Prof. Dr. SAFA REİSOĞLU

BORÇLAR HUKUKU

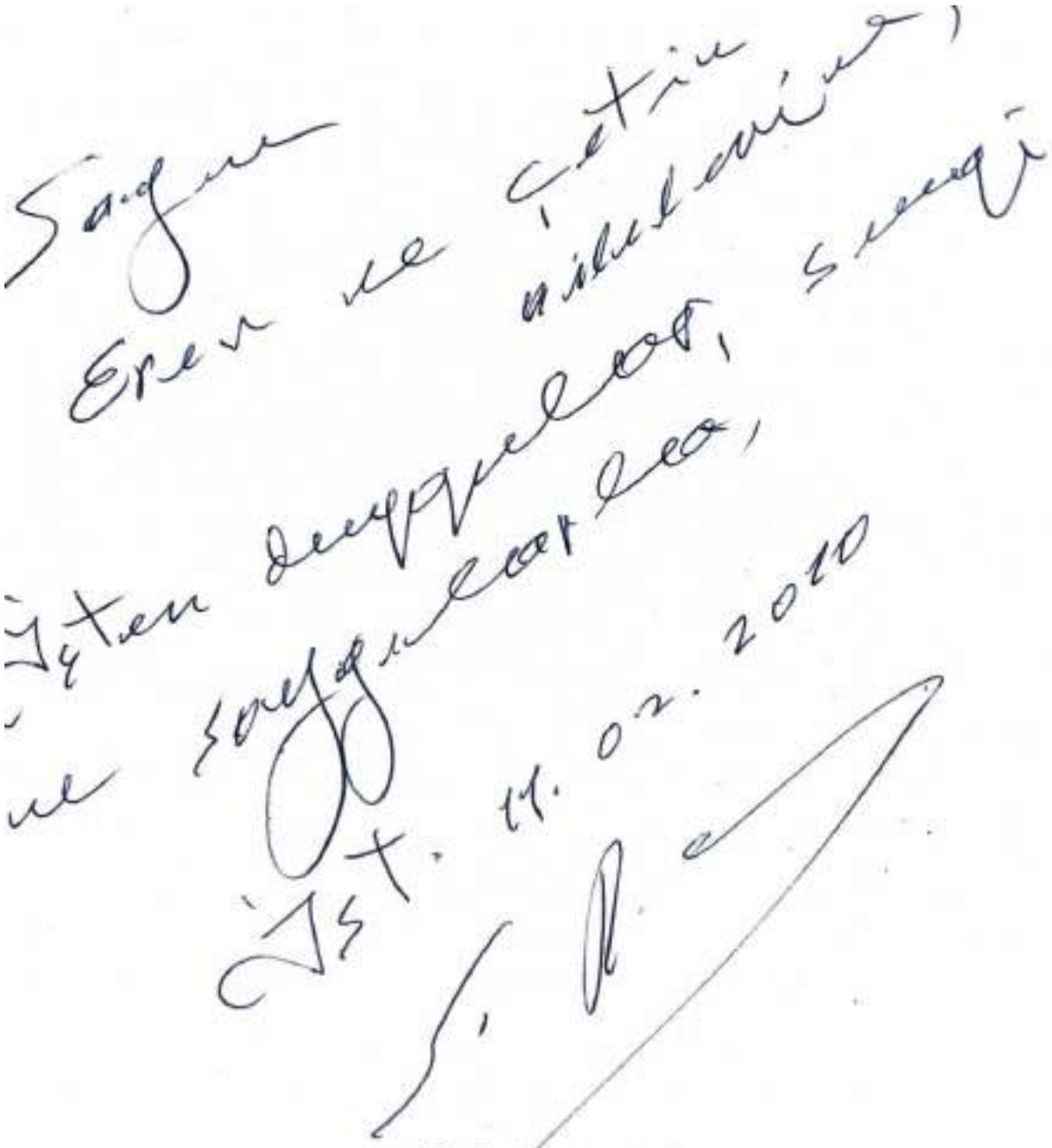
GENEL HÜKÜMLER

Yirmibirinci Bası

Beta

BORÇLAR HUKUKU

GENEL HÜKÜMLER



Beta

k thk sorosu
ErgOn A,ıua vrim Ergün
AY· ÇaJ!daŞ !fupınar Bulvar'.No:3,
ı<ıııtırmak a h;1':ok Kat: 8: ◆ 1!,.9.33
N8 ◆t LeVel· "
()8520 çank ■ Y3 O ':lO'60
Tel: (0!'11 2);:S4&5471112
ea,kent V.O.

Prof. Dr. SAFA REİSOĞLU

BORÇLAR HUKUKU

GENEL HÜKÜMLER

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da dikkate alınarak
Güncelleştlrllmlş ve Genlşletllmlş
Ylrmibirlnci Bası

İSTANBUL - 201O

Ynyın No 2282
Hukuk **Dizisi** : 1605

1 O. Bası - Temmuz 1995 - İSTANBUL
11. Bası • Haziran 1997. İSTANBUL
12. Bası • Ekim 1998 . İSTANBUL
13. **Bası** • Eylül 1999 - İSTANBUL
14. Bası • Ekim 2000 • İSTANBUL
15. Bası·Şubat 2002. İSTANBUL
16. Bası - Şubat 2004. İSTANBUL
17. Bası • Mart 2005 • İSTANBUL
18. Bası - Ocak 2006 • İSTANBUL
19. Bası· Ekim 2006 - İSTANBUL
20. Bası - Ocak 2008 • İSTANBUL
21. Bası - Ocak 2010 - İSTANBUL

ISBN 978 • 605 - 377 . 202 - 6

Copyright© Bu kitabın bu basısı için Türkiye'deki yayın haklan BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş.'ye aittir. Her hakkı saklıdır. Yasaya göre kapakta orijinal parlak hologram bulunması zorunludur, bulunmayan kitaplar sahtedir.

Dizgi : Beta Basım A.Ş.
Baskı-Cilt : Kahraman Ofset Neşriyat San. Tic. Ltd. Şti.(Sertifika No: 12084)
Yüzyıl Mah. Matbaacılar Cad. No:34/4
Atahan-Yüzyıl-Bağcılar/İSTANBUL
Tel.: 0212/629 00 01
Kapak Tasarım : Gülgonca Çarpık

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No. 13-15
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 51154 32. 519 Ol 77
Fax: (0-212) 513 87 05 - 51136 50
www.betayayincilik.com

Oğluma, Ceren'e ve Öğrencilerime,
En iyi dilek ve en büyük ümitlerle...

ÖNSÖZ

Borçlar Hukuku kitabımızın "Genel hükümleri" kapsayan yirmibirinci basısın�wsunuyoruz. Yirminci basıdan (Ocak 2008'den) bu yana yasalarda ve dıq�r hukuki alanlarda meydana gelen gelişmeler, yargı kararlarındakı yenılıkler ilişkin bulundukları bölümlerde belirtilmiştir.

Kitabın hazırlanışında gözönünde bulundurulan teme_l u�sur, ?o?trin ve uygulamayı birlikte yansıtan ve ilkelere ağırlık veren bır sıstem ıçınde Borçlar Hukukunun Genel Kurallarını incelemek olmuştur.

Kitapta, Yargıtay içtihatlarına, özellikle İçtihadı Birleştirme ve Hukuk Genel Kurulu kararlarına geniş ölçüde yer verilmiş; ayrıca, Federal Mahkemenin 1912-2009 yılları arasında yayınlanmış bulunan kararlarında yer alan görüşler ilgili paragraflarda değerlendirilmiştir.

Borçlar Hukukunun öğrencilerimiz tarafından daha kola_y anl�şılm�sı amacıyla, kitabın metninde ilkelere yönelik açıklamalara oncelık verılmiş, Yargıtay ve Federal Mahkeme kararlarına ilişkin önemli bilgilerin, bu s�retle uygulamada ortaya çıkan örnek olayların ve sorunları_n bir b_ölümü dıp notlarında yer almıştır. Öğrencilerimiz, çalışmalarında, kıtabı dıp notlarıyla birlikte okumalıdırlar.

Yürürlükteki Yasanın yerini alacak olan *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısı"* hazırlanmış ve Ekim 2009'da TBMM.nin gündemine girmiş bulunmaktadır. Borçlar Kanunu'nun "Genel Hükümler" bölümüne tasarıyla getirilen değişiklikler sınırlıdır. Tasarıda, önemli bir yenilik olarak, Borçlar Kanunumuzda mevcut olmayan "Genel işlem koşulları" düzenlenmiştir. Kitabımızın bu basımında, Tasarıda yer almış bulunan "Genel hükümlere" ilişkin değişikliklerin tamamına yakın bir kısmı dip notlarında bilgiye sunulmuştur. Yeni bir müessese qlan *"Genel işlem koşulları"* ise, ayrı bir paragrafta sistematik olarak incelenmiştir.

Kitabın sevgili öğrencilerimize ve değerli meslektaşlarımıza yararlı olması en büyük dileğimizdir.

İstanbul, 1 Ocak 201O **Prof.Dr. Safa REİSOĞLU**

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM

BORÇLAR HUKUKUNA GİRİŞ

Sayfa

1- **Borçlar hukuku ve borç kavramı** 31
il- **Borç ilişkisinin nisbi niteliği** 32
1. Genel olarak 32
2. Tapu siciline şerhedilmiş şahsi haklar **34**
111- **Borç ve sorumluluk** 35
1. Genel olarak 35
2. Sınırsız sorumluluk 35
3. Sınırlı sorumluluk 36
.4. Eksik borçlar 36
iV- **itiraz ve Def'i** 38
V- **Borçlar Kanunu** 39
1. Borçlar Kanununun yürürlüğe konuşu 39
2. Borçlar Kanununun sistematiği 40
VI- **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı** 41
VII- **Bibliyografya** 42

İKİNCİ BÖLÜM

BORCUN KAYNAKLAR!

AYIRIM 1

HUKUKİ İŞLEMLERDEN, ÖZELLİKLE SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN BORÇLAR

§ 1. **HUKUKİ İŞLEMLER** 46
1- **Genel olarak** 46
il- **Hukuki işlemlerin çeşitleri** 47
1. Tek taraflı hukuki işlemler - Çok taraflı hukuki işlemler 47
a) Tek taraflı hukuki işlemler 47
b) Çok taraflı hukuki işlemler 48
aa) Sözleşmeler (akidler) 48
bb) Kararlar 49
2. Borçlandırıcı işlemler- Tasarrufı işlemler 49
3. Sağlar arası hukuki işlemler - Ölüme bağlı hukuki işlemler 50

111- Hukuki işlem ehliyeti 50
1. Tam ehliyetliler 51
2. Sınırlı ehliyetliler 53
3. Tam ehliyetsizler 54
4. Sınırlı ehliyetsizler 56

§ **11- SÖZLEŞMENİN MEYDANA GELMESİ** 59
1- Taraflann uyuşması 59
1. Genel olarak 59
2. Esaslı noktalarda uyuşma zorunluluğu ve ikinci derecedeki noktalar 59
11- icap - Öneri 61
1. Kavram 61
2. icabın bağlama süresi 62
a) Süreli icap 62
b) Süresiz icap 63
3. İcabın geri alınması 63
4. Ölüm veya ehliyetsizliğin icaba etkisi 64
a) İcabı yapan ölmüş veya ehliyetini kaybetmişse 64
b) Karşı taraf ölmüş veya ehliyetini kaybetmişse 64
111- Kabul 64
iV- Sözleşmenin tamamlandığı ve hüküm ifade ettiği an 65

§ **111- GENEL İŞLEM KOŞULLARI** 66
1- Katılım sözleşmeleri 66
il- "Genel işlem koşulları" kavramı 68
1. Genel olarak 68
2. uGenel işlem koşulu" sayılmayı engellemeyecek özel durumlar 68
111- Genel işlem koşullarına ilişkin hükümler 70
1. İsviçre hukukundaki durum 70
2. Türk hukukundaki durum 70
3. Borçlar Kanunu Tasarısında ugenel işlem koşullarına" ilişkin -karşı tarafı korumaya yönelik- hükümler 71
a) Yazılmamış sayılma 71
b) Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi 72
c) Sözleşmenin yorumlanması 73
iV- Genel işlem koşullarının denetimi 73
1. Genel işlem koşullarının bağlayıcılık denetimi 73
2. Genel işlem koşullarının içerik denetimi 74

§ **iV- İLAN YOLUYLA ÖDÜL SÖZÜ VERME** 75
1- Hukuki niteliği 75
11- Şartları 75
111- Sonuçları 75
iV- Ödül sözünden cayma 76

§ v- sözLEŞMENiN ŞEKLİ ..... n
1- Genel olarak 77
11- Geçerlilik şartı olarak şekli 77

1 • Genel olarak 77
2. Kanuni şekil 85
a) Yazılı şekil 85
aa) Genel olarak 85
bb) Metin 85
cc) İmza 86
dd) Değişiklikler 91
b) Resmi şekil 91
c) Tescil 92
d) ilan 92
Kararlaştırılmış şekil 92
ili- **Isbat şartı olarak şekil** 93

§ **VI- SÖZLEŞME YAPMA VAADİ- ÖN SÖZLEŞME-** 94
1- Genel olarak 94
2- Birden çok satış vaadi sözleşmesi yapılmışsa 95

§ **VII - BORCUN SEBEBİ VE SEBEBİ GÖSTERİLMEKSİZİN BORÇ İKRARI** 96

§ **VIII- SÖZLEŞMENİN YORUMLANMASI** 98

§ IX- İRADE İLE BEYAN ARASINDA UYGUNSUZLUK 99

§ X- İRADE İLE BEYAN ARASINDA İSTENEREK YARATILAN UYGUNSUZLUK, ÖZELLİKLE **MUVAZAA** 100
1- Bir tarafın fsteği ile yaratılan uygunsuzluk 100
11- iki tarafın isteği ile yaratılan uygunsuzluk: Muvazaa -Danışıklı işlem- 101
1. Kavram 101
2. Muvazaanın çeşitleri 101
a) Mutlak muvazaa 101
b) NisbTmuvazaa 101
3. Muvazaalı işlemin geçersizliği 102
a) Genel olarak 102
b) İyiniyet sahibi üçüncü kişilerin korunduğu haller 103
4. Gizlenmiş işlemin geçerliliği 104
5. Muvazaanın ispatı 107
a) Muvazaayı taraflardan biri iddia ediyorsa 107
b) Muvazaayı üçüncü bir şahıs iddia ediyorsa 108
6. Muvazaa ve inançlı işlemler 110

§ **XI • İRADEYİ SAKATLAYAN SEBEPLER (İRADE FESADI)** 113
1- irade ile beyan arasında istenmeyerek meydana gelen uygunsuzluk: Hata (Yanılma) 114
1. Genel olarak 114
2. Hatanın "esaslı" sayılacağı haller 114
a) Sözleşmenin niteliğinde hata 114
b) Sözleşmenin konusu olan şeyde hata 115
c) Kişide hata 115
d) Miktarda hata 115
e) Sözleşmenin zorunlu unsurlarında hata 115

3. Vasıtanın hatası 117
4. İyiniyet kuralların aşırı düşen şekilde "hata"nın öne sürülememesi 117
5. Sözleşmenin feshi halinde tazminat ödeme zorunluluğu 117
11- **Hile (aldatma)** 119
1. Genel olarak 119
2. Hilenin şartları 120
3. Üçüncü şahıs tarafından hile 120
4. Zararın ödettirilmesi 121
111. İkrah (Korkutma) 121
1. Genel olarak 121
2. İkrahın şartları 122
3. Üçüncü şahıs tarafından ikrah 123
4. *Zararın* ödettirilmesi 124
iV- İrade fesadının sonuçları 124
1. Genel olarak 124
2. Sözleşmenin feshedilmesi 125
3. Sözleşmenin bağlayıcı hale gelmesi 126
4. İrade fesadının isbatı 127

§ **XfI - SÖZLEŞMENİN KONUSU (SÖZLEŞME SERBESTİSİ VE SINIRLARI)** **127**
1- Genel olarak sözleşme serbestisi 127
il- **Sözleşme serbestisinin sınırları** 128
1. Sözleşmenin konusu emredici kurallara aykırı olmamalıdır 128
a) Genel olarak 128
b) Kanuna karşı hile 129
2. Sözleşmenin konusu kamu düzenine aykırı olmamalıdır 129
3. Sözleşmenin konusu kişilik haklarına aykırı olmamalıdır 130
4. Sözleşmenin konusu ahlaka aykırı olmamalıdır 132
5. Sözleşmenin konusu "imkansız" olmamalıdır 133
111. **Sözleşme serbestisinin** sınırlarını **aşmanın sonuçları** 134
1. Genel olarak 134
2. Kısmi butlan 134

§ **XIU- GABİN {AŞIRI YARARLANMA)** 135
1. Genel olarak 135
11- Şartları 136
111- Sonuçları 138

§ **XIV- HUKUKİ İŞLEMLERİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ (SAKAT HUKUKİ İŞLEMLER)** 139
1- Batıl hukuki işlemler 140
1. Genel olarak 140
2. Butlan sebepleri 140
3. Butlanın sonuçları 141
4. Batıl hukuki işlemlerin dönüştürülmesi 141
11- Feshedilebilen hukuki işlemler 142

§ **XV- TEMSİL** 143
1- Genel olarak 143
11- Dolaylı temsil - Doğrudan doğruya temsil 144

Sayfa

a) Genel olarak 144
b) Doğrudan doğruya temsilin şartları 144
aa) Temsil yetkisi 144
bb) İşlemin temsil edilen adına yapılması 145
c) Doğrudan doğruya temsilin sonuçları 145
III- Temsil yetkisi 146
1. Genel olarak 146
2. Temsil yetkisi ve vekalet 147
3. Temsil yetkisi vermede ehliyet 147
4. Temsil yetkisi vermede şekil 148
5. Temsil yetkisinin kapsamı 149
a) Genel olarak 149
b) Yetkinin kötüye kullanılması 149
c) Yetkinin sınırlanması 150
d) Mümessilin kendisiyle sözleşme yapması -çifte temsil- 151
e) Birden fazla kimseye temsil yetkisi verilmesi 151
6. Temsil yetkisinin sona ermesi 152
a) Temsil yetkisini sona erdiren sebepler 152
b) Temsil yetkisinin sona ermesinin hüküm ifade ettiği an 153
c) İyiniyetli üçüncü kişilerin korunması 153
IV- Yetkisiz temsil 154
1. Kavram 154
2. Hukuki sonuçları 154
a) Genel olarak 154
b) Temsil edilen icazet verirse 155
c) Temsil edilen icazet vermeyi reddederse 155

AYIRIM II

HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN BORÇLAR

§ 1- **GİRİŞ** 157
§ 11- **HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI** 158
1- **Hukuka aykırı** fiil 159
1. Kavram 159
2. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller 160
a) Kamu kudretinin kullanılması 160
b) Özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması 160
c) Zarar görenin rızası 160
d) Bilimsel eleştiriler 161
e) Meşru savunma 161
f) Zorunluluk hali 162
g) Kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma 163
3. Ahlaka aykırı bir fiile kasden zarar verme 164

II- Zarar 165
III- **Kusur** 166
1. Genel olarak 166
a) Kast 167
b) ihmal 167
2. Kusur ehliyeti (haksız fiil ehliyeti) 168
a) Genel olarak 168
b) Ayırt etme gücünden yoksun olanların sorumluluğu 168
3. Kusurun isbatı 169
IV- İlliyet **bağı** 170
1. Genel olarak 170
2. Uygun illiyet teorisi 170
a) Genel olarak 170
b) Hukuka aykırılık bağı 171
c) Kaçınma hali 171
d) Kanıtlama yükümlülüğü 172
e) Çeşitli durumlar 172

§ 111· **KUSURSUZ SORUMLULUK** 174
I- Genel olarak 174
II- Başkalannı çalıştıranlann (istihdam edenlerin) sorumluluğu (BK. m. 55) ... 176
1. Genel olarak 176
2. Sorumluluğun şartları 178
3. Kurtuluş beyyinesi (kanıtı) 182
4. Başvuru (rücu) hakkı 183
5. Trafik Kanununa göre sorumluluk 183
111- Ev **başkanlarının** sorumluluğu 188
iV- Hayvan idare edenlerin sorumluluğu 189
1. Genel olarak 189
2. Kurtuluş beyyinesi 190
3. Başvuru (rücu) hakkı 191
4. Hayvanın hapsedilebilmesi veya öldürülebilmesi 191
V- Bina ve diğer eser maliklerinin sorumluluğu 191
1. Genel olarak 191
2. Sorumluluğun şartları 193
a) Bina veya diğer bir eser söz konusu olmalıdır 193
b) Yapımda bozukluk veya bakımda noksanlık bulunmalıdır 194
c) İlliyet bağı mevcut olmalıdır 195
3. İspat külfeti 196
4. Başvurma (rücu) hakkı 196
5. Tehlikeyi önleyici tedbirleri alma zorunluluğu 196
VI- Taşınmaz malikinin sorumluluğu 197
VII- **Tapu sicilinin tutulmasından doğan zarardan Devletin sorumluluğu** 199

§ **iV- BİRDEN ÇOK KİMSENİN AYNI ZARARDAN SORUMLULUĞU** 200
1- **Birden çok kimsenin birlikte bir zarara sebep olması** 201
11- **Birden çok kimsenin aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu tutulması** 203

Sayfa

§ V- **MADDİ ZARARIN TAZMİNİ** 205
1- Maddi zararın lsbatı 205
11- Maddi tazminatın şekİİ 205
111- Maddi tazminatın kapsamını etkileyen unsurlar 205
1. Uğranılan zarar 206
2. Kusurun ağırlık d[illegible] 208
3. Zarara uğrayanın rızası 208
4. Zarar görenin birlikte kusuru 209
5. Failin ekonomik durumu 210
6. Hal ve şartlar 210
iV- Adam ölmesi, bedensel zarar ve haksız yarışım hallerinde maddi zararın kapsamı 210
1. Adam ölmesi 211
a) Gömme giderleri 211
b) Tedavi giderleri ve çalışamamaktan doğan zarar 212
c) Yardımdan yoksun kalmaktan doğan zarar 212
2. Bedensel zarar 214
a) Tedavi giderleri 215
b) Çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybedilmesinden doğan zarar 215
c) Ekonomik gelişmenin zorlaşmasından doğan zarar 216
3. Haksız yarışım 216

§ **VI- MANEVİ TAZMİNAT** 217
1- Manevi tazminatın hukuki niteliği 217
11- Genel olarak kişilik haklarına saldırı halinde manevi tazminat 217
1. MK. m. 24. ve 25 ile BK. m. 49 arasındaki ilişki 217
2. BK. m. 49'a göre manevi tazminatın şartları 221
a) Şahsiyet haklarına saldırı olmalıdır 222
b) Saldırı haksız olmalıdır 226
c) "Manevi zarara" uğranılmalıdır 227
d) Kusurlu olunmalıdır 228
e) İlliyet bağı bulunmalıdır 228
3. Yasama sorumsuzluğu ve manevi tazminat 228
4. Yargı kararlarının uygulanmaması ve manevi tazminat 230
5. Basın özgürlüğü ve manevi tazminat 232
a) Basın yoluyla kişilik haklarına saldırı 234
b) Saldırının "haksız" niteliğini ortadan kaldıran haller 238
6. Manevi tazminatın miktarı ve şekli 245
111- Ölüm ve bedensel zarar halinde manevi tazminat 247

§ **VII- MADDİ VE MANEVi TAZMİNAT DAVASI** 251
1- Davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme 251
il- Davanın tarafları 252
1. Davacılar 252

a) Haksız fiilden zarargörenler 252
b) Zarar görenin başka bir sebepten ölümü halinde mirasçılar 252
c) Haksız fiil sebebiyle ölüm halinde, mirasçılar, yardımdan yoksun kalanlar, yakınlar 253
2. Davalılar 253
a) Haksız fiil yapanlar 253
b) Dolayısıyla sorumlu olanlar 253
c) Mirasçılar 253
111- Zamanaşımı ve defi hakkı 254
1. Bir ve on yıllık zamanaşımı 254
2. Ceza Kanunundaki zamanaşımı süresinin uygulanması 256
3. Daimi defi hakkı 258

AYIRIM ili

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR

§ 1- GENEL OLARAK 260
§ 11- SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ ŞARTLARI 260
1· Zenginleşme 261
il- Fakirleşme 261
111· İllliyet bağı 264
iV- Haklı bir sebebin bulunmaması 264
1. Hukuki sebebin geçerli olmaması ve borç olmayan şeyin ödenmesi 264
a) Hukuki sebebin geçerli olmaması 264
b) Borç olmayan şeyin ödenmesi 265
2. Hukuki sebebin gerçekleşmemiş bulunması 268
3. Hukuki sebebin ortadan kalkması 269
§ 111- SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ AÇILAMAYACAĞI HALLER 269
1- Zamanaşımına uğramış olan bir borcun ödenmesi 269
2- Ahlaki bir görevin yerine getirilmesi 270
3- Haksız veya ahlaka aykırı bir amaç için ödemede bulunulması 270
§ iV- SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ NİTELİĞİ, KONUSU VE KAPSAMI 271
1- Davanın niteliği 271
il- Davanın konusu 271
ili- Davanın kapsamı 272
§ V- SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASINDA ZAMANAŞIMI VE DEF'İ HAKKI 274
1- Bir ve on yıllık zamanaşımı 274
il- Daimi def'i hakkı 276

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
BORÇLARIN SONUÇLAR!

AYIRIM 1
BORÇLARIN İFASI

Sayfa

§ **1- GENEL OLARAK** 278
1- İfa kavramı 278
il- !tanın hukuk·i?it?İi?i 278
111- ifa ve fiil ehliyeti 279
1. Borçlu yönünden 279
?· Alacaklı yönünden 280
iV- ifa ve tasarruf yetkisi 280

§ il- **"İFA"NIN TARAFLAR!** **281**
1- Borçlu tarafından ifa - Üçüncü şahsın ifası 281
1. Borçlu tarafından ifa 281
2. Üçüncü şahıs tarafından ifa 281
a) Genel olarak 2 81
b) İç ilişki 282
c) Alacağın üçüncü şahsa geçmesi 282
il- Alacj;jklıya ifa - Üçüncü şahsa ifa 283
1. Alacaklıya ifa 283
2. Üçüncü şahsa ifa 284

§ **111- İFANiN KONUSU** **284**
1- Genel olarak 284
1. Kural 284
2. İfa yerine edim 284
3. İfa amacıyla edim 285
il- **Kısmen ifa** 285
1. Kural 285
2. İstisna 286
111- Bölünemeyen edimlerde ifa 287
iV- Parça borçlarında ifa 288
V- Cins borçlarında ifa 288
VI- Seçimlik borçlarda ifa 289
VII- Para borçlarında ifa 289
1. Genel olarak 289
2. Memleket parasıyla ödeme 291
3. Yabancı memleket parasıyla borçlanma 292
a) "Aynen Ödemek" Şartı Yoksa 293
b) "Aynen Ödemek" Şartı *Varsa* 295
4. Altın ile borçlanma 297
5. Para değerindeki değişmelere karşı önlemler 298
a) Altın değeri kaydı 298
b) Yabancı para değeri kaydı 299
c) Fiyat endekslerine göre ayarlama kaydı 300

6. Para borçlarında faiz 300
a) Faizin hukuki niteliği ve ayna arı 300
b) Faizin miktarı ve yasal sınırlamalar 301
aa) Faiz miktarının belirlenmesi 301
bb) Faiz miktarının sınırlanması 305
cc) Bileşik faiz yasağı 306
7. Para borçlarında ffmahsup= duşme 306
a) Borç tek ise 307
b) Borç birden çok ise 307
8. Para borçlarında "ödeme"nın ıspatı 308
a) Genel olarak ifanın ispatı 308
b) Makbuz isteme hakkı 309
c) Senedin geri verilmesini isteme hakkı 309
d) Makbuz verilmesinden ve senedin iadesinden dogan karıneler 310
aa) Bir taksit için makbuz verilmişse 310
bb) Ana para için makbuz verilmişse 310
cc) Senet geri verilmişse 311

§ iV İFA YERİ 311
1- !ta yerinin önemi 311
II- ifa yerinin belirlenmesi 312
1. ifa yerinin taraflarca belirlenmesi 312
2. ifa yerinin BK. madde 73 hükümlerine göre belirlenmesi 312
a) Para borçlarında ifa yeri 312
b) Parça borçlarında ifa yeri 313
c) Diğer borçlarda ifa yeri 313
d) Alacaklının ikametgahını değiştirmesi halinde ifa yeri 313

§ V. İFA ZAMANI 314
1- Kavram 314
II- İfa zamanının belirlenmesi 314
1. Kural (Muaccel borç) 314
2. Müeccel (Süreye bağlı) borç 315
a) Borcun ifasının süreye bağlanması 315
b) Sürenin hesaplanması 315
111- İşlere ayrılan saatlerde ifa 316
iV- Zamanından önce ifa 317
V- Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa 317
1. Kural: Aynı zamanda ifa 317
2. İstisna 318
3. Ödemezlik def'i 318
a) Kavram ve hukuki niteliği 318
b) Ödemezlik def'inin şartları 319
4. Bir tarafın ödeme güçsüzlüğü halinde, diğer tarafın "defi ve fesih" hakkı ... 320
a) Genel olarak 320
b) BK. madde 82'den yararlanmanın şartları 321

Sayfa

§ VI - ALACAKLININ TEMERRÜDÜ - Direnimi 322
1- Genel olarak 322
11- Ala◆akhnınte◆◆◆Ödü◆o◆◆◆rtl◆: 322
1. ifa usulü dairesinde önerilmiş olmalıdır 322
a) Borca uygunluk 322
b) Fiili ve gerçek önerme 323
c) Özel haller: Sözle önerme 323
aa) Alacaklının daha önce yapması gereken işlemlerin bulunması 323
bb) Alacaklının ifayı kabul etmeyeceğini bildirmiş olması 324
2. Alacaklı ifa önerisini haklı bir neden olmaksızın reddetmiş olmalıdır 324
111- Alacaklının temerrüdünün sonuçları 325
1. Genel olarak 325
2. Borçlunun borcundan kurtulabilmesi olanağı 325
a) Borcun konusu bir "şey" ise 325
aa) Malı tevdi hakkı 325
bb) Malı satarak "bedelini tevdi" hakkı 327
b) Borcun konusu bir "şey" değil ise 327
3. Alacaklının temerrüdünün borçluya sağladığı yararlar 328

§ VII- BORCUN İFASINI ENGELLEYEN ALACAKLIYA İLİŞKİN DİĞER SEBEPLER 328

AYIRIM il

BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI

§ 1- "BORCUN İFA EDİLMEMESİ" KAVRAM! VE BORCA AYKIRILIĞIN ÇEŞİTLERİ 330
1- Genel olarak 330
il- Sözleşme öncesi kusurlu davranış (Culpa in contrahendo) 331

§ 11- İFA DAVASI VE CEBRİ İCRA 332

§ 111- BORCUN İFA EDİLMEMESİ VE BORÇLUNUN SORUMLULUĞU 334
1- Genel olarak 334
il- Kusurlu imkinsızlık 334
1. Genel olarak 334
2. Sözleşmenin yapılmasından önce - sonra meydana gelen imkansızlık 334
a) Sözleşmenin yapılmasından önce var olan imkansızlık 334
b) Sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelen imkansızlık 335
3. Geçici imkansızlık 337
4. Kısmi imkansızlık 337
111- Borcun gereği gibi ifa edilmemesi 337
iV- Borçlunun sorumluluğu 338
1. Tazminatın şartları 338
a) Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması 339
b) Zarar 339
aa) Genel olarak 339

bb) Müsbet zararın tazm.ın.ı 340
cc) Manevi zararın tazmını 342
dd) Zararınlsbatı ····· **342**
c) Kusur **343**
aa) Genel olarak **343**
bb) Kusur karinesi **344**
cc) Kusursuzluğunispatı, olağanüstü haller, mücbir **sebep** 345
d) illiyet bağı **346**
2. Tazminatınkapsamı **346**
3. Sorumsuzluk anlaşması **347**
V- Yardımcı şahıslann fiilinden sorumluluk 348
1. Sorumluluğun şartları **349**
a) Borcunifası *veya* hakkın kullanılması yardımcı **şahsa** bırakılmış olmalıdır **349**
b) Borcun ifası *veya* hakkın kullanılması yardımcı şahsa bırakılabilmelidir 350
c) Yardımcı şahısborca aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermiş olmalıdır 350
d) Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi halinde, borçlu doğmuş olanzarardan sorumlu tutulabilecek olmalıdır 351
2. Sorumsuzluk anlaşması 352
3. Yardımcı şahısların alacaklıya karşı sorumluluğu 352
4. Borçlunun yardımcı şahsa dönüp başvurması 353
5. BKmd. 55'in, BK. md. 100 ile karşılaştırılması 353
§ **iV· BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ** **354**
1- Genel olarak 354
II- Borçlunun temerrüdünün şartları 354
1. Borcun muaccel olması 355
2. Alacaklının ihtarı 355
a) Kural 355
b) istisna 356
3. İfanınmümkün olması 358
4. "Kusur- şartının aranmaması 358
111- Borçlunun temerrüdünün sona ermesi 358
iV- Borçlunun temerr0dün0n hukuki **sonuçları** 359
1. Temerr0dün genel sonuçları 359
a) Gecikme tazminatı 359
b) Kaza halinde sorumluluk 360
2. Temerrüdün para borçlarına ilişkin sonuçları 361
a) Geçmişgünler faizi 361
b) Geçmiş günler faizini aşan zararın tazmini **364**
3. ;a arşıltklt sözleşmelerde doğurduğu sonuçlar **368**
b)U ak **368**
) sbgun sure venimesi 368
c re verilmesini gerektirmeyen haller 370

Sayfa

aa) Genel olarak 370
bb) Alım - satım sözleşmesine ilişkin özel kurallar 371
d) Uygun süre içinde borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının hakları 372
aa) Aynen ifa ve gecikme tazminatı istenmesi 372
bb.)ifadan vazgeçerek, müsbet zararın ödenmesinin istenmesi 373
cc) ifadan vazgeçerek, sözleşmenin feshedilmesi ve menfi zararın ödenmesinin istenmesi 374
4. Kısmi temerrüt ve hukuki sonuçları 378

§ V- HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU İLE SÖZLEŞMEYE AYKIRI DAVRANIŞTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN BİRLİKTE VARLIĞI VE KARŞILAŞTIRILMASI 378
1- Sorumluluk sebeplerinin birlikte varlığı 378
2- Sorumluluk sebeplerinin karşılaştırılması 379

AYIRIM 111

BORÇLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

§ 1- BAŞKASININ EDİMİNİ BORÇLANMA 380
1- Genel olarak 380
2- Teminat mektupları 382
3- Süresiz veya belli bir süre için başkasının edimini borçlanma ve zamanaşımı 384
a) Süresiz -vadesiz- teminat mektupları ve zamanaşımı 385
b) Süreye bağlı -vadeli- teminat mektupları ve zamanaşımı 385

§ il - BAŞKASI YARARINA SÖZLEŞME 386
1- Kavram 386
2- Başkası yararına eksik veya tam sözleşme 386
3- Başkası yararına sözleşmenin sonuçları 387

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLARIN SONA ERMESİ

§ 1 - GENEL OLARAK 389
§ il İBRA 390
1- Kavram ve hukuki niteliği 390
2- Şekli 391
3- Sonuçları 391
§ 111- TECDİT {YENİLEME) 392
1- Kavram 392
2- Şartları 392
3- Sonuçları 394

§ iV . **ALACAKLI** VE BORÇLU SIFATLARININ BiRLEŞMESi 39
§ V - KUSURSUZ iMKANSIZLIK 395
t- Genel olarak 395
ı,. Kusursuz lmkAnsızhğın iki taraflı sözleşmelerdeki sonuçları 396
m- Beklenmeyen haller - İfa güçlüğü (Emprevizyon) 397
§ **VI • TAKAS (ÖDEŞME)** 402
t- Kavram ve hukuki niteliği 402
11· Şartlan 403
1. Karşılıklı borçluluk 403
2. Borçlarda özdeşlik 404
3. Borçların ifasının istenebilir olması 404
111- Takas hakkından vazgeçme 405
iV- Tek taraflı beyanla takas edilemeyen alacaklar 405
V- Takasın sonuçları 406
§ **VII- ZAMANAŞIMI** 407
1- **Kavram,** hukuki niteliği, kötüye kullanılmaması 407
lf. Zamanaşımının uygulama alanı 410
111-Zamanaşımı süresinin dolması 411
1. Zamanaşımı süreleri 411
2. Zamanaşımı süresinin başlaması ve hesaplanması 413
a) Zamanaşımının başlaması 413
b) Zamanaşımının hesaplanması 414
3. Zamanaşımının durması 414
4. Zamanaşımının kesilmesi 415
a) Kavram 415
b} Zamanaşımını kesen sebepler 416
aa) Zamanaşımının borçlunun bir fiili ile kesilmesi 416
bb} Zamanaşımının alacaklının bir fiili ile kesilmesi 417
cc} Zamanaşımının yargılama veya takibe ilişkin bir işlemle veya yargıcın kararı ile kesilmesi 418
c) Zamanaşımının kesilmesinin sonuçları 418
aa) Yeni süre yönünden 418
bb} Diğer şahıslara etkisi yönünden 419
iV- Zamanaşımı sürelerinin kesinliği ve zamanaşımından vazgeçme 419
1. Sürelerin kesinliği 419
2. Zamanaşımından vazgeçme 420
V- Zamanaşımının sonuçfarı 421
1. Asıl borç yönünden 421
2. Fer'i (yan} alacaklar yönünden 422

BEŞİNCİ BÖLÜM
BORÇ İLİŞKİLERİNDE ÖZEL DURUMLAR

AYIRIMI
MÜTESELSİL BORÇLAR

Sayfa

§ 1- GENEL OLARAK 424

§ il - **BORÇLULAR ARASINDA TESELSÜL** **425**

1- **Kavram ve şartları** 425

11• **Alacaklı ile müteselsil borçlular arasındaki ilişkiler** 426

1•Müteselsil borçluların sorumluluğu 426

2. Müteselsil borçlulardan birinin kişisel eylemiyle diğerlerinin durumunu ağırlaştıramaması 427

3. Müteselsil borçlular arasındaki ilişkiler 427

111- Müteselsil borçlular arasındaki ilişkiler 428

1. Diğerlerine başvurma hakkı 428

2. Alacaklının haklarına halefiyet 428

§ **111- ALACAKLILAR ARASINDA TESELSÜL** **429**

1- Kavram ve şartları 429

1• Genel olarak 429

2· Ortak hesap 429

11- Borçlu ile müteselsil alacaklılar arasındaki ilişkiler 432

AYIRIM il
ŞARTA BAĞLI BORÇLAR

§ **1 - GENEL OLARAK** 433

1· "Şart" kavramı 433

11· Şarta bağlanamayan işlemler 434

111· Yasak şartlar 434

§il-ERTELEYİCİ ŞART 434

1· Kavram 434

11· Erteleyici şartın hukuki sonuçları 435

1. Şartın askıda bulunduğu döneme ilişkin hukuk, sonuçlar 435

2. Şartın gerçekleşmesi ve buna bağlı hukuki sonuçlar 436

§ 111- **BOZUCU ŞART** 436

1· Kavram 436

11· Bozucu şartın hukuki sonuçları 437

AYIRIM ili

PEY AKÇESİ, CAYMA AKAÇESİ, ÜCRET ALIKOYMA,
CEZAi ŞART

§ **1 - PEY AKÇESİ** 438
§ **11 - CAYMA AKÇESİ** 438
§ **111 - ÜCRET ALIKOYMA** 439
§ **iV - CEZAi ŞART** 439
1- Kavram 439
il- Ceza ile ifa arasındaki ilişki 440
111- Ceza ile zarar arasındaki ilişki 442
iV- Cezanın miktarı ve indirilebilmesi 443

ALTINCI BÖLÜM
ALACAĞIN TEMLİKİ VE BORCUN NAKLİ

§ **1- ALACAĞIN TEMLİKİ** 445
I- Genel olarak 445
il- isteğe bağlı temlikln şartları 448
1. Yazılı sözleşme 448
2. Temlikin menedilmemiş olması 449
111- Temllkln hukuki sonuçları 450
1. Temiikin kapsamı 450
2. Borçlunun hukuki durumu 451
a} lyiniyetle önceki alacaklıya ödeme 451
b} Anlaşmazlık halinde alacağın mahkemeye yatırılması 452
c} Def'i ve itirazların ileri sürülebilmesi 452
3. Alacağı temlik edenin sorumluluğu 454
a) Alacağın varlığından sorumluluk 454
1. Bedel karşılığı temliklerde 454
2. Bedelsiz temliklerde 454
3. Yasa gereği temliklerde 454
b) Borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumluluk 455
c) Sorumluluğun kapsamı ..... 455.
d} İfa amacıyla temlik 455
iV- Özel hükümlerin saklılığı 456

§ il- **BORCUN NAKLİ** 456
1- Genel olarak 456
11- Borcun iç yüklenilmesi 457
111- Borcun dış yüklenilmesi 458
iV- Borcun naklinin hukuki sonuçları 459
1. Borçlunun borçtan kurtulması 459
2. Borcun yan haklarla birlikte geçmesi 459
a) Kural 459
b) istisnalar 460
3. İtiraz ve def'ilerin ileri sürülebilmesi 460

Ş_W

.....461
V- Borcun nakli sözleşmesinin iptali.....:.....itmesi 461
VI- Bir malvarlığının veya bir işletmenin aktif ve pasıfı ıle de 463
VII- İşletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi 463
Vil' - S kai ı kurailar 465
KAVRAM ENDEKSİ 474
Prof. Or. Safa Reisoğlu'nun Yayınlanmış Kitapları .....

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
Ad. Oerg.	: Adalet Dergisi
a.g.e.,	: Adı geçen eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Ank. Bar. Derg.	: Ankara Borosu Dergisi
agm.	: Adı geçen makale
APS	: Avrupa para sistemi
Bank.Kan.	: 19.10.2005 tar. ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
BK.	: Borçlar Kanunu
BK.Tas.	: Borçlar Kanunu Tasarısı
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bk.	: Bakınız
C.	: Cilt
CCS.	: Code Civil Suisse
EURO	: Tek para sistemine dahil olan Avrupa Birliği'ne üye devletlerin ortak parası
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HO.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İc. ve it. Kan.	: İcra ve İflas Kanunu
içt. Kül.	: Tevhidi İçtihad Külliyatı. 1930-1960. **Ankara** 1960. Ertürk - Doğruer - Tüzün
İst. Bar. Derg.	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
K.T.K.	: Karayolları Trafik Kanunu
Karş.	: Karşılaştırınız
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
JT.	: Journal des tribunaux
Legal	: Legal Hukuk Dergisi
md.	: **Madde**

MK.	: 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren "Türk Medeni Kanunu·
Olgaç. İBK	: Senai Olgaç, Yargıtay içtihadı Birleştirme Kararları. Hukuk Genel Kurulu Emsal İçtihadları {Borçlar Hukuku Bölümü). İstanbul 1969.
Olgaç, Borç. Kan.	: Senai Olgaç, Emsal içtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara 1976.
Resmi Kar. Derg.	: Resmi Kararlar Dergisi
RG.	: Resmi Gazete
AO.	: Recueil otticiel des arrets du Tribunal Federal.
sh.	: Sahife
Tic. Kan.	: Türk Ticaret Kanunu
TSN.	: Tapu Sicil Nizamnamesi
Uygur	: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt 1-8, Ankara 2003.
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
Yarg.	: Yargıtay
Yargı Dünyası	: Yargı Dünyası, Aylık, içtihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi
Yar. Kar. Derg.	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTL	: Yeni Türk Lirası

Not: Sadece yazarlarının ismi belirtilmek suretiyle anılan kitaplar, bibliyografyada zikredilmiş olan eserlerdir (Bk. sh. 42-43)

BORÇLAR HUKUKU

BİRİNCİ BÖLÜM
BORÇLAR HUKUKUNA GİRİŞ

1- BORÇLAR HUKUKU ve BORÇ KAVRAMI

Borçlar hukuku, borç ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünüdür. Hukukumuzda"borç" deyimi iki ayrı anlam taşır: 1) Geniş anlamda borç veya "borç ilişkisi", 2) Dar anlamda borç.

1) **Geniş anlamda borç veya "borç ilişkisi":** Borçlar Kanunumu;:, Roma hukukundan gelen "geniş anlamda borç veya borç ilişkisi" kavramını ta nımlamamış, biliniyor saymıştır. Borç ilişkisi (obligation), iki taraf arasındakı bir hukuki bağdır ki, bu bağ gereğince, taraflardan biri (borçlu), birşey verme veya yapmak veya yapmamak, yani bir edimi yerine getirmek borcu altına gırer, diğer taraf (alacaklı) ise, borçlunun borcunu ifa etmesini istemek hakkına sahip olur. Böylece, bir borç ilişkisinde üç temel unsur söz konusu olacaktır: a) Bir edimi yerine getirmekle yükümlü olan *"borçlu",* b) Borçlunun borcunun konusu olan *"edim"* [1], c) Borcun ifasını, edimin yerine getirilmesini istemek hakkına sahip bulunan *"alacaklı".*

2) **Dar anlamda borç:** Dar anlamda borç (dette), bir borç ilişkisindeki çeşitli borçlardan (alacaklarqan) her birini ayrı ayrı ifade eder.

Bir borç ilişkisinde, yalnız (dar anlamda) bir borç (alacaklı yönünden, bir alacak) söz konusu olabileceği gibi, çok kere görüldüğü üzere, birden fazla karşılıklı borç ve alacak da mevcut olabilir. Örneğin, "bağışlama vaadi"nde yalnız bir taraf borçlu olduğu halde, bir alım-satım sözleşmesinde her iki taraf da borçlu ve alacaklı durumdadır.Aile B arasında yapılan satış sözleşmesi uyarınca A radyosunu 200 YTL.'na B'ye satacaksa, satış sözleşmesinin tamam olmasıyle birlikte, Aile B arasında, karşılıklı borç ve alacak doğuran bir "borç ilişkisi" meydana gelecektir. Bu borç ilişkisinde, A radyoyu B'ye teslim etmek, radyonun mülkiyetini B'ye nakletmek (dar anlamda) borcu altında-

---

1) "Edim" deyimi, Almanca'da **"Lelstung",** Fransızcada **"prestation"** kelimeleriyle ifade edilmiştir. Türk hukukunda **"eda, "ödem",** tabirleri de kullanılmıştır.

dır. A'nın borcu, B yönünden radyonun kendisine teslimini, mülkiyetinin naklini isteme hakkını veren bir "alacak"tır. Buna karşılık, aynı borç ilişkisi (satış sözleşmesi) uyarınca, B'de A'ya 200 YTL. ödemek "borcu" altındadır. Bu borç, A yönünden bir "alacak" teşkil edecektir.

Borcun konusu olan edim, satıcının borcunda olduğu gibi *birşey vermeye;* bir elbisenin dikilmesi, bir evin inşaası borcunda olduğu gibi *birşey yapmağa;* rekabet etmeme borcundaki (Bk. BK. m. 348) gibi, *birşeyden kaçınmaya* ilişkin bulunabilir.

Edim, bir hizmetin ifasında, ressamın bir tablo yapmasında olduğu gibi borçlunun bedeni veya fikri gücüyle yerine getirilecekse *"şahsi edim"den,* bir malı teslim etme borcunda olduğu gibi, malvarlığıyla ifa edilecekse *"maddi edim"den* söz edilir. Şahsi nitelikteki edimler yerine getirilmediği (örneğin, ressam sözleşme uyarınca resmi yapmayı reddettiği) takdirde, alacaklı (prensip olarak) zarar ziyan istemek hakkına sahip olur. Bu suretle şahsi edimin yerini maddi edim alır.

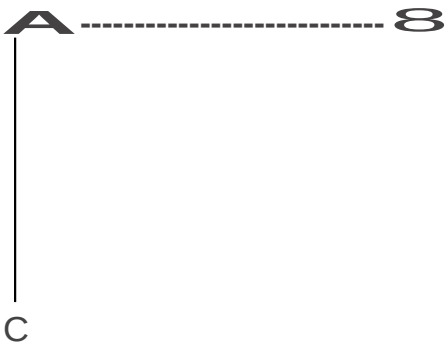
11- BORÇ İLİŞKİSİNİN NİSBİ NİTELİĞİ

1. Genel olarak

a) Özel hukukta haklar çeşitli açılardan ayırıma tabi tutulabilir. Bir ayırıma göre, haklar *"mutlak haklar"* ve *"nisbi haklar"* olmak üzere iki kısımdır. Mutlak haklar (örneğin mülkiyet hakkı) herkese karşı ileri sürebildiği halde, nisbi haklar sadece borç altına giren kişi veya kişilere karşı dermeyan olunabilirler.

Bir borç ilişkisinden doğan talep hakkı (alacak hakkı) "nisbi hak" niteliğindedir. Böylece, alacak hakkı ancak, o borç ilişkisi uyarınca borçlu durumda bulunan **kişi** veya kişilere karşı ileri sürülebilir ve sonuç olarak, alacak hakkı ancak borçlu tarafından ihlal olunabilir (zedelenebilir). Diğer bir deyişle, borç ilişkisinin dışında kalan kişiler (üçüncü şahıslar), borç ilişkisinden doğan haklara yabancıdırlar, alacak hakkı onlara karşı ileri sürülemez, onların alacak hakkını ihlal etmesi de söz konusu olamaz. Aşağıdaki örneklerde alacak hakkının nisbi niteliği açıkça görülmektedir:

Aile B arasında bir alım-satım sözleşmesi yapılsa, bu suretle A radyosunun mülkiyetini B'ye devretme borcu altına girse, fakat, radyoyu B'ye teslim etmeden önce C'ye satıp teslim etse, radyonun mülkiyeti C'ye geçer.



B, C'ye karşı bir dava açarak radyonun kendisine teslimini veya tazminat ödenmesini isteyemez. **C,** Aile B arasındaki satış sözleşmesini bilmiş olsa dahi, kural olarak, durum değişmez 2. Aynı şekilde, A radyosunu B'ye kiralasa, kira süresi sona ermeden radyoyu C'ye satıp mülkiyetini devretse, B radyoyu (kira sözleşmesi devam ettiği halde) yeni malike, C'ye teslim etmek zorundadır (BK. m. 254). B, kira sözleşmesine uymasını yeni malik C'den isteyemez. Satış veya kira sözleşmesi uyarınca, B'nin kendi borcunu yerine getirmiş yani satış veya kira bedelini ödemiş olması da sonucu değiştirmez. Zira, her iki örnekte de, B sözleşmeden (borç ilişkisinden) doğan bir alacak hakkına (talep hakkına) sahiptir. Bu alacak hakkı ise, ancak, sözleşme uyarınca borç altına giren şahsa, yani örneklerimizde A'ya karşı ileri sürülebilir. Borç ilişkisinin dışında kalan üçüncü şahsa (örneklerimizde C'ye) karşı dermeyan edilemez 3.

b) Borç ilişkisinden (sözleşmeden) doğan alacak hakkı, alacaklıya eşya üzerinde doğrudan doğruya bir hak (bir ayni hak) bahşetmez. Diğer bir deyişle, Türk ve İsveç hukukunda mülkiyet (ve diğer ayni haklar) sözleşme ile kazınılmaz. Sözleşme mülkiyetin devrine ilişkin bulunuyorsa, alacaklı, sözleşmenin tamamlanmasiyle birlikte ancak, mülkiyetin kendisine devredilmesini borçludan isteme hakkına sahip olur. Mülkiyet, menkul (taşınabilir) mallarda zilyedliğin devriyle, gayrimenkul mallarda ise tapu siciline tescil ile alacaklıya geçer. Örneğin, A radyosunu B'ye 200 YTL.'na satmışsa, Aile B arasındaki satış sözleşmesinin tamam olması, yani Aile B'nin satış sözleşmesine

---

2) Bununla beraber, ikinci alıcı (C), ahlaka aykırı bir davranışla sadece ilk alıcıyı (B'yi) zarara sokmak amacını güderek malı satın almışsa, birinci alıcı {B), BK. m. 41/2 uyarınca {istisnai bir hal olarak) malı sonradan satın alana (C'ye) karşı bir tazminat davası açabilir. Bu takdirde hakim, "tazminatın şeklini ve kapsamını tayin" yetkisini kendisine veren BK. m. 43'e dayanarak, sonraki alıcıyı, malı "aynen" ilk alıcıya iadeyi de mahkum edebilir.

3) B'nin A'ya karşı bir dava açarak sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle tazminat isteme hakkı saklıdır.

ilişkin olarak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunmaları ile B radyonun mülkiyetini kazanmaz. Radyonun zilyetliği A tarafından B'ye devredilmediği sürece radyonun maliki, satış sözleşmesinin yapılmış olmasına rağmen A'dır. B, ancak, radyonun zilyetliği kendisine devredildiği, radyo kendisine teslim edildiği zaman radyonun mülkiyetini iktisap edecektir. Radyonun mülkiyetini iktisap ettiği andan itibaren de, B radyo üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen bir mutlak hakka sahip olacaktır.

2. Tapu sIcIllne şerhedilmlş şahsi -kişisel- haklar.

Şahsi hakların (alacak haklarının) borç ilişkisinin dışında kalan üçüncü **kişilere karşı** ileri sürülememesi prensibinin kesin olarak uygulanması, özellikle gayrimenkullere (taşınmaz mallara) ilişkin uygulamada bazı sakıncalar doğurduğundan, Kanun Koyucu, bir kısım şahsi hakların istisnai olarak (tapu siciline şerh yoluyla) üçüncü şahıslara karşr da etkili olabilmesini sağlamak zorunluluğunu duymuştur. Medeni Kanunumuzun 1009. maddesine[4] göre, taşınmaz mallara ilişkin sözleşmelerden doğan, *arsa payı karşılığı inşaat, satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım hakları ve şerhedilebileceği Kanunda açıkça öngörülen (serbest dereceden istifade hakkı* gibi, MK. m.871/3) şahsi (kişisel) haklar, tapu siciline şerh yoluyla, o gayrimenkul üzerinde sonradan hak iktisap eden kişilere karşı ileri sürülebilir. Doktrinde geniş ölçüde benimsenen görüşe göre, şahsi hakkın şerhedilmesi ikili bir etkiye sahiptir *1- Şerh ile şahsi hak "eşyaya bağlı borç".a dönüşür. Eşyanın maliki kimse, borçlu odur. Şerhten sonra gayrimenkul devredildiği takdirde, yeni malik, borç ilişkisinde (örneğin kira sözleşmesinde) eski malikin yerini alır, eski malik borcundan kurtulur.* Böylece, her malik, kendi mülkiyet dönemi için borç ilişkisine taraf olur ve bu sıfatla borcu ifa ile yükümlüdür. 2- Bir şahsi hakkın şerhedilmesi, malikin, taşınmazını devretmesini engellemediği gibi, sınırlı bir ayni hakla (ipotek vs.) kayıtlamasına da mani olmaz. Ancak, *malik şerhten sonra taşınmazı üzerinde sınırlı bir ayni hak tesis etmişse, şerhedilmiş şahsı hakların* (örneğin serbest dereceden istifade hakkının) *sahipleri, haklarını, sonradan tesis edilen bu sınırlı ayni hakların sahiplerine karşı ileri sürebilirler, kendilerine zararı dokunduğu ölçüde bu sınırlı ayni hakların terkinini istiyebilirler.* Önemle belirtmek gerekir ki, sadece kanunun açıkça şerhine müsaade ettiği şahsi haklar, tapu siciline şerh yoluyla, o taşınmaz üzerinde sonradan iktisap edilen hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Kanunen şerhi mümkün olmı-

---

4) 17.2.1926 tarih ve 743 sayılı "Türk **Kanunu Medenisi"** yürürlükten kaldırılmış ve onun yerine 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı **"Türk Medeni Kanunu" 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir** (Bk. RG. 8.12.2001). "Borçlar Hukuku" **kitabımızın bu basısında atıfta** bulunulan **Medeni Kanun maddeleri, yeni Medeni Kanunu'muzun maddeleridir.**

yan_bir ◆ahsi ha◆, yanlışlıkla tapu siciline şerh verilmiş olunsa dahi, yeni hak sahıplerıne karşı ıleri sürülemez s.

111- BORÇ ve SORUMLULUK

1. Genel olarak

Bir edimi yerine getirmekle yükümlü olan borçlu borcunu ifa etmezs◆, al◆caklı, Devlet zoruyla alacağını veya alacağının yerine geçecek o◆a◆bir ◆ktar para◆ elde_ etmek hakkına sahiptir. Buna *"borçlunun s_o◆urryuı◆gu* de nır. Borcun ıfası hıç bir devirde sadece borçlunun arzusuna, ıyı nıyetıne bırakılmamıştır.

Günümüzde, borçlu borcun yerine getirilmesinden, esas itibariyle, sadec◆'m.◆ varlığı" ile soruml◆dur. Diğer bir deyişle, borçlu, borcun◆ ◆◆ndi ıra sıyle odemezse, alacaklı, icra ve İflas Kanununa göre Devlet gucund◆◆ yararlanarak borçlunun mallarına elkoymak suretiyle alacağını elde edebılır. Elkonulan mal doğrudan doğruya borcun konusunu teşkil edebilir. Bu ta◆dirde m◆ aynen alacaklıya teslim edilir. örneğin, A, radyosunu B'ye satmasına ragmen radyoyu B'ye teslim etmekten kaçınıyorsa, B cebri icra yoluyla radyonun kendisine verilmesini sağlıyabilir. Borcun konusu bir miktar para ise, alacaklı yine cebri icra yoluyla, borçlunun mallarından bir kısmını sattırıp paraya çevirterek alacağını temin edebilir. Buna karşılık, alacaklı, borcun ifasını sağlamak için, kural olarak, borçluyu hapsettiremez. Bugün borçtan "şahıs ile sorumluluk" yoktur.

Borçlunun borcundan yalnız "malvarlığı" ile sorumlu olması prensibine uzun süren bir gelişmeden sonra ulaşılabilmiştir. Konuya ilişkin olarak Anayasamızın 38. maddesine (3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla) *"Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz"* hükmü eklenmiştir. (RG. 17.10.2001).

2. Sınırsız Sorumluluk

Borçlu borcundan, kural olarak, bütün mallarıyle sorumludur. Alacaklı alacağını elde edemezse, borçlunun, mesleğini ve hayatını devam ettirmesi için zorunlu sayılan eşyasının dışında kalan (Bk. İc. ve İt. Kan. m. 82) bütün

---

5) Şahsi hakların tapu siciline şerhedilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için Bk. **Reisoğlu Safa,** Türk Eşya Hukuku, Cilt 1, 7. bası, Ankara 1984, sh. 200 vd. "Şerhin, şahsi hakkı eşyaya -mülkiyete- bağlı bir borç haline getirdiğine" ilişkin görüşler için Bk. Erel Şafak, Eşyaya Bağlı Borç, Ank. 1982, sh. 205 vd.

mal ve alacaklan haczolunabilir, paraya çevrilebilir. Borçlunun bütün malvarlığını kapsayan bu sorumluluğa "şahsi sorumluluk" denir. "Sınırsız sorumluluk" anlamında kullanılan *"şahsi sorumluluk"* deyimiyle, "şahıs ile sorumluluğu" birbirine karıştırmamak gerekir.

3. Sınırlı Sorumluluk

Prensip, borçlunun "şahsi -sınırsız- sorumluluğu" olmakla beraber, bazı istisnai hallerde, borçlu malvarlığının sınırlı bir kısmıyla sorumludur. Örneğin, başka mirasçı bulunmadığı için miras Devlete kalmışsa, Devlet terekenin borcundan ancak kendisine kalan değerler ölçüsünde sorumludur (Bk. MK. m. 631). Tarafların anlaşarak borçlunun sorumluluğunu belli mallarla sınırlamalarına, örneğin, borçlunun borcundan yalnızca menkul mallarıyla sorumlu olacağını kabul etmelerine de, kural olarak bir engel yoktur.

4. Eksik Borçlar

Borç ve sorumluluğun birlikte söz konusu olması genel kuralına, Kanun koyucu bazı özel sebeplerle istisnalar tanımış, bazı hallerde borcun bir sorumluluk doğurmadığını kabul etmiştir. Diğer bir deyişle, bazı hallerde borç vardır, sorumluluk yoktur. Eksik borçlar (veya tabii borçlar) dediğimiz bu hallerin ortak niteliği; a) borcun mevcut oluşu, b) borçlu tarafından kendi isteğiyle yerine getirildiği takdirde, ifanın geçerli oluşu, c) fakat, borcun ifasının reddedilmesi halinde, alacaklının dava ve cebri icra yoluyla borcun ifasını sağlayamamasıdır.

•*ifa edilebilme, fakat dava edilememe"* şeklinde özetlenebilecek olan ortak **nlefid'erin** dışında eksik borçlar birbirinden farklı hükümlere tabidirler. Eksik **buı\Sdan** en önemlilerine aşağıda kısaca değinilmiştir.

a) Kumar ve bahis borçları

Bf<. m. 504'e göre *"kumar ve bahis bir alacak hakkı doğurmaz".* Kumar ve bahis borcunun ödenmesi için dava açıldığı takdirde, dava makemece (kumar borcu bir senet ile tesbit edilmiş ve ifası vaadedilmiş bulunsa dahi} resen reddolunur. Fakat, borçlu kumar borcunu kendiliğinden öderse bu ödeme geçerlidir, ödenen para BK. m. 62'ye dayanılarak geri istenemez (Bk. m. 505/2). Kumar veya bahis için bilinerek verilen avanslar veya ödünç paralar da ayni hükümlere tabidir,'bu avans veya ödünç paralar bir alacak hakkı vermez (Bk. BK. md. 504} 6.

6) Bk. Yarg. 13. HD. 28.9.1998, K. 98/7127 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1658 vd.)

b) Evlenme tellallığı

Tellal, genel olarak, ücret karşılığında bir sözleşmenin yapıl[illegible]ası ola[illegible]ğını hazırlayan veya sözleşmenin yapılmasına aracılık etmekle görevlendirilen kişidir (BK. m. 404). Yaptığı hazırlık veya aracılık sonunda sözleşme gerçekleşince tellal ücrete hak kazanır (BK. m. 405). Ancak, Kanun Koyucu evlenme tellallığında özel bir kurala yer vermeyi uygun görmüş, "evlenme tellallığı ücrete hak bahşetmez (BK. m. 408)" hükmünü getirmiştir..Böyl[illegible]c[illegible]. evlenmeye aracılık eden kimse, evlenme meydana geldiği takdırde bır ucret ödenmesini dava ve icra yoluyla isteyemez. Fakat, taraflar kendi aruzlarıyla bir ücret öderlerse, bu ödeme geçerlidir, "borç olmıyan şeyin ödenmesi" niteliğinde değildir, geri istenemez.

c) Zamanaşımına uğramış borçlar

Alacak, alacağın muaccel (istenebilir) olduğu tarihten itibaren belli bir süre içinde talep edilmelidir. Bu süre geçince alacak zamanaşımına uğrar. Zamanaşımına uğramış bir alacağın borçlusu, alacaklı borcun ifasını istediği takdirde, "zamanaşımı def'i"nde bulunarak borcu ifadan kaçınabilir. Fakat borçlu zamanaşımına uğramış borcunu kendi arzusu ile ifa ederse, bu ödeme geçerlidir ve bağışlama niteliğinde değildir. Zamanaşımına uğramış borcunu ödeyen borçlu ödeme anında borcun zamanaşımına uğradığını bilmemiş olsa dahi, sebepsiz iktisap hükümlerine dayanarak verdiğini geri isteyemez (BK. m. 62). Zamanaşımına uğramış bir borcun ifası için alacaklı dava açmışsa, hakim "zamanaşımını" kendiliğinden gözönünde bulunduramaz. Borçlunun zamanaşımı def'inde bulunması gerekir (BK. m. 140).

d) Ahlaki görevlerden doğan borçlar

Yerine getirilmesi zorunlu hukuki görevlerin yanında, bir kısım ahlaki görevler de vardır. Örneğin Medeni Kanunumuza göre, herkes yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile, erkek ve kız kardeşlerine yardım etmekle yükümlüdür (MK. m. 364). Bu hukuki bir borçtur ve icabında ifası dava ve cebri icra yoluyla sağlanabilir. Fakat uzak bir akrabaya sıkıntıya düşmüş bir dosta, anasız babasız kalmış bir çocuğa yardım etmek ancak ahlaki bir borçtur. Ahlaki bir borcun yerine getirilmesi dava yoluyla istenemez. Fakat ahlaki bir borç kendiliğinden yerine getirilmişse bu ödeme geçerlidir. Ahlaki bir borcu yerine getiren kimse hataen kendini hukuken borçlu zannetmiş olsa dahi verdiğini geri isteyemez (BK. m. 62). Ahlaki bir borcun yerine getirilmesi bağışlama niteliğinde de değildir (BK. m. 234/3).

iV- İTİRAZ ve DEF'İ

ita talebiyle karşılaşan borçlu çeşitli yollarla kendini savunup, ifadan kaçınabilir.

1. Borçlu, herşeyden önce, alacağa esas teşkil ettiği ileri sürülen olayın varlıOını reddedebilir. Örneğin, A, B'den aralarındaki satış sözleşmesi uyarınca radyonun teslimini talep ediyorsa, B, Aile bir satış sözleşmesi yapmadığını, böylece **A'ya** karşı borç altında bulunmadığını iddia edebilir.

2. Alacaklının talebine esas teşkil eden olayın varlığında bir anlaşmazlık **yoksa,** sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu, ya alacıklının hakkının varlı-

na itiraz edecek veya özel sebepler dolayısiyle borcunu ifadan kaçınma hakkına sahip bulunduğunu ileri sürecektir.

a) Borçlu, *alacaklının hakkının doğmadığı veya hakkın artık mevcut olmadığı iddiasında ise, bir "itiraz" söz konusudur.* Örneğin borçlu, alacaklı ile bir sözleşme yaptığını kabul ediyor, fakat sözleşme sırasında temyiz kudretinden yoksun bulunması sebebiyle sözleşmenin hükümsüz olduğunu, böylece bu sözleşmeden bir alacak hakkı doğmadığını ileri sürüyorsa veya sözleşmeden doğan alacak hakkının ifa sebebiyle sona erdiğini, yani borcunu ödemiş bulunduğunu iddia ediyorsa, alacaklının talebine karşı itiraz dermeyan ediyor demektir.

Borçlu, mahkemede itirazına esas teşkil eden olayları (örneğin, ehliyetsizliğini *veya* borcun ifa edildiğini) ileri sürecek *ve* alacaklının inkarı halinde tabiatıyla iddiasını ispat edecektir. Bununla beraber, borçlu, alacaklının hakkının mevcut olmadığını gösteren olayları ileri sürmemiş olsa dahi, hakim bunları kendiliğinden dikkate almakla yükümlüdür.

b) *Borçlu alacaklının hakkını kabul ediyor, fakat özel sebepler dolayısiyle borcu ifadan kaçınmak hakkına sahip bulunduğunu ileri sürüyorsa, "def'i"den* sözedilir.

Def'i bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Borçlu tek taraflı irade beyanıyla def'iden vazgeçebilir. Borçlu, bir irade beyaniyle hakkını kullanmadığı, örneğin, "zamanaşımı def'i"ni dermeyan etmediği takdirde, hakim kendiliğinden borcun zamanaşımına uğradığını, bu sebeple borçlunun ifadan kaçınabileceğini gözönünde bulunduramaz.

Borçlu, çeşitli def'ilerin dermeyanı yoluyla, devamlı veya geçici olarak borcun ifasından kaçınabilir. Örneğin, zamanaşımı def'i borçluya kesin *ve devamlı* olarak ifadan kaçınma hakkını verdiği halde, ödemezlik def'inde (BK. m. 81} borçlu ancak geçici bir süre için ifada kaçınmış olur.

V- BORÇLAR KANUNU

1. Borçlar Kanununun yürürlüğe konuşu

Bor_çlar hukukumuzun ana kaynağı olan 544 maddelik Bor[illegible]r Kanun_umuz lsvı?r Borçlar Kanunundan alınmış ve Medeni Kanunla bırlıkte 4 [illegible]kım 1926 tar'.[illegible]nde yürürlüğe girmiştir. Borçlar Kanunumuzun 544. [illegible]add[illegible]_sında yer alan Medenı Kanununun tamamlayıcısı olan bu kanun" şeklındekı ıfadeden de anlaşılacağı üzere, Borçlar Kanunumuz Medeni Kanunun devamı, miras hukuku, eşya hukuku gibi, Medeni Kanunun bir kitabı niteliğindedir. Borçlar Kanunun Medeni Kanundan ayrı olarak kabul edilişinin, madde numaralarının (1) den başlanmasının, bu suretle Medeni Kanunun madde numaralarını takip etmeyişinin nedeni, İsviçre'de Borçlar Kanununun ve Medeni Kanunun birbirinden farklı bir tarihi gelişme göstermesidir.

İsviçre Federal Borçlar Kanunu 1881 tarihlidir. İsviçre Medeni Kanunu ise 1907 yılında kabul edilmiş ve 1 Ocak 1912'de yürürlüğe girmiştir. 1881 tarihli Borçlar Kanununun 1-551. maddeleri Medeni Kanuna uygunluğu.sağlamak üzere 1911 tarihinde revizyona tabi tutulmuş ve İsviçre Borçlar Kanunu yeni şekliyle, Medeni Kanunla birlikte 1 Ocak 1912'de yürürlüğe konmuştur.

Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanununun 1911 tarihinde değiştirilmiş olan (fransızca) metninden alınmıştır. İsviçre Borçlar Kanununun "ticaret şirketlerine, kıymetli evraka ve ticaret Unvanlarına" ilişkin üçüncü kısmı Borçlar Kanunumuza alınmamış, bu konular ayrı bir kanunda, Tıceret Kanunumuzda düzenlenmiştir.

1926 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Kanunumuzda önemli değişiklik 1 Ocak 1957 tarih ve 6753 sayılı "Türk Tıcaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun"un 51. maddesiyle yapılmıştır.

Bu değişiklikle:

A) Borçlar Kanununun 104. maddesinin son cümlesi, 308. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi, nakliye sözleşmesine ilişkin 431-448. maddelerinin tamamı ve 473, 477. maddelerinin 2. fıkraları yürürlükten kaldırılmış;

b) Borçlar Kanununun haksız rekabete ilişkin 48. maddesine 2. fıkra eklenmiş, beş yıllık zamanaşımını düzenleyen 126. maddesinin 3. bendi değiştirilmiş, bu maddeye ayrıca 4. bent eklenmiş, 179 ve 180. maddeler yeniden yazılmış, 332. maddeye 2. fıkra, 404. maddeye 3. fıkra eklenmiş, 430. madde değiştirilmiş, 453. maddeye 3. fıkra, 530. maddeye 2. fıkra ilave edilmiş, 416-429. maddelerde geçen (amir} sözleri, (müvekkil} olarak düzeltilmiştir.

Daha sonra, 8.7.1981 tarih ve 2486 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 11O. maddeye bir fıkra eklenmiş, 4.12.1984 tarih ve 3095 sayılı kanunla Borçlar Kanunundaki faiz ve temerrüt faizi oranları değiştirilmiş, 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla da 49. madde yeniden düzenlenmiştir. Son olarak, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunla Borçlar Kanununun 83. maddesine bir fıkra eklenmiş, 3095 sayılı Yasaya da "yabancı para borcunda faiz"e ilişkin olarak 4/a maddesi ilave edilmiştir.

2. Borçlar Kanununun sistematiği

Borçlar Kanunumuz 1- UmumT hükümler (m. 1-181), 2- Akdin muhtelif nevi'leri (m. 185-544) olmak üzere iki büyük kısımdan meydana gelmiştir.

a) Umumi (genel) hükümler

Borçlar Kanunumuzun bütün borç ilişkilerine uygulanacak olan "umumT hükümler" kısmı aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

Birinci Bab

Borçların Teşekkülü

t Fasıl: Akitten doğan borçlar (m. 1-40)

il. Fasıl: Haksız muamelelerden doğan borçlar (m. 41-60)

111. Fasıl: Haksız bir fiil ile mal iktisabından doğan borçlar (m. 61-66)

İkinci Bab

Borçların Hükmü

1. Fasıl: Borçların ifası (m. 67-95)

il. Fasıl: Borçların ödenmemesinin neticeleri {m. 96-108)

11I. Fasıl: Borçla[illegible]n üçüncü şahıs hakkındaki tesiri {m. 109-112)

Üçüncü Bab

Borçların Sukutu (m. 113-140)

Dördüncü Bab

Borçların Nevileri

1. Fasıl: Müsteselsil borçlar (m. 141-148)

il. Fasıl: Şarta bağlıborçlar (m. 149-155)

111. Fasıl: Pey akçesi, [illegible]amanı rücu, ücret tevkifi ve cezai şart (m. 156 - 161)

Beşinci Bab

Alacağın Temliki ve Borcun Nakli (m. 162-181)

b) Aktın muhtelif nev'ilerl

Borçlar Kanunumuzun "akdin muhtelif nev'ileri" başlığını taşıyan ikinci kısmında, esas itibariyle çeşitli sözleşmelere ilişkin özel hükümler yer almıştır. Bununla beraber, bu kısımda "vekaleti olmadan başkası hesabına tasarru!, 410-415"de olduğu gibi sözleşmeden doğmayan borçlar da düzenlenmiştir.

. . . İki ci kısımda özel bir önem taşıdıkları için düzenlenmiş bulunan borç ılışkıleri şunlardır: Satış (m. 182-231); trampa (m. 232 - 233); bağışlama (m. 234-247); kira (m. 248- 298); ariyet (m. 299-305); karz (m. 306-312); hizmet akdi (m. 313-354); istisna akdi (m. 355-371); neşir mukavelesi (m. 372-385); vekalet (m. 386-409); vekaleti olmadan başkası hesabına tasarruf (m. 410-415); komisyon (m. 416-430); ticari mümessiller ve diğer ticari vekiller (m. 449-456); havale (m. 457-462); vedia (m. 463-482); kefalet (m. 483-503); kumar ve bahis (m. 504-506); kaydıhayat ile irad ve ölünceye kadar bakma akdi (m. 507-519); adi şirket (m. 520-544).

VI- TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI

4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren ve halen belli değişikliklerle yürürlükte bulunan *"Borçlar Kanunu'hun* yerini almak üzere Adalet Bakanlığınca hazırlanan *'Türk Borçlar Kanunu Tasarısı"* 24.12.2007 tarihinde Bakanlar Kurulunca kabul edilmiş ve 22.1.2008'de TBMM Başkanlığına sunulmuştur.

TBMM Başkanlığı Tasarıyı 25.1.2008 tarihinde TBMM Adalet Komisyonuna havale etmiştir. Tasarı Komisyonda bir yıl süreyle incelenmiş, belli değişiklikler yapılmış ve bu suretle son şeklini almış bulunan *'Türk Borçlar Kanunu Tasarısı"* 12.1.2009 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderilmiştir.

Ekim-2009'da TBMM'nin gündeminde yer alan *"Borçlar Kanunu Tasarısı"* 206'sı *"genel hükümlere"* ilişkin olmak üzere, toplam 649 maddeden oluşmaktadır. Tasarının 648. maddesine göre, *"Türk Borçlar Kanunu yayını tarihinden üç ay sonra yürürlüğe girecektir."*

VII- BİBLİYOGRAFYA

Türk ve İsviçre Borçlar hukukunun gen⁂ hükümlerine !li_şkin olarak Tü⁂ çe, Fransızca ve Almanwca yaY.ınla⁂m⁂ş,_ ⁂rıınal veya çevırı başlıca kitapıar (monografiler hariç) aşagıda goSterılmıştır.

t- TÜRKÇE KİTAPLAR

Akıntürk Turgut, Borçlar Hukuku, İst. 2007; **Akyol Şener,** Borçlar Hu. **kuku,** Genel Hükümler, ist. 1995; **Arsebük Esat,** Borçlar Hukuku, 3. bası.An. kara 1950; Arık Fikret, Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, Ankara 1964- **Ataay Aytekin,** Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Bi⁂inci yarım, 3. Bası, j; tanbul 1981; **Aybay Aydın,** Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1995; **Becker** Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, (çev. B. Olcay-K. Reisoğlu-O. Tolun, S'. Özkök, Ankara 1967-1969); **Birsen_Kemalettin,** Borçlar Hukuku Dersleri. Borçların Genel Hükümleri, 4. b⁂sı, İstanbul 1967; **Eren Fikret,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 9. bası, İstanbul 2006; **Esener Turhan,** Borçlar Hukuku, Akidlerin Kuruluşu, ve Geçerliliği, BK. m. 1-40, Ank⁂ra 1969; **Feyzioğ. ıu Necmeddin Feyzi,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul C. 1, 2.Bası 1976, C. il, 1977;**Gönensay Samim,** Borçlar Hukuku, Cilt 1, İstanbul 1948; **inan Ali Naim,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1984; **Kaneti Selim,** Isviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuk⁂Kararları (1955-1964), I Borçların Genel Hükümleri, Ankara 1968; **Kaplan Ibrahim,** Borçlar Hukuku Dersleri, 2. bası, Ankara, 2001; **Karahasan Mustafa Reşit,** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981; **Kılıçoğlu Ahmet,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, Ank. 2005; **Oftinger,** Borçlar Kanununun Genel Kısmına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, (Çev. Kemal Dayınlarlı), Ankara 1990; **Oğuzman Kemal,** Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt 1, İstanbul, 4. Bası, 1987, C. il. İstanbul. 1991; **Oğuzman K.** - **Öz T.,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. bası, ist. 2005; **Olgaç Senai,** Kazai *ve* İlmi İçtihadlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel Hükümler, 4. Bası, c. 1-11 Ankara 1976; **Olgaç Senai,** Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ve Hukuk Genel Kurulu Emsal içtihadları, İstanbul 1969; **Olgaç Senal,** Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara 1976; **Oser-Schönenberger,** Borçlar Hukuku (çev. R. Seçkin-F. Ayiter, Ankara 1947); **Reisoğlu Seza,** Bankacılık Yönünden Borçlar Hukuku Kuralları, Ankara, 3. Bası 1977; **Schwarz,** Borçlar Hukuku Dersleri (çev. B. Davran), İstanbul 1948; **Saymen F.H.** - **Elbir H.K.,** Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1958; **Serozan Rona,** İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İst. 2002; **Tandoğan Haluk,** Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961; Tandoğan Haluk, Kusura Dayanmayansözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981; Tekil Fahiman, Borçlar Hukuku, İstanbul 1981; Teki•

nay Selahaddin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul 5. Bası, C. 1-11, 1985 (7. bası, 1993, Sasıyı hazırlayanlar, **Tekinay, Akman, Burcuoğ_lu, Altop); Tunçomağ Kenan,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, Istanbul 1976; **Uygur Turgut,** Açıklamalı - İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. 1-6, Ank. 1990, 2. Bası, Cilt 1-8,..Ankara 2003; **Velidedeoğlu-Özdemir,** Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Ozel) Ankara 1987; **Velidedeoğlu, H. V. - Kaynar R.,** Borçlar Hukuku, 3. Bası,. Istanbul 1960; **Von Tuhr,** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (çev. C. Edege, Istanbul 1952; 2. Bası Ankara 1983).

il- **FRANSIZCA** VE **ALMANCA** KİTAPLAR

Becker, Obligationenrecht, 1. Abteilung: Art. 1-183, 2. Auflage, Bern 1941; **Bucher,** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988; **Deschenaux - Tercier,** La responsabilite civile, Berne 1975 (2. ed. Berne 1982); **Engel Pierre,** Traite des obligations en droit suisse, Neuchatel 1973; 2 eme ed. Bern 1997; **Keller,** Haftpflicht im Privatrecht, 3. Auflage, Bern 1978; **Guhl Theo,** Das schweizerische Obligationenrecht, 5. Auflage, Zürich 1956, trad. française "Le droit federal des obligations" par Rene Des Gouttes, Zürich 1947; **Gauch / Schluep,** Schweizerisches Obliga-tionenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1991; **Guhl /Keller/ Druey,** Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich 1991; **Guhl-Merz-Kummer,** Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage, Zürich 1980; **Honsell / Vogt,** Obligationenrecht 1, 2. Auflage, Zürich 1996; **Martin,** Le co-de des obligations, 1 vol., Lausanne-Geneve, 1919-1923. **Merz,** Obligati-onenrecht, Allgemeiner Teil, Basel/Frankfurt, 1984; **Oftinger,** Schweizerisc-hes Haftpflichtrecht, Zürich 1958-1962; **Oftinger,** Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1969 (2. Auflage, Zürich 1973), trad. française "Jurisprudence du Tribunal federal sur la partie generale du Code des obligations" par R. Jeanprete, Zürich 1970; **Oser - Schönenberger,** Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1-183, Zü-rich 1929; **Rossel,** Manuel du droit federal des obligations, 4° ed. 2 vol., La-usanne/Geneve 1920; **von Buren,** Schweizerisches Obligationenrecht, All-gemeiner Teil, Zürich 1964; **von Tuhr,** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1924-1925; trad. française "Partie generale du code fe-deral des obligations" par de Torrente et Thilo, Lausanne 1929-1931, 2° ed. 1933-1934; **von Tuhr / Seigwart,** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Ob-ligationenrechts, 2. Auflage, Zürich 1924-1944; **von Tuhr / Escher,** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band il, Zürich 1974.

İKİNCİ BÖLÜM

BORCUN KAVNAKLARI

Borçlar eskiden beri kaynaklarına, doğuş sebeplerine göre sınıflandırılmışlardır. Çeşitli ayrımlar yapmak mümkündür. Borçlar Kanunumuz doğuşları yönünden borçları üç kısma ayırmıştır:

1- Sözleşmeden doğan borçlar (M. 1-40);

11- Haksız fiillerden (muamelelerden) doğan borçlar (m. 41-60);

111- Haksız bir fiil ile mal iktisabından doğan borçlar (m. 61-66).

Bu üçtemel kaynağın dışında çeşitli olaylardan doğan başka borçlar da vardır. Orneğin, belli hısımlar arasındaki nafaka borcu **(MK.** m. 364), vekaleti olmadan başkası hesabına tasarruftan doğan borçlar (BK. m. 41O vd.), müşterek malikler veya kat malikleri arasındaki borçlar, ne sözleşmeden ve ne de haksız bir fiilden veya sebepsiz iktisaptan doğmuşlardır. Aynı şekilde, iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmelerin yanında, (hukuki nitelikleri tartışılmakla beraber, ilan suretiyle yapılan vaadlerde -BK. m. 8- ve taşıyana yazılı senetlerde - TK. m. 570 - olduğu gibi) tek taraflı hukuki muamelelerden doğan borçlar da vardır.

AYIRIM 1

HUKUKİ İŞLEMLERDEN, ÖZELLİKLE SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN BORÇLAR

Hukuki işlemlerden (muamelelerden}, özellikle sözleşmelerden doğan borçları ayrıntıları ile incelemeye başlamadan önce, ana çizgileriyle "hukuki işlemleri" incelemek gerekir.

§ 1- HUKUKİ İŞLEMLER

1- GENEL OLARAK

1. Kavram

Hukuki işlem, bir veya birden çok kimsenin hukuki bir sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanıdır.

İrade beyanlarının hukuki bir sonuç doğurabilmesi, tabiatiyle, ancak hukuk düzeninin sınırları, hukuk düzeninin tanıdığı imkanlar içinde söz konusu olacaktır. Hukuk çok kere, yalnızca esaslı noktaları kapsayan irade beyanlarını tamamlayıcı bir rol de oynayacaktır.

2. Hukuki işlemlerin, hukuki olaylar ve hukuki fiiller alanındaki yeri

Hukuk düzeni bir kısım tabiat olaylarına ve insan fiillerine hukuki sonuçlar bağlamıştır. Örneğin, doğum, ölüm, akıl hastalığı gibi tabiat olaylarının, bir borcu ödemek, bir kimseyi yaralamak gibi insan fiillerinin belli hukuki sonuçları vardır. Hukuk düzeninin kendilerine hukuki bir sonuç bağladığı olaylara *"hukuki olay"* denir.

