi için zorunlu olan borçlar.

d— İl, köy gibi tüzel kuruluşlarının vergi alacakları, para cezaları, harçları.

II— 1) MK. 864'ün düzenlediği hapis hakkının kullanılabilmesi için alacak ile elkonulan şey arasında bir ilgi (bağlılık) (connexitaet) bulunması gerekir. Haklı takasta karşılıklı alacaklar arasında bir ilişki bulunması gerekli değildir. Değişik alacaklar da takas edilebilir. Takas alacağının belirli bir miktar olması da aranmaz. BK. 118/II'ye göre takas alacağı şekizmeli bile olsa takas yoluyla geri sürülebilir. Takas alacağının doğup doğmadığını ve miktarını yargıç tespit eder. Borçlu, kendisinden talep edilen alacağa karşı takas konusu alacağın vadesinin gelmiş olduğu anda takas hakkını kullanır. Yargıç da söz konusu hakkın kullanma şartlarının mevcudiyetini saptar. Ana alacak da takas alacağı miktarında sona erer. Meselâ ana alacak 1000, takas alacağı 700 L. ise ana alacak 700 L. miktarında sona erer. Yapılan takasla alacağın sona erdiği sanılması, hakkın ortadan kalktığı, itiraz üzerine tespit eder ve yargıç tarafından resen nazara alınır. Takasın mut-

taka karşılık (mütekabil) dava ile yapılması şeklide olmayıp özel bir açıklama ile de yapılabilir. Takas alacağının miktarı ana alacaktan fazla ve davalı, hem ana alacağı ortadan kaldırmak hem de fazla kısmı elde etmek istiyorsa karşılıklı (mütekabil) dava açması yerindedir.

2) İflâs durumunda takasın kâm dahi de genişlemektedir. Şöyle ki:

a— Kişi, iflâsına süreye bağlı alacaklar bile olsa bütün borçlarının ödeme günü gelmiştir. Bunlara karşı takas dairesi sürülebilir. Zira takas alacaklarının ödeme günü gelmiştir.

b— BK. 121'e göre iflâsta ödeme günü gelmeyen, taşınmaz rehnine bağlı alacaklar gibi alacaklar da takas yoluyla dairesi sürülebilir. Hukuk dilinde buna takasın güvence (teminat) görevi diyoruz. Şöyle ki: Alacaklı, iflâs halinde çok defa alacağının tamamını alamazken borçlusuna karşı kendisinin de bir borcu olması durumunda takas dairesi sürmek suretiyle alacağını tamamlarak almış olmaktadır. Meselâ müflisten 1000 L. alacağına mukabil 1000 L. borcum var. Takas dairesi sürersem ben, hiç zarara uğramayarak alacağımı tamamen almış olmaktayım.

S. F. 8

3) Borçlu, önceden anlaşmaile takastan vazgeçebilir. Yani borçlu, takas yapmayarak borcunu aynen ödeyeceği zaadında bulunabilir. Borçlu, sonradan takas hakkından vazgeçebilir. Zira takas, borcu yenilik doğuran bir hak olduğundan, tek yanlı olarak kullanılır.

III — Alm. ve İsv. Türk hukuk sisteminde takas, Fr. ve Pandekt hukuklarında olduğu gibi kendiliğinden iki alacağın doğduğu anda 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.

IV — Takasın sonucu: Takas, borçlunun bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmasıyla olmaktadır. Şu kadar ki takas, sonuçlarını önceye etkili olarak doğurmaktadır, BK. 122/II. Alm. MK.undan alınan bu kuralla Fr. MK ve Pandekt hukukundaki çözüme yaklaşılmıştır. Böylece takas, her iki alacağın takas edilebilecekleri günden başlayarak sonuçlarını doğurmaktadır. Meselâ ana alacak 1980, takas alacağı ise 1971 de doğmuş olsun. Takas 1981'de kullanılsa bile sonuçlarını her iki alacağın takas edilebilecekleri

1971'den başlayarak doğurmaktadır. Yani borç, 1971'de ödenmiş sayılır.

Takasın 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 gecikmeden sorumlu olmaz. Çünkü borç, her iki alacağın takas edilebilecekleri gün ortadan kalkmıştır. Alacaklı, borçlunun direnmesi yüzünden sözleşmeden dönmüş diyse acaba takas önceye etkili olarak bu dönme hakkını da ortadan kaldırır mı? Alm.MK.'nda bu konuda açık kural vardır: Şöyle ki: Borçlu, geciktirmeksizin alacaklının dönmesinden hemen sonra takas yapmışsa; takas, dönme hakkını da ortadan kaldırır. BK.'muzda bu konuda açık kural yoktur ve Alm.MK.'ndaki bu düzenin BK.'mızın hükümleri açısından kabulünün mümkün olup olmayacağı tartışılabilir. Bizce bu konuda şu hususun da dikkate alınmak gerekmektedir: Alacaklı sözleşmeden dönme hakkına güvenerek kendisine ilişkili olarak üçüncü kişi ile bir borç ilişkisi (mesela

sözleşmesi gibi) tesis olunmuşsa, artık tarafların dönme-yeyim ortadan kaldıramayacağı kabul edilmelidir. Bu durumu, müşterek olup tarafların tespit etmekte-dirler.

V- Kural olarak takasın tek yanlı isteğe bağlı kılınması ile kullanılması yeterli olduğu halde bazen karşılıklı anlaşmalar ile de takas yapılabilir. Bu şekilde yapılan takas anlaşmaları iki türdür:

1) Taraflar, anlaşarak birbirlerinden olan-lacaklarının aynı cinsten olmasine ve ifa yerlerinin gelmiş bulunması şartlarını aramaksızın - ortadan kaldırabilirler. Burada sonradan yapılmış bir takas anlaşması sözkonusu olduğu halde önceki etkilidir.

2) Önceden yapılan bir anlaşma ile takas ise cari hesaplarda görülür. Sonradan ayrıca işlem yapılmasında bulunmak gerekmez. Şöyle ki:

— Taraflar, cari hesap dönemi içinde birbirlerinden olan alacaklarını dava etmemeyi kararlaştırırlar.

— Cari hesap dönemi sonunda bu karşılıklı alacaklar kendiliğinden takasa uğrar. Bakiye varsa ayrıca dava edilebilir.

VI- Takas, mahsuptan da farklıdır. Hakkın

fiilden doğan tazminat davalarında mahsup söz konusu olur. Haksız bir fiil neticesi öldürülen hayvanın derisinin değerinin uğranılan zarardan indirilmesi gibi. Nedensiz zenginleşmede; zenginleşen, zenginleşme konusunu yaptığı giderleri, zenginleşmeden mahsup edebilir. Mahsubu yargıç, resen nazara alacağı halde takası, hak sahibi dilerse kullanır.

Daha önce belirttiğimiz gibi takas, hapis hakkından değişiktir. Şöyle ki:

— Hapis hakkı, alacak ile ilgili bir konuda kabul edilir.

— Hapis hakkı, yenilik doğuran bir hak olmayıp bir kaçınma hakkı (def'i) dır.

§63. ZAMANAŞIMI

I— Alacak haklarının kullanılması, yasalarca belli sürelerle sınırlanmıştır. Alacaklı sözkonusu süreler içinde alacak hakkını kullanmazsa, alacak hakkı ortadan kalkmaz, fakat borçluya bu alacağı ödemekten kaçınma hakkı (def'i) tanınır. Def'i, mutlaka hak sahibince kullanılmalıdır. Hak sahibi, def'i dilerse kullanır. 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 yaşlanmamıştır yok da ödenmiştir. Bu yoldaki bir tarihten itibaren BK.nun, zamanaşımına yer vermiştir. Böylece mahkemelerin yükü de azaltılmış olmaktadır.