Bir kısım tabiat olayları (örneğin, kar yağması) ve insan fiilleri (örneğin, uyumak gezinmek) ise hukuki bir sonuç doğurmazlar, bunlar "hukuk açısından önemsiz olaylar"dır.

Kendileri□e hukuki sonuç bağlanmış insan fiillerine (ki bunlar □□nı zamanda hukukı olaylardır) *"hukuk, fiil"* denir. Hukuki fiiller bir açıdan ıkıye ayrılır:

a) Hukuka aykırı fiiller: Dar anlamda haksız fiiller ve sözleşmeye aykırı davranışlar bu grubun kapsamına girerler.

b) Hukuka uygun fiiller: Hukuka uygun fiillerin en önemlisi "hukuki işlem□r"dir. Ancak hukuki işlem niteliğinde olmayan hukuka uygun fiiller de vardır. Orneğin "işleme" (MK. m. 775), zilyedliğin devri (MK. m. 977) birer hukuki fiildir. Maddi alanda bir değişiklik meydana getirmek amaciyle yapılan bu fiillerde hukuk düzeni irade beyanına değil, ortaya çıkan değişikliğe belli bir hukuki sonuç bağlamıştır.

11- HUKUKİ İŞLEMLERİN ÇEŞİTLERİ

Hukuki işlemler çeşitli açılardan sınıflandırılabilir:

1. Tek taraflı hukuki işlemler - Çok taraflı hukuki işlemler

a) Tek taraflı hukuki işlemler

Yalnız bir tarafın irade beyanıyla bir hukuki sonuç doğabiliyorsa, bu çeşit işlemlere *"tek taraflı hukuki işlemler"* denir. Medeni Hukukumuzun çeşitli alanlarında tek taraflı hukuki işlemler vardır. Bunlar arasında, örnek olarak, vasiyeti **(MK.** m. 531), mirasın reddini (MK. m. 605), takas beyanını (BK. m. 118), mülkiyet hakkından vazgeçmeyi saymak mümkündür.

Tek taraflı hukuki işlemler de bir açıdan ikiye ayrılır: aa) Ulaşması gerekli tek taraflı hukuki işlemler, bb) Ulaşması gerekmeyen tek taraflı hukuk, işlemler. Bazı tek taraflı hukuki işlemlerin bir şahsa (örneğin, icap, kabul, takas, fesih ihbarı) veya bir resmi makama (örneğin mirasın reddi) yöneltilmesi ve ulaşması gerekir [1]. Diğer bir kısım tek taraflı hukuki işlemler ise, vasiyette (MK. m. 531), sahibi olmıyan gayrimenkullerin işgal yoluyla iktisabında **(MK.** m. 707) olduğu gibi, bir şahsa veya resmı makama yöneltilmeksizin hukuki sonuç doğururlar.

---

1) İrade beyanlarının genellikle bir kimseye yöneltilmesi gerekir. Yöneltilmesi gerekli beyanlar yazılı olarak yapılmışlarsa, karşı tarafa ulaştıkları, karşı tarafın hakimiyet alınına girdikleri (örneğin, mektubun posta kutusuna konduğu) anda hukuki sonuçlarını doğururlar. Karşı tarafın herhangi bir sebeple beyanı öğrenmemiş olması durumu değiştirmez. Sözlü beyanların hukuki sonuç doğurmaları ise, karşı tarafa veya karşı tarafı temsile yetkili kimseye yapılmış olmalarına bağlıdır.

b) Çok taraftı hukuki işlemler

Bir hukuki sonucun doğumu için birden çok kişinin irade beyanına ihtiyaç varsa *"çok taraflı hukukf işlem"* söz konusudur. Çok taraflı hukukı işlemler de iki kısma ayrılabilir: aa) Sözleşmeler, bb) Kararlar.

88) Sözleşmeler (akldler)

Çok taraflı hukuki işlemlerin en önemlisi, iki taraflı bir hukukı işlem olan sözleşmelerdir. Sözleşmelerde tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarına ihtiyaç vardır.

Daima iki taraflı bir hukukl işlem olan sözleşmeler de, kendi aralarında, borç altına giren taraf sayısına göre a} Tek taraflı sözleşmeler, b) İki taraflı sözleşmeler olmak üzere ikiye bölünerler.

a) Tek taraflı sözleşmeler: Bunlar, bağışlama vaadinde (BK. m. 238), kefalet akdinde (BK. m. 483) olduğu gibi yalnız bir tarafı borç altına sokan, diğer tarafa hiç bir borç yüklemeyen sözleşmelerdir.

b) İki taraflı sözleşmeler: Bu tip sözleşmelerde iki taraf da karşılıklı olarak borç altına girer. Alım-satım, kira sözleşmelerinde olduğu gibi, iki taraf da, sözleşmenin niteliği icabı, mutlaka borç altına giriyorsa *"zorunlu olarak iki taraflı sözleşmeler"* den, vekalet (BK. m. 386/3) ve vedia -saklama- (BK. m. 463/2, 464) sözleşmelerinde olduğu gibi, iki tarafın da borç altına girmesi, tarafların bu şekilde anlaşmasına veya bir giderin veya zararın ödenmesi zorunluluğuna bağlı bulunuyorsa *"muhtemelen iki taraflı sözleşmeler"den* söz edilir.

Uygulamada önemli bir yeri olan, fakat Borçlar Kanunumuzda ayrıca düzenlenmemiş bulunan bir sözleşme tipi de **"katılım sözleşmeleri"** (eski deyimiyle, iltihaki sözleşmeler)dir. Bu tür sözleşmelerde, sözleşme yapma çağrısında (icapta) bulunan taraf, ileride çok sayıda yapacağı benzer sözleşmelerde de kullanılmak üzere, sözleşmenin içeriğini geniş ölçüde veya tamamen, önceden, tek taraflı olarak belirler. Diğer taraf, sözleşmenin içeriğini, hükümlerini tartışmak, değiştirilmesini istemek olanağına sahip değildir. Önerilen sözleşmeyi ya aynen kabul edecek veya reddedecektir. Örneğin hava yolları, demiryolları, denizyolları işletmeleri, otobüs firmaları, telefon şirketleri, sigorta şirketleri vs., halka önerdikleri hizmetlere ilişkin sözleşmelerin hükümlerini önceden tek taraflı olarak belirlemekte, bu şartlarla hizmetten yararlanmak isteyenler sadece, şartları tartışmaksızın *"kabul"* etme durumunda kalmaktadırlar 1a.

1a) Ayrıntılı bilgi için, Bk. ileride § 111. Genel işlem koşulları.

bb) Kararlar

Kara-rort□k □ir iş_!e V.'? kanunun açıkça öngördüğü hallerde birden çok ki-□ın_ın vardıgı çozumdur. Orneğin, bir derneğin genel kurulund□ veya katma-lıkleri kurulunda varılan çözümler birer karardır. Kararlarda, sozleşmelerden farklı olarak, iradele-r□arşılıklı değildir ve hepsinin birbirine uy□un ol□ası da çok_kere a!anmaz. Dıger bir deyişle, kararlarda iradeler aynı yo□□edır ve□□ nellıkle çogunluk oylarının birleşmesi hukuki sonucun doğması ıçın yeterlıdır.

2. Borçlandırıcı işlemler- Tasarrufi İşlemler

Hukuki işlemler, borç altına sokmalarına veya bir hakka doğrudan doğ-ruya tesir etmelerine göre, a) Borçlandırıcı (iltizami) işlemler, b) Tasarrufı iş-lemler olmak üzere ikiye ayrılırlar.

Başta sözleşmeler olmak üzere, borç altına sokan (borç yükleyen) bütü!'l hukuki işlemler, "borçlandırıcı işlemler"dir. Buna karşılık mülkiy□tin naklinde, mahdut bir ayni hakkın (örneğin rehin hakkının) tesisinde, alacağın temlikin-de olduğu gibi, bir hakka doğrudan doğruya tesir eden, bir hakkı nakleden ve-ya kayıtlayan veya ortadan kaldıran hukuki işlemler "tasurrufi işlem"dir.

Aralarındaki açık nitelik farkına rağmen, borçlandırıcı işl□mlerle, tasarrufı işlemler arasında yakın bir ilişki mevcuttur. Genellikle tasurrufı işlemden önce, bir borçlandırıcı işlemin varltğına ihtiyaç vardır. Türk Hukukunda, çok kere, ta-sarrufı işlemin kendine bağlanan hukuki sonucu doğurabilmesi, temelinde bu-lunan borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlıdır. Örneğin, bir gayrimenkulün mülkiyetinin devredilebilmesi için önce borçlandırıcı bir işlem olan alım-satım sözleşmesinin tapu memuru önünde yapılması ve sonra tasarrufi bir işlem olan tescilin icrası gerekir. Daha önce de işaret ettiğimiz üzere, alım-satım sözleşmesi taraflara sadece borç yükleyen bir hukuki işlemdir. Gayrimenkulün mülkiyeti tasarrufı bir işlem olan "tapu kütüğüne tescil" ile karşı tarafa geçer. Ancak, tescil ile mülkiyetin geçebilmesi için, tescile esas teşkil eden alım-sa-tım sözleşmesinin geçerli olarak meydana gelmiş olması gerekir. Alım-satım sözleşmesi herhangi bir nedenle (ehliyetsizlik, şekil noksanlığı vs.) geçerli de-ğilse, tescile rağmen mülkiyet geçmez (MK. m. 1024-1025)[2]. Federal Mahke-me taşınabilir (menkul) mallarda da mülkiyet naklinin illi (sebebe bağlı) bir iş-lem olduğunu, zilyedliğin nakline esas teşkil eden borçlandırıcı işlemin (örne-ğin alım-satım sözleşmesinin) geçerli olmaması halinde, zilyedliğin devredil-mesine (malın teslimine) karşın mülkiyetin geçmiyeceğini kabul etmiştir [3].

---

2) Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bk. **Relsoğlu Safa,** Türk Eşya Hukuku, Cilt: 1, Yedin-ci Bası, Ankara 1984, sh. 188 vd.

3) Bk.JT.1930.1.535 vd.; JT.1981.11.517.

3. SaOlar arası hukuki işlemler-Ölüme bağlı hukuki işlemler

Hukuki işlemler, hukuki sonucun doğacağı zaman esas alınarak yapılacak bir ayırıma göre de: a) Sağlar arası hukuki işlemler, b) Ölüme bağlı hukuki işlemler olmak üzere ikiye ayrılacaktır.

Hukuki işlemin sonucu, hizmet, alım-satım, kira sözleşmelerinde olduğu gibi, işlemi yapanların sağlığında meydana gelecekse, "sağlar arası bir hukuki işlem" söz konusu olacaktır. Buna karşılık, vasiyette ve miras mukavelesinde olduğu gibi, hukuki işlem, niteliği icabı sonuçlarını işlemi yapanın ölümünden sonra meydana getirecekse "ölüme bağlı bir hukuki işlem"den söz edilecektir.

111- HUKUKİ İŞLEM EHLİYETİ

Bir hukuki işlemin geçerli olabilmesinin temel koşulu, işlemi yapan kişinin **veya** kişilerin *"fiil ehliyeti'he* (medeni hakları kullanma ehliyetine) veya daha sınırlı bir deyişle *"hukuki işlem ehliyeti'he* sahip olmasıdır [4].

Her insanın *"hak ehliyeti"* (medeni haklardan yararlanma ehliyeti) vardır **(MK.** md. 8/1). Diğer bir deyişle, her insan, hak sahibi olabilir ve borç altına girebilir. Yasal ifadesiyle, *"Bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler"* (MK. md. 8/2). *Hak ehliyeti,* niteliği itibariyle, *"pasif"* bir ehliyettir, *şahsın kendi fiil ve iradesiyle bağlantılı olmaksızın, hak sahibi olabilmesini ve borç altına girebilmesini ifade eder.* Örneğin, yeni doğmuş bir çocuk da medeni haklardan yararlanır, miras yoluyla veya yasal temsilcilerinin aracılığı ile hak sahibi olabilir (bir taşınmazın mülkiyet hakkını edinebilir) ve borç altına girebilir.

Buna karşılık, hak ehliyetine sahip olan, medeni haklardan yararlanan her insan, *kendi irade ve fiili ile* hak sahibi olamaz (örneğin bir malın mülkiyetini edinemez) *ve borç* altına giremez. *Bir kişinin, kendi irade ve fiili ile hak edinebilme ve borç altına girebilme ehliyetine "fiil ehliyeti=medeni* hakları kullanma ehliyeti" denir (MK. md. 9). Meqeni Hukuk açısından, fiil ehliyeti, *"hukuki işlem" ve "haksız fiil"* ehliyetlerini [5] kapsar.

---

4) *"Kişilerin_ehliyeti'he* ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için Bk. **Aklpek-Akıntürk,** Kişiler Hukuku, 4. bası,1st. Eylül/2002, sh. 281-355. **Oğuzman-Seliçl-Oktay,** Kişiler Hukuku, 7. bası, 1st. 2002, sh. 30-80.

5) *"Haksız fiil eh/iyeti"bir* kimsenin, yaptığı haksız fiilin sonucundan sorumlu tutulabilmesini, verdiği zararın kendisine ödettirilebilmesini ifade eder.

Fiil ehliyeti (medeni hakları kullanma ehliyeti) bakımından kişiler dört gruba ayrılabilir:

1) *Tam ehliyetliler,* 2) *Sınırlı ehliyetliler.* 3) *Tam ehliyetsizler,* 4) *Sınırlı ehliyetsizler*

. B_rada, *fiil ehliyetine,* kural olarak, bir kişinin, geçerli hukuki işi öğrenmesi ile sözleşme yapabilme ehliyeti açısından değineceğiz. *"Haksız fiil Ehliyeti* he ılışkın açıklamalar esas itibariyle *"haksız fiillerden doğan borçlar* bölümünde yer alacaktır.

1- Tam ehliyetliler

Tam ehliyetliler, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olup, kısıtlı olmayan kişilerdir.

Bir kişinin, tam olarak medeni hakları kullanabilmesi, geçerli hukuki işlem yapabilmesi, haksız fiillerinden sorumlu tutulması için a) *Ayırt etme gücüne* (eski yasal deyimiyle, *temyiz kudretine)* sahip bulunması, b) *Ergin* (reşid) olması, c) *Kısıtlı* (mahcur) olmaması gerekir (MK. md. 1O; 14).

a) Ayırt etme gücü: Medeni Kanunumuzun 13. maddesinde *"ayırt etme* gücü"tanımlanmıştır. MK. md. 13'e göre, *"yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir".* Böylece, Medeni Kanunumuza göre, ayırt etme gücü *"akla uygun bir şekilde davranabilme yeteneği"dir.*

Bir kimsenin ayırt etme gücünden yoksun sayılabilmesi için, o kimsenin, MK. md. 13'te sözü edilen sebeplerden birinin etkisiyle *"akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun bulunması"* gerekir. Md. 13'te belirtilen sebeplerden biri söz konusu değilse, sevgi, heyecan, merhamet gibi bir duygunun etkisiyle hukuki işlem yapan kimse, "akla uygun" sayılmayacak bir davranışta bulunduğunu ileri sürüp, "ayırt etme gücünün yokluğunu" bu nedenle işlemin geçersiz olduğunu iddia edemez.

"Ayırt etme gücü" hukuki işlemin yapıldığı anda mevcut olmalıdır. Sarhoşluk gibi geçici bir sebeple de olsa, hukuki işlem sırasında ayırt etme gücünden yoksun olan kimselerin yaptıkları hukuki işlemler (örneğin sözleşmeler) geçersizdir.

"Ayırt etme gücü" göreceli bir kavramdır. Diğer bir deyişle, gerek yaş küçüklüğü, gerek akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk hallerinde bir kimsenin *"ayırt etme gücü'he* sahip olup olmadığını, her hukuki işlemi (olayı) ayrı ayrı

doOortendirerek belirlemek gerek!_r ? Ö?neği?sekiz yaşındaki bir çocuk, okul deftor1erini almakta "ayırt etme g?cune sahıp s?yılır. Buna karşılık, aynıçocuk bir otomobil satın alınması soz konusu oldugunda "ayırt etme gücünden yoksun" addolunacaktır. Ayni şekilde, tıbbi açıdan akıl hastası olarak kabul edilen her şahsı, bütün hukuki işlemler için "ayırt etme gücünden yoksun? saymak doğru değildir. Ayırt etme gücünün göreceli niteliği haksız fiillerden sorumlulukta da önemini koruyacaktır.

b) Erginlik: Ayırt etme gücüne sahip olan bir kimsenin *"tam ehliyetli"sa*yılması için, aynı zamanda *"ergin=reşid"* olması gerekir (MK. md. 1O). Medeni Kanunumuzun 11. maddesi uyarınca *"onsekiz yaşını doldurmuş olan kimse ergindirn.*

Onsekiz yaşını doldurmamış olan kimseler (küçükler) istisnai olarak iki halde "ergin" sayılırlar:

aa) *"Evlenme kişiyi ergin kılar"* (MK. md. 11/2). Diğer bir deyişle, 18 yaşını doldurmadan evlenen kimse (Bk. MK. md. 124) evlenmenin hukuken tamamlandığı andan itibaren*uergin"* sayılır. Evlenmenin taraflardan birinin ölümü veya boşanma ile sona ermesi *"ergin"* sayılma durumunda bir değişiklik meydana getirmez.

bb) *Yargısal erginlik: Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla* (onayıyla) *mahkemece ergin kılınabilir* (MK. md. 12). Küçük ana ve babanın velayeti altında ise her ikisinin rızası gerekir. Velayet yalnız anne veya babaya aitse, velayet hakkına sahip olanın rızası yeterlidir. Mahkeme, şartlara göre, çocuğun yararına olacaksa, küçüğü "ergin" kılar. *Mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte, velayet veya vesayet sona erer.*

c) Kısıtlı olmamak: Ayırt etme gücüne sahip ve ergin olan kişilerin *'1am ehliyetli"sayılabilmesi* için, *fiil ehliyetlerinin mahkeme kararıyla kısıtlanmamış olması gerekir.* Kısıtlama nedenleri MK. md. 405-408'de gösterilmiştir. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle işlerini göremiyen veya savurganlık, al-

---

6} Sözleşmenin, hukuki işlemin yapıldığı (örneğin taşınmazın mülkiyetinin devredildiği) anda veya temsilen yapılan işlemlerde, temsil yetkisinin verildiği tarihte, işlemi veya söz1eşmeyi imzalayan *veya* temsil yetkisi veren kişinin *"ayırt etme gücünün"* mevcut olmadığına yönelik iddialar, kural olarak doktor raporuyla kanıtlanmalıdır, sadece tanık beyanına dayanılarakkarar verilmemelidir. Bk. Yarg. 1. HD. 7.11.1988, K. 11736; Yarg. 13. HD. 21.5.1984, K. 3872; Yarg. 1. HD. 25.5.1995, K. 7693 (Kararlar için Bk. **Turgut Uygur,** AÇJklamalı-İçtihatlı, Borçlar Kanunu C. 1, Ank. 2003, sh. 108 vd.). Doktor raporlarının farklı olması halinde, *ayırt* etme gücünün mevcut olup olmadığı Adli Tıp Kurumunca belirlenmelidir. Bk. Yarg. 1. HO. 1.4.1994, K. 4187 (Karar için Bk. **Turgut Uygur** age. sh. **121-122).**

kol veya uyuşturucu bağımlılığının etkisiyle kendisini veya ailesi[illegible] düşürecek durumda olan veya bir yıl veya daha uzun süreli özgurlug[illegible] bagla-yıcı bir ceza almış bulunan veya yaşlılığı, sakatlığı veya ağır hastalıgı nede-niyle işlerini yönetemiyen ergin kişiler kısıtlanır.

Fiil ehliyeti kısıtlanmış olan kişi, kural olarak, ana ve babasının velayeti altına konur (MK. md. 419/3) veya kendisine bir vasi atanır (MK. md. 419/1, ayrıca Bk. MK. md. 413-416). Kısıtlamaya ve vasi atanmasına veya kısıtla-nanın velayet altında bırakılmasına ilişkin karar, kesinleşince, kısıtlının yerle-şim yerinde ve nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan olunur. (MK. md. 41O, 421). *Kısıtlama, iyi niyetli üçüncü kişileri ilandan önce etkilemez* (MK. md. 410/2).

2- Sınırlı ehliyetliler

Kısıtlanmaları için yeterli sebep bulunmamakla beraber, *"fiil ehliyetle-ri'hin* kısmen sınırlanması amacıyla, MK. md. 429'da belirtilen önemli hukuki işlemlerde görüşü alınmak üzere kendilerine *"yasal danışman"* tayin olunan ergin kişiler *"sınırlı ehliyetliler"*grubunu oluştururlar. MK. md. 429'da öngörü-len önemli işler kapsamında, *"dava açma ve sulh olma; taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi, ayni haklarla kayıtlanması; kıymetli evrakın alımı, satı-mı, rehnedilmesi; yapı işleri, ödünç verme ve alma, ana parayı alma, bağış-lama, kambiyo taahhüdü altına girme, kefil* olma"yer almaktadır. Ayrıca aynı maddenin son fıkrasına göre, *"bir kimsenin mal varlığını yönetme yetkisi de gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılabilir".*

Kendilerine yasal danışman tayin edilmiş olan *"sınırlı ehliyetli"* kişilerde asıl olan *"fiil ehliyeti'hin* varlığıdır. Bu kişiler, MK. md. 429'da sayılanlann dı-şında kalan işlemler için fiil ehliyetine sahiptirler. Bunlar, MK. md. 429'da be-lirtilen hukuki işlemleri de kendileri yapacaktır. Ancak, sadece bu işlemlerde, doktrinde *"oy danışmanı"* olarak nitelendirilen yasal danışmanlarının olumlu görüşünü (onayını) almak zorundadırlar. Yasal danışmanın onaylamaması halinde, işlem sınırlı ehliyetli kişiyi bağlamıyacaktır. Oy danışmanı sınırlı eh-liyetli kişinin yasal temsilcisi değildir. MK. md. 429'da öngörülen işlemleri onun adına yapamaz.

Kendisine danışman atanan kişinin mal varlığını yönetme hakkı (MK. md. 429/son uyarınca) kaldırılmışsa, mal varlığı, danışman (doktrindeki de-yimle, *yönetim danışmanı)* tarafından yönetilir, bu taktirde danışman, malvar-lığının yönetilmesine ilişkin işlemlerde *"yasal temsil yetkisine"* sahiptir, bu iş-lemleri tek başına yapabilir.

3· Tam ehllyetslzler

Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk veya benzer sebeplerden biriyle ayırt etme gücünden (akla uygun biçimde davranma yeteneğinden) *yoksun olan kimseler "tam ehliyetsiz"dirler.*

Tam ehliyetsiz kişilerin *"fiil ehliyeti"yoktur* (MK. md. 14). *Bunların yaptıkları hukuki işlemler* (yasalarda gösterilen ayrık durumlar, örneğin MK. md. 145, 146, 156 saklı kalmak kaydıyla) *kendiliğinden geçersizdir, batıldır, hukuki bir sonuç doğurmaz* (MK. md. 15) *1.* Tam ehliyetsiz bir kimsenin yaptığı hukuki işlem, yasal temsilcisinin onayıyla veya işlemi yapan kişinin ayırt etme gücünü kazandıktan (örneğin sarhoşluk hali son bulduktan) sonra işlemi onaylanmasıyla geçerli hale gelmez. isteniyorsa işlemin yeniden yapılması gerekir. Ayırt etme gücü işlem yapıldıktan sonra kaybedilmişse, işlem geçerliliğini korur.

Ayırt etme gücünden yoksun bir kişiyle hukuki işlem yapan kimse iyi niyetli olsa, karşı tarafın tam ehliyetsiz olduğunu bilmese ve bilebilecek durumda olmasa dahi (MK. m. 3), hukuki işlem geçersizdir. Kanun Koyucu MK. m. 15 ile tam ehliyetsiz kimseyi korumuştur s.

Tam ehliyetsiz kimsenin yaptığı hukuki işlemin geçersiz olduğunu taraflardan her biri ileri sürebilir, hakim de kendiliğinden gözönünde bulundurur. Ancak, Yargıtay'ın 9.3.1955 tarihli içtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği üzere, MK. m. 15 ile güdülen amaç ayırt etme gücünden yoksun kimsenin korunmasıdır. 15. madde ayırt etme gücünden (temyiz kudretinden) yoksun kişinin zararına işleyecek bir uygulamaya esas teşkil etmemelidir. Böylece, bir hukuki işlemin, taraflardan birinin ayırt etme gücünden yoksun olması nedeniyle geçersiz sayılması, (mümeyyiz olmayan kimsenin alacağını garanti için yapılmış kefalet sözleşmesinde olduğu gibi) ayırt etme gücünden yoksun kimsenin aleyhine olacaksa, karşı tarafın, MK. m. 15 uyarınca hukuki işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi *hakkın kötüye kullanılması* (MK. m. 2) niteliğindedir. Bu takdirde, işlemin geçerli olmadığına hükmedilemez. Buna karşılık, Yargıtay'ın aynı İçtihadı Birleştirme Kararına göre, ayırt etme gücünden yoksun olan tarafın da, hakkın kötüye kullanılması (MK. m. 2) sayılacak hallerde, MK. m. 15'e dayanarak hukuki işlemin geçersizliğini ileri sürmesi kabul edilemez. Böylece, mümeyyiz olmıyan kimse, ayırt etme gücüne sahip olsa

---

7) Tam ehliyetsiz kişiler de, doğaldırki, miras yoluyla mal edinmede olduğu gibi, kendi irade ve fii[illegible]lerine ihtiyaç göstermiyen hallerde hak sahibi olabilirler, borç altına girebilirler.

8) Bk. iç. Bir. Kar. 28.7.1941 T. ve 4/21 say. (RG. 1941, sayı 4871). Aynı yönde: Yarg. 1. HD. 27.9.2006, K_.2006/9334 (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 1441). Yarg. 1. HD., 10.3.2003, K. 2003/2523 (1st. Bar. Derg. 2004/4, sh. 1668).

idi ?Y[illegible]kild_ehare[illegible]et edecek idi ise, ayırt etme gücünden yoksun olduğu-nu ıleri surerek ışlemın geçersizliğini iddia edemez 9.

Ayırt etme gücünden yoksun bulunan kimse adına (onu temsilen) *hukuki işlemi yasal temsilcisi yani velisi veya vasisi yapar.*

Yasal temsilcisi veli ise 10 ana ve baba velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının y[illegible]sal temsilcil[illegible]ridirler (MK. md. 342/1), çocuklarını temsilen yaptıkları işlemlerin geçerliliği hakimin izin veya icazetine bağlı değildir **(MK.** md. 342/3).

Evlilik '!'evcut iken ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar .(MK. md. 336/1) [10]a..: *lyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin :'.z[illegible]sır.ı[illegible]i[illegible] lem yaptıgını varsayabilirler* (MK. md. 342/2). Ana ve babadan bırının olumu halinde velayet sağ kalan, boşanma halinde çocukların kendisine bırakıldığı tarafa ait olur. (MK. md. 336/3).

Yasal temsilci vasi ise 11, vesayet altındaki şahsı temsilen yaptığı h_ukuki işlemler (MK. m. 462 ve 463 hükümleri saklı kalmak kaydıyla) geçerlidir. Medeni Kanunumuzun 462. maddesinde sayılan (gayrimenkul alım satımı, ödünç verme ve alma, miras taksimi gibi) önemli hukuki işlemlerin geçe_rli olması için sulh mahkemesinin iznine veya onayına ihtiyaç vardır. 463. maddede yer alan (evlatlık olmak veya evlat edinme, mirasın kabul veya reddi, miras sözleşmesi yapılması gibi) kanun koyucunun daha önemli saydığı hukuki işlemler için ise, vasi, sulh mahkemesinin kararını aldıktan sonra asliye hukuk mahkemesinin izin veya onayını almağa da mecburdur. 462. maddede sayılan işlemlerde sulh hakiminin, 463. maddede yer alan hukuki işlemlerde ise sulh ve asliye hukuk mahkemelerinin izin veya onayı sağlanamadığı takdirde, vasinin, vesayet altındaki kimseyi temsilen yaptığı bu hukuki işlemler geçersiz olurlar (MK. m. 451, 465).

---

9) Bk. İç. Bir. Kar. 9.3.1955 T. ve 22/2 sayı.

1O) MK. m. 335 gereğince, "Çocuk, küçük iken ana ve babasının velayeti altınd!:idır. Hakim vasi tayinine lüzum görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalırlar".

1Oa) Yarg. 18.HD.16.2.2009, K. 2009/1111: Evlilik devam ettiği sürece ana *ve* babanın velayeti birlikte kullanacağı öngörülmüştür. Emredici nitelikteki bu yasa kuralı evlilik birliği içinde velayetin kullanılması kapsamında ana ve baba tarafından çocuk adına açılacak tüm davalar yönünden de geçerlidir. Buna göre, asıl olan eşlerin birlikte dava açmaları ise de, bunlardan birisi tarafından açılacak davaya diğer eşin sonradan icazetini bildirip olumlu iradesini ortaya koyması da, velayetin birlikte kullanılması gerçekleşmiş olacağından yeterlidir. Diğer eşin katılımının veya rızasının sağlanamadığı davanın ise reddi gerekir. (Legal, 2009n6, sh. 1256).

11) Velayet altında bulunmayan her küçüğe ve yaşı ne olursa olsun ayırt etme gücünden yoksun kimselere sulh mahkemesince bir vasi tayin edilir (MK. m. 397, 404-405, 413).

Yasal temsilciler (veli veya vasiler), *kişiye sıkı sıkıya bağlıhak*[rd]*a(*neğin, nişanlanma, evlenme, ölüme bağlı tasarruf yapma, evlat edınmegıbı işlemlerde) *ilke olarak, tam ehliyetsiz kişi adına, onu temsil* *yetkisine sahip değildirler.* Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların, nıtelıgı gereği adece hak sahibi tarafından kullanılması gerekir. Ancak, gerek doğrındegerek uygulamada, tam ehliyetsiz kişinin korunmasının zorunlu kıldıgı hallerde, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda da, yasal temsilcilerin, bunlar adına, temsılen hareket edebileceği kabul edilmektedir. örneğin, şahsiyet haklarındasa,ı,dırıya uğrayan tam ehliyetsiz kişi adına, yasal temsilcileri "manevi tazmınat davası açabilirler.

Vasi (aynı şekilde veli) sulh ve asliye mahkemesinin izni ile dahi,vesayet altındaki kimsenin malını vakfedemez, onun hesabına kefil olamaz ve önemli bağışlarda bulunamaz (MK. md. 449: 342).

Ayırt etme gücünden yoksun kişiler kusurlu sayılamayacakları için, kural olarak haksız fiillerinden de sorumlu değildirler. Bunların istisnai durumlardaki haksız fiil sorumluluğu, ilerde inceleneceği üzere, BK. m. 54'de düzenlenmiştir.

4- Sınırlı ehliyetsizler

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar, fiil ehliyeti açısından "sınırlı ehliyetsiz"dirler 12.

Böylece, ayırt etme gücüne sahip küçükler, diğer bir deyişle *"ayırt etme gücüne sahip, fakat ergin olmayan kişiler"ve "ayırt etme gücüne sahip ve ergin olup, fiil ehliyetleri mahkeme kararıyla kısıtlanmış bulunanlar"* **(MK.** md. 405-408), medeni hakları kullanma ehliyeti bakımından *"sınırlı ehliyetsizler"* grubunda yer alırlar.

Sınırlı ehliyetsiz" kişiler, fiil ehliyeti açısından, ilke olarak *"ehliyetsiz"dir*ler. Ancak, bunlar, yasada belirlenmiş bazı işlemleri tek başlarına geçerli olarak yapabilme ehliyetine sahip olduklarından, tam ehliyetsiz değildirler, diğer bir deyişle *"ehliyetsizlikleri sınırlanmıştır".*

Medeni Kanunumuzun sınırlı ehliyetsizlere ilişkin 16. maddesine göre, *"Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası ol-*

12) HGK. 19.7.1967: Küçüğün yaptığı hukuki muamelenin akla uygun olması, mümeyyiz bulunduğuna karinedir. Temyiz kudreti, şüphe ve tereddüt halinde mevcut sayılır. Temyiz kudretinin mevcut olmadığını ispat yükü muamelenin sonuçlarını kabul etmeyen tarafa düşer (Bk. Ank. Bar. Derg. 1967, sayı: 6, sh. 985).

madıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.

Böylece, sınırlı ehliyetsiz kişiler (örneğin ayırt etme gücüne sahip 17 yaşındaki bir kışı) yasal temsilcilerinin (veli veya vasilerinin) onayı arar, karşılıksız (kendilerini bir yükümlülük altına sokmayan) iktisaplarda bulunabilirler. Örneğin bu kişiler kendilerine yapılan bir bağışı (veya bağışlama vaadini) ilke olarak kabul edebilirler. (Bk. BK. m. 236/2).

Sınırlı ehliyetsiz kişiler, *"kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını"da,* genel olarak tek başlarına, yasal temsilcilerinin onayı aranmaksızın kullanabilirler. Örneğin, nişanı bozabilirler, boşanma davası, manevi tazminat davası açabilirler [13].

Sınırlı ehliyetsiz kişiler, (yukarda sayılanların dışında kalan) borçlandırıcı veya tasarrufi hukuki işlemleri, ancak yasal temsilcilerinin (veli veya vasilerinin) rızasıyla yapabilirler (MK. md. 16/1). Sınırlı ehliyetsiz şahıslar, boylece, tam ehliyetsizlerden farklı olarak, kendilerini borç altına sokan hukuki işlemleri (örneğin, bir alım-satım sözleşmesini) veya bir tasarrufi işlemi (örneğin, mülkiyet naklini veya alacağın temlikini) bizzat yapmak olanağına sahiptirler. Ancak, bu hukuki işlemlerin geçerli olması, sınırlı ehliyetsiz kişiyi bağlayıcı bir sonuç doğurması, yasal temsilcilerinin açık veya örtülü iznini veya onayını (icazetini) gerektirir (MK. md. 451/1) [14]. izin veya onay belli bir işleme yönelik olmalıdır. Yapılmış veya yapılacak bütün işlemler için verilmiş genel bi,r izin veya onay geçersizdir.

Onay verilinceye veya reddedilinceye kadar, sınırlı ehliyetsiz kişinin yaptığı işlem (örneğin, alım-satım sözleşmesi) askıdadır. Bu neden.le işlemin diğer tarafı, yasal temsilcinin işlemi onaması için uygun bir süre belirliyebilir veya hakimden böyle bir sürenin belirlenmesini istiyebilir. Yasal temsilci belirlenen süre içinde işlemi onamazsa, diğer taraf da işlemle bağlı kalmaz (MK. md. 451/2).

Yasal temsilci veli ise, işleme izin veya onay vermesi işlemin geçerliliği için yeterlidir, ayrıca mahkemenin izni gerekmez (MK. md. 342/3). *Yasal temsilci vasi ise,* MK. md. 462'de sayılan işlemlerde, ayrıca sulh hukuk mah-

---

13) Bk. Yarg. 4. HD. 21.9.1995, K. 95/6448 (Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 1776). Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin istisnai durumlar için Bk. MK. md. 12; 118; 126, 127, 308).

14) Sınırlı ehliyetsiz **kişi,** fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda karşı tarafı yanıltmışsa, kendisini tam ehliyetli göstermişse, karşı tarafın menfi zararını ödemekle yükümlüdür (MK. md. 452/2).

kemesinin 1s, MK. md. 463'de belirtilen işlemlerde ise, sulh hukuk mahkemesinin izninden sonra asliye hukuk mahkemesinin izni gerekir. *Gerekli izin veya onayın verilmesi halinde, işlem izin veya onay tarihinden değil, yapıldığı günden itibaren geçerli olur.* Yasal temsilci (ve gerektiğinde mahkemeler) izin veya onay vermeyi reddederlerse, işlem geçersizdir (MK. md. 451-465).

Sınırlı ehliyetsiz kişiler adına, onları temsilen, yasal temsilcileri de (sıkı sıkıya kişiye bağlı haklar hariç olmak üzere) *hukuki işlem yapabilirler* (MK. md. 342; 448).

Bu taktirde durum, *yasal temsilcinin veli veya vasi oluşuna göre değişecektir.* Tam ehliyetsizlerin veli veya vasileri tarafından temsil edilmeleri ile ilgili olarak daha önce yaptığımız açıklama, sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcileri (veli veya vasileri) tarafından temsillerinde de geçerlidir. Böylece, özetle, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıları (sınırlı ehliyetsizleri) temsilen *velilerinin* yaptıkları (örneğin bir taşınmazın alım veya satımına ilişkin) hukuki işlemler, hakimin izin veya onayına bağlı olmaksızın geçerlidir (MK. md. 342/3). Evlilik mevcut iken, ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar (MK. md. 336/1). Ancak, iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden herbirinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler (MK. md. 342/2). *Yasal temsilci vasi ise,* sınırlı ehliyetsiz kişileri temsilen yaptıkları (MK. md. 462 ve 463'de belirtilenlerin dışında kalan) hukuki işlemler, hakimin izin veya onayına ihtiyaç olmaksızın bağlayıcıdır, geçerlidir (MK. md. 448). Buna karşılık, MK. md. 462'de sayılan "taşınmaz alım-satımı" gibi önemli hukuki işlemlerin geçerliliği, sulh hukuk mahkemesinin, MK. md. 463'de öngörülen "mirasın kabul veya reddi, miras sözleşmesi" gibi özel önemdeki hukuki işlemlerin geçerliliği ise, sulh hukuk mahkemesinden sonra, ayrıca asliye hukuk mahkemesinin izin veya onayına bağlıdır **(MK.** md. 451; 465).

Sınırlı ehliyetsiz kişilerin yasal temsilcileri (veli veya vasileri) mahkemenin izin veya onayı ile dahi, onları temsilen, kefil olamazlar, vakıf kuramazlar ve önemli bağışlarda bulunamazlar (MK. md. 449; 342/3).

Sınırlı ehliyetsiz kişiler haksız fiillerinden (BK. md. 41 vd.), borca aykırı davranışlardan (BK. md. 96 vd.) doğan zarardan sorumludurlar **(MK.** md. 16/2).

15} Sınırlı ehliyetsiz kişiler, vasinin kararlarına ilişkin olarak sulh hukuk mahkemesine, sulh hukuk mahkemesinin kararlarına karşı, bildirim gününden **başlayarak** on gün içinde asliye hukuk mahkemesine itiraz edebilirler (MK. md. 461}.

§ 11- SÖZLEŞMENİN MEYDANA GELMESİ

1- TARAFLARIN UYUŞMASI

1. Genel olarak

. S□zleş.□□ iki taraflı bir hukukı işlemdir. Borçlar Kanunumuzun 1. madd□ sıne gore, *ıkı taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde sözleşme tamam olur".*

Birsö_zı_e_şmenin meydana gelebilmesi için şart olan karşılıklı ve birbirine uygun bu ıkı ırade beyanından, birincisine "icap-öneri", ikincisine "kabul" denir.

Tarafların irade beyanı açık olabileceği gibi, zımnı -örtülü- (yani bir tavır ve hareketle, örneğin, satılması önerilen kitabın yapraklarının karşı tarafça kesilip, açılmasiyle) de olabilir (BK. m. 1/2).

2- Esaslı noktalarda uyuşma zorunluluğu ve ikinci derecedeki noktalar

Bir sözleşmenin tamam sayılabilmesi (kurulmuş olması) için, tarafların "sözleşmenin esaslı noktaları" sayılan hususlarda uyuşması lazımdır (BK. m. 2). Sözleşmenin niteliğine, genel iş anlayışına ve koşullara göre tarafların mutlaka uyuşması gereken noktalar "esaslı noktalar"dır [1]. Örneğin, bir alımsatım sözleşmesinde, taraflar satılacak mal ve bedeli konusunda anlaşmalıdırlar. Taraflar ödenecek bedelde anlaşmaya varamamışlarsa sözleşme tamam olmaz. Buna karşılık sözleşmenin tamam sayılabilmesi için, edimin (bedelin) kesin olarak tesbit edilmiş bulunmasına lüzum yoktur, *"tesbit edilebilir"* olması yeterlidir [2]. Bedelin malın teslim tarihindeki borsa fiyatı üzerinden ödenmesini veya belli bir üçüncü şahıs tarafından belirlenmesini öngören sözleşmeler tamamdır. Bedelin tayininin üçüncü şahsa bırakıldığı hallerde,

---

1) Bk. JT. 1946. 1. 198.

2) Bk. JT. 1960. 1. 204; JT. 1976, 1. 163.; Yarg. 8. HD. 4.12.1997, K. 97/7956 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 523); Yarg. 19. HD. 26.3.1996: **Kredi** sözleşmesinde faiz oranının artırılması Bankanın (tek taraflı) iradesine bırakılmıştır. Bu durum BK. md. 19 ve 20'-ye aykırı değildir. **Ancak,** Banka bu yetkisini kullanırken MK. md. 2'de öngörülen doğruluk ve dürüstlük (objektif iyiniyet) kurallarına uymakla yükümlüdür. Bankanın, fahiş kazanç amacıyla faiz oranını tek yanlı iradesiyle haklı görülmeyecek bir orana yükseltmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Mahkeme hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını doğrudan (resen) belirlemekle yükümlüdür (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 1113 vd.). Aynı yönde diğer bir karar için Bk. Yarg. 19. HD. 30.10.1997, K. 97/9024 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1513).

üçüncü şahıs takdir hakkını hakkaniyet kurallarına uygun olarak kullanmalıdır. **Aksi** takdirde h□kimin müdahalesi istenebilir.

Taraflar sözleşmenin esaslı (temel) noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar için çeşitli olasılıklar söz konusu olacaktır:

a) Taraflar ikinci derecedeki noktaları (örneğin, bir alım-satımsözleşmesinde malın teslim tarihini, teslim yerini, ödeme şartlarını) [3] tartışmışlar, bir sonuca varamamışlar ve sözleşmenin tamamlanmasını bu noktalard□ d□anlaşmalarına bağlamışlarsa, uyuşma olmadıkça sözleşme tamam degıldır. Bu ikinci derecedeki noktaların kanun hükümlerine göre çözümlenmesi veya mahkemece karara bağlanması istenemez.

b) Buna karşılık, taraflar ikinci derecedeki noktaları hiç konuşmamışlar veya konuşup anlaşamamışlar, fakat *sözleşmenin tamam olduğunu, ikinci derecedeki* noktaları saklı tuttuklarını yani ilerde tekrar konuşup □ir çözüme bağlayacaklarını kabul etmişlerse, sözleşme meydana gelmiştir. ikinci derecedeki noktalarda sonradan bir anlaşma olmadığı takdirde, hakim, kanun hükümlerine, sözleşmenin niteliğine, iş hayatındaki uygulamaya göre bunlar hakkında karar verecek ve bu suretle sözleşmenin boşluklarını giderecektir (BK. m. 2/2).

Sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşmaya varılmış, fakat ikinci derecedeki noktalar saklı tutulmuşsa, anlaşmazlık halinde, sözleşmenin meydana geldiği karine olarak kabul edilir. Sözleşmenin tamam olmadığını iddia eden taraf, sözleşmenin meydana gelmesini ikinci derecedeki noktalarda da uyuşmaya varılmasına bağladıklarını ispat etmek zorunluğundadır (BK. m. 2/1). Sözleşmenin tamamlanmasını ikinci derecedeki noktalarda da anlaşmaya varılmasına bağlamak isteyen taraf, bu hususstaki iradesini açıkça belirtmelidir[4].

BK. m. 2/3'e göre, *"sözleşmelerin şekillerine ilişkin hükümler saklıdır".* Yani, taraflar, kanunun şekle bağlamadığı bir sözleşmeyi belli bir şekilde (örneğin yazılı şekilde) yapmayı kararlaştırmışlarsa, o şekle uyulmadıkça sözleşmenin meydana gelmiyeceği (tarafları bağlamıyacağı) karine olarak kabul edilir (BK. m. 16/1).

---

3) Bk. JT. 1959, 1. 42. **Federal Mahkeme daha önceki bir kararında, yüksek değerdeki bir gayrimenkulün satılmasında ödeme tarzının tesbitini sözleşmenin "esaslı noktalarından" saymıştır.** Bk. JT. 1946. I. 198.

4) Bk. JT. 1993. 1. 387.

11- İ C A P - Ö N E R İ

1- Kavram

İcap-öner[4a], tek taraflı bir hukuki işlemdir ve genel bir ifade ile:,ö le e yapm ç_agrı ?ır. Ancak, her sözleşme yapma çağrısı "icap-onerı nı,!elıgın e degıldır. B!_r ırade b yanının "icap" sayılabilmesi için, karşı tarafın kabul beyanıyla sozleşmenın tamam olabilmesi gerekir.

Bir beyanın "icap-öneri" olarak nitelendirilebilmesi, icaba ilişkin hukuki sonuçları doğurabilmesi, aşağıdaki unsurları kapsamına bağlıdır:

-) *(cap-öneri karşı tarafa yöneltilmiş olmalıdır.* Karşı taraf (A'nın B'ye otomobılını satma !. tek!!f etm sinde olduğu gibi) çok kere belli bir ş hı tır. Bu n_la be aber, ıcap tan soz debilmek için, beyanın mutlaka bellı bır şahsa yoneltılmış ? m _sı 9: ekmez. icap, belli bir şahıs gözetilmeksizin herkese yapılmış olabılır. Ornegın, caddelere konmuş olan sigara satış otom tları da veya tartı otomatlarında herkese yapılmış bir icap söz konusudur. Istenılen para otomata atıldığı an sözleşme tamam olacaktır. Aynı şekilde, tiyatrolarda, sinemalarda, fiyat gösterilerek vitrine eşya konması halinde de, kural olarak, herkese yöneltilmiş bir icap vardır (BK. m. 7/3).

b) *İcap sözleşmenin bütün esaslı noktalarını kapsamalıdır.* İkinci derecedeki noktaların saklı tutulması veya bunlardan hiç söz edilmemiş olması, beyanın "icap" niteliğini ve bağlayıcı karakterini ortadan kaldırmaz.

c) *İcabı yapan, icabıyla bağlı kalmak niyetinde olmalıdır* (Bk. BK. m. 7).

İcaba-öneriye davet: Sözleşme yapma çağrısı, yukarıda değiniler, unsurları kapsamıyorsa, yapılan beyan bir "icap" değil, "icaba davet"tir [5]. icaba davette, karşı taraf bir icapta bulunmaya veya konuşmaya çağrılmaktadır. Karşı tarafın kabul beyanıyla sözleşmenin tamam olması söz konusu değildir. Böylece, örneğin, esaslı unsurları kapsamıyan bir sözleşme yapma çağrısı "icaba davet" niteliğindedir. Aynı şekilde, beyanda bulunan kimsenin "beyanıyla bağlı olmama niyeti" gerek kendi ifadesinden, gerekse işin niteliğinden ve koşullarından anlaşılıyorsa (BK. m. 7) (örneğin, gazeteye ilan veren A, B adındaki yarış atını 30.000 TL.ye satacağını, satın almak isteyenlerin o gün içinde başvurmasını beyan etmiş, fakat atını satıp satmamakta veya dılediğine satmakta serbest olduğunu belirtmişse) "icaba davet" söz konusudur.

4a) Borçlar Kanunu Tasarısı'nda *"icap"* yerine *"önert* **deyimi kullanılmıştır. (BK.Tas. md.3)**

5) Umuma yöneltilmiş bir icaba davette, sebep göster_m k izin sö: e me y?pmayı (icabı) reddetme, kural olarak, hakkın kötüye kullanılması nıtelığınde degıldır, ahlaka aykırı bir davranış da sayılamaz. Bk. JT. 1955. 1. 137.

Birbeyanın "icap" mı, yoksa "icaba davet" mi olduğu sorununun çözümlenmesi belli bir işlemde her zaman çok kolay olmıyacak, beyanın, yukarıda değinilen esaslar ve genel kurallar (Bk. BK. m. 18) ıçında yorumlanmasını gerektirecektir. Bazı haller içinkanun özel hüküm getirmiştir. Borçlar Kanunumuzun 7 maddesine göre, tarife veya fiyat listesinin gönderilmesi icap değildir[5a]. Bunun karşılık, fiyatı gösterilerek eşyanın vitrine konması, kural olarak "icap" sayılır.

2- icabın bağlama süresi

Borçlar Kanunumuza göre, icapta-öneride bulunan kimse belli bir süre *icabı* ile bağlıdır, bağlı bulunduğu süre içinde icabından dönemez ve sonuç olarak zamanında ulaşan kabul beyaniyle sözleşmenin tamam olmasını önliyemez. Bu bağlanma, icabın geri alınmasına ilişkin BK. m. 9 uyarınca, karşı tarafın icabı öğrendiği andan itibaren başlar.

icabın beyanda bulunanı ne zamana kadar bağlıyacağını, Borçlar Kanunumuz, icabın süreli veya süresiz oluşuna göre ayrı ayrı düzenlemiştir.

a) Süreli icap

icabı yapan kabul *için* belli bir süre tayin etmişse (örneğin, on gün içinde kabul edip etmediğinizi bildiriniz demişse), bu sürenin sonuna kadar icabından dönemez. Kabul haberi sürenin sona ermesinden önce ulaşmazsa veya karşı taraf *icabı* reddederse, icap bağlayıcı niteliğini kaybeder (BK. m. 3).

Süresi içinde gelmeyen kabul haberi [11]yeni bir icap" niteliğindedir. Ayrıca kabul olunabilir.

Kabul haberi süresi geçtikten sonra yollanmışsa, icabı yapan bir cevap vermek zorunda değildir. Fakat, icabı yapana süresi içinde ulaşacak şekilde gönderilmiş bulunan kabul haberi, örneğin postadaki bir gecikme sebebiyle, süre bittikten sonra gelirse, (BK. m. 5'i kıyasen uygulayarak kabul etmek gerekir ki) icabı yapan, kabul haberinin geç ulaştığını, icabı ile bağlı bulunmadığını, sözleşmenin meydana gelmediğini derhal karşı tarafa bildirmek zorundadır. Bildirmezse, sözleşme geçerli olarak meydana gelir (Becker, m. 3, No. 5) [6].

5a} **BK. Tasarısı** md. **8/2'de farklı bir çözüm öngörülmüştür. Tasarının 8/2. maddesine göre,** "Tarife, fiyat listesi *ya* da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkçaöneri sayılır."

. 6) Diğer bir görüşe göre, Bk. m. 5/3 burada kıyasen uygulanamaz. icabı yapan vaktında yollanan kabul beyanının geç ulaştığını bildirmezse sözleşme tamam olmaz, sadece m_enfi zarar-ziyan ödemek zorunluluğu doğar. Bk. **Oser-Schönenberger.** m. 3, No. 4-5; Oguzman, C. I, sh. 47.

b) Süresiz icap

icabı yapan kabul için bir süre belirlememişse, icabın bağlama sür:si, ica□n karş_ı karşıya olan veya olmıyan bir şahsa yapılmış bulunmasına gore degışecektır.

a□) *Karşı karşıya bulunanlar arasında:* Karşı karşıya bulunulan, hazır olan bır □ahs8:·□□abul için bir süre tayin edilmeksizin icap yapılmışsa, derhal kabul edıl:Tl□dıgı takdirde, icabı yapan icabıyla bağlı kalmaz (BK. m. 4/1)._T□lefonla, bılgısay□rla (veya doğrudan doğruya teması sağlayan benzen bır araçla) yapılan ıcaplar da karşı karşıya bulunulan bir şahsa yapılmış sayılır (BK. m. 4/2).

bb) *Uzakta olanlar arasında:* Uzakta olan hazır olmayan bir şahsa kabul için □ir süre belirlenmeksizin icapta bulunul□uşsa, icabı yapan, zamanında, usulune uy□un olarak gönderilmiş bir kabul haberinin normal olarak ulaşması □ereken ana kadar icabıyla bağlıdır. icabı yapan, icabının zamanında ulaştıgını k□bul etmek hakkına sahiptir (BK. m. 5/1-2). Böylece, Ankara'da bulun□n A, Ista□b_ul·□aki arkadaşı B'ye bir mektup yazarak, kabul içi□bi_r□ü-re tayın etmeksızın ıcapta bulunursa, mektubunun gitmesi, icabın nıtelıgıne göre karşı tarafın düşünmesi7 ve kabul haberinin gelmesi için gerekli zamanın sonuna kadar icabıyla bağlıdır.

Geç gönderilen kabul haberi yeni bir icap niteliğindedir. Daha önce de açıkladığımız üzere, vaktinde gönderilen kabul haberi, herhangi bir sebeple geç ulaşmışsa, icabı yapan, icabıyla bağlı kalmak istemediği takdirde durumu derhal karşı tarafa bildirmelidir. Aksi takdirde sözleşme tamam olur (BK. m. 5/3).

3) İcabın geri alınması

İcabın ne zamana kadar geri alınabileceği BK. m. 9'da düzenlenmiştir. Buna göre, icabın geri alındığı haberi, icabın ulaşmasından önce veya aynı zamanda karşı tarafa ulaşırsa, veya icaptan sonra ulaşmakla beraber, karşı taraf icabı öğrenmeden önce geri alındığını öğrenirse icap h□kümsüz ?l□·. Böylece, karşı taraf kendisine ulaşan icabı öğrendikten sonra ıcaptan donulemez.

icap şekle bağlı olsa dahi, icabın geri alınması bir şekle tabi değildir.

icabın geri alınmasına ilişkin kurallar, kabulün geri alınmasında da uygulanır (BK. m. *912).*

---

7) Bk. JT. 1973. 1. 366.

4) Ölüm veya ehliyetsizliğin icaba etkisi

a. İcabı yapan ölmüş veya ehllyetlnl kaybetmişse

İcabı yapan (örneğin, belli bir malını 500 TL'ye satmayı öneren) kimsenin, icabıyla bağlı bulunduğu sırada ölmesi veya medenT hakları kullanma ehliyetini kaybetmesi, (icapta aksi öngörülmemişse veya işin niteliği aksini gerektirmiyorsa) icabı hükümsüz kılmaz, sözleşmenin kabul beyanıyla tamam olmasını önlemez. icabı yapan kimse ölmüş, fakat karşı tarafın kabulü *ile* sözleşme meydana gelmişse, mirasçılar, genel hükümler çerçevesinde, sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdürler.

b. Karşı taraf ölmüş veya ehliyetini kaybetmişse

İcabın bağlama süresi içinde, fakat kabulden önce karşı taraf ölmüş veya medeni' haklarını kullanma ehliyetini kaybetmişse, icabın yapılmasında karşı tarafın şahsının özel olarak dikkate alınmadığı hallerde, icabın bağlayıcı niteliği devam eder. Aksi takdirde icap hükümsüz olur. Böylece, A, B'ye 20.000 TL'ye otomobil satmayı önermişse, B'nin ölümü halinde mirasçıları, hukuki' işlem ehliyetini kaybetmesi halinde kanunT mümessili icabı kabul edebilir. Buna karşılık, kira (BK. m. 248 vd.) veya istisna (BK. m. 355 vd.) sözleşmelerine ilişkin icaplarda, çok kere, karşı tarafın ölümü veya ehliyetini kaybetmesi halinde icap hükümsüz sayılacaktır.

111- KABUL

Önerinin kabulü ile sözleşme kurulmuş olur. Kabul, tek taraflı, ulaşması gerekli bir irade beyanıdır.

1. *B!.r beyanın "kabul" sayılabilmesi, bütünüyle öneriye uygun olmasına bağlıdır.* Oneriyi değiştiren veya tamamlayan beyanlar, "kabul" olarak nitelendirilmiş..bulunsalar dahi, önerinin reddi ve yeni bir önerinin yapılması niteliğindedir. Orneğin, A radyosunu 200 TL'ye B'ye satmayı önermişse, B de 150 TL'ye almayı kabul ettiğini bildirmişse, B'nin beyanı A'nın önerisinin reddi ve yeni bir önerinin yapılması niteliğindedir.

2. *Kabul beyanıyla sözleşmenin kurulabilmesi için, beyanın bağlama süresi içinde öneriyi yapana ulaşması gerekir.* (BK. m.3-5).

3. *Öneri açık veya örtülü bir irade beyanıyla, fakat açıkça kabul edilmiş olmalıdır.* Kendisine öneri yapılmış bulunan kimsenin susması, hiç bir beyanda bulunmaması, kural olarak, "kabul" niteliğinde değildir. a Örneğin, A, yazdı-

8) Bk. JT. 1973, 1. 355.

ğı ro□anı □i!_yayı□evinin sahibi olan B'ye gönderse ve romanı bir ayiçindeiad□edilmedı□ı takdırde, yayınevini belli şartlarla romanını yayınlamayıkabul etmış sayac□gın□bey□n etse, bir aylık sürenin geçmesi ve B'nin hiç bir ceyap vermemesı halınde ıcap kabul edilmiş sayılmaz, sözleşme tamam olmaz. icabı yapan, tek taraflı iradesiyle karşı tarafı belli bir külfet altına sokmak ve neticede susmasını "kabul" olarak nitelendirmek hakkına sahip değildir. sa

Örtülü kabul: BK.md. 6'da belirtildiği üzere,istisnai olarak *"Öneren, işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır"* Bu durumda bir *"örtülü kabul"* söz konusudur. Bir başka değişle, objektif iyi niyet - dürüstlük - kurallarına (MK. m. 2} göre cevap vermek mecburiyetinde olan kimse susarsa, istisnai olarak *"susma"*kabul niteliğindedir. Örneğin, A, bir kitabevinin sahibi olan B'den Anayasa Hukukuna ilişkin bütün yeni yayınları düzenli olarak kendisine yollamasını (bedellerihi ay sonunda toptan ödeyeceğini beyan ederek} istemişse (öneriye davet}, B, yeni yayınlanan bir kitabı yollayarak öneride bulunduğu zaman açık bir kabul haberini beklemek zorunluluğunda değildir. Uygun bir süre içinde **A** öneriyi reddetmediği takdirde sözleşme kurulmuş olur.

iV- SÖZLEŞMENİN TAMAMLANDIĞI ve HÜKÜM İFADE ETTİĞİ AN

Karşı karşıya bulunan -hazır olan- şahıslar arasında yapılan sözleşmelerde, gerek sözleşmenin tamamlandığı, gerekse hüküm ifade ettiği an bakımından bir problem söz konusu olmıyacaktır. Kabul beyanıyla birlikte sözleşme tamam olacak ve aynı anda hüküm ifade edecektir.

Buna karşılık, uzakta bulunan -hazır olmayan- şahıslar arasında, mektup veya telgraf yoluyla yapılan sözleşmelerin hangi anda tamam olacağı ve ne zamandan itibaren hüküm ifade edeceği sorununun çözümlenmesi gerekecektir. Zira, örneğin mektupla yapılan bir sözleşmede, kabul haberi açısından çeşitli aşamalar söz konusu olacaktır. Mektup yazıldığı zaman, *kabul iradesi açıklanmış;* mektup postaya verildiğinde, *kabul beyanı gönderilmiş;*

Sa) Borçlar Kanunumuzda *•ısmanlanmayanşeyin gônderilmesine·*ilişkin hukuki sonuçları düzenleyen özel bir hüküm mevcut değildir. Uygulamada ortaya çıkan çeşitli sorunları bir çözüme bağlamak amacıyla İsviçre'de Borçlar Kanunu'na (1Temmuz 1991'de yürürlüğe giren) md. 6a eklenmiştir. Bu madde, Türk Borçlar Kanunu Tasansına 7. **madde olarak aynen** alınmıştır. Tasarının 7. maddesine göre *•ısmarlanmamış bir şeyin gônderilmesi ôneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya sal<lamakla yükümlü değildir. ısmarlanmamış bir şeyin yanlışlıkla gônderildiği açıkçaanlaşılırsa, onu alan kışı, uygun bır sürede gônderene haber vermek zorundadır.·*

mektup karşı tarafın hakimiyet alanına girdiğinde (örneğin, posta kutu:una **veya** masasına konduğunda), beyan ulaşmış ve nihayet mektup okundugunda, *kabul beyanı öğrenilmiş* olacaktır.

Karşı karşıya olmıyan şahıslar arasında yapılan bir sözleşmenin n: zaman tamam olacağı sorunu Borçlar Kanunumuzda kesin bir çözüme baglanmış değildir. Ancak, borçlar hukukumuza hakim genel prensibe uygun olarak (BK. m. 3; 5; 9) ifade etmek gerekir ki, sözleşme kabul haberinin u!aştıgı anda tamam olur, ancak bu tamamlanma, kabul beyanın öğrenilmesıyle kesınleşir. Zira, BK. m. 9'a göre, icap gibi kabul de, karşı taraf öğreninceye kadar geri alınabilir.

Sözleşmenin hüküm ifade etmesi yönünden Kanun Koyucu farklı bir çözümü açıkça benimsemiştir. Buna göre, karşı karşıya olmıyan şahıslar arasında yapılan bir kabul beyanının ulaşmasiyle tamam olan sözleşme, kabul haberinin gönderildiği andan itibaren hüküm ifade eder (BK. m. 10/1). Açık bir kabule ihtiyaç bulunmıyan hallerde (BK. m. 6) ise, sözleşmenin hükümleri icabın ulaşması ile başlar (BK. m. 10/2).

§ 111- GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 20-25 maddelerinde günümüz uygulamasında gittikçe artan bir önem kazanan *"Genel işlem koşullarına"* ilişkin olarak özel kurallara yer verilmiştir. Halen yürürlükte bulunan Borçlar Kanunumuzda, bu konuyu düzenleyen hükümler yoktur.

Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine yönelik olarak Tasarıda öngörülen önemli değişikliklerden birini oluşturan *"Genel işlem koşullarını",* Yeni Borçlar Kanununun yürürlüğe konmasını beklemeksizin, *Tasarıdaki şekliyle,* inceleyip, bilgiye sunmakta yarar gördük.

1- KATiLiM SÖZLEŞMELERİ

1) Bir sözleşmenin kurulmasına ilişkin *"karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının"* oluşmasında, taraflar, prensip itibariyle, sözleşmenin bütün hükümlerini, (örneğin bir alım satım sözleşmesinde, satılan malın cinsini, fiatını, gerektiğinde ödeme şartlarını vs.) tartışırlar ve anlaşırlarsa sözleşmeyi gerçekleştirirler.

Günümüzün gelişen ve değişen sosyo-ekonomik şartlarında, hükümleri tartışılarak oluşturulan *"bireysel sözleşmelerin"yanında,"katılım sözleşmele-*

ri -eski deyimiyle, *iltihaki sözleşmeler-"* 1 olarak nitelendirilen ·sözleşme türü de gittikçe artan bir uygulamaya konu olmakta ve önem kazanmaktadır.

2) *a-* **Katılım sözleşmelerinde** *öneride bulunan, ilerde çok sayıdayapacağı benzer sözleşmelerde de kuİıanılmak üzere, sözleşmenin hükümlerini, geniş ölçüde veya tamamen, önceden, tek taraflı olarak hazırlayıp belirlemekte, karşı taraf,* önceden belirlenen bu hükümlerde *değişiklik isteme olanağına sahip olmaksızın,* yapılan öneriyi -kural olarak- aynen kabul etmek veya böyle bir sözleşmeyi yapmamak seçeneğiyle karış karşıya bulunmaktadır.

Katılım sözleşmelerine örnek olarak, Bankaların kredi sözleşmeleri, sigorta poliçeleri, inşaat firmalarının satış sözleşmeleri, dayanıklı tüketim mallarının, otomobillerin pazarlamasında yapılan sözleşmeler, seyahat, taşıma, turizm alanındaki sözleşmeler (vs) zikredilebilir

b) Katılım sözleşmelerinde yer alan *bütün hükümler, her zaman,* t_[illegible]rtışmaya kapalı olarak, önceden, öneride bulunan tarafından belirlenmez. Örneğin, uygulamada önemli bir yeri olan *"Banka kredi sözleşmeleri"* özel şartlar ve genel şartlar olmak üzere iki ayrı bölümden oluşur. *"Özel şartlar"* kısmında, verilecek kredi miktarı, kredinin nerede kullanılacağı, faiz oranı, geri ödeme şartları, kredi alanın vereceği teminatlar vs. taraflarca tartışılarak belirlenir. Taraflar sözleşmenin özel şartlarında anlaşmaya varırlarsa, *sözleşmenin kurulması,* kredi alanın, daha önce Banka tarafından ayrıntılarıyla hazırlanmış, genellikle basılı bir metin olan *"genel şartlardaki"* hükümleri de, kural olarak, aynen kabul etmesine bağlı olacaktır. Banka kredi sözleşmelerinin *"genel şartlar"* bölümünde, verilen krediye ilişkin çeşitli kurallara, özellikle, ekonomik koşullarda meydana gelecek olası değişikliklere karşı bankayı koruyan hükümlere yer verilmektedir. Örneğin enflasyon oranının yükselmesi halinde bankanın kredi faiz oranını tek taraflı olarak arttırabileceği öngörülmektedir. Bankanın takside bağlanmış kredi alacağını, gerekli gördüğü hallerde, tek taraflı iradesiyle muaccel kılabileceği de, genel şartlarda yer alan önemli hükümlerdendir. Buna karşılık, bir kısım katılım sözleşmelerinde, örneğin kara, deniz, hava yolları taşımacılığı alanlarında yapılan sözleşmelerde, prensip itibariyle, fiat dahil bütün sözleşme hükümleri önceden tek yönlü olarak belirlenmektedir.

1) Doktrinde *"katılım sözleşmelerini"ifade* etmek üzere **katılmalı-iltihaki- sôzleşmeler", "tip sözleşmeler", "standart sözleşmeler"* deyimleri de kullanılmaktadır.

il- "GENEL İŞLEM KOŞULLARI" KAVRAMI

1- Genel Olarak

a) *Katılım sözleşmelerinde, öneride bulunanın,* ilerde çok sayıda yapacağı benzer sözleşmelerde kullanılmak üzere, *önceden, tek taraflı olarak belirlediği* sözleşme hükümlerine *"genel işlem koşulları"denir* [2]. Borçlar Kanunu Tasarısındaki tanımla (md. 20/1), *"Genel işlem koşulları, bir sözleşf!1e yapılırken, düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, önceden tek başına hazırlıyarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir."*

b) Tanımından da anlaşılacağı üzere, *genel işlem koşulları, belirli bir kişi dikkate alınmaksızın,* öncedenhazırlanmış *"genel ve soyut"* nitelikteki sözleşme hükümleridir. Buna karşılık, Aile B arasında yapılmış, bireysel *bir sözleşmenin koşulları,* A tarafından -benzeri sözleşmelerde kullanılmak amacına yönelik olmaksızın- önceden hazırlanarak B'ye sunulmuşsa, B'de öneriyi uygun bularak kabul etmişse, bu hükümler *"genel işlem koşulları"* olarak nitelendirilemez.

c) Sözleşmenin koşulları, ilerde yapılacak çok sayıdaki sözleşmenin içeriğini oluşturmak amacıyla, önceden tek yanlı olarak hazırlanmış ve karşı tarafa sunulmuşsa, *bu hükümler fiilen kaç sözleşmede kullanılmış olursa olsun,* ilk kullanıldığı sözleşme dahil *"genel işlem koşulları"* sayılır ve bunlara ilişkin yasal kurallara tabi olur.

d) İlerde yapılacak çok sayıdaki sözleşmenin içeriğini oluşturmak amacına yönelik olmaksızın, belirli bir sözleşme için, önceden tek yanlı olarak hazırlanan sözleşme hükümleri, yukarıda değindiğimiz üzere, *"genel işlem koşulları"* niteliğinde değildir. Ancak *ayni hükümlerdaha* sonra, ilerde yapılacak çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, karşı tarafa sunulmaya başlanırsa, bu hükümler, *sonradan yapılan sözleşmeler açısından* "genel işlem koşulları" *sayılır.*

2- "Genel işlem koşulu" sayılmayı engellemeyecek özel durumlar.

Borçlar Kanunu Tasarısının 20. maddesinde, uygulamada bir duraksamaya yol açmaması için, sözleşmenin kurulması aşamasında söz konusu olabilecek, ancak sözleşmede yer alacak hükümlerin *"genel işlem koşulu"* sayılmasını engellemeyecek özel durumlar açıkça belirtilmiştir. BK. Tas. md. 20'ye göre:

---

2) Genel işlem koşullarına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. ***Ayşe Havutçu;*** Tüketicinin genel işlem şartlarına karşı korunması, lzmir 2003. sh. 71vd. ***Yeşim Atamer,*** Genel işlem şartlarının denetlenmesi, 1st. 2001 sh. 61 vd.

a) Genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü (basılı olması, fotokopi iıe çoğaltılmış bulunması, farklı karakterdeki harflerin kullanılması), şekli, bu hükümlerin *"genel işlem koşulları"* sayılmasını önlemeyecektir.

b) Ayni amaçla düzenlenmiş bulunan *sözleşme metinlerinin özdeş olmaması* (metinlerde farklı hükümlerin bulunması veya hükümlerin yerlerinin değiştirilmiş olması, bir kısım hükümlerin, örneğin, genel şartlardan özel şartlara alınması, karşı tarafa, birini seçmesi için, farklı genel işlem koşullarını kapsayan sözleşme metinlerinin önerilmesi), sözleşmede yer alan *"genel işlem koşulları"* niteliğindeki hükümlerin bu karakterini korumasını engellemeyecektir.

Pazarlık sonucu, genel işlem koşulu niteliğindeki bazı hükümlerin değiştirilmiş bulunması, diğerlerinin genel işlem koşulu sayılmasına, ilke olarak, mani olmayacaktır.

c) Sözleşmede yer alan hükümlerin her birinin *tartışılarak kabul edildiğinin* sözleşmede veya ayrı bir metinde belirtilmesi, sözleşmenin bütün sahifelerinin, hatta maddelerinin ayrı ayrı imza altına alınması, *tek başına,* sözleşmeyi *"bireysel sözleşmeye"* dönüştürmeyecek, şartları varsa, sözleşmedeki hükümleri *"genel işlem koşulları"* olmaktan çıkarmayacaktır.

Buna karşılık maddedeki *'1ek başına"* deyiminden de anlaşılacağı üzere, sözleşmedeki bütün hükümler taraflarca gerçekten ayrı ayrı tartışılmak suretiyle aynen veya kısmen değiştirilerek kabul edilmişse ve *mevcut şartlarda, karşı taraf, yapılan öneriyi tümüyle tartışmak, pazarlık etmek olanağına sahip idiyse,* sözleşme *"bireysel sözleşmeye"* dönüşmüş olur. Sözleşmeye *"genel işlem koşullarına"* ilişkin hükümler uygulanmaz.

Sözleşmede yer alan *"genel işlem koşulu"* niteliğindeki hükümlere, *"genel işlem koşullarına" ilişkin emredici kurallar uygulanacaktır.*

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri, *kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle* yürütmekte olan kişi veya kuruluşların (kamu tüzel kişilerinin} hazırladıkları sözleşmelerde de uygulanacaktır (BK. Tas. md. 20/son). Sözleşmeleri hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması uygulama farklılığı yaratmayacaktır.

Bir duraksamaya yol açmaması için belirtelimki, *"genel işlem koşullarını"* kapsayan bir sözleşmede, örneğin bir banka kredi sözleşmesinde, taraflar bireysel bir anlaşmayla, genel işlem koşullarıyla çelişen veya bir bölümünü değiştiren ve/veya bu koşullardan bir kısmının o sözleşmede geçerli olmayacağını öngören hükümler kabul etmişlerse, *bu bireysel anlaşmayla benimsenen*

sôzleşme hükümleri, genel işlem koşullarına göre önceliğe sahiptir. Bu husus, 8GB. § 305/b'de açıkça ifade edilmiştir. Bireysel anlaşmanın dışında kalan *"genel işlem koşullarının* bu niteliğini ve geçerliliğini koruyacaktır.

111- GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

1- İsviçre hukukundaki durum

İsviçre Borçlar Kanununda *"genel işlem koşulları"* özel olarak düzenlenmemiştir. Isviçre hukukunda *"genel işlem şartlarının içerik denetimi"* rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmiştir. 1986 tarihli *"Haksız Rekabete ilişkin Federal Kanun"*un 8. maddesinde *"Hakkaniyete aykırı genel işlem şartlarının kullanılması haksız rekabet niteliğindedir."* denmek suretiyle soruna bir çözüm getirilmek istenmiştir. İsviçre hukukunda, ayrıca, sorunun çözümlenmesinde CCS. md. 2'de yer alan *"hakkın kötüye kullanılmaması"* ilkesinden de yararlanılabileceği görüşü savunulmuştur. (Ayrıntılı bilgi için Bk. *Havutçu,* age. sh. 179-21O)

2- Türk hukukunda durum

Borçlar Kanunumuzda da, bütün sözleşmeleri kapsayan *"genel işlem koşullarına"* ilişkin özel hükümler yoktur. Uygulamada, genel işlem koşullarının *"içerik denetimt* MK. md. 2'ye *"hakkın kötüye kul/anı/mamasın*ilkesine veya bir sözleşme hükmünün *ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına* (vs) aykırı olamayacağına ilişkin genel kurallara (BK. md. 19-20). dayanılarak yapılmaktadır.

Ülkemiz uygulamasında, tüketici sözleşmeleriyle sınırlı da olsa, konuya ilişkin önemli bir düzenleme, 23.2.1995 tarih ve 4077 sayılı *"Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun"* da değişiklik yapılmasını öngören 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanunla (RG. 14.3.2003) yapılmıştır. 4077 sayılı Kanunun **"sözleşmelerdeki haksız şartlar"** başlığını taşıyan değişik 6. maddesine göre, *"Satıcı veya sağlayacının, tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde, tüketici aleyhine önemli bir dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları **haksız şarttır.** Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan **haksız şartlar** tüketici için bağlayıcı değildir"* 3.

---

3) Haksız sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korun[illegible]ası hakkında avrıntılı bilgi için Bk. **Yılmaz Aslan,** *Tüketici Hukuku* 3. Baskı, 2006, s[illegible] 293-327.

3- Borçlar Kanunu Tasarısında "genel işlem koşullarına" ilişkin -karşı tarafı korumaya yönelik- hükümler

Uygulamada gittikçe artan bir önem kazanan *"katılım sözleşmelerinde" öneride bulunan taraf,* sosyo-ekonomik koşullar, tekel durumunda olma veya rekabetteki sınırlılık vs. nedenlerle, genellikle *diğer taraftan* daha güçlüdür. Kendi iradesini *"genel işlem koşullarını"belirleyerek-bazen* haklı sayılmayacak ölçüde- diğer tarafa kabul ettirebilecek durumdadır. Bu nedenle öneride bulun!n tarafın önceden hazırladığı *"genel işlem koşullarına"* karşı, pazarlık olanagı bulunmayan, çeşitli nedenlerle, önerilen koşulları çok kere -bazen okumadan- aynen kabul etmek durumunda olan *karşı tarafı koruyacak* yasal kurallara yer vermek mecburiyeti ortaya çıkmıştır.

Borçlar Kanunu Tasarısında, Alman Medeni Kanununda yapılan ve 2002'de yürürlüğe giren değişiklikten de (BGB. §§ 305-310) kısmen esinlenerek, *"genel işlem koşulları"*altı yeni maddeyle (BK. Tas. md. 20-25) düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeyle, *"genfll işlem koşullarının" geçerlilik şartlarına,* bunlara aykırılığın yaptırımlarına ve *"genel işlem koşullarının"yorumlanmasına*ilişkin çeşitli sorunlar, bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde ve emredici nitelikte olmak üzere hükme bağlanmıştır.

a) Yazılmamış sayılma

Borçlar Kanunu Tasarısının 21. ve 24. maddelerine göre, aşağıdaki hallerde *"genel işlem koşulu"*niteliğindeki hükümler *"yazılmamış"*sayılır.

a) Sözleşmede yer alan *"genel işlem koşulu"* niteliğindeki bir hüküm, *karşı tarafın yararına aykırıysa,* düzenleyen, sözleşmenin yapılması sırasında, karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, içeriğini öğrenme imkanı sağlamakla yükümlüdür. *Bu nitelikteki bir hükmün* (veya hükümlerin) *geçerliliği karşı tarafın bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.* Aksi takdirde, *bu genel işlem koşulu* veya koşulları *yazılmamış sayılır.* (BK. Tas. md. 21/1).

b} *Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan "genel işlem koşullarında yazılmamış sayılır.* (BK. Tas. md. 21/2).

Bu nitelikteki *"genel işlem koşullarınkarşı tarafa apklanmış ve onayı alınmış olsa dahi geçersizdir, yazılmamış sayılacaktır.* Orneğin, bir kısım Bankaların kredi sözleşmelerinde yer alan, *Bankanın, dilediği zaman, tek yanlı olarak takside bağlanmış kredi alacağını muaccel kılabileceğine* ilişkin hükümler, *sözleşmenin niteliğini önemli ölçüde_ etkilediği, değiştirdiği için,*karşı tarafça kabul edilmiş olsa da geçersizdir, yazılmamış sayılır. Buna karşılık,

kredi sözleşmesinde, *Bankanın kredi alacağının faizini, enflasyon oranında, tek taraflı olarak artırabileceğini öngören* ve karşı tarafça da kabul edilmiş bulunan *"genel işlem koşulu"* geçerlidir. Yargıtay da bu tür hükümleri daha önceki kararlarında geçerli saymıştır 4.

BK.Tas. md. 21/2'nin gerekçesinde verilmiş bulunan diğer bir örnek de, döviz tevdiat hesabı sözleşmelerinde yer alan, *Bankanın,* isterse *yatırılan yabancı paradan* (örneğin dolardan) *farklı bir yabancı para* (örneğin Japon yeni) *veya Türk lirası ile hesaptaki parayı müşteriye ödeme yetkisine sahip olduğu* şeklindeki genel işlem koşulunun *-sözleşmenin niteliğine yabancı olduğu, olağan dışı sayıl*[illegible]*cağı için-* geçersiz olacağı, *yazılmamış sayılacağıdır.*

c) Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede, *düzenleyene, tek yanlı olarak,* genel işlem koşullarını içeren *sözleşmenin bir hükmünü karşı taraf aleyhine değiştirme veya yeni bir düzenleme getirme yetkisini veren kayıtlar (hükümler) de geçersizdir, yazılmamış sayılır* (BK. Tas. md. 24).

b) Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi

a) Sözleşmenin *"genel işlem koşulu"* niteliğindeki bir kısım hüküm veya hükümlerinin *"yazılmamış sayılması",* sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerliliğini etkilemez (BK. Tas. md. 22).

b) BK. Tas. md. 22/2'ye göre, *sözleşmeyi düzenleyen taraf, yazılmamış sayılan genel işlem koşul veya koşulları olmasaydı, diğer hükümlerle bu sözleşmeyi yapmayacağını* ileri süremez, diğer bir deyişle, sözleşmeyle bağlı bulunmadığını, sözleşmenin tümünün geçersiz olduğunu iddia edemez.

Yasa koyucu bu katı kuralla, gerek 8GB § 306 da, gerek BK. Tas. *md:* 27/2'de öngörülen çözümden ayrılmıştır. 8GB § 306'da "...yapılan değişikliğin, sözleşmenin taraflarından biri için *ön görülmeyen sonuçlar yaratması* halinde, *sözleşmenin tamamı geçersiz olur"* hükmüne yer verilmiştir. BK. Tas. md. 27/2'ye göre de, "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının *-kesin hükümsüzlük nedeniyle-* geçersiz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, *bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur"*

BK. Tas. md. 22/2 de öngörülen -yukarda değindiğimiz- *katı çözüm,* yazılmamış sayılan genel işlem koşulunun, *değişik şart ve hükümlere göre,*

---

4) Bk. Yarg. 19.HD. 25.11.1994, K. 94/11467 (Yarg. Kar. Derg, 1995, sh. 86-90); Yarg. 19 HD. 30.10.1997, K. 97/9024 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1513)

sözleşmenin bütününe yapabileceği muhtemel etkinin farklı olabileceğini dikkate almayan bir düzenleme olmuştur. Bu çözüm uygulamada, ciddi sorunlara yol açabilecektir. *Sorunun çözümünde yargıcın yararlanabileceği yasal ilke,* herhalde, MK. md. 2'de öngörülen *"dürüstlük kuralı", "hakkın kötüye kullanılamayacağı"* prensibi olacaktır.

Unutmamak gerekir ki, *"genel işlem koşulları"* öneride bulunan tarafından önceden hazırlanarak karşı tarafa sunulmakta, ancak sözleşme de, **karşı taraf**ın, sözleşmenin -*genel işlem koşulları dahil*- bütün hükümlerini kabul etmesiyle kurulmaktadır. Sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının bir kısmını yazılı olarak sayarken, bu sonuçtan şu veya bu ölçüde etkilenecek olan tarafın, diğer bir deyişle, *genel işlem koşullarını öneren tarafın,* hiçbir durumda korunmaması, *sözleşmenin geri kalan hükümleriyle zorunlu olarak bağlı olmaya devam etmesi,* her zaman kabul edilebilecek adil *bir sonuç* olmayacaktır. Bu nedenle, kanaatimizce, Yargının BK. Tas. md. 22/2 nin uygulanmasında, 8GB §306'da ve BK. Tas. md. 27/2'de öngörülen çözümden esinlenen bir yol izlemesi doğru bir yaklaşım sayılmalıdır.

c) Sözleşmenin *yorumlanması*

Borçlar Kanunu Tasarısının 23. maddesine göre, bir sözleşmedeki genel işlem koşullarında yer alan hükümlerden birinin veya bir kısmının anlamı açık veya anlaşılır değilse veya anlamı farklı şekillerde yorumlanmaya açıksa, o hüküm, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın yararına olacak bir şekilde yorumlanır.

Genel işlem koşullarının yorumlanmasına ilişkin olarak BK. Tas. md. 23'de yer alan kural, madde gerekçesinde *"Sözleşmeyi veya sözleşmedeki bir hükmü kaleme alanın,* onu istediği gibi ifade etme olanağına sahip bulunması sebebiyle, *kaleme aldığı metnin kendi aleyhine yorumlanmasına katlanması gerekir.* Bir hükmü düşündüğü gibi yazmamış olan kişinin -*bu hüküm şöyle anlaşılmalıdır*- şeklinde sonradan yapacağı yorum haklı sayılamaz" görüşüne dayandırılmıştır.

iV- GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

Genel işlem koşullarının denetimi, 1) *Bağlayıcılık denetimi,* 2) *İçerik denetimi* olmak üzere iki ayrı açıdan söz konusu olabilir.

1- Genel işlem koşullarının bağlayıcılık denetimi

1) Genel işlemler, koşullarının *"bağlayıcılık denetimi"* ilk planda *"genel işlem koşullarının* niteliğindeki kuralların sözleşmede yer alıp almadığının, diğer

bir deyişle *sözle§menin içeriğine dahil edilip edilmediğinin* yargısal denetimini ifade eder [5]. Omeğin, düzenleyen (öneride bulunan) tarafından hazırlanarak karşı tarafın kabulüne sunulan *"genel işlem koşulu"* niteliğindeki hükümler, rahatlıkla okunabilen büyüklükteki harflerle yazılmamışsa, silikse, veya karşı tarafın anlamasına imkan vermeyen teknik deyimler kullanılmışsa, *bu koşullar,* -karşı tarafa sunulmuş ve sözleşme karşı tarafça imzalanmış olunsa dahi- *"kabul iradesininn,* dolayısıyla sözleşmenin *kapsamı içinde sayılmazlar, bağlayıcı değildirler.*

Ayni şekilde, sözleşmede, varlığından söz edilmekle, atıfta (göndermede) bulunulmakla birlikte, karşı tarafın okumasına, incelemesine olanak tanınmayan genel işlem koşulları da bağlayıcı -geçerli- değildir.

2) Yukarıda değindiğimiz BK. Tas. md.21 ve 24 uyarınca, **"yazılmamış sayılan"** *genel işlem koşulları da, sözleşmenin kapsamı içinde değildir, tarafları bağlamaz.*

2- Genel işlem koşullarının içerik denetimi

Genel işlem koşullarının *"içerik denetimi",* sözleşmenin kapsamında yer alan *"genel işlem koşullarının"* içeriğinin -MK. md. 2'de öngörülen -*"dürüstlük kuralı- hakkın kötüye kullanılması yasağı"* açısından yargısal denetimidir.