II—BK.125'e göre alacak hakları, kural olarak zamanaşımı sürelerine tabidirler. Fakat tasarruf nizamına bağlanmış alacak hakları, zamanaşımına uğramazlar. Bunun yanında neşet (doğum) işlemleri (istihkak davası gibi) için de zamanaşımı sözkonusu olmayıp böyle aynî işlemler, tasarruf zamanaşımı süreleri ile sınırlıdır. Meşhur malikî, tarlası ile 30 yıl ilgilenmese bile mülkiyet hakkını kaybetmez. Fakat bir başka hırsız, aynı tarlayı 10 yıl (yasal süre) malik gibi zilyet olarak kullanırsa tarlanın malikî olur. Burada da görüyoruz ki aynî haklar için tasarruf zamanaşımı süreleri sözkonusudur. Yenilik doğuran haklar ise hak düşürücü sürelere tabi olup hak düşümü (sukût-ı hak) süresinin geçmiş olması, yargıca resen nazara alınır. BK.31'in irâde bozukluklarında bir yıl içinde kullanılmak üzere kadeşiteskhlamana tâbi olan bozucu yenilik doğuran hak gibi. Zira yenilik doğuran haklarda her şey tek yanlı işlemle olup bitmektedir. Alacaklılarında talep sözkonusu olduğundan dolayı mümkündür. Fakat

mirasın tekeffülündeki tenkis ve iptal davaları, bozucu yenilik doğuran davalar olduğu halde istisnai olarak zamanaşımı sürelerine tabidir.

III— BK.125'e göre normal zamanaşımı süresi on yıldır. Her alacak, kanal olarak 10 yılda zamanaşımına uğrar. Yasada başkaca bir süre belirtilmedikçe haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme davalarında da bir veya yıllık zamanaşımı süreleri sözkonusu olmaktadır.

BK.126, bazı alacaklar için beş yıllık kısa zamanaşımı süresi kabul etmiştir.

1) Kira paraları, faizler ve diğer dönemli ödemeler.

2) Erzak bedeli, nafaka alacakları, akaryakıt-tanba paraları.

3) Zanaatkârların, perakende mal satanların ücret paraları; doktor, avukat, müşavirlerin ücretleri.

Çünkü bu tür alacakların çabuk ödenmesi, karinedir.

BK.127'ye göre yukarıda belirtilen zamanaşımı süreleri, anlaşma ile değiştirilemez.

IV— BK.128'e göre zamanaşımı, alacağın ödeme gününün gelmesinden (süreye bağlı alacaklarda süremin bittiği, şarta bağlı alacaklarda şartın gerçekleştiği günden) itibaren başlar. Eğer alacağın ödeme gününün gel-

meşi bir fesh-i ihbara bağlı ise, fesh-i ihbar yapılmamış olsabile) zamanaşımı, fesh-i ihbarın caiz olduğu günden başlar. Meselâ kira da fesh-i ihbar, sonelerin 6 ~~ay~~ sonrası için olduğundan zamanaşımı 6 hafta sonrasını takip eden günden itibaren başlar.

Zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında da borcun ödenmesi sürelerine ilişkin kurallar (BK. 76 v. d. md.leri) uygulanır.

V— Zamanaşımının durması: BK. 132, bir takım durumları zamanaşımının başlamasına, başlamışsa devamına engel sayarlar. Sözkonusu sebepler kalktıktan sonra zamanaşımı süreleri yeniden yürümeye başlar. Pandekt hukukunda bu hale praescriptio dormi denirdi. Zamanaşımının durma sebepleri numerus clausus olup yasada sayılanlardan ibarettir, yenileri ihdas edilemez. Şöyle ki:

1) Velâyet devam ettikçe çocuğun, anasına-babasına karşı olan alacakları hakkında;

2) Vesayet süresince vesayet altındaki kimsenin vasiye ya da vesayet makamlarına karşı olacakları hakkında;

3) Evlilik süresince karı-kocanın birbirine karşı olan alacakları hakkında;

4) Hizmet ilişkisi sürerken işçinin işverene olan alacakları hakkında;

5) Bir Türk mahkemesince kovuşturulması mümkün olmayan alacaklar hakkında (Borçlunun TC'deki ikamet yerini terk edip yabancı bir ülkeye gitmesi gibi) zamanaşımının süreleri işlemez.

Bunların dışında yasada ancak özel hükümler varsa zamanaşımı durur. Miras hukukunda resmi tasfiye sırasında mirasın alacak ve borçları hakkında zamanaşımının durması gibi.

VI — Zamanaşımının Kesilmesi: Bazı sebeplerin varlığı halinde, o zamana kadar işlemiş olan zamanaşımı süreleri yanar ve zamanaşımı, o andan itibaren yeniden işlemeye başlar. BK. 133'e göre zamanaşımı, ya alacaklının davranışıyla (alacaklının dava açması, icra kovuşturması, hakeme gitmesi gibi) ya da borçlunun borcunu tanımasıyla kesilir.

1) Zamanaşımını kesen borçlunun borcunu tanıması, bilgi açıklaması niteliğinde olup borçlunun tek yanlı işlem açıklamasıyla olur. Borç tanıması zımnî olarak da (bitirici fiil) yapılabilir. Borçlunun borcunun bir bölümünü (mesela faizlerini) ödemesi, ya da borcuna kefil göstermesi gibi.

2) Alacaklının mahkemeye başvurması, icra kovuşturması yapması, hakeme gitmesi zamanaşımını keser. Alacaklının

yalnız edim davası değil tespit davası açması ya da alacağını (mahkemede) def'i yoluyla dava ileri sürmesi, zamanaşımını keser.

VII— BK.137, kesildikten sonra yeniden işlemeye başlayan zamanaşımı süresine şu kurallar bağlanmaktadır:

1) Yeni zamanaşımı süresi, kural olarak eski zamanaşımı süresinin aynıdır. Fakat bu kuralın iki istisnası 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.

VIII — 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'inden vazgeçemezse de zamanaşımı def'i hakkı doğduktan sonra bu haktan vazgeçebilir. İkinci halde alacak, dava edilebilir bir hale gelmiştir. Zamanaşımı def'inden vazgeçme zımnen de olabilir. Meselâ borçlu, zamanaşımı def'i hakkı bulunduğunu bilmesine rağmen bir borç tanımasında bulunursa (bir borç senedi verirse), bu halde zamanaşımı def'i hakkından zımnen vazgeçmiş sayılır. Borçlu, alacaklının aldatarak ya da korkutarak veya borcunu ödeyeceği yolunda bir güven yaratarak zamanaşımının geçirilmesine sebep olduğu hallerde sonradan zamanaşımı def'ini kullanmağa kalkışması, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiğinden alacaklıya, alacağını dava edebilmesi için uygun bir süre daha tanınmaktadır. 1955 t.l. YİBK'nda 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 hakkıdır.

IX— Zamanaşımına uğramış borç, eksik bir borçtur. Bu kuraldan şu sonuçlar doğar:

1) Zamanaşımına uğramış borcu, borçlunun ödemesi durumunda bu geçerli bir ifa sayılır. Kaplama değildir.

2) Zamanaşımına uğramış bir borç, talep edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış idiyse; böyle bir alacak, her zaman için takas yoluyla ileri sürülebilir.

3) Taşınmaz rehnine bağlanmış alacaklar, hiç bir surette zamanaşımına uğramazlar. Buna karşılık taşınır rehnine bağlanmış bir alacak, BK.138 gereği zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki alacaklı, her zaman için taşınır rehnini paraya çevirerek alacağın rehin konusu değeri satış parasından alabilir. Mesela 1000 L.lik 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.

X— BK.131'e göre asıl alacak zamanaşımına uğradığında yan haklar (faiz gibi) da zamanaşımına uğra-

miz olur.

BK. 129/I ise, ölünceye kadar irat sözleşmesi gibi dönemli edimler doğuran borç ilişkileri için özel bir sonaerme nedeni getirmektedir. Şöyle ki: İlk geciken periyodik edimin ödeme gününün gelmesinden başlayarak 10 yıl geçince, periyodik edimleri doğuran tüm borç ilişkisi ortadan kalkar. Meselâ başkasına ait ev için sağlık boğucu irat alan bir kimsenin ilk edimini ödeme gününün gelmesinden itibaren 10 yıl geçince temel borç ilişkisi de ortadan kalkar.

Örnek olay: A, zamanaşımı süresi geçtikten sonra B'ye karşı alacak davası açmıştır.

Soru: Yargıç, görevinden ötürü bu davayı red edebilir mi?

Burada nasıl bir borç, sözkonusudur?

Cevap: A'nın alacak hakkının zamanaşımına uğramış olması, alacak hakkını ortadan kaldırmaz. Fakat borçluya, alacağı ödemekten kaçınma hakkı (def'i) verir. Def'iler ise yargıç tarafından re'sen nazara alınmaz. Def'i hakkının sahibi B, dilerse bu def'i kullanır. Def'iler zamanaşımına uğramamış borçlardan her zaman için kullanılabilirler.

Zamanaşımına uğramış bir borç, eksik borçtur.

Yani borçlu; zamanaşımına uğramış borcunu ödediğinde bu, bir bağışlama sayılmaz. Gerçek bir ifa niteliğindedir. Hatta talep edilebilecek en eski zamanaşımına uğramamışsa, alacaklı kötü niyetli sahibi tarafından her zaman icra takibi alacağı elde ilerisi sürülebilir.

IX. Bölüm
BORÇLARDA ÖZEL İLİŞKİLER

§64. Şartlar. (Ersin den aulaff)

964. SÖZLEŞME CEZASI (CEZAÎ ŞART)

I — Sözleşme cezası, şarta bağlı sözleşmelerinden sonra 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. Meselâ "Satılan radyoyu 1 Haziranda teslim etmezsem geciktiğim her gün için 10 L. sözleşme cezası ödemeyi vaad ediyorum," dersem ve alacaklım da bunu kabul ederse demin böyle bir radyoya kiçi teslim etmezsem alacaklımla 1500 L. 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 uğratılmışsa, bu fazla kısmı alacaklının ispatı gerekmektedir.

II— Sözleşme cezası, borcun hiç ya da gününde ödenmemesi durumunda istenebilir. Fakat İsv.-Türk hukuk sisteminde borcunu hiç ya da gününde ~~ödemeyen~~ ödemeyen borçlunun bunda kusurlu bulunması gerekmektedir. BK. 161/II'ye göre borçlu, borcunu ödememekte kusuru olmadığını ispatlayarak sözleşme cezasını ödemekten kurtulabilir. Pandekt hukukunda ise bu durum, tartışmalıydı.

III— 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. 158'in getirdiği şu yedek hukuk kuralları uygulanır:

a— Sözleşme cezası, borcun ödenmemesi ya da kötü ödenmesi durumu için konulmuşsa, BK. 158/I gereğince alacaklı, aynen ya borcun ya da sözleşme cezasının ödenmesini isteyebilir.

b— Sözleşme cezası, edimin vaktinde ya da ödeme yerinde ödenmesini sağlamak için (meselâ geciken her gün için 10 L. gibi) konulmuşsa, bu durumda alacaklı, hem edimin yerine getirilmesini hem de sözleşme cezasını isteyebilir. BK. 158/II'ye

göre alacaklı, gecikmiş olan edimi ihtirazî kayıt koymaksızın kabul ederse artık sözleşme cezası isteyemez.

2) Taraflar anlaşarak yasadaki bu düzenlemenin tersini kararlaştırabilirler. Meselâ borçluya sözleşme cezasını ödemesi halinde sözleşmeden dönme hakkı tanınabilir. Bu takdirde ise borçludan, artık başkaca bir tazminat isteneməyeceği kabul edilmelidir. Hukuk dilinde bu duruma caymak akçesi ya da cayma cezası vaadi (avantelgün) denmektedir, BK. 158/II. Bu yolda bir anlaşma yapıldığını ispat yükü borçludadır.

IV — BK. 159/I'e göre alacaklı, hiçbir zarara uğramamış olsa bile yine sözleşme cezasını isteyebilir. Tâmi sözleşme cezasının istenebilmesi için alacaklının bir zarara uğramış olması şart olmayıp, borçlunun kusurlu olduğunun yeterli olduğu kabul edilmektedir. Fakat bu konuda BK. 159/II, hukuk sistemimize uymayan bir kural getirmektedir. Şöyle ki: Alacaklı, sözleşme cezasından daha çok bir zarara uğramışsa; alacaklı, bu fazla zararı ancak borçlunun kusurlu olduğunu ispatlayarak isteyebilir. BK. 96'daki "Borçlu, borca aykırılıkta kusuru olmadığını ispat (savunduğu) takdirde meydana gelen zarardan sorumludur." ilkesine ters bir çözüm getirmektedir BK. 159/I'deki hükmü tamamlayan alacaklı, sözleşme cezası şart ederek daha elverişli bir duruma geçmek isterken; sözleşme cezasından daha çok bir

zarara uğradığında, bu zarar tazminin elde edilmesi için borçlunun kusurunu ispat zorunda kalması bakımından daha elverişsiz (güç) durumda kalır.

BK. 161/III'e göre yargıç, fahiş gördüğü sözleşme cezasını indirebilir. (Burada yargıcın, sözleşmeye müdahale etmesi söz konusu olmaktadır.) Fakat Ticaret Kanunu. 2'ye göre ticari ilişkilerde yargıcın bu müdahalesine dayanak yoktur. Belki, ticari ilişkiler de bu durumda BK. 21'deki gabin hallerine ya da BK. 19 ve 20 hükümlerine dayanılabilir.

V- Gerçek olmayan sözleşme cezaları (cezai benzer hükümler): Bu durumda kişi, bir edimle yükümlü olmamakla beraber, yerine getirmeği vaad ettiği edimi kendi dilekçesiyle yerine getirmezse bir sözleşme cezası vaad eder. Uygulamada bu, taşınmaz mülkiyeti geçirimi edimlerinde çok görülmektedir. Taşınmazlarda bu tür vaadler, vaad eden borçlu kalmakla beraber, dolayısıyla o işi yapmaya zorlandığı için gereken resmi biçimler uyulmadan yapılmışsa geçersiz sayılmalıdır.