1) *"İçerik denetimi"* başlığını taşıyan BK. Tas. md. 25'e göre *"Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konamaz".*

Bu nitelikteki hükümler geçersizdir. Benzeri bir kural 8GB. § 307'de de mevcuttur.

Sözleşmenin *"genel işlem koşulları"* niteliğindeki bir kısım hükümlerinin, BK. Tas. m. 25 uyarınca geçersiz sayılması, sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerliliğini etkilemez.

2} Tarafların, bir sözleşmenin içeriğini, *kanunda öngörülen sınırlar içinde,* özgürce belirleyebileceğine ilişkin yasal ilke ve kurallar (BK. Tas. md. 26), *"genel işlem koşullarına"* da uygulanacaktır.

Bu sözleşmede yer alan *"genel işlem koşullarının",* kanunun *emredici hükümlerine, ahlaka, _kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan veya konusu imkansız bulunan hükümleri* (BK. Tas. md. 27/1 uyarınca) geçersizdir, *kesin olarak hükümsüzdür.*

---

5) Ayrıntılı bilgi için Bk. ***Havutçu,*** age. sh. 105 vd.

Genel işlem koşullarının bir kısmının (BK. Tas. md. 27◆◆◆◆◆psar:ıında) hükümsüz olması, sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerlılıgını etkılemez {BK. Tas. md. 27/2).

Genel işlem koşullarının denetlenmesinde *"aşırı yararlanmayan* ilişkin kurallardan da (BK. Tas. md. 28) yararlanılabilecektir.

§ iV- İLAN YOLUYLA ÖDÜL SÖZÜ VERME

*Bir sonucu:7 gerçekleşmesi (bir edim) karşılığında ödül vereceğini ilan yo-(uyla d◆yur◆nkı':!se, sözünü yerine getirmekle yükümlüdür(BK.*md. 8/1). (Bk. inan Alı Naım, Turk hukukunda ilan suretiyle yapılan vaadler, Ankara 1961).

1- HUKUKİ NİTELİĞİ

İlan ◆oluyla ödül sözü vermenin hukuki niteliği farklı görüşlere k◆nu olmuştur. Bır kısım yazarlara göre, burada tek taraflı bir irade beyanıyla bır borç altına girilmektedir. Diğer bir kısım yazarlara göre ise, ilan yoluyla ödül sözü vermede sözleşme ve sözleşmeden doğan borç söz konusudur. Umuma, belli olmayan kişilere yöneltilmiş bir öneri vardır. öneri, edimin yerine getirilmesiyle kabul edilmiş olur.

11- ŞARTLARI

1- *Bir sonucun gerçekleşmesi* - bir edimin yerine getirilmesi - (örneğin, kaybolmuş bir çantanın bulunması, çalınmış bir arabanın nerede bulunduğunun bildirilmesi, bir ilacın keşfi} *karşılığında bir ödül sözü verilmiş olmalıdır.* Sözü verilen ödül para olabileceği gibi, madalya, diploma, eşya vs. de olabilir.

2- *Ödül verme sözü, umuma, şahsen belirlenmemiş kimselere yöneltilmiş olm[!.lıdır.* Bununla beraber, edimi yerine getirecek kişiler için genel bir sınırlama yapılabilir. Örneğin, "Avrupa Birliği konusunda, bir yıl içinde en iyi araştırmayı yapacak olan Siyasal Bilgiler, İktisat ve Hukuk Fakültesi öğrencisine 800 TL verilecekti(denilebilir.

3- *Ödül sözü verme, ilan yoluyla yapılmalıdır.* İlanın radyo, televizyon veya gazete ile yapılması zorunluluğu yoktur. Ödül sözünün ilgili kişilerin bilgisine ulaşmasını sağlayacak herhangi bir yoldan yararlanılabilir.

111- SONUÇLARI

İlan yoluyla ödül sözü veren kimse, edim yerine getirilince, ilanda sözü edilen ödiilü vermek zorundadır.

Ödül verme sözünden aksi anlaşılmıyorsa, ödülden habersiz olarak veya ilandan önce edimin ifası halinde de ödül verilmelidir.

Edim, birden çok kimse tarafından yerine getirilmişse, ödülün kime verileceği ödül sözü verenin iradesine göre belirlenir. Ödül sözü verilirken bu konuya değinilmemişse, ödülün, edimi ilk yerine getirene mi verileceği, yoksa aralarında taksim mi edileceği, yoksa ödülü alacak kimsenin kur'a ile mi tayin edileceği sorunu hakim tarafından ödülün niteliğine ve duruma göre bir çözüme bağlanacaktır.

Uygulamada çok görülen, karşılığında bir ödül vadedilerek açılan yarışmalar (örneğin, proje yarışmaları) da hukuki açıdan "ilan yoluyla ödül sözü verme" niteliğindedir. Yarışmayı kimin kazandığı, ilanda bir açıklık yoksa, ödül sözü veren tarafından, uygulamada çok kere bir jüri tarafından tayin olunur. Jürinin kararı kural olarak kesindir. Ancak, Federal Mahkeme, jürinin açıkça hakkını kötüye kullandığı hallerde mahkemeye başvurabileceğini kabul etmiştir.[1]

iV- ÖDÜL SÖZÜNDEN CAYMA

ilan yoluyla ödül sözü veren kimse, sonucun gerçekleşmesinden (edimin yerine getirilmesinden) önce, sözünden cayabilir. (BK. md. 8/2). Odül sözünden cayma da, aynı etkideki yollarla ilan edilmelidir. Aksi taktirde, ödül sözünden cayma (dönme), bundan haberi olmayan kişilere karşı geçerli olmaz.

Ödül sözünün belli bir süreyle sınırlı olarak verilmiş olması, sözden cayma hakkını ortadan kaldırmaz. Ödül sözü veren kimse, sözünden cayma hakkından feragat edebilir.

Ödül sözü veren kimse, sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayarsa veya sonucun gerçekleşmesini engellerse, edimin yerine getirilmesi için, kişilerin iyi niyetle yaptıkları giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak bir ya da birden çok kişiye ödenecek giderlerin toplamı ödülün değerini aşamaz. (BK. md. 8/2)

Ödül sözü veren, giderlerin ödenmesini isteyenlerin beklenen sonucu gerçekleştiremeyeceklerini (örneğin, bulunması için ödül sözü verdiği eşyayı sonradan kendisinin bulduğunu) ispat edebilirse, giderleri ödeme yükümlülüğünden kurtulur. (BK. md. 8/3).

---

1) Bk. RO. 43. il. 202.

§ V- SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

1- GENEL OLARAK

Bir sözleşmenin geçerli olması veya ispatı için iradenin açıklanmasında belil bir şekle (yazılı şekil, resmi şekil vs.) uyulması gerekip gerekmediği sorununu, tarihi gelişim içinde ve günümüzde çeşitli hukuk sistemleri farklı çözümlere bağlamışlardır.

İradenin açıklanmasında bir şekle uyma mecburiyeti, sözleşmenin kapsamını kolaylıkla belirleme, tarafları dikkatli harekete sevketme ve nihayet ispat yönlerinden önem taşımakta ve yararlı olmaktadır. Buna karşılık, bütün hukuki işlemlerin (özellikle geçerlilik şartı olarak) şekle bağlı olması, uygulamada (örneğin, taşınabilir malların alım-satımında) büyük güçlükler yaratacaktır. Basit şekil noksanları sebebiyle işlemin hükümsüz olması çeşitli sakıncalar doğuracak, kötü niyetli kimseler, şekil noksanlığına bağlı geçersizlikten haksız ölçülerde yararlanacaklardır.

Modern hukuk sistemleri, yukarıda değinilen sakıncalar sebebiyle, şekil zorunluluğunu betli hukuki işlemler için kabul etmişler, kural olarak *"şekil serbestisi"* prensibini benimsemişlerdir.

Hukuk sistemlerinin "iradenin açıklanmasında belli bir şekle uyulması" zorunluluğuna bağladıkları hukuki sonuçlar da her zaman aynı değildir. *Bazen, bir işlemin geçerliliği belli bir şekle uyularak yapılmasına bağlanmıştır. Bu şekle uyulmadıkça işlem* (sözleşme) *hüküm ifade etmiyecektir.* Bu takdirde şekil *"sıhhat"* (geçerlilik) şartı'tJır. Buna karşılık, bazen, sözleşmenin geçerli olarak meydana gelmesi için herhangi bir şekle uyulması zorunluğu yoktur. Fakat, anlaşmazlık halinde işlemin ispat edilebilmesi, ancak belli bir şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Bu gibi hallerde, şekil *"ispat şartı'tJır,* bir yargılama usulü kuralıdır.

11- GEÇERLİLİK ŞARTI OLARAK ŞEKİL

1- Genel olarak

a) Borçlar Kanunumuz, kural olarak *"şekil serbestist* prensibini kabul etmiştir Borçlar Kanunumuzun 11. maddesinin 1. fıkrasına göre:

"Sözleşmenin sıhhati, kanunda açıklık olmadıkça hiç bir şekle bağlı değildir".

Böylece, kanunun açıkça bir şekli öngörmediği hallerde (örneğin, taşınabilir malların alım-satımında), taraflar iradelerini sözlü olarak açıklayabilirler

ve sözleşme karşılıklı ve b irbirine uygun irade beyanlarının varlığı halinde geçerli olarak meydana gelir.

b) Kanun, bir sözleşmenin belli bir şekilde yapılmasını emretmişse, emredilen şekil, kural olarak, "sıhhat -geçerlilik- şartı"dır. BK. m. 11/2'ye göre:

nKanunun emrettiği şeklin kapsam ve etkisi hakkında başkaca bir hüküm yoksa, sözleşme bu şekle uyulmadıkça geçerli olmaz".

Kanunun emrettiği şekilde yapılmayan sözleşmeler, (aksine bir hükün, mevcut değilse) [1], böylece geçersizdirler, batıldırlar. Örneğin, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin MK. m. 706 uyarınca *"resmi şekilde"* yani (Tapu Kanunu m. 26'ya göre) Tapu Sicil Muhafızlığı tarafından düzenlenmesi gerekir. Bu şekle uyulmaksızın yapılan sözleşme geçerli değildir [2]. *Resmi şeklin sözleşmenin bütün esaslı noktalarını kapsaması lazımdır* [3] *ve yeterlidir.* Diğer noktalar resmi senette yer almamış olsalar dahi, sözleşme şekle uygun olarak yapılmış sayılır [4].

c) Kanunun belli bir şekle uyulmasına ilişkin kuralları *"emredici"* nitelikte-dir. Taraflar anlaşarak bu kuralları etkisiz kılamazlar.

d) *Bir sözleşmenin şekil noksanlığı sebebiyle geçerli olmadığını hakim kendiliğinden dikkate alır* [5]. Taraflardan her biri de, sözleşmenin kanuni şekle uyulmaksızın yapıldığını, geçersiz olduğunu ileri sürmek hakkına sahiptir.

Sözleşmenin şekil noksanlığı sebebiyle geçerli olmadığını ileri sürmek, prensip itibariyle, ahlaka veya iyiniyet kurallarına aykırı bir davranış olmadığı gibi [6], *haksız fiil de sayılmaz.* Bununla beraber, bazı özel koşulların varlığı halinde, şekil noksanına dayanarak sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri süren tarafın *hakkını kötüye kullandığı* kabul edilebilir [7]. Hakim, hakkın kötüye kul-

---

1) Kanunun öngördüğü şekle uymamanın hukuki sonuçlarına **ilişkin** özel hükümlere aile hukuku ve miras hukuku alanlarında yer verilmiştir. Örneğin, şekle alt noksanı bulunan ölüme bağlı tasarruflar kendlllğlnden hükümsüz değildir, MK. m. 557/4 uyarınca iptal olunabilir.

2) Bk. HGK. 17.11.1971, 817/684 (Ank. Bar. Derg. 1972, Sh. 289). **Borçlar Kanu**nunun sözleşmenin şekline ilişkin hükümleri kıyas yoluyla tek taraflı hukuki muamelelere ve kararlara da uygulanır.

3) Bk. JT. 1994, 1. 99; JT. 1974, 1. 66.

4) Bk. JT. 1950. 1. 74.

5) Bk. JT. 1960.1. 527, HGK. 2.10.1970, K. 1043 (Olgaç, Emsal İçt. md. 11, sh. 67-68).

6) Bk. JT. 1933, 1. 366.

7) Bk. HGK, 2.10.1970. K. 1043 (Olgaç, Emsal İçt. md. 12. sh. 68).

lanıld□ğı iddiasını, prensiplere sıkı sıkıya bağlanmaksızın, bütün öz:I du□un:-ları dıkkate alarak değerlendirmelidir s. Hakkın kötüye kullanıldıgını ıddıa eden taraf, iddiasına esas teşkil eden özel koşulların varlığını ispat etmek zorun□ad_ır [9]. Federal Mahkeme ve Yargıtay, taşınmaz alım-satım sözl□ş□e.□i-ne ılışkın kararlarında, şekil noksanı sebebiyle sözleşmenin butlanını ıleri surmenin (diğer şartlar da dikkate alınarak) aşağıdaki iki halde *hakkın kötüye kullanılması* sayılabileceğini kabul etmiştir:

aa) *Taraflar kendi rızaları ile sözleşmenin başlıca borçlarını ifa etmişlerse* [10];

bb) *Butlanı ileri süren taraf şekil noksanına kendi hileli davranışı ile kasden sebep olmuşsa* [11].

Ülkemizde, *"şekil noksanı"* nedeniyle sözleşmenin butlanını ileri sürmenin *"hakkın kötüye kullanılması"* sayılması, böylece şekil noksanlığı sözkonusu olsa dahi sözleşmenin bağlayıcı addolunması, özellikle *"arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde"* uygulama alanı bulmuştur. Yargıtay (not 12'de ayrıntılarıyla açıklandığı üzere), arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, *sözleşme resmi şekilde yapılmamış olsa dahi, taraflar borçlarını geniş ölçüde yerine getirmişlerse* (arsa yükleniciye - müteahhide- teslim edilmiş, yüklenici de inşaatı tamamlamışsa) şekil noksanı nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek, mülkiyeti devir borcundan bu sebeple kaçınmak MK. md. 2 anlamında *"açıkça hakkın kötüye kullanılması"* niteliğindedir, sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirdikleri oranda şahsi hak sahibi olan yükleniciler, bu haklarına dayanarak, arsa sahibinden -sözleşme hükümleri çerçevesinde-

---

8) Bk. JT. 1979. 1. 18; JT. 1968. 1. 159; JT. 1964, 1. 565. **Hakkın objektif iyi niyet kuralına aykırı olarak kullanıldığı** (hakkın kötüye kullanıldığı) **itirazı kamu** düzeniyle ilgili olduğundan MK. md. 2 uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve **mahkemece re'sen** (kendiliğinden) **dikkate alınır.** Bk. Yarg. HGK. 24.05.2006, K. 2006/304 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 1573); Yarg. HGK. 26.02.2003, K. 2003/96 (Yarg. Kar: Derg. 2003, sh. 1653); Yarg. 1. HD. 06.02.2006, K. 2006/680: **Kötünlyet iddiası, def'i değil, itiraz niteliğinde olduğundan, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın, hep zaman ileri sürOlebllIr** (1st. Bar. Derg. 2006/6, sh. 2669).

9) Bk. JT. 1979, 1. 17; JT. 1964. 1. 568.

10) Bk. JT. 1987. 1. 71-78; JT., 1979.1.18; JT. 1964. 1. 568. Ayrıca Bk. JT. 1927. 1. 618; JT. 1924. 1. 433; Bk. Yarg. İçt. Bir. Büy. Gn. Kur. 30.9.1988, K. 88/2 (Yarg. Kar. Derg. 1989, sh. 149-159); **Şener Akyol,** Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, 1st. 2. bası 2006, sh. 80 vd.

11) Bk. JT. 1964, 1. 568; JT. 1962. 1. 30\; JT. 1940, 1. 207; JT. 1933. 1. 366. Yarg. 13. HD. 30.1.1992, K. 1991/645 (Yarg. Kar. Derg. 1992 sh. 401-402).

mOfktyetin kendilerine devredilmesini isteyebilirler sonucuna varmıştır12. Yar

12) Yarg. 14, HD. 7.5.1985, K. 85/3269: Arsa karşılığında inşaat sözleşmelerinde, s6zleşrne resmi şekilde yapılmamış ise dahi, taraflar borçlarını geniş oıçocie yerine getlrmlşlerse, şekil noksanı nedeniyle sozleşmenin geçersizliği ileri sor0ıemez. S6zJeşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirdikleri oranda şahsi hak **sahibi** olın müteahhitler, bu hakka dayanarak, arsa sahibinden mülkiyetin kendilerine devredilmesini isteyebilirler. (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 89-90).

Benzeri bir olayda konuya eğilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, MK. md. 2'ye (hakkın kötüye kullanılmasına) dayanan uygulamayı kabul etmemiş, "tapulu taşın. mazın diğer bir kimse adına tescil edilebilmesi için, geçerli bir hukuksal neden gereklldlr. Resmi biçimde yapılmamış temlik yüklenimi geçerli sayılamaz" sonucuna varmıştır. Bk. Yarg. HGK. 25.10.1985, K. 1985/850 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1266).

Konuya ilişkin olarak Yarg. HGK. ile, Yarg.) 4. HD. arasında ortaya çıkan görüş ayrı. lı()ını gidermek üzere sorunu inceliyen Yargıtay içtihadı Birleştirme f!Jüyük Genel Kurulu **Yarg.** 14. Hukuk Dairesinin görüşünü benimsemiştir. Yarg. lçt. Bir. Büy. Gen. **Kur.'nun 30.9.1988tarih ve 88/2 say. kararına göre:** Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devretme borcuna ilişkin bulunan, ancak resmi şekilde yapılmadığı için geçersiz olan bir sözleşmeye dayanılarak mahkemeden tescil talebinde kural olarak bulunulamaz.Ancak, uygulamada **"kat karşılığı inşaat sözleşmesi"** olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doQmuştur. Bu sözleşme türünde, müteahhit (yüklenici) arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte, buna karşılık arsa sahibi de inşaat bitince, bir kısım dairelerin (baOımsız bölümlerin) mülkiyetini müteahhide devretmeyi (resmi şekil şartlarına uyulmadı• ğı için bağlayıcı olmayan sözleşmelerle) kabul etmektedir. Müteahhit, çok kere, inşaata başlarken, ileride mülkiyeti kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri üçüncü kişilere ayni şeklide geçersiz sözleşmelerle satmaktadır. **Arsa karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şeklde yapılmadığı için geçersiz olsa dahi, taraflar tüm borçlarını yerine getirmişse, baOımsız bölüm alıcıya teslim edilmişse, dairenin bedelinden inşaat süresince yararlanan satıcının, resmi şekil noksanlığını ileri sürerek tapuda mülkiyeti devir borcundan kaçınması, MK. md. 2 anlamında "açıkça hakkın kötüye kullanılması" niteliğindedir. Böyle durumlarda, olayın özelliğine göre, hakim, MK. md. 2'yi dikkate alarak, alıcının açtığı tescil davasını kabul edebilir.** (Yarg. Kar. Derg. 1989, sh. 149-159).

Yarg. HGK. 3.11.2004, K. 2004/571: **Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici kendisine bırakılan bağımsız** bölümler **üzerinde kişisel hak sahibidir ve bu hakkını ancak aralarındaki sözleşmeye göre edimini tam olarak yerine getirmiş olması koşuluyla arsa sahibine karşı ileri sürebilir.** Eksik bırakılan bir iş varsa, bu eksiklik pek az veya arsa sahibi tarafından katlanabilecek boyuttaysa, yükleniciye bu eksikliği tamamlama olanağı tanınmalıdır. Eksiklik fiilen tamamlanmasa bile, saptanacak bedelin ödenmesi halinde halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescile karar verilmelidir. **Sözleşmeye göre** *"iskan raporu"* **yüklenici tarafından alınacaksa, iskan raporu yüklenici veya ondan kişisel hakkını devralan kişi tarafından alınmadıkça, bağımsız bölümlerin yüklenici veya ondan kişisel hakkını devralanlar adına tescili istenemez.** (!st. Bar. Derg. 2005/5, sh. 1668-1670). Ayni yönde Yarg. HGK. 29.6.2005, K. 2005/419 (1st. Bar. Derg. 2006/2, sh. 757).

Yargıtay 14. HD. 12.10.2006, K. 2006/10878: İnşaatın geldiği seviye %n'dir. Bu **seviye, arsa sahibinin eseri kabulden kaçınamayacağı bir seviye değildir. Bu ne-**

gıtaya göre, *yükleniciden resmi olmayan (yazılı) bir sözleşmeyle bağımsız*

---

denle, yüklenici ve/veya bağımsız bölümü sattığı (talep hakkını temlik ettiği) 0ç0nc0 **kişiler, arsa** sahibinden tescil (mülkiyetin devri) talebinde bulunamazlar. (Yarg. Kar. Derg. 2008/2, sh. 264 vd.) Ayni yönde: Yarg. 14. HD. 20.4.2007, K. 2007/4636 (Yargı Dünyası, Aralık-2007, sh. 114).

Yarg. 15. HD. 7.9.2007, K. 2007/5356: **Kat karşılığı inşaat sözleşmelerindeki** *•anahtar teslimr* **koşulu** *"iskan ruhsatı"* **alınmasını da içerir** (Yargı Dünyası, mart 2008, sh. 139).

Yarg. 15. HD. 28.10.2008, K. 2008/6371: **Yüklenici, üstlenmiş olduğu işle"!, sorumlu bir meslek adamı olarak İmar Kanununa uygun yapmakla yükümlüdür. inşaat tekniğine '!e yasalara uygun olarak tamamlanmadıkça yüklenici tapu devrini talep edemez. inşaat tamamlanmamışsa, yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı llg!ll belediyeden sorulur. Yasal hale getirilmesi mümkün ise yükleniciye süre verilir. inşaatın yasal hale getirilmesi mümkün değil ise yüklenicinin tapu iptali ve tescil davasının reddi gerekir.** {Yargı Dünyası, Nisan 2009, sh. 136-139).

Yarg. 13. HD. 30.1.1992, K. 1991/645: Davalı, davacıya yaptığı tatil sitesinden haricen bir daire satmıştır. Davacı kendine düşen tüm edimleri yerine getirmiştir. Site, davalının borcu nedeniyle, cebri icra yoluyla satıldığından, davalı edimini yerine getirememiş, dairenin mülkiyetini nakledememiştir. Davacı, borcun ifa edilememesi nedeniyle zarar ziyan ve dava tarihinden itibaren banka reeskont faizi üzerinden temerrüt faizi talep etmiştir. Davalı sözleşmenin şekil noksanı nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürerek davanın reddedilmesini istemiştir. Konuya eğilen Yargıtay şu sonuca varmıştır: **Davalı, gazete ilanları ve broşürlerle bir tatil sitesi kurmakta olduğunu duyurmuş ve yüzlerce kişi, siteden harici sözleşmelerle daire satın almış ve muhtelif tarihli bonolarla satış bedelini ödemiştir. Site bu paralarla tamamlanmıştır.** Davalı süre gelen tutum ve davranışlarıyla, haricen yapılan sözleşmeyi ifa edeceği fikrini uyandırarak, davacıyı sözleşme yapmaya yöneltmiştir. **Bu durumda, davalının, sözleşmenin şekil noksanı nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmesi, "hakkın kötüye kullanılması" niteliğindedir. Şekle aykırılığa rağmen sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilerek, davacının müsbet (olumlu) zararı tazmin edilmelidir.** Dairenin, cebri icra yoluyla satışının yapıldığı, bu suretle edimin imkansızlaştığı tarihteki sürüm değerine hükmedilmelidir. Davalı tacirdir, bu nedenle temerrüt faizi de, 3095 sayılı Kanunun 2. maddesi uyarınca "banka reeskont faizi" üzerinden hesaplanmalıdır. (Yarg. Kar. Derg. 1992, sh. 399-403). Ayrıca Bk. Yarg. 13. HD. 2.12.1991 K. 91/10901. (Yarg. Kar. Derg. 1992, sh. 237).

Yarg. 15. HD. 23.12:2003, K. 2003/6201: **Adi yazılı şekilde düzenlenmiş bulunan** *"arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi"* **geçersizdir. Sözleşme edimler yerine getirilmediğinden geçerlilik kazanmamıştır.** Geçersiz sözleşmenin ifası istenemiyeceği gibi feshi de dava edilemez. **Geçersiz sözleşmelerde öngörülen ceza koşulunun istenmesi, buna dayanılarak kar mahrumiyeti talebinde bulunulması da olanaksızdır. Ancak taraflar geçersiz sözleşmenin ifası aşamasında birbirlerinin mal varlıklarına artı değer kazandırmışsa bunlar** *"sebepsiz zenginleşmeye"* **neden olacağından karşılıklı olarak istenebilir** (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 578-580).

Yarg. 13. HD. 25.2.1997, K. 97/1392: **Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, resmi biçimde yapılmamışsa geçersizdir. İnşaat tamamlanmamışsa, sözleşme geçerlik kazanamaz. Yüklenicinin, tapulu taşınmazda haricen yaptığı daire satışları da geçer-**

bôfümü satın alanlar da (bu suretle yüklenicinin kişisel hakkını devralmış olanlarda) *yüklenicinin halefi (ardılı) olarak satın aldıkları bağımsız bölümün mülkiyefftıin kendilerine devredilmesini* (yükleniciyle arsa sahibi arasındaki sözleşme hükümleri çerçevesinde yüklenicinin edimini yerine getirmiş olması. örne�in "iskan raporu-yapı kullanma izni" yüklenici tarafından alınacaksa, bu iznin alınmış bulunması halinde) *doğrudan doğruya arsa sahibinden talep edebilirler13.* Buna karşılık yüklenicinin ve ondan bağımsız bölümü satın

---

sizdir. Geçersiz olan bu işlemlerden dolayı, alacaklı arsa sahibinden talepte bulu**namaz.** Alacaklının, daire için yükleniciye verdiği parayı, haksız iktisap nedeniyle **talep** etmesi durumunda, denkleştirici adalet ilkesi gereğince, satış bedeli olarak **verilen paranın alım** gücünün **ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması ve o şekilde iadeye karar verilmesl gerekir.** Sadece ödenen satış bedelinin iadesi halinde, kısmJ iade durumu oluşur, iade dışındaki zenginleşme yüklenicinin haksız zenginleşmesine neden olur. (Yarg. Kar. Derg. 1997, sh. 1252-1257).

Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. **Uygur Turgut,** İnşaat Hukuku, C. 11, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Ankara 1998 (1034 sh_.).

13) Bk. Yarg. HGK. 3.11.2004, K. 2004/571 (1st. Bar. Derg. 2005/5, sh. 1668). Yarg. 14. HD. 15.10.2008, K. 2008/11713 (Yargı Dünyası, Nisan 2009, sh. 125). Yarg. 14. HD. 4.7.2007, K. 2007/8738 (Yarg. Kar. Derg. 2008/12, sh. 2376).

Yarg. 14.HD. 12.06.2000, **K.2000/4149: Yüklenicinin eser sözleşmesi uyarınca yapmakta** olduğu binada payına düşen.bağımsız bölümü üçüncü kişiye temliki ge**çerli olmakla birlikte, ten:,ellük edenin bu şahsi hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yüklenicinin edimini yerine getirmiş olması gerekir. Edimini yerine getirmediği için arsa sahibi ile arasındaki eser sözleşmesi feshedilen yüklenici, satış vaadi sözleşmesinin gereğini yerine getirmediği alıcıya karşı tam tazminatla sorumludur. Satış vaadi sözleşmesinde taraf olmayan arsa sahibi tazminattan sorumlu tutulam�(Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1559).** Ayni yönde: Yarg. 3. HD. 17.7.2008, K. 2008/13085 (1st. Bar. Derg. 2009/2, sh. 976-977). Yarg. 13. HD. 25.2.2003, K. 2003/ 1885 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1098). Yarg. 14.HD.23.9.2004, K. 2004/6108 (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1769). Yarg. 15. HD. 9.2.2006, K. 2006/618 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 1451).

Yarg. 15 HD. 3.10.2002, K. 2002/4393: **Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibi tarafından feshedilmişse, arsa_sahibi, daha önce yükleniciye devredilen payların iptalini isteyebilir. Yükleri:ci edimini belli oranda yerine getirmişse, sözleşmenin feshinc;fen önce devrediien paylar, davacının istemine uygun olarak, ancak yüklenicinin edimini yeri.ne getirmediği oranda iptal edilebilir.** (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1101-1102). Ayni yönde: Yarg. 15. HD. 8.12.2003, K. 2003/6105 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 41O).

Yargı 15. HD. 16.1.2009, K. 2009/103: Adi yazılı şekilde yapılmış olan **"kat karşılığı inşaat sözleşmesi"** BK. md. 108 uyarınca **geriye etkili bir şekilde feshedilmiştir.**Bu durumda, taraftar borçlarını ifaden kaçınabilir ve BK. md. 61 vd. uyarınca *"sebepsiz zenginleşme•kurallarına* göre verdiklerini geri isteyebilirler. *Bu kapsamda,* **yüklenici de,** *yasa ve sözleşme hükümlerine uygun şekilde yapmış olduğu inşaatın, sözleşmenin* **feshi**nin **kesinleştiği tarihteki serbest piyasa rayiçlerine göre belirlenecek bedelini arsa sahibinden veya sahiplerinden isteyebilir.** *Yüklenici, sözleşme geriye etkili bir şekilde feshedildiğinden, sözleşme uyarınca kendisine verilmesi gereken bağımsız bölümlerin*

alanların mülkiyetin kendilerine devredilmesine ilişkin olarak arsa sahibine karşı sözleşmeden doğan talep hakları kişisel (şahsi) hak niteliğinde olduğundan, *arsa sahibinin, söz konusu bağımsız bölümlerin mülkiyetini üçüncü kişilere* (tapu sicilinde gerekli işlemleri tamamlayarak} *devretmesi halinde, yüklenici ve aynı şekilde bağımsız bölümü ondan satın alanlar, yeni malikten mülkiyetin kendilerine devredilmesini isteyemezler.* Yeni malik, yüklenicinin veya ondan bağımsız bölümü satın alanların şahsi-kişisel-haklarını bilse dahi, hukuki durum değişmez, kendisinden mülkiyetin devredilmesi talep edilemez [14].

---

adına tescilini veya bedelini arsa sahibinden isteyemez. Buna karşılık, **sözleşme_** *m[illegible]keme kararıyla . v eya tarafların o yönde anlaşmasıyla* **ileriye et.kili olarak feshedılmış[illegible]e,** (25.1.1984 gun ve 1983/3 esas ve 1984/1 karar sayılı Yarg. ıçt. Bir. Kar. uyarınca) **yukıenici sözleşmeye göre kendisine verilmesi gereken bağımsız bölümlerin adına tescilini veya ifa yerine geçen olumlu zarar kapsamında, bedellerini arsa sahibinden isteyebilir.** (Yargı Dünyası, Haziran 2009, sh. 91, özellikle 92).

Yarg. 15. HD. 4.7.2008, K. 2008/4508: Noterde düzenleme şeklinde yapılan **Kat karşılı[illegible]-inşaat sözleşmesinde,** *yüklenici bağımsız bölümleri süresi içinde bitirip teslim etmedıgı, bu nedenle sözleşme feshedildiği takdirde,* **yüklenicinin, hiçbir hak talep etmeden inşaatı olduğu haliyle arşa sahibine devredeceği** öngörülmüştür. Yüklenici inşaatın % 92 seviyesinde tamamlandığını ileri sürmüştür. Yüklenici payına düşen 26 adet bağımsız bölümden 9'unu üçüncü kişilere tapuda devretmiştir. **Arsa sahibi davacılar, inşaat süresinde bitirilmediği için sözleşmeyi feshetmişler ve üçüncü kişilere devredilenlerin dışında kalan 17 adet villanın kendilerine ait olduğunun tespitini istemişlerdir.** Yüklenici tacirdir. TTK. md. 24 uyarınca **tacir olan bir şahıs, "cezanın" aşırı olduğundan bahisle, indirilmesini isteyemez.** Ancak, **kararlaştırılan ceza borçlunun ekonomik açıdan yıkımına neden olacak ölçüde ağır ve yüksek ise, cezanın "ahlak ve adaba aykırı" sayılarak, tamamen veya kısmen iptali mümkündür.** Dava konusu olayda, sözleşmede yer alan ***"fesih halinde yapımcının hiçbir hak talep etmeden inşaatı olduğu haliyle arsa sahibine devredeceğine"*** ilişkin hüküm **davalı yüklenicinin ekonomik yönden yıkımına sebep olacak niteliktedir.** Bu durumda, **yüklenicinin işten el çektirildiği tarih itibariyle inşaatın ulaştığı fizik seviye belirlenmeli ve bu seviyeye göre yüklenicinin hak kazandığı bağımsız bölüm sayısı saptanmalı,** yüklenicinin satışını yaptığı 9 adet bağımsız bölüm de dikkate alınarak, **davacıların kalan bağımsız bölümlerin kendih[!rine ait olacağına yönelik talepleri karara bağlanmalıdır.** (Yargı Dünyası, aralık 2008, sh. 49-51).

Yarg. HGK. 26.3.2008, K. 2008/277: **Arsa sahibinden bağımsız bölümü satın alan yeni malik, arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılmış olan inşaat yapım sözleşmesine dayanarak yükleniciye dava açamaz. Böyle bir davanın açılabilmesi için, arsa sahibinin sözleşmeden doğan haklarını da (BK. md. 163 uyarınca) yeni malike devrettiğinin, yazılı bir delille kanıtlanması gerekir.** (İst. Bar. Derg. 2009/3, sh.1454).

14) Bk. Yarg. HGK. 19.4.2000, K. 2ooon89 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 477-481). Yarg. 14. HD.'ne göre, **yükleniciden resmi olmayan yazılı bir sözleşmeyle daireyi satın alanlar da** (bu suretle yüklenicinin kişisel hakkını temellük edenler de) **yüklenicinin halefi (ardılı) olarak söz konusu hakkı arsa sahibine (veya yükleniciye) karşı ileri**

Yüklenici, kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibine karşı sahip olduğu kişisel hakları, farklı tarihlerde, yazılı bir sözleşmeyle birden çok kişiye devretmişse, (alacağın devredilmesi hakkı nakleden tasarrufi bir işlem olduğundan) *ilk devir sözleşmesini izleyen sonraki sözleşmeler geçersizdir* 1s_ Yükleniciden kişisel hakları sonrada devralan kişilerin *"iyiniyet/1'* (MK.md.3) olması, yüklenicinin kişisel haklarını daha önce başkasına devrettiğini bilmemesi hukuki durumu değiştirmez. Hangi devrin önce yapıldığının belirlenmesinde icabın yapıldığı tarih değil, sözleşmenin tamamlandığı an dikkate alınır **(Bk.** Altıncı bölüm, 1 Alacağın temiiki, 11/1-a,d). Kişisel hakları sonradan devralan kişiler yükleniciye yaptıkları ödemeleri sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca yükleniciden geri isteyebilirler [16].

e) Federal Mahkeme, şekil noksanı nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri süren tarafın, *sözleşmenin geçersiz olmasında korunmaya değer bir yararının bulunduğunu ispat zorunda olmadığı,* daha avantajlı bir fiyata satmak için sözleşmenin butlanını dermeyan etmenin hakkın *kötüye kullanılması* sayılamayacağı görüşündedir [17].

f) Şekle uyulmaması sebebiyle sözleşme geçersizse, hataen, yani sözleşmeyi geçerli zannederek borcunu ifa eden kimse, verdiğini geri isteyebilir. Borç, sözleşmenin geçersiz olduğu bilindiği halde yerine getirilmişse bağışlama vardır.

g} Şekil noksanı sözleşmenin sadece bir kısmına ilişkin bulunuyorsa BK. m. 20 hükmü kıyasen uygulanır.

---

sürülebilirler. Bk. Yarg. 14. HD. 23.3.1999, (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 949). Yarg. 14. HD. 9.6.1998, K. 98/4700 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1495); Yarg. 13. HD. 10.11.1997, K. 97/8983 (Yarg. Kar. Derg.1997, sh. 1875). **Ancak, temlike dayanan tescil isteği, ayni değil, kişisel bir hak niteliğinde olduğundan, mahkemenin kararından önce, taşınmaz üçüncü kişilerin mülkiyetine geçerse, tescil isteği yeni malike karşı ileri sürülemez.** Bk. Yarg. 14. HD. 22.12.1987, K. 87/9191 (Yarg. Kar. Derg. 1988, sh. 817 vd.). Ayni nitelikte, Yarg. İçt. Bir. Büy. Gen. Kur. 30.9.1988, K. 88/2 (Yarg. Kar. Derg. 1989, sh. 158). **Bu durumda, yüklenici, resmi olmayan yazılı bir sözleşmeyle daireyi sattığı önceki alıcıya, dairenin devir tarihindeki rayfç bedelini ödemekle yükümlüdür.** Bk. Yarg. 13. HD. 10.11.1997, K. 97/8983 (Yarg. Kar. Derg. 1997, sh. 1875).

15) Ayni sonuç için Bk. Yarg. 14. HD. 27.10.2004, K. 2004n424 (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1580 vd.)

16) *"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri"* hakkında ayrıntılı bilgi için Bk. Safa **Relsoğlu,** Arsapayı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin bir kısım sorunlar, Batider, 2007, C. 24, sayı 2.**Hasan Erman,** Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, 2. bası, İstanbul 2007. **Turgut Uygur,** Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Ankara 1998.

17) Bk. JT. 1964, 1. 568.

2- Kanuni şekll

Kanunun hukuki işlemler için öngördüğü çeşitli **şekilleri** dört gurupta toplamak ve incelemek mümkündür 1a.[1]

a) Yazılı şekil,

b) Resmi şekil,

c) Tescil,

d) İlan.

a) Yazılı şekil

aa) Genel olarak

Kanun koyucu, bazı sözleşmelerin geçerliliğini yazılı şekilde yapılmış olmalarına bağlamış ve BK. m. 12 ve devamında yazılı şekli düzenlemiştir. Borçlar Kanununa göre, örneğin, kefalet sözleşmesi (BK. m. 484), (taşınmazlar dışında) bağışlama vaadi (BK. m. 238), alacağın temliki (BK. m. 163), yaşadığı sürece irat tesisine ilişkin sözleşmeler (BK. m. 508) vs. yazılı şekilde yapılması Q_ereken hukuki işlemlerdir. Diğer kanunlarda da yazılı şekle yer verilmiştir. Orneğin, 5.5.1983 tarih ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununa göre, toplu iş sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmazlar (m. 4).

bb) Metin

Yazılı şekle bağlı bir sözleşmenin metni el yazısıyla veya makine ile yazılmış veya basılmış olabilir. Metnin yabancı bir dilde yazılmış olması da ilke olarak mümkündür. Borçlar Kanunumuzda, sözleşme metninin yabancı dilde yazılmasını engelleyen bir hüküm yoktur 1s. *Metin sözleşmenin bütün esaslı noktalarını kapsamalıdır.*

---

18) Medeni Kanunumuz ve Borçlar Kanunumuzda sözlü şekil sadece MK. m. 142 uyarınca evlenmede öngörülmüştür.

19) 10.4.1926 tarih ve 805 sayılı, halen yürürlükte bulunan *"İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun"un* **(RG. 22.4.1926)** 1. maddesine göre, **"Türk uyruğundaki her çeşit şirket ve kuruluşlar, Türkiye içindeki her çeşit** mu• **amele, sözleşme, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecburdurlar".** Aynı Kanunun 2. maddesi uyarınca, **"Yabancı şirket ve kuruluşlar için bu mecburiyet, Türk Kuruluşları ile ve Türk uyruğundaki .şahıslarla yapacakları muhabere,** mu• **amele ve temaslarla sınırlıdır.** Kanunun 4. maddesine göre *"Bu kanunun - yukarıda*

cc) imza

1- *Yazılı şekle bağlı kılınmış sözleşmelerde, borç altına giren tarafın veya tarafların metni imzalaması gerekir* (BK. m. 13/1). Kefalet sözleşmesinde olduğu gibi yalnız bir taraf borç altına giriyorsa, sadece o tarafın sözleşmeyi imzalaması yazılı şekle uyulmuş olunması için yeterlidir. Sözleşmeyle iki taraf da borç altına giriyorsa, _sözleşmenin tamam olması için iki tarafın da metni imzalaması lazımdır [20]. imzalanan metnin karşı tarafa ulaştırılması (verilmesi veya gönderilmesi) gerekir [21]. Ulaşması gereken bir yazılı beyan karşı tarafa ulaştıktan sonra hükümlerini doğurur.

Aksi kanunda yazılı olmadıkça, imzalı bir mektup veya aslı borç altına girenlerce imza edilmiş olan telgraf yazılı şekil yerine geçer (BK. m. 13/2) 22.

2- *İmza, borç altına giren kimsenin el yazısiyle atılmalıdır. Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile ayni ispat gücüne sahiptir.* (BK.md. 14/1) 22a. İmzada isim ve soyadının belirli bir şekilde yer almasına lüzum yoktur. İmza-

---

değinilen - 1 ve 2. maddelerine aykırı olarak düzenlenmiş evrak ve belgeler şirket ve kuruluşlar yararına dikkate alınmaz·. Yargıtay, 805 sayılı sözü geçen Kanunu re'sen {kendiliğinden) uygulamamaktadır. Bu Kanundan kaynaklanan iddia ve anlaşmazlıklar da, tatbikatta yok denecek derecede azdır. Bununla beraber, 805 sayılı Yasa'ya dayanan taleplerin karara bağlanmasında, bu Yasa hükümleri gözönünde bulundurulmaktadır. Yargıtay 11. HO. 30.11.1979 tarih ve 5469 sayılı kararında, *bir Türk Bankasının, bir Türk kuruluşuna verdiği ingilizce teminat mektubunda yer alan "vade" şartını, sözü geçen Kanunun 1 ve 4. maddeleri uyarınca geçersiz saymıştır(Yarg.* Kar. Derg. 1980, sh. 388). Yarg. 11. HD., 7.10.1986 tarih ve 5032 sayılı başka bir kararında, konuya 2. madde açısından değinmiş, bu maddede -1. maddeden farklı olarak- *"Türk şirketleri ile kuruluşlarının, yabancı şirket vekuruluşlarla Türkçe dışında bir dil ile sözleşme yapmalarının yasaklanmadığı· sonucuna varmış ve bu tür sözleşmeleri geçerli saymıştır.* (Bk. *Gönen Eriş,* Türk Tıc. Kan.-Tıcari işletme, 1992, sh. 53-54) Kanaatimizce, 1926 şartlarında kabul edilmiş bulunan 805 sayılı Yasa, günümüzün koşulları dikkate alınarak yürürlükten kaldırılmalı, uygulamasında da *"hakkın kötüye kullanılması"* sayılabilecek bir yaklaşıma imkAn verilmemelidir.

20) Bk. JT. 1961. 1. 197.

21) Bk. JT. 1962. 1. 300.

22) Federal Mahkemeye göre, telex yoluyla yapılan sözleşmelerde, borç altına girenlerin imzası bulunmadığı için, Borçlar Kanununun "yazılı şekli şartı" gerçekleşmemiştir, ancak telex yazılı şekle yakın bir delil değeri taşır. Bk. JT. 1987. I. 67. Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 14/2. maddesinde *"...teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenil elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer*-hükmüne *yer* verilmiştir.

22a) *"Güveni/ elektronik lmza'ya* ilişkin hüküm BK. md. 14/1'e, 15.1.2004 tarih ve 5070 sayılı *"Elektron/ imza Kanunu"nun* 22. maddesiyle eklenmiştir (RG. 23.1.2004).

nın, borç altına giren tarafın metni benimsediğini gösterir ve imza sahibini belirlemeye imkan verir bir nitelik taşıması yeterlidir [23]_

Mümessil {prensip itibariyle bu sıfatını belirterek) kendi imzasını atmalıdır. Mümessilin temsil ettiği kimsenin imzasını atıp atamayacağı, bu suretle temsil ettiği kimseyi borç altına sokup sokamayacağı hususu farklı görüşlere yol açmıştır. Becker (m. 13-15, No. 3), von Tuhr (§ 44/11-6), Schwarz (sh. 252} Eren (c. 1, sh. 299-300} mümessilin temsil ettiği şahsın ismiyle imza atamıyacağı, zira imzanın imza sahibinin kendi eliyle atılmış olması gerektiği görüşü benimserlerken, Oser-Schönenberger (m. 13, No. 7) ve diğer bir kısım yazarlar aksi görüşü savunmaktadırlar.

Bir alet aracılığı ile (örneğin, matbaada basılmak suretiyle) atılan imza, BK. m. 14/2 uyarınca ancak örf ve adetçe kabul edilen hallerde ve özellikle çok sayıda kıymetli evrakın (para, hisse senetleri vs.) imzalanmasında yeterli sayılır.

Borçlar Kanunu'nun *"körlerin imzaları usu/en onaylanmadıkça yahut imza ettikleri zaman işlemin metnini bildikleri sabit olmadıkça onları bağlamaz.»* hükmünü getiren 14. maddenin son fıkrası ve 6762 sayılı Türk Tıcaret Kanunu'nun -ayni yöndeki- 668. maddesinin 3. fıkrası *"özürlülere"* ilişkin 1.7.2005 tarih ve 5378 sayılı Kanunun 50. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır [24].

3- *İmza, bütün metnin benimsendiğini gösterecek şekilde, metnin altına atılmalıdır.* Metnin üstüne veya yanına atılmış imzalar yetersizdir. Metinde yapılan ilave ve çıkıntılar ayrıca imza edilmelidir [25]. Metin birden çok sahifeden oluşuyorsa, her sahifenin imzalanması, olası anlaşmazlıkları, sahifelerin değiştirildiği iddialarını önleme bakımından doğru ve yararlı olacaktır.

İmza, metin yazılmadan önce, tamamen veya kısmen boş kağıda atılmış olsa da (beyaza imza) geçerlidir. Bu takdirde, metnin taraflar arasındaki anlaşmaya uygun bir şekilde yazıldığı karine olarak kabul edilir. Beyaza imza

---

23) Bk. JT. 1931. 1. 566.

Yarg. HGK. 26.04.2006, K. 2006/231: **İnkar edilen imzanın borçluya ait olduğunu kanıtlama** yükümlülüğü **alacaklıya aittir** {İst. Bar. Derg. 2006/6, sh. 2646).

24) *"Özürlülere"* itişkın sözü geçen 1.7.2005 tarih ve 5378 sayılı Kanunun 23 ve 24. maddeleriyle de, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 73 ve 75. maddelerinde *"görme özürlülere"* yönelik olarak değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikten sonra, *"görme özürlülerin senet tanziminde"* gören kişilerden farklı herhangi bir şekil şartı kalmamıştır. Bk. Yarg. 12. HD. 3.7.2008, K. 2008/14229 (İst. Bar. Derg. 2009/2, sh. 843).

25) Yarg. 13.HD.3.2.2005, K.2005/1278: **Senet metninde bulunan kazıntı ve ek-lemeler tarafların imzaları veya paraflarıyla onaylanmadıkça geçerli değildir.** {1st. Bar. Derg. 2005, sh. 1020).

atan taraf aksini iddia ediyorsa, iddiasını yazılı delille ispat ile yükümlüdür (Bk. HUMK. m. 290) [26].[26a]. Ancak, *imza sahibi senedin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu iyiniyet sahibini üçüncü kişilere karşı ileri süremez* (Becker, m. 1, No: 21; Eren, c. 1, sh. 301-302) [21].

4- imza edecek olan kimse, okuma-yazma bilmediği için veya bedeni bir sakatlık sebebiyle el yazısiyle imza atamıyorsa, BK. m. 15'e göre, usulen tasdik edilmiş ve el ile yapılmış bir işaret kaymağa, yahut resmi bir şahadetname kullanmaya yetkilidir.

Kambiyo poliçesine ilişkin hükümler saklıdır (BK. md. 15/2).

Uygulamada, el ile yapılmış işaret olarak çok kere sol elin başparmağının izi alınmakta veya mühür basılmaktadır. 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 75. maddesine göre, *"ilgililer imza atamadıkları ve imza yerine geçen bir el işareti kullanmadıkları takdirde, varsa mühür, yoksa sol elinin başparmağı, bu da yoksa diğer parmaklardan biri bastırılır ve hangi parmağın bastırıldığı yazılar. Mühür kullanılması halinde, parmağın da bastı-*

---

26) Bk. Yarg. 19. HD. 17.12.1993, K. 1993/8720 (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 1963 vd.). Yargıtay iV. Hukuk Dairesinin 17.3.1966 tarihli kararına göre, **boş kağıda imza** attığını **ileri süren kişi, kağıdın aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak kendisine zarar verecek şekilde doldurulduğunu (HMUK.** m. **290 uyarınca) şahitle ispat edemez.** Zira, bu davranışta itimada dayanan bir işlem sözkonusudur. Hileden söz edilemez. (Bk. 01·gaç, Borç. Kan. sh. 56). (Ayrıca Bk. **Kuru Baki,** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. il, Ankara 4. Baskı, 1980 sh. 1660 vd.). **Ancak, imzalı boş kağıt karşı tarafa, aralarındaki anlaşmaya uygun bir şekilde doldurulmak üzere bir güvenin sonucu olarak verilmemişse, hile ile elde edilmişse,** örneğin **imzalı boş kağıt başka bir amaç için kullanılmak üzere istenmişse, olayda hile vardır, imza sahibi HUMK. md. 293 uyarınca iddiasını tanıkla kanıtlayabilir.** Bk. **Kuru Baki,** age., sh. 1655 vd. ve orada zikredilen *yar*gıtay kararları. Yarg. 9. HD., 13.12.2000, K. 2000/18865 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1011); Yarg. 13. HD. 12.10.1999, K. 99/6920 (Yarg.Kar.Derg. 2000, sh. 396).

Yarg. HGK. 22.03.2000, K. 2000/181: Tıc. Kan.'nun 592. maddesi uyarınca **açık bono düzenlenebilir. Bir bononun anlaşmalara aykırı olarak doldurulduğu yazılı belge ile ispat olunmadığı sürece, bono üzerindeki rakam, yazı, tanzim ve vade tarihi var**lığını korur (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1018). Aynı yönde: Yarg. 12. HD., 24.11.2005, K. 2005/23100 (İst. Bar. Derg. 2006/5, sh. 2268).

Yarg. 19. HD. 15.12.2005, K. 2005/12613: **Açık** (boş) **olarak imzalanıp verilen senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğu iddiası, yazılı delille ispat edilebileceği gibi, yemin deliliyle de kanıtlanabilir** (Yargı Dünyası, Temmuz/2006, sayı 127, sh. 95).

26a) **BK. Tasarısı md. 15/3 de,** ***"beyaza Imzs"ya*** **Illşkin olarak,** *"Açığa atılan im·zanın üzerine sonradan yazılan metnin, imza atanın iradesine uygun olduğu kabul edilir. Durumun özelliği aksini göstermedikçe, yazılan metnin anlaşmaya aykırı olduğunu ispat yükü, açığa imza atana düşer"* hükmü yer almıştır.

27) Bk. JT. 1963. 1. 248-249.

rılması zorunludur." Ayrıca, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 297 ��desine g��re, "im��a atmaya muktedir olmayan veya yazı bilmeyen şahsın, ıhtıyar h��y.etı ve yerinde tanınmış iki şahıs tarafından onaylanmış ve el ıle yapılmış bır ışaret veya mühür kullanması mümkündür.

Gerek parmak izinin, gerekse mühürün geçerli olması, imzanın yerini alabilmesi, yukarıda değinilen maddelerden de anlaşılacağı üzere, *objektif bir sebeple sahibinin imza atmaya muktedir olamamasına* 2s *ve kanunun öngördüğü bir şekilde onaylanmış bulunmalarına bağlıdır* 29.

*K. m•.1S'te sözü edilen "resmi şahadetname"den amaç, imza ta yan kımsenın yazılı metni kabul ettiğini resmi ve yetkili bir memura (ornegın Notere) beyan etmesi, memurun da bu beyanı metnin altına yazarak imza ve tasdik etmesidir.

5- İletişim teknolojisindeki büyük gelişmenin sonucu olarak *"el yazısıyla* imza'hın yanında, hukuk dünyamız ***"elektronik imza"*** ile de tanışmıştır.

Uluslararası ticari ilişkilerin gittikçe artan bir yoğunluk kazanması, zamanla yarışılması, uygulamada, *internet üzerinden yapılan sözleşmelerin, bu sözleşmeleri oluşturan irade beyanlarının* "el yazısıyla imza"nın yerine geçecek *"elektronik bir yöntem ile imzalanması"* gereksinimini ortaya çıkarmıştır.

Bu gereksinim, günümüzde, ulusal ve uluslararası alanda *"elektronik imza"*ve bu tür imzanın zorunlu kıldığı yeni yasal düzenlemeler ile karşılanmaktadır. *"Elektronik imza"* bir belgenin, şifreleme yöntemleriyle, elektronik olarak imzalanmasıdır. Diğer bir anlatımla, *elektronik imza,* elektronik yolla gönderilen bir belgenin (yapılan bir beyanın), uygulanan şifreleme metotları sayesinde, gönderen kişiye ait olduğunun kesinlikle belirlenmesi ve böylece *"el yazısıyla imzaya"* bağlanan hukuki sonuçları doğurmasıdır 3o.

---

28) Bk. JT. 1920. 1. 272; Yarg. 4. HD. 13.6.1983 **(Olgaç,** Borç, Kan. s. 62).

29) 12.2.1930 tarih ve 29/30 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre, **imza edemiyen şahıslar tarafından verilen senetlerdeki** mühürler,**HMUK.**m. 297 **uyannca tasdik edilmedikçe geçerli değildir.** (Bk. İç. Kül. sh. 6). Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.4.1976 Tarih ve 1976/3749 sayılı Kararına göre: **Kendisi veya miras bırakanca düzenlenmiş belgenin altındaki mühür veya parmak izinin kendisine veya miras bırakana ait olduğunu kabul eden kimse, mühür veya parmak izinin onanmamış olmasına dayanarak belgenin geçerslzllğlnl ileri süremez** {Bk. Yarg. Kar. Derg. 1977, sh. 1084}.

30) Dijital imza, şifreleme yöntemleri ve konuya ilişkin çeşitli sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için Bk. **Leyla Keser Berber,** *Internet üzerinden yapılan işlemlerde elektronik para ve dijital imza,* Ankara 2002, sh. 119-252. Ayrıca Bk. **M.K.** Yıldırım - H.S. POrsellm, Elektronik imza Kanunu ve Türk İspat Hukukundaki Etkileri (İst. Bar.Derg.2005, sh.1096-1128). Suçlara ilişkin olarak Bk. **Murat Volkan** Dülger, *Bilişim Suçları,* Ankara 2004.

nElektronik imza'ya ilişkin yasal düzenlemeler, Amerika'da, Avrupa Birliği ülkelerinde ve diğer önemli sayıda bir kısım devlette yürürlpğe konmuş bulunmaktadır. *Avrupa Birliği,* 13 Aralık 1999 tarihli *Elektronik imza Direktifi* ile, AB ülkelerinin, 19 Temmuz 2001'e kadar, Direktifte öngörülen esaslar çerçevesinde yasal düzenlemelerini tamamlamalarını istemiştir. ***Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu da*** (UNCITRAL), ülkelerin yapacakları yasalara yardım?, olmak üzere, 1996'da *Elektronik Ticaret,* 2001'de *"Elektronik imzalara ilişkin Standart Hükümler"* model yasalarını hazırlamıştır. Amerika'nın, Avrupa Birliği'ne üye veya üyeliğe aday devletlerin dışında, **Norveç,** Ukranya, Kanada, Arjantin, Brezilya, Kolombiya, Japonya, Hindistan, Singapur, Hong Kong, Çin Cumhuriyeti, Rusya, İsrail de elektronik imza konusunda yasal düzenlemeler yapan ülkeler arasındadır.

Ülkemizde *"elektronik imza"* sorunu, elektronik imzanın hukuki ve teknik yapısını, elektronik imzayla ilgili işlemleri ve elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının faaliyetlerini belirleyen 15.01.2004 tarih ve 5070 sayılı *"Elektronik imza Kanunu"ile,* yasal düzenlemeye bağlanmıştır (RG. 23.01.2004). Kanunun 5. maddesine göre, *"Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur".* Ancak *"Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez".* Kanunun 22. maddesiyle Borçlar Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasına *"Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahiptir"* cümlesi eklenmiştir [31]. 23. madde ile de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda md. 295/A olarak *"Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar':* hükmünün yer alması öngörülmüştür. *"Güvenli elektronik imza"* kavramı Kanunun 4. maddesinde açıklanmıştır[31a].

---

31) Konuya ilişkin olarak Bk. **Dr. İpek Sağlam,** *Elektronik Sözleşmeler,* İst. 2007.

31a) Elektronik imzanın hukuki ve teknik yönleri ile uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen yönetmelik 6 Ocak 2005 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Bu yönetmeliğin bir kısım maddeleri 4.2.2006 ve 17.10.2006'da değiştirilmiştir (RG. 4.2.2006-17.10.2006), Daha sonra, 30.3.2007'de yönetmeliğin 22, 23, 24, 25, 26, 27 ve 28. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır (RG. 30.3.2007). 6 Ocak 2005 tarihli Resmi Gazetede, ayrıca **"Elektronlk imza ile ilgili süreçlere ve teknik kriterlere ilişkin tebliğ"** de yer almıştır. Bu tebliğin 11. maddesinin (a) bendini değiştiren ve tebliğe geçici bir madde ekleyen bir tebliğ de 20.06.2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Daha sonra, 26 Haz. 2008'de, tebliğin 6. maddesinin son fıkrası, 11. maddesinin b bendi değiştirilmiş, tebliğe md. 10/A ve geçici md. 2 eklenmiştir (RG. 26.6.2008).

dd) Oeğlşlkllkler

Kanun bir sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasını emretmişse, o *sôzleşmeye ilişkin değişikliklerin de yazılı şekilde yapılması lazım_d*. Ancak, yapılan değişiklik, sözleşmeye aykırı olmayan, tamamlayıcı ve ıkıncı derecedekı noktalara ait bulunuyorsa, yazılı şekil zorunluğu yoktur (BK. m. 12).

İsviçre Borçlar Kanunu 115. maddesinde, *"Borcun doğumu kanuna veya tarafların iradesine göre bir şekle bağlı kılınmış olsa dahi, alacağın tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması hiç bir şekle tabi değildir"* kuralına yer vermiştir. Bu madde Türk Borçlar Kanununa alınmamıştır. Böylece, Türk hukukunda, lsviçre hukukundan farklı olarak sözleşme şekle tabi kılınmışsa, bundan doğan alacağın tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması da aynı **şek**le uyulmasına bağlıdır (aksi görüş: Schwarz, sh. 250}.

b) Resmi şekl!

Türk ve İsviçre hukukunda bir kısım hukuki işlemlerin, sözleşmelerin geçerliliği resmi şekilde yapılmalarına bağlanmıştır. Resmi şekilden amaç, işlemin yetkili bir makam veya şahıs (sulh hakimi, noter, tapu memuru vs.) önünde, kanunların öngördüğü usul ve koşullara uyularak yapılmasıdır. Örneğin, daha önce de belirtildiği üzere, gayrimenkullerin alım-satımına ilişkin sözleşmelerin geçerli olabilmesi, resmi şekilde yapılmalarına (MK. m. 706), yani Tapu Sicil Muhafızı tarafından düzenlenmelerine bağlıdır (Tapu Kanunum. 26). Borçlar Kanunumuzun 213. maddesi gayrimenkul satış vaadi, iştira (alım) ve vefa (geri alım) sözleşmelerini de resmi şekle bağlı tutmuştur.

Kanun Koyucu, resmi şekli emrettiği bazı hallerde yetkili makamı da göstermiştir. Bu hususta özel bir hüküm yoksa, noterler, kanunlarda resmi şeklide yapılması öngörülüp de görevlisi belirtilmemiş olan bütün sözleşmeleri düzenlemeye yetkilidirler (Noterlik Kanunu m. 60) 32.

---

32) **Medeni Kanunumuzun 7. maddesine göre, "resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığı**nın ispatı, kanunlarda **başka** bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekle bağlı de**ğildir". Noterler tarafından re'sen düzenlemiş** (md. 84. vd. uyarıca, düzenleme şeklinde yapılmış) **bulunan sözleşme ve senetler sahtelikleri sabit oluncaya kadar kesin delil teşkil ederler** (Bk. Noterlik Kan. m. 82; HUMK. md. 295). **Noterler tarafından {Noterlik Kan. md. 90 uyarınca) sadece hukuki işlemin altındaki imza onaylanmıısa,bu onaylama imzanın ilgiliye alt oluşunu belgelendirme niteliğindedir, hukuki iJlemln içindekilerini kapsamaz. Bu işlemlerde imza ve tarih sahteliği sabit oluncaya kadar geçerlidir** {Bk. Noterlik Kan. md. 82).

Yarg. HGK. 13.02.2002, K. 2002/65: **Noterlik işlemlerinde** (Noterlik yasası md. 81 uyarınca) **Ugllnln imzasını ve noterin onayını taşımayan çıkıntılar geçerli değildir.** Çı-

Resmi şekle bağlanmış bir sözleşmeye ilişkin değişiklikler de resm; ***kilde*** *yapılmalıdır* [33]. Ancak (BK. Tasarısı md. 13/2'de açıkça belirtildiği üşere) *Sözleşme metniyle çelişmeyen, tamamlayıcı ve ikinci derecedeki* no*/ara ilişkin değişiklikler için resmi şekil gerekmez.* a-

c) Tescil

Kanun bir hukuki işlemin geçerliliğini bazen belli bir sicile kayıt düşürülmesine (tescile) bağlamıştır. Örneğin, taşınırlarda mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, ancak resmi şekilde yapılacak sözleşmenin taşınır malı alan kimsenin yerleşim yerindeki noter tarafından özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olur (MK. m. 764).

d) İlan

Kanun bazı hukuki işlemlerin ilan edilmesini öngörmüş ve bu ilanabelli hukuki sonuçlar bağlamıştır. Örneğin, BK. m. 179'a göre, "Bir mamaleki veya işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, buna alacaklılara ihbar veya gazetelerle ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından sorumlu olur".

3- Kararlaştırılmış şekil

Taraflar, kanunun şekle bağlamadığı bir sözleşmenin (örneğin, kira sözlemesinin) belli bir şekle (yazılı şekle veya resmi şekle) uyularak yapılmasını kararlaştırabilirler. Bu şeklin hukuki sonuçlarını, geçerlilik şartı mı, yoksa ispat şartı mı olduğunu tayin etmek taraflara aittir. Bununla beraber, taraflar bu konudaki iradelerini açıklamamışlarsa, kararlaştırılan şeklin sıhhat (geçerlilik) şartı olduğu karine olarak kabul edilir ve bu şekle uyulmadıkça sözleşme geçerli olmaz (BK. m. 16/1).

Sözleşmenin belli bir şekilde yapılmasına ilişkin anlaşmanın kendine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için, tarafların, esaslı noktalar üzerinde uyuşmadan önce, sözleşmeyi belli bir şekilde yapmayı kararlaştırmaları gerekir [34].

---

kmtılar el yazısıyla yapılamaz. Tamamlandıktan sonra bir noterlik işleminin değiştirilmesi, evvelki işlemin yapıldığı şekilde yeni bir işlemle yapılır (İst. **Bar.** Derg. 2004/3, sh. 1178-1183}.

33) Bk. JT. 1930. 1. 536; Yarg. HGK. 6.6.2007, K. 2007/330 (Yargı Dünyası, Kasım-2007, sh. 96).

34) Bk. JT. 1929. I. 66.

Taraflar, ayrıntılı bir tesbit yapmaksızın sadece sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasını kararlaştırmışlarsa, kanunun yazılı şekle ilişkin hükümleri (örneğin, el yazısıyle imza vs.) burada da uygulanır (BK. m. 16/2).

111- İSPAT ŞARTI OLARAK ŞEKİL

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuza göre: *yapıldığı zamanki değerleri -yasayla belirlenmiş- belli bir parasal sınırı aşan hukuki işlemlerin senetle ispatı gerekir.* (HUMK md. 288). Senetle ispatı gereken bu miktar, para değerindeki değişimler nedeniyle zaman içinde yükseltilmiştir. Yasal değişikliklerte bu parasal sınır, 1.1.2000'den sonrası için 40 milyon, 21.7.2004 tarihi itibariyle 400 milyon Lira (400 TL) olarak tesbit edilmiştir. 1.6.2005'de yürürlüğe giren 26.9.2004 tarih ve 5236 sayılı Kanunun ek 4. maddesiyle de, *bu 400 TL'lik miktarın,* her takvim yılı başından itibaren, Maliye Bakanlığınca belirlenen *"yeniden değerleme oranında"* artırılarak uygulanması esası benimsenmiştir. Bu kural uyarınca senetle ispat sınırı, her yıl bir miktar artarak 1 1.2009'dan itibaren 540 TL olmuştur. Böylece Kanunların *geçerlilik şartı olarak bir şekli öngörmediği sözleşmeler* (kira sözleşmeleri, taşınabilir malların alım - satımına ilişkin sözleşmeler vs.), *bir senede bağlanmaksızın geçerli olarak meydana gelirler, fakat değerleri, yapıldıkları tarihe göre, yukarda belirtilen miktarları aşıyorsa, anlaşmazlık halinde, senetle - kesin bir delille- ispat edilmeleri gerekir. Bu hukuki işlemleri* takdiri delillerle, *tanık ile ispat etmek* (belli istisnaların dışında, Bk. HUMK. m. 292-294} *mümkün değildir* (Bk. HUMK. md. 288, 290) 35.35_

Durum İsviçre hukukunda farklıdır. isviçre'de Medeni Hukuk federal, buna karşılık Usul Hukuku kantona! niteliktedir. Kanun Koyucu kantonların hukuki işlemlerin ispatına ilişkin farklı hükümlere yer vermelerinden doğacak sakıncaları önlemek üzere, Isviçre Medeni Kanununun 1O. maddesinde:"Kantona! Kanun, Federal hukukun geçerliliğini bir şekle tabi tutmadığı hak ve borçların delillendirilmesini özel bir şekle bağlayamaz" hükmüne yer verilmiştir.

Böylece, İsviçre'de, geçerlilik şartı olarak kanunların öngördüğü şekilden ayrı olarak, "ispat" yönünden şekle ilişkin hükümler mevcut değildir.

---

35) Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bk. **Kuru - Arslan - Yılmaz,** Medeni Usul Hukuku, 13. baskı, Ankara, 2001, sh. 466 vd. **Pekcanıtez Hakan,** Medeni Usul Hukuku, 2. baskı, Ankara 2001, sh. 411 vd.

36) HUMK. m. 290'a göre, senede bağlanmış iddialara karşı ileri sürülecek savunmalar **(örneğin, yazılı şekilde yapılmış sözleşmenin taraflar arasındaki sözlü anlaşmaya uymadığı iddiası) tanıkla ispat olunamaz.**

Senede karşı senetle ispat zorunluluğu, senede bağlanmış hukuki işlemlerin tarafları (ve mirasçıları) için söz konusudur. Hukuki işlemde üçüncü **şahıs durumunda olanlar iddialarını (örneğin, muvazaa iddialarını) tanıkla ispat edebllirler.** Bk. **Pekcanıtez Hakan,** age., sh. 415.

§ VI- SÖZLEŞME YAPMA VAADİ -ÖN SÖZLEŞME-

1- Genel olarak

Borçlar Kanunumuzun 22. maddesin göre: *bir a:fin ilerde yapılması mecburiyetini doğuran sözleşmeler geçerlıdır.* Bu hukukı ışlemlere *nsözleşme yapma vaadi"* veya *"ön sözleşme"* denir [1].

Bir sözleşmenin *"sözleşme yapma vaadi"* sayılabilmesi için, ileride yap,. lacağı vaadedilen hukuki işlemin "borç doğurucu" bir nitelik taşıması gerekir. İlerde yapılacak hukuki işlem bir hakka doğrudan doğruya tesir eden bir *·tasumıfi muamele"* ise, bir *"sözleşme yapma vaadi"* değil, doğrudan doğruya "sözleşme" söz konusudur. Böylece, "satış vaadi" bir satış sözleşmesinin ya. pılması borcunu doğurduğu için bir "ön akid", bir "sözleşme yapma vaadi.dir. Buna karşılık *alacağın tem/iki vaadine* (BK. m. 163) ilişkin sözleşmeler, *bir tasarrufi muamelenin yapılması,* (alacağın temlik edilmesi) borcunu doğurduğu için bir *"sözleşme yapma vaadi"* değildir, doğrudan doğruya *"sözleşme"* niteliğindedirler.

Sözleşme yapma vaadinin geçerli olması, ilerde yapılacak sözleşmenin esaslı unsurlarını kapsamasına [2] *ve yapılacak sözleşmeyi kanun bir şekle tabi tutmuşsa, ön sözleşmede de o şekle uyulmasına* (Borçlar Kanunum. 22/2} bağlıdır. Hatta, Polonya Borçlar Kanununun (m. 62) haklı olarak öngördüğü üzere, (Schwarz, sh. 267), yapılması vaad edilen sözleşmenin hangi süre içinde yapılacağının da belirlenmesi doğru olur.

Ön sözleşme asıl sözleşmenin yapılmasını isteme hakkını verir. Taraflardan biri, yapılacağı vaadedilen sözleşmeyi yapmak istemezse, diğeri ön sözleşmeye dayanarak dava açma hakkına sahiptir. Mahkemenin kararı, sözleşmeyi yapmaktan kaçınan karşı tarafın iradesinin yerini alır. Dava yoluyla, genel hükümlere göre, ön sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle tazminat istemek de tabiatiyle mümkündür.

Sözleşme yapma vaadine ilişkin olarak yukarıda verilen bilgiden anlaşılacağı üzere, uygulamada, "Sözleşme yapma vaadi" ile "sözleşme" arasında genellikle büyük bir fark bulunmamaktadır. Bununla beraber, Türk hukukun-

---

1) Ön sözleşme ile, yalnız bir taraf veya iki taraf ilerde bir sözleşme (örneğin, kira sözleşmesi) yapma borcu altına girebilir.

2) Yarg. 8. HD. 4.12.1997, K. 9717956: **Satış vaadi sözleşmesi ilerde kurulması vaadedilen sözleşmenin temel unsurlarını kapsamalıdır. Ancak bu hususlann kesin olarak satış vaadi sözleşmesinde belirtilmesinde zorunluluk yoktur. Bu unsurların** belirlenebilir olması yeterlidir. (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 523 vd.). Ayni yönde: Yarg. 14. HD. 1.3.2004, K. 2004/1301 (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1400).

da, taşınmaz alım satımına ilişkin olarak ön sözleşmeler özel bir önem kazanmıştır. Zira hukukumuzda, taşınmaz mallara ilişkin satışwsozleşmelennın geçerliliği tapu memuru huzurunda yapılmış olmalarına baglanmıştır (Tapu Kanunu m. 26). Buna karşılık, Noterlik Kanununun 60. ve 89. maddeten uyarınca, *noterler gayrimenkul satış vaadine ilişkin sözleşmeler! düzenlemeye yetkilidirler.* Kanunun geçerlilik şartı olarak öngördüğü şeklın farklı oluşu, taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmelerin geniş bir uygulama alanı bulması sonucunu doğurmuştur [3].

2- Birden çok satış vaadi sözleşmesi yapılmışsa

Uygulamada ortaya çıkan önemli bir sorun, ayni taşınmaza ilişkin olarak, malikin birden çok kişiyle *"gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi"* yapması durumunda, sözleşmenin ifası açısından, bu sözleşmelerden hangisinin önceliklidegerlendirileceğidir. Yargıtay, *birden çok kişisel hakkın birbiriyle çatışması* halinde, önceki tarihli olana değer vermek, *ilk yapılan "satış vaadi sözleşmesini"* dikkate almak gerekir görüşünü benimsemiştir. Yargıtaya göre, sonraki *"satış vaadi sözleşmesi"* tapu siciline şerhedilmiş olsa dahi, sözleşmeninifasında ilk yapılan sözleşme dikkate alınacaktır. Tapu siciline verilen şerh,şerhedilensözleşmeden doğan *kişisel hakkın taşınmazın yeni malikine karşı ilerisürülmesini sağlayan,* kişisel hakka ayni etki kazandıran bir işlemdir. Satışvaadi sözleşmelerine konu taşınmazın *maliki değişmemişse,* sonra yapılansözleşmenin tapu siciline şerhedilmiş olması, önceki sözleşmenin gözönündebulundurulmasına ilişkin hukuki durumu değiştirmeyecektir [4].

---

3) Yarg.14.HD. 31.10.2006, K. 2006/12182: **Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şarta bağlıolarak düzenlenmesi mümkündür** (İst. Bar. Derg. 2007/1, sh. 319).

4) Yarg. 14. HD. 13.4.2000, K. 2000/2448: **İki kişisel hak birbiriyle çatıştığında önceki tarihli olanına deger vermek gerekir. Bu nedenle önceki tarihli satış vaadi sözleşmesine itibar edilmelidir** (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1723). Ayni yönde: Yarg.14. HO.1.3.2004, K. 2004/1301 (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1403). Yarg. 14. HD. 21.9.2006, K. 2006/9484 (Yarg. Kar. Derg. 2008/2, sh. 262).

Yarg. 14. HD. 13.10.1988, K. 88/6494: **Bir taşınmazın satışının birden çok kişiye vaadedilmesi halinde** (geçersiz veya feshedilmiş olmadıkça) **ilk yapılan satış vaadi sözleşmesi dikkate alınır. Sonraki satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhedilmiş** olması sonucu etkilemez, **şerh sadece taşınmazı sonradan iktisap edecek hak sahiplerine karşı, satış vaadi sözleşmesinin ileri sürülebilmesine imkan verir.** (Yarg. Kar. Derg. 1989, sh. 1293).

Yarg. 14. HD. 21.9.2006, K. 2006/9484: **Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmeleri 10 yıllık genel zamanaşımına tabidir. 10 yıllık sürenin başlangıç tarihi sözleşmenin ifa olanağının doğduğu tarihtir. Sözleşme tapu siciline şerhedllmiş, fakat şerh tarihinden itibaren 5 yıl içinde satış yapılmamışsa, taşınmazın maliki tapu sicilindeki şerhin silinmesini isteyebilir. Şerhin yapılmasından itibaren 5** yıl **geçmiş olması, vaad alacaklısının sözleşmeden kaynaklanan hakkına dayanarak mülkiyetin kendisine devredilmesini isteme hakkını engellemez** (Yarg. Kar. Derg. 2008/2, sh. 260 vd.).

Taşınmazın maliki birden ç?k-?işiY,le *"s?tı?vaadi s?zleşmesi"yaprnı-?* sonraki sözleşmeye taraf olan kışının oncekı sozleşmenın varlığından hJ: dar bulunmaması, iyiniyetli olmas\h?_kuki son??u e!kilemiyecek, sözıeşn-? nin ifasında ilk yapılan *"satış vaadı* sozleşmesının dıkkate alınmasını ,. lemiyecektir. İyiniyet {MK.md.3) ancak yasada belirtilen özel hallerde? ğin Bk. MK.md.1023) korunmuştur.

§ VII- BORCUN SEBEŞİ ve SEBEBİ GÖSTERİLMEKSİZİN BORÇ IKRARI -TANIMASI-

. Borçlar Kanunumuzun 17. maddesin?göre, *"borcu': sebe?i gösterilmemış olsa bile, borç ikrarı (tanıması)_geçerlıdır.* Maddedekı "_borç ıkrarı" deyin., kural olarak, daha önce mevcut bır borcun tanınmasını {ıkrarını) değil, yeq bir borç altına girmeyi {borç vaadini) ifade eder {von Tuhr, § 32/1). Bununıa beraber, 17. madde daha önce mevcut bir borcun tanınmasına {ikrarına) da uygulanır (Oser Schönenberger, m. 17, No. 8).

Tasarrufi bir işlemin, örneğin, mülkiyetin devredilmesinin nasıl bir huku-k7 sebebi varsa, borç altına girmenin de aynı şekilde belli bir sebebi, amac, vardır.

Yarg. 15. HD. 16.5.1994, K. 94/3218: Tapulu taşınmazlarda, arsa payının devredilmesi **vaadini** içeren eser -kat karşılığı inşaat- sözleşmelerinin geçerliliği noterler, ce "düzenleme" şeklinde yapılmış olmalarına bağlıdır. Noterlerce "onaylama" şeklInde yapılan sözleşmeler tapu payının devri borcunu doğurmaz (Yarg. Kar. Oefg. 1995, sh. 439-440).

Yarg. HGK. 8.12.2004, K. 2004/656: Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptali ve tescil davalarında aranacak ilk koşul ifa olanağının bulunup bulunmadığıdır. iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin tek yanlı olarak sözleşmeyi feshetme yetkisi yoktur. Satış vaadi sözleşmesinden doğan tescil davasının kabulü halinde, ödenmemiş olan satış bedeli ifa tarihinden itibaren hesapla**nacak** faiziyle birlikte depo ettlrllmelldlr (1st. Bar. Derg. 2005/5 sh. 1680).

Yarg. 15. HD. 11.12.1997, K. 97/5345: Karma nitelikli "kat karşılğı inşaat sözleşmeleri" **sat,,** vaadinden çok, eser ağırlıklı sözleşmelerdir. Bu nedenle, Tapu Kanu, nu'nun 26.maddeslndekl salt "gayrimenkul satış vaadl"ne ilişkin olan tek taraflı **ıerh, eser** sözlefmelerlnde uygulanamaz. "Kat karşılığı inşaat" sözleşmelerinin t• **puya ferh** verdlrllmesl için taraflarca bir şerh anlaşmasının yapılması zorunludur. (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 709).

Yarg. 14. HD. 1.3.2004, K. 2004/1301: Gayrimenkul satış **vaadi** sözleşmesinedayalı tescil davalan BK. md. 125'te belirtilen 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Sözleşme ile birlikte tafınmazın zllyetllğlnln alıcıya devir ve teslim edilmiş olması halinde zı. mana,ımı def'i llerl sOr-Olemez. Satıcının teslimine rağmen zamanaşımına dayanması lylnlyet **(MK.** md. 2) kurallarıyla bağdaşmaz. (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1400).

Yarg. 14. HD. 28.11.1997, K. 97/8542: Alınan borç paranın teminatı olarak efil. zenlenen gayrimenkul satış vaadi sözleşmesine dayanılarak tescil lstenemeL (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 707). (Bk. MK. md. 873/2).

Bir miktar paranın mülkiyetini başkasına devreden kimse, bu devir ıle, bağışlamak (causa donandi) veya bir borcu ıfa etmek (causa solvendı) veya ödünç vermeden olduğu gibi, bir kimseye karşı alacak hakkı ıktısap etmek (causa credendi) amaçlarından birini güder. Mülkiyetın devri ile ulaşılmak ıstenilen bu hukuki amaç, tasarrufi işlemin "hukuki sebebi"dir. Borç altına gıren, bir edim vaadeden kimse de, genellikle karşı tarafın edemini elde etmek veya bir bağışlamada bulunmak amacını güder. Sadece borçlanmak ıçın borç altı[illegible]a girmek söz konusu olmaz. Borcun sebebi çok kere sözleşmede yer alır. Orneğin, bir alım-satım sözleşmesinde bir taraf belli bir malın mülkiyetini nakletme borcu altına girer, diğer taraf da, bunun karşılığında belli bir parayı ödemeyi kabul eder. Bu takdirde sözleşme, borç ve sebebi bir bütün teşkil eder, birbirinden ayırdedilemez. Bu sözleşmelere "sebebe bağlı sözleşmeler" denir.

Bazen sözleşmede borcun sebebi gösterilmez (sebepten soyut sözleşmeler). Borç, dış 9örünüşü ile, kaynağında bulunan sebepten bağımsız olarak ortaya çıkar. Orneğin, bir bağışlama vaadi sözleşmesinde, B'ye 700 TL. bağışlama vaadinde bulunmak isteyen A, sebebini göstermeksizin "B'ye 700 TL. borçluyum" şeklindeki bir senetle yetinebilir. BK. m. 17'de açıkça ifade edildiği üzere, sebebi kapsamıyan bu borç vaadi (borç altına girme) geçerlidir.

Yukarıdaki örnekten de anlaşılacağı üzere, sebep gösterilmeksizin borç ikrarında bulunan hallerde de daima borcun bir sebebi vardır. Bu gibi hallerde borcun geçerli bir sebebe dayandığı karine olarak kabul edilir, Böyle bir borç senedine dayanan alacaklı, borcun geçerli bir sebebinin bulunduğunu ispat mecburiyetinde kalmaksızın borcun ifasını talep edebilir [1]. Buna karşılık, borçlu ikrar olunan borcun geçerli bir sebebe dayanmadığını, örneğin, borca esas teşkil eden sebebin ahlaka veya kanuna aykırı bir nitelik taşıdığını veya senedin muvazaalı olduğunu ispat ederek ifadan her zaman kaçınabilir (Bk. BK. m. 66/2) [2]. Alacak devredilmişse, borçlu (BK. m. 167 uyarınca) devreden alacaklıya karşı ileri sürülebileceği def'ileri, alacağı devir alan şahsa karşı da dermeyan edebilir. Ancak, BK. m. 18'e göre *y[illegible]zılı borç ikrarına dayanarak alacaklı sıfatını kazanan iyiniyetli şahıslara karşı muvazaa iddiası ileri sürülemez.*

---

1) BK. JT. 1939. 1. **391.**

2) Bk. JT. 1950. 1. 301; İçt. Bir. Kar. 12.4.1933, 30/6, **(Olgaç,** IBK. m. 17). Yazılı borç ikrarına esas olan sebebin geçerli olmadığınailişkiniddialar yasalistisnalar dışında tanıklakanıtlanamaz (HMUK. md. 290-293). Senede dayanan iddiaya karşı de[illegible]i ileri sürüp bunu ispat edemeyen davalı, davacıya yemin teklif edebilir. Bk. lçt. Bir. Kar. 12.4.1933, 30/6, Yarg. 4. HD. 25.6.1970, 4581/5276 (Olgaç, Emsal, lçt. md. 17, sh. 82).

Sebebi gösterilmeksizin borç ikrarının geçerliliği özelb. ki . g-ildir. Ancak, borç ikrarına esas teşkil eden, takat gösteritme'mr.,şşeb eltabıde-bep (bağışlama vaadı'nde olduğu gibi, B K. m. 238) bir şekletab. unan se. le uymak mecburiyeti var ır. Gösteri meyen sebep ne olursa olsu ıse o Şel r.. mada (özellikle ispat bakımından) bütün borç ikrarları birsened? ????la. maktadır. 9arı.

§ VIII- SÖZLEŞMENİN YORUMLANMASI

Bir sözl?ş?enin meyd?na gelmesi için karşılıklı ve birbirine uyguniracıe beyanlar!_na ıhtıy?ç vardır irade beyanlarının birbirine uygun olupolmadığı. nın ve boyleceso_zl?şme?ı?kapsam ve şartlarının tesbiti, beyanların •anıa. mının belirlenmesını , yanı *beyanların yorumlanmasını"* gerektirir.

irade beyanları bazen hiç bir yoruma ihtiyaç duyurmayacak derecede açıktır. Bütün deyimler, kelimeler hiç bir duraksamaya yer vermiyecek şekıl-de kullanılmıştır. Fakat bazen tarafların tecrübesizliği, hukukı bilgilerinsınır-?ılığı ve iradelerini ifadedeki yetersizlikleri, beyanların anlamını tayindegüç-lük ve duraksamaya sebep olur. Bu takdirde beyanın yorulmanması gerekir.

Borçlar Kanunumuzun irade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin hükmü 18. maddede yer almıştır. 18. maddeye göre: *Bir sözleşmenin şekil ve şart-larını tayinde, iki tarafın gerek sehven (yanlışlıkla), gerek sözleşmedeki ger-çek amaçlarını gizlemek için kullandıkları deyimlere ve isimlere bakılmayarak onların gerçek ve ortak amaçlarını aramak lazımdır".*

irade beyanı yorumlanırken, böylece, beyanda kullanılan kelimelerlesı-kı sıkıya bağlı kalınmaz. Gerek doktrin, gerek Federal Mahkeme tarafından benimsenen *"itimat (güven) prensibi"ne* göre, beyan, *mevcut koşullara göre, iyiniyetli, dürüst bir in??nın vereceği anlam ve sözleşmenin bütünü dikkate alınarak yorumlanır* [1]. Ozellikle belli bir şahsa yöneltilen beyanlarda, karşı ta-raf, beyanı yorumlarken, gerek işin niteliği, gerekse beyanda bulunanın kişiliği, kültürü hakkındaki bütün özel bilgisinden yararlanmak zorunda?ır[2]. Beyanın yorumlanmasında ticari örf ve teamüller de önem arzedecektır [3].