§65 PEY AKÇESİ

I- Taraflardan biri, uygulamada sözleşme kurulurken diğerine çok defa pey akçesi(ları) verir. Peyak-

cezasının yorumlanması konusunda Fransız hukuku ile Alm. ve İsv.- Türk hukuk sistemleri arasında fark vardır. Pey akçesi, Fr.MK. 1590'a göre cayma akçesi sayılacağı yolunda bir yorum kuralı getirilmektedir. Alm.MK ve İsv.- Türk BK'ları ise şüphe halinde pey akçesinin bağlılık akçesi sayılacağı yolunda hükümler taşımaktadır. BK. 156/I'ye göre pey akçesi, taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğunu delil teşkil eder.

1) BK. 156/I'e göre pey akçesi, bağlılık akçesi sayılır; sözleşmenin kurulduğuna delildir (arra confirmatoria). Pey akçesi ödeyen sözleşmeyle bağlanmış olur, yoksa pey akçesini terk edip sözleşmeden cayamaz, sözleşmeyi yerine getirmek zorundadır. BK. 156/II'ye göre tersine anlaşma ya da teâmül yoksa pey akçesi asıl edimden indirilmez. Alm.MK da bu çözümü kabul etmiştir. Fakat tatbikatta tersine teâmül vardır (yani pey akçesi asıl edimden indirilir).

2) Taraflar, aralarında pey akçesini bir cayma akçesi olarak kararlaştırmışlarsa, pey akçesi ödeyen, ödediğini bırakarak; pey akçesi alan ise aldığı pey akçesinin iki katını vererek sözleşmeden caydırır. (cayma akçesi: arra poenitentialis) Pey akçesi, şüphe halinde bağlılık akçesi olarak kabul edilir. Fransız hukukunda ise pey akçesi, dönme (cayma) akçesi olarak yorumlanmaktadır.

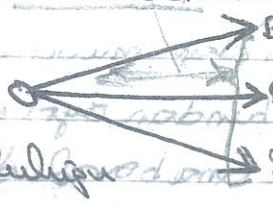
3) Taraflar, anlaşmak bağlılık akçesi olarak yorumlanan peşakçesini ceza akçesi (arra penalty) olarak kararlaştırabilirler. Avusturya MK, Polonya BK, Yeni İtalya MK ve eski Ticaret Kanunumuz peşakçesinin ceza akçesi olarak yorumlanacağını kabul etmişlerdir. Ceza akçesinde durum şöyle olmaktadır: Ceza akçesini veren, kusurulu sözleşmeyi yerine getirmezse ceza akçesini tesbit olarak kaybetmiş olmaktadır. Caymma akçesinden farklı olarak ceza akçesi'ne değenin buğrica sözleşmeden caymak değerli değildir. Ceza akçesinin sağladığı diğer bir kolaylık da şudur: Ceza akçesi alan kimsenin uğradığı zarar, aldığı ceza akçesinden fazla ise, bu farkları ispatlayarak zararını dava edebilir.

II— BK. 157'ye göre işverenin yaptığı ücret kesintisinin bir sözleşme cezası (yani işverenin, zarar doğmamış olsa bile hakkı olabileceği bir para) olarak değil de işverenin ancak gerçekten zarara uğramış bulunmada, uğradığı bu zararın giderileceği söylenmiştir.

X. Bölüm
MÜTESELSİL BORÇLAR VE MÜTESELSİL ALACAKLAR

§66. MÜTESELSİL BORÇLAR

I— Müteselsil borcun mahiyeti: BK. 142'ye göre alacaklı, birden çok borçlularından her birden alacağının tamamını isteyebiliyorsa; müteselsil borç vardır. Borç tamamen ödeninceye kadar borçluların sorumluluğu devam eder. Müteselsil borcun en önemli unsuru, borç ilişkisidir. Borç ilişkisi, alacaklı ile her bir borçlu arasında bulunur. Borç ilişkisinden 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 çeşididir. Şöyle ki: Yarışan haklar, aynı borçluya değilde birden çok borçluya karşı fakat aynı hukukî sebep yüzünden bulunuyorsa; buna teselsül denir. Birden fazla hak, ayrı hukukî sebeplere dayanıyorsa teselsül değil yarışma sözkonusudur. Teselsülün yarışmadan farklı olarak amir zorunlu hükmü, sözkonusu hakların aynı hukukî sebepten doğmuş olmalarıdır. Böylece Türk hukuk sisteminde — İsviçre hukuku



kurumdan farklı olarak — müteselsil alacaklarda, birbirinden bağımsız bulundukları kabul edilmiştir. Bu sebepler yüzünden borçlulardan biri için kefil olunduğunda, diğer borçlular için de kefil olunmuş sayılmaz. Müteselsil borç, fer'î borçtan da farklıdır. Meselâ kefilin borcu, fer'î borçtur. Yani kefilin borcunun doğumu için ana borcun doğumu ve varlığı gerekmektedir. Âdi kefilin borcu ise bundan değişik olarak hem fer'î, hem de tâlî'dir. Borç, ancak ana borçludan alınamadığı takdirde âdi kefilden istenebilir. Müteselsil borçlar, yek diğerinden farklı doğum gerekçesi mukabilinde müstakildirler. Öyle ki müteselsil borçlulardan birinin borcu doğmamakla diğerleri doğabilir. Müteselsil borçlar, bundan başka birbirinin fer'i olmadığı gibi tali borçlar da değildir. Alacaklı, her bir müteselsil borçluyu doğrudan doğruya dava edebilir.

II — 1) BK.mızın sisteminde müteselsil borç, bu hususta ya bir anlaşma ya da bir kanun hükmünün bulunmasıyla mevcut olabilir. Yoksa doğrudan doğruya müteselsil borç doğmaz.

2) BK. 50'ye göre birden çok kusursuz, ortaklaşa kusur ile bir haksız fiil işlerlerse, bu faillerin asli ya da fer'î fail olmalarına bakılmaksızın müteselsilen sorumlu olacaklar

kabul edilmektedir. Bunun şartı, müşterek kusurun bulunmamasıdır.

3) Alacaklı, BK. 142'ye göre müteselsil borçlulara karşı hakkını şu iki yoldan biriyle arayabilir.

a — Alacaklı, isterse her müteselsil borçludan bir-birine ya da aynı sıra tüm edimi isteyebilir. Borçlulardan her birine karşı da icra takibi yapılabilir. Borcun tamamını müteselsil borçlulardan birinden almınca, ötekilerine karşı olan icra takibi düşer.

b — Alacaklı, isterse alacağının bir bölümünü müteselsil borçlulardan birinden, diğer bölümünü de diğerlerinden isteyebilir.

4) Müteselsil borçlulardan her biri, BK. 143/3'e göre yalnızca ortaklaşa savunmaları değil fakat şahsî savunmaları da ileri sürebilirler. Ortaklaşa savunmalar, borcun ortaklaşa doğum sebebinden çıkan ya da borcun muhtevasından oluşan savunmalardır (def'i, itiraz, yenilik doğuran hak gibi). Alacaklının ehliyetsiz olduğu, borcun konusunun imkânsız bulunduğu, sebepsiz bağlı akitlerde sebebin noksanlığı ortaklaşa savunma olarak borçlulardan herbiri tarafından ileri sürülebilir. Şahsî savunmalar ise borçlunun kendisinin ehliyetsiz olduğu, kendi alacağı ile takas imkânı bulunduğu gibi savunmalardır. Müteselsil borçlulardan her biri kendi şahsî savunmasını ileri sürebildiği halde diğer borçlunun şahsî savunmalarını

kullanamaz. Zira müteselsil borçlulardan her birinin borcu diğerinden müstakildir.

5) Her bir borçlunun borcunun diğerinden müstakil olmasından hareketle BK. 144. su prensibi kaynaklaştır. Müteselsil borçlulardan hiç biri, kendi fiili ile diğerlerinin durumunu ağırlaştıramaz. Şöyle ki:

a — Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıyla anlaşarak sözleşme cezası kabul etmiş ya da daha yüksek ödemede bulunacağı vaadinde bulunmuşsa; bu, ancak kendi borcunu ağırlaştırır.

b — Müteselsil borçlulardan biri, borcunu ödememekle temerrüde düşerse, temerrüt sonuçlarından ancak kendisi sorumlu tutulur. Ancak kendisine yapılan ihtar, onu temerrüde düşürür. Temerrüt faizlerini öder.

c — Müteselsil borçlulardan biri, kusuru ile edimi imkânsız kılarsa, BK. 96 ya göre ancak kendisi sorumlu tutulur. Diğerleri de BK. 117 gereği, kusursuz imkânsızlık nedeniyle borçlarından kurtulurlar.

d — Müteselsil borç, zamanaşımına uğramış olup da müteselsil borçlulardan biri zamanaşımı def'i hakkından vazgeçerse, ancak kendi def'i hakkını kaybeder. Ötekilerin def'i hakları saklıdır.

e — Müteselsil borçlulardan biri davayı kaybederse,

bundan ölebileri zarar görmez. Kesin hüküm, ancak davası ile kendisine dava edilen başlar.

6) BK. 145 e göre müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya teminat verirse; ölenler de borçtan kurtulur. Alacaklıya teminat; ifa, tatas, ifa yerine edim v.s. ile olabilir. BK. 145/II ye göre borçlulardan biri, alacaklıya teminat vermekle borçtan kurtulursa; diğerlerinin de borçtan kurtulup kurtulamıyacaklarını anlamak için durumun ve borcun mahiyetine bakmak gerekmektedir. Durum ya da borcun mahiyeti hâkâ gösteriyorsa, örneğin zaman diğerleri de borçtan kurtulmuş olurlar. Alacaklıyı teminat vermekle borçlunun borçtan kurtulması, şu şekiller de olabilir:

a — İbrada, yalnız alacaklının ibra ettiği borçlu borçtan kurtulur. Diğerleri yararlanamazlar. Fakat aksi durumun anlaşılabilir yer bir karine kabul olunur. Meselâ müştereken senedin iadesi, diğerlerini de borçtan kurtarır.

b — Tecdit de alacaklı teminat vermemiştir. Sadece yeni bir alacak doğmuştur. Adeyenle diğer borçlular, borçlardan kurtulamaz.

c — Borçlulardan birinin borçu zamanaşımına uğramış olmasına rağmen diğerlerinin borçları zamanaşımına uğramamış olabilir.

d — Alacaklının davasını red etmek için hü-

kim elde eden borçlu, sadece kendisi kesin hükümden yararlanır. Kesin hüküm, diğer borçlulara tesir etmez.

e— Fakat cebrin kusursuz imkânsızlığı durumunda, tüm müteselsil borçlular, borçlarından kurtulurlar.

7) Müteselsil borçlulardan biri, borcun tümünü ödeserse; BK. 146'ya göre diğer borçlulara rücû edebilir. Mesela B, vekillik ilişkisi yüzünden borçlu olmayı müteselsilen kabul etmişse; alacaklı A'dan hakkem alınca A ile B arasında rücû anlaşmasının olmadığından A, B'ye rücû edemez. Rücû, alacaklının ibra ettiği müteselsil borçluya karşı daki vardır. Yani misalde alacaklı B'yi ibra etmişse bu münasebet bakımından ona başvurmağa imkân yoktur. Fakat iç ilişkide A, B'ye olan rücû hakkını korur. Zira alacaklı iç ilişkiye tesir edemez. A, alacaklıya ne miktar ödemişse; o miktar üzerinden B'ye rücû edebilir. Mesela 100 L.lik borçtan A, 80 L'lik ödemeyi edim vererek tümborcu ödemişse B'ye ancak 40 L.için rücû edebilir.



Müteselsil borçlulardan biri, borcun yalnız bir bölümünü öderse, iç ilişkide ancak kendine düşen payı asan kişi için diğer borçlulara müracaat edebilir. Ortak savunmaları bulunduğu halde kusurlu olarak bunları ileri sürmeksizin ödemede bulunan borçlu, diğerlerine rücû edemez. BK. 146/III'e göre

Böylece A'nın B'ye yarısan iki hakkı değil yalnız rücû hakkı vardır.

g) Türk hukukunda teselsül, ancak aynı hukukî sebepten doğan alacaklarda olabilir. Müteselsilen yapılan sözleşmede, sözleşme kanununun aynı olması gerekmektedir. Birden çok kişiler aynı hukukî sebepten dolayı borçlanmışlarsa; BK. 51 gereğince aralarında teselsül değil yarışma vardır ki buna eksik ya da gerçek olmayan teselsül de denir. Teselsülle yarışma arasındaki başlıca fark, iki'dir:

a— Ancak teselsülde BK. 134 gereği müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımı kesilirse, ötekilere karşı da kesilir.

b— Ancak teselsülde hâlefiyet sözkonusudur. Yarışmada halefiyet yoktur.

§67. ALACAKLILAR ARASINDA TESELSÜL

I— Birden çok alacaklılar, borçludan tüm edimi isteyebilir ve borçlu da bunlardan birine karşı ödemede bulunmakla borcundan kurtulabilirse, alacaklılar arasında teselsül vardır. BK. 148'e göre alacaklılar arasında teselsül kendiliğinden doğmayıp bunu alacaklılara ya borçlu tanır, ya

da kanun hükmüne dayanır. Teselsül konusunda anlaşma, şerh ya da zımnî olabilir. Teselsülün gayesi; gerek alacaklının haklarını koruyucu tedbir imkânını vermek, gerekse borçluya alacaklılardan birine ödemede bulunarak borcundan kurtulma imkânını sağlamaktır. Kanun hükmüne dayanan teselsüle kiracının kiracısında görürüz. A o——→ B
İkinci kiracıya karşı gerek kiralayanın gerekse ↓ C
ilk kiracı müteselsil alacaklı durumundadır.

II— Müteselsil borçlarda olduğu gibi müteselsil alacaklarda da bir borç ilişkisi sebebinden doğan birbirinden bağımsız müteselsil alacak hakları vardır. Burada da müteselsil alacaklılar, kendi alacak hakları hakkında bağımsız tasarruflar bulunabilirler; yani alacak haklarını devredebilirler, ibra edebilirler. Birinin zamanaşımının kesilmesi, diğerinin de zamanaşımının kesilmesini gerektirmez. Bunlar arasındaki başlıca bağlılık, BK. 148/II ye göre, borçlu müteselsil alacaklılardan birine edimde bulunursa ötekilere karşı da borcundan kurtulmuş olur. Bundan başka müteselsil borçlardaki gibi müteselsil alacaklılardan biri, kendi fiili ile diğer alacaklıların durumunu ağırlaştıramaz.

III— Müteselsil alacaklılar arasında eşitlik, bunlardan birinin takibata yapmağa başlamasına kadar sürer. Borçlu, ancak bu ana kadar alacaklılardan birine ödemede bulu-

merak borcundan kurtulabilir. Bu andan itibaren borçlu, ancak takibat yapan alacaklıya ödemede bulunmak suretiyle diğerlerine karşı da borcundan kurtulabilir.

IV— Müteselsil alacaklılar arasında da iç münasebette rücu hakkı mevcut olabilir.