---

1) Bk. JT. 2006. 126; JT. 1979. 1. 486; JT. 1976. 1. 537; JT. 1963. 1. 347. Yarg. 13. HD. 11.10.1994, K. 94/8501 (Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 600). Konuya ilişkin olarak Bk. **Burcu** - **Kalkan** - **Oğuztürk** Güven sorumluluğu İst. 2008, sh.44 vd.

2) Bk. JT. 1969, 1. 27.

3) Tıcaret Kanunumuzun 2. maddesine göre, "kanunda aksine bir hüküm yoksa te-amül, ticari örf ve adet olarak kabul edildiği tesbit edilmedikçe hükme esas olmaz. Şuka-dar ki, irade beyanlarının yorumlanmasında teamüllerin dahi dikkate alınması esası sak-lıdır".

Karşı taraf, kural olarak, beyanda bulunan kimsenin deyımleri ticari örf ve teamüldeki anlamları içinde kullandığını kabul etmek hakkına sahıptır.

irade beyanının yorumlanmasında böylece kriter, ne doğrudan doğruya dış şekli ile beyan, ne de beyanda bulunanın iç (gerçek) iradesidir. Kriter. beyana, karşı tarafın yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde vereceği anlamdır

Sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin BK. m. 18/1 hükmü, feshı ıhbar, ıhtar gibi tek taraflı hukuki işlemlerde de uygulanır 4.

İrade beyanının yorumlanması sonucunda tespit olunacak anlamı ıle, beyan sahibinin gerçek iradesi arasında fark bulunabilir. Bu fark (beyanlar birbırine uygunsa) sözleşmenin meydana gelmesini önlemez s. irade ile beyan arasında bir uygunsuzluk varsa, Borçlar Kanunumuzun belli şartlarla bu uygunsuzluğa bağladığı hukuki sonuçlar bundan sonraki paragraflarda açıklanmıştır.

§ IX- İRADE İLE BEYAN ARASINDA UYGUNSUZLUK

.??leşme?nkarşıl_ıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından meydana geldıgını daha onca belırtmiştik (BK. m. 1). Bir "irade beyanında", "irade", ve "beyan" olmak üzere iki ayrı unsur söz konusu olacaktır. irade üçüncü şahısların (karşı tarafın) bilemiyeceği bir iç unsurdur. Buna karşılık, beyan öğrenilmesi mümkün dış unsurdur. İrade, beyan ile (yani iradeyi gösteren bir fiil veya hareketle) açıklanmış olacaktır.

Bir sözleşmede tarafların karşılıklı beyanları gerçek iradelerine de uyuyorsa sorun yoktur. Fakat, bazen çeşitli nedenlerle, istenerek veya istenmiyerek gerçek irade ile beyan arasında bir fark bulunacaktır. Bu takdirde ortaya çıkan ve tartışmalara yol açan sorun, gerçek iradenin mi, yoksa beyanın mı gözönünde bulundurulacağı olacaktır. Beyanda bulunan doğal olarak gerçek iradesinin karşı taraf ise beyanın dikkate alınmasını isteyecektir. Tarihsel gelişim içinde, gerek *"irade prensibi"* yani gerçek iradenin dikkatle alınması, iradeye uymayan bir beyanın geçerli olamayacağı görüşü, gerekse "beyan prensibi" yani gerçek iradeye uymasa dahi beyanın esas alınması lazım geldiği fikri savunulmuş ve uygulamaya esas teşkil etmiştir.

---

4) **İtimat prensibi kendisine bir irade beyanı yöneltilmiş şahsın, beyana verilebilecek (gerçek lrad?den farklı) anlam sebebiyle bir zarara uğramaması içi? ka?ul edilmiştir. Böylece, başkasına yöneltilmesi gerekmeyen irade bayanlarının özellikle vasiyetnamelerlnin yorumlanmasında, vasiyette bulunan şahsın gerçek ıradeslnln araştırılması gerekir.**

5) Bk. JT. 1979.1.**486;** JT.1977.1.100.

İsviçre ve Türk Borçlar Kanunları bu iki temel prensipten birini mutı olarak benimsememiş, bazen birine, bazen diğerine belli ölçülerde yer ve rek (Bk. BK. m. 18; 23 vd.) anlaşmazlıklara en iyi şekilde cevap verecek; zümü bulmaya çalışmışlardır (Bk. Schwarz, sh. 290; Becker, m. 1, No. 16) Aşağıdaki paragraflarda, irade ile beyanın birbirine uymamasının hukuk, so. nuçları incelenmiştir.

§ X - İRADE İLE BEYAN AR SIND İSTENEREK YARATILAN UYGUNSUZLUK, OZELLIKLE MUVAZAA

irade ile beyan arasında bir uygunsuzluk varsa, bu uygunsuzluk ya istenerek (kasten) veya istenmeyerek meydana gelmiştir. istenmeyerek meydana gelen uygunsuzluk (hata) ilgili paragrafta ayrıca incelenmiştir.

irade ile beyan arasında istenerek meydana gelen uygunsuzluğu, ya sadece bir taraf istemiştir veya her iki taraf bu konuda anlaşmıştır. Bu sonuncu halde "muvazaa"dan söz edilir. Kanun Koyucu irade ile beyan arasında istenerek yaratılan uygunsuzluktan sadece "muvazaa"yı düzenlemiştir.

1- BİR TARAFIN İSTEĞİ İLE YARATILAN UYGUNSUZLUK

irade ile beyan arasında bir tarafın isteği ile yaratılan uygunsuzluğu: 1) Latife beyanı, 2) Zihni kayıt (gizli kayıt) olmak üzere iki kısımda incelemek mümkündür.

1- *Latife beyanı:* Beyanda bulunan kimse, ciddi' olmayarak ve karşı tarafın beyanını ciddiye almıyacağı kanısından hareket ederek, gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunursa "Latife beyanı" söz konusudur. Şaka olarak yapılan veya çok abartılmış (ölçüsüz) bir nitelik taşıyan beyanlar bu gruba girerler. Latife beyanı geçersizdir. Fakat beyanın niteliğine ve yapılış şekline göre karşı tarafça ciddiye alınan ve objektif olarak ciddiye alınması mümkün olan beyanlar geçerlidir, beyan sahibini bağlar.

2- *Zihni kayıt* (Reserve mentale): Bir kimse, beyan ettiği şeyi istemiyorsa, örneğin, kefil olduğunu, otomobili satın aldığını beyan ettiği halde, içinden arzu etmiyorsa, "zihni kayıt"tan söz edilir. Zihni' kayıt halinde, gerçek iradeye uymadığı halde yapılan beyan geçerlidir, bağlayıcıdır. Burada "beyan prensibi" uygulanır.

il- İKİ TARAFIN İSTEĞİ İLE YARATILAN UYGUNSUZLUK:

M U V A Z A A - DANIŞIKLI İŞLEM -

1- Kavram

Muvazaa, tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları, fakat görünürdekı bu işlemın kendi aralarında geçerli olmıyacağı hususunda anlaşmalarıdır [1]

Böylece muvazaalı (danışıklı) işlemde: a) üçüncü kişileri aldatmak için yapılmış *"görünürdeki"* işlem; b) Görünürdeki bu işlemin taraflar arasında hüküm ifade etmiyeceğini belirleyen *"muvazaa anlaşması";* c) Tarafların gerçek iradelerin uyan *"gizli işlem"* olmak üzere üç ayrı işlem söz konusudur. Bu son "gizli işlem" aşağıda belirtildiği üzere bütün muvazaalı işlemlerde mevcut değildir.

2- Muvazaanın çeşitleri

a) Mutlak muvazaa

Üçüncü kişileri aldatmak için görünürde bir hukuki' işlem yapan tarafların gerçek iradelerine uyan gizli bir işlem mevcut değilse (örneğin, A icra takibinden kurtulmak için mallarını muvazaalı olarak B'ye devretmiş, fakat bu devrin hukuki' bir sonucu olmayacağı hususunda taraflar anlaşmışlarsa) "mutlak muvazaa - adi muvazaa" söz konusudur.

b) Nisbi muvazaa

Üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde muvazaalı bir işlem yapan taraflar, bu işlem ile gerçek iradelerine uyan başka bir işlemi gizlemek istemişlerse "nisbı muvazaa"dan söz edilir. Diğer bir deyişle, nisbı muvazaada tarafların gerçek iradelerine uyan ayrı bir hukuki' işlem mevcutttur.

Borçlar Kanunumuzun 18. maddesinde, *"bir sözleşmenin şekil ve şartlarını tayinde iki tarafın gerek yanlışlıkla, gerek sözleşmedeki gerçek amaçlarına gizlemek için kullandıkları deyimlere ve isimlere bakılmayarak onların gerçek ve ortak amaçlarını aramak lazımdır"'* hükmüne yer vererek nısbı muvazaayı düzenlemiş bulunmaktadır.

---

1) Bk. JT. 1929. I. 261. Geniş bilgi için Bk. Esener Turhan, Türk hususi hukukunda muvazaalı muameleler ist. 1956.

Muvazaalı bir işlemde tarafların gerçek iradelerine uyan gizli işlem çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir:

aa) *Taraflar muvazaalı işlem ile sözleşmenin niteliğini gizlemek istemiştir.* Örneğin, satış istediği halde, şuf'a hakkının kullanılmasını önlemek üzere bağışlama yapmış gibi beyanda bulunmuşlardır veya bağışlama söz konusu olduğu halde, mirasçıların ileride hak talep etmelerine engel olmak amacıyla, dış görünüşüyle satış sözleşmesi yapmışlardır.

bb) *Taraflar muvazaalı işlem ile sadece sözleşmenin belli şartlarını gizlemeyi öngörmüşlerdir.* Örneğin, gayrimenkulün satış bedeli 200.000 TL. olduğu halde, taraflar tapu giderlerini azaltmak amaciyle yaptıkları sözleşmede bedeli 80.000 TL. olarak gösterme yoluna gitmişlerdir.

3- Muvazaalı işlemin geçersizliği

a) Genel olarak

Tarafların gerçek iradelerine uymayan görünürdeki işlem (muvazaalı işlem), ister mutlak muvazaa, ister nisbi muvazaa söz konusu olsun, geçersizdir, batıldır. Muvazaalı işlem taraflar arasında hiç bir hukuki' sonuç, alacak ve borç doğurmaz. Muvazaalı işlem yönünden böylece taraflar arasında "irade prensibi" uygulanır.

Muvazaalı işlemin batıl olduğunu taraflardan her biri ve hukuki' bir yararı olan üçüncü şahıslar [2] (örneğin, bağışlama olarak gösterilmiş bir satışta şuf'a hakkı sahipleri) ileri sürebilirler. *Hakim de dava konusu işlemin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğunu kendiliğinden dikkate alır* [3].

Muvazaalı işlemin resmi memur (örneğin tapu memuru) önünde yapılmış olması, sözleşmenin butlanını ileri sürmeye, kural olarak mani olmaz [4].

---

2) Bk. JT. 1947, 1. 167; 170. HGK. 3.6.1964-3/6 (Olgaç, İBK. m. 18, sh. 6). Yarg. 4. HD. 16.6.1998, K. 98/4852 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1291 vd.).

3) Bk. Yarg. HGK. 1.3.2000, K. 2000/143 (Yarg. Kar. Oerg. 2001, sh. 1156); Yarg. HGK. 22.6.1983. K. 83n19 (Yarg. Kar. Derg. 1984, sh. 189). Yarg. 14. HD. 24.12.1999, K. 99/9195 (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1074). JT. 1972. 1. 255.

4) Bk. JT. 1946. 1. 610. Yarg. 1. HD. 12.3.1982, K. 82/2692 (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 185).

Hukuki işlemin sonuçlarının sadece tarafların iradesine dayanmadığı hallerde, böylece evlenme ve evlat edinmede, muvazaa sebebiyle hukuki işlemin geçersizliği ileri sürülemez. Bk. 2. HD.11.4.1974, 1315/1285 (Ank. Bar.Oerg. 1974, sh. 591);2. HD. 24.11.1975, 7209/8971 (Ank. Bar. Derg. 1976, sh. 246).

Böylece, *tapu memuru önünde yapılan bir gayrimenkul alım-satım sözleşmesi, muvazaalı ise hükümsüzdür, tescile dayanak olamaz. Böyle bir sözleşmeye dayanılarak yapılan tescil mülkiyeti nakletmez, ayni hak durumunda bir değişiklik meydana getirmez. Geçerli bir hukuki sebebe dayanmayan bu kaydın düzeltilmesi istenebilir (MK. m. 1025). Kaydın düzeltilmesi davası zamanaşımına tabi değildir, mülkiyet hakkı (ayni hak) devam ettiği sürece açılabilir* [5].

b) İyinlyet sahibi üçüncü kişilerin korunduğu haller

Muvazaalı işlemin (görünürdeki işlemin) geçersizliği, kur.al olarak, üçüncü şahıslara karşı da (iyi niyetli olsalar dahi) ileri sürülebilir. Orneğin, A gayrimenkulünü muvazaalı olarak B'ye devretmişse, B adına tupu siciline düşürülen kaydarağmen, B malik olmaz. B, gayrimenkulü iyi niyetli C'ye kiralarsa, C'nin bu iyi niyeti A'ya karşı korunmamıştır. A, gayrimenkulün maliki olduğunu,B adına düşürülen kaydın muvazaalı (ve bu nedenle geçersiz) bir hukuki işleme dayandığını ileri sürerek tapu sicilindeki kaydı düzelttirebilir ve C'nin gayrimenkulü kendisine teslim etmesini sağlayabilir.

Aşağıdaki hallerde iyiniyet sahibi üçüncü şahıslar muvazaa iddiasına karşı korunmuşlardır:

aa) Borçlar Kanunumuzun 18. maddesinin 2. fıkrasına göre, *yazılı borç ikrarına dayanarak muvazaalı alacağı iktisap etmiş olan iyiniyet sahibi (MK.* m. *3) üçüncü şahsa karşı borçlu muvazaa iddiasında bulunamaz.* Böylece,A, muvazaalı bir senetle B'ye 800 YTL. borcu olduğunu ifade etmişse, bu yazılı borç ikrarına (tanımasına) dayanarak iyiniyetle (yani muvazaadan haberdar olmaksızın) alacağı B'den devralmış olan C'ye karşı, A muvazaa iddiasıyla ödemeden kaçınamaz [6]• Kanun Koyucu bu noktada irade prensipinden ayrılmıştır.

---

5) Bk. **Relsoğlu Safa,** Eşya Hukuku, C. **I,** 7. bası, Ankara 1984, sh. 190 ve 192; Yarg. HGK. 1.3.2000, K. 2000/143 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1156). Yarg. 1. HD. 25.9.2006, K. 2006/9159 (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 1252).

Yarg.1.HD. 15.04.2008, K.2006/4853: **Muris muvazaası iddiasıyla açılan** *'tapusicilindeki kaydın iptali"* **davasında** *"tescil"* **talebinde bulunulmamışsa, davanın bu nedenle reddedilmemesi, davacıya ayrıca** *"tescil davasıaçılması için"önel* **tanınması ve tescil davasının açılması halinde iki davanın birleştirilerek karar verilmesi gerekir. Davacı, iptal değ**il, **sadece** *"tescil"* **isteminde bulunmuşsa tescil talebi** *"mevcut kaydın iptali"* **isteğini de kapsar.** (Legal, Eylül 2008, sh.3095 vd.)

6) Bk. HGK. 6.XI.1968-966/726 (Ank. Bar. Derg. 1969, Sayı 1, sh. 77). **Iyinlyet sahibi üçüncü kişinin BK. m. 18/2 den yararlanabilmesi, yazılı borç ikrarının (tanınmasının) alacağın devrinden önce yapılmış olmasına bağlıdır.** Bk. JT. 1972. 1. 151.

bb) Menkul bir alın, er:nin sıfatıyla zilyedinden, mülkiyetini, veyamahd bir ayni hakkını ıyınıyetle ıktısap eden kımse ıle (MK. m. 988), tapu sicilindu kayda iyiniyetle dayanak bir gayrimenkul üzerinde mülkiyet veya mahdut: ayni hak iktisap eden kımse, devreden tasarrufa yetkili olmasa dahi iktisabı da korumuştur (MK. m. 1023) [7]. Böylece, örneğin, A muvazaalı olarakgay menkulünü B'ye devretm_işse, ta_u_ic_ilinde_Bl hine mevcut kayda rağmen, malik olmaz. Fakat, gayrımenkulu ıyınıyet sahıbı (muvazadan haberi olmayan B'yi gerçek malik zanneden) C'ye devrederse, C malik olur. A, C'ye karşı mu'. vazaa iddiasında bulunup, kaydın lehine düzeltilmesini isteyemez.

4- Gizli işlemin geçerliliği

Görünürdeki (muvazaalı) işlemin arkasına gizlenmiş, tarafların gerçek iradesine uyan bir sözleşme varsa, bu sözleşme (başta *şekil şartı olmak üzere, bir sözleşmenin gerektirdiği diğer geçerlilik şartlarına sahip olmak,* örneğin ahlaka, şahsiyet haklarına vs. aykırı bir nitelik taşımamak kaydıyle) *geçerlidir* a_Böylece, örneğin, A radyosunu B'ye sattığı halde, herhangi birsebeple satış "bağış" olarak gösterilmişse, bağışlamaya ilişkin sözleşme muvazaalı olduğu için hükümsüzdür; fakat tarafların gerçek iradesine uyan satış sözleşmesi geçerlidir.

Gizli sözleşmenin geçerli olması için kanunun öngördüğü şekil şartına uygun olarak yapılması mecburiyeti, uygulamada, özellikle taşınmaz mallar üzerindeki aynı hakların iktisabına ilişkin sözleşmeler dolayısiyle önem kazanmaktadır. *İsviçre'de Federal Mahkeme, resmi şekilde yapılmış satış sözleşmesinin muvazaalı olması, tarafların gerçek niyetinin ise bağışlama bulunması halinde, her iki sözleşmenin de geçerli olmadığı sonucuna varmış, satış sözleşmesini muvazaalı olduğu, bağışlamayı ise resmi şekilde yapılmadığı için geçerli saymamıştır* [9]. *Yargıtay'ımız, 7.1O.1953 tarihli içtihadı Birleştirme Kararı'nda aynı görüşü benimsemiş* [10], *Hukuk Genel Kurulu'nun*

---

7) Bu konuda geniş bilgi için Bk. **Reisoğlu Safa,** Türk Eşya Hukuku, Cilt 1, yedinci bası, 1984, sh. 80 vd. ve 194 vd.

8) Bk. HGK. 28.5.2008, K. 2008/408 (İst. Bar. Derg. 2008/5, sh. 2575); HGK. 22.12.1982, K. 82/966 (Yarg. Derg. 1983, sh. 498).

9) Bk. JT. 1945. 1. 474.

10) Bk. İç. Bir. Kar. 7.X.1953-7/8 (İç. Kül. sh. 151, özellikle sh. 253).

Aynı içtihadı Birleştirme Kararına göre:**"Yetkili memur önünde, gayrimenkul** mül**kiyetini iktisap etmesi kasdolunan şahsın ismi gizlenmiş ve onun yerine gerçek taraflardan başka bir şahsın ismi kullanılarak, sözleşmeye yabancı bir kimse adına tapu sicllline tescll yapılmışsa (nam-ı müstear), bu halde de yetkili memur** önünde **tarafların gerçek** nlyetlerlnln **ifade edilmemiş olması sebebiyle tescile esas olan sözleşme** batıldır (hükümsüzdür). **Sicildeki kaydın eski haline getirilmesi, yani eski**

21.2.1968, 16.12.1970, 22.12.1982, 1.3.2000 ve 9.2.2005 tarihli kararlarında

---

malik adına düzeltilmesi gerekir". Nam-, müstearla ilgili olarak ayrıca Bk. iç. Bir. Kar. 5.2.1947- 20/6 (Olgaç, IBK m. 18. s. 4-6); HGK. 30.3.1977, K. 1977/320 (Yarg. Kar. Derg. 1978, sh. 500) Yarg. 4. HD. 20.9.1978 K. 1978/10138 (Yarg. Kar. Oerg. 1979, sh. 192); Feyzioğlu, C. 1. sh. 219 vd.; Eren, C. il, sh. 25 vd.

Yarg. 1. HD.'nin (sonradan değişen) 12.11.1985 tar. ve 85/12551 sayılı kararına göre: Muris dav□konusu taşınmazın bedelini ödiyerek üçüncü kişiden satın aldığı halde, tapuda e□ı satın almış gibi işlem yaptırmış, taşınmaz eşi adına kaydedilmiştir. Bu durumda, mırastan mal kaçırmak amacıyla yapılan bir "gizil bağış" söz konusudur. Eşadına yapılan kaydın iptal! ile,taşınmazın mirasçılar **adına** tesciline **karar** verilmesi gerekir. (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 945-946). Ayrıca Bk. Yarg. 1. HO. 6.6.1983, K. 83/6628) (Yarg. Kar. Derg. 1984, sh. 1010). Yarg. 1. HD. 2.7.1991 - 1991/1 6841-8449.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1992 yılının sonunda oy çokluğuyla verdiği bır kararla, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin yukarda belirttiğimiz süreklilik kazanmış ıçtıhatlarından ayrılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.12.1992 tarıh ve 1992/782 karar sayılı içtihadına göre: Miras bırakanın, parasını vererek üçüncü şahıstan satın aldığı hal**de, tapuda taş□nmazı çocuğu satın almış gibi işlem yaptırması ve taşınmazın tapu** sicilinde çocugu adına kayde□ilmesi durumunda, 1/4/1974 gün ve 1/2 sayılı muris **muvazaa□ına ilişkin Yargıtay inançları Birleştirme Kararı uygulanmaz. 1974 tarihli Yargıtay inançları Birleştirme Kararında,** "bir kimsenin, mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapu sicil memuru önünde iradesini satış olarak açıklayıp devretmesi halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın, miras hakkı çiğnenen tüm mirasçıların görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaalı olduğunu ileri sürerek dava açabilecekleri" (tapudaki kaydı iptal ettirebilecekleri) hükme bağlanmıştır. Bu kararın uygulanabilmesi için, temliki tasurrufa konu yapılan taşınmazın murisin tapulu matı olması, taşınmazı bağışlamak istediği **halde, tapu memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklaması icap eder.** Somut olayda, miras bırakanın parasını ödeyerek satın aldığı taşınmaz tapu sicilinde oğlu adına kaydedilmiştir. Tapuda yapılan işlemde miras bırakan (taraf değildir) üçüncü şahıs durumundadır. Üçüncü şahıs durumundaki murisi yorum yoluyla ta**raf durumuna getirerek 1.4.1974 tarihli Yargıtay inançları Birleştirme Kararını uygu**lamak mümkün değildir. Davacının "tapu iptali ve tescil" talebinin reddi gerekir.(Ayni yönde, Yarg. HGK. 21.9.1994, K. 94/538; Yarg. HGK. 11.10.1995, K. 95/1-608).,

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi de sonraki kararlarında görüş değiştirerek, Yarg. HGK.nun sözü geçen 30.12.1992 tarihli içtihadındaki çözümü benimsemiştir. Bk. Yarg. 1. HD. 22.6.1999, K. 99/6728 (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 187); Yarg. 1. HD. 20.5.1997, K.97/6674 (Yarg. Kar. Oerg. 1997, sh. 1701).

Yarg. 1. HO. 13.1.2009, K. 2009/187: *Taşınmazın bedeli m□rab□r□□antarafından ödenmiş, taşınmaz murisin ikinci eşinden olan çocuğu adına tescıl edılmıştı□***Bedeli!11.u-.rls tarafından ödenmesine rağmen taşınmazın başkası adına t□scll □□**rilmesl *gızlı bağış·* **niteliğindedir.** *Yapılan işlem* **"muris muvazaası"** *olarak nıtelendırılemez. □oşullarının varlığı ve talep halinde* **"tenkis-indirim"** *hükümleri uygulanmalıdır.*(Yargı Dunyası, mayıs 2009 sh. 39 vd.).

Yarg.1.HO. 29.5.1992, K. 92/7301: **Ölünceye kadar bakma sozleşmes□ arş□9 olan ivazlı sözleşme türlerlndendlr. Ancak, bakıp gözetme keyfiyetimuvazaalıse, taşınmaz mal mOlklyetl gizil bağış ile karşı tarafa geçirilmiş** olur. Bunun **saptanma-**

da aynı çözüm savunuı,:nuştur [11]. *Yargıtay, 1.4.1974 günlü İçtihadı Birleştirme ve 16.3.1990 tarihli içtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da aynı görüşe yer vermiştir* [12].

---

sı halinde, görünürdeki ölünceye kadar bakma sözleşmesi muvazaa, gizlenen bağış **akdi** ise şekil noksanlığı sebebiyle geçersiz olduğundan kaydın iptali istenebtllr. (Yarg. Kar. Derg. 1992, sh. 1025-1026). Ayni yönde, Yarg. HGK. 7.4.1993, K. 93/146 (Yarg. Kar. Derg. 1993, sh.983); Yarg. 1. HD. 16.01.2001, K. 2001/140 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1164). Yargıtay 1. HD. 8.2.2005, K. 2005/991: Bakıp gözetme koşulu ile ya. **pılan** temlik işleminin geçerli olması için sözleşmenin düzenlendiği tarihte bakım **alacaklısının** özel bakım gereksinimi içerisinde bulunması zorunlu değildir. Miras **bırakanın** oğluna bakım aktiyle yaptığı temllkin *"muvazaalı"* olduğu iddiası değerlen**dirilirken dava** konusu olaydaki bütün bilgi ve olgular gözönünde tutulmalıdır (İst. Bar. Derg. 2005/6, sh. 2246 vd.).

Yarg. 1. HD. 25.12.2006, K. 2006/13020: **Miras** bırakanın ölünceye kadar bakıp **gözetme** karşılığı yaptığı temlikin muvazaalı olup olmadığının belirlenmesi için, sözleşme tarihinde murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın tüm malvartığına oranı ve bunun makul bir sınırda kalıp kalmadığı gibi bilgi ve olguların gözönünde tutulması gerekir (Yarg. Kar. Derg. 2008/2, sh. 204). Ayni yönde: Yarg. HGK. 28.1.2009, K. 2009/31 (Yargı Dünyası, Temmuz 2009, sh. 14).

Yarg. İçt. Biri. Büyük Gen. Kurulu 22.5.1987 (K. 87/5): Miras bırakanın yaptığı temilki tasarruflardan zarar gören mirasçılar, tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile muvazaa iddiasına dayanan iptal-tescil davası açabilirler. Mirasçıların tenkis davası açmış olması, muvazaa nedeniyle iptal davası açma hakkından feragat niteliğinde değildir. (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 1617 vd.). Aynı yönde bk. Yarg. 1. HD. 19.12.2005, K. 2005/13421 (Yargı Dünyası, Haz.-2006, sh.90).

Yarg. 1. HD. 16.1.2001, K. 2001/140: Tapu kaydının, murisin asıl amacının mirasçılardan mal kaçırmak olduğu (muvazaa) gerekçesiyle iptali, bu olmadığı taktirde tenkis istemleri kademeli olarak ileri sürülebilir (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1164). Ayni yönde: Yarg. 1. HD. 29.4.2003, K. 2003/5116 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 183).

Yarg. 1. HD. 10.12.1987, K. 87/11993: Dava, miras bırakanın, taşınmazını, mirastan pay kaçırmak amacıyla, asıl işlem bağış olduğu halde, satış göstermek suretiyle temlik ettiği iddiasıyla açılmış ve BK. md. 18'e dayanılarak tapu iptali ve tescil isteminde bulunulmuştur. Muvazaa iddiasına dayanan bu tür davalarda zamanaşımı ve hak düşürücü süre söz konusu olamaz. Bu husus HGK'nun 22.6.1983 gün ve 497/719 sayılı kararında da ifade edilmiştir (Bk. Yarg. Kar. Oerg. 1984, sh. 189). Aynı nitelikte, Yarg. 1. HD. 25.9.2006, K. 2006/9159 (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 1252).

Yarg. 1. HD. 23.3.2004, K. 2004/3276: Dava konusu taşınmazın mirastan mal kaçırmak için muvazaalı olarak satıldığı iddiasıyla açılan davalarda, taşınmazın temlik edildiği kişinin belll bir işinin olmaması, taşınmazın muris tarafından satılmasını gerektiren inandırıcı bir sebep bulunmaması, resmi akitte belirtilen satış bedeli ile gerçek değer arasında fark olması ve murisin tüm mirasçıları kapsar biçimde malvarlığını onlara taksim ettiğinin söylenememesi karşısında, muris muvazaası olduğu sonucuna varılmalıdır (1st. Bar. Derg. 2004/4, sh. 1675). Yarg. 1. HD. 17.3.2005, K. 2005/30144: Muris muvazaasının tesbltl halinde, muvazaalı olarak işlem gören taşınmazın mirasçılar adına teselline karar verilmesi gerekir. (İst. aar. Derg. 2005, sh. 1268).

Uygulamada rastlanılan diğer bir hal de, gayrimenkul alım-satımına ılişkin resmi sözleşmede, tapu harcından kaçınmak amacıyla bedelin düşük gösterilmesidir. Prof. Schwarz'a göre (sh. 296), bu takdirde de yapılan sözleşme. muvazaalıolduğu için, gerçek niyete uyan sözleşme de resmi şekılde yapılmadığı için geçerli değildir. *Federal Mahkeme, tarafların sözleşmeyi tamamen ifaetmişolmaları halinde, tapu harcından kaçınmak için bedelin düşük gösterilmesine ilişkin şekil noksanına dayanılarak sözleşmenin hükümsüzlüğünü ilerisürmeyihakkın kötüye kullanılması (MK.* m. *2) saymış, yani kabul etmemiştir*[13]. Teorik olarak Prof. Schwarz'ın görüşü benimsense dahi, uygulamada,FederalMahkemenin getirdiği bu çözümden yararlanmak gerekir.

5- Muvazaanın ispatı

a) Muvazaayı taraflardan biri iddia ediyorsa

Hukuki işlemin (sözleşmenin) muvazaalı (danışıklı) olduğunu, gerçek iradelerineuymadığını ileri süren taraf iddiasını ispat ile yükümlüdür. Muvazaalıolduğuiddia olunan hukuki işlem bir adi senede veya (noter veya tapu

---

11) BK.HGK. 21.2.1968-966/99 (Ank. Bar. Derg. 1968, sayı 3, sh. 496): HGK. 16.12.1970 (Ank. Bar. Derg. 1971, sh. 455); HGK. 22.12.1982, K. 82/966(Yarg.Kar. Derg. 1983, sh. 498). HGK. ◆.3.2000, K. 2000/143 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh.1156); HGK. 9.02.2005, K. 2005/42 (1st. Bar. Derg. sh. 1264vd.).

Yargıtaya göre, **satış olarak gösterilen gerçekte bağış olan işlemin konusu taşınmaz mal tapu sicilinde kayıtlı değilse, taşınmazlar üzerindeki zilyedlikten ibaret olan hakkın devrine yönelik gizli sözleşme hiçbir şekil şartına bağlı olmadığından** geçerlidir. BK. HGK. 22.12.1982, K. 82/966 (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 498). Yarg. 16. HD. 6.5.1997, 97/2165 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1501). Yarg. 1. HD. 12.2.1987, K. 87/978 (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 1142-1143). Yarg. 16. HD. 29.4.1988, K. 88/8185 (Yarg. Kar. Derg. 1989, sh. 393).

Yarg. 1. HD. 22.11.1984, K. 84/12356: Olayda söz konusu olan ve Tapulama Ya**sasının 32. maddesinin (b) ve (c) bendterine dayanan işlemler tapudaki temlikler gibi şekle** bağlı olmadığından, işlemin gerçekte satış olmayıp gizli bağış olduğunun **kanıtlanması, muvazaalı bulunan satış akdini geçersiz kılarsa da, gizli akit olan bağışın geçersizliği sonucunu doğurmaz.** (Yarg. Kar. Derg. 1985, sh. 1436).

12) Bk. İç. Bir. Kar. 1.4.1974-1/2 (Yarg. Kar. Derg. 1975, sayı 1, sh.9). HGK.'nunuygulamada adalet duygusunu ve kam◆ vicdanını rah_atsız edebilecek:◆n◆?lar d?◆◆rduğu gerekçesiyle 1.4.1974 gün 1/2 s◆yılı içtihadı Birleştırme Kararının degıştırılme◆ıçın yaptığı başvuruyu inceleyen Yarg_.lçt. Bir. Büyük Genel Kurulu, ◆◆3:1_990 t◆r_ıh ve 90/2 **sayılı kararıyla "sözü geçen içtihadı Birleştirme Kar◆rının degışt.◆r◆◆me◆ı◆ı.veya ka◆**dırılmasını haklı gösterecek bir nedenin bulunmadıgı sonucuna uçteıkıyıgeçenbır çoğunlukla varmıştır. (Bk. RG. 17.5.1990 - Yarg. Kar. Derg. 1990, sh. 953 vd.).AyrıcaBk. Yarg. 1. HD. 19.9.1995, K. 95/11789 (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 194); Yarg. 1. HD. 2.7.1992, K. 92/8782 (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 22).

13) Bk. JT. 1924. 1. 433, özellikle 438-439. Ayrıca Bk.JT. 1926.1. 343;JT.1964. 1. 568.

memuru önünde yapılmış) bir resmi senede bağlanmışsa, tarafların (ayni şekilde, miras bırakanın külli halefi - ardılı - olarak hareket eden mirasçıların) muvazaa iddiası (HMUK. m. 290 uyarınca) tanık ile ispat olunamaz. Hukuki işleme taraf olup, işlemin muvazaa sebebiyle geçersizliğini ileri süren kimse bu takdirde iddiasını adi veya resmi bir senetle (kesin bir delille) ispat etmek zorundadır [14]. Hukuki işlem (gayrimenkul alım-satım sözleşmesinde olduğu gibi) resmi şekilde yapılmış olsa dahi, taraflar muvazaa iddialarını adi senetle ispat edebilirler[15].

b) Muvazaayı üçüncü bir şahıs iddia ediyorsa

Hukuki işleme (sözleşmeye) taraf olmayan üçüncü bir şahıs, işlemin muvazaalı olduğunu ve bu nedenle geçersiz bulunduğunu iddia ediyorsa, bu iddiasını, hukuki işlem adi veya resmi bir senede bağlanmış olsa dahi, tanıkla delillendirebilir. *Mirasçılar da (saklı pay sahibi olsunlar veya olmasınlar* [16]*) niteliği itibariyle üçüncü şahıs sıfatıyla açtıkları davalarda, muvazaayı (örneğin, miras bırakanın tapu memuru önünde diğer tarafla yaptığı satış sözleşmesinin mirasçıları paylarından yoksun bırakmak amacıyla yapıldığını, muvazaalı olduğunu, tarafların gerçek iradesinin bağışlama bulunduğunu) tanıkla veya diğer herhangi bir delil ile ispat edebilirler* [17]. Aynı şekilde şuf'a (önalım)

---

14) Bk. HGK. 24.XI.1954 - 1/124 **(Olgaç,** İBK. m. 18, sh. 1O); Yarg. 1. HD. 12.6.2000, K. 2000ll704 (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1667); Yarg. 14. HD. 19.10.1993, K. 93/7871 (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 1945). Yarg. 1. HD. 4.2.1991, K. 91/1154 (Yarg. Kar. Derg. 1991, sh. 1470); Yarg. 1. HD. 17.4.1992, K. 92/5099 (Yarg. Kar. Derg. 1992, sh. 1341).

Miras bırakana bağımlı ve onun ardılı olarak, onun yerine geçerek muvazaa **(danışık) iddiasında bulunan mirasçılar da-sözleşmenin tarafı durumunda oldukla-rından - iddialarını yazılı belge ile kanıtlamak zorundadırlar.** Bk. Yarg. 1. HD. 2.3.1976, 944/2088 (Yarg. Kar. Derg. 1976, sh. 1117). Yarg. 1. HD. 24.1.1983, K. 41O (Yarg. Derg. 1983, sh. 1149); Yarg. 1. HD. 14.2.1996, K. 96/1570: **Senede bağlı bir sözleşmeye karşı muvazaa iddiasında bulunan taraf, iddiasını HUMK. md. 288 ve 290 uyarınca yazılı delille kanıtlamalıdır. Sözleşme HUMK'nun 293. maddesinde sözü edilen yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi muvazaanın yazılı delille ispat edilmesi gerekir** (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 1382).

15) Bk. Yarg. 1. HD. 14.2.1996, K. 96/1570 (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 1381 vd.)

16) Bk. 1.4.1974 tar. ve 1/2 sayılı İçt. Biri. Kar. (Yarg. Kar. Derg. 1975, sayı 1, sh. 9); Yarg. 1. HD. 1.3.2006, K. 2006/2028 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 869); Yarg. 1. HD. 12.2.2008, K. 2008/1589 (Yargı Dünyası, Haziran 2008, sh. 90 vd.).

17) Bk. HGK. 25.5.1988, 88/421 (Yarg. Kar. Derg. 1988, sh. 1343); Yarg. 1. HO. 1.6.1994, K. 94/7069 (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 1740). Yarg. 1. HD. 10.4.1990, 90/5197 (Yarg. Kar. Derg. 1991, 670 vd.).

Yarg. HGK. 1.03.2000, K. 2000/143: **Miras** bırakanın, **muvazaalı** temlikin yapıldığı tarihten sonra evlat edindiği veya evlendiği kişi veya ana rahmine düşen çocuğu da, muris muvazaasına dayanarak, tapulu taşınmaza ilişkin kaydın düzeltilmesi

hakkı sahibi, taraflar arasında bağışlama olarak gösterilen işlemin gerçekte satış olduğunu veya sözleşmedeki bedelin gerçek bedel olmadığını tanıkla (her türlü delille) kanıtlayabilir[18], gerçek bedelin ne kadar olduğu hususunda davalı tarafa yemin teklif edebilir[19]. Alacak hakkı sahibi de, taraflar arasındaki işlemin muvazaalı olduğunu, işlemin alacağının ödenmesini engellemek

---

için **dava açabilir.** Füru **ve evlatlık arasında bir ayrım yapılamaz. Muvazaalı temlik** tarihinde miras bırakanın başka bir mirasçısının bulunması, mirasçıdan mal kaçırma iradesinin oluşması için yeterlidir (Yarg. Kar. Oerg. 2001, sh. 1152-1158). Ayni yönde: Yarg. 1. HD. 12.2.2008, K. 2008/1589 (İst. Bar. Oerg. 2008/3, sh. 1550).

Yarg. HGK. 31.3.2004, (K. 2004/189); Somut olayda, miras bırakanın satışa ihtiyacı olmadığı, ara malik Nurhan'ın taşınmazı hiç kullanmadığı, alım gücünün bulunmadığı, satış bedelleri ile gerçek değerler arasında açık fark belirlendiği, böylelikle devirlerin muvazaalı biçimde gerçekleştirildiği anlaşıldığından taşınmazdaki miras bırakan payı yönünden tapunun iptaline karar verilmesi gerekir (İst. Bar. Derg. 200617, sh. 2128 vd.}. Ayni yönde: Yarg. 1. HO. 1.3.2007, K. 2007/2089 (Yargı Dünyası. Aralık 2007, sh. 81).

Yarg. 1. HD. 11.4.1974, 2007/2638: Satıştan onsekiz gün sonra ölen miras bırakanın terekesinden I•ÜZ bin liraya bir satış yapıldığını kanıtlayacak miktarda bir paranın çıkmamış olması da muvazaanın karinesi olarak değerlendirilmelidir. (Yarg. Kar. Derg. 1975, sayı 8, sh. 77}.

Yarg. HGK. 18.9 1985, K. 85/693: Muris muvazaası sebebine dayanan iptal ve tescil davaları, niteliği itibariyle, miras bırakanın külli halefi sıfatıyla değil, mirasçıların üçüncü **kişi** sıfatıyla açtığı davalardandır. Davacılar, miras bırakan ile davalının birleşerek kendilerine karşı işledikleri haksız fiilden zarar gören kişiler olarak bu davayı açmaktadırlar. Bu nedenle, tüm mirasçıların birlikte dava açmasına veya terekeye **mümessil tayin edilmesine ihtiyaç yoktur. Mirasçılardan herbiri, mirasçılık belgesindeki payı oranında iptal ve adına tescil davası açabilir.** (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 934-935). Ayni yönde: Yarg. 1. HD. 12.7.2007, K. 2007/7939 (İst. Bar. Derg. 2008/1, sh. 313). Yarg. 1. HD. 30.03.2005, K. 2005/3748 (İst. Bar. Derg. 2007/4, sh. 1697).

Yarg. 4. HD. 15.3.2004, K. 2004/3199: **Bir mirasçı tarafından diğer bir mirasçıya karşı açılan, müşterek muris ile davalı arasındaki** danışıklı **işleme dayanan tapu iptali davasında** diğer mirasçıların katılımı veya izni aranmaz (Yarg. Kar. Oerg. 2004, sh. 1040).

Yarg. 1. HD. 10.4.1990, K. 90/5197: Davacı, miras bırakanın ardılı olarak değil, yasal saklı payının çiğnenmesinden ötürü doğrudan zarar gören kişi sıfatıyle ve kendi hakkına dayanarak dava açmıştır. Bu tür bir sava dayalı dava, zamanaşımına tabi olmadığı gibi, her türlü delille de kanıtlanabilir. Davacı temliki iJlemde ◆era◆ madığına göre, taraf danışığından ve savın yazılı delille kanıtlanacagından sozedılemez. (Yarg. Kar. Derg. 1991, sh. 670-671).

Yarg. 1. HD. 8.10.1997, K. 97/11956: Muvazaa nedenine dayanılara◆◆er zaman dava açılabilir ve bu dava sonunda verilen hüküm yenilik doğurucu de◆l, açıklayıcıbir **karar**niteliğindedir. Bu nedenle geçmişe etkili hüküm ve sonuç dogurur (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 655).

18) Bk. Yarg.6. HD. 21.3.2005, K. 2005/2510 (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh.1210); Yarg 6 HD g 4 2002 K. 2002/2528 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 1177).

• 19)Bk·. va;g.6. HD. 22.9.1994, K. 94/8865 (Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 396vd.).

için yapıldığını tanıkla delillendirilebilir [20]. Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesine konu gayrimenkulün maliki tarafından üçüncü bir kişiye tapu sicilinde devredilmesi halinde, vaad alacaklısı, işlemin danışıklı olduğunu, mülkiyet devrinin, sözleşmeden doğan hakkını kullanmasını engellemek amacıyla yapıldığını, bu nedenle tapu kaydının iptalini (satış vaadi sözleşmesi Tapu siciline şerhedilmemiş olsa dahi) ileri sürebilir ve muvazaa iddiasını her türlü delille ispat edebilir [21].

Üçüncü şahısların muvazaa iddialarını tanıkla delillendirebilmeleri zorunlu bir sonuçtur. Zira, üçüncü şahısların (aynı şekilde, saklı paylarından yoksun bırakılmak istenilen mirasçıların), taraflar arasında yapılan bir sözleşmenin muvazaalı olduğunu senetle ispat etmeleri maddeten imkansızdır.

6- Muvazaa ve İnançlı İşlemler

Muvazaa ve inançlı işlemleri birbirine karıştırmamak gerekir. İnançlı işlemde, *"teminat için mülkiyetin naklinde", "tahsil için alacağın tem/ikinde" veya "çekin teminat amacıyla temlik cirosuyla devredilmesinde"* olduğu gibi, hak (mülkiyet hakkı veya alacak hakkı) karşı tarafa devredilir, fakat taraflar arasında yapılan bir *"inanç anlaşması"* ile, hakkı de'ıralan kimsenin bu hakkını nasıl kullanacağı ve hangi şartlarla iade edeceği tespit edilir [22].

İnançlı işlemler ile muvazaa arasında dış görünüşü itibariyle belli bir benzerlik vardır. Örneğin, teminat için mülkiyet naklinde, temel amaç mülkiyetin devri değil, fakat alacaklının alacağını garanti etmektir. A, B'den aldığı 300.000 TL. karşılığında taşınmazının mülkiyetini B'ye devretmiştir. Aralarındaki *"inanç anlaşması'ha* göre, B bir yıl içinde taşınmazın mülkiyetini kimseye nakletmeyecek ve A bir yıl içinde B'ye 300.000 TL. ödediği takdirde, B taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını tekrar A'ya devredecektir. Aynı şekilde, alacağın tahsilini (elde edilmesini) sağlamak amacıyla yapılan alacak temliklerinde (geçirimlerinde) de, temel amaç karşı tarafı alacağın maliki kılmak değil, fakat alacağın tahsilini sağlamaktır. Alacağı devralan şahıs, borçluyu takip edecek ve borcun ifasını (alacağın tahsilini) sağladığında elde ettiği parayı alacağı devredene verecektir.

Dış görünüşteki belli bir benzerliğe rağmen, muvazaalı işlemlerle, inançlı işlemler arasında açık bir nitelik farkı vardır. *Muvazaalı işlemlerden farklı*

---

20) Bk. Yarg. 4. HD. 16.6.1998, K. 98/4852 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1291 vd.).

21) Bk. Yarg. 14. HD. 15.5.2001, K. 2001/3638 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 66-67).

22) "inançlı işlemler" hakkında ayrıntılı bilgi için, Bk. **özsunay Ergun,** Türk hukukunda ve mukayeseli hukukta inançlı muameleler, Istanbul 1968.

olarak, inançlı işlemler tarafların gerçek niyetlerine uygun olan ve bu sebeple geçerli hukuki sonuçlar doğuran işlemlerdir. Temınat için mülkiyet naklinde *"mülkiyet hakkı'*[23], tahsil için alacağın temlikinde *"alacak hakkı'*[24] tarafların gerçek niyetine uygun olarak karşı tarafa geçer. Çekin, teminat amacıyla temlik cirosuyla devredilmesi durumunda da, hamıl bu ciro ile tüm haklara sahip olur [25]. Böylece, örneğin, *teminat amacıyla mülkıyet hakkının naklinde mülkiyet devri, gerek üçüncü şahıslara karşı, gerekse taraflar arası* ***ilişkiler*** *yönünden tam ve geçerlidir*[26]. Devredilen mülkiyet hakkının devralan tarafından nasıl kullanılacağını gösteren *"inanç anlaşması"* taraflar arasında borç doğuran bir sözleşme niteliğindedir. Diğer bir deyişle, mülkıyeti devralan, aradaki *"inanç anlaşmasına"* aykırı olarak (örneğimizde taşınmazın mülkiyetinı) üçüncü bir şahsa devrederse bu devir geçerlidir [27]. Ancak, bu takdirde inanç sözleşmesine aykırı bir davranış söz konusu olacağından, karşı taraf BK. m. 96 vd. uyarınca tazminat istemek hakkına sahip olacaktır [28].

Taşınmazlara ilişkin inanç anlaşmalarının geçerliliği, ilke olarak, resmi şekilde yapılmış olmalarına bağlıdır. Örneğin, teminat amacıyla bir taşınmazın mülkiyeti devredilmişse, garanti edilen alacağın ödenmesi halinde mülkiyetin tekrar devredene nakledileceğini öngören *"inanç anlaşması"* resmi şekilde yapılmış olmadıkça tarafları bağlamaz. Yargıtay uygulamada farklı bir görüşü benimsemişir. Yargıtaya göre, taşınmazlara ilişkin *"inanç anlaşmaları" da, bir şekle bağlı olmaksızın geçerlidir. Sadece ispat yönünden "şekle bağlı olmayan yazılı delil"* gerekir [29,30]. Yargıtay kararlarında, *"inanç anlaş-*

---

23) Bk. Yarg. HGK. 14.11.2007, K. 2007/848 {Yargı Dünyası, Nisan 2008, sh. 77 vd.). Yarg. 1. HO. 30.10.2000, K. 2000/13223 {Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1490-1493).

24) Bk. JT. 1945. 1. 570.

25) Bk. **Seza** Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında ÇEK. Ankara 2003, sh. 175.

26) Bk. JT. 1945. 1. 476-477; JT. 1947. 1. 134.

27) Bk. Yarg. 1. HO. 8.5.2006, K. 2006/5292 (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 32 vd.); Yarg. 1. HO. 30.10.2000, K. 2000/13223 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1492).

28) Tazminatın nasıl hesap edileceğine ilişkin olarak Bk. Yarg. 1. HD. 8.5.2006, K. 2006/5292 (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 37).

29) Yarg. 1. HO. 21.11.2001, K. 2001/11[illegible]49_:Inan[illegible] sö[illegible]leşmesi il[illegible], borçlu, alacaklısına, malını rehin etme yerin[illegible], malını_[illegible]mutkıy[illegible]tinı geçırerek, rehın hakkın[illegible]a[illegible] d[illegible] .. 1" bir hak tanımaktadır. inanç sozleşmesi kapsamında taşınmazın mulkıye!ı-n[illegible]ı[illegible]a[illegible]lıya devreden kimse, borçtu butundu[illegible]u para[illegible], ödeyerek, taşınma[illegible]ın mu-kl yeti nın e k nd'ıslne geri verilmesini istemeye yonelik bır alacak hakkına sahıptlr. Ta-sınmazı [illegible] inanç sözleşmesi ile alan kimse ise, borcun o enmesi gunune ia ıar asın-mazı baş kasına Satmama k borç ödendig- ı zaman taşın mazı gen verme k borcu al-tınd ad ır. 8 u durumda taşınmaz rehni bakımından geçerlı olan MK. md. 873 (eski MK. md.788) inanç sözleşmelerine dayalı tem/ık/erde uygulanmaz ynı yone, arg. HGK

 irade ilebeyan arasında ıstenerek yaratılan uygunsuzluk, özellıkle muva:ı:aa

masının"hukuki sonuç doğurması,anlaşmanın,sözleşmeye konu ışlerrııa, t

14·11·2007, K. 2007/848 (Yargı Dünyası, Nisa 2008, sh. 78). İnanç sözleşmesırıd raflar, devredilen hakkın inanılan tarafın an nt ana şa:;ıarını, süresınıve !eşmeye aykırı davranmanın yaptırımkınd'a.e ıdr eyedı.ı,r erl. orçlu, borcunut>eıı/ nen zamanda ödemezse, taşınmaz en ısıne evre ı m ş olan alacaklı dilerse şınmazımülkiyetinde alıkoyar, dilerse taşınmazı serbe tçe satabilir. s.2.1947 ta 2016 sayılı inançları birleştirme kararı uyarınca, temınat amacıy a temlike. ıtı vel ç sözleşmelerinin ispatı, "şekle bağlı olmayan yazılı delildir". inanç sözrıı nan •• ı e ta f 1 1 • eşrrı si olarak adlandırılan belgeni doz de mey/ a,o a ıarın ık":'zaTsını içermesi ve e, geç sozleşme konusu işlem tarıhın e uzen enmış o ma_sı gere ır:_ arat yemini ergı taşınmazın temliki tarihinde yapılmış olması gereken ınanç sozleşm sY erineh kOm ve sonuç doğurmaz (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 1009-1012). Aynı yonde·y HGK. 14 11,2oo7, K. 2007/848 (Yargı Dünyası, Nisan 2008, sh. 77 vd.); Yarg. 1 8.5 2006, K. 2006/5292 (Yarg. Kar. Oerg. 2007, sh. _32 vd.)... .

Yarg. 14_HD. 23.9:20?3,_K..2003/6 73: Dav , ınanç sozleş esıne dayalı tapıup. tall ve tescil isteğine ilışkındır. inanç sozleşmesı ancak yazılı delılle kanıtlanabılır.Be bır belge yoksa, karşı tarafın elind _n çıkmış_y zı delil ba langıc_ ! teliğ_inde bır belge: 502 konusu olması halınde, inanç sozleşmesının tanık dahıl her turlu dehi ıle kanıtlarıır.a mümkundür Davalı, ceza davası sırasında, sa cılık,.mahkeme ve müfettişlere verd ği ifadelerde, taşınmazın davacı tara!ından gonderılen paraı_ar a alındığını, kendıs ninolmadığını, davacıya ait bulundugunu açıkça beyan etmıştır. Davalının buikran bağlayıcı niteliktedir, davanın kabulü gere ir. (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 900 vd.)

Yarg. HGK. 28.12.2005, K. 2005/774: lnan9 sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil davalarında, 5.2.1947 tarih ve 20_6 s yılı içtihadı Bi l ştirme Kararın a belirtıld- ğ. üzere, *"inanç sözleşmesr* ancak yazılı dehi ıle kanıtlanabılır. Bu yazılı dehi, tarafların imzalarını taşıyan ve inanç gösterilen kişi adına taşınmazın tapuda tescil edildiğiıa. rihten önce düzenlenmiş bulunan bir belge olmalıdır. Bununla beraber, karşıtarafın elinden çıkmış yazılı delil başlangıcı (HUMK. md. 292) niteliğinde bir belge varsa, inanç sözleşmesinin *'tanık"* dahli her türlü delil ile kanıtlanması mümkündür (Yarg Kar. Oerg. 2006, sh. 367 vd.).

Yarg. 1. HD. 30.10.2000, K. 2000/13223: Teminat amacıyla mülkiyet naklinde, inanç sözleşmesine dayanılarak, inanç konusu taşınmazların tapu kayıtlarınıniptal nin ve davacı adına tescilinin istenebilmesi için, davacının, BK. md. 81 uyarınca,ön, celikle kendi edimini yerine getirmiş olması gerekir (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1490).

30) Yargıtay HGK. 17.5.2000, K. 2000/885: A'nın B'den olan alacağı karşılığında, B, **dava** konusu taşınmazın mülkiyetini C'ye devretmiştir. Aile C arasında yapılanve Mınanç sözleşmesi" başlığını taşıyan yazılı sözleşmeye göre, C adına tapu sıcılinekaydedılen taşınmaz aslında A'ya aittir, C ilk talepte taşınmazı A'ya devredecektir. A'nın alacaklılarından mal kaçırmak amacından kaynaklanan bu somut olayda, Aile C arasında *'dolaylı temsil"* hukuksal ilişkisinin kurulduğunu kabul etmek gerekir. Zıra, tapuda dozenlenen resmi senette taraf olarak yer alan C, A'yı temsil etmemekle bırlıkte onun vekıı gibi avranmıştır. Ayrıca, C'nln, kendi namına, fakat A hesabına B'den aldığıtaşınmazı, Anın güvendiği bir kişi olarak, ilk talepte A'ya devredecek olması, A ile Carasındabir_*"inançlı işl min"varlığını* gösterir. İnançlı işlemlerde, *"inanılan"inanç* konusunu dogrudan dogruya *"inanandan"* edinebileceği gibi, bir üçüncü kişiden de edinebillr.Uygulamada, inanç konusunun *"üçüncü kişi"den* edinilmesi, özellikle bir*"do-*

hinden (örneğin, teminat amacıyla taşınmazın mülkiyetinin nakledıldığı günden) önce veya en geç aynı tarihte yapılmış olmasına bağlanmıştır işlem tarihinden sonra yapılmış "inanç sözleşmelerine" dayanılarak bır talepte bulunulamaz [31].

§ XI - İRADEYİ .SAKATLAYAN SEBEPLER (irade fesadı)

Borçlar Kanunumuz *"Rızadaki fesat"* başlığı altında (BK. m. 23 vd) *·hata", "hile"* ve *"ikrah"* düzenlemiş bulunmaktadır. Doktrında de bu üç müessese, genellikle "irade fesadı" veya "iradeyı sakatlayan sebepler" adı altında toplanmış ve incelenmiştir.

Aşağıda ayrıntıları ile görüleceği üzere, irade fesadında, ya iradenın beyan edilişi veya iradenin oluşması sırasında bir sakatlık söz konusudur. İrade istenil_meyerek farklı bir şekilde beyan edilmişse "hata"ya ilişkınkurallar uygulanır.irade ile beyan arasında bir fark yoksa, fakat iradenın meydana gelişı sırasındabirsakatlık olmuşsa, üç özel halin dışında,kural olarak,(bellı bır kıtabınkaybedildiği zanniyle yeniden satın alınması halınde olduğu gibi) ıradenin meydana ⍰elmesini etkileyen saikler (etkenler) sözleşmenin geçerlılığıne tesir etmezler. iradenin oluşması sırasındaki sakatlıkları Kanun Koyucu şu üç halde göz önünde bulundurmuştur: 1) Sözleşmenin zorunlu unsurlarınaılışkınsaik hataları (BK. m. 24/4), 2) Hile (BK. m. 28) İkrah (BK. m. 29-30).

irade fesadına ilişkin kurallar, Borçlar Hukukunun tek taraflı hukuki ışlemlerine ve MK. m. 5 uyarınca Medeni Hukukundığer alanlarında düzenlenmiş hukuki işlemlere de uygulanır.

---

faylı temsil" **Illşkisi** içinde gerçekleşmektedir. İnançlı sözleşmenin, taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi yükümlülüğünü doğurması nedeniyle, resmi⍰e⍰ilde_Y⍰_pılması gerektiği ileri sürülebilirse de, olayda, dolaylı temsil yetkisi veren ıç ılş⍰ı so⍰k⍰nu: su olduğundan, bunun resmi şekilde düzenlenmesi icap etmez. Kaldı kı, mulkıy!tı davacı (A) adına geçirme borcu vekillik sözleşmesinin yasal bir sonucu oldugu için, A ile C arasında ayrı bir anlaşma yapılması, C'nin ayrıca resmi şekilde devretme sözü vermesi de gerekmez. *Sonuç olarak,* uyuşmazlık konusu olayda*·dolaylı temsili"*de içeren *"inançlı vekalet sözleşmest* sözkonusudur. Davacı A, davalı C'den, BK. md. 392'ye dayanarak, taşınmazın mülkiyetini kendisine devretmesini istiyebilır. (Kararın tam metni ve aykırıgörüşler içinBk. Yarg.Kar.Derg. 2002, sh. 517-531).

31) Bk. Yarg. HGK. 14.11.2007, K. 2007/848 (Yargı Dünyası, Nisan 2008, sh. 77 vd.); Yarg. HGK. 28.12.2005, K. 2005/774 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 367 vd.); Yarg. HGK. 4.10.2006, K. 2006/616 (Legal, Ağustos 2007, sh.2594); Yarg.1.HO. 8 5.2006,K. 2006/5292, (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 36).

1- İRADE İLE BEYAN ARASINDA İSTENMEYEREK MEYDANA GELEN UYGUNSUZLUK: HATA -YANILMA-

1- Genel olarak

Tarafların karşılıklı beyanları birbirine uyduğu halde, beyanlarıylaiç. deleri arasında istenilmeyere k d meydana gelmiş b. ır uygunsuzluk olabilir.İ.r de ile beyan arasında istenilmeyerek meydana g?lmiş uygunsuzluk halinda "hata = yanılma" (bey?nda hata) söz k??usudur. irade ile beyan arasınd? bu uygunsuzluk iki şekılde ortaya çıkabılır:

a) Beyanda bulunan kimse, ?yıe bir beyanda bulunmayı (beyandaki kelimeleri kullanmayı) istememiştir. Orneğin, metresini 80 TL.'dan satarım diye yazmak istediği halde, dikkatsizlikle "80 TL." yerine "8 TL." yazmıştır.

b) Beyanda bulunan kimse, beyandaki deyim ve kelimeleri kullanmak istemiş, takat örneğin ticari deyimleri veya kısaltmaları iyi bilmediği için, bu deyim ve kısıtlamalara karşı tarafın vereceği anlamdan baş?abir mana vermiş (Oser-Schönenberger, m. 24, No. 9; von Tuhr, § 37/1-2); Isvıçre Frankını ifade etmek istemiş, fakat kısaltmalar hakkında yanlış fikre sahip olduğu için, İsviçre Frankını ifade ediyor zanniyle dolar işareti kullanmıştır.

Hata (yanılma) halinde, tabiatıyla iradesini istemiyerek farklı bir şekilde beyan eden taraf ile, iç iradeyi bilmesine imkan olmayan, beyana güvenmek durumuna bulunan karşı tarafın yararı çatışacaktır. Kanun Koyucu bu çatışan çıkarları ortalama bir çözüme bağlayarak, bağdaştırma yoluna gitmiştir.

Kanun Koyucu bütün "beyanda hata" hallerini dikkate almamıştır. BK.m. 23'e göre, ancak, *"sözleşme yapılırken esaslı bir hataya düşen taraf, o sözleşme ile bağlı değildir",* sözleşmeyi feshedebilir. Hatanın "esaslı" sayılmayacağı hallerde, irade ile beyan arasında istenmiyerek meydana gelmiş bir fark olsa dahi, beyanda bulunan beyanıyla (sözleşme ile) bağlıdır.

2- Hatanın "esaslı" sayılacağı haller

Hatanın (yanılmanın) ne zaman "esaslı" sayılacağını Borçlar Kanunumuz tanımlamamıştır. Ancak, Borçlar Kanununun 24. maddesinde hatanın "esaslı" addedileceği başlıca haller gösterilmiştir. Bu haller sınırlayıcı değildir. Aynı ölçede haklı sayılabilecek diğer hallerde de hata dikkate alınır.

Borçlar Kanunumuzun 24. maddesine göre özellikle aşağıdaki hallerde hata -yanılma- esaslıdır:

a) Sözleşmenin niteliğinde hata: Hata ettiğini iddia eden taraf sözleşme hakkında rızasına beyan ederken, başka bir sözleşmeyi kastetmişse bu

"beyanda hata"esaslıdır. Örneğin, birkimsenin,tavsiye mektubu imzalıyorum z?nnıyle kefıl ?ı ması; kiralamak istediğihalde, dikkatsizlikle veya deyimin h?k??ı-anlamınıbılmediği için sattığını beyanetmesi hallerinde *"sözleşmenin nıtelıgı?dehata"?*öz konusudur. Aynı şekilde yalnız rızasını beyan ettiği sözleşmeyı_kapsadıgı k_anısiyle, başka birsözleşmeyi de kapsayan bir akdi okumadanı?zal?y??kımse (ikinci sözleşme yönünden) BK. m. 24'.I a?lamında ?atayaduşm?ştur. Bu takdirde karşı tarafınhilesini veya kötü nıyetını ayrıca ıspat zorunlugu yoktur 1.

?) Sözleşmenin konusu olan şeyde hata: Hata ettiğini i?dia :den??arafsozleş?eye konu teşkil eden şeyden başka birşey kasdetmışse, ornegın, katologt?kı num?ra?ı dikkatsizlikle yanlış yazmış, bu suretle istediğı maldan başkabır malı sıparış etmişse, bu hata da dikkate alınır.

c) ?işide hata: Hata ettiğini iddia eden taraf, üzerine borç alırken (sözleşmeyıyaparken) özellikle dikkate aldığı kişide yanılmışsa, örneğin, A'yı avukatolarak tutmak isterken, isim benzerliği dolayısıyla B ile sözleşme yapmışsa, bu hata da esaslıdır.

d) Miktarda hata: Hata ettiğini iddia eden tarafın borç altına girdiği mik??r k??tettiğinden önemli ölçüde çok veya karşı tarafınki önemli ölçüde az??'. ornegın, A metresi 100 TL.'den kumaş satmak istediği halde, B'ye gönderdıgı mektupta dikkatsizlikle "metresi 1O TL.'den" diye yazmışsa veya Amerikan doları ile lsviçre Frangını yaklaşık değerde zannederek, 100.000 dolara yapılan satış teklifini kabul etmişse (von Tuhr, § 37/11-3) bu hata da esaslıdır. Miktardaki hatanın dikkate alınabilmesi için aradaki farkın önemli olması gerekir.

BK. m. 24/son uyarınca *"adi hesap yanlışlığı"* sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Yanlışlığın düzeltilmesiyle yetinilir 2_ Böylece, örneğin, satın alına_n şeyin ölçü ve fiyatı doğru olduğu halde, bir toplama veya çarpma yanlışlıgı yapılmışsa bu yanlışlık giderilir.

"Adi hesap yanlışlığı" ile *"hesaplama yanlışlığı"nı* birbirine karıştırmamak gerekir. Fiyatın tesbitinde, bazı maliyet unsurlarının hesaba katılmaması ?eya eksik katılması sebebiyle bir hata yapılmışsa, bu hata bir *saik hatasıdır,* dıkkate alınmaz. Burada irade ile beyan arasında bir uygunsuzluk yoktur.

e) Sözleşmenin zorunlu unsurlarında hata: Buraya kadar inceledi?imiz "esaslı hata" halleri, "beyanda hata"ya, yani irade ile beyan arasında ıs-

---

1) Bk. JT. 1924. 1. 66.
2) Bk. JT. 1991. 1. 630.

tenmiyerek meydana gelmiş uygunsuzluğa ilişkindir. İrade ile beyan arasında bir uygunsuzluk yoksa, fakat bir kimse yanlış bazı tahminler veya değerlendirmeler sebebiyle beyanda bulunup, sözleşme yapmışsa *"saikte hata"* söz konusudur. Borçlar Kanunumuzun 24. maddesine göre, *"sözleşmenin yalnızsaiklerine ilişkin hata, esaslı değildir".* Diğer bir deyişle, saik (etken) hataları, kural olarak, dikkate alınmazlar, sözleşmenin geçerliliğini etkilemezler. Böylece örneğin A, fakülteyi bitirdiği zannıyla arkadaşı B'ye hediye edilmek üzere bir saat satın alsa, fakat B'nin fakülteyi bitirmediğini sonradan öğrense, A'yı sözleşme yapmağa sevketen *bu saikteki hata,* sözleşmenin geçerliliğine tesir etmez. A sözleşme ile bağlıdır. Kanun Koyucunun *saikteki hatayı dikkate almaması* ticari güveni sağlama zorunluluğunun doğal bir sonucudur.

Saikte hatayı kural olarak dikkate almıyan Kanun Koyucu, bu genel kurala 24. maddenin 4. bendi ile bir istisna getirmiştir. 4. bende göre: *"hata ettiğini iddia eden tarafça sözleşmenin lüzumlu vasıflarından olarak nazara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerden hata"* esaslı hata niteliğindedir. Böylece, belli şartlarla, *"saikte hata"* halinde de, istisnai olarak, "esaslı hata" söz konusu olabilmekte ve hataya düşen taraf BK. m. 23 uyarınca sözleşme ile bağlı olmamakta, sözleşmenin iptalini isteyebilmektedir (BK. m. 23; 31).

Saikte hatanın "esaslı hata" sayılabilmesi için, iki şartın birlikte [3] gerçekleşmesine ihtiyaç vardır: aa) ***Sübjektif şart:*** Hata iddiasında bulunan taraf bazı maddi veya hukuki hususları sözleşmenin (beyanının) zorunlu unsuru addetmiş bulunmalı, hata ettiği hususu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olmalıdır. bb) ***Objektif şart:*** Bu hususlar (söz konusu durumda) ticari doğruluk kurallarına göre de, sözleşmenin lüzumlu vasıflarından (vazgeçilmez unsurlarından) sayılmalıdır. (Bk. von Tuhr, § 37/V; Schwarz, sh. 308) Böylece örneğin, *A orjinali zanniyle bir tablonun kopyasını veya altın zannıyla altın kaplama bir saati satın almışsa, bu hukuki işlemlerde "esaslı hata" niteliğindebir saik hatası vardır.* Orijinal bir örnek de İngiltere'de meydana gelmiş, tartışma ve davalara sebep olmuştur: Kralın tahta çıkış merasimini izlemek üzere birçok İngiliz, merasimin yapılacağı yere bakan pencere ve balkonları yüksek fiyatla o gün için kiralamıştır. Fakat, Kralın bir ameliyat geçirmesi sebebiyle merasim ertelenmiştir. Olaya Türk hukuku açısından bakıldığı takdirde, merasimi seyretme amacı kira sözleşmesinin saikidir. Fakat, bu "saikte hata", m. 24/4 uyarınca "esaslı hata" niteliğindedir (Schwarz, sh. 308) [4].

---

3) Bk. JT.1972, 1. 49; JT. 1927, 1. 331; 453; 623. JT. 1930, 1. 514.

4) Bir hukuki durumun (örneğin imar durumunun) **yanlış** bilinmesi de "esaslı hata" niteliğinde olabilir. Bk. JT. 1971, 1. 163.

Diğer tarafın kişisel niteliklerine ilişkin saik hatası da, genel koşulları vars_"es_slı hata" sayılabilir. Örneğin, bir kimse şarkı söylüyor zannıyla, bir aktorle sozleşme yapmışsa, burada da bir "esaslı hata" vardır.

3- Vasıtanın hatası

orçlar Kanunumuzun 27. maddesine göre, *iki taraftan birinin iradesi ha-_ b:r tarafından veya başka bir vasıta ile yanlış nakledilirse hata hakkındakı hukumler kıyasen uygulanır.* Böylece, örneğin A, B'ye bir telgraf çekerek ra?-yosunu 600 TL.'na satacağını bildirse, fakat pastahanede telgraf yanlış çekılse ve "600 TL.", "60 TL." olarak karşı tarafa ulaşsa, karşı tarafın olumlu cevabı halinde sözleşme A'yı bağlamaz. "Esaslı hata" söz konusu olur.

4- İyiniyet kurallarına aykırı düşen hallerde "hata"nın öne sürülememesi

Medenı Kanunumuzun 2. maddesinde genel olarak ifade edilmiş olan "objektif iyiniyet" kuralı, Borçlar Kanunumuzun 25. maddesinde "hata" yönünden tekrar edilmiştir. BK. m. 25/1'e göre, *"Hataya düşen taraf, iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde ona dayanamaz".* örneğin, karşı taraf "hata"nın mevcudiyetini bilmiyorsa ve hata sebebiyle sözleşmenin feshi halinde öbür tarafın uğrayacağı zarar hataya düşeninkinden çok fazlaysa veya hataya rağmen sözleşmenin ifası hataya düşen tarafı zarara sokmayacaksa, "hata"ya dayanılarak sözleşmenin feshedilmesi kural olarak hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır. Bu açıdan önemli bir durumu kanun özellikle düzenlemiştir. 25. maddenin 2. fıkrasına göre: *"hataya düşen tarafın yapmak istediği sözleşmeyi, diğer taraf yerine getirmeye hazır olduğunu beyan ettiği takdirde bu sözleşme bağlayıcıdır".* Böylece, A beyanında "metresi 40 TL.'ndan" yerine dikkatsizlikle "metresi 4 TL.'dan" demişse, burada bir beyanda hata vardır. Fakat karşı taraf, metresine 40 TL. ödemeyi kabul ederse hata sebebiyle sözleşmenin feshi istenemez.

5- Sözleşmenin feshi halinde tazminat ödeme zorunluluğu

Sözleşme yapılırken esaslı bir hataya düşen taraf (kusurlu olsa ve karşı taraf iyiniyetli bulunsa dahi) sözleşme ile bağlı değildir (BK. m. 23), sözleşmeyi feshedebilir (BK. m. 31). Ancak, Kanun Koyucu, hataya düşen tarafı korurken, sözleşmenin geçerliliğine iyiniyetle güvenen öbür tarafın hak ve yararlarını da gözününde bulundurmuş, tarafların çatışan yararlarını tazminat yoluyla bağdaştırmaya çalışmıştır.

Borçlar Kanunumuzun 26. maddesine göre:

"Sözleşmenin hükmünden kurtulmak için hata ettiğini iddia eden taraf, eğer hata kendi kusurundan ileri gelmiş ise, sözleşmenin bu suretle feshinden doğan zararı tazmine mecburdur. Fakat diğer taraf hatayı biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa tazminat lazım gelmez". "Eğer hakkaniyet icabettiriyorsa, hakim zarar gören tarafın lehine daha fazla tazminata hükmedebilir".

Kanun Koyucu, "hata" sebebiyle sözleşmenin feshinde karşı tarafa tazminat ödenmesini böylece, aşağıdaki esaslara bağlamış bulunmaktadır:

a) Hata eden *kusurlu olmalıdır.* Sözleşmeyi fesheden taraf kendi kusuruyla (ihmal veya dikkatsizliğiyle) hataya düşmüşse (örneğin, "500 TL.'na satıyorum" yerine "50 TL.'na satıyorum" diye yazmışsa veya yetersiz bir aracı kullanmışsa) karşı tarafa tazminat ödemek zorundadır. Hataya düşen tarafın hiç bir kusuru yoksa (örneğin hata, postahanenin telgrafı yanlış çekmesi yüzünden ortaya çıkmışsa) kendisinden tazminat istenemez s.

b) *Karşı taraf hataya düşüldüğünü bilmemelidir.* Sözleşmenin feshi halinde, karşı taraf, ancak iyiniyet sahibi ise (MK. m. 3), yani hatayı bilmemiş veya bilmesi lazım gelmemişse tazminat isteyebilir 6_ MK. 3 çerçevesinde iyiniyet asıldır. Anlaşmazlık halinde davalı davacının iyiniyet sahibi olmadığını ispat zorunda kalacaktır.

c) Hata eden sadece *"mentr zararı" ödemekle yükümlüdür.* Yani kendisinden, kural olarak, *sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zarar* istenebilir. Diğer bir deyişle, öbür tarafın böyle bir sözleşmenin ortaya çıkması sebebiyle uğradığı zarar giderilir, mal varlığı bu suretle sözleşmeden önceki haline getirilir. Menfi zarar, özelikle, sözleşmenin geçerli olduğu, ifa edileceği düşüncesiyle yapılan giderleri, sözleşmeyle sağlanıldığı inancı içinde başka bir sözleşmeyi yapma durumunun kaçırılmasından doğan zararı kapsar[7].

d) *Hakkaniyet gerektiriyorsa, "müsbet zarar" da istenebilir.* Özellikle hata ağır bir kusura dayanıyorsa, hakim, müsbet zararın yani *sözleşmenin ifa edilmemiş olmasından doğan zararın* ödenmesine de hükmedilebilir.

BK. m. 26 uyarınca talep edilecek tazminata haksız fillere ilişkin hükümlerin mi, yoksa sözleşmeyi düzenleyen kuralların mı uygulanacağı doktrinde

5) Bk. JT. 1979. 1. 478.

6) Bk. JT. 1944. 1. 22

7) Federal Mahkemeye göre, BK. m. 26'da öngörülen sorumluluk "sui generis• bir sorumluluktur. Tazminatın azaltılmasına ilişkin BK. m. 44 hükmü burada uygulanmaz. Bk. JT. 1944, 1. 22.

farklı görüşlere yol açmıştır. Oser-Schönenberger (m. 26. No. 13) haksız fiillere i[illegible]işkin 41 ve sonraki maddelerin uygulanması gerektiği fikrindedir. von Tuhr ıse (§ 37/IV) burada sözleşmenin müzakeresi sırasında işlenmiş bir kusur (culpa in contrahendo) bulunduğu, böylece hataya düşen tarafından ödenecek tazminata BK. m. 41 ve devamının (bu arada m. 60'daki bir yıllık zamana_şımı süresinin) uygulanamıyacağı, sözleşme hukukuna ilişkin kuralların tatbikı gerektiği görüşündedir.

iI- H İ L E -ALDATMA-

1- Genel olarak

Bir irade beyanında bulunmanın ve sonuç olarak bir sözleşme yapmanın çeşitli saikleri (etkenleri) vardır. Bir tabloyu satın alan kimse, bu hukuki işlemi, birisine hediye vermek istediği için veya fiyatı ucuz bulup, ilerde bir başkasına daha yüksek fiyatla satmayı düşünerek yapmış olabilir. Daha önce de değindiğimiz üzere, saikteki hatalar (esaslı hata sayılabilecek haller hariç, BK.m. 24/4) kural olarak sözleşmenin geçerliliğini etkilemezler (BK. m. 24/11).

Saikteki hata, hile (aldatma) sebebiyle meydana gelmişse hukuki durum farklıdır. Borçlar Kanununmuzun 28. maddesinin 2. fıkrasına göre, *"Diğer tarafın hilesiyle sözleşme yapmağa mecbur olan taraf, hatası esaslı olmasa bile, o sözleşme ile bağlı olmaz".*

Bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, *sözleşme yapmağa sevketmek için, onda bile bile yanlış bir kanaat uyandırılır veya esasen mevcut yanlış kanaat devam ettirilirse, hukukT anlamda "hile= aldatma"* söz konusu olur. Böylece, *"hile" de tarafların irade ve beyanları arasında bir uygunsuzluk mevcut değildir. Hile, iradenin oluşması sırasındaki bir sakatlıktır. Karşı tarafın etkisiyle meydana gelmiş bir "saikte hata" halidir.* Hilede önemli olan nokta şudur ki, saikte hata, BK. m. 24/4 anlamında "esaslı hata" niteliğinde olmasa dahi, karşı tarafın hilesiyle sözleşme yapan kimse, sözleşme ile bağlı değildir, sözleşmeyi feshedebilir a.

Hile sebebiyle düşülen hata "esaslı hata" niteliğinde de olabilir. Örneğin, tarihi bir kılıçtır diye takdim edilerek, sonradan yapılıp eski bir manzara verilmiş bir kılıç satılırsa, burada hem "hile", hem de alıcı yönünden "sözleşmenin lüzumlu vasıflarında hata, BK. m. 24/4" söz konusudur. Ancak, hile varsa, karşı tarafı sözleşme yapmağa sevkeden saik hatasının "esaslı hata" niteliğinde olup olmadığını araştırmak gereksizdir.

---

8) Bk. HGK. 9.2.2005, K. 2005/47 (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 1252).

2- Hilenin şartları

a) Belli hus.[illegible]sla![illegible]a aldatma: Hileyi yapan _taraf doğru olmayan nıtek-ler ileri sürmek (ornegın, kumaşın meşhur A fabrıkasının malı olduğunu 5, ıemek; kamanın üzerindeki taşların hakiki olduğunu idda etmek) veyab:· hususları gizlemek (örneğin yıpranmış, bozulmuş kısımları boya ile örtmek' yoluyla karşı tarafı aldatmış, hataya düşürmüş olmalıdır. 1

Tıcari doğruluğa, objektif iyiniyet kurallarına göre bilgi verilmesi gereken hallerde susma da hile sayılır.

b) Aldatma kasdı: Hile yapan kimse, karşı tarafı belli bir sözleşme yap. mağa sevketmek niyetiyle, bile bile (kasten) gerçek dışı beyanda bulunmuş olmalıdır 9. Reklam niteliğinde abartılmış sözler hile sayılmaz.

c) İlliyet bağlantısı: Sözleşme hilenin etkisiyle yapılmış olmalıdır. Gerçek dışı beyanlara rağmen karşı tarafın gerçek durumu bildiği veya bilseydi dahı aynı şartlarda sözleşmeyi yapacağı hallerde, hile ile sözleşminin yapılması arasında bir illiyet bağlantısı yoktur. Hile sebebiyle sözleşme feshedilemez 10.

Hilenin sözleşmenin yapılmasını değil, fakat (karşı tarafın 500 TL.'na alacağı malı, hile sebebiyle 1.000 TL.'na almasında olduğu gibi) sözleşmenın şartlarını etkilemiş bulunması halinde de, hile sebebiyle sözleşmenin feshı mümkündür[11]. Bununla beraber, iyiniyet kuralları dikkate alındığında, sözleşmenin feshi ağır bir sonuç sayılabilecekse, yargıç, sözleşmenin geçerliliğine; ancak, zarar gören tarafın ediminin hile yapılmasaydı söz konusu olacak miktara indirilmesine karar verilebilir[12].

3- Üçüncü şahıs tarafından hile

Hileyi sözleşmeye taraf olan kimse yapabileceği gibi, onun bilgi ve telkini ile veya onunla ilgisiz olarak üçünçü bir şahıs da yapabilir. Borçlar Kanunumuzun 28. maddesinin 2. fıkrasına göre, üçüncü şahıs tarafından yapılan hileyi diğer taraf bilmiyor ve bilmesi de lazım gelmiyorsa, üçüncü şahsın hilesi sonucunda sözleşme yapan kimse, hileye rağmen sözleşme ile bağlıdır, sözleşmeyi feshedemez 13.

---

9) Bk. Yarg.HGK. 9._2.2005, K. 2005/47 (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 1252). Yarg. 1.HD. 5.7.2006, K. 2006ll843 (1st. Bar. Derg. 2006/6, sh. 2672).

1O) Bk. JT. 2003, 1. 331, 337; HGK. 12.2.1972, 166/84 (Ank. Bar. Derg. 1972, sh. 835).

11} Bk. JT. 1974, 1. 285; JT. 1956, 1. 475; JT. 1939, 1. 192.

12) Bk. JT. 1974, 1. 285; JT. 1956. 1. 475.

13) Üçüncü şahsın hilesi sonucunda düşülen **hata BK.** m. **24/4** anlamında "esaslı hata" niteliğinde ise, hileye değil, "esaslı hata"ya dayanılarak sözleşme fe[illegible] **hedilebllllr.**

Sözleşmeye konuşmalara mümessil veya yardımcı şahıs olarak katılanlar üçüncü şahıs sayılamazlar [14]. Bunların hilesiyle veya diğer tarafın bilgisiyle üçüncü şahsın hilesiyle yapılan sözleşmeler bağlayıcı değildir, feshedilebilir.

4- Zararın ödettirilmesi

Hile ile sakatlanmış bir sözleşme yapan kimse, hileyi öğreninceye kadar sözleşmenin geçerli olduğu zanniyle bir kısım harcamalar yapmış olabilir. Karşı tarafın hileliyle sözleşme yapan kimse, sözleşmeyi iptal etse dahi, sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararını (menfi zararı) karşı tarafa ödettirebilir. Sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarar (müsbet zarar) istenemez (v. Tuhr, § 39/ V- 2). Hile sebebiyle zarara uğrayan tarafın belli bir dikkat ve özen göstermesi halinde hileyi farkedebilecek olması, hileyi yapanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Fakat, bu durum tazminatın kapsamını tayin ederken dikkate alınabilir [15].

Hile ile sakatlanmış bir sözleşmeye icazet verilmesi, yani sözleşmeyi feshetmekten vazgeçilmesi, zararın ödenmesi talebinden de vazgeçme anlamına gelmez (Bk. m. 31/2).

Sözleşme üçüncü şahsın hilesiyle yapılmışsa, hile sonucunda sözleşme yapan kimse, uğradığı zararı haksız fiillere veya "culpa in contrahendo"ya ilişkin kurallara göre[17] hileyi yapan üçüncü şahsa ödettirilebilir.

111- İ K R A H -KORKUTMA-

1- Genel olarak

İkrah, bir kimsenin yapmak istemediği bir hukuki işleme, aksi takdirde zarara uğrayacağı tehdidi ile razı olmasını sağlayan korkutmadır. Örneğin, bir şahsa razı olmadığı takdirde öldürüleceği veya evinin ateşe verileceği veya bir sırrının açıklanacağı [18] tehdidi ile bir sözleşme yaptırıldığı hallerde "ikrah" vardır.

Borçlar Kanunumuzun 29. maddesine göre, *diğer tarafın veya üçüncü bir şahsın ikrahiyle bir sözleşme yapan kimse, o sözleşme ile bağlı olmaz, sözleşmeyi feshedebilir.*

---

14) Bk. JT. 1983. 1. 204; JT. 1937, 1. 400.
15) Bk. JT. 1922, 1. 365.
16) Bk. JT. 1936, 1. 85
17) Bk. JT. 1983. 1. 204.
18) BK. HGK. 7.11.1973, K. 845 (Olgaç, Emsal İçt. md. 30, sh. 161-162).

Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de ikrah ile bir sözleşme yapmış olabilır. ıer. Korkutmanın doğrudan doğruya tüzel kişiye değil de, organlarını meyda. na getiren şahıslara yönelmiş olması durumunda da, ikrah dikkate alınır ve tüzel kişi sözleşme ile bağlı olmaz [19].

ikrah halinde de, irade ile beyan arasında bir uygunsuzluk yoktur. İradenin meydana gelmesi sırasında bir sakatlık (fesad) söz konusu olmaktadır.

iradenin meydana gelmesini etkileyen her korkutma sözleşme ile bağlı olmama sonucunu doğurmaz. Kanun Koyucu, ikrahın hangi şartlarla dikkate alınacağını BK. m. 30'da ayrıca düzenlemiştir.