§68. BÖLÜNMEZ EDİMLİ BORÇLAR

I— BK.69'da bölünemiyen 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.

II— Birden çok alacaklıya karşı bölünemiyen bir edim borçlanılmışsa, teselsül kararlaştırılmadıkça BK.69'a göre borçlu, ancak bütün alacaklılara birlikte ödemede bulunabilir. Fakat alacaklılardan her biri, edimin hepsine birden yapılmasını isteyebilir.

III— Birden çok borçlular, bölünemeyen bir edimle borçlanmışlarsa, BK.69'a göre (üçüncü fıkra) borçlulardan her biri tüm edimi ifaile mükellef olurlar. BK, borçluların teselsülüne benzeyen bu tesisini teselsül saymamıştır. Bununla beraber burada teselsül hükümlerinin en önemli kuralından rücu vekaleti uygulanır. Oysa BK.nun teselsülü kabul etmesi gerekirdi.

XI. Bölüm

BORCUN NAKLİ VE ALACAĞIN DEVRİ İŞLEMLERİ

§69. ALACAĞIN DEVRİ

I- Roma hukukundaki eski anlayışa göre bir borç ilişkisi, alacaklıyla borçlunun şahıslarına bağlı bir ilişkiydi. Bu yüzden de eski Roma hukukunda alacak hakkı başkasına devredilemiyordu. Ona sonraki devirlerde bu kurumun yerini yenileme ve tahsil yetkisi kurumları doldurmuştu. Alacaklı, alacağını devredeceği kimseye tahsil yetkisi (vekâleten) verir ve tahsil ettiği alacağın da kendisinde kalacağını kabul ederdi. Bu usûl, Pandekt hukukunda da devam etti. Bugünkü hukukta BK. 162'ye göre alacaklı, borçlunun rızası hatta bilgisi bile olmaksızın alacağını başkasına geçirebilir. Alacağın devri, devredilenle devredenarasında yapılan bir akitle olur. Bu akit, bir borçlandırıcı işlem olmayıp alacak hakkına doğrudan doğruya tesir eden bir harcama (tasarruf) işlemidir. BK. 1 v.d. maddeleri akdin kurulmasına ilişkin kurallar burada da uygulanır. Alacağın devri, şarta bağlı olarak da yapılabilir. Kazandırıcı bir işlemdir. Bu işlemle bir mal veya hak kazandırıldığında mutlaka bir hukukî neden vardır. Hibe, ifa, ifaya yerine edim gibi. Hukukî bir neden olmaması devremeden sebepsiz iktisap teşkil eder. Alacağın temliki, hukukî neden göre bir işlemdir. Çünkü

alacağın devrinde; borçlunun, alacağın devrinin hukuki sebebini araştırmak yükümünde bırakmaksızın yalnızca alacağın devri işlemine bakarak borcunu ödeyip borcundan kurtulması imkânı sağlanmaktadır. Borçlu hukuki sebebin geçerliğini araştırmak zorunda değildir. Hukuki sebep gerçekleşmeyebilir alacak yine geçerlidir. Eğer alacağın devri hukuki nedene bağlı olarak idi, borçlu bu hukuki sebebi araştırmak mecburiyetinde bulunacaktır. / Mahkeme bunu yapamaz.

II— Müşterek hukuk ve Ahm. hükümlerden farklı olarak BK. 163 a göre alacağın geçirilmesi şekle bağlıdır. Aksi halde devir muteber olmaz. Bu hükmün gayesi, yine devrin müceret olması gibi borçlunun alacaklısını kolayca tanımasına imkân vermektir. BK. 11 v.d. maddeleri yazılı şekle ait hükümler, burada da uygulanır. Şeklin tamamlanması için, tek taraflı devredenin imzasının bulunması şarttır.

III— BK. 162/I ye göre alacağın devredeceğini bildirme (haberdar işlemine esas teşkil eden borçlanma işlemi) şekilsiz olarak yapılabilir. Çünkü alacağın devri için borçlanma, bir önalıt sayılmaz. Sayılacağı şekle bağlı olmaz geçerlidir.

IV— Devredenin, alacağın devretmesinin bir sonucu olarak hiçbir hakkı kalmaz. Alacak devralanın tasarrufuna geçer.

Mahkeme önünde ele alınacak
Tahsil için süresi de devam

I— Alacağın geçirilmesi, sebebe bağlı olmayan bir tasarrufmuş olduğu için inançlı olarak da yapılabilir. Mesela tahsil etmeği için alacak, üçüncü kişiye geçirilebilir. Falan alacak temsil yetkisi verilerek de tahsil ettirilebilirdi. Yine devr alana karşı olan bir borcu ödemek için de alacak, inançlı olarak geçirilebilir. Alacağı rehin edecek yerde inançlı olarak devr alana geçirmek de mümkündür. Borcunu ödeyince alacağı, devr alan devr edene geri verecektir. Bu hüküm kıyasen rehin hakkına da uygulanır.

§70. ALACAĞIN DEVRİNİN HÜKÜMLERİ

I— BK. 162'ye göre alacağın geçirilmesinin konusu, borç ilişkisi olmayıp borç ilişkisinden doğan münferit olarak haklardır. Mesela bir satım sözleşmesinde satıcı, ancak kendi alacağını (semenî) başkasına geçirebilir fakat borç ilişkisini (satıcı durumunu) başkasına devredemez. Böylece söz konusu borç ilişkisinden kendisi için doğan A ⟶ B borçları yine kendisinde kalır. BK da bu yolda münferit hükümler getirmektedir. Mesela adi ortaklıkta bir ortak, kendi ortak durumunu bir üçüncü kişiye geçiremez. Bu, ancak diğer ortakların da rızasıyla olabilir. Kanun hükmü gereği olarak bütün bir borç ilişkisinin üçüncü kişiye geçmesi durumunu kiracılıkta görmekteyiz. BK. 254/II'ye göre

yeni malik feshi ihbarda bulunmazsa; kiraya veren lik durumu(eski malikin) bilmediğinde (kanun gereğince yeni malike geçer. BK.162/I'e göre kiraydan (yani oluşan bir anlaşma ya da kanun hükmü bulunmadıkça veya borçlilişkisinin niteliği aksini ohmadıkça) bütün alacaklar başkasına devredilebilirler. Bu kuralın bazı istisnaları vardır. Şöyle ki:

1) Kanun hükmü gereği devrolt bazı alacakların devredilmesi men edilmiştir. Meselâ işveren hizmet alacağını, ölünceye değin bakım (bakım) borcunu başkasına devredemez. Kanun hükmü bunu engeller.

2) Hukuki ilişkinin niteliği de eğer edimin kanunda değişme öngörülmüş alacağın geçirilmesini engeller. Meselâ alacaklının ihtiyaç durumuna göre değişen nafaka alacağı başkasına devredilemez.

3) Alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşma (pactum de non cedendo) ile de bir alacağın devri önlenebilir.

Bu üç durum dışındaki bütün alacaklar devredilebilir.