2- İkrahın şartları

a) *Sözleşmeyi yapan kimseye veya yakınlarından birene yönelmiş bir tehlike söz konusu olmalıdır:* BK. m. 30'a göre, ikrahın iradeyi sakatlıyan bır sebep (irade fesadı) sayılabilmesi için, *"korkutulan taraf, duruma ve yerine göre kendisinin yahut yakın akrabasından birinin hayat veya şahıs veya namus yahut mallarının ağır ve derhal meydana gelecek bir tehlikeyle karşıkarşıya olduğuna kanaat getirmelidir".* Madde metnindeki "yakın akrabalarından birinin" deyimi, İsviçre Medeni Kanununun metnine uygun olarak "yakın bağlantısı olan bir şahsın" şeklinde anlaşılmalıdır. Bu suretle akraba olmıyan şahıslara yönelmiş tehlikeler de dikkate alınabilecektir.

Maddenin ifadesinden anlaşılacağı üzere, tehlike şahsa (şeref ve haysiyete, hürriyete) olduğu kadar, mala da yönelmiş olabilir.

b) *Tehlike ağır ve derhal meydana gelecek nitelikte olmalıdır:* Bir kimsenin kendisine veya yakınlarına yöneltilen tehlikenin ağırlığına ve ciddiyetine kanaat getirmesi, objektif şartlar olduğu kadar, duruma göre sübjektif şartlar da gözönünde bulundurularak tayin edilmelidir. örneğin, tek başına yaşıyan, zor hareket eden yaşlı bir kadının evine geceleyin giren kimse, elindeki sözleşmey[illegible]!mzalamadığı takdirde evi ateşe vereceğini söyler ve bu suretle sözleşmeyı ımzalatırsa, bu korkutma (ikrah) dikkate alınır, sözleşme bağlayıcı olmaz.

c).*Tehdit h[illegible]ksız ?'"!alıdır:* Korkutularak karşı tarafı bir sözleşmeye razı etmek ısteyen kımsenın ıleri sürdüğü tehlike (öldürme, evini yakma, herkesin o[illegible]a[illegible]n[illegible]a hakaret etme, aile sırlarını açıklamada olduğu gibi) hukuka aykırı bır nıtelik taşımalıdır.

19) Bk. JT. 1951. 1. 522.

BK. m. 30/2'de ifade edıldiği üzere, *bir hakkın isteneceği veya yasal bir yetkinin kullanılacağı tehdidiyle yapılan sözleşme, kural olarak geçerlıdır.* Ikı tarafı da bağlar. Ancak, hakkın veya yasal bir yetkinin kullanılacağı tehdidı altında, zor durumda bulunan karşı tarafla yapılan sözleşme ıle normalın çok üstünde menfaatler sağlanmışsa, bu halde de "ikrah"a ılişkin kurallar uygulanır [20]. Sözleşme tehdit altında razı olan tarafı bağlamaz. örneğin, A, B'ye gıderek 35.000 TL borcunu ödemesini veya karşılığında aynı değerdeki arabasını kendisine satmasını, aksi takdirde icra yoluyla parasını isteyeceğını söylerse, o anda 35.000 TL'yi ödeyecek durumda olmayan B de, arabasını A'ya satmaya mecbur olursa bu sözleşme geçerlidir. B, sözleşmeyi feshedemez. Fakat A, yasal yetkisini kullanacağı tehdidi ile, B'nin zor durumundan faydalanarak, B'ye ait 80.000 TL. değerindeki gayrimenkulü 35.000 TL'ye satın alırsa "ikrah" vardır. B sözleşmeyi feshedebilir.

d) *İlliyet bağlantısı bulunmalıdır:* İkrah iddiasıyle sözleşmenin feshedılememesi için, ikrah ile sözleşmenin yapılması veya o şartlarla yapılması arasında bir illiyet bağlantısı bulunmalıdır. Korkutma olmasaydı dahı sôzleşme o şartlarla yapılacak idiyse, ikraha dayanılarak sözleşme ile bağlı olunmadığı iddia edilemez21.

3- Üçüncü şahıs tarafından ikrah

Korkutma karşı tarafça yapılabileceği gibi, üçüncü bir şahıs tarafından da yapılabilir. Hile halinden farklı olarak, bir kimse üçüncü şahsın ikrahı ile sözleşme yapmış bulunsa ve karşı taraf bunu bilmemiş ve bilmesi de lazım gelmemiş olsa dahi, ikrah ile hukuk, işleme razı olan şahıs sözleşme ıle bağlı değildir. Sözleşmeyi feshedebilir. Diğer bir deyişle, ikrahın dikkate alınması yönünden, sözleşmenin taraflardan birinin veya üçüncü bir şahsın ikrahıyla (korkutmasıyla) yapılmış olması arasında bir fark yoktur (BK. m. 29).Buna karşılık, sözleşme üçüncü bir şahsın ikrahiyle yapılmış ve diğer taraf ?unu bilmemiş ve bilmesi de lazım gelmemişse, sözleşmenin ikrah ??bebıyle feshi halinde, sözleşmeyi fesheden taraf, ikrahtan haberi olmıyan dıger tarafa hakkaniyet gerektirdiği takdirde tazminat ödemeye mecburdur (BK-.? 29/2). Tazminatın gerekip gerekmediğini ve icabında miktarını duruma gore hakim tayin edecektir.

20) Bk. HGK. 13.1.1971 (Ank. Bar. Oerg. 1971, sh.727).

21) Bk.Yarg.3. HO. 12.10.2000, K. 2000/9775 (Yarg. Kar.Derg.200[1],sh. [178])-

4- Zararın ödettirilmesi

İkrah ile sözleşme yapan kimse, sözleşmeyi feshetmiş olsa dahi, bu yüzden uğradığı menfi zararı tehdit eden karşı tarafa ödettirilebilir [22]. İkrah ile yapılmış bir sözleşmeye icazet verilmesi, tazminat talebinden de vazgeçmeanlamına gelmez (BK. m. 31/2).

Korkutma üçüncü şahıs tarafından yapılmışsa, üçüncü şahıs, ikrah ile sözleşme yapan kimsenin bu yüzden uğradığı zararı BK. m. 41 vd. uyarınca ödemek zorundadır.

iV- İRADE FESADININ SONUÇLAR!

1- Genel olarak

Hata, hile veya ikrah ile, yani iradeyi sakatlıyan sebeplerden birinin etkisi ile yapılan *sözleşme,* Türk ve İsviçre Hukukunda, *hataya düşen veya hile veya ikrah sebebiyle hukuki işleme razı olan tarafı baştan itibaren bağlamaz* (BK. m. 23; 29; 31). Karşı taraf ise bu sözleşme ile bağlıdır. Türk Hukukunda irade fesadı halinde, böylece, sözleşme batıl değildir, feshedilebilir (iptal edilebilir) bir sözleşmedir.

Sözleşmenin feshedilmesi, sözleşme ile bağlı olmayan tarafa ait (diğer tarafın onayını gerektirmeyen) tek taraflı yenilik doğuran bir haktır [23]. Fesih beyanı, şartsız ve geri dönülmez bir şekilde yapılmış olmalıdır [24]. Fesih beyanın sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurabilmesi, iradeyi sakatladığı iddia edilen nedenin (örneğin hilenin) gerçekten var olmasına bağlıdır. Diğer tarafın itirazı halinde, hataya düştüğünü, hile veya ikrahın etkisiyle sözleşme yaptığını ileri süren taraf iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür [25].

Sözleşmenin hata, hile veya ikrah nedeniyle feshi, şartlara, diğer tarafın fesihten etkilenme durumuna göre *"hakkın kötüye kullanılması"* (MK. md. 2} sayılabilecek nitelikteyse, fesih beyanı geçersizdir, sözleşme bağlayıcıdır [26].

---

22) Bk. JT. 1922. 1. 365.
23) Bk. JT. 2003, 1. 8, 9; JT. 2003, 1. 331.
24) Bk. JT. 2003, 1. 9.
25) Bk. JT. 2003, 1. 7-8.
26) Bk. JT. 2003, 1. 9.

2- Sözleşmenin feshedilmesi

a) İrade fesadı (hata, hile, ikrah) sebebiyle sözleşme ile bağlı otmıyan taraf, bud_uru□u□u muhafaza etmek, sözleşme ile bağlı kalmamak arzusundaysa, bır yıl ıçında, sözleşmeyi ifa etmemek hususundaki iradesini karşı tarafa bil□irmey□: □a□i sözleşmeyi iptal etmeye (feshetmeye) mecburdur. Söz□eşmenın feshı ıçın ırade beyanı yeterlidir. Mahkeme kararına ihtiyaç yoktur[27]. irade fesadı sebebiyle süresi içinde feshedilen sözleşme yapıdığı tarihten ıtibaren ortadan kalkar [2a].

Hakim hata, hile veya ikrahı kendiliğinden dıkkate alamaz.

İr_ad□fesadı sebebiyle sözleşmenin feshedilmesine ilişkin beyanın geçerlılıgı hıç bır şekle bağlı değildir. Beyan karşı tarafa ulaştığı andan ıtibaren sonuçlarını m□ydana getirir [29]. Fesih beyanı açıkça yapılabileceği gibı, dolaylı da yapılabilir. Orneğin, sözleşme ile bağlı olmıyan taraf verdiği şeyi geri ister veya karşı taraftan almış bulunduklarını iade ederse sözleşme fesh edilmiş olur.

b) Fesih için tanınan bir yıllık süre, hata ve hilenin anlaşıldığı veya korkunun ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlar (BK. m. 31). *Bu bir yılık süre, zaman aşımı süresi olmayıp, "hak düşürücü" süredir. Sürenin geçtiğini hakim kendiliğinden gözönönünde bulundurur* [3o].

Sözleşmenin irade fesadı sebebiyle iptalinin, sözleşmenin yapıldığı tarihe göre azami bir süre ile sınırlanıp sınırlanmadığı da doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır. Problem özellikle "hile" halinde önem kazanmıştır. Karşı tarafın veya karşı tarafın bilgisiyle üçüncü şahsın hilesiyle sözleşme yapan kimse, örneğin sözleşmenin yapıldığı tarihten 15 yıl sonra hileyi öğrendiği takdirde, acaba, BK. m. 31'deki bir yıllık süre içinde sözleşmeyi feshedebilecek midir? Bir fikre göre, Kanun Koyucu bilerek BK. m. 31'de azami bir süre-

---

27) Bk. Yarg. HGK. 9.2.2005, K. 2005/47 (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 1252-1253); JT. 1959, 1. 486.

28) Bk. JT. 2003, 1. 338; Yarg. 1. HD. 13.10.1998, K. 98/10883 (Yarg-.□ar. Derg. 1999, sh. 1361). Federal Mahkemeye göre, sözleşmenin kısmi butlanını duzenleyen BK. m. 20/2 hükmü, hata nedeniyle feshedilebilen sözleşmelere de kıyasen uygulanır. Hata sözleşmesinin sadece bir kısım şartlarına ilişkin bulunu□orsa ve taraftarın, bilmiş olsalardı, gerçek duruma uygun şartlarla da düzen□□meyı yapacakları ka□ bul edilebilirse, hakim, sözleşmenin kısmi feshine hükmedebılır. Bk. JT. 1953,1. 199, JT. 1971, 1. 163.

29) Bk. JT. 1973. 1. 178.) y

30) Bk. Yarg. HGK. 5.4.2006, K. 2006/143 (Yarg. Kar. Oerg. 2006, sh. 11199; arg. HGK. 9.2.2005, K. 2005/47 (İst. Bar. Oerg. 2005, sh. 1252-1253). Yarg. 1. HO. 16.9.200B, K. 2008/9306 (Yarg. Kar. Oerg. 2009/1, sh. 53).

ye yer vermemiştir. Sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, BK. m. 31'deki bir yıllık süre içinde sözleşme feshedilebilir 3_1 Diğer bir fikre göre ise, hile_sözleş□esi_□de□iti□_aren azamı on yıl içinde öğrenildığı takdirde, sözleşmenın feshı mumkundur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.5.1951 gün ve 1-244/100 sayılı kararında bu son görüşü benimsemiştir32_ Ancak *Yargıtay* daha sonra görüş değiştirerek, sözleşmenin *irade fesadı sebebiyle iptalinin on yıllık bir tavanla sınırlı olmadığı soncuna varmıştır* 33

c) İrade fesadıyla sakatlanmış bulunan sözleşmenin feshedilmesi halinde, taraflar edimlerini ifa etmiyeceklerdir. Sözleşmenin feshinden (örneğin, hilenin öğrenilmesinden) önce edimler ifa edilmişse, taraflar verdiklerini, duruma göre doğrudan doğruya aynı hakka dayanan bir istihkak davası ile veya sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir dava ile geri isteyebileceklerdir 34.

3- Sözleşmenin bağlayıcı hale gelmesi

İrade fesadıyla sakatlanmış bulunan bir sözleşme icazet veya fesih için öngörülmüş sürenin geçmesiyle bağlayıcı hale gelir.

a) İcazet ile: İcazet, sözleşme ile bağlanmaya, sözleşmenin feshinden vazgeçmeye ilişkin bir irade beyanıdır. İcazet, karşı tarafa yöneltilmiş bir beyan şeklinde olabileceği gibi; sözleşmeyi iptal edebileceğini, onunla bağlı olmadığını bilen tarafın buna rağmen sözleşmeyi ifa etmesi veya sözleşme gereğince kendisine verilmiş olan şeyi kullanması gibi bir fiil ile ortaya çıkan irade beyanıyla da olabilir 35_

Sözleşmeye icazet verildiği takdirde, sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerli olur. Sözleşme bir şekle bağlı olsa dahi, icazetin geçerliliği bir şekle bağlı değildir.

b) Sürenin geçmesiyle: Sözleşme ile bağlı olmayan taraf, BK. m. 31'de de öngörülen bir yıllık süre içinde sözleşmeyi feshetmezse, icazet vermiş sayılır 36. Bu takdirde de sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelir ve her iki tarafı da bağlar.

---

31) Bk. **Oğuzman Kemal,** Bir akdin hile sebebiyle iptali azami bir müddetle tahdit edilmiş midir? İst. Bar. Derg. 1953, sayı 4, sh. 177 vd.; von Tuhr, § 39/111.

32) HGK. 30.V.1951 - 1- 244/100 (**Olgaç,** Borç. Kan. - 1969 basısı - md. 31).

33) Bk. Yarg. 1. HD. 17.3.1989, K. 89/3063 (Yarg. Kar. Derg. 1990, sh. 18-19). Yarg. 1. HD. 19.1984, K. 84/112 (Yarg. Kar. Derg. 1984, sh. 1350). Aynı görüş; JT. 1988, 1. 508.

34) Bk. JT. 2003, 1. 338; JT. 1981, 1. 138; JT. 1988, 1. 508.

35) Bk. JT. 1940, 1. 589; JT. 1982, 1. 542.

36} Bk. JT. 1933, 1. 578.

Bununı ?b eraber, Federal Mahkemeye göre,"ikrah"a (aynı şekılde hıleye) dayan?ndef.[1]BK. ? 6?/3 uy?rınca zaman aşımına tabi değildır. Böylece sôzleJme !taed!l?emışs?. ıkr??ıle sözleşme yapan taraf, korkunun ortadan kalktıgı.t?rıhtenıtıbare?bır yıl ıçınde sözleşme ile bağlı olmamak hususundakı nıyetınıkarşıta.r?f? bıldirmemiş olsa dahi, sözleşmeyi ifadan defi yoluyla her zama?kaçınabılır [7]. Buna karşılık, korkunun ortadan kalkmasından sonra açıkça ıcazet veren kimse, BK. m. 60/3'ten yararlanamaz, ifadan kaçınamaz [38].

4- irade fesadının ispatı

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 293. maddesine göre, sözleş??nin değeri ne olursa olsun, hata, hile ve ikrah iddiaları şahitle ıspat olunabılır [39].

§ XII - SÖZLEŞMENİN KONUSU

"Sözleşme Serbestisi ve Sınırları"

1- GENEL OLARAK SÖZLEŞME SERBESTİSİ

Borçlar Kanunumuzun 19. maddesine göre: *"Bir sözleşmenin konusu, kanunun gösterdiği sınır içinde serbestçe tayin olunabilir".*

Tarafların, yapacakları sözleşmenin konu ve kapsamını (içeriğini) serbestçe tayin edebilmelerine *"sözleşme serbestisi"*denir [1]. Taraflar, sözleşme-

---

37) Bk. JT. 1959, 1. 472; 475. Aynı görüş: **Oser-Schönenberger,** m. 60, No. 16.

38) Bk. JT. 1959, 1. 472, 475.

39) Bk. HGK. 22.2.1984, K. 84/127 (Yarg. Kar. Derg. 1984, sh. 1006) HGK. 3.IV.1963, **(Olgaç,** IBK. m. 28, sh. 1).

1) **"Sözleşme serbestlsi"** deyimine zaman zaman farklı anlamlarda da rastlanmaktadır. Bu deyim, örneğin**"sözleşme yapma** mecburiyeti"nin karşıtı olarak şahıslarınbelli bir sözleşmeyi yapıp yapmama hususundaki serbestilerini ifade etmek üzere deku:ıanılmaktadır.

Türk ve İsviçre hukukunda, kişiler, kural olarak, bir sözleşmeyi, yapıpyap?amakta serbesttir. Bununla beraber, içinde bulunulan şartların özelliği dikkate alındıgında, **belli bir sözleşmeyi yapmayı reddetmenin ahlaka aykırı bir nitelik ??ş-?dığ.????a hakkın kötüye kullanılması sayılabileceği hallerde sözleşme yapma yukumlulügü**nün **bulunduğunu kabul etmek gerekir.** Konuya ilişkin olarak Bk. Yarg. HGK. 10.12.2003, K. 2003/740: Fiili **tekel durumunda** bulunan **özel kişilerin** (eczacı, doktor, fırıncı veya lokantacıların) **verdikleri hizmete ilişkin olarak, haklı bir sebebedaya?maksızın sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve özellikle ahlaka, ha?kın ?otüye kullanılmaması kuralına aykırı bir nitelik taşıyablllr. Bu taktirde,bu klşılersozleşme yapmakla yükümlüdürler** (Yarg. Kar. Oerg. 2004, sh. 493 vd. özelliklesh.501).

yi yaparken, Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiş bulunan çeşitli sözleşme tipleriyle (örneğin, alım-satım, kira, bağışlama vs.) bağlı değildirler. Kanunda yer almayan bir sözleşme tipi yaratabilirler [2] veya karma nitelikte sözleşm[?] ler yapabilirler.

Borçlar Kanunumuzun 19. maddesiyle, böylece, kural olarak "sözleşme serbestisi" prensibini benimsemiş bulunmaktadır. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, değer yargılarındaki değişiklikler, toplumcu görüşlerin gelişmesi ve belli bir ağırlık kazanması sözleşme serbestisini günümüzde geniş ölçüde sınırlamış bulunmaktadır. Devletin sosyal ve ekonomik alandaki ilişkilere "emredici" nitelikteki kurallarla müdahalesi, özellikle iş hukuku alanında gittikçe fazlalaşmaktadır.

il- SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARI

Sözleşme serbestisinin sınırları Borçlar Kanunumuzun 19 ve 20. maddelerinde gösterilmiştir.

Borçlar Kanunumuz tarafların sözleşmenin konusunu serbestçe tayin edebilmeleri ilkesine aşağıdaki sınırlamaları getirmiştir.

1- Sözleşmenin konusu emredici kurallara aykırı olmamalıdır

a) Genel olarak

Sözleşmenin konusu, "emredici" nitelikteki kurallara aykırı olamaz. Aksi takdirde, sözleşme batıldır. Tarafların uymak zorunda olduğu, anlaşarak ortadan kaldırmaları mümkün olmıyan kurallar "emredici" niteliktedirler. Kanun bazen bir kuralın emredici nitelikte olduğunu, aksine sözleşme yapılamayacağını açakça ifade etmiştir. Örneğin, BK. m. 34'e göre, *"temsil olunan kimse, hukuki bir muameleden doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya ortadan kaldırabilir... Temsil olunan kimsenin bu hakkından ewelce feragat etmesi hükümsüzdür;"(ayrıca* Bk. BK. m. 100/3; m. 127; MK. m. 873/2; m. 949 vs.). Kanun hükmünün açıkça bir emri (veya yasağı) kapsadığı hallerde de "emredici" nitelikte bir kural söz konusudur. Fakat bazan konunda böyle bir açıklık yoktur. Bu takdirde, kuralın konusunu ve amacını gözönünde bulundurarak,

---

2) Sözleşme serbestisi prensibi, genel olarak Borçlar Hukuku alanında uygulanır. Diğer alanlarda (aile hukuku, miras hukuku, ayni haklar) tamamen veya kısmen değiştirilmesi mümkün olmayan sözleşme tipleri vardır. Örneğin, evlenme veya evlat edinme tek tip olarak kanunda düzenlenmiştir. Menkul veya gayrimenkul mallar üzerinde sahip olunabilecek ayni haklar da kanunda gösterilmiştir. Taraflar serbest iradeleriyle kanunda düzenlenmiş bulunanların dışında ayni hak tesis edemezler.

"emredici nitelikte" olup olmadığını tayin etmek gerekir. Bu açıdan, belli bir kur?!au.?_mama, kamu düzenine, şahsiyet -kişilik- haklarına *veya* ahlaka aykırı duşunuyorsa o kural "emredici" niteliktedir (Örneğin, MK. m. 23; BK. m. 332).

Emre_dici nitelikteki kurallar Borçlar Hukuku alanında azdır. Borçlar Hukukundakı kurallar genellikle, taraflar başka türla anlaşmamışlarsa uygulanacak olan, tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarıdır (örneğin BK. m. 73; 7[7] vs.).

b) Kanuna karşı hile

Kanun belli bir hususu, bir hukuki veya ekonomik sonucu emr?ici birk?ralla yasaklamışsa, aynı sonuca kanunun metnine uygun başka bır yold??g?derek ul?ş'!'ak "kanuna karşı hile" niteliğindedir, hukuka aykırıdır. E?redıcıb?r ?uralı etkı?ız kılmak amacını güden ve böylece kanuna karşı hile teşkı?ed_?nbır ışlem: ??grudan doğruya emredici bir kurula aykırı oı?rak yapıtmış bırsozleşme gıbıdır, BK. m. 20 uyarınca batıldır, geçersizdir [3]. Orneğin, MK. m. 765v? BK. m. 223'e göre, taksitle mal satan kimse, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesı?e (?K. m. 764) dayanarak sattığı malın iadesini, ancak almış olduğu taksitle-rı gerıye vermek şartıyle isteyebilir. Kanunun bu emredici hükmünden kaçınmak amac?yla, bir kira sözleşmesi yapılıp, ödenen kira bedeli malın satış bedeline ul???ı??nda mülkiyetin kiracıya geçeceği kabul edildiği takdirde *"kanuna karşı hıle* soz konusu olur ve bu sözleşmeye taksitle satış kuralları uygulanır [4].

Kanuna karşı hile'de taraflar *muvazaadan* farklı olarak yaptıkları (görünürdeki) sözleşmenin kendilerini'de bağlayacağında anlaşmışlardır. Ancak, emredici bir kuralı etkisiz kılma amacına yönelik olduğu için, sözleşme yasalar uyarınca geçersizdir.

2- Sözleşmenin konusu kamu düzenine aykırı olmamalıdır.

Konusu kamu düzenine aykırı olan sözleşmeler batıldır. "Kamu düzeni" kavramı takdiri bir kavramdır. Genel bir ifade ile, kamu düzeni, muhafazasında ve uyulmasında toplumun kesin yararı olan kuralları ifade eder. Böylece kamu düzenine ilişkin kurallar daima emredici niteliktedirler. Bu kurallar kamu hukukunda olduğu gibi, özel hukukta da mevcutturlar. Özel hukukta bu kurallara esas itibariyle aile hukuku ve ayni haklar alanlarında rastlanır.

---

3) Bk. JT. 1947, 1. 118, 120-121; JT. 1933, 1. 244.

4) Yargıtay, kiralananın devredilmesini yasaklayan yasa hükmünden kaçınmak amacıyla, kiralananın başkasına devri yerine ortaklık sözleşmesi yapılmış olmasını "kanuna karşı hile" saymış ve ortak olduğu ileri sürülen kişinin taşınmazdan çıkarılmasını kararlaştırmıştır. Bk. 6. HD. 18.2.1974, 663/678 (Yarg. Kar. Derg. 1975, sayı 2, sh. 63).

3- Sözleşmenin konusu kişilik haklarına aykırı olmamalıdır.

Şahsiyet -kişilik- haklarına aykırı sözleşmeler batıldır. Medeni Kanunumuz Şahsiyeti (bir kimsenin vücut bütünlüğünü, şeref ve haysiyetini, hakkını, fiil ehliyetini, sosyal ve ekonomik özgürlüğünü) doğrudan doğruya kendisine karşı da korumuştur. Medeni Kanunumuz 23. maddesinde,

"Kimse medeni haklardan ve onları kullanmaktan (hak ve fiil ehliyetlerinden) kısmen de olsa vazgeçemez."

"Kimse özgürlük/erinden vazgeçemez veya onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz"

"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz"[5].

demek suretiyle, şahsiyete, şahsın kendi rızasıyla, sözleşme yoluyla yapılacak tecavüzleri de önlemiştir. Böylece:

a) Bir kimsenin vücut bütünlüğünü kendi rızasıyla da olsa tahribe (intihar etmek isteyen bir kimseyi öldürmeye) yönelik sözleşmeler batıldır. Ayni şekilde, 29.5.1979 tarihli "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun"da da (RG.3.6.1979) belirtildiği üzere, vericinin yaşamını sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınmasına (nakline) ilişkin sözleşmeler de geçersizdir.

Buna karşılık, (yazılı olarak, böbreklerden birinin nakline rıza gösterilmesinde olduğu gibi) vericinin yaşamını sona erdirecek veya tehlikeye sokacak nitelikte olmayan organ ve dokuların nakline, insan kökenli biyolojik maddelerin alınmasına ve aşılanmasına ilişkin sözleşmeler yapılabilir. Ancak, (MK. md. 23'te belirtildiği üzere) insan kökenli biyolojik madde (örneğin böbreğinin birini) verme borcu altına giren kimse aleyhine (vazgeçme halinde) ifa talebinde bulunulamıyacağı gibi, maddi ve manevi tazminat davası da açılamaz.

b) Bir kimsenin medeni haklardan yararlanma veya medeni hakları kullanma ehliyetinden tamamen veya kısmen vazgeçmesini (örneğin, kendisini borç altına sokan hiçbir hukuki işlem yapmamasını, hiç evlenmemesini) öngören sözleşmeler de tarafları bağlamaz.

---

5) Bu fıkra, 23. maddeye 14.11.1990 tar. ve 3678 sayılı Kanunla eklenmiş (RG. 23. Kasım. 1990) ve Medeni Kanunumuzun yeni metninde de korunmuştur.

c) MK. m. -3 uyarınca, kimse özgürlüğündenbütünüyle vazgeçemez. konusu maddenin özellikle önem taşıyan hükmü bir kimsenin *özgürlüğünü hukuka veya ahlaka aykırı bir şekildesınırlayamaması"dır.* Çeşıtlı sozleşmelerle (hızmet sözleşmesi vs.) özgürlüğün bir ölçüde sınırlanrı:ası kaçınılmaz bir sonuçtur. Ancak kanun bu sınırlamanın "hukuka ve ahlaka aykırı" sayılacak bir noktaya ulaşmamasınıöngörmektedir. Özgürlüğün aşırı ölçüde sınırlanmış sayılacağı bazı haller kanunda açıkça gösterilmıştır. Örneğin, MK. m. 119'a göre, sözleşme evlenmeden kaçınan nişanlının diğerine tazmınat odeyeceği şartını kapsıyorsa bu şarta dayanılarak "cayma tazmınatı" veya "ceza şartı" dava edilemez.

Bundan başka açıkça düzenlenmiş olan hallerin dışında, özgürlüğün ne zaman ahlaka aykırı" bir şekilde sınırlanmış sayılacağı sorununu uygulamada kesın bır krıtere (ölçüye) bağlamak kolaylıkla mümkün değildir. Her sözleşmede durumu ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. örneğin, Prof. Eugene Huber bir konferansında, birlikte oturan iki kardeşin karşılıklı olarak evlenmemeye ilişkin sözleşmelerini, hayatlarını ve yarınlarını derin bir şekilde etkileyen aşırı bir özgurluk sınırlaması saymıştır. Aynı şekilde, din değiştirmeyi, belli bir şahıs[1]la evlenmeyi veya evlenmemeyi, belli bir partiye üye olmayı veya olmamayı öngören sozleşmeler de şahsiyet haklarına aykırıdır, geçersizdir. Bu sözleşmelerileözgürlük, ahlaki anlayışımıza göre kişinin özgür takdirine bırakılması gereken hususlarda sınırlanmış bulunmaktadır (von Tuhr, § 31N-2). Federal Mahkeme birçok kararında konuya ekonomik özgürlükler açısından da değinmiştir, bir kimsenin, meslekT gelişmesini, ekonomik hayatını ve yarınını yıkıcı nitelikteki aşırı yükümlülükleri içeren sözleşmeleri şahsiyet haklarına aykırıolmaları sebebiyle batıl saymıştır [6]. Yargıtay, aynı sonuca, *"kişisel veya ekonomik özgürlüğü kabul edilemez derecede veya olağanüstü biçimde sınırlayan sözleşmeleri"* BK. md. 20 uyarınca *"ahlaka aykırı"* bularak varmış, bu tipsözleşmeleri veya sözleşmelerdeki bu tür şartları geçersiz saymıştır [7].

---

6) Bk.JT. 1995. 1. 158; JT. 1959, 1. 42; JT. 1958, 1. 264.

Federal Mahkeme, sınırsız veya aşırı uzunlukta bir süre için yapılmış bulunan sözleşmelerin, duruma göre, MK. md. 2'ye (hakkın kötüye kullanılmasına) veya MK. m. 23 - **CCS. art. 27** - **ye** (şahsiyetin korunmasına) dayanılarak feshedilebilmesine karar laştırmıştır. Olayda, Federal Mahkeme, şartları dikkate alarak, 20 yıllık bir sureyı kabul edilebilir bulmuştur. Bk. JT. 1989. 1. 2.

7) Yargıtaya göre, licaret Kanununun 24. maddesi uyarınca, tacir sıfatına sahip borçlu, fahiş (aşırı) olduğu iddiasıyla cezai şartın indirilmesini Istiyemez. Ancak, tıcarı nıtelikteki sözleşmelerde de Borçlar Kanunu madde 20'de yer alan sınırlama.uygulanacağından **borçlunun iktisadi yıkımına sebep olacak bir cezai şartın, ahlak ve adaba aykırı bulunması ve borçlu tacir de olsa kısmen veya tamamen iptal edilmesi gerekir.** Bk. HGK. 20.3.1974, 1053/222 (Yarg. Kar. Derg. 1977 sayı 1, sh. 11-23). Ayrıca Bk.

4- Sözleşmenin konusu ahlaka aykırı olmamalıdır.

Kanun koyucu, sözleşmenin konusunu sadece hukuk kuralları ile değil, fakat ahlak kaideleriyle de sınırlamıştır. Konusu veya amacı ahlaka aykırı olan sözleşmeler batıldır (BK. m. 20).

Sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı olup olmadığını belirlerken, hakim, kendisinin veya tarafların özel ahlak anlayışını değil, toplumdaki doğru düşenen vatandaşların ortak görüşlerini dikkate almak zorundadır. Konusu veya amacı itibariyle ahlaka aykırı sayılan ve bu suretle geçerli olmıyan hukukı işlemlere örnek olarak şu sözleşmeler zikredilebilir: Evlilik dışı ilişkiler için bir edim vaadi; fuhuş için ev kiralanması a; yabancı bir ülkeye kaçak eşya sokma-

---

HGK. 11.2.1976, E. 73/4-1088, K. 76/209 (Yarg. Kar. Derg. 1976, sh. 1269). Yarg. 15. HD. 4.7.2008, K. 2008/4508, (Yargı Dünyası, Aralık 2008, sh. 49-51).

Yargıtay 19. HD.'nin 25.11.1994 tarih ve 94/11467 sayılı kararına göre, Kredı sozleşmelerinde yer alan ve cari hesap şeklinde işletilen **vadesiz kredilerin fai❓ ora❓❓a❓ı❓ın banka tarafından tek taraflı olarak yeniden tesbit ve uygulamaya konabılecegını ongören hük❓n_ııe❓e❓onomik faaliyetleri kısıtlayıcı, ahlaka ve kamu düzenine aykırı ❓ k!lepç_eı_eyıcı nıtelıkte de❓ildir, batıl (geçersiz) sayılamazlar.** Ancak, **M❓** md. 2 h❓ kumlerının mahkemece dogrudan gözönünde bulundurulması, bankanın dogruluk ve d_urüstlük kuralına ve kendisine karşı duyulan güven ilkesine aykırı davranıp dav:anmadıpının, faiz oranını aşırı bir kazanç sağlamak amacıyla haklı görülemeyecek bir oran❓ y❓kseltip yükseltmediğinin incelenmesi gerekir. (Yarg. Kar. oerg. 1995, sh. 86-90). Aynı yende: Yarg. 19. HD. 26.3.1996, K. 96/2976 (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 1113); Yarg. 19. HD. 30.10.1997, K. 97/9024 (Yarg. Kar. derg. 1998, sh. 1513).

Yarg. 1. HD. 6.3.2002, K. 2002/2892: BK. md. 20'de ki **"ahlaka aykırılık"tan** amaç **"sosyaJ*ve* ekonomik ahlaktır". Kişisel veya ekonomik** özgürlüğü **kabul edilemez derecede veya olağanüstü** bir **biçimde sınırlayan sözleşmeler (veya sözle_ş❓ede** yer atan bir kısım şartlar) -BK. md. 20 uyarınca- ahlaka aykırıdır. Sözleşmenın ıçerdiği sımr1amalar, borçlunun kişiliği veya yaşamını sürdürmesi (bekası) için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun açısından katlanılamaz **veya** çökertici bir düzeye gelmemelidir. Bu nedenle, sözleşmede 30.000 dolarlık bir döviz borcu için öngörülen aylık 1.500 dolar (yıllık %60 oranında) faiz geçersizdir. (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 350 vd.).

Yargıtay HGK. 7.2.2007, K. 2007/52: Banka, yaşanan ekonomik krizin sebep olduğu nakit para sıkıntısını giderebilmek için piyasadan yüksek faizle para toplamak zorunda kalmıştır. **Davacı, Bankanın içinde bulunduğu zor durumdan ve mevduatın sınırsız olarak Devlet güvencesi altında bulunmasından yararlanarak, fahiş oranda faiz geliri elde etmek amacıyla, önemli miktarda parayı Bankaya yatırmıştır.** *Öngörülen faiz miktarı, nakit sıkıntısı içinde olmayan diğer bankaların ödediği faiz oranının çok üstündedir.* **Bu durumda, o dönemdeki normal faiz oranlarını aşan miktarın -aradaki farkın- istenmesi, ahlaka, BK.** md. 19'a aykırıdır, MK. md. 2'de öngörülen dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz, *"hakkın açıkça kötüye* ku//anı/ması"niteliğindedir (Yargı Dünyası, Eylül 2007, sh. 90-102).

8) Yargıtay 14.1.1948 gün ve 30/2 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında, hükümetin izniyle genel ev açanlara gayrimenkul kiralanmasını geçerli bir hukukı işlem saymıştır (Bk. İç. Kül. sh. 197).

yı öngören sözleşmeler; bir doktorla bir eczacı arasındaki, tedavi ücretinden
[illegible]ahanenin kazancından pay ayrılması karşılığında hasta gönder[illegible]eye
,[illegible]sozleşmeler vs. Ahlaka aykırı sözleşmelere ilişkin örnekler çok genişletılebıl_ır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ahlak ve hukuk kuralları çok kere ortak bır alan!.kap.s.a[illegible]lar. Diğer bir deyişle, birçok ahlak kurallarına [illegible]anunKoyucu hukuk duzenı ıçınde yer vermiştir. Bu takdirde, ahlaka aykırı sozleşme aynı zamanda hukuka (kamu düzenine, şahsiyet haklarına) aykırı bir nitelik taşır [9].

5- Sözleşmenin konusu "imkansız" olmamalıdır.

Sözleşme yapıldığı sırada sözleşmenin konusu imkansız ise, sözleşme batıldır (BK. m. 20).

a) Sözleşmenin batıl sayılması için, edimin, sözleşmenintamam olması sırasında (sözleşmeden önce) imkansız olması gerekir. İmkansızlık sözleşmeden sonra meydana gelmişse, sözleşme geçerlidir.

Sonradan meydana gelen imkansızlığın hukuki sonuçlarını, kanun, borçlunun kusurlu olup olmamasına göre (Bk. m. 96 vd.; 117) ayrıca düzenlemiştir.

Sözleşme yapıldıktan bir süre sonra ifa edilecekse, ifadan önce imkansızlığın ortadan kalkması halinde, (sözleşme yapıldığı sırada imkansızlık söz konusu da olsa dahi) sözleşmenin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir (von Tuhr, § 31NI).

b) Edimin ifası maddeten veya hukuken imkansız olabilir [10]. Örneğin, yangında yok olmuş bir malın satılması halinde "maddi", kamu hukukuna tabi olan, özel mülkiyete konu teşkil edemiyen bir malın satılması halinde ise "hukuki" imkansızlık vardır. İmkansızlığın sözleşmeden önce mevcut olması şartiyle her iki halde de sözleşme batıldır.

c) İmkansızlık "objektif", yani herkes için söz konusu olmalıdır [11]. Başkasına ait bir malın satılması halinde olduğu gibi, edemin ifası sadece borçlu için imkansızsa (sübjektif imkansızlık), diğer bir kimse edimi ifa edebilecek durumda ise sözleşme geçerlidir. Bu takdirde, borçlu BK. m. 96 vd. gereğince tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

---

9) Yargıtay, BK. md. 20'deki **"ahlaka aykırılık"** deyiminin **"sosyal ve ekonomik ahlak"** olarak yorumlanması gerektiği görüşündedir. Konuya ilişkin olarak Yarg. 1. HD.'nin (yukarda not 6'da yer alan) 6.3.2002 tar. ve 2892 sayılı kararına bakınız.

10) Bk. JT. 1971. 1. 49.

11) Bk. Yarg.15. HD. 5.4.2006, K. 2006/2012 (Yarg. Kar. Oerg. 2006, sh.1944).

d) Borçlu, sözleşmenin yapıldığı sırada edimin ifasının "imkansız"olduOunu biliyorsa, durumu bilmeyerek sözleşmeyi yapan karşı tarafın "menfi zararını" (yani sözleşmeyi geçerli zannetmesinden doğan zararını,) ödemekle yükümlüdür [12].

111- SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARINI AŞMANIN SONUÇLARI

1- Genel olarak

Sözleşme serbestisinin sınırlarını aşmanın sonuçlarını Borçlar Kan numuz 20. maddesinde düzenlemiştir. BK. m. 20'ye göre: *"Bir sözleşmenın konusu imkansızsa veya hukuka veya ahlaka aykırı ise o sözleşme batıldır"* 12a.

Böylece_ anunda başkaca özel bir hükme yer verilmediği takdirde, *hukuka* (emredıcı hukuk kurallarına, kamu düzenine, şahsiyet haklarına) *ve ahlaka aykırı olan sözleşmelerle yapıldığı sırada konusu imkansız olan sözleşmeler batıldır.* Butlanın nitelikleri *"hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü"* incelenirken görülecektir.

Sözleşmenin konusu hukuka ve ahlaka aykırı olduğu veya imkansız bulunduğu halde, kanunun sözleşmeyi batıl saymadığı özel ve istisnai durumlar da mevcuttur. Bu takdirde, kanunun bu sözleşmeler için öngördüğü çözüm hukuki sonucu tayin edecektir. Örneğin, geciktirici evlenme yasaklarına (MK. m. 132) uyulmaksızın yapılan evlenmeler hukuka aykırı birnitelik taşıdıkları halde geçerlidirler (MK. m. 154). Aynı şekilde, ayrıcaincelenmiş bulunan "gabin" durumunda da, genel anlamda ahlaka aykırı bir sözleşme söz konusu olduğu halde, sözleşme batıl değildir, feshedilebilir niteliktedir.

2- Kısmi butlan

Sözleşmenin sadece bir kısmı için butlan sebebi varsa, örneğin,sözleşmenin yalnız bazı şartları emredici kurallara aykırı ise, sözleşmenin tamamının mı, yoksa o kısmının da batıl olacağı sorunu Borçlar Kanunumuzun 20. maddesinin 2. fıkrasında çözüme bağlanmıştır. BK. m. 20'ye göre:

---

12) Bk. Yarg. 11. HD. 20.2.1990, K. 90/1087 (Yar. Kar. Derg. 1990, sh. 1174).

12a) **Borçlar Kanunu Tasarısında** (md. 27'de), *"butlan"* **yerine** *"kesin hükümsüzlük"* **deyimi kullanılmıştır.**

"Sözleşmenin kapsadığı şartlardan bir kısmının butlanı sözleşmeyi iptal etmez, yalnız şart batıldır. Fakat bunlar olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını kabul etmek gerektiği takdirde, sözleşme tamamiyle batıl olur" [13].

c) B□ylece, sözleşmenin sadece bir kısım şartları için butlan sebebinin v□rlığı halında, kural olara□ sözleşme geçerlidir, söz konusu şartların hükümsü□z say_□lmasıyle yetinilir. Orneğin, MK. m. 873 vem. 949'a göre, *"borcun gününde odenmemesi halinde, rehin hakkı sahibinin rehnedilen mala malik olacağına ili□kin her şart batıldır".* Bir rehin sözleşmesi böyle bir şartı kapsıyorsa, prensıp olarak, rehin sözleşmesi bu şarta rağmen geçerlidir, sözleşmenin sadece 873. (veya 949.) maddedeki emredici kurala aykırı olan şartı hükümsüzdür.

b) Bununla beraber, hükümsüz sayılan şarttan faydalanan taraf, söz konusu şartın batıl olduğunu bilseydi sözleşmeyi yapmayacağını ispat edebilirse, sözleşmenin tamamı batıl olur. Sözleşmenin batıl olan şartından faydalanmayan taraf, sözleşmenin tamamının butlanını ileri süremez [14]

c) Sözleşmenin niteliği, batıl olan şartın hükümsüz sayılması halinde sözleşmenin geri kalan kısmını geçerli saymağa imkan vermiyorsa, diğer bir deyişle, sözleşme niteliği itibariyle bölünmeye elverişli değilse, bir kısım şartların butlanı halinde sözleşmenin tamamı zorunlu olarak hükümsüz olur [15].

§ XIII- GABİN (AŞIRI YARARLANMA)

1- GENEL OLARAK

Sözleşme serbestisine getirilen bir sınır da "gabin"dir. Gabin, bir sözleşmede tarafların karşılıklı edimleri arasında açık bir oransızlık bulunmasıdır. Kanun Koyucu, belli şartlarla, sözleşmede karşılıklı edimlerin kapsamının serbestçe belirlenmesini sınırlamıştır. Borçlar Kanunumuzun 21. maddesine göre:

"Bir sözleşmede edimler arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde, eğer gabin zarara uğrayan tarafın zaruret içinde bulunmasından veya hif-

---

13) Ayrıntılı bilgi için Bk. **Veysel Başpınar,** Borç sözleşmesinin kısmi butlanı, Ankara 1998. Yarg. HGK. 2.2.1994, K. 94/26: Sözleşmenin bir kısmına (belli bir parsale) ilişkin imkansızlık sözleşmenin bütününü etkilemez. Kısmi iptal ile \'□tinilmesı gerekir. {Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 1045).

Kısmi butlana ilişkin BK. m. 20/2 hükmü şekil noksanlığından doğan butlan hallerinde de uygulanır. Bk. JT. 1934, 1. 638.

14) Bk. JT. 1956, 1. 484; JT. 1955, !. 497.

15) Bk. JT. 1955, 1. 497.

fetlnden yahut tecrübesizliğinden yararlanmak suretiyle meydana getirilmiş ***ise,*** *zarar gören taraf bir yıl içinde1* ***sözleşmeyi feshettiğini*** *beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.*

Bu süre, ***sözleşmenin*** *tamam* ***olmasından*** *itibaren işler".*

11- ŞARTLAR!

Gabin sebebiyle sözleşmenin feshedilmesi için, biri "objektif", "diğeri "sübjektif" olmak üzere iki unsurun birleşmesine ihtiyaç vardır.

1- Objektif unsur: *Edimler arasında açık bir nisbetsizlik olmalıdır.*

Karşılıklı edimleri kapsayan bir sözleşmede (satış, kira, istisna, hizmet vs. sözleşmelerin[illegible]e) edimler arasında açık, derhal göze çarpan bir nisbetsizlik bulunmalıdır. Örneğin, normal olarak 30.000 TL'na satın alınabilecek bir tablo, 10.000 TL'na satılmış olmalıdır. Yargıtay% 50 oranındaki (daha sonraki bir kararında 1/3 oranındaki) fiat farkını açık nisbetsizlik saymıştır[1a].

2- Sübjektif unsur: *Açık nisbetsizlik karşı tarafın özel durumundan yararlanılarak meydana getirilmiş olmalıdır.*

Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir nisbetsizliğin bulunması, tek başına gabin sebebiyle sözleşmenin feshi için yeterli değildir. Bu açık nisbetsizlik, zarara uğrayan tarafın zaruret içinde(darda) bulunmasından [2] veya tecrübesizliğinden [3] veya hiffetinden (düşüncesizliğinden, işi hafife alma-

---

1) ***Borç. Kan. Tasarısı*** **md. 28'de,** *"aşırı yararlanma"* **nedeniyle açılabilecek davalarda** *"zamanaşımı"***süresi farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Tasarı.md. 28/2'de** *"Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği, zor durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir."***hükmü yer almıştır.**

1a) Bk. HGK. 30.9.1972, K. 765 **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 21. sh. 118; Yarg. 11. HD. 31.5.2001, K. 2001/4871: **Ani bir yangınla fabrikası yanan bir tacirin o koşullar içinde müzayakaya (zor duruma) uygun bir ortam içinde olduğu kabul edilmelidir. Gerçek zarar ile -sigortaca ödenen zarar- arasında 1/3 oranında fark bulunması gabinin (aşırı yararlanmanın) varlığı yönünden dikkate alınmalıdır** (1st. Bar. Derg. 2005/6, sh. 2288 vd.).

2) Yargıtaya göre, eşlerden birinin "zaruret içinde" bulunması, ötekinin **de zaruret** içinde sayılmasını gerektirir. Eşe ait olan borç, koşulları **varsa, koca** için bir "zaruret içinde bulunma" nedeni olabilir. Bk. Yarg. 1. HD. 22.11.1974, 10284/8745. (Olgaç, Emsal İçt. md. 21, sh. 125}.

3) Belli bir meselede karar vermek için gerekli normal bilgiye sahip olmama halinde BK. m. 21 anlamında "tecrübesizlik" söz konusudur. Bk. JT. 1967, 1. 130; JT. 1935, 1. 492.

sından) karşı tarafın bilerek yararlanması (yani durumu istismar etmesi) sonucunda meydana gelmiş olmalıdır [4]. Böylece, örneğin, acele paraya ihtiyacı olan bir kimsenin bu zor durumundan yararlanılarak kıymetli bir tablosu veya mücevheri çok düşük bir fiyata satın alınırsa gabin vardır, sözleşme feshedilebilir. *"Zaruret içinde bulunma"* şartı ekonomik zaruretle sınırlı değildir. Zaruret, kişisel, aileye ilişkin veya politik nedenlerden kaynaklanabilir [5]. Örneğin, sür'atle yapılmasında hayatı zorunluluk olan bir ameliyat için hastanın bulunduğu yerde tek operatör varsa ve bu durumdan yararlanılarak çok yüksek bir ücret istenirse "gabin" söz konusudur s, sözleşme feshedilebilir, ödenen para geri istenebilir.

Uygulamada ortaya çıkan önemli bir sorun *"kazada zarara uğrayan şahsın"* bütün tazminat taleplerinden vazgeçerek veya belli bir ödeme karşılığında zarar vereni *"ibra"* etmesi, diğer bir deyişle borcundan kurtarması halinde, olayın *"gabin"* açısından nasıl değerlendirileceğidir. *Federal Mahkeme,* kazaya uğrayan şahsın tazminat taleplerinden vazgeçmesine ilişkin hukuki işlemin BK.md.21 uyarınca geçersiz kılınabileceğini kabul etmiştir[7]. *Yargıtay,* konuya *iş kazaları* nedeniyle eğilmiş ve farklı bir çözümü benimsemiştir. *Yargıtaya göre,* iş kazası sonrasında hak sahiplerinin maddi zarara ilişkin olarak verdikleri ibranamedeki miktar ile, ibranamenin verildiği tarihteki veriler esas alınarak bulunacak gerçek maddı zarar arasında *açık oransızlık* varsa, verilmiş bulunan ibraname, ancak *"kısmi ifayı içeren makbuz"* niteliğindedir, *borçlu borcundan kurtulmaz,* mahkeme gerçek zararı belirler, ibranamedeki miktar belirlenen tazminat tutarından indirilir, kalan miktar ödettirilir. İbranamede yer alan *manevi tazminat* miktarı için ise, manevi tazminat bölünemiyeceğinden, yeni bir dava ile artırılması istenemiyeceğinden, ibranamedeki manevi tazminat miktarının yeniden belirlenmesi talep edilemez[7a]. *Motorlu araçların işletilmesinden doğan zararlara* ilişkin olarak, Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. maddesinde sorun yasal bir çözüme bağlanmıştır. Sözü geçen 111. maddeye göre, *"Tazminat miktarına ilişkin olupta, yetersiz veya aşırı olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar, yapıldıkları tarihten başlayarak*

---

4) Bk. HGK. 24.1.1973, 1971/1-376-24 (Olgaç, Emsal İçt. md. 21, sh. 119). Yarg. 1. HD. 19.9.2006, K. 2006/8887 (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 1653). Yarg. 1. HD. 23.3.2004, K. 2004/3272 (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 996); JT. 1929, 1. 48.

5) Bk. JT. 1998, 1. 587; HGK. 12.2.1969 - 966/1-420 (Resmi Kar. Derg. 1969, 11/1, sh. 298).

6) Bk. JT. 1935, 1. 492.

7) Bk.JT.1959, 1.109.

7a) Bk. Yarg. HGK. 6.2.2008, K.2008/107 (Yarg. Kar. Derg. 2008/6, sh. 1044 vd.) Yarg. 21. HD. 19.3.2007, K.2007/4784 (Legal, nisan 2008, sh. 1392) Yarg. 21. HD. 13.4.2004, K.2004/3956 (1st. Bar. Derg. 2004/4, sh. 1866).

iki yıl içinde iptal olunabilir". Kanaatımızca, iş kazasından doğan zara[illegible]da da *"açık oransızlık"*durumunda, ibranameyi *"kısmi ifayı içeren makbuz* nıteliğinde saymak yerine, sorunun *"gabirt'* hükümlerinin uygulanması veya kıyas yoluyla Trafik Kanunu'nun 111. maddesinde yer alan düzenlemenin göz önünde bulundurulması suretiyle çözümlenmesi doğru olacak, uygulamada belli bir paralellik sağlayacaktır.

111- SONUÇLARI

1- Gabin halinde, zarara uğrayan taraf sözleşmenin tamam olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi feshedebilir (BK. m. 21).Diğer tarafın fes[illegible]h [illegible]a_kkı y[illegible]ktur. 21. maddede öngörülen bir yıllık süre *"hak düşürücü süre"* nıtelığındedır [8]. Hakim sürenin geçtiğini kendiliğinden gözönünde bulundurmak zorundadır [9].

Gabinde hukuki durum irade fesadında olduğu gibidir. Sözleşme mutlak butlanla batıl değildir, zarara uğrayanı bağlamayan, fakat karşı tarafı bağlayan, feshedebilir bir sözleşme söz konusudur. Feshedilen sözleşme yapıldığı andan itibaren geçersiz olur. Her iki tarafı da bağlamaz [10].

Süresi içinde feshedilmeyen sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelir. Dava halinde gabin iddiası ileri sürülmezse, aşırı faydalanmayı hakim kendiliğinden dikkate alamaz.

2- Gabin sebebiyle zarara uğrayan taraf, sözleşmeyi feshedip edimini ifadan kaçınabilir. Fesihten önce edimini yerine getirmiş ise, verdiğini, duruma göre, doğudan doğruya mülkiyet hakkına dayanan bir istihkak davası ile veya sebepsiz iktisaba dayanan bir dava ile geri alabilir. Örneğin, menkul ve-

---

8) Bk. Yarg. 1. HD. 12.9.1989, K. 89/9565 (Yarg. Kar. Derg. 1990, sh. 641). Yarg. 1. HD. 30.9.1986, K. 86/9781 (Yarg. Kar.Derg. 1987, sh. 844).

Yarg. 13. HD. 5.12.1989, K. 89/7060: Gabinin varlığı durumunda, sözleşm[illegible]ının bozulmasına ilişkin irade bildirimi karşı tarafa ulaşması gereken, yenilik doğurucu, tek taraflı bir işlemdir. Hukuken geçerliliği yönünden hiçbir şekle bağlı değilse de kanıtlanması bakımından, HUMK.'nun 288/1. maddesine tabidir ve yazılı belge ile kanıtlanması gerekir. (Yarg. Kar. Derg. 1990, sh. 883).

9) **Diğer tarafın zaruret içinde bulunmasından yararlanarak "aşırı bir faycıalanma"nın sağlanması BK. m. 20 anlamında "ahlaka aykırı" bir nitelik taşımaz. Bu halde sadece "gabin" söz konusudur. BK.** m. 21'de **öngörülen bir yıllık süre içinde sözleşme feshedilemezse, BK.** m. 20'ye **veya hakkın kötüye kullanılmasına dayanılarak sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez.** Bk. JT. 1990, 1, 67. JT. 1920, 1. 1924.

10) Bk. Yarg. 13. HD. 11.2.1986, K. 86/6260 (Yarg. Kar.Derg. 1988, sh. 1252).

ya gayrimenkul bir mal devredilmişse ve mal henüz karşı tarafın elinde ise istihkak davası açılacaktır. Buna karşılık, bir alacak temlik edilmiş ise veya mal karşı tarafın elinden çıkmış ve üçüncü bir şahıs tarafından iktisap edilmişse, ancak sebepsiz zenginleşmeğe dayanan bir dava söz konusu olacaktır.

Gabin sebebiyle sözleşmenin feshi halinde, karşı taraf da sözleşmeyi ifadan kaçınabilecek ve daha önce ifa etmişse verdiğini geri isteyebilecektir.

3- Federal mahkemeyle birlikte kabul etmek gerekirki, *gabin halinde, zarara uğrayan taraf, sözleşmenin feshedilmesi yerine, edimler arasındaki aşırı dengesizliğin giderilmesini, aşırı nitelikteki yükümlülüğünün azaltılmasını, örneğin ödeyeceği para miktarının indirilmesini isteyebilir* [11].

4- Gabin halinde de, hile ve ikrahta olduğu gibi, zarara uğrayan taraf karşı taraftan tazminat isteyebilir (von Tuhr, § 40/11; Oser-Schönenberger, m. 21. No. 18; Feyzioğlu, C. 1 sh. 264, Eren, C. il, sh. 80). Bu tazminat isteme özellikle karşı tarafın tecrübesizliğinden yararlanılarak yapılan sözleşmelerde söz konusu olacaktır.

§ XIV- HUKUKİ İŞLEMLERİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

(Sakat hukuki işlemler)

Bir hukuki işlemin (sözleşmenin), tarafların arzu ettikleri hukukı sonuçları doğurabilmesi, diğer bir deyişle geçerli (muteber) olması için, kanunun *"ehliyet", "şekil", "irade ile beyan arasındaki ilişki"* ve *"konu"* yönünden öngördüğü koşulları bundan önceki paragraflarda incelemiş bulunuyoruz. Hukukı işlem, kanunun "geçerlilik" için aradığı şartlara uygun değilse, böylece hukukı işlemde bir sakatlık varsa, bu sakatlık hukuki işlemin geçerliliğini etkileyecektir.

Türk ve İsviçre Hukukunda, malvarlığına ilişkin sağlar arası hukukı işlemlerdeki sakatlıklar iki grupta toplanabilir: 1- Butlan, 2- Fesih kabiliyeti [1]. Bu açıdan söz konusu hukukı işlemler ikiye ayrılacaktır: *1) Batıl hukuki işlemler, 2) Feshedilebilen (iptal edilebilen) hukuki işlemler.*

---

11) Bk. JT. 1998 1. 587. **Buz Vedat;** Gabin halinde edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulması. (Banka ve Tıc. Huk. Oerg. Aralık 1998, say 4, sh. 53 - 82). **Kılıçoğlu Ahmet,** sh. 153-154.

Borç Kan. Tasarısında bu çözüm benimsenmiştir. Tasarının 28/1 maddesine göre, *"Zarar gören, sözleşmeyle bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini veya sözleşmeyle bağlı kalarak edimle arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir".*

1) Doktrinde bazı yazarlar, "butlan"ı **(mutlak butlan), "fesih kabillyeti"ni (nisbi butlan)** deyimleriyle ifade etmişlerdir. Örneğin Bk. **Saymen-Elblr** C. 1, sh. 148-149.

Malvarltğına ilişkin sağlar arası hukuki işlemlerdeki sakatlıkla_r'._k_rarı olarak) mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın hukuki işlemin geçcrlılıgını ve böylece sonuçlarını etkilerler 2_

1- BATIL HUKUKİ İŞLEMLER

1- Genel olarak

Batıl hukuk,işlemler, belli bir sakatlık sebebiyle, baştan itibaren kendilerine bağlan_n hukuk, sonuçları doğurmayan ve geçerli hale getirilemeyen işlemlerdir. Orneği':, gayrimenkul alım-satım sözleşmesinin resmi şeklide yapılması gerekir. Adi yazılı şekilde yapılmış olan bir gayrimenkul alım-satım sözleşmesi, şekle ilişkin sakatlık sebebiyle batıldır. Daha baştan itibaren ölü doğmuştur. Hiç bir hukuki sonuç meydana getirmez.

2- Butlan -kesin hükümsüzlük- sebepleri

Daha önce de yeri geldikçe değinildiği üzere, genel olarak aşağıdaki hallerde hukuki işlem (sözleşme) -kesin hükümsüzdür- batıldır:

a) Hukuki işlemi yapan kişi temyiz kudretinden (ayırt etme gücünden) yoksunsa (tam ehliyetsizse) **(MK.** m. 15);

b) Geçerlilik şartı olarak "şekil" aranan hallerde, hukuki işlem şekle uyulmaksızın yapılmışsa;

c) Hukuki işlem muvazaalı ise (BK. m. 18);

d) Hukuki işlemin konusu, hukuka (emredici kurallara, kamu düzenine, şahsiyet haklarına) aykırı ise (BK. m. 19; 20) 3;

e) Hukuki işlemin konusu ahlaka aykırı ise (BK. m. 19; 20);

f) Hukuki işlemin konusu baştan itibaren, objektif olarak imkansızsa (BK. m. 20)[4].

---

2) **Ölüme bağlı tasarruflarla, aile hukukuna ilişkin hukuki IşlemlerdekJ sakatlıkların sonuçları kanunda özel olarak ayrıca düzenlenmiştir. (Bk. MK. md. 146 vd. ve 557 vd.). Kanun, bu hukuki işlemlerde sakatlığın dava yolu ile ileri sürülmesi zorunluluğunu getirmiştir.**

3) BK. JT. 2003, 1. 627; JT. 1968, 1. 53; JT. 1971, 1. 355.

4) Bk. JT. 1968, 1. 53.

3- Butlanın sonuçları

Batıl -kesin hükümsüz- olan bir hukuki işlem aşağıdaki özellikleri taşır:

a) Batıl olan bir hukuki işlem, baştan itibaren, kendiliğinden {ipso iure) hukuki sonuçlarını doğurmaz.

b) Butlanı yalnız taraflar değil, yararı olan üçüncü şahıslar da ileri sürebebilir [5].

c) Hukuki işlemin batıl olduğunu, ileri sürülmemiş olsa dahi, hakim kendilğinden dikkate alır [6].

d) Batıl olan bir hukuki işlem, belli bir zamanın geçmesiyle veya butlan sebebinin ortadan kalkmasıyle (örneğin, temyiz kudretinden yoksun şahsın temyiz kudretine sahip olmasiyle) veya edimlerin ifasıyla geçerli hale gelmez. Diğer bir deyişle, butlan halinde kesin bir geçersizlik söz konusudur.

Taraflar batıl olan bir hukukı işlemin sonuçlarını elde etmek istiyorlarsa, işlemi yeniden kan[illegible]mi şartlara uygun olarak yapmak zorundadırlar. Yeni hukuki işlem, batıl o!arı hukuki işlemden bağımsız olarak meydana gelir ve kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurur.

e) Batıl olan bir hukuki işlemde edimler ifa edilmişse, taraflar verdiklerini duruma göre doğrudan doğruya ayni hakka dayanan bir istihkak davası ile (gayrmenkullerde kaydın düzeltilmesi davasıyla) veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin bir dava ile geri isteyebilirler.

f) Batıl olan hukuki işlemlerde kusurlu olan taraf (örneğin, imkansızlığı veya şekil noksanlığını bildiği halde sözleşme yapan taraf) kusursuz olan tarafın menfi zararını (yani hukukı işlemi geçerli zannetmesinden doğan zararını) ödemekle yükümlüdür.

4- Batıl hukuki işlemlerin dönüştürülmesi

Kanuni şartlara (özellikle şekil şartlarına) uymadığı için batıl olan bir hukuki işlem, benzer sonuçları doğuran diğer bir işlemin geçerlilik şartlarına sahipse ve yaptıkları işlemin batıl olduğunu bilselerdi, tarafların onun yerine diğer işlemi yapmak isteyecekleri farzedilebilirse, gerek doktrine ve gerekse Federal Mahkemeye göre, *geçerli olan işlem batıl olan işlemin yerine alır* [7].

---

5) Bk. JT. 1946, 1. 54 7.

6) Bk. JT. 2003, 1. 627; JT. 1946; 1. 547; JT. 1936, 1. 426.

7) Bk. JT. 1939.1.390-391. JT. 1951-1.514. von Tuhr. § 29/11; Schwarz, sh. 371-372; Becker, m. 11, No. 11; Oser-Schönenberger, m. 11, No. 35; Esener, sh. 215 ve 218 vd.

Örneğin, gayrimenkul alım-satım sözleşmesinin (Tapu Kanunu m. 26 uyarınca) tapu memurları tarafından düzenlenmesi gerekir. Noterliklerdeyapılmış gayrimenkul alım-satım sözleşmeleri şekil noksanı sebebiylebatıldır. Fakat, noterlikte yapılmış bu sözleşmeler, benzer sonuçları doğuran *"gayrimenkul satış vaadi"* sözleşmelerinin geçerlilik şartlarına sahiptirler. Böylebir durumda "dönüştürme" prensibi uyarınca, batıl olan satış sözleşmesininyerine *"gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi"* alır a. Ancak, tekrar işaret edelim ki, "dönüştürme" prensibinin uygulanabilmesi için işlemin batıl olduğunubilselerdi, tarafların, duruma göre diğer işlemi yapmak isteyeceklerinin farzedilebilmesi - ispat edilmesi değil9 - lazımdır.

iI- FESHEDİLEBİLEN HUKUKİ İŞLEMLER

a) *Feshedilebilen hukuki işlemler, kendiliğinden "ipso iure" hükümsüzolmayıp, belli bir sakatlık sebebiyle, fesih hakkına sahip kimse tarafından iptal edilebilen işlemlerdir.* Fesih hakkı yenilik doğuran bir haktır.

Feshedilebilen bir işlem, feshedilebilme süresi içinde askıdadır. Fesih hakkına sahip olan kimse işlemi iptal ettiği takdirde, işlem baştan itibaren ve kesin olarak geçersiz olur. Buna karşılık, hak sahibi işlemi süresi içinde feshetmez veya fesih hakkından vazgeçerse (icazet verirse), işlem baştan itibaren ve kesin olarak geçerli hale gelir.

b) *Feshedilebilen hukuki işlemler de iki grupta toplanabilir:*

1- *Baştan itibaren bağlamayan, süresi içinde feshedilmediği takdirde geçerli hale gelen hukuki işlemler:* Daha önce de değindiğimiz üzere, hata, hile, ikrah (aynı şekilde gabin) hallerinde, hataya düşen veya hile veya ikrah sebebiyle sözleşmeyi yapan kimse, yapıldığı andan itibaren sözleşmeyle bağlı değildir. Ancak, sözleşme süresi içinde feshedilmez veya icazet verilirse, işlem baştan itibaren ve kesin olarak geçerli olur. Hata, hile, ikrah ve gabin hallerinde sözleşmenin feshi için tanınan süre BK. m. 31 ve 21'de düzenlenmiştir. Bu sürelere ilişkin açıklamalara ilgili paragraflarda yer verilmiştir.

2- *Geçerli olarak meydana gelen, fakat feshedildiği takdirde baştan itibaren hükümsüz olan hukuki işlemler:* Bu işlemler, örneğin, BK. m. 235/3 uyarınca "bağışlamanın sulh mahkemesince iptalinde", BK. m. 515'e göre° ölün-

---

Ötaay, sh. 163. Ayrıntılı bilgi için Bk. **Kanetl Selim,** Hukuki işlemlerin çevrilmesi (tahvili), 1st. 1972.

8) Bu konu ile ilgili bir karar için Bk. HGK. 10.2.1960 **(Ad.** Derg. 1960).

9) Bk. JT. 1951.1.515.

ceye kadar bakma sözleşmesinin mahkeme kararıyla feshinde" olduğu gib, geçerli olarak vücut bulurlar, fakat feshedebilirler ve feshedildikleri takdirde, yapıldıkları andan itibaren geçersiz olurlar (von Tuhr, § 29/111-2).

c) Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamaları, batıl bir hukuT işlemin hükümleriyle, feshedilebilen bir hukukT işlemin hükümlerini karşılaştırma açısından özetlemek gerekirse: Feshedilebilen bir hukuki işlem, batıl bir hukukT işlemden farklı olarak kendiliğinden hükümsüz değildir, feshin kanunun korumayı öngördüğü şahıs tarafından ileri sürülmesi gerekir, hakim bir fesih sebebinin (hile, ikrah vs.) bulunduğunu kendiliğinden dikkate alamaz. Yine batıl bir hukukT işlemden farklı olarak, feshedilebilen bir hukuki işlem, zaman geçmesiyle veya ifa ile, icazet ile geçerli hale gelebilir.

§ XV -TEMSİL

1- GENEL OLARAK

Temsil, bir kimsenin mümessil sıfatıyle diğer bir kişi adına hukuki işlem yapmasıdır. Ekonomik hayatın büyük bir gelişme göstermesi, uzmanlığın önem kazanması, uluslararası ilişkilerin artması, şahısların bütün hukuki işlemleri bizzat yapmalarını imkansız kılmış ve böylece "temsil" günümüzde önemi gittikçe artan bir hukuki müessese haline gelmiştir [1].

Temsil müessesesi, medenT hakları kullanma ehliyetinden yoksunluk sebebiyle hukuki işlemi bizzat yapmak imkanına sahip olmayan kimseler yönünden de özel bir değer taşımaktadır. İlgili paragrafta açıklandığı üzere, medeni hakları kullanma ehliyetinden yoksun şahıslar adına hukuki işlemi onların kanuni mümessilleri (veli veya vasiler) yapacaktır.

Sözleşmenin yapılması açısından temsil müessesesini düzenleyen Borçlar Kanunumuzun 32. ve ondan sonraki maddeleri, MK. m. 5 uyarınca Medeni Hukukumuzun diğer alanlarındaki hukuki işlemlerde de uygulanacaktır. Ancak, aile ve miras hukukunda temsile her zaman müsaade edilmemiştir. Örneğin, evlenmede, evlat edinmede, vasiyet ve miras mukavelesinde temsil müessesesinden yararlanılamaz.

Haksız fiillerde de temsilden söz edilemez. Haksız fiili yapan, fiilin hukukT sonuçlarından sorumludur. Şahsı haksız fiil yapmağa yönelten kimse de, BK m. 50 uyarınca, fiili yapanla birlikte müteselsilen (zincirleme) sorumlu olacaktır.

---

1) Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. **Şener Akyol,** Türk Medeni Hukukunda Temsil, İst. 2009; **Turhan Esener,** Selahlyete Müstenit Temsil, Ank. 1961.

11· DOLAYLI TEMSİL· DOĞRUDAN DOĞRUYA TEMSİL

Kendilerine bağlanan hukuki sonuçlara göre yapılacak bir sınıflandırma. da temsil, a- *Dolaylı temsil,* b- *Doğrudan doğruya temsil* olmak üzere ikiyeay. rılır.

1- Dolaylı temsil

Mümessil hukuki işlemi kendi adına, fakat temsil edilen hesabına yaptığı takdirde dolaylı temsil (veya vasıtalı temsili) söz konusudur (örneğin, Bk. Komisyon, BK. m. 416. Ayrıca Bk. m. 32/2). Dolaylı temsilde hukuki işlemden doğan alacak ve borçlar önce mümessile ait olur, sonradan bu hak ve borçlar alacağın temliki (geçirimi} ve borcun nakli kurallarına göre temsil edilene devredilir. Mümessil ile temsil edilen arasındaki hukuki bağlantı uyarınca, mümessil bu hak ve borçları devretmeye, temsil edilen de devralmağa mecburdur.

2- Doğrudan doğruya temsil

a) Genel olarak

Mümessilin yaptığı hukuki işlemden doğan hak ve borçların (ikinci bir işleme ihtiyaç olmaksızın) *doğrudan doğruya temsil edilene ait olması halinde, doğrudan doğruya temsilden* (veya vasıtasız temsilden) sözedilir. Doğrudan doğruya temsilde, mümessil, temsil edilen adına yaptığı işlemden doğan hakları iktisap etmez, borçlardan da sorumlu değildir 1a.

Borçlar Kanununumuzun 32. ve sonraki maddelerinde "doğrudan doğruya temsil" düzenlenmiştir.

b) Doğrudan doğruya temsilin şartları

Mümessil tarafından yapılan hukuki işlemden doğan hak ve borçların doğrudan doğruya temsil edilene ait olabilmesi için, iki unsurun birleşmesine ihtiyaç vardır (Bk. BK. m. 32):

aa) **Temsil Yetkisi:** *Mümessil, temsil edilen adına (nam ve hesabına) hukuki işlem yapmağa yetkili olmalıdır.* Bu yetki, bir hukuki işlemden (rızai yetki) veya (veli veya vasilerin temsil yetkisinde olduğu gibi) kanundan doğabilir. Bu sonuncu halde (kanuni yetki) ve (kanuni mümessil) sözkonusudur.

1a) Bk. JT. 2001, 1. 144; HGK. 17.5.1972, K. 326 (Olgaç, Emsal İçt. md. 32, sh. 174).

Başkası adına işlem (örneğin, bir alım-satım sözleşmesi) yapan kimsenin temsil yetkisi yoksa, temsil edilen, adına yapılan hukuki işlemle bağlı değildir. Bu takdirde, daha sonra inceliyeceğimiz "yetkisiz temsil"e ilişkin kurallar uygulanır (Bk. BK. m. 38 vd.).

Temsil yetkisine ilişkin sorunlar aşağıda (No. lll'de) ayrıca incelenmiştir.

bb) **İşlemin temsil edilen adına yapılması:** Mümessil, hukukT işlemi (örneğin, alım-satım sözleşmesini) temsil edilen adına yapmak niyetiyle hareket etmeli ve işlemi temsil edilen adına yaptığını karşı tarafa bildirmelidir[2]. *Mümessil sözleşmeyi bir başkası adına yaptığını belirtmişse, temsil edilenın kimliğini açıklamamış olsa dahi, sözleşmeden doğan hak ve borçlar doğrudan doğruya temsil edilene ait olur.*

Temsil yetkisine sahip olan mümessil, temsil edilen adına işlem yapmak niyetiyle hareket etmekle beraber işlemi yaparken *"başkasını temsilen hareket ettiğini"* karşı tarafa bildirmemişse, BK. m. 32/2 uyarınca *sözleşmeden doğan alacak ve borçlar (temsil edilene değil) mümessile ait olur.* Bu takdirde, mümessil borçlardan sorumludur[3]. Mümessil sonradan alacağın temlikine ve borcun nakline ilişkin hükümlere göre hak ve borçları temsil edilene devreder *(Dolayısiyle temsil).*

Borçlar Kanunumuzun 32. maddesinin 2. fıkrasına göre, istisnaT olarak aşağadaki iki halde, mümessil sözleşmeyi yaparken "başkasını temsilen hareket ettiğini" bildirmemiş olsa dahi, sözleşmeden doğan hak ve borçlar doğrudan doğruya temsil edilene aittir:

a) Diğer tarafın, söylenmemiş olmasına rağmen, bir temsil ilişkisinin bulunduğunu durumdan anlaması gerekiyorsa;

b) Veya diğer bir taraf için, (peşin para ile yapılan alım-satımlarda olduğu gibi) *mümessille veya temsil edilen ile işlem yapmak farksız ise.*

c) Doğrudan doğruya temsilin sonuçları

Yetkili bir mümessilin diğer bir şahıs adına yaptığı hukukT muameleden doğan hak ve borçlar, yukarıda görüdüğü üzere temsil edilene aittir. Fakat, muameleyi yapan mümessildir. *Mümessil başkası adına yaptığı hukuki mua-*

---

2) Mümessil, sahip olduğu temsil yetkisiyle ilgili olmaksızın kendi adına ve hesabına bir hukuki işlem yapmışsa, bu işleme tabiatiyle temsile ilişkin hükümler uygulanmıyacak işlemden doğan hak ve borçlar mümessile ait olacaktır. Bk. JT. 1962, 1. 612.

3) Bk. HGK. 20.12.1974 K. 1415 (Olgaç, Emsal İ_çt. md. 32, sh. 174).

melede kendi iradesini beyan etmektedir. Böylece, mümessil tarafından başkası adına yapılan hukuki muamelenin geçerliliği yönünden kural olarak, mümessilin şahsı dikkate alınır:

aa) Mümessilin başkası adına hukuki işlem yapabilmesi için "mümeyyiz• olmc>sı şarttır. Fakat işlem ile kendisi borç altına girmediğinden tam ehliyetli olmasına lüzüm yoktur.

bb) Mümessil sözleşmeyi yaparken esaslı bir hataya düşmüşse veya hile vw,·a ikrahın etkisiyle sözleşmeyi yapmışsa, temsil edilen kimse, genel kurallar ııyarınca (Bk. m. 23-31) sözleşme ile bağlı değildir. Temsil edilen sözleşmeyi feshedebilir.

cc) Bir hakkın iktisabı (kazanılması) için iyiniyet (MK. m. 3) aranan halterde (Bk. MK. m. 988; 1023), kural olarak mümessilin iyiniyet:i olması gerekir. Bununla beraber, temsil edilen (örneğin, belli bir malın satın alınması hususunda talimat vermek suretiyle) hukuki işleme dolaylı olarak katılmışsa, temsil edilenin de iyiniyetli olması şarttır.

dd) Hukuki işlem bir şekle bağlanmışsa, mümessil bu sıfatını belirterek kendi imzasını atmalıdır.

111- TEMSİL YETKİSİ

1- Genel olarak

Bir başkası adına hukuki işlem yapma yetkisi (temsil yetkisi), daha önce de belirttiğimiz üzere, kanundan veya hukuki bir işlemden doğar.

HukukT işlemden doğan temsil yetkisi, ulaşması gerekli tek taraflı bir hukukT işlem ile verilir. Temsil yetkisini veren irade beyanı mümessile yöneltilir ve mümessile ulaştığı andan itibaren hüküm ifade eder, mümessilin kabul beyanına ihtiyaç olmaksızın mümessili yetkili kılar 4.

Mümessil, temsil edilen tarafından izin verilmesi veya işin niteliğine, duruma göre mecbur olması hallerinin dışında, kural olarak, sahip olduğu temsil yetkisini tamamen veya kısmen başkasına kullandıramaz, başkasını yetkili kılamaz (Bk. BK. m. 390).

---

4) **Temsil yetkisinin geçerliliği, temsil edilenin, verdiği temsil yetkisini üçüncü** şahıslara duyurmasına bağlı değildir. Bk. JT. 1974, 1. 162.

2- Temsil yetkisi ve vekalet

Birçok hallerde vekaletle temsil yetkisi birleşir. Fakat, bir sözleşme olan vekaletle, tek taraflı bir hukuki işlem ile verilen temsil yetkisini birbirine karıştırmamak, temsil yetkisinin vekaletten bağımsız niteliğini gözönünde bulundarmak gerekir.

Borçlar Kanunumuzun 386. maddesine göre, *"vekalet bir sözleşmedir. Vekil, sözleşme çerçevesinde, yüklendiği işi idare veya vaadedilen hizmeti ifa etmek borcu altına girer".* Vekil kural olarak temsil yetkisine sahiptir. Vekalet ile vekilin yüklendiği işin yapılması için gerekli hukuki işlemleri yapma yetkisini de kapsar (BK. m. 388). Fakat, vekaletle temsil yetkisi arasında zorunlu bir bağlantı yoktur. Vekalet olmadan temsil yetkisi olabileceği gibi, temsil yetkisi olmaksızın vekalet de söz konusu olabilir. Vekalet bir sözleşmedir. Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla sözleşme tamam olduğunda, vekil, diğer tarafta karşı yüklendiği işi yapma borcu altına girer ve borcunu yerine getirmediği takdirde, sözleşmeye aykırı hareket ettiği için sorumlu olur. Tek taraflı bir irade beyaniyle temsil yetkisi verilmesi halinde ise, mümessil, temsil edilen adına hukuki işlem yapmağa yetkili kılınmıştır. Fakat, mümessil, temsil yetkisi verene karşı herhangi bir borç altına girmiş değildir.

Temsil yetkisi, vekaletten başka bir sözleşme, bir iş veya şirket sözleşmesi sebebiyle de verilmiş olabilir.

Temsil yetkisi, verilmesine esas teşkil eden sözleşmeden bağımsız olarak mevcuttur. Örneğin, vekilin küçük olması sebebiyle vekalet sözleşmesi geçerli olmasa dahi, vekil mümeyyizse, vekalet sözleşmesinin yerine getirilmesi için verilmiş olan temsil yetkisi ve buna dayanılarak yapılan hukuki işlem geçerlidir.

3- Temsil yetkisi vermede ehliyet

Temsil yetkisi vermede de, diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi, daha önce incelemiş bulunduğumuz ehliyete ilişkin genel kurallar uygulanır. Diğer bir deyişle, temsil yetkisinin geçerli olarak verilebilmesi için, yetkiyi verenin kural olarak tam ehliyetli olması gerekir. Tam ehliyetli olmayan şahıslar, yalnız başlarına yapabilecekleri işlerin dışında kalan işlemlere ilişkin temsil yetkisini, genel kurallar çerçevesinde, kanuni mümessillerinin razılarıyla verebilirler.

Temsil yetkisi verenin iradesini sakatlayan bir sebep (hata, hile, ikrah) varsa, yetkiyi veren genel kurallar çerçevesinde (BK. m. 23-31) temsil yetkisiyle bağlı değildir. Böyle bir yetkiye dayanarak yapılan hukuki işlem de tem-

sil edileni bağlamaz (BK. m. 38). Temsil edilen, bu takdirde yapılan hukuki iş. lem ile bağlı olmadığını BK. m. 31'de öngörülen süre içinde karşı tarafa bildirmelidir *(von* Tuhr, § 42/111).

4- Temsil yetkisi vermede şekil

Temsil yetkisi *vermeye* ilişkin hukuki' işlemin geçerliliği (yasada aksine bir hüküm yoksa) hiç bir şekle bağlı değildir. Temsil yetkisi zımni' bir irade beyanıyla da verilebilir s. Ancak, uygulamada, yetkili olduğunu ispat edebilmesi için mümessile bir "yetki belgesi" verilir. Yetkinin kapsamını da gösteren bu belge bazen el yazısiyle hazırlanmış ve imzalanmıştır. Bazen de noter önünde düzenlenmiştir.

Isviçre doktrinine ve Federal Mahkemeye göre, mümessilin yapacağı hukuki işlem (gayrimenkul alım-satım sözleşmesinde olduğu gibi) bir şekle bağlanmış olsa dahi, temsil yetkisinin verilmesi hiç bir şekle bağlı değildir [6]. Ancak, mümessil yetkili olduğunu TSN. m. 17 uyarınca bir belge ile ispat etmelidir. Yargıtay bu konuda farklı bir görüşü benimsemiştir. Yargıtay'a göre, gayrimenkullerin devredilmesine ilişkin işlemlerde Noterlikçe düzenlenmiş bir yetki belgesine (vekaletnameye) ihtiyaç vardır. Aksi takdirde, Kanun Koyucunun gayrimenkule ilişkin satış sözleşmesini resmi' şekle tabi tutmak suretiyle varmak istediği amaçtan uzaklaşılmış olunur 7_ Memleketimizde, uygulama açısından Tapu ve kadastro Genel Müdürlüğü 21.1.1958 gün ve 1294 sayılı genelge ile sorunu kesin bir çözüme bağlamıştır. Bu genelgeye göre: Mülkiyeti nakleden veya temsil edileni borç altına sokan hukuki işlemlerde temsil yetkisi noter tarafından re'sen düzenlenmiş vekaletnamelerle delillendirilmelidir. Aksi takdirde tapu memuru isteği reddetmelidir. Daha sonra yürürlüğe giren 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 89. maddesinde, "Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler" arasında, *"Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren vekaletnameler"* de sayılmıştır [8].

---

5) Bk. JT. 1974. 1. 66. Yarg. 15. HD. 21.9.1977, 1340/1649 (Yarg. Kar. Derg. 1978, sh. 604).

6) Bk. JT. 1974. 1, 162, JT. 1974. 1. 66.

7) Bk. HGK. 4.Vl.1952 tarih ve 99 sayılı karar **(Ömerbaş Çetintaş,** HGK. Emsal Kararları, 1963, sh. 273-275). Aksi görüşü benimsiyen yargıtay kararları da mevcuttur. Bk. Yarg. 4. HD. 22.12.1967, 8206/10484 **(Olgaç** Emsal İçt. md. 32. sh. 183).

8) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Relsoğlu Safa,** Türk Eşya Hukuku, C. 1, yedinci bası, 1984, sh. 161 vd.

5- Temsil yetkisinin kapsamı

a) Genel olarak

Temsil yetkisi kanundan doğuyorsa yetkinin kapsamını ilgili kanun belirler (BK. m. 33/1).

T:,:rısil yetkisi bir hukuki işlem ile verilmişse, yetkinin kapsam ve sınırı bu h[illegible]ukı[illegible]m[illegible]e gösterilir. Bir hukukı işlem ile temsil yetkisi veren [illegible]i[illegible]se_,ver-dıgı YE:,tkıyı [illegible]umessilin sözleşme yapacağı üçüncü şahıslara da bıldırmı[illegible], katmumessıle verilen yetkinin kapsamıyla (iç yetki), üçüncü şahıslara bıldırılen yetkinin kapsamı (dış yetki) arasında bir fark ortaya çıkmışsa, üçüncü şahıslara yapılan beyan dikkate alınır (BK. m. 33).

b) Yetkinin kötüye kullanılması

Mümessil, kendisine verilen yetkiyi temsil edilenin yararına uygun bir şekilde kullanmakla yükümlüdür (BK. m. 390/2). Yetki *(sınırları içinde kalınılmış olunsa dahi)* temsil edilenin çıkarlarına aykırı bir şekilde kullanılmışsa, mümessil yönünden *"hakkını kötüye kullanılması"* (MK. md. 2) sözkonusudur. Diğer taraf, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını biliyorsa veya kendisinden beklenen özeni gösterseydi bilebilecek durumdaysa, diğer bir deyişle *"iyiniyetli"* değilse (MK. md. 3) yapılan sözleşme temsil edileni bağlamaz. Özellikle, temsil edilen bakımından zararlı sonuçlar doğuran bir sözleşme, mümessil ile diğer tarafın çıkar ve işbirliğiyle yapılmışsa (örneğin, mümessil diğer tarafla anlaşarak, kendisine çıkar sağlayarak, 500.000.- TL'ye satılması mümkün olan bir taşınmazı, 350.000.- TL'ye satmışsa) hukuki işlem bağlayıcı değildir [9]. Temsil edilen tapu kaydının iptalini ve taşınmazın kendi adına tescilini isteyebilir [10]. Temsil edilen, mümessile, taşınmazı *"dilediğine, dilediği fiyatla satma"* yetkisi vermiş olsa dahi hukuki sonuç değişmez [11]. Mümessilin temsil yetkisini kötüye kullandığını, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığını hakim kendiliğinden dikkate alır [12]. Buna karşılık, mümessil ile sözleşme yapan kimse *"iyiiiiyetli"* ise, mümessilin hakkını kötüye kullandığını bilmiyorsa

---

9) Bk. Yarg. HGK. 13.2.1974, K. 1974/103 (Yarg. Kar. Derg. 1975, sayı 9, sh. 10-11); Yarg. HGK. 5.5.1993, K. 1993/195 (Yarg. Kar. Derg. 1993, sh. 1626); Yarg. 11. HD. 21.12.2006, K. 2006/13707 (Yargı Dünyası, Temmuz 2007, sh. 69); Yarg. 1. HD. 23.02.2006, K. 2006/1778 (Yarg. Kar. Derg. 2006/sh. 712 vd.)

1O) Bk. Yarg. HGK. 5.5.1993, K. 93/195 (Yarg. Kar. Derg. 1993, sh. 1626).

11) Bk. Yarg. 1. HD. 23.02.2006, K. 2006/1778 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 714).

12) Bk. Yarg. 11. HD. 21.12.2006, K. 2006/13707 (Yargı Dünyası, Temmuz 2007, sh. 69); Yarg. 1. HD. 23.02.2006, K. 2006/1778 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 715).

ve bilebilecek durumda değilse (MK. md. 3) yapılan sözleşme temsil edileni bağlar [13]. Temsil yetkisini kötüye kullanan mümessil, temsil edilenin bu nedenle uğradığı zararı tazminle yükümlüdür [14].

c) Yetkinin sınırlanması

Bir hukuk, işlem ile verilen temsil yetkisi çeşitli açılardan sınırlanabilir:

aa) *Süre yönünden:* Temsil yetkisi belli bir tarihte başlayıp, belli bir tarihte sona erebilir.

bb) *Şahıs yönünden:* Belli şahıslarla hukuki işlem yapabilmek üzere temsil yetkisi verilebilir.

cc) *Konu yönünden:* Mümessil temsil edilene ilişkin bütün hukuki işlemleri yapmağa yetkili kılınabileceği gibi (genel yetki), belli bir hukuki işlem yapabilmek üzere de yetkili kılınabilir (özel yetki).

Borçlar Kanunumuzun 388. maddesine göre, *m{imessil, dava açmak, sulh olmak, tahkim, kambiyo taahhüdünde bulunmak, bağışlamak, bir gayrimenkulü devretmek veya bir hak ile kayıtlamak için açıkça verilmiş özel bir yetkiye sahip olmak zorundadır.* Böylece, *"benim adıma bütün hukuki işlemleri yapmaya yetkilidir"* şeklinde verilecek genel bir yetki, mümessili yukarıdaki işlemleri yapmaya yetkili kılmaz (Özel yetki isteyen hallere ilişkin olarak ayrıca Bk. HMUK. md. 63) [15].

---

13) Bk. Yarg. 1. HD. 23.02.2006, K. 2006/1778 (Yarg. Kar. Oerg. 2006, sh. 712 vd.). Konuya ilişkin ayrıntılıbilgi için Bk. **Şener Akyol,** Temsil yetkisinin kötüye kullanılması (Yargı Dünyası, Eylül 2007, sh. 13-34).

Yarg. 11. HD. 28.10.2008, K. 2008/11976: **Türkçe bilmeyen bir yabancının note_rde Türkçe vekaletname vermesi halinde, vekaletname gereğince vekalet verenın hesabından ödeme yapan banka, iyiniyetll olmak kaydı ile sorumlu tutulamaz.** (Legal, 2009174, sh. 551).

14) Bk. Yarg. 15. HD. 13.10.2005, K. 2005/5402 (Yargı Dünyası, Nisan-2006, sh. 102).

15) Yarg. 18. HD. 7.12.2006, K. 2006/10225: **Vekilin, kişiye sıkı sıkıya bağlı -isim değiştirilmesi gibi- kişilik haklarıyla ilgili dava açabilmesi için vekaletnamesinde özel bir yetkinin bulunması gerekir.** (İst. Bar. Derg. 2007/2, sh. 860). **Ayni** yönde, Yarg. 18. HD. 16.9.2002, K. 2002/8085 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 1546); Yarg. 19. HD., 1.3.2007, K. 2007/1934: Vekilin ipotek tesis edebilmesi için bu konuda özel bir yetkisi olmalıdır (Yargı Dünyası, Kasım 2007, sh. 178). Yarg. 14. HD. 23.1.2007, K. 2007/418: Vekilin kira sözleşmesini tapu siciline şerhettirebilmesi, bu konuda özel bir yetkisinin bulunmasına bağlıdır. (Yarg. Kar. Derg. 2008/5, sh. 904).

d) Mümessilin kendisiyle sözleşme yapması -çifte temsll-

Mümessilin sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak doğrudan doğruya kendisi ile bir sözleşme yapıp yapamıyacağı, örneğin, satmaya yetkili bulunduğu gayrimenkulü kendisi satın alıp, resmi senedi, hak sahibi yerine mümessil sıfatiyle ve alıcı olarak da kendi namına imzalayıp imzalıyamıyacağı sorunu kanunda bir çözüme bağlanmış değildir.

Federal Mahkemenin çeşitli içtihatlarına ve doktrine göre (von Tuhr, § 42/V; Schwarz, sh. 386; Feyzioğlu, c. I, sh. 419; Velidedeoğlu Özdemir, sh. 86), mümessil, ortaya çıkacak çıkar çatışması sebebiyle, kural olarak kendisiyle sözleşme yapamaz. Yaparsa *"yetkisiz temsile"* ilişkin kurallar uygulanır. Sözleşmenin temsil edileni de bağlaması icazet vermesine bağlıdır [16]. Ancak, istisnai olarak, sözleşmenin niteliği bir çıkar çatışmasına imkan vermiyorsa (örneğin satış fiyatı tesbit edilmişse) veya mümessil kendisiyle sözleşme yapmağa açıkça yetkili kılınmışsa mümessilin kendisiyle yaptığı sözleşme geçerli olur [17].

Yukarıda belirtilen hususlar *çifte temsil,* yani aynı şahsın iki ayrı kimsenin mümessili olması ve her ikisini temsilen bunlar arasında bir sözleşme yapması halinde de uygulanır. (Becker, m. 33, No. 12; Feyzioğlu, c. 1, sh. 419; İnan, sh. 230; Eren, c. il, sh. 104-105) [18].

e) Birden fazla kimseye temsil yetkisi verilmesi

Birden fazla kimseye temsil yetkisi verilmişse, bunların ayrı ayrı (yalnız başlarına) temsil edilen adına hukuki işlem yapmaya yetkili olup olmadıkları sorunu temsil edilenin iradesine göre çözümlenir. Temsil edilen, (birlikte hareket mecburiyetini gösteren bir kayıt koymaksızın) ayrı ayrı belgelerle temsil yetkisi vermişse veya aynı belge ile birden çok kimseyi yetkili kılmakla beraber, örneğin *'1' ile B'yi tek başlarına veya birlikte hareket etmek üzere yetkili kıldım"* demişse, mümessillerden her biri tek başına temsil yetkisine sahiptir. Buna karşılık, yetki veren belgede sadece "A *ile B'yi yetkili kıldım"* deniyorsa, mümessillerin ancak birlikte hareket ederek temsil edilen adınahukuki işlem yapabileceklerini kabul etmek gerekir (Bk. BK. m 395/2).

---

16) Bk. JT. 2001, 1. 132; JT. 1964, 1. 226; JT. 1956, 1. 592.

17) Bk. JT. 2001, 1. 132; Bk. JT. 1964, 1. 226; JT. 1956, 1. 592; Yarg. 11. HD. 19.10.1981, K. 4309 (Uygur, C. 1, sh. 272-273).

18) Bk. JT. 1971, 1. 131. JT. 1938, 1. 433.

6- Temsil yetkisinin sona ermesi

a) Temsil yetkisini sona erdiren sebepler

Temsil yetkisi çeşitli sebeplerle sona erebilir. Temsil yetkisine son veren başlıca sebepler aşağıda gösterilmiştir:

aa) Temsil yetkisi belli bir süre için verilmişse, sürenin sona ermesiyle temsil yetkisi de sona erer.

bb) Temsil yetkisi belli bir hukuki işlem (örneğin bir malın satın alınması) için verilmişse, işlemin yapılmasiyle temsil yetkisi son bulur.

cc) Temsil yetkisi bir hukuki işlemden doğmuşsa, BK. m. 34 uyarınca *temsil olunan kimse verdiği yetkiyi her zaman geri alabilir veya sınırlayabilir. Temsil olunan kimsenin bu hakkından önceden vazgeçmesi geçersizdir* (BK. m. 34/2) [19].

Temsil yetkisine son verilmesi, bu yetkinin dayandığı iç ilişkiden (örneğin, hizmet veya vekalet sözleşmelerinden) doğan hak ve borçları etkilemez. Mümessil, bu sözleşmelerden doğan haklarını, özellikle ücret hakkını isteyebilir (BK. m. 34/3).

dd) Hukuki bir işlemden doğan temsil yetkisi, *{aksi iki tarafça kararlaştırılmış olmadıkça* [20] *veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça)* [21] taraflardan birinin (mümessilin veya temsil edilenin) ölümü veya gaipliğine hükmedilmesi veya medeni hakları kullanma ehliyetini kaybetmesi veya iflası halinde son bulur (BK. m. 35). Durum bir tüzel kişiliğin ortadan kalkması veya bir şirketin feshedilmesi halinde de aynıdır (BK. m. 35/2).

---

19) Bk. JT. 1973, 1. 536.

20) Bk. Yarg. 1. HD. 21.10.2008, K. 2008/10549 (Yargı Dünyası, Şubat 2009, sh. 38). **Bir tazminat davasına ilişkin olarak mümessile verilen temsil yetkisinde,** *temsil edilenin medeni hakları kullanma ehliyetini sonradan kaybetmesi halinde de yetkinin devam edeceği öngörülmüşse,* **Federal Mahkeme** *temsil edilenin ehliyetini kaybetmesinin* **mümessilin dava açmasını ve davaya devam etmesini engellemlyeceği sonucuna varmıştır.** Bk. JT. 2006. 1. 252.

21) Yarg. HGK. 25.9.1981, K. 641: **Taşınmazın parası tamamen alınmış, taşınmaz alıcıya teslim edilmiş ve tapuda takrir verilmek üzere vekil tayin edilmişse** (BK. m. 35 de öngörülen istisna nedeniyle), **temsil yetkisi temsil edilenin ölümünden sonra da devam eder. (Uygur,** c. **I,** sh. 279 vd.).

b) Temsil yetkisinin sona ermesinin hüküm ifade ettiği an

Bir irade beyanıyla temsil yetkisini geri alınırsa, bu beyanın mümessile ulaştığı andan itibaren temsil yetkisi normal olarak son bulur. Ancak, BK. m. 37'yegö[illegible]e, *mümessil herhangi bir sebeple temsil yetkisinin sona erd[illegible]çin! öğre[illegible]memışse,* t[illegible]msil edilen adına yaptığı hukuki işlemler temsil yetkisi devam edıyo[illegible]uş gıb[illegible] t[illegible]msil edileni ve mirasçılarını bağlar. Bununla beraber, mümessılı[illegible] huk[illegible] ışlem yaptığı *üçüncü şahıslar temsil yetkisinin artık mevcut olmadıgını bılıyorlarsa,* temsil edilen yapılan işlem ile bağlı olmaz (BK. m. 37/2). Temsil yetkisinin ölüm veya 35. maddede yer alan diğer bir sebeple sona ermesi halinde de durum aynıdır [22].

c) İyiniyetli üçüncü kişilerin korunması

aa) Temsil edilen kimse, verdiği temsil yetkisini herhangi bir şekilde (mektup, gazetede ilan vs. ile) üçüncü şahıslara bidirmişse, temsil yetkisinin geri alındığını veya sınırlandığını da (kural olarak aynı vasıtadan yararlanarak) üçüncü şahıslara duyurmalıdır. Aksi takdirde, temsil yetkisinin geri alındığı veya sınırlandığı iddiası *iyiniyet sahibi* (yani yetkinin geri alındığından veya sınırlandığından haberi olmayan, MK. m. 3) üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez (BK. m. 34/3).

Temsil yetkisi BK. m. 35'de zikredilen *ölüm vs. gibi bir nedenle son bulmuşsa, iyiniyet sahibi üçüncü şahıslar BK. m. 34/3'teki himay_ [illegible]den yararlanamazlar* (von Tuhr, § 42/111-2; Schwarz, sh. 394; Velidedeoğlu-Ozdemir, sh. 94-95).

bb) Temsil edilen, (temsil yetkisini üçüncü şahıslara bildirmemekle beraber) mümessile temsil yetkisini gösteren bir belge vermişse, temsil yetkisi sona erdiğinde, mümessil bu belgeyi temsil edilene iade etmeye mecburdur (BK. m. 36/1). Temsil edilen veya mirasçıları da, temsil yetkisi sona erdiğinde, mümessili belgeyi iadeye zorlamakla, gerektiğinde dava açmakla yükümlüdürler. Temsil edilen, mümessili belgeyi iadeye zorlamayı ihmal ettiği takdirde, yetki belgesine güvenerek mümessille sözleşme yapan iyiniyetli üçüncü şahısların menfi zararlarını (yani sözleşmeyi geçerli zannetmelerinden doğan zararlarını) ödemek zorundadır (BK. m. 36/2).

22) Bk. Yarg. 1. HD. 22.5.1981 K. 6824 (Uygur, c. 1, sh. 281).

iV- YETKİSİZ TEMSİL

1- Kavram

Bir başkası adına sözleşme yapan kimsenin kanundan veya bir hukuki işlemden doğan temsil yetkisi yoksa "yetkisiz temsil" söz konusudur. Mümessilin temsil yetkisinin sona ermiş olması veya mümessilin temsil yetkisinin sınırlarını aşarak hukuki işlem yapmış bulunması hallerinde de durum aynıdır, *"yetkisiz temsil"* kuralları uygulanır 23. İyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasına ilişkin olarak daha önce incelemiş bulunduğumuz kurallar tabiatiyle saklıdır.

Uygulamada yetkisiz temsil, çok kere, mümessilin hataen kendisini yetkili zannetmesi (örneğin, yetki veren şahsın ehliyetsiz olduğunu bilme{esi} veya temsil edilen adına böyle bir hukuki işlemi yapmakta yarar görmesı hallerinde ortaya çıkmaktadır.

2- Hukuki sonuçları

a) Genel olarak

Bir kimse, temsil yetkisi olmadığı halde başkası adına bir sözleşme yaparsa, bu sözleşme, temsil edileni, icazet vermediği (yani sonradan sözleşmeyi onaylamadığı) takdirde bağlamaz (BK. m. 38)24_

İcazet verilinceye veya icazet verilmesi reddedilinceye kadar sözleşme askıdadır. Sözleşmenin askıda bulunduğu süre içinde karşı taraf sözleşme ile bağlıdır. Ancak, karşı tarafın, temsil edilenin sözleşmeye icazet verip vermeyeceğini sınırsız olarak beklemesine imkan yoktur. Bu durumu dikkate alan Kanun Koyucu, karşı tarafa temsil edileni, *uygun bir süre içinde "sözleşmeye icazet verip vermiyeceğini beyana"* davet etmek hakkını tanımıştır. Bu süre içinde temsil edilen icazet vermediği takdirde karşı taraf da sözleşme ile bağlı kalmaz (BK. m. 38).

---

23) Yetkisiz temsile ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için **Sungurbey Ayfer,** Yetkisiz temsil, özellikle culpa in contrahendo, ist. 1988.

Yetkisiz temsilciye (yanlışlıkla, temsilcilik sınırlarını bilmeden) yapılan ödeme, ödeyeni borçtan kurtarmaz. Bk. Yarg. HGK. 28.12.2005, K. 2005/781 (Legal, Kasım 2006, sh. 3435).

24) Yarg. 19. HD. 1.12.2004, K. 2004/11928: **Bir yıla yakın süre boyunca sözleşmeden doğan edimler itiraz edilmeden eylemli olarak yerine getirildiğine göre, davalının sözleşmeyi imzalayan kişinin yetkili temsilci olmadığını ve sözleşme hükümleriyle bağlı tutulmayacağını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması anlamındadır** (İst. Bar. Derg. 2005/1, sh. 282).

b) Temsil edilen icazet verirse

Temsil edilen sözleşmeye icazet verirse, sözleşme, mümessil yetkiliymiş gibi yapıldığı andan itibaren temsil edileni bağlar 2s,2s. icazet açık veya zımni bir irade beyaniyle verilir. Temsil edilen icazet verdiğini yetkisiz mümessile veya sözleşmeyi yapan diğer tarafa bildirebilir *21.*

c) Temsil edilen icazet vermeyi reddederse

aa) Temsil edilen yetkisiz mümessil tarafından yapılan sözleşmeye icazet vermeyi açıkça veya zımnen reddederse yapılan sözleşme geçersiz olur.

bb) Mümessilin yetkisiz olması ve temsil edilenin icazet vermeyi reddetmesi sebebiyle sözleşme geçersiz olursa, iyiniyet sahibi karşı taraf sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararını (menfi zarar) yetkisiz mümessile ödettirmek hakkına sahiptir (BK. m. 39) 2s. Mümessil temsil yetkisine sahip olmadığını bilmese ve bu hususta kusurlu olmasa dahi karşı tarafın "menfi zararını" ödemek zorundadır.

cc) Mümessil kusurluysa (yani temsil yetkisine sahip olmadığını biliyor veya bilmesi lazım geliyorsa) hakkaniyet gerektirdiği takdirde, hakim, mümessili müsbet zararı (yani sözleşmenin ifa edilmemiş olmasından doğan zararı) ödemeye de mahkum edebilir (BK. m. 39/2).

25} Bk. HGK. 7.4.1965 **(Olgaç,** İBK. m. 32, sh. 3); Yarg. 15. HD. 27.4.1979, 624/995 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 865}. Federal Mahkemeye göre, temsil edilen mümessil sıfatıyle hareket eden kimsenin yetkili olduğu zannını verecek bir tutum içinde olmuşsa, yetkisiz mümessilin yaptığı hukuki işlemler temsil edileni bağlar. Bk. JT. 1949, 1. 375.

26} İcazet, davalardaki temsil için dahi uygulanır. Yetkisiz bir temsilcinin açmış olduğu davaya, davacının icazet vermesiyle önceki işlemler geçerlilik kazanır. Bk. HGK. 12.9.1962, K. 88 **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 40, sh. 200}.

Yarg. 15. HD. 23.3.1990, K. 90/1337: Senetlerdeki ikinci imza kooperatifi temsil ve ilzama yetkili olmayan kişilerce atılmışsa, kooperatifin icazet verip vermediği araştırılmalıdır. Kooperatif icazet vermişse senetlerden sorumludur. (Yarg. Kar. Derg. 1990, sh. 1358}.

27} Bk. JT. 1969, 1. 23.

28} Federal Mahkemeye göre, yetkisiz mümessilin sorumluluğu "Quasi contractuelle = sözleşme benzeri" bir sorumluluktur. Sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla burada da uygulanmalıdır. Bk. JT. 1933, 1. 345. Culpa in contrahenda ile ilgili olarak ayrıca Bk. JT. 1965, 1. 282; JT. 1952, 1. 542; JT. 1943, 1. 270.

Federal Mahkeme daha sonraki kararlarında, yetkisiz temsilciye karşı açılacak tazminat davalannda zamanaşımı yönünden BK. m. 60'ın uygulanacağını kabul etmiştir. Bk. JT. 1978, 1. 556; JT. 1976, 1. 187.

BK. m. 43 uyarınca, hakim duruma göre tazminatın şeklini tesbit etmek imkanına sahiptir. Böylece hakim gerektiğinde, mümessili, sözleşme geçerli olsaydı temsil edilenin ifa ile yükümlü olacağı edimi yerine getirmeye mahkum edebilir. Bu takdirde karşı taraf da edimini ifa etmeye mecbur olacaktır.

dd) Mümessil temsil yetkisinin bulunmadığını karşı tarafın bildiğini veya bilmesi lazım geldiğini ispat edebildiği takdirde, kendisinden tazminat istenemez (BK. m. 39/1).

ee) Temsil yetkisinin bulunmaması sebebiyle sözleşme geçersiz olursa, karşı taraf, daha önce yerine getirmiş bulunduğu edimi sebebiyle, duruma göre, doğrudan doğruya mülkiyet hakkına dayanan bir "istihkak davası" veya "sebepsiz iktisaba" dayanan bir dava açmak hakkına (genel hükümler çerçevesinde) sahiptir.

ff) Mümessil sözleşmeyi mevcut olmayan bir şahıs adına yapmışsa, icazet verilmesi söz konusu olamıyacağından sözleşme geçersizdir. Bu takdirde mümessil, yukarıda değinilmiş bulunan kurallar çerçevesinde sorumlu olacaktır. Ancak, mumessılın sözleşmeyi mevcut olmayan bir gerçek veya tüzel kışı, örneğin henüz kurulmamış bulunan bir şirket adına yaptığını karşı taraf biliyorsa, mumessılden *"yetkisiz temsil"* (BK. md. 39/1) kurallarına dayanılarak tazminat istenemez [29].

29) Bk. JT. 2005.1.64.

AYIRIM il

HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN BORÇLAR

§ 1- GİRİŞ

Hukuka aykırı filler veya diğer bir deyişle "haksız fiiller" iki grupta toplanabilir:

1) Sözleşmeye (borca) aykırı davranışlar: Taraflar arasında mevcut bir hukukT ilişkiden, özellikle sözleşmeden doğan bir borca aykırı davranılması, geniş anlamıyla, bir "haksız fiil"dir. Bu gruba giren hukuka aykırı fiilleri ifade etmek üzere "akde muhalefet veya sözleşmeye aykırı davranış" deyimleri kullanılır. Böylece, örneğin, satıcının malı sözleşmede gösterilen zamanda teslim etmemesi veya mobilyacının ısmarlanan oda takımını sözleşmeye aykırı bir şekilde fena yapması hallerinde *"sözleşmeye aykırı davranış"* vardır. Sözleşmeye aykırı davranan taraf, karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür. Sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sorumluluk (akdi mesuliyet) Borçlar Kanunumuzun 96 ve ondan sonraki maddelerinde "Borçların ödenmemesinin neticeleri" adı altında düzenlenmiştir.

2) Dar anlamda haksız fiiller: Taraflar arasında önceden mevcut bir hukukT ilişkiyle (sözleşmeyle) bağlantılı olmaksızın, Kanunun herkese yüklediği görevlere aykırı hareket edilmesi halinde, dar anlamda *"haksız fiil"* söz konusudur. Örneğin, bir şahsın diğerini yaralaması, hakaret etmesi, hırsızlık yapması dar (ve gerçek) anlamda bir *"haksız fiil"dir.* Dar anlamda bir haksız fiil ile başkasına zarar veren kimse bu zarardan sorumludur.

Borçlar Kanunumuz, "Haksız fiillerden doğan borçlar" adı altında 41 ve ondan sonraki maddelerinde dar anlamda haksız fiilleri düzenlemiştir. Bundan sonraki paragraflarda "haksız fiil" deyimi dar anlamda haksız fiilleri ifade etmek üzere kullanılacaktır. Böylece hukuka aykırı fiiller alanındaki ayırımda, birinci gruba ilişkin ofarak *"sözleşmeye aykırı davranış"* ve *"sözleşmeden doğan sorumluluk'tan;* ikinci gruba ilişkin olarak *"haksız fiil"* ve *"haksız fiilden doğan sorumluluk'tan* söz edilecektir.

Bir fiil bazen, (kiralanan şeye kiracı tarafından zarar verilmesi, taksi şöförünün dikkatsiz, sert bir frenle taksideki müşterinin yaralanmasına sebep olması hallerinde olduğu gibi) hem "sözleşmeye aykırı davranış" ve hem de "haksız filil" niteliğinde olabilir. Bu takdirde, çoğunlukta olan, Federa!Mahkeme ve Yargıtay tarafından da benimsenmiş bulunan görüşe göre, *fıllden zarar gören kimse, dilerse sözleşmeye aykırı davranışa ilişkin hükümlere, ?,ilerse haksız fiilleri düzenleyen maddelere dayanarak dava açıp, zararını odettirme hakkına sahiptir* [1] (Becker, Giriş m. 41-61, No. 1; Oser-Schönenberger, Giriş, m. 41-61, No.16;Tandoğan sh. 537; Tekinay, sh. 1313; Feyzioğlu, c. l, sh. 454). von Tuhr farklı bir görüşü savunmuştur. von Tuhr'a göre, fiil, aynı zamanda, sözleşmeden ve haksız fiilden doğan sorumluluğun şartlarını taşıyorsa, zarar gören kimse sadece, sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlere dayanarak dava açabilir. Haksız fiillere ilişkin hükümler, ancak, taraflar arasında hiçbir hukukT ilişki mevcut olmadığı veya sözleşmeden doğan dava hakkını kullanmak (örneğin zamanaşımı sebebiyle) artık mümkün bulunmadığı takdirde uygulanabilir (von Tuhr, § 68/V; 46, not 5).

§ il- HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI

Borçlar Kanununumuzun 41. maddesine göre: *"Gerek kasden, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye zarar veren şahıs bu zararın tazminine mecburdur".*

Borçlar Kanunumuzun 41. maddesinin metnine göre, haksız fiilden sorumlulukta dört unsur söz konusudur:

1- Hukuka aykırı

fiil, il- Zarar,

ili- Kusur,

iV- İlliyet bağı.

---

1) Bk. JT. 1945, 1. 49; JT. 1939, 1. 42. Yarg. HGK: 2.11.1983, K. 83/1047 (Yarg. Kar. Derg. 1984, sh. 350 vd.).

BK. Tasarısı md. 60'da konu yasal bir düzenlemeye bağlanmıştır. BK. Tas. md. 60'a göre, *"Bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa, hakim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir".*

1- HUKUKA AYKIRI FİİL

1- Kavram

Haksız fiil sorumluluğunun ilk şartı, zarara sebep olan fiilin *"hukuka aykırı = haksız"* bir nitelik taşımasıdır. Borçlar Kanunumuzun 41. madd**?**sinde "hukuka aykırı = haksız" deyiminin kapsamı açıklanmamıştır. Türk ve Isviçre Hukukunda hakim olan ve Federal Mahkeme tarafından kabul edilmiş bulunan •**?**objektif teoriye" göre, *hukuk düzeninin, kişilerin mal varlığını veya şahıs varlıgını korumaya yönelmiş - yazılı veya yazılı olmayan - kurallarına aykırı fiiller "hukuka aykırı" (haksız) fiillerdir* 2'3. Fillin "haksız" sayılması yönü**?**den, söz konusu kuralın bir özel hukuk veya kamu hukuku (Ceza Hukuku, idare hukuku) kuralı oluşu arasında fark yoktur. *Hakkın kötüye kullanılması (MK. m. 2) suretiyle zarar verme halinde de bir "haksız fiil" söz konusudur. Hakkın, kanunun öngördüğü amacın dışında kullanılması "hakkın kötüye kullanılması" niteliğindedir* (ven Tuhr, § 46-IV/2; § 46, not 73).

Özel hukukun kişilere tanıdığı, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklar, üçüncü kişiler yönünden, uyulması gereken emredici kurallar niteliğindedirler. Böylece, bir kimsenin mutlak hakkına, örneğin mülkiyet hakkına, telif hakkına veya şahsiyet haklarına (vücut bütünlüğüne, şeref ve haysiyetine) saldırı teşkil eden fiiller, daima hukuka aykırı (haksız) fiillerdir. Buna karşılık, nisbi hakların, alacak haklarının ihlali ise, kural olarak, BK. m. 41 anlamında bir haksız fiil değildir. Zira, ancak borçluya karşı mevcut olan alacak hakları, üçüncü şahıslar tarafından (daha önce de değindiğimiz üzere) ihlal edilemezler [4]• Borçlunun borcunu yerine getirmemesi ise, dar anlamda bir haksız fiil değildir. BK. m. 96 ve devamında düzenlenmiş bir "sözleşmeye aykırı davranış"dır.

---

2) Bk. JT. rn76, 1. 612-613; JT. 1965, 1. 239, JT. 1956, 1. 324, özellikle 326. Sübjektif teoriye göre, özel bir yetkiye dayanmadıkça, zarar veren her fiil hukuka aykırıdır. Uygulamada varılacak sonuçlar açısından objektif ve sübjektif teoriler arasında büyük bir fark yoktur.

3) **Hukuka aykırı davranışın bir tazminat isteğine esas olabilmesi için, fiilden zarar gören kimsenin** "ihlal edilen - çiğnenen - hukuk kuralı ile doğrudan doğruya korunması amaçlanan şahıslar"ın **kapsamına girmesi gerekir.** Bk. JT. 1978, 1. 561; 4. HD. 8.1.1979, K. 1979/38 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 642 vd.). Ayrıca Bk. ilerde sh. 154. **Çiğnenen hukuk kuralı ile korunması amaçlanan kişilerden başkasının zarar görmesi halinde "hukuka aykırılık bağı" yoktur, tazminat istenemez.** Bk. **Tandoğan Haluk,** Üçüncü şahsın zararının tazmini, Ankara, 1973, sh. 11.

4) Borçlu bulunulan mala üçüncü şahıs tarafından zarar verilmesi, bu suretle borçlunun borcu ifasının önlenmesi halinde, üçüncü şahıs, alacakhya karşı değil, malına zarar verdiği borçluya karşı haksız bir fiil işlemiş olur. Alacaklı üçüncü şahısa karşı bir tazminat davası açamaz.

Haksız fiil, genellikle, (bir kimseyi yaralamada, bir malı tahripde old□ğu gib) aktif bir davranış (hareket) şeklinde ortaya çıkar. Başkasını zarara ugramaktan koruyacak bir davranıştan kaçınma, örneğin boğulmak ve□a ?o□mak üzere olan bir kimseyi kurtarmama, kural olarak, hukuka aykırı bır nıt□□ık t□ şımaz, zarardan sorumluluğu gerektirmez. Bununla beraber, hu□uk _duzenının başkasını zarardan korumak için belli tedbirlerin alınmasını!.fıılle□□n □apılmasını öngördüğü hallerde, *"kaçınma"* haksız fiil niteliğindedir. O□ne□ı□.ınşa-at yapan kimse, belediye kurallarının öngördüğü veya inşaatın nıtelıgını□g□ rektirdiği koruyucu tedbirleri almaktan kaçınırsa, bu kaçınma bir haksız fıildır; doğacak zarardan sorumludur.

2- Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller

Genel olarak ele alındığında, hukuka aykırı (haksız) bir nitelik taşıya□, hukuken korunmuş bir menfaati (hakkı) ihlal eden bir fiilin "hukuka aykırı" nıteliği bazı özel hallerde ortadan kalkar.

Aşağıdaki hallerde fiil hukuka aykırı (haksız) değildir:

a) Kamu kudretinin kullanılması: Kamu hukukundan doğan bir yetkinin yasal sınırlar içinde kulanılması, örneğin, polisin mahkeme kararını yerine getirmek üzere bir şahsı tutuklaması halinde, fiil hukuka aykırı değildir.

b) Özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması: Özel hukuka dayanan bir hakkın kullanılması, örneğin MK. m. 950 uyarınca, alacaklının, borçluya ait olup, onun rızasıya zilyedi bulunduğu taşınabilir malı, yasal şartları varsa, borç ödeninceye kadar hapsetmesi (geri vermekten kaçınması) ve borç ödenmezse, paraya çevirtmesi (MK. m. 953) hukuka aykırı bir nitelik taşımaz. Ancak, daha önce de belirttiğimiz üzere, her hak amacı içinde kullanıimalıdır. *Hakkın kötüye kullanılması* halinde *"haksız fiil"* vardır.

c) Zarar görenin rızası: Zarar gören kimsenin fiile önceden rıza göstermesi, rıza göstermenin hukuken mümkün olduğu hallerde, fiilin haksız niteliğini ortadan kaldırır. Rıza gösterilmesi, hukuka, ahlaka *veya* şahsiyet haklarına aykırı bir nitelik taşıyorsa, "rıza"ya rağmen, fiil haksızdır [5]. Böylece, örneğin, A, 'B'nin kitaplarını onun rızasıyla yakarsa, fiil haksız değildir, tazminat istenemez. Fakat, A, ağır hasta olduğu, acı çektiği için hayatına son vermek isteyen B'yi arzusu üzerine öldürürse, önceden mevcut isteğe rağmen, fiil hukuka aykırıdır. "Rıza"nın hukuken geçerli olmadığı, bu suretle fiilin haksız niteliğini ortadan kaldırmadığı hallerde, hakim BK. m. 44/1 uyarınca ödenecek tazminatın miktarını azaltabilir *veya* tazminata hükmetmeyebilir.

---

5) Bk. Yarg. 4.HD. 27.2.1986, K. 86 /1860 {Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1132).

Sonradan gösterilen raza fiilin "hukuka aykırı" niteliğini ortadan kaldırmaz. Zarar görenin sonradan fiile razı olması, tazminat istemekten vazgeçme olarak değerlendirilebilir.

d) Bilimsel eleştiriler: Bir eserin veya sanat olayının b[illegible]i[illegible]sel açı?an ogretme ve aydınlatma amacıyla eleştirilmesi hukuka aykırı degıldır, tazmınatı gerektirmez.

e) Meşru savunma: "Meşru savunma" niteliğinde olan bir fiil hukuka aykırı değildir. BK. m. 52/1'e göre, meşru savunma (haklı savunma) halinde tecavüz edenin (saldırganın) mallarına veya şahsına verilen zarardan dolayı tazminat lazım gelmez. *Meşru savunma, bir kimsenin, kendisinin veya üçüncü bir şahsın mallarına veya şahsına yöneltilmiş ve davam etmekte bulunan haksız bir saldırıyı defetmek zarureti içinde yaptığı savunmadır.*

Bir fiilin "meşru savunma" sayılabilmesi için aşağıdaki koşulların varlığına ihtiyaç vardır:

aa) *Savunan şahsın veya üçüncü bir şahsın, malına veya şahsına bir saldırı olmalı veya saldırı hemen başlamak üzere bulunmalıdır* 6. Saldırı yoksa, saldırı olasılığı dikkate alınarak yapılan savunma meşru değildir.

Meşru savunma, sadece, yaralama veya öldürmeye teşebbüste olduğu gibi vücut bütünlüğüne (şahsa) yöneltilmiş saldırılarda değil, fakat örneğin, eldeki valizin çalınmak istenmesinde olduğu gibi, mala karşı yapılan tecavüzde de söz konusudur. Valizi çalınmak istenen kimse kuvvet kullanarak buna engel olabilir. Bu takdirde, kuwet kullanma ve bu sebeple karşı tarafa zarar verilmesi hukuka aykırı bir nitelik taşımaz (ayrıca Bk. MK. m. 981).

bb) *Savunma sırasında saldırı devam etmekte olmalıdır.* Saldırı sona erdikten sonra, saldırıyı durdurmakla ilgili olmaksızın yapılan-fiil "meşru savunma" niteliğinde değildir.

cc) *Saldırı, haksız* (hukuka aykırı) *olmalıdır.* Kanunların verdiği yetkiye dayanarak kuvvet kullananlara (örneğin polise) karşı meşru savunma olmayacağı gibi, zururet veya meşru savunma halinde olanlara karşı da "meşru savunma"dan söz edilemez.

---

6) Hayvanlar tarafından yapılan saldırılarda da kıyas yoluyla "meşru savunma" hükümleri uygulanmalıdır (**von Thur,** § 46-IV/5; **Feyzioğlu,** sh. 487, 488, not 71; Yarg. 4. HD. 14.4.1973, 14888/4936, Bk. **Olgaç,** Emsal içt. md. 52, sh. 320-321). Diğer bir görüşe göre, insanlar tarafından sevkedilmeleri hali dışında, hayvanların tecavüzlerine karşı koyma halinde "meşru savunma" değil, BK. m. 52/2 de düzenlenmiş bulunan zururet hali hükümleri uygulanır. (Oser-Schönenberger, m. 52, no. 12; Tandoğan, sh. 34).

Savunmanın meşru sayılması için saldırının objektif olarak "haksız" olması yeterlidir. Saldırgan kusurlu bulunmasa, temyiz kudretinden yoksun olsa dahi savunma, diğer şartlar gerçekleşmişse meşrudur.

dd) *Savunma saldırıyı durdurmaya yönelmiş olmalıdır ve saldırıyı durdurmak için zorunlu olan fiillerle yetinilmelidir.* Saldırıyı durdurma amaç ve sınırını aşan fiiller hukuka aykırıdır, zararın tazminini gerektirir.

Savunma durumunda olan kimse, saldırıyı durdurmak için sahip olduğu olanaklardan en az zarar verenini kullanmalıdır.

Meşru savunmada, tecavüze karşı korunan yarar ile, karşı tarafa verilen zarar arasında mutlak bir oranın bulunması zarureti yoktur. Bununla beraber, korunan menfaatle verilen zarar arasında, "meşru savunma" kavramının sınırlarını aşacak açık bir nisbetsizlik varsa, savunma meşru değildi[7]: savunma hakkı kötüye kullanılmıştır, karşı tarafın zararını ödemek gerekir. Örneğin bir kimse valizinin çalınmasını önlemek amacıyla, tabancasını 9ekip, valizini alıp kaçmak isteyen şahsı ölüdürürse, meşru savunma yoktur. Öldürme fiili hukuka aykırıdır 7.

f) Zorunluluk hali: Borçlar Kanunumuza göre, zorunluluk (ıztırar) halinde, yani kendisini veya diğer bir şahsı zarardan veya derhal meydana gelecek bir tehlikeden korumak için başkasının mallarına zarar verme halinde, fiil "haksız" değildir (BK. m. 52/2) s. Örneğin, bir hayvanın saldırısından kendini korumak için yakındaki evin kapısını kırarak içeriye girmeye mecbur olan kimsenin fiili "hukuka aykırı" bir nitelik taşımaz.

"Zorunluluk hali"nin söz konusu olabilmesi için aşağıdaki koşulların birleşmesi gerekir:

aa) Şahsa veya mala yönelmiş bulunan zarar veya tehlike derhal meydana gelecek nitelikte olmalıdır.

bb} Yapılan saldırı veya yaratılan tehlike ile ilişkisi bulunmayan üçüncü bir şahsın malına tecavüz edilmiş olmalıdır.

---

7) Fiilin "meşru savunma" niteliğinde olduğunun isbatı meşru savunma iddiasında bulunan kimseye aittir.

8) Kanun koyucu, gayrimenkul mülkiyetinin hükümlerini düzenlerken, MK. m. 753'de "zorunluluk hali"ne ayrıca değinmiştir. MK. m. 753'e göre, "Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır. Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir".

Bir kimesinin, kendisini veya diğerini bir zarar veya tehlikeden korumak için, üçüncü bir şahsın fizik bütünlüğüne, hayatına tecavüz etmesi halinde fiil hukuka aykırıdır (von Tuhr, § 46, not 103; Oser-Schönenberger, m. 52, no. 28).

cc) MK. m. 753'de ifade edildiği üzere, kural olarak, önlenmek istenen zarar veya tehlike, üçüncü şahsın malına verilen zarardan büyük olmalıdır.

dd) Zarar veya tehlikeden korunmak için üçüncü şahsın malına tecavüz kaçınılmaz olmalıdır ve bu tecavüzün neticesinde zarar veya tehlikeden korunmak mümkün bulunmalıdır.

Zorunluluk halinde fiil haksız değildir, fakat Kanun Koyucu yaratılan tehlike ile ilişkisi bulunmadığı halde zarara uğrayan üçüncü şahsın durumunu da dikkate almış ve zorunluluk halinde, *"başkasının mallarına zarar veren kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hakim hakkaniyete uygun olarak tayin eder"* (BK. m. 52/2) kuralını getirmiştir [9]. Böylece, zorunluluk halinde, zarar gören üçüncü şahsa bir tazminat ödenip ödenmiyeceğini, ödenecekse miktarını hakim tayin eder. Diğer bir şahsı tehlikeden korumak için başkasının mallarına zarar veren kimse, ödediği tazminat dolayısıyle vekaletsiz iş görme (BK. m. 413) veya sebepsiz iktisap (BK. m. 61) hükümlerine göre lehine hareket ettiği şahsa başvurabilir (rücu edebilir) (Oser-Schönenberger, m. 52, no. 31 ve 34; von Tuhr, § 46-IV/7).

g) Kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma: Bir kimsenin hakkını elde etmek için kuvvet kullanması, kural olarak hukuka aykırıdır. Hak sahibi, talep üzerine hakkını elde edemezse, Devlet gücünden yararlanmak, mahkemeye başvurmak zorundadır. Ancak, bazı özel koşulların varlığı halinde, istisna, olarak, Kanun Koyucu, bir kimsenin hakkını korumak amacıyla kuvvete başvurmasını "hukuka aykırı" bir fiil saymamıştır. Borçlar Kanunumuzun 52. maddesinin 3. fıkrasına göre: *"kendi hakkını korumak için cebri kuvvete başvuran kimse, hal ve mevkie nazaran zamanında hükümetin (devlet organlarının) müdahalesi temin edilemediği veya hakkının kaybolmasını veya hakkının kullanılması hususunun çok daha güç olmasını önlemek için başka vasıtalar mevcut olmadığı takdirde; tazminat ödemekle yükümlü değildir"* [10]. Böylece,

---

9) **Kendisini, mazur görülebilir bir hata sonucu zaruret halinde sanarak başkasının gayrimenkulüne tecavüz eden kimsenin ödeyeceği tazminat, gerçekten zaruret halinde bulunan bir kişiye uygulanacak hükümlere göre belirlenir.** Bk. JT. 1975, 1. 162.

1O) MK. m. 981'de hakkı korumak için kuwet kullanmanın özel bir hali ayrıca düzenlenmiştir. MK. m. 981'e göre: "Zilyet her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır".

örneğin, iki ay ewel çalınan radyosunu, polisin yardımını istemeye imkan vermeyen bir yerde tanımadığı bir şahsın elinde gören bir kimse, kuwet kullanarak radyosunu almak hakkına sahiptir. Bu kuwet kullanma sırasında karşı tarafın malına veya şahsına verilen zarar sebebiyle tazminat ödemek zorunluluğu yoktur. MK. m. 981'de açıkça değinildiği üzere, hakkını korumak için kuvvete başvuran kimse, korunan hakkın mahiyet ve kapsamının haklı göstermediği şiddetten kaçınmak zorundadır. Aksi takdirde, fiil hukuka aykırıdır; tazminat ödenmesini gerektirir. BK. m. 52/111 uyarınca, başkasının hakkını korumak için kuwete başvurulamaz.

3- Ahlaka aykırı bir fiile kasden zarar verme

Borçlar Kanunumuzun, 41. maddesinin 2. fıkrasında *"ahlaka aykırı bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek (kasden) sebebiyet veren kimse de o zararı tazmine mecburdur"hükmüne* yer vererek, ahlaka aykırı bir fiille kasden zarar vermeyi, "hukuka aykırı fiiller"i düzenleyen kurallara tabi kılmıştır. BK. m. 41/2, bir hakka veya kanun hükmüne aykırı bir davranış söz konusu olmadığı halde, adalet ve ahlak duygularının verilen zararın ödettirilmesini gerektirdiği istisnai hallerde uygulanacaktır (Becker, m. 41, no. 11O; von Tuhr, § 46-111). Hukuk düzeni menfaatleri geniş ölçüde korumuş bulunduğundan, BK. m. 41/2 hükmünün uygulama alanı çok sınırlıdır. Borçlar Kanunumuzun 41. maddesinin 2. fıkrasına göre tazminat istenebilecek hallere örnek olarak, bir kimseyi diğer tarafa zarar vermek kasdiyle sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik etmekten [11] veya talep edilmediği halde, kasden yanlış tavsiyelerde bulunmaktan veya hayatı önemdeki bir edime (örneğin hemen yapılması gereken bir ameliyata) ilişkin bir sözleşmeyi yapmayı haklı bir sebep olmaksızın reddetmekten [12] doğan zararlar zekredilebilir. BK. m. 41/2'ye dayanılarak, sadece maddi zararın değil, şartları varsa menevi zararın ödenmesi de istenebilir (von Tuhr, § 46-111 ve§ 46, not 63) [13]_

---

11) Bk. JT. 1927, 1. 258.

12) Bk. JT. 1931, 1. 610; Yarg. HGK. 10.12.2003, K. 2003/740: **Filli tekel durumunda bulunan özel kişilerin** (eczacı, doktor, fırıncı veya lokantacıların) **verdikleri hizmete ilişkin olarak, haklı bir sebebe dayanmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve özellikle ahlaka, hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırı bir nitelik taşıyablllr. Bu taktirde, bu kişiler sözleşme yapmakla yükümlüdürler** (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 493 vd. özellikle sh. 501).

13) **Oser-Schönenberger** ahlaka aykırı bir fiille zarar verme halinde BK. m. 49 uyarınca manevi tazminat ödenmesinin söz konusu olamıyacağı görüşündedir. Bk. **Oser-Schönenberger,** m. 41, no. 92 ve 95.

11- ZARAR

w B?rçlar_ ��nunumuzun 41. maddesi uyarınca tazminat yükü_ml�lüğünün dogabılmesı ıçın, hukuka aykırı bir fiille bir "zarara" sebebiyet verılmış olması gere��r. *Hukuka aykırı fiilden bir zarar meydana gelmemişse tazminat öd�nmesı ıstenemez.* BK. m. 41'de öngörülen zarar, mal varlığındaki azalmayı ıfade eden, "maddi zarar"dır (Becker, m. 41, no. 6; Qser-Scöhenberger, m. 41, no. 74.). Mal varlığındaki azalma mal sahibinin iradesine (rızasına) aykırı ola-r�k meydana gelmiş olmalıdır. Mal sahibinin rızasıyla mal varlığında bir eksılme olmuşsa bir "zarar" söz konusu değildir. Bu takdirde, bir mülkiyet devri veya belli bir malın tüketimi vardır.

Haksız fiillerde zarar, mal varlığının mevcut durumuyla, hukuka aykırı fiil olmasaydı arzedeceği durum arasındaki farkı ifade eder [14,15]. Bu iki durum arasındaki fark, diğer bir deyişle haksız fiil nedeniyle mal varlığında meydana gelen azalma iki ayrı şekilde ortaya çıkabilir:

a) *Fiilızarar:* Bir malın çalınmasında, tedavi giderlerinin ödenmesinde olduğu gibi, malvarlığında fiilı bir eksilme meydana gelmiş olabilir.

b) *Kardan mahrumiyet:* Çarpma sebebiyle bir taksinin tamire alınmasında, bu suretle piyasada çalıştırılamamasında [16] veya bir kimsenin yaralanıp bir süre çalışamamasında olduğu gibi, malvarlığında meydana gelecek olan bir çoğalma önlenmiş olabilir.

Şahsiyet haklarına (vücut bütünlüğüne, şeref ve haysiyete) yöneltilmiş hukuk dışı tecavüzler nedeniyle "manevi zarar" (reparation morale) adı altında yapılacak ödemeler (BK. m. 41 anlamında) "zararın tazmini" niteliğinde değildir. Bu tip ödemelerde bir "manevi tatmin" söz konusudur. "Manevi tazminat" sorunu, ilerde ayrıca inceleneceği üzere kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Maddi tazminata ilişkin 41 ve sonraki maddeler, manevi tazminata kıyas yoluyla uygulanacaktır (Oser-Schönenberger, m. 41, no. 75; von Tuhr, §12-11).

---

14) BK. JT. 1979, 1. 81, JT.1965, 1. 226. Yarg. 7. HD. 6.5.2008, K. 2008/2014 (İst. Bar. Derg. 2009/3, sh. 1522).

15} Sözleşmeye aykırı davranıştan doğan zararda, ilgili bölümde görüleceği üzere, **müsbet zarar** (yani sözleşmenin ifa edilmemiş olmasından doğan zarar}, menfi **zarar** (yani sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zarar} ayrımı söz konusu olacaktır. Haksız fiillerden doğan zararda böyle bir ayrım yoktur.

16) Bk. 17. HD. 23.5.2006, K. 2006/4553 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 1950 vd.}.

111· KUSUR

1- Genel olarak

. . Haksız fiil sorumluluğunda, Borçlar Kanunumuz, ayrıca inceleyeceğimiz ıstısnalar dışında, kural olarak *"kusur prensibini"* (sübjektif sorumluluk prensibini) benimsemiştir. Haksız bir fiil ile başkasına zarar veren kimse, ancak, kusurluysa bu zararı tazmin ile yükümlüdür.

. *Kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin kınadığı bir irade veya ı[illegible]ade nok[illegible]nıdır. Hukuka aykırı sonucu isteyen veya hukuka aykırı sonucu on/emek ıçın gerekli iradeyi göstermeyen kimse kusurludur* (Bk. Schwarz, sh. 106-108) 17,

---

17) **Hakim, haksız fiili yapan kimsenin kusurlu olup olmadığını, aynı şekilde temyiz kudretine sahip bulunup bulunmadağını tayin ederken, ceza hukukunun** bu **konudaki hükümleriyle ve Ceza Mahkemesinden verilen beraat kararıyle bağlı de. ğildir. Ceza Mahkemesinin beraat veya mahkumiyet kararı, kusurun takdiri ve zarar miktarının tayini hususlarında da hakimi bağlamaz** (BK. m. 53). Bk. JT. 1981, 1. 604. Yarg. 10. HD. 11.11.1985, K. 85/6101 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 373). Yarg. 10. HD. 21.4.1998, K. 98/3008 (Yarg. Kar. Derg. 1998 sh. 1318).

Yarg. 4. HD. 5.2.2001, K. 2001/1003: **Hukuk hakimi, ceza dosyasındaki kusur oranı ile bağlı değildir, ancak, kesinleşen mahkumiyet kararı karşısında davalının kusursuz olduğunu kabul edemez** (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1334).

Ceza mahkemesinin mahkumiyet kararı, fiilin yapıldığını, hukuka aykırı bir ni-**teli_k taşıdığını ve illiyet bağını belirleyen maddi olaylar konusunda hukuk hakimini baglar.** Bk. Yarg. HGK. 5.7.2006, K. 2006/498 (Yargı Dünyası, Nisan 2007, sh. 48); Yarg. 21. HD. 13.11.2007, K. 2007/20495 (Yarg. Kar. Derg. 2009/8, sh. 1574); Yarg. 4. HD. 8.6.2006, K._2006/6949 (Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 121); Yarg. 4. HD. 15.5.2008, K. 2008/6822 (1st. Bar. Derg. 2009/2, sh. 986).

Yargıtay'a göre, BK. md. 53'ün uygulanmasında, ceza hakiminin suçun sanık tarafından işlenmediğinin tesbit olunması nedeniyle beraat kararı vermesiyle, sanığın kendisine yüklenen suçu işlediği yolunda kesin delil bulunmaması sebebiyle beraat kararı vermesi farklı sonuçlar doğurur. İkinci halde, ceza mahkemesinin ver-diği karar, hukuk hakimini bağlamaz. Bk. HGK. 30.1.1976, E. 74/4-475, K. 76/159 (Yarg. Kar. Derg. 1976 sh. 1266); Yarg. 13. HD. 22.10.1986; K. 86/5078 (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 1200). Beraat kararıyla saptanıp kesinleşen maddi olgular hukuk mahke. melerini de bağlar. Bk. Yarg. 19. HD. 18.6.2009, K. 2009/5987 (Yarg. Kar. Derg. 2009/9, sh. 1747); Yarg. 1O. HD. 31.5.1990, K. 90/5223 (Yarg. Kar. Derg. 1990, sh. 1645). **Mad-**di vakıayı saptamayan ceza mahkemesinin beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz. Bk. Yarg. 19. HD. 6.6.2008, K. 2008/6304 (İst. Bar. Derg. 2009/4, sh. 2276).

Yarg. Hukuk Genel Kurulunun 11.12.1985 tar. ve 85/1054 sayılı kararına göre: Ce. za ilamının maddi olayları saptayan kısmı hukuk hakimini bağlar. Bu nedenle, hukuk davasından sonra kesinleşen ceza ilamının maddi olayları belirleyen kısmı, koşulları var ise, usulün (ladei muhakemeye ilişkin) 445/1. maddesinde öngörülen belgelerden sayılır (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 821).

Kusur "kast" ve "ihmal" olmak üzere ikiye ayrılır:

a) Kast. Hukuka aykırı sonucun istenmesi halinde "kast" vardır. Haksız fiili yapan ki:11e, hukuka aykırı sonucu görmüş ve bunu istemiJ_se ::k��den" hareket etmiştir *(Vasıtasız kast= do/us directus).* Böylece örnegın, oldurmek amacıyla başkasını bıçaklayan veya otomobili ile çarpan kimse, hukuka aykırı bir fiille kasden zarara sebep olmuştur. Hukuka aykırı sonucu doğrudan doğruya istemeyen, fakat hukuka aykırı bir sonucun doğması ihtimalini gördüğü halde, buna razı olarak fiili yapan kimse de "kasden" hareket etmiş sayılır *(ihtimali kast= do/us eventualis).* örneğin, caddenin çok kalabalık olduğu bir saatte otomobilini 120 km. süratle sürüp, ölüme veya yararlanmaya sebep olan şahsın davranışında da "kast" vardır.

b) İhmal. *Hukuka aykırı sonuç istenmemiş, fakat şartların gerektirdiği tedbirler alınmamak, dikkat ve özen gösterilmemek suretiyle haksız sonucunu doğmasına sebep olunmuşsa* "ihmal" *vardır. Haksız bir fiilden doğan zarardan sorumluluk için* "kast" *şart değildir, ağır veya hafif* "ihmal" *halinde de, zararın tazmini gerekir* (BK. m. 41/1)[18]. Örneğin, otomobil kullanırken yanındaki şahısla konuşan, bu suretle trafik ışıklarına dikkat etmeyerek başka bir otomobile çarpan kimse, hukuka aykırı sonucu istememiş olmasına rağmen, ihmaliyle sebep olduğu zararı ödemek zorundadır.

İhmalin kıstası objektiftir. Belli bir olayda ihmalin (savsamanın) bulunup bulunmadığını belirlerken, ölçü olarak, normal ve tedbirli bir insandan o olayda ve koşullarda beklenen davranışı dikkate almak gerekir. Kanunların ve diğer hukuk kurallarının emrettiği önlemlerin alınmamış olması "ihmal" teşkil eder. Fakat hukuk kurallarının öngördüğü tedbirlerin alınmış bulunması her zaman yeterli değildir. Koşullar tedbirli bir insanın daha fazla dikkat ve özen göstermesini gerektiriyorsa, bu dikkat ve özen gösterilmediği zaman "ihmal"

---

18) Borçlar Kanunumuzun 41. maddesindeki **"ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik"** şeklindeki ifade, İsviçre Borçlar Kanununun almanca metnindeki **"ihmal = fahrlaessigkelt",** fransızca metnindeki **"ihmal veya tedbirsizlik= negligence ou imprudence"** deyimlerinin karşılığı olarak kullanılmıştır.

Yarg. 13. HD. 18.09.2008, K. 2008/10750: **Hastanın tedavisini üstlenen hastane ve doktorlar, meslek alanı kapsamındaki** bütün **kusurlarından hafif de olsa, sorumludurlar. Yapılan tedavinin, nadirde olsa, olası komplikasyonlarından hastaya bilgi verilmesi, risklerinin anlatılması, komplikasyonun oluşması halinde giderilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda hastanın aydınlatılması ve yazılı olarak rızasının alınması gerekir. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmasına rağmen sonuç alınamamış ve hasta -tedaviye başlanmadan önce- olası komplikasyonlar hakkında aydınlatılmış ve yazılı rızası alınmışsa, hastane ve doktor sonuçtan sorumlu tutulamaz** (Yarg. Kar. Oerg. 2009/1, sh. 78-81).

vardır. İhmalin genel bir alışkanlık haline gelmiş olması, örneğin bir çok kimsenin trafik kurallarına tam olarak uymaması, gerekli dikkati göste�meyen, trafik kurallarına uymayan kimseyi sorumluluktan kurtarmaz. Gerekli ve yeterli ehliyet ve bilgiye sahip olmadığı halde, başaramıyacağı, zarar�sebep olacağı bir işe girişen kimse de kusurludur, zarardan sorumludur. Örneğin, uzman olmadığı halde ameliyat yapan doktor kusurludur, ameliyatın b-��arıya ulaşması için ne kadar dikkat ve özen göstermiş olursa olsun, verdıgı zararı tazminle yükümlüdür. Böyle bir olayda söz konusu kusur, duruma göre "ihmal", hatta "ihtimali kast" niteliğinde olacaktır.

Borçlar Kanunumuz, 44. maddesinde olduğu gibi, bazen "ağır kusura", "ağır ihmale" veya "hafif ihmale" özel hukukı sonuçlar bağlamıştır. "Ağır kusur"dan amaç kast veya ağır ihmaldir. Kanuna uygun olarak, doktrin, kusuru "kast" ve "ihmal" deyimleri altında iki kısımda incelerken, ihmali de "ağır ihmal" ve "hafif ihmal" olmak üzere ikiye ayırmıştır. Ağır ihmalde *(culpa lata),* özerkesin normal olarak alacağı tedbirlerde ihmal gösterilmesi söz konusudur. Örneğin, freni bozuk bir arabayla yola çıkılması ağır bir ihmaldir. Buna karşılık, ancak dikkatli insanların göstereceği özende savsama "hafif ihmal" *(culpa levis)* dir.

2- Kusur ehliyeti (Haksız fiil ehliyeti)

a) Genel olarak

Haksız fiili yapan kimsenin kusurlu sayılabilmesi ve sonuç olarak doğan zarardan sorumlu tutulabilmesi için ayırt etme gücüne (akla uygun biçimde davranma yeteneğine) (Bk. MK. m. 13) sahip olması gerekir. Ayırt etme gücünden yoksun kişiler kusurlu addolunamazlar ve kural olarak haksız fiillerinden sorumlu değildirler. *Haksız fiil ehliyeti* (kusur ehliyeti) *için ayırt etme gücü şarttır ve yeterlidir.* Diğer bir deyişle bir kimsenin kusurlu sayılabilmesi, tam ehliyetli olmasına bağlı değildir. Mümeyyiz küçükler ve mümeyyiz kısıtlılar (mahdut ehliyetsizler) ve kendilerine kanuni müşavir (danışman) tayin edilmiş kimseler (mahdut ehliyetliler) de, tam ehliyetli olmadıkları halde haksız fiilerden doğan zarardan sorumludurlar (MK. m. 16).

b) Ayırt etme gücünden yoksun olanların sorumluluğu

Temyiz kudretinden (ayırt etme gücünden) yoksun olan kimselerin (tam ehliyetsizlerin) haksız fiillerinden doğan zarardan sorumlu tutulmamaları kuralına Borçlar Kanunumuz 54 maddesinde iki istisna getirmektedir:

aa) *"Hakkaniyet gerektiriyorsa, hakim temyiz kudretinden* (ayırt etme gücünden) *yoksun kimseyi verdiği zararın tamamen veya kısmen tazminine*

mahkum edebil[illegible] BK. m. 54/1)[19]. Hakkaniyetin, verilen zararın tamamen ve-ya kısmen tazmınını gerektirip gerektirmediğinin belirlenmesinde, özellikle ta-[illegible]fla[illegible]ın kara[illegible]za'!1anındaki mali durumu[20], zararın üçüncü bir şahsa (örnegın sıgorta şırketıne) ödettirilmesinin mümkün olup olmadığı gözönünde bulundurulur.

Ayırt[illegible]etme _gücünden yoksun kimsenin hakkaniyet icabı zararın tazminine m[illegible]k[illegible]medilmesi, zarara sebep olan fiilin, ayırt etme gücü mevc_,ut ols[illegible]ydı,!ailın 'kusurlu" sayılmasını gerektirecek bir nitelik taşımasına baglıdır.[illegible]rnegın, taş atarak bir dükkanın vitrinini kıran ayırt etme gücünden yoksun kımse, hakkaniyet gerektiriyorsa verdiği zararı tazmine mahkum edilebilir. Buna karşılık,ani birpatlamadan ürkerek refleks bir hareketle geri çekilen kimse, arkasındaki sergiye çarpar ve zarara sebep olursa, kusurlu addolunamaz ve ayırt etme gücüne sahip bulunsun veya bulunmasın hakkaniyetten bahsedilerek zararın tazminine mahkum edilemez (Oser-Schönenberger, m. 54, no. 4; von Tuhr, § 47-V).,

bb) *Temyiz kudretini* (ayırt etme gücünü) *geçici olarak kaybeden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki, kendi kusuru olmaksızın bu duruma düştüğünü isbat ederse sorumlu olmaz"* (BK. m. 54/2). Böylece, örneğin, fazlaca içki alıp, ne yaptığını bilmeyecek ölçüde sarhoş olan kimse, sarhoşken yaptığı haksız fiillerden doğan zararı tamamen ödemekle yükümlüdür. BK. m. 54/2'de söz konusu olan sorumluluk, önceden işlenmiş kusura dayanan bir sorumluluktur. Geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden kimse, ayırt etme gücünü kaybetmede kusursuz olduğunu (örneğin aldığı ilacın beklenmeyen bir etki yaptığını) isbat edebilirse verdiği zarardan sorumlu tutulamaz. Hakkaniyete dayanan tazmin borcuna ilişkin birinci fıkra hükmü sakJıdır.

3- Kusurun Isbatı

Haksız fillerde kusurun isbatı davacıya (tazminat talebinde bulunan kişiye) aittir. Bununla beraber, haksız fiil, failin kusurlu olduğuna karine teşkil edecek bir nitelik taşıyorsa, kusurun ayrıca ispatı gerekmez (Becker, m. 41, no. 98; Tandoğan, sh. 62). Örneğin, otomobiliyle kaldırımda duran bir kimseye çarpan şahsın kusurlu olduğu farzedilir. Bu takdirde, fail, (yani otomobili kullanan kimse) kusursuz olduğu iddiasında ise, bu iddiasını ispat ile yükümlüdür.

---

19) **Ayırt etme gücünden yoksun kimse manevi tazminat ödemeğe demahkOm edllebllır.** Bk. JT. 1949, 1. 517.

20) Bk. JT. 1978, 1. 287; JT. 1977, 1. 194; JT. 1946, 1. 153.

iV- İ L L İ Y E T 8 A Ğ 1

1- Genel olarak

Haksız fiil sebebiyle bir zararı tazmin borcunun doğabilmesi, söz konusu haksız fiille zarar arasında bir *"illeyet bağı'tın* varlığına, diğE:_r birdeyişle, zararın o haksız fiilin neticesinde meydana gelmiş olmasına baglıdır.

Haksız !ii!i!e zarar arasında bir "illiyet" (sebep-□_onu□□bağınınme_□cut 01,up olmadıgı, ılk planda, mantiki olarak tayin edilir. O_rnegın, A □to□abılıyl□B ye çarpmış ve başından ağır yararlanan B birkaç dakıka sonra oın:uş□_e,A-nın haksız fiiliyle B'nin ölümü arasında mantıki ve hukuki açıdan hıç şuphe-siz illiyet bağı mevcuttur.

Haksız fiil ile zarar arasında söz konusu olabilecek mantiki illiyet bağı ç?k geniş sı□ırlar içinde ortaya çıkabilir. Mantıki illiyetin, hangi öl9□□e □uku-kı sorumluluga esas teşkil edebileceğini, diğer bir deyişle, "hukukı ıllıyetın sınırlarını" belirlemek gerekir. örneğin, A, otomobiliyle işine gitmekte olan B'ye çarpmış ve kolunun kırılmasına sebep olmuştur. B gerekli tedaviyi yaptırmak üzere hastaneye giderken ikinci bir kaza olmuş ve B ölmüştür. Mantıki açıdan B'nin ölümüyle A'nın çarpması arasında bir illiyet mevcuttur. Zira, A, B'-ye çarpmasaydı B hastaneye gitmeyecek ve sonuç olarak B'nin ölümüne sebep olan ikinci kaza meydana gelmeyecekti. Mantiki açıdan mevcut olan bu illiyeti, hukuki sorumluluk yönünden de benimsemek ve A'yı ölümden doğan zarardan sorumlu tutmak tatminkar bir çözüm olmayacaktır.

2- Uygun illiyet teorisi

a) Genel olarak

a) İsviçre ve Türk Hukuk Doktirininde ve uygulamada "hukuki illiyet"e ilişkin olarak *"uygun illiyet teorisi"* benimsenmiştir. *Uygun illiyet teorisine göre, zarar ile haksız fiil arasında hukukl açıdan illiyetin varlığını kabul edebilmek için, söz konusu haksız fiilin, genel hayat tecrübesine, olayların normal akışına göre böyle bir zarara sebep olabilmesi gerekir.* Diğer bir deyişle, zarar, haksız fiilin, objektif olasılığa ve hayat denemelerine göre beklenmesi mümkün bir sonucu olmalıdır 21. Bu sınırın dışında kalan zararlarla haksız fiil arasında (mantıki bir illiyet mevcut bulunsa dahi) tazmin yükümlülüğüne esas

---

21) Bk. JT. 1966, 1. 81; JT. 1935, 1. 331; JT. 1931, 1 322; Yarg. 4. HD. 27.10.1989, K. 89/8235 (Yarg. Kar. Derg. 1990, sh. 203). Yarg. 11. HD. 22.12.1975, 4555/1975 (Yarg. Kar. Derg. 1976, sh. 719); Yarg. 4. HD. 13.3.197-8, K. 1978/3193 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 28).

teşkil ed_cek "hukuki illiyet" (uygun illiyet) yoktur. Böylece, yukarıda verilmiş bulunan ornekte, B'nin kolunun kırılmasına sebep olan haksız fiille B'nin ölü-ü arasında "uygun ililyet bağı" mevcut değildir. (Geniş bilgi için, Bk. Eren Fıkret, Sorumluluk hukuku açısından uygun illiyet bağı teorisi, Ank. 1975).

b) Hukuka aykırılık bağı

. . *"Uygun il>:'et"* ilkesi tatbikatta yalnız başına yeterli olmamış, doktrin ve ıçtıhat uygun ıllıyet teorisini *"hukuka aykırılık bağı"* kavramıyla tamamlama, sınırlama gereksinimi duymuştur. Federal Mahkemeye, Yargıtay ve doktrine göre, *bir haksız fiilden doğan zararın tazminini, sadece, haksız fiilden doğrudan doğruya zarar gören kişiler istiyebilir. Haksız fiilden dolayisiyle zarar görenlerin* (victime indirecte) *tazminat isteme hakkı yoktur* 22. Fiil ile zarar arasında bir uygun illiyet bağı mevcut olsa dahi, dolayisiyle zarar gören, diğer bir *deyişle "aykırı davranılan hukuk kuralının korumayı amaçladığı şahısların dışında kalan kişiler"* tazminat talebinde bulunamazlar. Zira, bu durumda *"hukuka aykırılık bağı"* mevcut değildir. Böylece, örneğin, inşaat için kazı yapılırken gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle yol kaymasına ve yolun sekiz gün süreyle kapalı kalmasına sebep olan kişiye karşı, yol üzerindeki birahane sahibinin "müşterinin gelemediğini" ileri sürerek açtığı tazminat davasını Yargıtay bir kararında *"hukuka aykırılık bağı"* bulunmadığı gerekçesiyl reddetmiştir 23. Konuya ilişkin olarak doktrinde ilginç örnekler verilmiştir: iki geminin çarpışması sonucu bir kanal veya boğazın bir süre trafiğe kapanması nedeniyle, başka gemilerin beklemek zorunda kalmalarından veya çok daha uzun bir yolu katetmelerinden doğan zararın istenmesinde veya baş artistin yaralanması sonucu tiyatronun bir süre kapalı kalmasından doğan zararın talep edilmesinde hukuki durum aynıdır, *"hukuka aykırılık bağı"* yoktur, tazminat isteği kabul edilemez 24.

c) Kaçınma hali

"Hukuka ayrılık" unsurunu incelerken de belirttiğimiz üzere, bir fiili yapmaktan "kaçınma" halinde zaradan sorumlu tutulabilmek için, bir kimsenin zararı önleyecek durumda bulunması yeterli değildir; kaçınan kimsenin hu-

---

22) Bk. JT.1978.1.561

23) Bk. Yarg. 4.HD. 8.1.1979, K.79/38 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 642vd.)

24) Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. **Eren Fikret,** Sorumluluk hukuku açısından uygun illiyet bağı teorisi, Ankara 1975, sh. 107 vd. **Tandoğan Haluk,** Uçüncü şahsın zararının tazmini Ankara, 1963, sh. 3 vd. **Atamer Yeşim,** Haksız fiillerden doğan sorumluluğun sınırlandırılması, özellikle uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı kuramları, ist. 1996.

kuk kurallarına göre zarara mani olma (kaçınmama) ile yükümlü ◆lma◆_ı ge◆ rekir. Böylece, örneğin, demiryolları, işletmesinde makası idare ıle gorevlı kimse, görevini ihmal eder ve bir kazaya sebep olursa doğan zarardan sorumludur. Buna karşılık, boğulmakta olan bir çocuğu denize atlayıp ◆urtarma imkanına sahip bulunduğu halde bundan kaçınan kimse (görevli değ◆lse), hukuki açıdan çocuğun ölümüne sebep olmuş sayılmaz. Bu kaçınma ıl◆◆o_cuğun ölümü arasında zarardan sorumlu tutulmaya esas teşkil etfecek bır ıllıyet bağı yoktur (Schwarz, sh. 131-132; von Tuhr, § 13-1/8).

d) Kanıtlama yükümlülüğü

Haksız fiil ile zarar arasında "uygun illiyet bağı"nın varlığını ispat külfeti tazminat isteğinde bulunan davacıya aittir (von Tuhr, § 13-1/9).

e) Çeşitli durumlar

Uygun illiyet teorisi illiyetin tesbiti açısından genel bir ölçü vermektedir. Ancak bu ölçüden belli olaylarda yararlanma, uygulamada çeşitli sorunların çözümlenmesini gerektirecektir. Üzerinde birleşilecek bazı prensiplere rağmen, illiyetin belirlenmesi, neticede "uygun illiyet" kuralını belli koşullar altında meydana gelmiş bulunan olaya uygulayacak hakimin takdirine dayanacaktır [25].

Uygun illiyet teorisinin uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkacak başlıca sorunlara aşağıda ana çizgileriyle değinilmiştir:

aa) *Zarardan sorumlu olmak için, haksız fiilin meydana gelen zararın doğrudan doğruya tek nedeni olması gerekmez* [26]_ Fiil, zararın doğmasına esas teşkil eden sebep niteliğinde ise, haksız fiili yapan kimse beklenebilen yan s◆◆eplerin etkisiyle çoğalmış bulunan zararın tamamından sorumludur[27]. Orneğin, A, B'yi yararlamıştır. Yara normal olarak 20 günde iyileşecek niteliktedir. Fakat B, şeker hastalığı sebebiyle iki ayda iyileşebilmiştir. Bu takdirde, A, B[1]nin şeker hastası olduğunu bilmese dahi, zararın tamamını ödemekle yükümlüdür.

bb) Haksız fiili yapan kimse, (fiilden doğrudan doğruya zarar gören kişiye ilişkin olmak şartıyla), fiilin sadece doğrudan doğruya sonucu olan zarardan değil, fakat fiili sebebiyle normal olarak (dolayısıyle) meydana gelendiğer zararlardan da sorumludur. Örneğin, A, B'nin dolmuş olarak çalıştırdığı

---

25) Bk. JT. 1941, 1. 143.

26) Bk. JT. 1935, 1. 331; JT. 1931, 1. 322; 328. HGK. 24.6.1964, K. 481 **(Olgaç,** Emsal lçt. md. 41, sh. 204).

27) Bk. HGK. 24.6.1964 **(Olgaç,** iBK. m. 41, sh. 5).

arabayaçarpmışs[illegible], A, arabanın onarım gideriyle birlikte, onarım süresince çalışamamak suretıyle B'nin elde edemediği kazancı (yoksun kalınan karı) da ödemek zorundadır 2a_

cc) Haksız fiil ile bir zarara sebep olan kimse (kendi fiili olmasaydı dahi} s[illegible]nra[illegible]n meydana gelen olayın aynı zararı doğuracağı iddiasıyla *(önüne geçıl:n '!!ıyet)* sorumluluktan kurtulamaz. örneğin, uçağa binmek üzere olan B'yiol[illegible]u_r:n [illegible] uçağın dağa çarpıp parçalandığı, bütün yolcuların öldüğü ve kendısı oldurmemiş olsaydı, B'nin de kazada nasıl olsa öleceği iddiasıyla sorumluluğunu oradan kaldıramaz [1]

dd) *"İlliyetin kesilmesi"* diğer bir deyişle belli bir zararı meydana getirebilecek olan haksız fiilin sonuçları tamamiyle meydana gelmeden, ikinci bir olayın aynı sonuca sebep olması halinde, ilk haksız fiili yapan kimse, kendi fiilinin de doğurabileceği sonuçtan değil, ikinci olaya kadar fiilen meydana gelmiş bulunan zarardan sorumludur. örneğin, A, B'yi ölümüne sebep olabilecek bir şekilde yaralıyor. Henüz ölmemiş bulunan B'yi bir taksi ile hastaneye götürürlerken, taksi bi" kamyonla çarpışıyor ve kamyonun şiddetle çarpması neticesinde 8 ölüyor. Bu takdirde, kamyonun çarpmasıyla illiyet kesilmiştir. A ölümüne sebep olabilecek şekilde B'yi yaralamış olmasına rağmen, ölümünden sorumlu değildir. A'nın sorumluluğu çarpışmaya kadar olan zararı kapsar.

ee) *İlliyetin toplanması,* diğer bir deyişle zararın doğmasında birden çok sebebin etkili bulunması halinde de çeşitli ihtimaller ortaya çıkacaktır:

1) *Ortak illiyet:* Zarar birden çok kimsenin aralarında anlaşarak birlikte yaptıkları bir haksız fiil sonucunda meydana gelmişse "ortak illiyet" söz konusudur. Ortak illiyetin en tipik örneği, birden çok kimsenin tek başlarına götüremeyecekleri ağır bir eşyayı birlikte çalmalarıdır. İki kişinin birleşerek bir şahsı dövmesi halinde de durom aynıdır. Bu takdirde ilerde tekrar değineceğimiz üzere, faillerden herbiri zararın tamamından müteselsilen (zincirleme) sorumludur (BK. m. 50).

2) *Birlikte illiyet:* Birden çok kimse, herbiri diğerinden müstakil olarak bir zarara sebep olur ve bunlardan herbirinin fiili tek başına aynı zararı doğurmaya yeterli olursa "birlikte illiyet" vardır. Örneğin, A ve B birbirinden habersiz olarak C'ye ateş eder ve her ikisinin attığı kurşunun da tek başına öldü-

---

28) **Kanuna veya ahlaka aykırı fiillerle gerçekleştirilebilecek karlar sebebiyle tazminat istenemez. Örneğin, kamyonu zarara uğrayan kimse, kamyonunu kaçakçılık işlerinde kullandığı, bu suretle ayda 50.000 TL kazandığı iddiasıyla yoksun kaldığı karı talep edemez.**

rücü nitelikte olduğu anlaşılırsa, gerek A ve gerekse 8, C'nin ölümünden sorumludur.

3) *Alternatif illiyet:* Birden çok kimsenin fiilinden yalnız biri zarara sebep olmuş, fakat zararın kimin fiilinden doğduğu tesbit edilememişse, "alternatif illiyet"ten sözedilir. Örneğin, birden çok kimse köy düğününde ateş etmiş ve bu arada bir kişi yaralanarak ölmüştür. Ölümün kimin kurşunuyla meydana geldiği tesbit edilememişse, kural olarak, zarardan kimse sorumlu tutulamaz. Çünkü, belli bir şahsın fiili ile zarar arasındaki illiyet tesbit edilememiştir.

Buna karşılık, bir kavgada olduğu gibi, birden çok kimsenin fiili bir bütün teşkil ediyorsa, örneğin, bir silahlı çatışmada, çatışmaya katılanlardan veya dışarıdan biri yaralanmış, fakat yaralıyanı tesbit etmek mümkün olmamışsa, meydana gelen zarardan silahlı çatışmaya katılanlar müteselsilen sorumludurlar (Schwarz, sh. 131; von Tuhr, § 13-1/7; Ataay, sh. 87) [29].

§ 111- KUSURSUZ SORUMLULUK

(Objektif Sorumluluk veya Sebep Sorumluluğu)

1- GENEL OLARAK

Başlıca hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk ve İsviçre Hukukunda da, daha önce de değindiğimiz üzere, kural olarak "kusur prensibi" (sübjektif sorumluluk prensibi) benimsenmiştir. Bu prensibe göre, haksız fiili yapan kimse kusurlu değilse (kast veya ihmali yoksa), doğan zarardan sorumlu değildir.

"Kusur prensibi"nin mutlak şekilde kabulü özellikle geçen yüzyılın ikinci yarısından itibaren eleştirilmiştir. Belli şartlarla, belli hallerde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk - sebep sorumluluğu) prensibinin uygulanması istenmiş, diğer bir deyişle, kusurlu olmasa dahi bir kimsenin fiiliyle sebep olduğu zararı tazmin etmesi görüşü savunulmuştur.

Kusursuz sorumluluk görüşünü savunanlar özellikle iki temel hususu gözönünde bulundurmuşlardır:

a) Ulaştırma araçlarındaki süratli gelişme, sınai tesislerdeki çoğalma, teknik alandaki ilerleme, sağladığı vazgeçilmez faydaların yanında çeşitli zararlara da sebep olmaktadır. *Niteliği itibariyle tehlike yaratan bir girişimde bu-*

---

29) Bk. Yarg. 4. HD. 15.2.1983, K. 83/1527 (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 685).

lunan kimse, kusurlu olmasa *dahi girişimin sebep olduğu zarardan sorumlu tutulm[illegible]ldır (tehl!k[illegible]sorumluluğu)* 1,2. Bu görüş günümüzde çeşitli hu_k[illegible]k-dü-zenlerını etkılemıştır. Borçlar Kanunlarında esas itibariyle kusur prensıbını be-

---

1) **BK. Tasarısı md. 71'de, *Tehlike sorumluluğuna* ilişkin olarak yeni bir hükme yer veril[illegible]iştir.** Tasarı md. 71'de **"Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme"** başlığı altın[illegible]a: *"Onemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdır[illegible]e: [illegible]ı zarar[illegible]an işlet[illegible]e _sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. ..*

Bır ışletmenın, mahıyetı veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler g?z önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesı durumunda bile, sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu s9.nucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Ozellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

"[illegible]elirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

"Onemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler." **hükmü öngörülmüştür.**

2) Yarg. HGK. 12.11.2003, K. 2003/641: A, B'ye ait TIR'ın şöförü olarak çalışmaktayken, yolda mola verdiği sırada, araçta çıkan yangın sonucu, araçla birlikte yanarak ölmüştür. *Bilirkişi raporunda,* olayda işverenin, ölen kişinin ve diğer bir şahsın kusurunun bulunmadığı, kazanın %100 beklenmeyen nedenlerden meydana geldiği ifade edilmiştir. **Zarar hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak oluşmuş olup, hukuka aykırı** eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağı mevcuttur. Bu nedenle *"işveren, kendisinin yada kullandığı adamın kusuru olmasa bile istihdam eden sıfatıyla tazminattan sorumludur".* Somut olayda zarar, işverenin işinin görüldüğü, işverenin emir ve taliatı **dahilinde hareket edildiği sırada beklenmeyen nedenler sonucu meydana geldiğinden, nedensellik bağı çerçevesinde, işveren, zarardan tehlike (risk) esasına dayanan sorumluluk hükümlerine göre sorumludur** (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 829-835).

Yarg. HGK. 18.3.1987, K. 87/203: **"İşverenin iş kazalarından doğan sorumluluğu tehlike sorumluluğudur.** Tehlike sorumluluğu en ağır bir kusursuz sorumluluk halini oluşturmaktadır. **İşveren her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa dahi, meydana gelen zarardan sorumludur. Bununla beraber, işverenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için, işletme ve bundan doğan tehlike ile zarar arasında bir uygun illiyet bağının varlığı gerekir. Öteki sorumluluk hallerinde olduğu gibi, tehlike sorumluluğunda da, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru halinde illiyet bağı kesilebilir.** Olayda olduğu gibi, zarar üçüncü kişinin % 100 kusurlu davranışıyla (işverenin temin ettiği işçiyi işyerine götüren araca bir başka aracın çarpmasıyla) **meydana gelmişse, işyerine özgü tehlike ile meydana gelen sonuç arasında uygun illiyet bağının varlığından söz edilemez, işveren zarardan sorumlu tutulamaz.** Buna karşılık, üçüncü kişinin kusuru zararın oluşmasında rol oynayan etkenlerden sadece biri ise, illiyet bağı kesilmez, işvereni sorumlu tutmak mümkün olur". (Yarg. Kar. Derg. 1988, sh. 598-603). **Ayni** nitelikte, Yarg. 21. HD. 16.5.1995, K. 95/2288 (Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 1283 vd.). **Ayrıca Bk.** Yarg. 9. HD. 1.4.1988, K. 88/3695: **Üçüncü kişinin ağır kusuru ile işçinin ölümü halinde işveren sorumlu tutulamaz.**

nimsemiş olan birçok Devlet, çeşitli özel kanunlarla, demiryollarının, vapur, otobüs ve uçak işletmelerinin kusursuz sorumluluğunu (sebep sorumluluğunu) kabul etmiştir. Memleketimizde, bu alandaki gelişmeyi izleyen özel kanunlar (13.10.1983 tarihli Karayolları Trafik Kanunu dışında) henüz yeterli ölçüde mevcut değildir. Uygulamada, biraz sonra inceleyeceğimiz BK. m. 55 ve 58'den yararlanılarak bu alandaki eksikliğin giderilmesine çalışılmaktadır.

b) Kusursuz sorumluluğa esas teşkil eden ikinci husus *"hakkaniyet sorumluluğu"* olmuştur. Hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, failin, kusurlu olmasa dahi zarardan sorumlu tutulması görüşü savunulmuştur. Bu görüş Borçlar Hukukumuzda sadece temyiz kudretinden -ayırt etme gücünden- yoksun olanların sorumluluğunda uygulama alanı bulmuştur (Bk. m. 54).

Yukarıda değinmiş bulunduğumuz tehlike (risk) sorumluluğu ve hakkaniyet sorumluluğu kusursuz sorumlulukta iki ana eğilimi ifade etmektedir. Farklı nedenlere dayanan başka kusursuz sorumluluk halleri de vardır.

Türk Hukukunda, özellikle Borçlar Kanunu ve Medenı Kanunda yer alan başlıca kusursuz sorumluluk halleri aşağıda incelenmiştir. Borçlar Kanunumuz ve Medeni Kanunumuz kusursuz sorumluluğu, genelilkle, dolayısiyle sorumluluk (başkasının fiilinden doğan zarardan sorumluluk) hallerinde kabul etmişlerdir.

iI- BAŞKALARINI ÇALIŞTIRANLARIN (İSTİHDAM EDENLERİN) SORUMLULUĞU (BK. m. 55)

1- Genel olarak

Borçlar Kanunumuzun 55. maddesine göre:

"Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve işçisinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan sorumludur. Şu kadar ki böyle bir zararın meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa dahi zararın meydana gelmesine mani olamıyacağını isbat ederse sorumlu olmaz.