II- Yukarıdaki sebeplerden dolayı başkasına geçirilemeyen alacakların devri hükümleri geçersizdir, alacaklar devredilmemiş sayılır. Fakat BK.162/II'ye göre başkasına

geçirilemiyecaği kanaatinde bir alacağı (anlaşma ile) iyiniyetle kazanan kişinin, bu kazanması korunur. Yani iyiniyetli üçüncü kişiye alacağın devredilemiyeceği anlaşması (pactum de non cedendo) ileri sürülemez. Bundan başka borçlunun menfaati için alacağın devri yasaklanmışsa borçlunun muvafakati (izin ya da icazeti) ile alacağın devri muteber kılınabilir. Ayrıca convertion (tahvil) de düşünülmüş olup burada da yer verilmiştir. Şöyle ki: Başkasına geçirilemeyen bir alacağın devri, tahsil yetkisine çevrilerek muteber tutulabilir. Devralanın hiç olmazsa tahsil yetkisinin bulunduğu kabul edilir. Başka deyimle devralan, devredenin temsilcisi olarak alacağı tahsil edilebilir.

III — Alacaklar, ödeme günü gelmeden de devredilebilirler. Bundan başka, geçirtmez şartla bağlı alacakların da şartın gerçekleşmesinden önce devredilmesi mümkündür. Yine bunun gibi dar manada gelecekteki alacaklar (henüz kiralanmamış bir evin kira ücreti, satılmamış bir malın semeni) üçüncü kişiye devredilebilir. Öyle ki şart gerçekleşince ya da özü temsil sahibi veya kiralayan olarak, devredenin sahasından doğar, yeni bir devir muamelesine gerek yoktur.

IV — MK. 868/I gereği olarak ancak başkalarına devredilebilen alacaklar, haczedilebilirler ya da rehnedilebilirler.

V- Aynî talepler (istihkak davası, mülkiyetin men'i davası, eğer sözleşmesiz bir taşınmaz ise tapu kütüğünün düzeltilmesi davası) başkalarına devredilebilirler mi? Bildiğimiz gibi aynî talepler, bir alacak hakkı değildirler. Mülkiyetini isteyen kimse (istihkak davasında), başkasının mameleki'nden bir edim istememekle; bilâkis kendi hakkını istemektedir. Bu sebeple temel taleplerin üçüncü kişilere, devri önce Pandekt hukukunda ve oradan da Alman ve İsv. hukuklarında kabul edilmemiştir. Von Tuhr haklı olarak istihkak talebinin üçüncü kişiye devrinin İsv. hukuk sistemine uygunluğa aykırılığını belirtmektedir. Temel taleplerin üçüncü kişilere devrine cevaz verirsek; malik, mülkiyet talebini başkasına geçirince davasız (aktif husumetsiz) bir mülkiyete sahip olmuş olacaktır. Öyle ki, malına yapılan tecavüzleri mülkiyet davasını ile koruyamayacaktır. Böylece İsv. hukukunda davasız bir mülkiyet kavramı ortaya çıkmış olacaktır ki bunu kabule imkân yoktur. Aksi Türk hukuk sisteminde takipsiz mülkiyet, tanımlayıcı için temel taleplerin üçüncü kişilere geçirilmesine de cevaz verilmemektedir. Bundan dolayı İsviçre, Türk hukukunda da temsilcilik verilerek bertaraf edilebilir. Yani malik, başkasına mülkiyet talebini ileri sürmesi için temsilcilik verebilir. Böylece

nakitin mülkiyet talebi de sakli kalmis olur.

§71. ALACAĞIN DEVRİNİN ÇEVRESİ (SINIRLARI)

I — Alacağın devrinin çevresi, tarafların iradesine göre belirlenir. Böylece alacaklı, alacak hakkının tamamını ya da bir bölümünü üçüncü kişiye geçirebilir.

II — BK. 168/I'e göre alacağın devrinde, alacaklının sahsına ilişkin olanların dışındaki başka cüzi (tüzel) hakları ile feri hakları da alacakla birlikte alacağı devr alana geçer. Bu, yasadan doğan bir geçiştir (accessio naturalis negatif). 1) Alacak ile geçen feri hakların başlıcaları şunlardır:

a — Rehin, kefalet gibi alacağı sağlayan feri haklar. Mülkiyeti saklı tutma hakkının maddi anlamda bir feri hak olup olmadığı, yani geçirilene kendiliğinden geçip geçmeyeceği tartışmalıdır.

b — Faiz gibi alacağı genişleten feri haklar. BK 168/III'e göre birikmiş faizler de bu gruba girer. Akit cezası da henüz geçerleşmese bile yine kendiliğinden feri hak olarak devr alana geçmektedir.

c — Alacağa bağlı dava yetkisi doğuran haklar da yine kendiliğinden devr alana geçmektedir.

Takas, seçim, boşanma sonuçu verecek boşanmamış olmamaları yüzünden tazminat talebi hakkı gibi. Fakat (boşanmalarına bağlı) yeniden doğurgan hallar ise alacağı, devir olamayacaktır. Nesli tehlikeye hakkı yine eşitsiz gibi boşanmalarına bağlı olarak alacağı devredende kalır. Böylece alacağı, devir alan sadece alacağın zamanından tazminat istenebilmektedir. Aksi taşınır, yedeğin hakkı yoktur.

Devamı: Ticaret Hukuku, 5-1/2nd.

MUHTELİF VİZE SORULARI

— I —

Bayan B, Bay A'nın kumaş dükkânına kumaş almak için girmiş. Tezgahların yüksek bir rafta bulunan kumaş topunu Bayan B'nin basma düşürmeği üzerine Bayan B, basından yaralanmıştır.

Soru: Dükkân sahibi bay A, yardımcısına gerekli özeni göstermediğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir mi?

(Cevap için bkz. 169-171 s.)

— II —

A, iflâs etmiştir, otomobilini B'ye satıp teslim ediyor.

Soru: A'nın yaptığı mülkiyeti geçirim işlemi geçerli midir? A, işlemin geçersizliğini ileri sürerek otomobilin geri verilmesini isteyebilecek midir?

A'nın alacaklıları otomobili geri isteyebilirler mi?

(Cevap için bkz. 178-179 s.)

— III —

Zengin bir fabrikatör olan A'ya karşı oğlu B, sarkıntılık edilmeyeceğini, evlendiği takdirde 100.000 L. sözleşme cezası ödeyeceğini vaad etmiştir.

Soru: Bu vaad; geçerli midir? Değil midir? Niçin?

(Cevap için bkz. 206 s.)

— IV —

A, zamanaşımı süreği geçtikten sonra B'ye karşı alacak davası açmıştır.

Soru: Yargıç, görevinden ötürü bu dava dilekçesini red edebilir mi?

Burada nasıl bir borç söz konusudur?

(Cevap için bkz. 391-392 s.)

— V —

Bursa'da oturan A, İstanbul'da oturan B'ye sahibi olduğu kamyonu 100.000 L.ya satmayı kabul ettiğini bildiren bir cevap mektubunu 1 Martta göndermiştir. Ne var ki 2 Martta A'nın kusuru olmadan yolun bir geçen sonucu, kamyon yanmıştır. Mektubu 3 Martta varmıştır.

Soru: A, B'den 100000 L.ye isteyebilir mi?

(Cevap için bkz. 144-145 s.)

— VI —

A, B'den noterde düzenlenen satış vaadi sözleşmesiyle bir ev satın almıştır.

Soru: B, bu senede dayanarak tapuki-

takdirinde evin mülkiyetinin A adına tescili için bildirimde bulunabilir mi?

(Cevap için bkz. 224-225 s.)

— VII —

A, ölümünden sonra çocuklarının tenkis davası ile mahkemeye engel olmak için B'ye, satış gibi gösterilerek bir evi bağışlamıştır.

Soru: Böyle bir bağışlama sözleşmesi geçerli midir? Geçerli olmadığı takdirde edinilmiş mal rejimi bile 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.)