İstihdam eden kimsenin, zarardan sorumlu olduğu ölçüde zararı veren şahsa rücu hakkı vardır."

İstihdam edenin BK. m. 55'de düzenlenmiş bulunan kusursuz sorumluluğu, başkasını çalıştıran kimsenin yükümlü olduğu objektif özeni (dikkat ve itinayı) göstermemiş bulunması nedenine dayanır. Aşağıda ayrıca incelendi-

ği üzere,BK.m. 55'de öngörülen sorumluluk *"kusur karinesine"* dayanan bir sorumluluk değildir, özen borcunun yerine getirilmemesinden doğan bir *"kusursuzsorum/ulu!<'* halidir 2a. özen borcuna aykırı davranılmışsa, istihdam eden, kusurlu olmasa (örneğin temyiz kudretinden yoksun bulunsa) dahi doğan zarardan sorumludur.

Borçlar _Kanunumuz, istihdam edenlerin (başkalarını çalıştıranların) çal[illegible]rdıkları kımselerin verdikleri zarardan sorumluluğunu, *"haksız fiif'in* veya *[illegible]özleşmeye aykırı davranış·,n* söz konusu oluşuna göre 55. 100.maddel[illegible] rında ayrı ayrı düzenlemiştir: a) Borçlar Kanununun 55. maddesinde, kendisiyle sözleşme bağı (borç ilişkisi) bulunmayan bir şahsa, işçinin, hizmetin ifası sırasında haksı[illegible]fiiliyle verdiği zarardan, iş sahibinin sorumlu tutulması hali öngörülmüştür. Orneğin A bir inşaat yaptırmaktadır. İşçilerden biri, dikkatsizlikle elindeki t!Jğlayı düşürmüş ve o sırada caddeden geçmekte olan B'nin yaralanmasına sebep olmuştur. Bu takdirde, B, BK. m. 55 uyarınca, doğrudan doğruya **A'ya** (istihdam edene) karşı dava açarak hizmetinde çalıştırdığı kimsenin haksız fiilinden doğan zararını ödettirecektir. b) Başkalarını çalıştıran kimse ile zarar gören şahıs arasında bir borç ilişkisi (sözleşme) mevcutsa, yardımcı şahısların verdikleri zarardan sorumluluk problemi, ilgili bölümde ayrıca inceleneceği üzere, farklı şartlarla BK. m. 100'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: *"Bir borcun ifasını veya borçtan doğan bir hakkın kullanılmasını kendisiyle beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara, kanuna uygun bir şekilde de olsa bırakan kimse, bunların işlerini ifa esnasında sebep oldukları zarardan dolayı diğer tarafa karşı sorumludur".* 100. maddede, 55. maddeden farklı olarak kurtuluş beyyinesi kabul edilmemiştir. Böylece, A otomobilini tamir etmesi için B'ye vermiş, B'nin yardımcısı olan C de otomobili tamir ederken bir zarara sebep olmuşsa, sözleşmeye aykırı bir davranışın söz konusu olduğu bu durumda, C'nin A'ya verdiği zarardan B, BK. m. 100 uyarınca sorumludur 3.

Bu paragrafta, sadece, istihdam edenlerin BK. m. 55'e göre sorumluluğu incelenmiştir.

2a) Bk. JT. 1947, 1. 202; JT. 1971. 1. 153. Yarg. 4. HD. 2.10.1978, K. 1978/10809) (Yar. Derg. 1979, sh. 39).

3) **Fiilin, "sözleşmeye aykın davranış" ve aynı zamanda "haksız fiil"** niteliği taşıdığı hallerde, daha önce de değindiğimiz üzere (ayırım 11, § 1), zarar gören şahıs isterse 55., isterse 100. maddeye dayanarak istihdam edene karşı dava açma hakkına sahiptir. Bk. JT. 1945, 1. 49.

2- Sorumluluğun şartları

İstihdam edenlerin çalıştırdıkları kimselerin verdikleri zarardan BK. m. 55'e göre sorumlu tutulabilmeleri için aşağıdaki şartların varlığı gerekir [4]:

a) *istihdam eden ile zarar veren kimse arasında "istihdam= çalıştırma" ilişkisi mevcut olmalıdır.* BK. m. 55. anlamında, "istihdam eden" deyimi mesleki veya diğer herhangi bir işinin ifasında, emrine tabi olarak başkalarını çalıştıran kimseyi ifade eder. "Emrine tabi olarak çalışma" ilişkisinin mevcudiyeti için, istihdam edenin, çalıştırdığı şahıstan daha yetkili, daha bilgili olması şart değildir, emretme ve denetleme durumunda bulunması yeterlidir (Tandoğan, sh. 111). *İşinde çalıştıran ile çalışan arasında"emretme ve denetı71e, kontrolü altında talimatına uygun olarak çalıştırma" durumu mevcut degılse, istihdam edenin sorumluluğundan söz edilemez"* s. Böylece, vekalet veren kimse avukatının, bir taksiye binen yolcu şoförün, istisna sözleşmesine (Borçlar Kanunu m. 355 vd.) göre yapılan bir işte, iş sahibi -ilke olarak- yüklenicinin fiilinden doğan zarardan sorumlu değildir s. (Oser-Schönenberger,

---

4) **Basın** (gazete, dergi, kitap vs.) **yoluyla işlenen fiillerden doğacak maddi ve manevi zarardan, yazarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacak gerçek ve tüzel kişiler** 9.6.2004 tarih ve 5187 sayılı **Basın Kanununda ayrıca düzenlenmiştir** (Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. sh. 234, not 34).

Yarg. HGK. 20.2.1991, K. 90/1: Devlet ile hakimler arasında, özel hukukun anladığı manada bir çalışan-çalıştıran ilişkisi bulunmadığı gibi, idare hukukundaki idare ile memur veya diğer kamu görevlileri arasındaki idari hizmet ilişkisi de yoktur. **Hakimler görevlerinde bağımsız olduklarından, hakimlerin vermiş olduğu kararlardan dolayı BK. m. 55 uyarınca Devlet aleyhine istihdam eden (başkasını çalıştıran) sıfatıyla tazminat davası açılamıyacağı gibi, Anayasının 129/5 maddesine ve 40. maddesinin 2. fıkrasına dayanılarak dahi idare aleyhine doğrudan doğruya bir tazminat davası açılamaz.** Ancak, Yargıtay Kanunun 13/2 ve 15/3 maddeleri gereğince yargısal tasarruflarından dolayı Yargıtay üyelerinin şahsi sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu sorumluluğun nasıl gerçekleşeceği Yargıtay. HGK.'nun (Yarg. Kar. Derg. 1987/6, sh. 828-833'te yayınlanan) 14.1.1987 tar. ve 87/1 sayılı kararında açıklanmıştır. (Yarg. Kar. Derg. 1991, sh. 826 vd.}

5) Bk. HGK. 25.12.1968, (Resmi Kar. Derg. 1969, 11/1. sh. 217).

6) Bk. Yarg. 7. HD. 29.6.2006, K. 2006/2135 (İst. Bar. Derg. 2007/1, sh. 238); Yarg. 4. HD. 25.12.2003, K. 2003/15311 (İst. Bar. Derg. 2004/2, sh, 753); Yarg. 15. HD. 28.5.2003, K. 2003/2785 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1725).

Yarg. 7. HD. 29.6.2006, K. 2006/2135: **İş sahibi ile yüklenici arasındaki eser sözleşmesinde, iş sahibine, yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olması halinde, iş sahibi ile yüklenici arasında ba**ğımlılık ilişkisi kurulmuş olacağından, iş sahibinin *"adam çalıştıran"* sıfatıyla -yüklenicinin üçüncü şahıslara verdiği- zarardan sorumlu tutulması gerektiği ve bu sorumluluk türünün de, Borçlar Kanununda belirtilen (BK. md. 51/2) müteselsil sorumluluk olduğu kabul edilmelidir (İst. Bar. Derg. 2007/1, sh. 238). Ayni yönde, Yarg. 7. HO. 4.3.2005, K. 2005/593 (İst. Bar. Derg. 2007/1, sh. 237).

rn. 55, no.9-1O; von Tuhr, § 49-1; Becker, m. 55, no. 3; Oeschenaux - Tercier, sh. 100).

İşin ifasında başkasını çalıştırma çok kere bir "hizmet sözleş[illegible]"n_e dayanır. Bununla beraber, istihdam edenin sorumluluğu için geçerlı bır hızmet sözleşmesinin varlığı şart değildir. istihdam edenin işinde ona tabi olarak yapılan çalışma geçerli bir sözleşmeye dayanmasa, geçici [7] ve ivazsız (karşılıksız) bir nitelik taşısa dahi, istihdam eden BK. m. 55'e göre zarardan sorumludur [8].

İstihdam eden gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Özel hukuka tabi tüzel kişiler de, çalıştırdıkları kimselerin (müstahdemlerin) haksız fiilleriyle verdikleri zarardan BK. m. 55'e göre sorumludurlar [9,10].

Kamu hukuku tüzel kişileri kamu hukuku kurallarına tabidirler (MK. m. 55). Bununla beraber, İdare memur ve ajanlarının sebep oldukları zararlar bakım_ından, uygulamada "hizmet kusuru - şahsi kusur" ayrımı yapılmaktadır[11]. idari eylem ve işlemlerden doğan zararlar nedeniyle, hizmet kusuruna dayanılarak kamu kuruluşlarına karşı açılacak tazminat (tam yargı) davalarınd[illegible]kamu hukuku kuralları uygulanacak ve dava, ilgili kamu kuruluşuna göre, idare Mahkemesinde veya Danıştay'da açılacaktır12. (Bk. 6.1.1982 ve

---

7) Bk. HGK. 25.12.1968, (Resmı Kar. Derg. 1969, 11/1, sh. 217).

8) Bk. JT. 1916, 1. 6.

9) Bk. JT. 1920, 1. 264.

1O) Özel hukuk tüzel kişilerinin, MK. m: 50'ye göre organlarının haksız fiillerinden sorumluluğu ile, BK.m. 55'e göre müstahdemlerinin haksız fiillerinden sorumluluğunu birbirinden ayırdetmek gerekir. MK. m. 50'ye göre, organın haksız eylemi **tüzel kişinin haksız eylemi sayılır (Bk. HGK. 17.2.1958, Olgaç, İBK. m. 55, sh. 8). Böylece, tüzel kişinin, organlarının haksız fiilinden sorumlu olabilmesi için organın kusurlu olması lazımdır. Bunu karşılık, organ kusurlu ise, tüzel kişi BK.** m. **55'deki kurtuluş beyyinnesinden yararlanılarak sorumluluktan kaçınamaz.**

11) Hizmet kusuru ile şahsi kusuru ayıran kireterler hakkında Bk. **Onar Sıddık Sami,** İdari Hukukunun Umumi Esasları, 3. bası, C. il, sh. 1699. Bu konuda ayrıca Bk. Yarg. 4. HD. 22.1.1975, 11399/903 (Yarg. Kar. Derg. 1976, 462); Yarg. 4. HD. 15.1.1979, K. 1979/146 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 493).

12) Uyuşmazlık Mahkemesi 18.5.1992, K. 1992/18: **İdari yargıda ancak Devlete veya diğer kamu tüzel kişilerine karşı açılan davalara bakılabilir. Kamu ajanı da olsa gerçek kişiler kural olarak idari yargı önünde davalı mevkiinde bulunamazlar. Hizmet kusuru veya hizmet kusuruyla kişisel kusurun tedahülü (iç içe bulunması) halinde, memurlar ve diğer kamu görevlilerl aleyhine adli yargı yerinde de tazminat davası açılamaz. Davanın İdare aleyhine açılması gerekir** (Bk. Anayasa md. 129). (RG. 18.7.1992). Ayrıca Bk. Yarg. 13. HD. 10.6.2002, K. 2002/6918 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 59).

2575 sayılı Danıştay Kanunu, md. 24, 6.1.1982 tar. ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri... hakkında kanun, md. 5). Şahsi kusur halinde[13] ise, Uyuşmazlık Mahkemesi ilgili kamu tüzel kişisini (Devlet, Belediye vs.) BK. m. 55'e göre sorumlu tutmakta ve davanın adlı mahkemelerde görüleceğini kabul etmektedir. Bunun dışında, kamu tüzel kişilerininta[illegible]amen özel hukukun alanına giren bir faaliyette bulundukları, özel huku[illegible]tuzel kişisi gibi hareket ettikleri hallerde de kendilerine BK. m. 55 uygulanabılecektir [14].

b) *Zarar hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak meydana gelmiş olmalıdır.* Zarar ile hizmet arasında sıkı bir ilişki yoksa, zarar hi[illegible]_met[illegible]sn[illegible]s[illegible]n-da meydana gelmiş olsa dahi istihdam eden sorumlu değildir. Ornegın, ıstıh-dam edeni bürosundan almaya giderken bir kaza yapan şoförün verdiği za-rardan istihdam eden sorumludur (Trafik Kan. md. 85/1; 4) 1s. Buna karşılık, b[illegible]roya giderken benzin almak üzere bir istasyona uğrayan şoförün herha[illegible]gi bır sebeple orada kavga ederek bir şahsı yaralamasından doğan zarardan ıstihdam eden sorumlu tutulamaz [16]_

---

13) Prof. Sarıca "şahsi kusuru",**"idare nam ve hesabına hareket eden bir idare ajan veya memurunun, idari bir vazife münasebetiyle işlediği ve fakat idari fonksiyon, amme hizmeti, idari kural icap ve şartlarına aykırı ve yabancı olan, bu sebeple idareye atfolunacak yerde, doğrudan doğruya kendine bağlanan ve şahsi sorum**luluğu gerektiren yolsuz bir hareketttir" şeklinde tanımlamaktadır. Bk. Sarıca Ragıp, idari Kaza, C. 1. idari Davalar, İstanbul 1949, sh. 389). Şahsi kusurun tanımına ilişkin olarak ayrıca Bk. Yarg. HGK. 30.4.1986, K. 86/466 (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 1625 vd.).

14) Bk. Yarg. 4. HD. 15.1.1979, K. 1979/146 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 493).

15) **Kazaya** sebep olan şoförü "istihdam eden" durumunda olan kimse, **şoförü işinin ifasında emrine tabi olarak çalıştıran şahıstır. Bu şahıs, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta veya aracı kiralayıp başkasını çalıştırmada olduğu gibi malikten başka bir kimse de olabilir.** Bk. JT. 1936, I. 467; Trafik Kanunu, md. 3.

Yarg. 11. HD. 13.2.1995, K. 95/1127: Bankalar çalıştırdıkları kişilerin işlemlerinden kural olarak sorumludur. Üçüncü kişilere karşı bu sorumluluk, çalışanların yasal yetkileriyle sınırlıdır. Böylece, **banka yetkilisinin görevini kötüye kullanarak, banka kayıtlarına aktarmadan, banka adına kabul ettiği mevduat hesabından, banka, uyguladığı cari faiz oranları üzerinden sorumludur.** Hesap cüzdanındaki bu oranları aşan faiz miktarından banka sorumlu tutulamaz. (Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 754).

16) İş sırasında iki işçinin birbiriyle kavga etmeleri ve bu sırada işçilerden birinin elindeki demirle vurmak isterken başka bir işçiyi yaralaması halinde, işveren doğan zarardarı sorumlu değildir. Zira bu işçilerin eylemleri ile, işverene karşı yapılan işin bir ilgisi yoktur. BK. HGK. 5.12.1967 **(Olgaç,** İBK. m. 55 sh. 7). **Buna karşılık, hizmetin ifası sırasında ve hlzmettle** llglll **olarak, istihdam edenin işçilerinden biri diğerine bir zarar verirse, istihdam eden bu zarardan BK. m. 55'e göre sorumlu tutulabilir. Bk.** JT. 1943. 1. 165.

_za◆ara kasden sebep olunması (örneğin, şoförün yolda intik◆m duygusu i◆e bır kıms◆ye ◆asde_n çarparak ölümüne sebebiyet vermesi} halında, genellıkle, ◆ara◆le hızmetın ifası arasında bir ilgi mevcut olmayacaktır. B◆na karşılık, ◆◆n◆gın sabıkalı bir hırsızın kapıcı olarak tutulması ve onun da kıracılardan bırının malını çalması halinde durum farklıdır. Bu takdirde, istihdam eden zarardan sorumludur.

c} *Zara◆müstahdemin* (çalıştırılan kimsenin} *haksız bir fiilinden doğmuş olmalı ve mustahdemin fiiliyle zarar arasında "uygun illiyet bağt mevcut bulunmalıdır* [17]• Böylece, örneğin işçinin meşru savunma halinde verdiği zarardan istihdam eden sorumlu tutulamaz.

Buna karşılık, doktrinde kabul edildiği (von Tuhr, § 49/1; Becker, m. 55, no. 8, Oser-Schönenberger, m. 55, no. 18; Feyzioğlu, C.I, sh. 620; Tandoğan, sh. 108; Ataay, sh. 329) ve Yargıtayın 27.3.1957 tarihli İçtihadı Birleştirme ve 24.5.1967, 12.4.1974, 15.6.1994, 12.11.2003 günlü Hukuk Genel Kurulu kararlarında da açıkça ifade edildiği üzere, *istihdam eden, meydana gelen z◆◆dan ne kendisinin ve ne de işi görenin (işçinin=müstahdemin) herhangı bır kusuru bulunmasa dahi sorumludur* [18].

Yargıtayın sözü geçen İçtihadı Birleştirme Kararına ve Federal Mahkemeye [19] göre, BK. m. 55'deki sorumluluk "kusuru şart kılan bir me'suliyet mahiyetinde olmadığından, Borçlar Kanununun 43. maddesindeki - *kusurun ağırlığıyla tazminat miktarının oranlı olacağı* - hükmü 55. maddeye ilişkin tazminatlarda uygulanmaz" [20]. Buna karşılık, "zarara, zarara uğrayanın hareketinin (birlikte kusur) [21] veya diğer bir etkenin de beraberce sebebiyet vermiş olduğu hallerde, Borçlar Kanununun 44. maddesinin ilk cümlesi hükmünün uygulanması mümkündür".

Yargıtayın 22.6.1966 tarihli İçtihadı Birleştirme ve 14.6.1969 günlü Hukuk Genel Kurulu kararlarında da belirtildiği üzere, *istihdam edene karşı, ne*

---

17) Bk. Yarg. 4. HD. 4.5.2000, K 2000/4389 (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1034).

18) Bk. İçt. Bir. Kar. 27.3.1957 T., E. 1, K. 3, **(Olgaç,** İBK. md. 55, sh. 1-4); HGK. 24.5.1967 T., E. 966/9-1378, K. 274 **(Olgaç,** İBK. md. 55, sh. 9); HGK. 12.4.1974,K. 395 **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 55, sh. 339). HGK. 15.6.1994, K. 94/398 (Yarg. Kar. Der◆ ◆995, sh 530). HGK. 12.11.2003, K. 2003/641 (Yarg. Kar. Oerg. 2004, sh. 829 vd.) Aynı yonde: Yarg. 21. HO. 5.12.2005, K. 2005/12554 (Legal Hukuk Oerg. Şubat 2006, sh. 558); **Federal Mahkeme de aynı görüştedir.** Bk. JT. 1972, 1. 368, JT. 1947, 1. 202; JT. 1931, 1. 322; JT. 1931, 1. 400.

19) Bk. JT. 1972, 1. 366; JT. 1931, 1. 330-331.

20) Bk. Yarg. HGK. 12.11.2003, K. 2003/641 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 834).

21) Bk. JT. 1972, 1. 636; Yarg. HGK. 12.11.2003, K. 2003/641 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 834).

kendisinin ne de çalıştırdığı kimsenin kusuru aranmaksızın maddi olduğu kadar, bedensel zarar veya ölümü halinde BK. m. *47 uyarınca manevi tazminata davası da açılabilir* 22•23.

3- Kurtuluş beyyinesi (kanıtı)

Borçlar Kanunumuzun 55. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere,istihdam eden aşağıdaki iki halde, çalıştırdığı kimselerin haksız fiilleriyle verdikleri zarardan sorumlu tutulamaz.

a) *İstihdam eden, zararın meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği butun dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlayabilirse zarardan sorumlu degıldır.*

İstihdam eden sorumluluktan kurtulabilmek için, işin niteliğinin ve koşulların gerektirdiği bütün önlemlerin fillen alınmış olduğunu, çalıştırdıgı kişilerin gerek seçiminde, gerekse denetiminde özen gösterdiğini, işçilere ışın niteliğine uygun araçların verildiğini (vs.) isbat etmelidir [24,25]. Koşulların gerektirdiği dikkat ve özen gösterilmemişse, ehil olmayan şahıslar çalıştırılmışsa, bunda istihdam edenin hiçbir kusuru olmasa, örneğin, istihdam eden ayırtma gücünden yoksun bulunsa veya kendisinin uzmanlık alanına girmedıgı için, seçim ve denetimi bu konuda yetkili bir şahsa bırakmış olsa dahi, meydana gelen zarardan istihdam eden sorumludur [26].

b) *İstihdam eden, şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zararın meydana gelmesini önliyemiyeceğini isbat edebilirse sorumluluktan kurtulur.*

Bu durum, mücbir sebeb, zarar gören şahsın veya üçüncü bir şahsın fiiliyle illiyetin kesilmesi hallerinde söz konusudur. Örneğin, intihar etmek iste-

---

22) Bk. İçt. Bir. Kar. 22.6.1966 T. E. 966/7, K. 1966/7 **(Ank. Bar. Derg.** 1966 sh. 689 vd.). HGK. 14.6.1969 T., E. 966/4-1230, K. 619 **(Ank. Bar. Derg.** 1969, s. 6, sh. 1116. Ayrıca Bk. JT. 1947, 1. 203.

23) **27.9.1967 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına göre, haksız fiillerde dava zamanaşımını düzenleyen BK.** m. **60 daki "fail" deyimi haksız fiili yapan şahsı (müstahdemi)** olduğu **kadar, BK.** m. **55 uyarınca haksız fiilden sorumlu olan işverini (istihdam edeni) de kapsar. Böylece, BK.** m. **55 uyarınca işverene karşı açılacak tazminat davasının, "zararın ve işverinin kim** olduğunun**" öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve herhalde zarara sebep olan fiilin meydana gelmesinden itibaren 1O yıl içinde açılması gerekir. '(Bk. Ank. Bar. Derg.** 1967, s. 6, sh. 975).

24) Bk. JT. 1964, 1. 560; JT. 1947, 1. 202.

25) Federal Mahkeme kurtuluş beyyinesinin kolaylıkla kabul edilmemesi gerektiği görüşündedir. Bk. JT. 1947, 1. 202.

26) Bk. İçt. Bir. Kar. 27.3.1957 T., E. 1. K. 3 (Olgaç, İBK. md. 55 sh. **3-4);** JT. 1932, 1. 360; JT. 1931, 1. 400.

yen bir kimse kendini arabanın altına atarsa, istihdam eden sorumlu tutulamaz. Bu hallerde, istihdam edenin dikkat ve itina (özen) yükümlülüğüyle meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı yoktur (Bk. Trafik Kan. md. 86).

4- Başvuru (rücu) hakkı

Haksız fiil sonunda zarar gören kimse, isterse BK. m. 41'e dayanarak haksız fiili yapan şahsa, isterse BK. m. 55 uyarınca doğrudan doğruya istihdam edene karşı tazminat davası açabilir. Her ikisini birden mahkemeye vermesi de mümkündür. Uygulamada zarar gören şahıs, çok kere, gerek maddi durumunu, gerekse kusursuz sorumluluğunu dikkate alarak istihdam edene karşı dava açacak ve zararının tamamını ödettirecektir.

İstihdam eden kimse mahkeme kararıyla veya rızaen zararı ödediği takdirde zarardan sorumlu olduğu ölçüde zarara sebep olan müstahdeme başvurabilir, ödediği paranın kendisine verilmesini isteyebilir (BK. m. 55) [27]. Böylece, istihdam edenin, müstahdemine başvurabilmesi için, müstahdemin kusurlu olması, yani zarar görene karşı BK. m. 41 uyarınca tazminatla yükümlü bulunması gerekir. Uygulamada, istihdam eden, müstahdeme, BK. m. 55 yerine, aralarındaki hizmet sözleşmesine dayanarak başvuracaktır. Zira bu takdirde, BK. m. 96'ya göre, müstahdem ancak kendisinin hiçbir kusuru olmadığını isbat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Ayrıca, hizmet sözleşmesine aykırı davranış sebebiyle dava, daha uzun olan akdi zamanaşımı süresi, yani 1O yıl içinde açılabilecektir.

5- Trafik Kanununa göre sorumluluk

13.10.1983 tarih ve 2918 sayılı (3058 sayılı Kanun - RG. 19.10.1984 -; 245 sayılı KHK - RG. 14.3.1985 -; bu kararnamenin değiştirilerek kabulüne ilişkin 28.3.1985 tarih ve 3176 sayılı kanun - RG. 4.4.1985 - Karayolları Trafik Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine dair 17.10.1996 tarih ve 4199 sayılı kanun - RG. 27.10.1996-ve son olarak 21.5.1997 tarih ve 4262 sayılı Kanun - RG. 25.5.1997 - ile değişik) *Karayolları Trafik Kanunu* [28], *motorlu araçların işletilmesinden doğacak zarardan "işletenin ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukukı sorumluluğu"nu* 85. ve onu izleyen maddelerinde yeniden düzenlemiştir. Motorlu taşıt işletenlere (araç sa-

---

27) **Adam çalıştıran, çalıştırdığı kişiye yanlış talimat veya bozuk araç ve gereç vermek suretiyle kusurlu davranmışsa yönelme (rücu) hakkını kısmen veya tamamen kaybedilebilir.** Bk. Yarg. 4. HD. 27.1.1977, 197/890 (Yarg. Kar. Derg. 1978, sh. **1282).**

28) Bk. RG. 18.10.1983.

hiplerine vs.) ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüsün sahibine karşı açılacak tazminat davalarında 2918 sayılı Trafik Kanunu hükümleri (yapılan değişikliklerle) uygulanacaktır.

Trafik Kanununun uygulama alanı, Kanunun 2. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, Kanun, kural olarak *"karayollarında"* ve karayolu ?şı?daki alanlardan kamuya açık alanlar ile park, garaj, yolcu ve eşya terminalinde, akaryakıt istasyonlarında ve karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerlerde uygulanacaktır. Böylece, demiryollarında, havada ve denizde meydana gelen zararlara Trafik Kanunu hükümleri tatbik edilmeyecektir.

Trafik Kanununun değişik şekline göre 29:

"Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün ünvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar (md.85/1)[30].

---

29) Ayrıntılı bilgi için Bk. **Bolat Bolatoğlu,** Trafik Kanununa göre motorlu araç işletenin hukuki sorumluluğu Ankara 1988. **Tekinay,** sh. 705 vd., **Oğuzman,** C. 11, sh. 128 vd. **Motorsuz taşıtların ve teleferik, vinç gibi karayolunda hareketleri söz konusu olmayan motorlu araçların ve motorlu bisiklet sürücülerinin sebep oldukları zarardan hukuki sorumluluk genel hükümlere tabidir** (Bk. m. 103).

30) Yarg. 4. HD. 3.4.2001, 2001/3270: **2918 sayılı kanun uyarınca, motorlu aracın neden olduğu zararlarda işleten sorumludur. Bu hüküm, BK.'nun 55. maddesi l'!e gö?e daha özel bir nitelik taşır.** (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 27).

"işleten", araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralanması, ariyet veya rehin verilmesi gibi hallerde, kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak, başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasurrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır (md. **3.)Motorlu aracın işletilmesinden doğan zarardan, zararın meydana geldiği sırada "aracın işleteni" kimse o sorumlu olur.** Örneğin, araç kiralanmışsa "işleten" kiracıdır, aracın sahibi işleten değildir, zarardan sorumlu tutulamaz. Bk. Yarg. 13. HD. 6.12.2004, K. 2004/11331 (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 709); Yarg. 17. HD. 17.5.2004, K. 2004/6241 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 1854); Yarg. 17. HD. 24.6.2008, K. 2008/1442 (Yarg. Kar. Derg. 2008/12, sh. 2385).

Yarg. 4. HD. 31.01.2005, K. 2005/552: **Uzun süreli olmayan kiralamalarda araç sahibi Işletendlr. Somut olayda, araç dört** günlüğüne **kiraya verilmiştir. Bu durumda, uzun süreli bir kiralama yoktur. Aracın maliki olan kiralama şirketi "işleten" olarak kabul edilmelidir** (Yargı Dünyası, Aralık 2006, sh. 42).

Finansal Kiralama sözleşmesine konu olan aracın işleteni (süre sonunda, trafik kaydında mülkiyet devri yapılmamış olsa dahi) 2918 sayılı yasanın 3. maddesi uyarınca, aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendine ait olmak üzere çalıştıran ve fiili tasarrufu altında bulunduran kişidir. Bk. Yarg. 19. HD. 18.10.1999, K. 99/6006 (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 421).

"İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın [31] *sebep olduğu trafik kazasından dol[?]yı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda ışleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir* {md. 85/3).

"İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur (md. 85/5).

"İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini

---

Yarg. 4. HD. 14.4.2003, K. 2003/4658: **Trafik kaydı, işleteni kesin olarak gösteren bir kayıt değilse de, onun kim olduğunu belirleyen güçlü bir kanıt niteliğindedir. Ancak, işletenin kayda rağmen başkası olduğu kanıtlanabilir.** (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1191).

Yarg. 4. HD. 29.5.2000, K. 2000/521O: **Onarım için bırakılmış olan aracın sebep olduğu zarardan** (KTK. md. 104 uyarınca) **aracın işleteni sorumlu tutulamaz.** Araç sahibi ile tamirhane sahibi arasındaki sözleşme bir eser sözleşmesidir. Araç sahibi ile tamirhane sahibinin işçisi arasında bir bağımlılık durumu yoktur. Bu nedenle, araç sahibinin tamir süresince <işleten> sıfatı ortadan kalkmıştır. **Zarardan, tamirhane sahibi işleten gibi sorumlu olur** (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1358-1359).

"Araç sahibi", araç için adına yetkili idarece tescil belgesi verilmiş veya sahiplik veya satış belgesi düzenlenmiş kişidir (md. 3). **Tescil edilmiş araçların satış ve devirleri noterlerce yapılır. Bu satış noterlerce tescil belgesine tarih konularak işlenir. Noterlerce yapılmayan satış ve devirler geçersizdir** (md. 20). **Yargıtay'a göre, araç noterde satılmışsa, satış trafik siciline kaydedilmemiş olsa dahi, satıcının sorumluluğu sona erer.** Bk. Yarg. 11. HD. 11.9.2000, K. 2000/6590 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 363}; Yarg. 4. HD. 28.9.1998, K. 98/7195 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1774). **Noterde yapılan devir işlemi, araç mülkiyetinin devri için yeterlidir. Aracı noterde yapılan satış ile devralan, adına tescil yaptırmamış olsa dahi aracın maliki sayılır.** Sicile tescil idari bir işlemdir. Bk. Yarg. 21. HD. 16.10.2008, K. 2008/16095 (İst. Bar. Derg. 2009/1, sh. 590}; Yarg. 17. HD. 10.5.2007, K. 2007/1606 (İst. Bar. Derg. 2007/4, sh. 1856}; Yarg. 11. HD. 25.1.2005, K. 2005/280 (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 1006).

Trafik Kanununun 87. maddesine göre, yaralanan veya ölen kişi hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya moturlu araç yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ve motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk genel hükümlere tabidir.

31) **"İşletilme halinde olm!yan bir motorlu araç"tan** amaç motoru çalıştırılmamış, trafiğe çıkarılmamış araçtır. Orneğin, park etmiş bir araç, yolun meyli nedeniyle kayar ve bir zarara sebep olursa, "işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın" meydana getirdiği bir trafik kazası söz konusudur.

ispat ederse sorumluluktan kurtulur[32]. *Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir* (md. 86).

"Bir motorlu aracın katıldığı bir kazada, bir üçüncü kişinin uğradığı zarardan dolayı, birden fazla kişi tazminatla yükümlü bulunuyorsa, bunlar müteselsil olarak sorumlu tutulur. Birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda, bunlar arasındaki i([şki bakımından, zarar, olayın bütün şartları de[?]*erle*[?]*dirilerek paylaştırılır. Ozel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaştırılmasını haklı göstermedikçe, işletenler ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kusurları oranında zarara katlanır* (md. 88).

"Birden çok motorlu aracın katıldığı bir kazada işletenlerden biri bedensel bir zarara uğrarsa, özel durumlar ve özellikle işletme tehlikeleri başka türlü paylaştırmayı haklı göstermedikçe, kazaya katılan araçların işletenleri ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kendilerine düşen kusur oranında zararı gidermekle yükümlüdürler. işletenlerden ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahiplerinden birine ait bir şeyin zarara uğraması halinde, zarar görenin, ancak zarar veren işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kimseni[?] *kusuru veya geçici olarak temyiz gücünü kaybetmesi veya zarar verene aıt araçtaki bir bozukluk yüzünden zararın vuku bulduğunu ispat etmesi halinde*

---

32) Yarg. 19. HD. 17.5.1993, K. 93/3814: **Tren hemzemin geçitte Tır aracı ile çarpışmıştır.** Hemzemin geçit karayolu ile demiryolunun aynı seviyede kesiştiği geçittir. Bu durumda, **DDY.nın hukuki sorumluluğu Trafik Kanunu'nun 106. maddesine göre işletenin sorumluluğu hükümlerine tabidir** (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 102-105).

Yarg. 4. HD. 1.11.2005, K. 2005/3429: **Demiryolunda,** *hemzemin geçit bulunmaya_n yerlerde,* **meydana gelen olaylarda Karayolları Trafik Yasası'nın uygulanma olanagı yoktur.** Demiryolu yapmak ve işletmek davalı idareye kamu yasasıyla verilmiş görevdir. **Oturulan bölgelere yakın bir yerde raylara yaya girişini önleyecek ayırma duvarının yapılmamış olmasından doğan zarar, idare hukuku kuralları yönünden** *"hizmet kusurundan"* **doğan zarardır.** Zararın giderilmesi için açılacak davaya *"idari yargı yerinde"* bakılması gerekir (İst. Bar. Derg. 2006, sh. 1719).

Yarg. 17. HD. 15.5.2007, K. 2007/1673 **Kazaya, araç sürücüsünün kusuru olmaksızın, teknik bir arızanın neden olması durumunda, sürücünün tazmin yükümlülüğü yoktur. Ancak, araç sürücüsü ayni zamanda aracın maliki ise** *"işleten sıfatıyla"* meydana gelen zarardan kusursuz sorumludur. (Yarg. Kar. Derg. 2008/2, sh. 276 vd.). Ayni yönde: Yarg. 21. HD. 26.2.2007, K. 2007/2765 (Legal, Nisan 2008, sh. 1395).

Yarg. 4. HD. 11.3.1999, K. 99/2098: Trafik kazasından doğan tazminat davasında, **sürücünün kusurlu bulunmadığı, zarara sebep olan eylemin de teknik bir neden**den kaynaklanmadığı anlaşıldığı taktirde, işleten de sorumlu tutulamaz. (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 1518).

z��. v:ren işleten ve�a işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, tazminatla yukumlu tutulur. Tazmınatla yükümlü olan işletenler veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüsü sahibleri zarar gören işletene veya işleticinin bağlı olduğu teşebbus sahıbıne karşı müteselsilen sorumludurlar (md. 89).

"G_e�el ��e katma bütçeli kuruluşlara, il özel idareleri ve belediyelere ve kamu ıktısadı teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait moturlu araçların sebep oldukları zarardan dolayı, bu kanunun işletenin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır (md. 106/1).

_"Bir motorlu aracı çalan veya gaspeden kimse işleten gibi sorumlu tutulur. işleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin, aracın çalınmasında veya gaspedilmesinde kusurlu olmadığını ispat ederse, sorumlu tutulamaz. İşleten, sorumlu olduğu durumlarda diğer sorumlulara rücu edebilir (md. 107/1).

"Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar [33]*. Dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğar ve ceza kanunu bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüş bulunursa, bu süre, maddi tazminat talepleri için de geçerlidir* (md. 109/1-2) [34].

---

33) Yarg. 11. HD. 13.12.2001, K. 2001/9833: **Otobüste yolcu olan davacının trafik kazası sonucunda yaralanmasından doğan davada, uyuşmazlık yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklandığından, yolcunun uğradığı cismani zarar nedeniyle açtığı tazminat davası, BK. md. 125 (Tic. Kan. md. 767/5) uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir.** (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 394).

34) KTK. md. 109'da **"maddi tazminat"** için öngörülen zamanaşımı süreleri **"manevi tazminat"** istekleri için de geçerlidir. Bk. Yarg. 4. HD. 7.3.1996, K. 96/1461 (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 715).

Yarg. 4.HD. 18.2.2001, K.2001/1183: **Trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davalarında, davacının, aracın uğradığı zarara** ilişkin istemi, **zamanaşımı yönünden** (araç hasarına neden olan fiil için ceza Kanununda daha uzun bir zamanaşımı öngörülmediğinden) Trafik Kanununun 109/1 maddesi uyarınca iki yıldır.Buna karşılık, **yaralanmadan doğan maddi ve manevi tazminat talepleri, fiil cezayı gerektirdiğinden,** Trafik Kan. Md. 109/2 ve BK.md. 60/2 uyarınca, Ceza Kanunu'nun bu fiil **için öngördüğü beş yıllık zamanaşımına tabidir.** (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1504).

Yarg. HGK. 16.4.2008, K. 2008/325: **Trafik kazalarında yaralanma nedeniyle açılacak maddi ve manevi tazminat davaları,** *davanın cezayı gerektiren bir eylemden doğması ve Ceza Kanunu'nun bu eylem için daha uzun bir zamanaşımını öngörmesi halinde,* **uzamış zamanaşımına tabidir.** *Ceza Kanunundaki zamanaşımı süresi herhalde olay tarihinden başlar.* **Zarar veya zarar veren, uzamış zamanaşımı süresinden sonra** öğ**renilmişse, dava öğrenme tarihinden itibaren iki yıllık süre içinde açılabilir.** (Yargı Dünyası, Ağustos 2008, sh. 40 vd.).

. *"Hukukı sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazmınat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir* (md. 111) 35.

"Maddi tazminatın biçimi ve kapsamıyla manevf tazminat konularında Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır (md. 90)." [36]

111- EV BAŞKANLARININ SORUMLULUĞU

. _Medeni Kanunumuz 369. maddesinde, ev başkanları için, istihdam edenınkıne benzer bir kusursuz sorumluluğu öngörmüştür. *Ev başkanları, ev halkından olan küçüklerin, kısıtlıların, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişilerin haksız fiilleriyle verdikleri zarardan sorumludur* [37].

Kimin ev başkanı sayılacağı, kanuna, sözleşmeye veya örfe göre belirlenecektir (MK.md.367/1). Eski Medeni Kanunumuzun 152. maddesinde yer alan *"Koca birliğin reisidir'* şeklindeki hükme yeni Medeni Kanunumuzda yer verilmemiştir.

Ev başkanının sorumlu tutulması için zararı veren şahsın kusurlu olması gerekmez. Ev başkanı, örneğin, sekiz yaşındaki çocuğun sokakta oynarken

---

Yarg. HGK. 27.6.2001, K.2001/547: **Trafik kazası nedeniyle açılan maddi tazminat davalarında, davanın cezayı gerektiren bir eylemden kaynaklanması halinde,** (Trafik Kan. md. 109/2 uyarınca) **hem işleten ve hem de sürücü yönünden Ceza Kanunu'nda öngörülen ve daha uzun olan "ceza zamanaşımı" uygulanır.** (Bk. Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1650-1651). Ayni yönde: Yarg. 4. HD. 23.1.2003, K. 2003/760 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 695); Yarg. 4. HD. 8.4.1999, K.99/3022 (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh.1208).

35) Yarg. 11. HD. 12.06.2006, K. 2006/6708: Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. maddesine göre, tazminat miktarına ilişkin olup da, yetersiz ve fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak 2 yıl içinde iptal edilebilir. **Yasanın bu hükmünden yararlanmak için ibra belgesinin iptalinin açıkça ve ayrıca istenmesine gerek olmayıp, dava sırasında bu husus ileri sürülebileceği gibi, yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde hükümlerinin kabul edilmediğine ilişkin bir irade açıklaması da yeterlidir** (1st. Bar. Derg. 2006/6, sh. 2742 vd.).

36) Yarg. 4. HD. 27.6.2006, K. 2006n783: **Araca, sürücünün alkollü olduğunu bilerek binen ve hatır için taşınan kişiye, trafik kazasında yaralanması nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat, bölüşük kusurlu olduğu gözetilerek BK. md. 44 ve hatır için taşındığı dikkate alınarak BK. md. 43 uyarınca, uygun görülecek bir miktarda lndlrllmelldlr** (Yargı Dünyası, Aralık 2006, sh. 44-45).

37) Yarg. 4. HD. 11.10.2001, K. 2001/9354: 17 yaşındaki A'nın, rızasıyla da olsa 15 yaşındaki B'nln kızlığını bozmasından kaynaklanan haksız eylemden A'nın babası da, ev başkanı olarak, Aile birlikte müteselsilen sorumludur, manevi tazminat talebi ev başkanına karşı da yöneltilebilir. (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 707-709).

taş atarak bir vitrini kırmasından veya bir arkadaşını yaralamasından[38] veya ev halkından olan küçüğürı kibrit çakarak veya sigara içip izmaritlerini söndürmeden atarak ormanı yakmasından doğacak zararı tazminle yükümlüdür [39].

Ev halkından olan bir kimse, bir başkasının hizmetini ifa sırasında bir zarara sebep olmuşsa, bu zarardan MK. m. 369'a göre ev başkanı sorumlu değildir. Zarar gören kimse, bu taktirde, BK. m. 55 uyarınca istihdam eden şahsa karşı dava açabilir.

Ev başkanını·n kusursuz sorumluluğu özen görevinin yerine getirilmediği karinesine dayanır. Ev başkanı özen görevini yerine getirmemişse, bundan hiçbir kusuru olmasa dahi zarardan sorumludur. Buna karşılık, MK. 369'da da kurtuluş beyyinesine yer verilmiştir. 369. maddeye göre, ev başkanı, özen görevini yerine getirdiğini, zararın meydana gelmemesi için, olağan ölçülerde, durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle nezaret ettiğini veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat edebilirse zarardan sorumlu tutulamaz [40].

iV- HAYVAN İDARE EDENLERİN SORUMLULUĞU

1- Genel olarak

Bir hayvanı idaresi altında bulunduran kimse, hayvanın sebep olduğu zarardan sorumludur (BK. m. 56). Hayvan idare edenlerin sorumluluğu, istihdam edenlerin ve ev başkanlarının sorumluluğunda olduğu. gibi, objektif özen görevinin yerine getirilmemesine dayanan bir kusursuz sorumluluk halidir [41].

Hayvanın verdiği zarardan, maliki değil, hayvanı idaresi altında bulunduran kimse sorumludur. Hayvanı idaresi altında bulunduran kimseden maksat,

---

38) Yarg. 4. HD. 18.9.2003, K. 2003/10280: Davalı baba, küçük kızının, günün belirli saatlerinde gittiği okulda, davacının küçük yaştaki oğlunun gözüne kalem batırmasının neden olduğu zarardan aile başkanı sıfatıyla sorumludur. Çocukların yatılı okudukları, gözetim ve denetimin tamamen okul idaresine geçtiği durumlarda, aile başkanlığı görevi okul idaresine geçer. Zira bu durumda, aile başkanının bakıp gözetmesi deva":'lılık taşıyacak biçimde ortadan kalkmıştır. Buna karşılık, günün belirli saatlerinde okula gıden çocuğun yetiştirilmesi, gözetilip denetlenmesi okul idaresine ait değildir, aile başkanının görevi içindedir (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 850-851).

39) Bk. Yarg. 4. HD. 1.12.2005, K. 2005/12937 (Yargı Dünyası Oerg. Nisan/2006, sh. 66).

40) Bk. JT. 1976. 1. 232; Yarg. 4. HD. 11.10.2001, K. 2001/9354 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 707); Yarg. 4. HD.14.2.1980, K. 80/1887 (Yarg. Kar. Derg.1980, sh.1345); Yarg. 4. HD. 18.10.2001, K. 2001/9734: Olayın ev başkanının **bilgisi** dahillnd**[illegible]**olması onu sorumluluktan kurtarmaz. (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 31).

41) Bk. JT. 2000, 1. 609; Yarg. 4. HD. 6.2.1996, K. 96/908 (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 713).

hayvanın muhafazasında, gözetiminde, bakım ve kullanılmasında karar yetkisine sahip şahıstır[42]. Böylece, hayvanı idaresi altında bulunduran kimse *"hayvanın maliki"* olabileceği gibi *"kiracısı"* veya *"intifa hakkı sahibi"* de olabilir.

Tüzel kişiler de hayvanı idaresi altında bulunduran şahıs sıfatıyla hayvanın verdiği zarardan sorumlu tutulabilirler.

Hayvanı idaresi altına bulunduran kimsenin sorumluluğu yönünden, hayvanın ehli veya vahşi bir hayvan olması arasında bir fark yokur. Sorumluluk, (köpeğin bir kimseyi ısırması halinde olduğu gibi) maddi ve manevi zararı kapsar [43].

BK. m. 56'ya göre bir sorumluluğun söz konusu olabilmesi için hayvanın kendi hareketi ile bir zarara sebep olması gerekir. Bir at arabasının kullanılmasında veya bir at gezisinde olduğu gibi, hayvanın hareketine insan iradesi hükmediyorsa, süvari, atını süratle sürerek bir şahsın yaralanmasına sebep olmuşsa, diğer bir deyişle, zarar, hayvandan çok ona hükmeden insana bağlanabiliyorsa, zarardan hayvanı idaresi altında bulunduran değil, fakat hayvanın hareketine hükmeden kimse BK. m. 41 uyarınca sorumlu olur [44] (Becker, m. 56, No. 2; von Tuhr, § 49/IV, Ataay, sh. 347).

2- Kurtuluş beyyinesi

Hayvanı idaresi altında bulunduran kimse özen görevini yerine getirmemişse, bunda bir kusuru olmasa, örneğin hayvana nezaret vazifesini ehil bir yardımcı şahsa bırakmış bulunsa dahi, hayvanın verdiği zarardan sorumludur [45]. Buna karşılık, hayvanı idaresi altında bulunduran kimse, hayvanın özelliğinin ve koşulların gerektirdiği bütün dikkat ve itinayı (özeni) gösterdiğini veya gerekli dikkat ve itinayı göstermiş olsaydı dahi zarara mani olamayacağını (örneğin zararın mücbir sebep veya zarar görenin illiyet bağını kesen kusuru sonucunda meydana geldiğini) isbat edebilirse sorumluluktan kurtulur[46].

---

42) Bk. JT. 1979. 1. 2; Yarg. 4. HD. 25.11.1993, K. 93/13614 (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 562); Yarg. 4. HD. 18.3.1980, 2696/3507 (Yarg. Kar. Derg. 1980, sh. 1600). Bir hayvanı satın alan kimse, hayvan kendisine teslim edilmemişse, **"hayvanı idaresi altında bulunduran şahıs"** durumunda değildir. Bk. JT. 1939. 1. 203.

43) Bk. JT. 1956, 1. 237.

44) Bk. JT. 1939, 1. 202.

45) Bk. JT. 1956, 1. 237; JT. 1941, 1. 363. Yarg. 4. HD. 6.2.1996; K. 96/908 (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 712).

46) Bk. JT. 2000, 1. 609; Yarg. 4. HD. 6.2.1996, K. 96/908: **Zarar** görenin **zararın** doğumuna veya çoğalmasına birlikte sebep olması halinde, hayvan idare edenin sorumluluğu, zarar görenin kusurunun şekline ve derecesine göre azalır veya tamamen ortadan kalkar (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 713).

3- Başvuru (rücu) hakkı

Zarar sebep olan hayvan (gürültüyle geçen bir kamyonun yol kenarında bulunan atı ürketmesi, onun da bir çocuğu çiğnemesi halinde olduğu gibi) bir şahıs veya diğe.bir şah?a ait hayvan tarafından ürkütülmüşse, BK. m5 uyarınca zararı odeyen kımse, ürküten şahsa veya ürküten hayvanın sahıbıne başvurabilir (BK. m. 56/2). Ürküten şahıs kusurlu değilse veya ürküten hayvanın sahibi kendi hayvanı yönünden bütün dikkat ve itinayı gösterdiğini isbat edebilirse rücu hakkı yoktur (Oser-Schönenberger, m. 56, no. 18; von Tuhr, § 49-IV, Not, 51 ve 52).

Hayvanı idaresi altında bulunduran ve BK. m. 56 uyarınca zararı ödeyen şahıs, hayvana nezaretle görevli olan yardımcı şahsa da, kusurluysa, aralarındaki sözleşmeye dayanarak rücu edebilir.

4- Hayvanın hapsedilebilmesi veya öldürülebilmesi

Bir gayrimenkulün zilyedi, gayrimenkulü üzerinde zarara sebep olan (örneğin tarlasındaki ekinleri çiğneyen) hayvanı, zarardan doğan tazminat alacağını garanti etmek üzere hapsetmek (alıkoymak) hakkına sahiptir (BK. m. 57). Hayvanın sahibi borcunu ödemezse, gayrimenkulün zilyedi hayvanı icra yoluyla sattırıp, bedelinden alacağını elde edilebilir. BK. m. 57, gayrimenkulün zilyedine şartlar gerektiriyorsa hayvanı öldürmek yetkisini de tanımıştır. Gayrimenkulün zilyedi, hayvanın gerek hapsedilmesi, gerekse öldürülmesi halinde durumu hayvanın sahibine bildirmek ve sahibini bilmiyorsa, kim olduğunu tesbit etmek üzere gerekli önlemleri almak zorundadır (BK. m. 57).

V- BİNA VE DİĞER ESER MALİKLERİNİN SORUMLULUĞU

1- Genel olarak

Borçlar Kanunumuzun 58. maddesine göre:

" *Bir bina veya diğer bir eserin maliki, yapımdaki bozukluğun veya bakımdaki noksanlığın sebep olduğu zarardan sorumludur*" [47],[48].

---

47) BK. m. 58'in bu metni, İsviçre Medeni Kanununun Fransızca nüshasına uygundur. Borçlar Kanunumuzda, "Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o **şeyin fena yapılmasından, yahut muhafazadaki kusurundan dolayı mesul otur"** denmek suretiyle nisbeten farklı bir çeviriye yer verilmiştir.

BK. Tasarısı mad. 69/2'ye göre *"İntifa ve oturma hakkı sahipleri de,* **binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan,** *malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar".*

48) Ayrıntılı bilgi için bk. **Ali Erten,** Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK. açısından, **Türk Hukukunda Yapıların Neden** Oldukları **Zararlardan Dolayı Sorumluluk,** Ankara, 2000.

a) Borçlar Kanunumuzun 58. maddesinde bina ve diğer eser malikleri için öngörülen sorumluluk, tam bir *"kusursuz sorumluluk"* halidir. *Binanın maliki, hiçbir kusuru olmasa, temyiz kudretinden yoksun bulunsa,vhatta binayı başkasından ve yeni iktisap etmiş olsa dahi yapımdaki bozuklugun veya bakımdaki noksanlığın sebep olduğu (maddi ze BK. md. 47 uyarınca manevi) zararı tazminle yükümlüdür49'so·s1.* Bu zarar bir şahsa olduğu kadar, menkul veya gayrimenkul bir mala verilmiş olabilir52. BK. m. 55 ve 56'dan far[illegible]la[illegible]rak, BK. m. 58'çie kurtuluş beyyinesine yer verilmemiştir. Binanın m[illegible]la[illegible], zararın meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği bütün dikkat ve ıhtıma[illegible] {özeni) gösterdiğini, binanın yapımı ve bakımı için en iyi uzmanlar kullandığını isbat ederek sorumluluktan kurtulamaz.

b) Bina ve diğer eser sahiplerinin kusursuz sorumluluğunun daya[illegible]a[illegible] konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Çoğunlukta olan goruşe göre, bina maliklerinin kusursuz sorumluluğu *"tehlike sorumluluğtl'* esasına dayanır.

c) Bina {veya diğer bir eser) malikinin BK. m. 58 uyarınca zarardan sorumlu olması için, binaya (veya diğer bir esere) doğrudan doğruya zilyed olması gerekmez. Bina başkasına kiralanmış olsa dahi, yapımdaki bozukluktan veya bakımındaki noksanlıktan doğan zarardan binanın maliki sorumludur.

d) Binaya birden çok kimse *"elbirliği mülkiyeti-iştirak* halinde mülkiyer hükümlerine (MK. md. 701) göre sahipse, *malikler* (BK. md. 58 kapsamında ortaya çıkan) zarardan *müteselsilen* sorumludurlar.

---

49) Malikin ödeyeceği tazminatın kapsamını tayinde, "kusurun ağırlığına" ilişkin kısım hariç, BK. m 42 ve 44 uygulanır. Bk. **Oser-Schönberger,** m. 58, no. 12., JT. 1933, 1. 593. BK. md. 47 uyarınca "manevi tazminat" ödenmesine ilişkin olarak Bk. İçt. Bir. Kar. 22.6.1966, K. 966/7 (Ank. Bar. Derg. 1966, sh. 689 vd.).

50) **Binanın bakımındaki noksanlık sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyen kiracı, dilerse BK.** m. **58'e dayanarak, dilerse kira sözleşmesine aykırı davranış Iddlasıyla dava açabilir.** Bk. JT. 1935, 1. 238. **Deschenaux-Tercier;** sh. 120.

51) **İsvlçre'de kamu tüzel klşlleri de, gerek özel hukuka, gerek kamu hukukuna tabi bina ve diğer eserler sebebiyle BK.** m. **58'e göre sorumludur.** Bk. JT. 1966, 1. 551; JT. 1959, 1. 388; JT. 1951, 1. 420; JT. 1946, 1. 514.

Hukuki durum ve uygulama memleketimizde farklıdır. Yargıtayın 11.2.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına göre; **"kamu kuruluşlarının verdikleri kararlar sonunda plAn ve projelere uygun olmak üzere tesisler yaptırmış olmaları ve bu tesisleri kullanmaları veya bu tesislere bakmaları sebebiyle fertlerin uğramış oldukları zararların tazminine ilişin davalar, idari davalardandır ve bu bakımdan bu davalarda idari kaza** görevlidir" (Bk. Olgaç, IBK. m. 58, sh. 6-7). Ayrıca Bk. Yarg. 4. HD. 6.11.1974, K. 15425; Yarg. 4. HD. 8.7.1975, K. 8834 (Olgaç, Emsal lçt. Md. 58, sh. 350-351).

52) Bk. JT. 1966, 1. 552.

Binanın mülkiyeti *kat mülkiyetine* çevrilmişse, *bağımsız bölümlerden birine ilişkin* yapım bozukluğundan veya bakım noksanlığından doğan zarardan sadece o *bağımsız bölümün maliki* sorumludur.

Binaya birden çok kimse *"paylı mülkiyet* - müşterek mülkiyet" hükümlerine göre sahipse veya zarar *mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmiş binanın ortak yerlerindeki*(örneğin asansöründeki veya dış kolonlarındaki) bozukluk veya noksanlıktan doğmuşsa, müşterek maliklerin veya kat maliklerinin zarardan *müteselsilen mi, yoksa payları oranında mı* sorumlu olacağı yargıtay kararlarında ve doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır.Yargıtay önceki bir kararında müşterek maliklerin veya kat maliklerinin doğan zarardan *"müteselsilen"* sorumlu olacaklarını kabul etmişti 53. Yargıtay daha sonraki yeni bir kararında, farklı bir görüşü benimsemiştir. Yargıtay, 17. HD.'nin 31.1.2008 tarihli kararına göre, *binanın ortak yerlerinden sayılan kısımlarından doğan zarardan kat malikleri* "payları oranında" sorumludurlar 54.

2- Sorumluluğun şartları

Borçlar Kanunumuzun 58. maddesinde düzenlenmiş bulunan kusursuz sorumluluk için aşağıdaki unsurların varlığına ihtiyaç vardır:

a) Bina veya diğer bir eser söz konusu olmalıdır.

Sorumluluk "bina veya diğer bir eser"in maliki için öngörülmüştür. "Bina"dan amaç, ins[illegible]mların oturması veya diğer ekonomik ihtiyaçlarına cevep vermesi için, arza bağlı bir şekilde yapılmış, tamamen veya kısmen kapalı (ev, garaj ahır vs. gibi) yerler ve bu yerlerin (asansör, merdiven gibi) tamamlayıcı parçalarıdır (von Tuhr, § 50/1, Not 5; Feyzioğlu, C. 1, sh. 658; Tandoğan, sh. 186).

BK. m. 58'deki "diğer eser" veya Kanunumuzdaki ifadeyle "imal olunan şey" deyiminden, "bina" kavramına yaklaşan, toprakla belli ve devamlı bir bağlılığı olan ve suni olarak, yani insanlar tarafından meydana getirilmiş bu-

---

Yarg.4.HD.17.3.2008, K.2008/3485: *BK. md.58 uyarınca, bina malikleri binalarının muhafaza ve bakımından sorumludur.* Davacıya alt binaya zarar veren yangın, davalıya alt ahşap, terkedllmlş komşu binada çıkmıştır. Davalı, boş binada, yabancı uyruklu, kimliği belirsiz kişilerin barınmasına engel olmamış, binanın bakımının ve bu bağlamda kontrolunun yapılmasına ve önleyici tedbirlerin alınmasına yasanın aradığı anlamda özen göstermemiştir. Bu nedenle, davacının zararından sorumludur. (Yarg. Kar. Derg. 2009/2, sh.241-242)

53) Bk. Yarg. 4. HD. 28.3.1989, K. 89/2848 (Uygur, C.I., sh. 935-936).

54) Bk. Yarg. 17. HD. 31.1.2008, K. 2008/413 (Yarg.Kar. Derg. 2008/8, sh.1580vd.).

lunan vapur iskelesi, köprü, su bendi, baraj, tünel, kanal[55], yüzmehavuzu[56], elektrik ve telefon direği ve tesisleri [57], havagazı, doğalgaz ve suboruları[58], yol [59], inşaat iskelesi, teleferik [60] bahçe duvarı, kuyu gibi eserleri anlamak ger_ekir [61]. Toprağa tesbit edilmiş olmayan menkul şeyler, özellikle hareket halında bulunan makinalar, otomobil tren lokomatif gibi motorlu araçlar ve insanlar tarafından yapılmamış olan'şeyl[illegible]r, örneğin ağaçlar, mağaralar BK. m. 58'deki "imal olunan şey = eser" kavramına girmezler.

b) Yapımda bozukluk veya bakımda noksanlık bulunmalıdır.

Bina, inşa ediliş amacının [62], nitelicinin ve inşa edildiği zamanın gerektirdiği teknik şartlara uyulmaksızın yapılrıiış, kötü veya eksik mazleme kullanılmış ise *"yapımda bozukluk'* söz konusudur. Benzeri inşaatlarda da aynı teknik noksanların bulunması veya kötCı malzemenin kullanılması binamalikini sorumluluktan kurtarmaz [63].

---

55) Bk. JT. 2006, 1. 181; JT. 1966, 1. 551; JT. 1936, 1. 331.

56) Bk. JT. 1939, 1. 52.

57) Yarg. 4.HO. 16.2.1987, K. 908: Elektrik tesisleri BK. 58 anlamında "imal olunan **şey"** niteliğindedir. BK. md. 58deki sorumluluk kusura dayanmayan bir sorumluluktur. [illegible]lektrik telinin koparak bir hayvanın ölümüne sebep olması halinde, TEK yönünden bır bakım eksikliği sözkonusudur, doğan zarardan TEK sorumludur. (Uygur, C. 1, sh.926).

TEK'in bir Kamu İktisadi Teşebbüsü olması davanın idari yargıda görülmesinigerektirmez. Zira, 233 sayılı KHK. uyarınca, KİT'ler "kararnamede saklı tutulan hususlardışında özel hukuk hükümlerine tabidir". Bk. Yarg. 4. HD. 28.11.1989, K. 9157 **(Uygur,**c.1,sh. 927-928).

58) Bk. HGK. 15.4.1964, K. 315 **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 58, sh. 355-356).

59) Bk. JT. 1981, 1. 133; JT. 1976, 1. 637.

60) Bk. JT. 2001, 1. 92; JT. 1935, 1. 43.

61) **Yargıtay 4.5.1966** tarihli İçtihadı **Birleştirme Kararında, işletme sahibinin maden çıkarmak amacıyla yeraltında** kurduğu **tesisleri, nitelikçe, BK.** m. **58'deki "yapı veya yapılan herhangi bir şey" kavramı** içinde mütalaa **etmiş ve "maden** imti**yazı sahibi, imtiyaz alanı içinde ocak açıp cevher çıkartması sırasında meydanag_elecek boşlukları** tutan her türlü **tesisi,** zemin **üzerindeki toprağı ve binaları** oldugu **gibi tutacak şekilde yapmak** zorunluğundadır. Bu **tesislerin iyi yapılmaması sonucu toprağın mukavemeti azalır ve arsa kullanılmaz hale gelirse, tesis sahibi BK.** m. **58 uyarınca tazminatla** sorumludur" **neticesine varmıştır.** (Bk. **Olgaç,** İBK.. m. 53,sh. 2-6). Aynı nitelikte: HGK. 19.12.1979, K. 1979/1629 (Yarg. Kar. Derg. 1980,sh. 955).

Yarg. 4. HD. 5.6.1975, K. 7264: **Mandra olar.::ık kullanılan arsanın ortasında bulunan 6-7 metre derinliğindeki** kuyunun **ağzı tehlikeyi önleyecek şekilde kapatılmamıştır. Arsanın maliki, çocuğun kuyunun açık** ol,m **ağzından düşerek, boğulmasın**dan BK. md. 58 uyarınca sorumludur. (Uygur, C. 1, sh. 919-920).

62) Bk. JT. 2006, 1. 183; JT. 1981, 1. 159; JT. 1969, 1. 552; JT. 1966, 1. 552.

63) Bk. JT. 1935, 1. 44; JT. 1931, 1. 339.

Yapımdaki bozukluk sebebiyle meydana gelen zarardan malikin BK. md. 58 uyarınca sorumlu olması için, binanın tamamlanmış bulunmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Federal Mahkemeye göre, BK. md. 58'in uygulanabilmesi "binanın bitmesine ve amacına uygun bir şekilde kullanılmasına" bağlıdır (JT. 1971, 1. 181. Deschanaux-Tercier, sh. 126-127, Oğuzman, C. 11 ş h. 116). Kanaatımızca, bina tamamlanmamış olsa dahi, şartları varsa, BK.md. 58uygulanabilir (Tandoğan, sh. 186; Feyzioğlu, C. 1, sh. 659) [64].

Binanın tamamlanmasından sonra, kullanılış amaç ve şeklinin gerektirdiğimakul[65] ölçüde [66] binanın bakımına özen gösterilmemiş, örneğin çürüyenmerdivenler, eskiyen tesisat yenilenmemiş, çatlayan duvar onarılmamış, emniyet sağlamak için yararlanılması normal ve zorunlu olan yeni araçlardan yararlanılmamış ise *"bakımda noksanlık-muhafazada kusur"* vardır.

c) İlliyet bağı mevcut olmalıdır.

Bina veya diğer bir eserin malikinin BK. m. 58 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için, zarar ile yapımdaki bozukluk veya bakımdaki noksanlık arasında "uygun illiyet bağı" mevcut olmalıdır. Diğer bir deyişle, zarar, binanın yapımındaki bozukluk veya bakımındaki noksanlık sebebiyle meydana gelmiş olmalıdır.

Zarar, mücbir sebep (örneğin şiddetli bir yer sarsıntısında evin yıkılması), zarar görenin veya üçüncü bir şahsın illiyet bağını kesen kusuru sonucunda meydana gelmişse, diğer bir deyişle, zarar görenin veya üçüncü şahsın fiili zararı doğuran başlıca sebep niteliğindeyse, binanın maliki zararı tazminle yükümlü değildir [67]_ Örneğin, üçüncü bir şahıs tarafından gizlice yapı-

---

64) **Yapım bozukluğu ile ilgili olmaksızın, binanın inşa veya tamiri nedeniyle ortaya çıkan risk ve zararlar için BK. m. 58 uygulanmaz.** Bk. JT. 1937, 1. 552. Bu konuya ilişkin olarak ayrıca Bk. JT. 1969, 1. 552.

65) Bk. JT. 2006, 1. 183-184; JT. 2001, 1. 92.

66) Bk. JT. 1940, 1. 367. Yarg. 4. HD. 30.4.1984, K. 4237: Çatıda biriken karların düşüp zarar verecek bir noktaya ulaşmadan önce temizlenmemesi "muhafazada kusur" niteliğindedir. Karların düşmesinden doğan zarardan yapının maliki BK. m. 58 uyarınca sorumludur. (Uygur, C. 1, sh. 929)

67) Bk. JT. 1959, 1. 262. Yarg. 4. HD. 20.5.1998, K. 98/3622 {Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 836-837). Yarg. 4. HD. 24.2.1997, K. 97/1191 {Yarg. Kar. Derg. 1997, sh. 697 vd.); Yarg. 4. HD. 25.2.1986 K. 86/1731 {Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 956). Yarg. 4. HD. 11.10.1977, K. 9394: Her zaman esebilecek normal şiddette bir fırtına bakımsızlık nedeniyle **binanın yıkılmasına sebep olmuşsa, mücbir sebepten söz edilemez. Bina**nın maliki, BK. md. 58 uyarınca binanın yıkılmasının sebep olduğu zarardan sorumludur. (Uygur, C. 1, sh. 936).

lan kanalizasyon inşaatı sırasında havagazı boruları kırılmış ve sızan gazlar kapıcı odasında uyumakta olan bir şahsın ölümüne sebep olmuşsa, meydana gelen zarardan havagazı şirketi BK. m. 58'e dayanılarak sorumlu tutulamaz 68'69

3- İspat külfeti

Binanın (veya diğer bir eserin) yapımındaki bozukluk veya bakımındaki noksanlık sebebiyle zarar gördüğünü iddia eden ve tazminat talebinde bulunan davacı iddiasını isbat ile yükümlüdür. Diğer bir deyişle, yapımda bozukluk veya bakımında noksanlık bulunduğu hususunda bir karine mevcut değildir. Davacı yapımdaki bozukluğu veya bakımdaki noksanlığı ve bunlarla uğradığı zarar arasındaki uygun illiyet bağını ispat etmelidir.

4- Başvurma (rücu) hakkı

Borçlar Kanunumuzun 58. maddesi uyarınca sorumlu olan ve zararı ödeyen malik, yapım bozukluğu ve bakım noksanlığı sebebiyle kendisine karşı sorumlu olan şahıslara, müteahhit, mimar ve mühendislere (BK. m. 360-363), binanın bakımını kendisine bıraktığı yardımcı kişilere (BK. m. 321; 390), gerekli küçük tamiratı yapmakla ve diğerlerini malike bildirmekle yükümlü olan kiracıya (BK. m. 256/3; 258/2; 273), binayı satın aldığı şahsa (BK. m. 215/3) aralarındaki sözleşme uyarınca başvurmak (rücu etmek} hakkına sahiptir. Malik, (zarardan sorumlu tutulabildiği hallerde) binanın zarara sebep olacak bir duruma gelmesini haksız fiiliyle etkileyen üçüncü şahsa da, BK. m. 41ve devamına dayanarak başvurabilir (BK. m. 58/2).

5- Tehlikeyi önleyici tedbirleri alma zorunluluğu

Bina veya diğer eser tehlike arzediyorsa, örneğin, ana duvarlardan biri çatlamışsa, elektrik tesisatında belirli bir bozukluk meydana gelmişse, bu tehlikeden, zarar görebilecek durumda olan kimse, tehlikeyi önleyici tedbirleri almasını malikten isteyebilir (BK. m. 59). Borçlar Kanunu m. 59 uyarınca tehlikenin önlenmesini sadece üçüncü şahıslar değil, bina içinde örneğin kiracı

---

68) Bk. 4. HD. 19.2.1955 **(Olgaç,** Borç. Kan. m. 58, sh. 505).

69) **Mücbir sebepten veya** üçüncü bir **şahsın haksız** fiilinden **doğan kusur** görülebilir durumda **ise,** örneğin yer sarsıntısı sonucunda ana duvarlardan biri çatlamışsa, binanın maliki uygun bir süre içinde gerekli onarımı yapmakla yükümlüdür. **Aksi** takdirde, sonradan doğacak zarardan, örneğin, çatlayan duvarın bir müddet sonra çökmesinden sorumludur (von Tuhr, § 50, not. 16).

sıfatıylaoturan, bu suretle malikle belli bir hukuki ilişki içinde olan kişiler de talep edebilir.

Bina veya diğer bir eserin arzettiği tehlikenin sebebi bir yapım bozukluğu veya bakım noksanlığı olmasa ve tehlikeli bir durumun meydana gelmesinde malikin hiçbir kusuru bulunmasa dahi, malikten tehlikeyi giderici tedbirleri alması istenebilir.

BK. m. 59'da, şahısların ve malların korunmasına ilişkin "zabıta nizamları" ayrıca saklı tutulmuştur.

VI- TAŞINMAZ MALİKİNİN SORUMLULUĞU

Medeni Kanunumuzun 730. maddesine göre, *"Bir Taşınmaz malikinin, mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin* [70] *ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. Hakim, yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir".*

MK. m. 730'da öngörülen sorumluluk bir *"sebep sorumluluğu'dur.* Bir taşınmazın maliki, mülkiyet hakkını yasal kısıtlamalara aykırı kullanması, diğer bir deyişle mülkiyet hakkını kötüye kullanması, özellikle Medeni Kanunumuzdaki komşuluk hakkına ilişkin kayıtlamalara (MK. m. 737 vd.) ve kamu hukukunda öngörülen sınırlamalara aykırı davranması sebebiyle, komşu gayrimenkulün [71] malikinin veya komşu gayrimenkulü mahdut bir ayni hakka veya şahsi bir hakka {örneğin kira hakkına) dayanarak zilyetliğinde bulunduran kimsenin [72] uğradığı zarardan kusursuz olurak [73] sorumludur [74]. 730. mad-

---

70) **İnşa edilecek olan gayrimenkulün normal kullanılması komşu gayrimenkullerin malikleri için tahammül edilemlyecek bir mahiyet arzedecekse, inşaatın yasaklanması istenebilir.** Bk. JT. 1958, 1. 258.

71) **Komşu gayrimenkulden amaç mutlaka bitişik olan gayrimenkul değildir.** Bk. JT. 1956, 1. **261;** JT. 1953, 1. **593.**

72) Bk. JT. 1958, 1. **348;** JT. 1949, 1. 625; Yarg. 4. HD. 8.2.1980, K. 980/1556 (Yarg. Kar. Der. 1981, sh. 292).

73) Bk. JT. 1956, 1. **261;** JT. 1951, 1. 133.

74) **Malikin mülkiyet hakkını tecavüz etmesinden zarar gören şahsın açacağı tazminat davası, haksız fiil sebebiyle açılacak davalar için öngörülmüş bulunan zaman aşımına tabidir. Bk.** JT. 1956, I. 261; JT. 1982, 1. 463. **Müşterek malikler, zarara uğrayana karşı (malik olmaları nedeniyle) müteselsilen sorumludurlar.** Bk. Yarg. 4. HD. **28.2.1980, K.** 80/2578 **(Yarg.** Kar. Derg. 1981, sh. 1413).

de, gayrimenkul maliki için "kurtuluş beyyinesi" de kabul etmemiştir. Böylece gayrimenkulün maliki, örneğin kazı ve inşaatta bulunurken komşu arsa veya binaya zarar verilmesinden (MK. m. 738) veya kendi kendine akan suları kendisine azım o!ın derece en fazla ülkünd tm sından (MK. m. 7 veya gayrımenkulun bulundugu yere gore hoş gorulebılecek dereceyi geçen gürültüler, sarsıntılar yapılmasından, duman, kurum ve koku çıkartılmasından *(MK.* m. 73v) meydana gelen zararı, kendisinin hiçbir kusuru bulunmasa, hatta gayrimenkul (malikin rızasıyla) başka bir şahıs, örneğin kiracı tarafından kullanılmakta olsa ve zarar kiracının fiilinden doğmuş bulunsa dahi tazminle yükümlüdür (von Tuhr, § 50-1/2) 75.

Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını yasal kısıtlamalara aykırı kullanmasından zarar görenler, zararın tazminiyle birlikte *"durumun eski hale getirilmesini", "tehlikenin giderilmesini"* de isteyebilirler.

Gayrimenkulün maliki mülkiyet hakkını yerel adete -yasal kısıtlamalara- uygun olarak kullanmış olsa dahi, bu kullanma, sebep olduğu *"kaçınılmaz taşkınlıklar"* nedeniyle komşu gayrimenkullerin sahiplerine ve/veya zilyedlerine {örneğin kiracılarına) zarar vermişse (MK. md. 730/2 uyarınca) hakim, bu *"kaçınılmaz taşkınlıktan" doğan zararı* karşılayacak uygun bir tazminata hükmedebilir. Örneğin yasal kurallara uygun olarak yapılmakta olan bir inşaat, *niteliği gereği* uzun süre devam etmiş, *katlanılabilecek ölçüyü aşan* gürültü, toz, toprak, yol kapanması vs. ye sebep olmuşsa, komşu taşınmazların sahip veya zilyedleri (örneğin kahveler, restoranlar vs.) bu nedenle uğradıkları *zararın giderilmesini* isteyebilirler [7]sa Buna karşılık, yasal kurallar kapsamında sürdürülen bir inşaattan kaynaklanan *"kaçınılmaz taşkınlıklar'* nedeniyle, *"inşaatın durdurulması"* istenenemez. Yasa Koyucu, Medeni Kanunun 730. maddesine eklediği 2. fıkrayla *"fedakarlıkları dengelemeyi"* amaçlamıştır.

Yarg. HGK. 21.1.2009, K. 2009/21: **Kazı çalışmalarından zarar gören evi, zararın meydana gelmesinden sonra hasarlı olarak satın alan kimse, hasar nedeniyle tazminat talebinde bulunamaz** (Yargı Dünyası, Mayıs 2009, sh. 32).

Uyuşmazlık Mahkemesinin 5.10.1987 tarih ve 87/26 sayılı kararına göre, **bir kamu iktisadi kuruluşu olan TEK'nun, elektrik üretimi için gerekli bulunan suyu sağlamak amacıyla, idari usul ve esaslara uygun plan ve projeleri uygulamak suretiyle, su kuyuları açması ve dinamit patlatması sonucu bitişik taşınmazın kullanılmaz hale gelmesinden doğan zararın tazminine ilişkin dava idari yargının görev alanına girer** (Bk. Resmi Gazete, 18.12.1987, sh. 23-24).

75) Bk. JT. 1951, 1. 133; JT. 1918, 1. 252.

Taşınmazını bir eser meydana getirmesi için istisna sözleşmesi uyarınca müteahhide bırakan malik, MK. md. 656 (yeni madde 730) uyarınca doğan zarardan sorumludur. Bk. Yarg. 4. HD. 20.3.1981, K. 980/3654 (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 1551 vd.).

75a Bk. JT. 2007. 1. 739.

Gayrimenkulün maliki, diğer kusursuz sorumluluk hallerini incelerken de belirttiğimiz gibi, mülkiyet hakkının kullanılmasıyla zarar arasında uygun illiyet bağının mücbir sebep veya zarar görenin veya üçüncü bir şahsın kusuruyla kesilmesi halinde, zarardan sorumlu tutulamaz. örneğin, çok şiddetli bir fırtınanın veya selin etkisiyle bahçedeki ağaçlar komşu binanın üzerine devrilmiş ve zarara sebep olmuşsa, bu zararın tazmini gayrimenkulün malikinden istenemez.

Bir yeraltı garajının inşaası sırasında komşu binanın duvarlarında çatlamalara sebebiyet verilmesi halinde olduğu gibi, meydana gelen zarardan, bazı hallerde, gayrimenkulün maliki olan kimse hem BK. m. 58 ve hem de MK. m. 730'a göre sorumlu olabilir. Bu tip özel durumların dışında, MK. m. 730'un BK. m. 58'den farklı bir uygulama alanı vardır. MK. m 730, gayrimenkulde bir yapım bozukluğu veya bakım noksanlığı olmasa dahi, gayrimenkulün malikinin mülkiyetin kanuni' sınırlamalarına aykırı hareket ederek, komşu gayrimenkulün malikine veya herhangi bir şahsa [76] verdiği zararın tazmininde uygulanacaktır.

VII- TAPU SİCİLİNİN TUTULMASINDAN DOĞAN ZARARDAN DEVLETİN SORUMLULUĞU

Devlet tapu sicilinin hukuka aykırı bir şekilde tutulmasından, diğer bir deyişle, tapu memurunun, tapu sicilinin tutulmasıyla ilgili olarak Medeni' Kanunda, Tapu Sicili Tüzüğünde yer alan kurallara uymamasından doğan bütün zararlardan kusursuz olarak sorumludur (MK. m. 1007) [77]. Böylece örneğin,

---

76) Bk. JT. 1953, 1. 593.

77} Yarg. 4. HD. 3.4.2006, K. 2006/3585: *Dava, tapuda sahte vekaletname ile işlem yapılmasından doğan zararın tazminine ilişkindir.* Hazine, MK. md. 1007 uyarınca, tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan zarardan, noterler de (Noterlik Kan. md. 162'ye göre) **yaptıkları hatalı işlemlerin sebep olduğu zararlardan** *"kusursuz olarak"* **sorumludurlar. Somut olayda, iğfal** (yanıltma) **kabiliyeti olan sahte nüfus cüzdanı kullanılarak resmi vekaletname düzenletilmiştir. Böylece, üçüncü kişinin ağır kusuruyla** *"uygun illiyet bağı"* **kesilmiştir. Davanın bu nedenle reddi gerekir** (Yargı Dünyası, Kasım 2006, sh. 56-57).

Yarg. HGK. 9.5.2007, K. 2007/261: Davacının tapuda kayıtlı taşınmazı, davacıya ait olmayan fotoğraf verilmek ve imzası da taklit edilmek suretiyle, tesbit edilemeyen bir kişi tarafından dava dışı bir kişiye ve onun tarafından da dava dışı kişilere satılmıştır. **Davacının taşınmazı son olarak satın alan kişiye karşı açılan iptal ve tescil davası reddedilmiştir. Satış işlemi yapılırken görevli memurlar gerçek malikin kimliğine ilişkin hiçbir belgeyi incelememişler, satışın yapılmasına göz yummuşlardır. Bunların yaptığı eylem nedeniyle Devletin sorumluluğu yönünden illiyet bağı bu olayda kesilmemiştir. Davacının zararı tapu dairesinde yapılan ve görevin suiistimali niteliğinde olan işlemden kaynaklanmıştır. Devlet zarardan sorumludur.** (Legal mart. 2008, sh. 875 vd.).

haklı bir sebep olmaksızın tapu siciline kayıt düşürülmesinden veya haklı bir nedene dayanılmaksızın mevcut bir kaydın (örneğin ipotek hakkının) silinmesinden doğan zararı, Devlet, tapu memurunun hiçbir kusuru olmasa dahi tazminle yükümlüdür. Devlete karşı tazminat davasının açılabilmesi için, tapu sicilinin tutulmasından maddi bir zararın doğmuş ve zararın kesin olarak gerçekleşmiş bulunması lazımdır. Tapu siciline yapılan yolsuz tescili düzeltme yoluyla zararı önleme imkanı mevcutsa devletin sorumluluğundan söz edilemez [78].

MK. m. 1007 uyarınca devlete karşı açılacak tazminat davlarına BK. md. 60'daki 1 ve 1O yıllık zamanaşımı uygulanır [79].

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararı ödeyen Devlet MK. m. 1007/2 uyarınca zarara kusuru ile sebep olan görevlilere rücu eder (başvurur).

§ iV- BİRDEN ÇOK KİMSENİN AYNI ZARARDAN SORUMLULUĞU

Birden çok kimsenin haksız fiilden doğmuş bir zarardan (aynı zarardan) sorumluluğu, Borçlar Kanunumuzun 50. ve 51. maddelerinde iki ayrı durum gözönünde bulundurularak düzenlenmiştir [1]:

1- Birden çqk kimse, müşterek kusurla (birlikte) bir zarara sebep olmuştur (BK. m. 50);

İl- Birden çok kimse, zarara birlikte sebep olmadıkları halde, aynı zarardan çeşitli sebepler (haksız fiil, sözleşme, kanun) dolayısıyla sorumludur (BK. m. 51).

---

78) Ayrıntılı bilgi için Bk. **Reisoğlu Safa,** Türk Eşya Hukuku C. 1. Yedinci bası, Ankara,.1984, sh. 231 vd.

79) Bk. HGK. 26.9.1962 **(Ad. Derg.** 1963, sh. 155 vd.); Yarg. 4. HD. 28.3.1995, K. 95/2603 {Yarg. Kar. *Derg.* 1995, sh. 879). JT. 1995. 1 . 117. JT. 1926, 1. 132.

1) **BK. Tas. md.61 ve 62'de** *"Birden çok kişinin haksız fiilden doğan aynı zarardan sorumluluğu"* **BK.md. 50 ve** 51**'den farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Tasarının 61. maddesine göre,** *"Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.* "Tasarının 62.maddesinde aynı zarardan müteselsilen sorumlu olanlar arasındaki *-iç ilişki-* hükme bağlanmıştır. Tasarı md.62'de *"Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğugöz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur."*

1- BİRDEN ÇOK KİMSENİN BİRLİKTE BİR ZARARA SEBEP OLMASI

. *Bi:[illegible]çokkimse, müşterek kusurla, yani birbiriyle anlaşarak, araların-[illegible]a ışbırlıg\[illegible]aparak* ([illegible]se.[illegible] Schönenberger, m. 50, No. 2; Deschenaux - Te:-cıe,r,276) *haksız bır fıılle bir zarara sebep olmuşsa,* teşvik eden, asıl faıl, fer an m[illegible]thaldar (yardımcı şahıs) ayrımı yapılmaksızın, haksız fiile katılanların hepsi meydana gelen zararın tamamından BK. m. 141 ve devamı uyarınca,müteselsilen (zincirleme) sorumludur *(T[illegible]m teselsül= Tam dayanışmalısorumluluk)* (BK. m. 50) 2_ *Zarara uğrayan şahıs, kusur dereceleri farklı da*

---

[1]a) Bk. [illegible]-[illegible]979, 1. 546, HGK. 23.3.1966 **(Olgaç,** İBK. md. 50, sh. 3); JT. 1965, 1. 3[illegible]9-Konuya ılışkın ayrıntılı bilgi için Bk. **Metin Gürkanlar** Bir zarara birlikte neden olan bırden çok kişinin sorumluluğu, Ankara1982.

.. [2])**"Teş[illegible]ik eden",** kasden veya ihmal ile bir başkasını haksız fiil yapmaya sevkeden (ozendıren)kın:sedir. Zarara doğrudan doğruya sebep olan **"asıl** fail"in fiilini kolaylaştıran, ona gereklı araçları temin eden şahıs ise BK. m. 50 anlamında **"fer'an methaldar = yardımcı şahıs"dır.**

. Yarg. 4. HD. 13.9.1993, K. 93/10556: **Zarar, karşıt görüşteki kişilerin işyerlerini bır toplu eylemle tahrip etmekten doğmuştur.** Eylemi **önceden bilerek ve isteyerek yapma hali olmasa dahi, birbirlerinin farkında olarak ortak davranışta** bulunulması **durumunda** "birlikte gerçekleştirilen zarar" **sözkonusudur, eyleme katılanlar** (asil fail, yardımcı şahıs ayırımı yapılmaksızın) **BK. md. 50 uyarınca zarardan müteselsilen sorumludurlar.** (Yarg. Kar. Derg. 1993, sh. 1489).