— VIII —

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

Soru: A, sözleşmeyi yerine getirmesi için B'yi dava edince; buna karşı B, ne yapabilir?

(Cevap için bkz. 250-251 s.)

— IX —

A, borçlu olduğunu zannarak B'ye bir buzdolabı

göndermiş; B' de bu buzdolabını için geri vermeyi bilen C'ye 5000 L.ya satmıştır.

Soru: 1) A, C'ye kendi buzdolabını geri vermesi için davranma zamanı geldiğini B'den 5000 L.yı dava etmeli midir?

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

(Cevap için bkz. 297-298 s.)

— X —

A'nın B'den 100.000 L. alacağı vardır. Bunu ödemek için B, A'ya kamyonunu vermiştir. A, kamyonu ancak 90.000 L.ya satabilmiştir.

Soru: A, B'den 10000 L.yı daha isteyebilir mi?

(Cevap için bkz. 303-304 s.)

— XI —

A, B'den 100.000 L.ya bir apartman katı satın almıştır. B'nin tapuya gitmek apartman katını A adına yaptırmaktan kaçınması üzerine; A, B'ye karşı dava açmıştır.

Soru: 1) Yargıç, A'nın 100.000 L.yı B'ye ödemeden dava açma olduğunu resen gözönünde tutarak davayı red edebilir mi?

Soru: 2) A, B'ye daha önce 100.000 L.yı ödemiş olsaydı, nedensiz zenginleşme davası ile geri isteyebilir miydi?

(Cevap için bkz. 323-325 s.)

— XII —

C, B'nin borcu için A'da rehin durum alan şeyin rehinden kurtarmak için borcu ödemiştir.

Soru: C, B'ye hangi hukuki nedenlere dayanarak başvurabilir (rücu edebilir)?

C, bu borca kefil olmuş K'ya da başvurabilir mi?

(Cevap için bkz. 310-311 s.)

— XIII —

A, B'ye 50.000 lira 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 yada vermeye önermek zorunda mıdır?

Soru: 2) Bu bir ticari ilişki olsaydı, durum, nasıl olurdu?

(Cevap için bkz. 359-360 s.)

İÇİNDEKİLER

Bölüm ve konu:	Sahife no:
I. Bölüm	
Borçların Genel Esasları	95-135
1 — Giriş	95-102
2 — Borçlar hukukunun Genel Kavramları ve borç ilişkisinin muhtevası	102-105
3 — Yenilik Doğuran Haklar, Gücü Yetkileri, Defiler	105-110
4 — Eksik Borçlar (Obligations Naturelles)	110-113
5 — Yarısan (Müteselsil) Haklar	113-115
6 — Borç İlişkilerinin Muhtevası	115-117
7 — Cesit ve Parça Borçları	117-120
8 — Seçimlik Borçlar	120-122
9 — Zararın Tazmini	122-124
10 — Tazminatın Sınırları	124-129
11 — Zarar Görenin Zarara Birlikte Sebep Olması	129-131
12 — Tazminatın Çeşitleri	131-133
13 — Manevi tazminat	134-135
II. Bölüm	
Sözleşmeden Doğan Borçlar	137-251
14 — Hukuki İşlemler ve Sözleşmeler	137-157
15 — Sözleşmenin Kurulusu	157-171
16 — Haksız (Tasarruf) İşlemleri	171-179

17 — Kazandırıcı İşlemler 180-190
18 — Geçersizlik (Hükümsüzlük, Mutlak Batıllık) 190-193
19 — Biçim 193-202
20 — Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları 202-209
21 — Borç Tanınması (İkrarı) 210-220
22 — Önsözleşme ve Sözleşme Kurma Zorunluğu 220-226
23 — Yorum 226-228
24 — Görünüşte (Muvazaalı) İşlem 228-235
25 — İrade Bozuklukları 235-237
26 — Yanılma (Hata) 238-243
27 — Aldatma (Hile) ve Korkutma (Korkutma) 243-246
28 — İrade Bozukluklarının Ileri Sürülmesi 246-251

III. Bölüm

Temsil Yetkisi ve Yetkisiz Temsil Kavramları 251-263
29 — Temsil 251-257
30 — Temsil Yetkisi 257-261
31 — Yetkisiz Temsil 262-263

IV. Bölüm

Haksız Fiiller 265-282
32 — Haksız Fiilden Doğan Borçlar 265-268
34 — Haksız Fiilden Doğan İşlem (Talep)ler 271-273
33 — Kusur 268-271
35 — Kusursuz Sorumluluk 271-278

36 — Birden Çok Kişinin Tazmin Borçlusu Olması 278-282

V. Bölüm

Nedensiz Zenginleşmeden Doğan Borçlar 282-298

37 — Nedensiz Zenginleşme Kavramı 282-289

38 — Nedensiz Zenginleşmenin Konusuna Çevresi 289-291

39 — Nedensiz Zenginleşme Davası 292-298

VI. Bölüm

Borçların Ödenmesi (İfası) 299-330

40 — Ödeme (İfa) 299-302

41 — Ödeme Yerine Edim ve Ödemeliğine Edim 302-304

42 — Bölünsel Edim 304-306

43 — Üçüncü Kişiye Edimle Ödeme 306-307

44 — Üçüncü Kişi Tarafından Yapılan Edimle Borcun Ödenmesi 307-311

45 — Ödemenin Ibrazı 311-313

46 — Ödeme Yeri 313-315

47 — Ödeme Zamanı 315-317

48 — Ödeme Zamanına İlişkin Süre lerin Hesaplanması 317-318

49 — Karşılıklı Sözleşmelerin Ödenmesi 318-325

50 — Alacaklının Temerrüdü 325-330

VII. Bölüm

Borçların Ödenmemesinin Sonuçları 331-360

Edimin Zorla Yaptırılması 321-324
51- [illegible] 321-324
52- Edimin Kusurlu İfasından Doğan 324-329
53- Sözleşmeye Aykırılıkta Kusur 329-342
54- Ödeme Yardımcılarından Sorumluluk 342-345
55- Edimin Kusursuz İfasından Doğan 346-347
56- Borçlunun Temerrüdü 348-351
57- Borçlu Dirençmesinin Sonuçları 351-360

VIII. Bölüm

Borç İlişkisinin Sona Ermesi 361-392
58- Borç İlişkilerinin ve Mümkün Alacak Hakkının Sona Ermesi Nedenleri 361-365
59- İbra (Borçtan Kurtarma) 365-369
60- Yenileme (Tecdit) 369-372
61- Birleşme (Confusio) 373-374
62- Takas 374-383
63- Zamanaşımı 383-392

IX. Bölüm

Borçlarda Özel İlişkiler 393-398
64- Sözleşme Cezası (Cezai şart) 393-396
65- Peşy Akçesi 396-398

X. Bölüm

Mütesalsil Borçlar ve Mütesalsil Alacaklar 398-408
66- Mütesalsil Borçlar 398-406

67—Alacaklılar Arasındaki Teselsül 406-408
68—Bölünmez Edimli Borçlar 408

XI. Bölüm

BORCUN NAKLİ VE ALACAĞIN DEVRİ İŞLEMLERİ 409-416
69—Alacağın Devri 409-411
70—Alacağın Devrinin Hükümleri 411-415
71—Alacağın Devrinin Cevresi (Sınırları) 415-416

→ Ekstra Edinilebilir Kaynaklar

Muhtelif Vize Soruları 417-421
İçindekiler 422-427