. Yarg. 3. HD. 17.6.1999, K 99/6331: **Kayıp veya çalıntı kredi kartının sahte imza** ıle **alış-verişte kullanılması halinde** uğranılan **zarardan** sorumluluk **haksız** fiil **(BK. md. 41 vd.) hükümlerine tabidir.** Birden çok kimsenin-müşterek bir kusur ile -birlikte bir zarara sebep olmaları halinde, zarar gören kimse, -BK. md. 50 uyarınca-sorumlularının herbirinden zararın tamamen tazminini istiyebilir. Bu nedenle, **kartla yapılan alış-veriş bedelini kartı çıkaran kuruma (bankaya) ödeyen kart sahibi,** uğradığı **zararın** tümünü, **zarardan müteselsilen sorumlu olan ve gerekli dikkat ve özeni göstermemiş bulunan işyerinden istiyebilir. İşyeri, kast veya ağır** ihmali **ile sebep** olduğu **zarardan kart sahibine karşı sorumludur. işyeri, kredi kartı üzerindeki imza ile, müşterinin harcama belgesine attığı imzayı karşılaştırmakla, gerektiğinde müşteriden kimlik kartı istemekle yükümlüdür. Buna karşılık, işyeri gerekli kontrolleri yapmasına rağmen, kredi kartının sahibi tarafından** mı, **yoksa** üçüncü **bir kişi tarafından** mı **kullanıldığını belirliyememişse sorumlu olmaz. Kredi kartı sahibi, kartını dikkat ve özenle saklamak ve özellikle, kredi kartının herhangi bir şekilde elinden çıkması halinde durumu derhal kartı çıkaran kuruma bildirmek mecburiyetindedir. Bu bildirimi yapmayan, bu şekilde zararın oluşumuna olanak sağlayan kredi kartı sahibi de işyeriyle birlikte kusurlu sayılır ve Işyerinin sorumluluğu belirlenirken -BK. md. 44 uyarınca-hakim ödenecek tazminatın indirilmesi yoluna gidebilir. Ancak, işyeri, kredi kartını kullananlarla işbirliği yapmak suretiyle, kasıtlı olarak zarara sebep olmuşsa, zarar görenin ihmali (durumu kartı veren kuruma bildirmemiş olması) dikkate alınamaz.** (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 23-27). Ayni yönde diğer bir karar için Bk. Yarg. 19. HD. 19.6.2001, K. 2001/4798 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 1549).

olsa [3], *aralarında işbirliği yaparak haksız bir fiille zarara sebep olanların hepsinden birden veya sadece birinden maddT ve manevi* [4] *zararının tamamen tazminini istemek hakkına sahiptir.* Böylece örneğin, birden çok kimsenin aralarında işbirliği yaparak düzenlediği bir hırsızlık olayında, planı hazırlayan, eve girerek hırsızlığı yapan, gözcülük etmek ve merdiven sağlamak suretiyle fiile yardımcı olan şahıslar meydana gelen zarardan müteselsilen sorumludurlar, zarara uğrayan kimse bunların herhangi birinden zararın tamamını ödemesini isteyebilir. Zarar, haksız fiile katılanlardan biri tarafından ödendikten sonra, tabiatıyla, ayrıca diğerlerinden zararın tazmini istenemez.

BK. m. 50/11 uyarınca, yataklık eden, yani haksız fiilin yapılmasından sonra faile yardımcı olan kimse, katılması bir zarara sebep olduğu (örneğin çalınan malı parçalara ayırmak suretiyle mala zarar verdiği) veya kardan pay aldığı (örneğin çalınan malı ücret karşılığında sakladığı) ölçüde müteselsilen sorumludur (Becker, m. 50, No. 7; Tandoğan, sh. 375). Zira, faile sonradan yardımcı olarak yataklık edenin fiiliyle, zarar arasında, ancak zararın çoğalmasına sebep olduğu ölçüde illiyet bağı mevcuttur.

Aralarında işbirliği olmaksızın, birden çok kimse, ayrı ayrı aynı zararı doğuracak nitelikte haksız fiillerde bulunmuşlarsa (örneğin, farklı şahıslara ait fabrikalardan aynı nehre zehirli sular akıtılmış ve nehir suyunu içen hayvanların ölümüne sebep olunmuşsa), haksız fiili yapan şahıslardan her biri, BK. m. 50 uyarınca değil, fakat genel kurallar ve illiyet bağına ilişkin kurallar (birlikte illiyet) gereğince, zararın tamamından müteselsilen sorumludur [5]. Burada, zarardan sorumlu olan şahıslar arasında "tam teselsül" mevcut değildir. Bir zarardan aynı zamanda sorumluluğun söz konusu olduğu bu durumda *"eksikteselsülden"* (eksik dayanışmalı sorumluluktan) sözedilir [6] (von Tuhr, § 51/1; Oser-Schönenberger, m. 50, No. 2-3). Aynı şekilde, birbirinden habersiz olarak hareket eden kimselerin kusurlu fiillerinin birleşmesi neticesinde zarar meydana gelmişse; örneğin, gece bekçisinin uyumasından faydalanarak, mağazaya giren kimse hırsızlık yapmışsa, gece bekçisinin ve hırsızın zarardan müteselsilen sorumluluğunda "tam teselsül" yoktur, "eksik teselsül" söz konusudur.

"Tam teselsül" ile "eksik teselsül" arasında fark vardır. Tam teselsülde zarardan sorumlu olanlar, kusur dereceleri ve şahısları lehine mevcut diğer tazminatı azaltma sebepleri dikkate alınmaksızın, zararın tamamını ödemekle mü-

---

3) Bk. JT. 1932, 1. 345.

4) Bk. JT. 1932, 1. 345.

5) Bk. JT.1940, I. 502, JT.1936, 1. 547. Yarg. 4. HD. 24.6.1985, K. 85/6147 (Yarg. Kar. Derg. 1985, sh. 1620).

6) Bk. JT. 19[illegible]:I, 1. 134.

teselsilen yükümlüdürler. *Eksik teselsülde ise, sorumlu şahıslardan herbiri ancak gen[illegible] hük[illegible]mlere (kusur derecelerine vs.) göre ödemekle yükümlü tutulabilecekleri tazminat nisbetinde zararın tamamından müteselsilen sorumludur* [7].

Borçlar Kanunumuzun 50. maddesine göre, hakim, birlikte (müşterek kusur[illegible]a) zarar[illegible] se[illegible]ebiyet verenlerin birbirine başvurma (rücu) hakları[illegible]o[illegible]up o madığını takdır ve ıcabında bu başvurmanın kapsamını tayin eder. Hakım za-rara sebep olanların birbirine başvurma hakkına ve kapsamına ilişkin olarak takdir hakkını kullanırken, kusur derecesini, haksız fiilin kimin yararına işlen-diğini dikkate alır. Fiile yardımcı olanlar, teşvik edene ve asıl faile nazaran da-ha az kusurlu sayılır.

Yukarıda değinilen "eksik teselsül" hallerinde de, zararı ödeyen kimsenin diğerlerine başvurma hakkı ve bunun kapsamı, özellikle kusur dereceleri gözönünde bulundurularak BK. m. 50'ye göre çözümlenir.

11- BİRDEN ÇOK KİMSENİN AYNI ZARARDAN ÇEŞİTLİ SEBEPLERLE SORUMLU TUTULMASI

Başvuruya ilişkin olarak Borçlar Kanununumuzun 51. maddesinde yer alan hükmün varlığından anlaşılacağı üzere, birden çok kimse, birlikte sebep olmadıkları bir zarardan çeşitli nedenler (haksız fiil, sözleşme, kanun) dolayısıyle sorumlu ise, zarar gören şahıs, çeşitli sebeplerle zarardan sorumlu olanlardan dilediğine (veya hepsine) karşı dava açarak zararının tamamını ödettirebilir [8]. Burada BK. m. 50'de farklı olarak *"tam teselsül"değil,* fakat *"ek-*

---

7) Bu konuya ilişkin olarak Bk. JT. 1969, 1. 143.

8) Bk. HGK. 23.2.2000, K. 2000/124 {Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1173 vd.). HGK. 12.2.1969 **(Resmi Kar. Derg.** 1969, 11/1, sh. 322-324);

HGK. 23.2.2000, K. 2000/124: Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinde, sorumluluk için **değişik** nedenlerden biri olarak gösterilen "Kanun" deyimi, sadece Borçlar Kanununda öngörülen (yasadan kaynaklanan) sorumluluk hallerini değil, kamu hukukunda ve diğer tüm kanunlarda yer alan yasal sorumlulukları da kapsar. Böylece, BK.md.51 hükmü, adam kullananların (BK.md.55), hayvan güdenlerin (BK.md.56), yapı maliklerinin (BK.md.58), Hazinenin {MK.md.1007), taşınmaz malikinin (MK. md. 730), **araç** sahibinin -işletenin- (KTK.md.85) sorumluluğunda olduğu kadar, diğer kanunlarda öngörülen yasal sorumluluk hallerinde de uygulanır. {Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1180).

Zararın sorumlu olanlardan biri tarafından ödenmesi halinde, diğerlerinin tazmin borcu sona erer. Bk. JT. 1941, 1. 363; JT. 1937, 1. 522.

Zararın tamamı ödeninceye kadar, kural olarak, zarar gören şahıs, zarardan sorumlu bulunanlardan dilediğine başvurabilir. İstisnai olarak, bunlardan birinin veya üçüncü bir şahsın davranışı, diğerinin fiili ile zarar arasındaki uygun illiyet bağını kesiyorsa, illiyet bağı kesilen sorumlu olmaz. Bk. JT. 1972, 1 636; JT. 1973, 1. 163.

sik teselsül" (davalarının telahuku = bir zarardan aynı zamanda sorumluluk) söz konusudur. (Oser-Schönenberger, m. 51, No. 2 ve 5; Tunçomağ, sh. 365)9. Böylece örneğin, işçinin haksız fiiliyle verdiği zarardan istihdam eden BK. m. 55'e, işçi ise BK. m. 41 ve devamına göre sorumludur. Zarar gören şahıs bunlardan dilediğine karşı (veya her ikisine birden) dava açarak (genel hükümler çerçevesinde) zararının tamamını ödettirebilir.

Eksik teselsülde, aynı zarardan çeşitli sebepler dolayısıyla sorur:r,!_ıı[illegible]k halinde, zararı ödeyenin diğerlerine başvurup vuramıyacağı veya hangı olçude başvurabileceği sorunu BK. m. 51'de düzenlenmiştir. Borçlar Kanunumuzun 51. maddesinin İsviçre metnine göre: *"Birden çok kimse, farklı s[illegible]beple_rle (haksız fiil, sözleşme, kanun) aynı zarardan sorumlu olduğu takdırde, birlikte zarar verenlerin rücuuna (başvurmasına) ilişkin kanuni hükümler kıyasen uygulanır* [10]. Böylece aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olanların birbirlerine başvurup vuramıyacaklarını ve gerektiğinde başvurmanın kapsamını (BK. m. 50 hükmü uyarınca) hakim tayin eder [11] Bununla beraber BK. m. 51/2'de, takdir hakkına ilişkin olarak hakime genel bir direktif de verilmi[illegible]tir. BK. m. 51/2'ye göre, *"kural olarak, haksız bir fiille zarara sebebiyet vermiş olan kimse, en evvel, kendi kusuru ve sözleşmeden doğan bir borcu olmadığı halde, kanun hükmü uyarınca sorumlu olan kimse en sonra, zararı yüklenir".* Böylece, zarar haksız fiili yapan kimse tarafından ödenmişse kural olarak, bu şahıs, kusuru olmadığı halde kanun hüküm uyarınca sorumlu olana (örneğin istihdam edene) başvuramaz [12].

Zararı ödeyen kimse, zarardan sorumlu olan diğer şahsa, ancak, dava, doğrudan ona karşı açılsaydı (kusur derecesine, BK. m. 43 ve 44'deki indirim sebeplerine göre) ödemekle yükümlü olacağı miktar için başvurabilir (Oser-Schönenberger, m. 51, No. 23; Becker, m. 51, No. 8).

---

9) **Eksik teselsülde {BK.** m. **134 hükmünden farklı olarak) borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi, diğerlerine karşı da zamanaşımının kesilmesi sonucu doğurmaz.** Bk. HGK. 23.2.2000, K. 2000/124 (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1179). HGK. 7.3.1986, k. 86/205 (Yarg. Kar. Derg. 1988, sh. 5) HGK. 11.5.1977 K. 1977/468 (Yarg. Kar. Derg. 1978, sh. 678); JT. 1979. 1. 546.

1O) Borçlar Kanunumuzun 51. maddesinin 1. fıkrası asıl metinden farklı bir şekilde tercüme edilmiştir. Maddeyi İsviçre metnine uygun bir şeklide değerlendirmek gerekir.

11) BK. m. 55, 56 ve 58'i incelerken belirttiğimiz "başvurmaya" ilişkin hükümler saklıdır.

12) **Çeşitli sebeplerle zarardan sorumlu olanların hepsi kusurluysa, BK.** m. **51/2 uygulanamaz. Bu takdirde herbiri kusurun ağırlık derecesine göre zararın bir kısmını yüklenir.** Bk. JT. 1922. 1. 578.

§ V- MADDİ ZARARIN TAZMİNİ

1- MADDİ ZARARIN İSPATI

Haksız fiil sebebiyle maddi tazminat talebinde bulunan kimse, BK. m. *4211 uyarınca, maddf bir zarara uğradığını ve zararının miktarını isbat etmekle yükümlüdür*[1]• Zararın gerçek miktarını tam olarak isbat etmek, kar mahrumiyeti, tamamen veya kısmen çalışma kabiliyetinin kaybı hallerinde olduğu gibi, bazen çok güç, hatta imkansızdır. Bu takdirde, hakim, işlerin olağan gidişini ve zarar görenin aldığı tedbirleri gözününde bulundurarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun bir şekilde tayin eder (BK. m. 42/2). BK. m. 42/2'de söz konusu olan "zarar görenin aldığı tedbirler"den maksat, yoksun kalındığı iddia olunan karı sağlamak amacıyla alınmış bulunan ve yoksun kalınan karın saglanabileceği kanısını veren önlemlerdir (von Tuhr, § 13-1/1O).

11- MADDİ TAZMİNATIN ŞEKLİ

Haksız fiilin sebep olduğu maddi zarar iki şekilde giderilebilir:

1) Aynen tazm\n: Haksız fiilden önceki durum yeniden ve aynen tesis olunur. Orneğin, haksız olarak alınan mal iade edilir; yırtılın kitabın yerine bir başkası verilir; zarara uğrayan mal tamir ettirilip eski haline getirilir. Hakim, mal sahibini, bedeli haksız fiili yapan kimse tarafından ödenmek üzere, zarara uğrayan malını tamir ettirmeye de yetkili kılabilir.

2) Para ile tazmin: Haksız fiil sebebiyle malvarlığında meydana gelen eksilme para ödeme suretiyle ortadan kaldırılır, malvarlığı haksız fiil yapılmasaydı arzedeceği değere ulaştırılır. Örneğin, haksız fiil neticesinde yaralanan kimsenin tedavi giderleri ödenir.

---

1) Yarg. HGK. 14.4.2004, K. 2004/227: Dava, elektrik tellerindeki akıma kapılarak yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı, fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmaksızın açtığı davada talep ettiği maddi tazminat miktarını, daha sonra -HUMK. md. 83 vd.'na dayanarak- islah yoluyla artırmıştır. *Anayasa Mahkemesinin'.* HUMK.'nın 87. maddesinin *"davacı, is/ah suretiyle dava konusunu artıramaz"* şeklındekı son cümlesini *iptal eden* 20.7.1999 {RG. 7.11.2001) *tarihli kararından sonraki yasal durum,* **kısmi davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuş olan davacının, dilerse ek dava açmak yerine, saklı tuttuğu alacak** bölümü için **dava içersinde islah yoluyla talepte bulunabilmesidir.** Davacı, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmaksızın dava açmışsa, bu bir *"tam* dava'tjır, geriye kalan haktan zımnen feragat etmiş sayılır. Bu durumda, **fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmaksızın dava açan kimse, islah yoluyla** *davalınınmuvafakat etmesi hali dışında* **dava konusunu artıramaz** {Yarg. Kar. Derg. 2004, sh.1807-1815)

Nakden tazmin, bir defada yapılan ödeme veya "gelir bağlanması" şeklinde söz konusu olabilir. Çalışma kabiliyetinin tamamen veya kıs[illegible]en [illegible]a[illegible]bedilmesi, ölüm sebebiyle yardımdan yoksun kalma hallerinde oldugu gıbı zarar devamlı bir nitelik arzediyorsa, "gelir (irat) bağlanması" suretiyle tazmin yolu daha yararlı gözükebilir. Zararın, bir miktar paranın ödenmesi ve ilaveten "gelir bağlanması" yoluyla tazmini de mümkündür. BK. m. 43/2 uyarınca "zarar ve ziyan gelir şeklinde tayin olunduğu takdirde borçludan icap eden teminat alınır". Bu teminat ipotek, kefalet (vs.) şeklinde olabilir.

Tazminatın şeklini, yani zararın aynen mi, yoksa nakden mi tazmin edileceğini, nakden tazmin edilecekse paranın sermaye şeklinde mi, yoksa "gelir bağlanması" suretiyle mi ödeneceğini tayin yetkisi hakime aittir. BK. m. 43/1 uyarınca *"Hakim, durumun gereğine ve kusurun ağırlığına göre tazmi-r_,_atın şeklini (türünü) tayin eder".* Aynen tazmin her zaman mümkün değildir. Orneğin, bir kimsenin yaralanması halinde aynen tazmin söz konusu olamaz. Verilen zararın niteliğine göre "aynen" veya "nakden" tazmine karar verilebilmesinin mümkün olduğu hallerde, hakim borçlu için ağır bir yük teşkil etmeyecekse, zarar görenin isteğini de gözönünde bulundurmalıdır.

111- MADDİ TAZMİNATIN KAPSAMINI ETKİLEYEN UNSURLAR

Haksız bir fiil ile zarara sebep olan kimsenin ödemekle yükümlü olacağı maddi tazminatın kapsamını tayin ederken dikkate alınacak ilk unsun, daha önce de belirttiğimiz üzere, "uygun illiyet bağı"dır. Haksız fiil yapan kimseden, ancak, meydana gelen zararın uygun illiyet bağının sınırları içinde kalan kısmının ödenmesi istenebilir.

Uygun illiyet bağı ile tayin olunan sınırlar içinde ödenecek tazminatın kapsamını (miktarını) belirlemede aşağıdaki unsurlar göz önünde bulundurulur (Ayrıntılı bilgi için Bk. *Nomer Haluk,* Haksız fiil sorumluluğunda maddi tazminatın belirlenmesi, ist. 1996).

1- Uğranılan zarar

Maddi tazminatın amacı uğranılan maddi zararın giderilmesidir. Böylece, tazminatın kapsamını tayin eden temel unsur "uğranılan zararın miktarı"dır. Maddi tazminat bir "cezalandırma" yolu değildir. Bu nedenle, kast halinde dahi, haksız fiil sonucunda uğranıldığı isbat olunan "maddi zarar" miktarından daha fazla tazminata hükmolunamaz [2]. Haksız fiilden zarar gören ki-

---

2) **Ticaret Kanunumuzun 1301. maddesine göre, mal sigortalarında** (bir malın belli bir rizikoya karşı sigorta ettirilmesinde), **"Sigortacı sigorta bedelini ödedikten sonra hukuken sigorta ettirenin yerini alır. Sigorta ettiren kimsenin meydana gelen za-**

şi, bu haksız eylem sonucu bir yarar sağlamışsa (örneğin bazı vergilerden kurtulmuşsa), bu yarar zarardan indirilir 3.

Yargıtaya göre, zararın miktarını belirlemede, (tazminat davasının açıldığı vey': tazminata hükmedildiği tarihi değil) *malın,* (haksız fiil nedeniyle) *mal varlığından çıktığı, bu nedenle mal varlığının azaldığı gündeki gerçek sürüm?eğeriıy di*[illegible]*kate almak gerekir.* Diğer bir deyişle, tazminatın tutarı, mal varlığındakı eksılmenin meydana geldiği tarihe göre tesbit olunmalıdır. Ancak ödemenin daha sonra yapılmasından doğacak zararın giderilmesi gerektiğinden, tazminata hükmedilirken, *geç ödeme faiz yürütülerek karşılanır* 4.

Maddi zararın hesabında, zarara uğrayan malın satış bedeli değil, fakat o malın elde [illegible]dilmesi, eski halin yeniden tesis için gerekli para gözönünde bulundurulur. Orneğin, 400 milyon liraya satın alınan bir pardesü dört aylık bir kullanmadan sonra tahrip edilmişse, ödenmesi gerekli tazminat miktarı, kullanılmış bir pardesünün nisbeten düşük olan satış bedeli değil, fakat o nitelikte bir pardesü satın almak için gerekli paradır. Hakimin, duruma göre haksız fiilden önceki kullanmayı dikkate alarak tazminat miktarında bir indirim yapması mümkündür.

---

rardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa, bu hak, ödediği bedel oranında sigortacıya geçer". Böylece, haksız bir fiil ile mala (örneğin bir otomobile) verilen zararlarda, zarar gören kimse, zarar kısmen sigortaca karşılanmışsa, ancak karşılanmıyan kısım için zararı verenden tazminat isteyebilir. (TK. md. 1301/2). Bk. Yarg. 11. HD. 11.9.1975. 2211/4933 (Yarg. Kar.Derg. 1976, sh. 998).

Buna karşılık, "can sigortalarında" Ticaret Kanunumuz farklı bir çözümü benimsemiştir. Bir kimsenin kaza sonucu (ölüm veya çalışma gücünü kaybetme suretiyle) uğrayacağı zararlara karşı kendini sigorta ettirmesi halinde, diğer bir deyişle **kaza** sigortasında (TK. md. 1334 vd.). "üçüncü şahsın kusuru neticesinde meydana gelen kazalardan dolayı sigorta ettirenin sigortadan tazminat alması, sigorta ettirenin üçüncü şahsa başvurma hakkını ortadan kaldırmaz. Üçüncü şahıs, sigorta ettirenin, sigortası dikkate alınmaksızın, bütün zarar ve ziyanını ödemekle yükümlüdür -TK. md. 1388-". Böylece kaza (can) sigortalarında, zarara uğrayanlar (ölüm halinde mirasçıları) ölüm veya çalışma gücünün kaybı nedeniyle sigortadan tazminat almış olsalar dahi, bütün zararlarını haksız fiili yapandan isteyebilirler. Kaza (can) sigortalarında, sigorta şirketinin yaptığı ödeme nedeniyle kazaya sebep olan kişiye karşı dava açma hakkı yoktur. Bk. Yarg. Tıc. D. 25.5.1970, 211/2208 **(Olgaç,** içtihatlarla Türk licaret Kanunu, Ank. 1979, sh. 1338).

3) BK. Yarg. 4. HD. 10.4.1980, 2305/471O (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 35).

4) Bk. Yarg. HGK. 23.02.2005, K. 2005/95 (İst. Bar. Derg. 2006/2, sh. 735); Yarg. 4. HD. 23.12.1982, K. 92/11637, (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 520 vd.). Doktrinde, uğranılan zararı gidermeye yeterli olabilmesi için, zarar miktarının belirlenmesinde, karar gününün veya bilirkişi incelemesinin yapıldığı tarihin esas alınmasi gerektiği görüşü de savunulmuştur. (Bk. **Tekinay,** sh. 812-813; 1156-1157).

Haksız fiil sonucunda zarara uğrayan şey ancak bütünüyle değer arzeden bir malın bir parçasını teşkil ediyorsa, örneğin, orijinal bir çay takımı ?ın birkaç fincanı kırılmışsa, tazminat miktarını tayin ederken sadece ?[1].r.ılantıncanların nisbT değeri değil, (icabında geri kalan kısımlar ?ak?.?.fı.?lı yapan kimseye bırakılmak üzere) çay takımının tamamının bedelı gozonunde bulundurulur.

Maddi zararın kapsamına, meydana gelen fiilTzararla birlikte, bu zarar nedeniyle yoksun kalınan kar da girer. örneğin A, B'yi yaralamışsa ?eya ? B'nin otomobilini hasara uğratmışsa, A, sadece tedavi veya onarım gıderlerıni değil, fakat uygun illiyet bağının sınırları içinde, B'nin çalışamamak veya otomobilinden yararlanamamak suretiyle yoksun kaldığı net karı[5] d?.öd?mek zorundadır. Yoksun kalınan kardan amaç, norma şartlara ve zarar gorenın ?1-dığı önlemlere göre (BK. m. 42/2) elde edilmesi olanağı kuvvetli bulunan kardır [6].

2- Kusurun ağırlık derecesi

Tazminat kapsamını tayinde haksız fiili yapan kimsenin kusurunun ağırlık derecesi de rol oynar. BK. md. 43/1'e göre *"Hakim durumun gereğine ve kusurun ağırlığına göre tazminatın şeklini ve kapsamını tayin eder".* Böylece Boçlar Kanunumuz, kasten bir zarara sebep olan şahsın tazminat borcuyla, dikkatsizlikle zararın doğmasına yol açan kişinin sorumluluğu arasında bir fark yaratma, hafif kusur halinde tazminatın miktarını azaltma imkanını hakime tanımıştır. Bununla beraber, zarar görenin mali durumu iyi değilse, failin kusuru hafif de olsa hakim zararın tamamiyle tazminine hükmedebilir (von Tuhr, § 13-111).

3- Zarara uğrayanın rızası

Borçlar Kanunumuzun 44. maddesine göre: *"Zarara uğrayan taraf zarara razı olduğu takdirde hakim, zarar ve ziyan miktarını azaltabilir veya tazminata hükmetmeyebilir".* 44. maddede söz konusu olan rıza, "rıza göstermenin" fiilin hukuka aykırı niteliğini ortadan kadırmadığı hallere ilişkindir [7]. Örneğin, intihar etmek isteyen bir kimseye kendi rızasıyla yapılan enjeksiyon, rızaya rağmen haksız fiil niteliğindedir, tazminat ödenmesini gerektirir. Bu takdirde, rıza gösterilmiş olunması, duruma göre, indirim veya tazminata hükmetmeme sebebidir.

---

5) Bk. JT. 2003, 1. 511.
6) Bk. JT. 1957, 1. 464.
7) Bk. HGK. 21.5.1975, K. 6579 (**Olgaç,** Emsal İçt. md. 44, sh. 278).

4- Zarar görenin birlikte kusuru

Zararın meydana gelmesinde veya artmasında zarara uğrayan kimse de kusurluysa, diğer bir deyişle zarara uğrayan kimse normal bir insanın kendi menfaatlerini korumak için sakınması gerekli bir eylemde bulunmuşsa, *"birlikte kusur"* söz konusudur. Örneğin, bir otomobil kazasında otomobili kullanan da, yaralanan şahıs da trafik kurallarına uymamışsa, yaralanan şahıs, alkol alan sürücünün aracına durumu bilerek binmişse a zararın meydana gelmesinde zarar görenin birlikte kusuru vardır. Aynı şekilde, zarar görenın zararın çoğalmaması için gerekli olağan önlemleri almaması, örneğin gerekli tedaviyi yaptırmaması [9] veya büyük riski olmayan bir amaliyata razı olmaması ve bu sebeple zarar miktarının artması halinde de birlikte kusurdan sözedilir. *Birlikte kusur halinde, zarar görenin kusurunun derecesine göre, ha.kim tazminat miktarını azaltabilir veya tazminata hükmetmeyebilir* (BK. m. 44/1)[10].

---

8) Bk. HGK. 14.4.2004, K. 2004/226 (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 1211); Yarg. 4. HD. 27.6.2006, K. 2006/7783 (İst. Bar. Derg. 2007/5, sh. 2247).

Yarg.13.HD. 27.02.2009, K.2009/2549: **ATM cihazındaki kart yuvasını,** *kötüniyetli üçüncü kişilerin kolayca müdahalesine açık bırakan ve bu cihazlara telefon düzeneği yerleştirilmesini engelleyecek önlemleri ve yeterli denetim tedbirlerini almayan* **Banka, olayda asli kusurludur.** Kart sahibi ise. banka kartı ve bilgilerini özenli ve güncel bir şekilde korumak ve kartın kaybolması veya çalınması durumunda bankayı derhal haberdar etmek zorundadır. **Kartı ATM cihazına sıkışan kart sahibi,** *daha güvenli yollardan bankayı haberdar etmek yerine, kötüniyetli kişilerin talimatı ile hareket edip,* **kart ve bilgilerin onların eline geçmesine sebep olmuştur.** *Bu nedenle,* ***olayda kart sahibi de birlikte kusurludur.*** (Yargı Kar. Derg. 2009/4 sh.702 vd.)

9) Bk. JT. 1935, 1. 504.

1O) Bk. JT. 1970, 1. 84; JT. 1970, 1. 338.

Ameliyat veya gerekli özel tedavi giderlerinin önceden sorumlu kişi tarafından ödenmesi gerekir. Aksi takdirde, amaliyattan veya tedaviden kaçınma iddiasına dayalı bir "birlikte kusur"dan söz edilemez. Ameliyat ve tedavi umulan **sonucu ver**mez, **zarar** görenin durumu daha da kötüleşirse, (illiyet bağı kesilmemek kaydıyla) sorumlu **kişi** bu kötüleşmeden doğan zararı da ayrıca ödemekle yükümlüdür. Bk. Yarg. 4. HD. 18.9.1979, 5480/9818 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 1573).

Yarg. 4. HD. 17.11.2003, K. 2003/13517: Haksız eylemden zarar görenin, zararını önce kendisinin üstlenmesi ve sonra zarar verenden istemesi gerektiği ileri sürülemez. Yaralanma sonucu ameliyat gerekiyorsa tedavi bedelinin ne olabileceği araştırılarak davalının sorumluluğuna karar verilmesi gerekir (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 852-853).

Zarar görenin birlikte kusuru bu kişinin temyiz kudretine sahip bulunduğu hallerde söz konusu olabilir. Ancak, temyiz gücünden yoksun olan kimse, bu güce sahip olsaydı, kendi kusuru sayılacak bir eylem ve davranışta bulunmuş ise, BK. md. 54/1 hükmü kıyas yoluyla uygulanır ve hakkaniyet gerektiriyorsa tazminattan indirim yapılır. Bk. Yarg. 4. HO. 11.3.1981, K. 81/803 (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 1417).

Zarar görenin kusurunun tazminat miktarını etkileyebilmesi için, tabiatiyle, zarar görenin kusuruyla zararın meydana gelmesi veya artmasıarasında "illiyet bağı" mevcut olmalıdır.

5- Failin ekonomik durumu

Zarar kast veya ağır bir ihmal (savsama) veya tedbirsizlik sonucunda meydana gelmemişse, diğer bir deyişle haksız fiili yapan kimsenin kusuru hafifse ve zararın tam tazmini borçluyu ekonomik bir güçlüğe sokacaksa, BK. m. 44/2 uyarınca hakim tazminat miktarını azaltabilir.

6- Hal ve şartlar

Hakim tazminatın kapsamını belirlerken, durumun gereğini ve zararı etkileyen şartların özelliğini (örneğin, anormal bir trafik tıkanlıklığı sebebiyle hastaneye geç ulaşılmasının veya yaralanan şahsın şeker hastası oluşunun sebep olduğu zarar artışını veya zararın, ücretsiz, hatır için yapılan bir yardım sırasında -hatır için taşımada- meydana geldiğini) [11] de dikkate alır (BK. m. 43/1) ve gerektiğinde tazminat miktarını indirir [12].

iV- ADAM ÖLMESİ, BEDENSEL ZARAR VE HAKSIZ YARIŞIM HALLERİNDE MADDİ ZARARIN KAPSAM!

Borçlar Kanunumuz 45, 46 ve 48.maddelerinde, a) adam öldürmesi, b) Bedensel zarar, c) haksız yarışım hallerinde maddı zararın kapsamını özel olarak düzenlemiştir. Ödenecek tazminatın kapsamını etkileyen genel unsurlar, tabiatiyle, söz konusu "özel haller" için de geçerlidir.

---

11) Bk. Yarg. 11. HD. 10.7.2008, K. 2008/9274 (Legal, Eylül 2008, sh. 3137). Yarg. 4. HD. 31.5.2006, K. 2006/6434 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh.1590).

12) Bk. JT. 1941, 1. 143; JT, 1934, 1. 402; JT. 1924 1. 105, Yarg. 11. HD. 15.1.2002, K. 2002/170 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 880); Yarg. 4. HD. 15.2.1993, K. 93/1215 (Yarg. Kar. Derg. 1993, sh. 860); Yarg. 4. HD. 16.5.1977, K. 1977/5867 (Yarg. Kar. Derg. 1978; sh. 1462).

Yarg. 21. HD. 17.3.1998, K. 98/1867: **Hakim tazminat davasında sonuca ulaşırken, hesaplamaya ilişkin unsurları birlikte değerlendirmeli, tazminatın bir tarafın zararını karşılarken diğer tarafın ekonomik veya ticari hayatının silinmesi boyutlarına ulaşmasını önlemeli, gerekirse BK. md. 43 uyarınca hakkaniyete uygun bir indirim yapmalıdır.** (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 229).

1) Adam ölmesi

Borçlar Kanunumuzun 45. maddesine göre:

"Bir adal1] öldüğü takdirde zarar ve ziyan, özellikle gömme giderlerini de kapsar. 0/üm derhal meydana gelmemişse, zarar ve ziyan tedavi giderlerini ve çalışmaya muktedir olamamaktan doğan zararı kapsar.

"Ölüm neticesi olarak diğer kimseler ölenin yardımından yoksun kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek gerekir".

Ölüm halinde maddi zararın kapsamını düzenleyen BK. m. 45'in uygulanabilmesi için, maddenin metninden de anlaşılacağı üzere, ölümün derhal meydana gelmesi gerekmez, ancak sonradan meydana gelen ölüm ile yapılan haksız fiil arasında uygun illiyet bağı mevcut bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, ölüm söz konusu haksız fiilin sonucu olmalıdır.

Haksız fiil neticesinde bir kimsenin ölmesi halinde, BK. m. 45'de öngörülenlerin dışında kalan maddT zararların tazmini kural olarak istenemez [13,14]. Örneğin, ölen şahısla bir sözleşme yapmış ve ölüm sebebiyle sözleşmenin yerine getirilememesinden zarar görmüş bulunan kimse tazminat talebinde bulunamaz. Aynı şekilde, çocuğu öldürülmüş bulunan şahıs, çocuğun eğitimi için yapılmış olan masrafların ödenmesini isteyemez (Oser-Schönenberger, m. 45, No. 20; Tandoğan, sh. 279; Becker, m. 45, No. 4) 1s.

Borçlar Kanunumuzun 45. maddesine göre, haksız fiil sonucunda ölüm meydana gelmişse maddi zarar aşağıdaki hususları kapsar:

a) Gömme giderleri

Haksız fiiliyle ölüme sebep olan kimse, ölüm nedeniyle yapılan giderleri, özellikle cenaze giderlerini ödemekle yükümlüdür. Böylece haksız fiili yapan şahıs, ölenin ekonomik ve sosyal durumuna göre yapılması normal olan cenaze merasimine ilişkin giderleri, gazetelere verilen ilanların ve mezar yaptırmanın sebep olduğu giderleri mirasçılara ödemeğe mecburdur. Cenaze masraflarına, ölen şahsın kendi memleketindeki aile mezarlığına nakledilmesinin gerektirdiği giderler de dahildir.

---

13) Bk. JT. 1928, 1. 290; JT. 1928, 1. 311.

14) Adam ölmesi halinde talep edilecek "manevi tazminat"a ilişkin bilgi§ Vl'da verilmiştir. .

15) Bk. HGK. 18.10.1967, K. 457 (Olgaç, Emsal lçt. md. 45, sh. 289).

b) Tedavi giderleri ve çalışamamaktan doğan zarar

Ölüm hemen meydana gelmemişse, örneğin A, B'yi ağır şekilde yaralamış, hastaneye kaldıran B, 15 gün sonra ölmüşse, haksız fiiliyle ölüme sebep olan şahıs, cenaze masraflarından başka, tedavi giderlerini ve öleni (yaralandığı andan ölünceye kadar) çalışamamasından doğan zararları mirasçılara ödemekle yükümlüdür.

c) Yardımdan yoksun kalmaktan doğan zarar 16

Haksız fiiliyle ölüme sebep olan kimse, ölenin yardımından yoksun kalan kişilerin zararlarını ödemekle de yükümlüdür.

Yardımdan yoksun kalma sebebiyle tazminat istenebilmesi, yardımdan yoksun kalan kimsenin, mirasçı veya MK. m. 364 uyarınca nafaka alacaklısı olması veya ölen kimsenin kanun veya sözleşme uyarınca yardım etmeye mecbur bulunması şartına bağlı değildir 17. Yasal zorunluluk bulunmasa dahi, ölen şahıstan (belli bir ölçüde de olsa 18) sürekli ve düzenli olarak [19] (para, eşya veya hizmet yoluyla 20) yardım gören kimseler, şartlara göre, ölüm meydana gelmeseydi yardım devam edecek idiyse 20a, *"yardımdan yoksun kalma"* sebebiyle maddi tazminat talebinde bulunabilir. Böylece, ölen şahsın çocukları, hayatta kalan eşi, ölen kimse tarafından bakılmakta olan diğer şahıslar, örneğin nişanlısı 21, o yerdeki örf ve adet gereğince, ölenle, imam nikahı ile karı-koca gibi yaşamakta olan kadın veya ölen kimse tarafından bü-

---

16) Ayrıntılı bilgi için Bk. **S.S. Tekinay,** Ölüm sebebiyle destekten yoksun kalma tazminatı, İstanbul 1963.

17) Bk. HGK. 18.4.2007, K. 2007/222 (Yargı Dünyası, Haziran 2008, sh. 85 vd.); Yarg. 11. HD. 30.1.1975, 4701/575 (Yarg. Kar. Derg. 1975, sayı 6, sh. 96).

Yarg. 4. HD. 21.5.1992, K. 92/6778: **Terekenin borca batık olması nedeniyle mirası reddetmiş bulunmaları, eş ve çocukların destekten yoksun kalma ve manevi tazminat istemelerini engellemez.** (Yarg. Kar. Derg. 1992, sh. 1351). Ayni yönde, Yarg. HGK. 18.4.2007, K. 2007/222 (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 1642).

18) Bk. JT. 1932, 1. 41.

19) Bk. Yarg. HGK. 30.11.2005, K. 2005/691 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 701-706). Yarg. 4. HD. 25.9.2001, K. 2001/8484 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 197).

20) **Kocasına evinde veya ticari işlerinde çalışmak suretiyle yardımcı olan kadının ölümü halinde, koca yardımdan yoksun kalma nedeniyle tazimat isteyebilir.** Bk. JT. 1976, 1. 455; JT. 1932, 1. 41; Yarg. 15. HD. 26.12.1975, 4177/5185 (Yarg. Kar. Derg. 1976, sh. 1029).

20a) Bk. Yarg. HGK. 18.4.2007, K. 2007/222 (Yargı Dünyası, Haziran 2008, sh. 85).

21) Bk. Yarg. 11. HD. 30.1.1975, 4701/575 (Ank. Bar. Derg. 1976, sh. 276).

yütülmekte olan çocuklar "yardımdan yoksun kalma" sebebiyle maddi tazminat isteyebilerler 22.

_ö??':1 m◆ydana gelmeseydi, yakın veya uzak bir süre içinde ölenin (örnegın unıversıtedeki çocuğunun) yardımından faydalanması kuwetle muhteme◆ bulanan kimselerin de maddı tazminat isteyebileceğini kabul et◆ek gerekır (Becker, m. 45, No. 7; Oser-Schönenberger m. 45, No. 1O; Tekınay, sh. **845-855)** 23.

Ölenin yardımından yoksun kalma sebebiyle maddı tazminat istenebilmesi, talepte bulunanın, sosyal durumuna göre, *sürdürmekte olduğu r_aşantısını devam ettirebilmesi için* 24 yardıma muhtaç olmasına bağlıdır. Olüme sebep olan haksız eylem, destekten yoksun bırakırken aynı zamanda bir kısım faydalanmaya da yol açmışsa, tazminat miktarının belirlenmesinde bu faydalanma dikkate alınır. Örneğin, ölüm neticesinde elde olunan miras sebebiyle, yardıma ihtiyaç kalmamışsa tazminat talebinde bulunulamaz (von,

---

22) Yarg. 4. HD. 13.2.1986, K. 86/1316: Destek tazminatının toptan ve sermaye şeklinde ödenmesine karar verildiği durumlarda, iskonta haddi indirimi uygulanmalıdır. Iskon◆a.h_addi uygulaması, gelir taksitleri toplamının peşin verilecek olması sebebiyle, hak sahıbının sermayeyi işleterek sağlayacağı avantaj nisbetinde indirim yapmak ve bu suretle tazminat müessesesini, gerçek zararı aşan bir iktisabın aracı olmaktan kurtarmaktır. (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 794-796).

Yarg. 4. HD. 17.12.1987, K. 87/9253: Destekten yoksun kalma ödencesiyle ilgili olarak hesap yapılırken (39 yaşında ve çocuksuz olan) davacının evlenme şansı oranına göre de bir indirim yapılması gerekir (Yarg. Kar. Derg. 1988, sh. 764).

23) Bk. JT. 1932, 1. 360; JT. 1927. 1. 234; HGK. 21.4.1982, K. 82/412 (Yar. Kar.Derg. 1982, sh. 1076). Yarg. 4. HD. 20.3.1986, K. 86/2553 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 958).Yarg. 15. HD. 29.12.1975, 4543/5216 (Yarg. Kar. Der. 1976, sh. 721). Konuya ilişkin olarak ayrıca Bk. H.G.K. 17.2.1973, K. 83; HGK. 16.10.1968, K. 692; HGK. 8.11.1967, K. 516 (Olgaç, Emsal İçt. md. 42, sh. 269-271); HGK. 1.11.974, K. 1135, (**Olgaç,** Emsal İçt. md. 45, sh. 283); Yarg. 15. HD. 8.3.1976, K. 1976/966 (Yarg. Kar. Derg. 1977, sh. 977).

Yarg. 4. HD. 2.2.1999, K. 99/501: **Babanın 8 yaşında olan ve ileride destek olacağı varsayım olarak kabul edilen çocuğu trafik kazasında ölmüştür. Babanın zararı, çocuğun babaya bakım gücünü elde edeceği tarihte ortaya çıkacaktır. Baba, çocuğun ölmesiyle, onun destek olabilecek duruma, 18 yaşına gelinceye kadar, ona yapması gereken bakım ve yetiştirme giderlerini tasarruf etmiş olur. Bu tasarruf oranında babanın mal varlığında bir artış meydana geleceğine göre, bu miktar giderin destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesi gerekir.** (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 773-774).

Yarg. 4. HD. 27.01.2003, K. 2003/847: **Destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin bir davada, trafik kazası sonucu ölen 39 yaşındaki bekar çocuğun anne vebabası olan davacılara maddi yardımda bulunacağının ve** ölümü **ile davacıların des**tekten yoksun kalma zararına uğradıklarının kabulü gerekir. Bu olgunun aksini kanıtlamak yükümlülüğü davalıya aittir. (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1353).

24) Bk. Yarg. HGK. 30.11.2005, K. 2005/691 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 701}; JT. 1934, 1. 402; JT. 1932, 1. 41.

Tuhr, § 48-1/1; Deschenaux- Tercier, s. 232; Oser-Schönenberger, m. 45. No. 14) 2s·2s. Yargıtaya göre, dikkate alınacak husus, kalan mirasın kıymeti değil, fakat bu nedenle sağlanacak gelirdir 27_ Ayni şekilde, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, Emekli Sandığınca veya Sosyal Sigorta Kurumunca destekten yoksun kalanlara bağlanan dul ve yetim aylığının da tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Dul ve yetim aylığı, destekten yoksun kalanların b[illegible]kım gereksinmelerini giderdiği ölçüde uğradıkları zararın miktarını azaltır. Odenen maaş oranında bakım ihtiyacı ortadan kalkar[28].

Yardımdan yoksun kalma sebebiyle hükmedilecek tazminatın hesaplanmasında ölüm meydana gelmeseydi, talepte bulunan kimsenin elde etmesi muhtemel yardım miktarı gözönünde bulundurulur. Böylece, tazminatın hesaplanmasında, gerek ölen şahsın yaşı, gerekse yardım gören ki_[illegible]senin durumu itibariyle *"yardımın muhtemel devam süresi"* dikkate alınır. Orneğin babanın öldürülmesi halinde, çocukların hayatlarını kazanacak yaşa ulaşıncaya [29], genellikle reşid oluncaya ve yüksek tahsil yapıyorlarsa üniversiteyi bitirinceye kadar yardımdan faydalanacakları kabul edilir [30]. Ölen çocuksa, yardımın ancak kazanma çağından sonra başlıyabileceği hesaba katılır.

2) Bedensel zarar

Borçlar Kanunumuzun 46. maddesinde sözü edilen "bedensel (cismai) zarar" kavramına, yaralama, organlardan birini sakatlama, zehirleme, korkutma sonucunda erken doğuma veya bir sinir krizine sebep olma gibi, bedensel veya ruhsal zararlar, sarsıntılar girer.

Haksız fiiliyle bedensel bir zarara sebep olan kimse aşağıdaki maddi zararları tazminle yükümlüdür [31]

---

25) Bk. JT. 1939, 1. 53; 1939, 1. 262.

26) **Dul kalan eşin yeniden evlenmesi, yeni kocanın mali imkanlarının eskisinden düşük olması halinde, yardımdan yoksun kalma sebebiyle (aradaki farkı giderecek ölçüde) tazminat istenmesine mani değildir.** Bk. JT. 1929, 1. 44.

27) Bk. Yarg. 15. HD. 23.1.1976, 4826/248 (Yarg. Kar. Derg. 1976, sh. 1348).

28) Bk. Yarg. HGK. 30.11.2005, K. 2005/691 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 701-706).

29) Bk. JT. 1935, 1. 98.

30) Bk. JT. 1939, 1. 53; Eşin öldürülmesi halinde, sağ kalan eş tekrar evlenince**ye kadar destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir.** Bk. Yarg. 4. HD. 25.5.1976, 5263/Ş405 (Yarg. Kar. Derg. 1978, sh. 699).

Olüm nedeniyle destekten yoksun kalanlara ödenecek maddi tazminatın hesabında dikkate alınacak hususlara ilişkin olarak Bk. Yarg. 21. HD. 10.7.2006, K. 2006/7602 (Yargı Dünyası, Ocak 2007, sh. 158 vd.).

31) "Bedensel zarar" halinde talep edilebilecek **"manevi tazminat"** için gerekli bilgi § VI/1ll'de verilmiştir.

a) Tedavi giderleri

Bedensel bir zarara uğrayan kimse, tamamiyle iyileşmesi için gerekli bütün giderlerin, (yurt içi, gerekiyorsa yurt dışı) doktor, resmi veya özel hastahane [32], ameliyat, ilaç, röntgen, fizik tedavi, sun'i organ masraflarının ödenmesini istemek hakkına sahiptir.

b) Çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybedilmesinden doğan zarar

Haksız fiil sonucunda bedensel zarara uğrayan kimse, çalışma gücünü devamlı veya geçici olarak, tamamen veya kısmen kaybetmişse bundan doğan zararın da ödenmesi gerekir [33].

Bedensel zarara uğrayan kişi çalışma gücünü geçici olarak kaybetmiş ve hükümden önce tamamiyle iyileşmişse, çalışamadığı günler sebebiyle yoksun kaldığı ücret (kar) tazmin edilir. Zarara uğrayan şahıs çalışma gücünden, devamlı olarak, tamamen veya kısmen yoksun kalmışsa, bu yüzden istikbalde uğrayacağı zararın hesap edilmesi gerekir. istikbaldeki zararın hesabında, şahsın yaşına ve durumuna göre muhtemel çalışma süresi, zaman içinde elde etmesi muhtemel gelir dikkate alınır. Çalışma gücünü kaybeden şahsın, kişiliğine uygun başka bir işte çalışarak gelir sağlaması mümkünse, ödenecek tazminat bu iki gelir arasındaki farkı kapsar [34].

---

32) Bk. Yarg. 4. HD. 15.10.1998, K. 98/7796 (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 324).

33} **Federal Mahkeme, evinin işleriyle uğraşan evli kadının, bedensel zarar sebebiyle çalışma gücünü kaybetmesi halinde tazminat isteyebileceğini kabul etmiştir.** Bk. JT. 1932, 1. 306; JT. 1931, 1. 489.

34} Yarg. 21. HD. 20.12.2004, K. 2004/11364: İş kazası sonucu sürekli iş göremez duruma düşmekten kaynaklanan maddi manevi tazminat davalarında, **tazminat miktarı belirlenirken,** zarara, kusur oranına ve diğer yasal nedenlere bağlı indirimler yapıldıktan sonra, **Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin** indirilmesi gerekir (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1056-1057}. Haksız fiil neticesinde **çalışma gücünü kaybeden şahsın zengin olması, gelir sağlayan herhangi bir işle uğraşmaması, istikbalde uğrayacağı zarar için tazminat istemesine engel değildir.** Bk. JT. 1931, 1. 490 ve491-492;JT. 1923, 1. 615. Yarg. 4. HD.13.10.2005, K. 2005/10881 (Yargı Dünyası Derg. Nisan 2006, sh. 65).

Bedensel ve ruhsal tamlığın bozulması sonucu erken emekliye sevkedilen kişi ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle, bu erken emeklilikten dolayı yoksun kaldığı yararlarını isteyebilir. Bk. Yarg. 4. HD. 29.9.1977, 7403/8952, (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 339).

Kişinin, kalıcı sakatlık nedeniyle oluşan beden gücü kaybı sonucu gelirinde ve dolayısıyla mal varlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi ödence (tazminat) gerekir. Yarn. 4.HD. 19.4.1982, K. 82/3938 (Yarg. Kar. Derg. 1982, sh. 1646).

Haksız haksız fiil sonucunda çalışma gücünden yoksun kalan kimse çocuksa, istikbaldeki zararın hesabında, çocuğun sosyal durumuna ve kabiliyetine göre muhtemel mesleği ve çalışmaya (kazanmaya) başlayabileceği yaş gözönünde bulundurulur.

Bedensel zararın niteliği (örneğin zaman içinde birkaç ameliyatı gerektirmesi), hakimin karar verirken zararın kapsamını yeterli ölçüde tayin etmesine imkan vermiyorsa, hakim (BK. m. 46/2 uyarınca) iki yıl içinde tekrar karar alma yetkisini saklı tutabilir.

c) Ekonomik gelişmenin zorlaşmasından doğan zarar

Haksız fiilin sebep olduğu bedensel *zarar:* dar anlamda çalışma gücünü azaltmamakla beraber, zarar gören şahsın ekonomik[illegible]el_[illegible]şme:_ini zorlaştırmışsa, bundan doğan maddi zararın da tazmini gerekır. Ornegın, haksız fiili neticesinde bir artistin veya genç bir kızın yüz güzelliği bozulmuşsa, bu suretle artist olarak çalışma veya evlenme imkanı zorlaşmış[illegible] BK. m. 46/1 uyarınca tazmini gereken bir maddi zarar söz konusu olabılır. Bedensel zarar, örneğin yüz güzelliğinin bozulması nedeniyle maddi tazminat istenebilmesi, daha önce de belirttiğimiz gibi, maddi bir zararın varlığına bağlıdır.

Maddi bir zarar mevcut olsun veya olmasın, bedensel zarara uğrayan kimsenin, şartları varsa, "manevi tazminat" isteme hakkı tabiatiyle saklıdır (Bk. m. 47).

3) Haksız yarışım

Haksız yarışım (rekabet), genel bir ifadeyle, iktisadi yarışım hakkının kötüye kullanılmasıdır.

Borçlar Kanunumuzun 48. maddesinini 1. fıkrasına göre, iyiniyet (doğruluk) kurallarına aykırı hareketler, yanlış ilanlar (örneğin mesleki sırlarını açıkladığı, mesleğinde yetersiz bulunduğu şeklinde propagandalar) nedeniyle müşterileri azalan veya müşterilerini kaybetmek tehlikesiyle karışılan kimse, t;>u fiillere son verilmesini isteyebilir.

Yarg. 11. HD. 15.5.2006, K. 2006/5510: **Haksız eylem sonucunda yaralanan kişinin çatışma gücüne ilişkin kaybı, işini yapmasına engel olmasa bile, kişinin aynı işi meslektaşlarına oranla daha fazla efor sarfederek yapmak zorunda kalması halinde** zarar gerçekleşmiştir (İst. Bar. Derg. 2007/1, sh. 279).

İyiniyet kurallarına aykırı harekette bulunan kırnse kusurluysa bu hareketlerden zarar gören şahıs maddi tazminat davası açarzı◆ zararın ödenmesini de talep edebilir.

Borçlar Kanunumuzun 48. maddesinin uygulama alanı bugün Ç'Jk ◆nırlıdır. Zira, aynı maddenin 2. fıkrasına göre, ticari işlerdeki haksız yarışıma Ticaret Kununumuzun bu hususlaki özel hükümleri (TK. m. 56-65) uygulanacaktır. Böylece BK. m. 48/1 ticari olmayan işlerde, örneğin, avukat, doktor gibi ticari işletmeyle ilgili olmayan serbest meslek mensuplarının veya Ticaret Kanununa tabi olmayan esnafın haksız yarışımlarında uygulanacaktır (Tandoğan, sh. 312, Feyzioğlu, sh. 564/566).

§ VI- MANEVİ TAZMİNAT

1- MANEVİ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

"Manevi tazminat" adı altında ödenen para, *"maddf bir zararın tazmini"* niteliğinde değildir. Manevi tazminatın amacı, kişilik haklarına yöneltilen haksız bir tecavüz sonucunda, saldırıya uğrayanın *"manevf zararını",* çektiği acıyı, manevi üzüntüyü veya uğradığı ruhsal sarsıntıyı gidermeye yardımcı olacak bir tatmin yolu bulmaktır[1]. Bu sebepledir ki, manevi tazminatı genel olarak düzenleyen BK. m. 49'da açıkça ön görüldüğü üzere, hakim *"manevf tazminat"* olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedebileceği gibi, onun yerine veya onunla birlikte başka bir tazmin yoluna da karar verebilir. Böylece, *"manevi tazminat"* olarak bir miktar paranın ödenmesi halinde de, malvarlığındaki bir azalmanın (bir maddi zararın) karşılanması veya haksız fiili yapan kimsenin cezalandırılması değil, fakat saldırıya uğrayanın ruhi sarsıntısını giderecek maddi olanakların yaratılması söz konusudur.

il- GENEL OLARAK KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT

1. MK. m. 24 ve 25 ile BK. m. 49 arasındaki ilişki

Medeni Kanunumuzun 24. maddesine göre:

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

1} Yarg. HGK. 23.6.2004, K. 2004/370: **Manevi tazminatın amacı sadece rahatlama duygusu vermek değil, zarar veren yanı da, dikkat ve özen göstermek konusunda** etkileyecek bir yaptırımla caydırıcı olabilmektedir (1st. Bar. Derg. 2005, sh. 159).

"Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır".

Medeni Kanunumuzun 25. maddesine göre2:

"Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

"f?ava bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesı ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

"Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

"Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

"Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir".

Medeni Kanunumuzun -yukarıda metni verilen- 24 ve 25. maddelerinde, kişilik (şahsiyet) haklarına yönelik saldırılarda, saldırının ne zaman "haksız" sayılacağı ve haksız saldırı hallerinde açılabilecek davalar belirtilmiştir.

---

2) **Eski Medeni Kanunumuzun "Şahsiyetin korunması"na ilişkin 24. maddesi** (12 Mayıs 1988 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak aynı gün yürürlüğe giren) **4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla değiştirilmişti. Aynı Kanunla Medeni Kanuna "madde 24/a" eklenmişti.** 1.1.2002'de yürürlüğe giren yeni Medeni Kanunumuzda da, 24. madde değişik son şekliyle aynen korunmuştur. Eski Kanundaki madde 24/a ise, yeni Medeni Kanunumuzda 25. madde olarak ve esas itibariyle aynen (ufak değişikliklerle) yer almıştır.

Medeni Kanunumuzun 24. maddesi, değişiklikten (4.5.1988'den) önce, **"şahsi menfaatlarında haksız tecavüze uğrayan kimse, hakimden tecavüzün men'ini talep edebilir. Maddi veya manevi tazminat namiyle muayyen bir meblağ davası ancak kanunun tayin ettiği halde ikame olunur"** şeklindeydi.

İsviçre Medeni Kanunu'nun (24. maddenin karşılığı olan) 28. maddesi de, 1 Temmuz 1985 tarihinde yürürlüğe giren 16 Aralık 1983 tarihli kanunla değiştirilmiş ve İsviçre Medeni Kanununa konuya ilişkin olarak 28a-l maddeleri (onbir madde) eklenmiştir.

Medeni Kanunumuzun değişik 24. maddesi, İsviçrenin değişik 28. maddesinden aynen alınmış, Medeni Kanunumuza eklenen 24/a (yeni 25) maddesi ise, İsviçre Medeni Kanununun yeni 28a ve b maddelerinden esinlenerek düzenlenmiştir.

MK.md.25'in metninden de anlaşılacağı üzere:

a) Kişilik haklarında haksız saldırıya uğrayan kimse, saldırı devam ediyorsa *"saldırıya son verilmesini -saldırının durdurulmasını",* örneğin, izni olmaksızın bir vitrine konan, reklam panosunda kullanılan mayolu resminin vitrinden, panodan kaldırılmasını mahkemeden isteyebilir;

b) Kişilik haklarında haksız (ve derhal, pek yakında meydana gelecek [3]) bir saldırıya uğrama tehlikesiyle karşılaşan (örneğin özel hayatına ilişkin mektup ve resimlerinin yayınlanacağı duyurulan) kimse, *"saldırının önlenmesini - yasaklanmasını"* talep edebilir;

c) Kişilik haklarına yapılan haksız saldırı sona ermiş olsa dahi (gazetede gerçek dışı bir haberin yayınlanmasında olduğu gibi) etkisi devam ediyorsa, saldırıya uğramış olan şahıs *"saldırının hukuka aykırılığının tesbitini"* ve gerekiyorsa kararın yayınlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesini mahkemeden isteyebilir.

MK.md.25'e göre, saldırının durdurulması, önlenmesi ve tesbiti davalarının açılabilmesi için, saldırıda bulunanın kusurlu olması, saldırının bir manevi zarara sebebiyet vermesi gerekmez [4], *fiilin kişilik haklarına haksız bir saldırı niteliğinde bulunması yeterlidir.* Buna karşılık, somut olayda, fiil, kişilik haklarına -MK.md.24/2 de gösterilen nedenlerle- *haksız bir saldırı* niteliğinde değilse, kişilik haklarını korumaya yönelik bu davalar açılamaz.

Fiilin haksız niteliğini ortadan kaldıran haller MK.md.24/2'de genel olarak belirtilmiş, fakat tanımlanmamıştır. Federal Mahkemeye göre, basın yoluyla, şahsiyet haklarına, kişisel veya mesleki şeref ve haysiyete saldırdığı iddia edilen kişinin amacı ve izlediği yol korunmaya layikse, ileri sürdüğü yarar, en azından yayından zarar gören kişinin korunmaya layık yararına denkse, kişilik haklarına aykırı davranış *"haksız bir saldırı"* olarak nitelendirilemez s. Yargıtaya göre de, *bir yayında bazen basın özgürlüğü ile kişilik hakları çatışabilir.* Böyle bir durumda, yayın *"hukuka uygunluk"* sınırı içinde yapılmışsa, basın sorumlu değndir. Buna karşılık, *basın özgürlüğünün kamu görevinden kaynaklanan amacı ile kişilik haklarına verilen zarar arasında açık bir oransızlık varsa, yayında gerçek dışı bir haber verilmiş, onur kırıcı bir dil kullanılmış, dürüstlük kuralına aykırı davranılmışsa veya kişisel ne-*

---

3) İsviçre, Medeni Kanununun 28a maddesinde, haksız tecavüzün önlenmesi davası **"saldırının derhal-pek yakında meydana gelecek olması"** şartına bağlanmıştır. Uygulamada MK. md. 25 İsviçre metni de dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

4) Bk. JT. 2000, 1. 293.

5) BK. JT. 2001, 1. 35-36.

den/erle veya salt sansasyon yaratmak için kişilik haklarına saldırıda bulunulmuşsa, yayın, sorumluluk doğuran "hukuka aykırı=haksız" *bir nitelik taşıyacaktır* 6.

Kişilik haklarına haksız saldırı nedeniyle, yukarda değinilen davaların, özellikle *"saldırıya son verilmesi -·saldırının durdurulması"* davasının açılabilmesi,_ MK. m. 2'de yer alan genel kural uyarınca karşılıklı yarar ve menfaat dengesi dıkkate alındıgında, isteğin *"hakkın kötüye kullanılması* niteliğinde olmamasına bağlıdır. Hakkın kötüye kullanıldığını iddia eden taraf iddiasının dayanağı olan özel koşulları belirtmek ve ispat etmekle yükümlüdur. Hakım, hakkın kötüye kullanıldığı iddiasını bütün özel durumları göz önünde bulundurarak değerlendirmelidir. Federal' Mahkemenin çeşitli kararlarında belirtildiği üzere, hakim, ileri sürülmemiş olsa dahi, hakkın kötüye kullanıldığını kendiliğinden dikkate almalıdır.

Kişilik haklarında haksız saldırıya uğrayan kimselerin, yukarda öngörülen davalardan ayrı olarak, yasal şartları varsa,

a) *"Manevi tazminat"* davası,

b) *"Maddi tazminat"* davası,

c) *Haksız saldırıdan elde edilen kazançların vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca kendisine verilmesi"* davası 7 açabilecekleri, bu hakların saklı olduğu belirtilmek suretiyle, md. 25'de ifade edilmiştir.

Şahsiyet hakları, diğer bir deyişle, *"hayatı, fizik ve ruhsal bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özgürlüğü, kişisel veya aile gizliliği"* haksız bir saldırıya uğrayan kimsenin *"manevi tazminat"* isteyebilmesini, Kanun, BK. m. 49da genel bir hükme bağlamış, ayrıca çeşitli maddelerde de (Bk. MK. md. 121, 158, 174; BK. md. 47) özel hükümlere yer vermiştir. Böylece, şahsiyet haklarına yapılan bir saldırıda "manevı tazminat" istenebilmesi, çeşitli maddelerde yer alan özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, BK. md. 49'da öngörülen şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

---

6) Bk. Yarg. HGK. 15.5.2002 tar. ve 2002/409 sayılı karar (İst. Bar. Derg. Eylül/2003, sh. 667).

7} Bir kimsenin kişisel yaşamının veya resimlerinin hukuka aykırı bir şekilde yayın veya film konusu yapılmasında olduğu gibi, şahsiyet haklarına yapılan haksız saldırı bir kazanca imkan vermişse, saldırıda bulunandan bu kazanç vekaletsiz işgörme hükümleri çerçevesinde talep edilebilir. Kazancın ne kadarının kişilik haklarına yapılan haksız saldırı sonucu elde edildiğinin, mahkemece her olayda ayrı ayrı incelenip belirlenmesi gerekir.

Tüzel kişiler de, niteliği itibariyle gerçek kişilere özgü olanların dışında kalan kişilik haklarına saldırı halinde, BK. md. 49'a dayanarak manevi tazminat tal[illegible]binde bulunabilirler (Oser- Schönenberger, md. 49, No. 17; Velidedeoğlu- Ozdemir, sh. 129; Tekinay, sh. 893) a.

Tüzel kişi adına işlem ve eylemleri yöneticileri yaptığından, tüzel kişinin kişilik haklarına yönelik haksız saldırılar (örneğin, bir şirketin vergi kaçırdığı, sahte belge düzenlediği, bir siyasal kuruluşun düşman güçlerle işbirliği içinde olduğu iddiaları) aynı zamanda yöneticilerin şeref ve haysiyetine haksız saldırı niteliğindedir.

2. BK. md. 49'a göre manevi tazminatın şartları

Borçlar Kanunumuzun (değişik) 49. maddesine göre:

"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık, manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir 9".

Borçlar Kanunumuzun değişik 49. maddesinin incelenmesinden anlaşılacağı üzere, Kanun, manev: tazminat istenebilmesini aşağıdaki şartların varlığına bağlamıştır.

---

8) Bk. JT. 1942, 1. 629. Yarg. 4. HD. 6.10.2003, K. 2003/11158 (İst. Bar. Derg. 2004/1, sh. 312); Yarg. 4. HD. 24.9.2001, K. 2001/8421 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 549). Yarg. 4. HD. 9.12.1993, K. 93/14351 (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 726).

Yarg. 4. HD. 2.5.1989, K. 4136: **Bir gazetenin "Babıalinin Pravdası" olarak nitelendirilmesi, gazete tüzel kişisi (AŞ) adına manevi tazminatahükmedilmesinigerektirir. (Uygur,** C. 11, sh. 2428 (2. Bası)).

Yarg. HGK. 1.12.2004, K. 2004/625: **Haczin haksızlığının saptanması halinde, davacı tüzel kişinin (veya gerçek kişinin) manevi değerlerine dahil bulunan ticari itibarının sarsıldığının ve bu bağlamda manevi tazminata hak kazandığının kabulü gerekir** (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 540 vd.} Ayni yönde: Yarg. 4. HD. 7.2.2005, K. 2005/918) (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1862).

9) **Borçlar Kanunumuzun 49. maddesi** (12.5.1988 tarihli Resmı Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren} **4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Değişiklikten önce, manevi tazminat istenebilmesi** "kusurun özel ağırlığı" **şartına bağlıydı. Uygulamada, Yargıtay, 49. maddenin İsviçre metnini dikkate alarak, manevi tazminat ödenmesi için** "tecavüzün ve kusurun özel ağırlıkta" **olmasını arıyordu.** Bk. Yarg. HGK. 8.11.1974, K. 1156 **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 49, sh. 309-310); Yarg. 4. HD. 25.6.1985, K. 85/6198 (Yar. Kar. Derg. 1985, sh. 1622). **BK. md. 49'un yeni metninde** (Hükümet teklifinin gerçekçesinde de açıkça belirtildiği üzere -Bk. TBMM. Dönem 18, S. sayısı 25, sh. 7-) **her iki şarta da bilinçli olarak** yer verilmemiştir.

a) Şahsiyet haklarına saldırı olmalıdır

Manevi tazminat isteyebilmenin ilk şartı, şahsiyet haklarına (kişisel yararlara) saldırılmış (tevacüz edilmiş) olunmasıdır [10]. *Şahsiyet {kişilik) haklarına yapılan saldırıdan maddi bir zarar doğmasa dahi, manevi tazminat istenebilir.* Buna karşılık, *eşyaya* (malvarlığına) *tecavüz edilmesi* veya bir *edimin yerine getirilmemesi* (örneğin bir yapının zamanında tamamlanmaması) *sebebiyle, kural olarak, manevi tazminat talebinde bulunulamaz* [11].

Yargıtay, istisnai bazı hallerde, *bir edimin gereği gibi yerine getirilmemiş olması durumunda da* (örneğin, bir otobüs işletmesinin yolcularını normal otogarın dışında, kilometrelerce uzakta, çevre yolunda indirmesi, bu suretle yolcularını ciddi sıkıntıya sokması halinde) *kişilik haklarına haksız saldırı* nedeniyle manevi tazminata hükmedilebileceğini kabul etmiştir [11a].

---

10) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Bölümü Genel Kurulunun 18.2.1981 tarih ve 2 sayılı kararına göre: **"Bir eserden diğer bir esere Fikir ve San'at Eserleri Kanununda gösterilen haller dışında** alıntı **(iktibas) yapılması halinde, kullanılan eserin ve sahibinin adı alıntı sırasında belirtilse bile, eser sahibi, haksız rekabet hükümlerine göre, BK.'nun 49.maddesindeki şartlar mevcutsa manevi tazminat isteyebilir** (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh 533).

Yarg. 4. HD. 6.7.1988, K. 6936: Ölünün **hatırasına saldırı (ölen kimsenin küçültme, aşağılama amacıyla sapık olarak nitelendirilmesi) kardeşleri bakımından kişilik haklarına yönelik ayrı bir saldırı oluşturur. (Uygur,** C. 1, sh. 723).

Yarg. 4. HD. 15.2.2001, K. 2001/1501: **Davalının dairesinde yaptığı onarım normal sürenin çok üstünde (bir yıl) ve hakkın kötüye kullanılması sayılacak bir şekilde sürdürülmüştür. Bu durumda, alt dairedeki davacının huzurunun kaçtığı, sinir sistemindeki dengenin sarsıldığı, kişilik değerleri içinde yer alması gereken ruh** bütünlüğünün **bozulduğu, kişilik haklarına saldırının varlığı kabul edilmeli, manevi tazminata hükmedilmelidir** (Yarg. Kar. Derg., 2001, sh. 1170-1172).

11) Bk. JT. 1952, 1. 200, Yarg. 13. HD. 12.11.1998, K. 98/8981 (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 58) Yarg. 4. HD. 5.11.1998, K. 98/8490 (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 17). Yarg. 4. HD. 20.12.1993, K. 93/14984 (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 895-897). Yarg. 4. HD. 25.5.1992, K. 92/6953 (Yarg. Kar. Derg. 1992, sh. 1691).

JT. 1990 1. 223: **Seyahat acentasının kusurlu davranışı nedeniyle bir tatilin yapılamamış olması "manevi tazminat" isteme hakkını vermez.**

11a) Bk. Yarg.11.HD.10.12.2007, K.2007/15544 (Legal, şubat-2008, sh.572).

Yarg. 11. HD. 12.11.2001, K. 2001/8861: **Hac seyahati dönüşünde bagajın kaybolan davacı, getirdiği hediyeleri yakın akraba ve tanıdıklarına armağan edememiştir. Seyahatin özelliği dikkate alındığında, davalı taşıyıcının sözleşmeye aykırı davranışı sonucu, davacının, koşulları oluşan BK. md. 49'a göre, manevi tazminata hak kazandığını kabul etmek gerekir.** (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 43).

Yarg. 4. HD. 14.2.2002, K. 2002/1782: **Yangına haksız eylemiyle sebep olan kişi, yanan mallar arasında hatıra değeri olan eşya varsa, eşyanın sahibine manevi tazminat ödemekle yükümlüdür.** (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 566).

Daha önce de genel olarak değindiğimiz üzere, *"kişisel veya mesleki şeref ve haysiyetin ihlali* (zarara uğratılması), (örneğin, bir kimseye hakaret edilmesi, hırsızlıkla suçlanması, vatana ihanet ettiğinin veya görevini yerine getirirken sahte belge düzenlediğinin, rüşvet aldığının ileri sürülmesi [12]); ***kişi-***

Yarg. 15.HD. 13.11.2007, K.2007n1?1: **Kişinin ruhsal** bütünlüğünü **bozucu nitelikte ve ağırlıkta olan sözleşmeye aykırılıklar haksız eylem niteliğindedir, manevi tazminat sorumluluğunu doğurur. Bu nedenle, eser sözleşmesine aykırılık oluşturan nikah ve düğün töreni resim ve çekimlerinin bozuk olması manevi tazminatı gerektirir.** (Yarg. Kar. Derg. 2008/8, sh. 1570 vd.)

Yarg. 4. HD. 25.9.2007, K. 2007/10862: Davalıya ait binada saat 22:00 civarında çıkan yangın bitişik binaya sıçramıştır. **Yangın sırasında bitişik binada bulunan davacıların, yangından korku ve paniğe kapılmaları, ruhi bütünlüklerinin bozulması doğaldır. Olayın kişilik değerlerinde yaratacağı olumsuz sonuçlar nedeniyle manevi tazminat istenebilir.** (1st. Bar. Derg. 2008/1, sh. 344-346).

12) Yarg. 4. HD. 27.09.2004, K. 2005/9929: **Eleştiri sınırı içinde kalan düşünce açıklamaları kişisel haklara saldırı olarak nitelendirilmez** (Yargı Dünyası, Mart 2006, sh. 86).

Yarg. HGK. 21.09.2005, K. 2005/514: **Şikayeti haklı gösterecek bazı belirti ve olguların zayıf da olsa varlığı halinde, şikayet hakkının hukuka uygun olarak kullanıldığı kabul edilmelidir. Buna karşılık, hiçbir kanıt ve belirtiye dayanılmadan salt tahmin üzerine suçlama yapılırsa, şikayet edilenin kişilik değerlerine saldırıda bulunulduğu sonucuna varılmalıdır** (İst. Bar. Derg. 2006/3, sh. 1282 vd.). Ayni yönde Yarg. 4. HD. 15.9.2008, K. 2008/10239 (Yargı Dünyası, Mart 2009, sh. 62); Yarg. 3. HD. 26.3.2009, K. 2009/5199 (1st. Bar. Derg. 2009/4, sh. 2119); Yarg. 4. HD. 11.5.2009, K. 2009/6558 (Yarg. Kar. Derg. Kasım 2009, sh. 2062).

Yarg. HGK. 22.03.2006, K. 2006/99: **Şikayet, kişiye sorumluluk da yükleyen, bir hak arama özgürlüğüdür. Bu hak arama özgürlüğü, başkalarının kişilik haklarının korunması gereği de gözönünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Şikayet, hiçbir emare ve olgusal temele dayanmaksızın, şikayet hakkının meşru çerçevesi aşılarak yapılmış, bu suretle şikayet olunanın kişilik değerlerine zarar verilmişse, manevi tazminatın koşulları oluşmuştur** (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 1383-1388).

Yarg. HGK. 4.6.2008, K. 2008/422: **Haksız şikayet nedeniyle açılan manevi tazminat davalarında, şikayet hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı hukuk hakimince değerlendirilir. Ceza davasında verilen beraat kararı şikayetin hukuka aykırı olduğunun delili sayılmaz.** (Yargı Dünyası, Eylül 2008, sh. 27).

Yarg. HGK. 5.5.2004, K. 2004/255: Tıp **alanında uzmanlığı olmayan davalının,** aynı yerde birlikte çalıştığı iş arkadaşının *"cüzzam"* hastası olduğunu ileri sürmesi, bu düşüncesini, iş ortamında sözlü olarak dile getirmesi, konuyu üst makamlara aktarması, sağlık kurulunca *"cüzzamı"* düşündürecek bir bulgunun saptanmaması ve sonuçta iş arkadaşını önemli ve tehlikeli bir hastalığı taşıma ihtimali bulunan bir kişi durumuna düşürmesi *"kişilik haklarını zedeleyen"* eylem niteliğindedir. (1st. Bar. Derg. 2005, sh. 1230 vd.).

Yarg. 4. HD. 7.2.2005, K. 2005//918: Haksız yere bir kimsenin mallarının haczedilmesi, o kimsenin şeref ve haysiyetini ihlal eden, kişilik haklarına saldırı niteliğinde olan ve manevi tazminatla sorumlu tutulmayı gerektiren bir davranıştır (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1862).

Yarg. 4. HD. 21.10.2004, K. 2004/12047: Borcun tamamen ödenmesine karşın, borçluya ve kefilline karşı icra takibi yapılarak ödeme emri gönderilmesi kişilik değerlerine saldırıdır (İst. Bar. Derg. 2006/3, sh. 1315).

sel gizliliğin ihlali (örneğin, bir kimsenin nişanlısına yazdığı mektupla□n veya özel albümündeki resimlerin gizlice elde edilerek yayınlanması) [13]; *emse/ şeref ve haysiyetin ihlali* (örneğin, bir kimseyle zorla cinsel temasta bulu□ulm□sı); [14] *özgürlüğün ihlali* (örneğin, bir kimsenin bir odaya zorla hapsedılmesı) [15]; *aile hayatının ihlali* (örneğin, bir kimsenin eşiyle cinsTilişki kurulması [16])

---

13) Federal Mahkemeninbir kararında da belirtildiği üzere, hastanın doktor tar□fından tutulan özel dosyasındaki kişisel bilgiler kural olarak hastanın sır alanınagırer, bubilgilerin hastanın rızası olmaksızın veya kamu yararı haklı kılmaksızın ba_şkasına verilmesi (açıklanması) şahsiyet haklarına haksız bir tecavüz niteliğindedır.(Bk. JT. 1994. 1. 600-601).

14) Yarg. 4. HD. 19.4.1984, K. 3974: Evlenme vaadiyle kızlık bozarak birleşme manevi tazminatı gerektirir. Olay tarihinde reşit olma sonuca etkili değildir. (Uygur, 1. bası, C. 1, sh. 746).

Yarg. 4. HD. 7.02.2008, K.2008/1302: Boşanma davasına ilişkin dilekçede yer alan diğer tarafın zina yaptığına ilişkin beyanlar, *iddia ve savunma sınırları içind_e kalan açıklamalar* niteliğindedir. Kişilik haklarına saldırı olarak değerlendirilemez (1st. Bar. Derg. 2008/3, sh. 1563).

Yarg. 4. HD. 10.4.2008, K.2008/5095: Reşit ve mümeyyiz olan davacı, evli olduğunu bildiği davalı ile resmi nikah olmaksızın evlenmişse, *"evlilik vaadiyle kandırılıp kızlığının bozulduğunu"* iddia ederek manevi tazminat istiyemez. (Yarg. Kar. Derg. 2008, sh. 1302).

Yarg. 4.HD.16.10.2008, K.2008/12126: Davacı davalı ile birlikte olduğunu ileri sürdüğü dönemde reşit ve mümeyyizdir. Evlilik dışı cinsel birlikteliğin sonuçlarının ne olabileceği, davacı tarafından öngörülebilir bir durumdur. Bu tür bir yaşam tarzı, davacının şahsi tercihidir. Açıklanan nedenlerle davacı, evlilik vaadi ile kandırılıp kızlığının bozulduğu iddiası ile manevi tazminat isteyemez. (Yargı Dünyası, mayıs 2009, sh.53).

15) Yarg. HGK. 20.3.1991, K. 91/137: Ölümle tehdit eylemi, kişisel değerlerden olan özgürlüğe saldırı niteliğindedir. Manevi tazminat ödenmesini gerektirir. (Bk. Yarg. Kar. Derg. 1991, sh. 983 vd.). Aynı yönde: Yarg. 4. HD. 5.11.2007, K. 2007/13508, (Yarg. Kar. Derg. 2008/4, sh. 635-636). Yarg. 4. HD. 4.11.2004, K. 2004/12708 (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 204).

16) Bk. JT. 1959, 1. 358; JT. 1953. 1. 488. Yarg. 4. HD. 15.2.1988, K. 141O (Uygur, 1. bası, C. 1, sh. 748). Yargıtaya göre, aile fertlerinden biri aleyhine işlenen ırza geçme eylemi, o ailenin saflığını, değer bütünlüğünü ihlal ettiğinden, o aileyi oluşturan tüm fertler bu haksız eylem nedeniyle manevi ödence istiyebilir. Bk. Yarg. 4. HD. 21.12.1989, K. 9884 (Uygur, C. 1, sh. 704-705). Yarg. 4. HD. 16.2.1998, K. 98/444 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 664). Küçüğün, rızası ile de olsa, kızlığının bozulup ırzına geçilmiş olması, annesi olan davacının dahi sosyal **kişilik** değerlerine saldırı oluşturduğundan anne yararına da manevi tazminata hükmedilmelidir. Bk. Yarg. 4. HO. 11.10.2001, K. 2001/9354 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 707).

Federal Mahkemeye göre de, zarar görenin yakın akrabaları, zarara sebep olan fiil onların kişilik haklarına da tecavüz teşkil ediyorsa manevi tazminat isteyebilirler. Bk. JT. 1991. 1. 636; JT. 1986 1. 452. Ayni yönde, Bk. Yarg. 11. HD. 8.3.2007, K. 2007/4118 (Yargı Dünyası, Kasım - 2007, sh. 139).

gibi hallerde BK. md. 49 anlamında şahsiyet haklarına tecavüz vardır. İzni olmaksızın bir kimsenin resminden veya isminden reklam amacıyla yararlanılması, örneğin, "bayan X daima.... parfümlerini kullanır" şeklinde ilanlar verilmesi de şahsiyet haklarının ihlali niteliğindedir 11.

---

17) Şahsiyet ölüm ile sona erer. Ancak, Federal Mahkemeyle birlikte kabul etmek gerekir ki, ölen kişinin yakın akrabaları, kamu düzeninin ve ahlak kurallannın elverdiği sınırlar içinde, ölen şahsın kadavrası üzerinde belli bir hakka (karar verme yetkisine) sahiptirler. Yakın akrabaların kadavra üzerinde sahip olduklan bu hak, Eşya Hukuku kurallarına tabi değildir, kaynağını, şahsiyet haklarına ilişkin genel kurallarda ve MK. madde 24'te bulunur. Yakın akrabaların, kendi şahsiyet hakları dolayısıyle, ölenin kadavrası üzerinde sahip oldukları hak (karar verme yetkisi) akrabalarla ölen kişi arasındaki duygusal bağlantıya dayanır. Ölen kimsenin kadavrasına yapılacak bir tecavüz yakın akrabaların şahsiyet haklarını ihlal eder (zedeler) niteliktedir (Bk. JT. 1976, 1. 362 vd.).

Yakın akrabaların ölen şahsın kadavrası üzerinde sahip oldukları hak sorunu, günümüzde, özellikle, kadavradan, yakın akrabaların izni alınmaksızın, organ (kalp, böbrek, göz) nakledilmesi dolayısiyle ortaya çıkmış ve bu takdirde yakın akrabaların, izin almaksızın kadavradan organ nakleden doktordan manevi tazminat isteyip isteyemiyecekleri tartışma konusu olmuştur.

Bir kararında konuyu tartışan Federal Mahkeme, haklı ve amaca uygun bir çözümü benimsemiştir.(Bk. JT. 1976, I. 362, özellikle 375 vd.). Federal Mahkemeye göre, (özetle) akrabaların ölen şahsın kadavrası üzerinde sahip oldukları karar verme yetkisi, ölenin şahsiyet hakkıyla sınırlıdır. Diğer bir deyişle, ölen şahıs sağlığında kadavrasından nasıl yararlanılacağını belli etmişse (örneğin, kadavrasının tıbbi amaçlarla kullanılmasına müsaade ettiğini beyan etmişse), ölen şahsın bu iradesi dikkate alınır. Ölen şahsın iradesi, akrabaların kadavra üzerindeki karar yetkisini (hakkını) sınırlar. Ölen şahıs, sağlığında, kadavrasının nasıl kullanılacağı konusunda bir irade beyanında bulunmamışsa, kadavra üzerinde tasarruf etmek (organ nakletmek vs.) ölenin en yakın akrabasının izin vermesine bağlıdır.

Yakın akrabaların izni olmaksızın kadavradan organ naklatmek, akrabaların şahsiyet haklarını ihlal eder. (zedeler). Ancak, şahsiyet haklarını zedeleyen her girişim, MK. md. 24/1 anlamında "haksız-hukuka aykırı" bir nitelik taşımaz. Şahsiyet haklarının zedelenmesi, yüksek bir yararın haklı sayılacak bir tarzda korunması amacına yönelikse, fiil "haksız" değildir.

Yasa koyucu, ülkemizde, sorunun önemini dikkate alarak, (21.1.1982, tar. ve 2594 sayılı kanunla değişik - RG. 27 Ocak 1982-) 29.5.1979 tarih ve 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun" ile, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yaşıyan kişilerden veya ölülerden organ veya doku alınmasını yasal kurallara bağlamıştır (BK. RG. 3 Haziran 1979, sayı: 16655).

Yasaya göre: a) Yaşayan kişilerden muvafakatlarıyla organ veya doku (örneğin böbrek) alınabilmesinin ön şartı, kişinin 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olmasıdır (md. 5-6). Ayrıca, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ veya dokuların alınması yasaktır (md. 8).

(MK. md. 23'e, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunla • RG. 23.11.1990-eklenen son fıkrada -ve yeni Medeni Kanunumuzun 23/3. maddesinde- açıkça belirtildiği üzere,

b) Saldın haksız otmılıdır.

Kişilik haklarına yapılan saldırı nedeniyle manevi tazminat istenebilmesi için, saldırının hukuka aykırı (haksız) bir nitelik taşıması gerekir. Saldırının hangi hallerde hukuka aykırı sayılacağı Medeni Kanunumuzun 24. maddesinin 2. fıkrasında *"Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte tJzel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*denmek suretiyle belirtilmiştir. Böylece, örneğin, bir artistin, evinde, özel havuzunda çekilmiş resimlerinin müsaadesi alınarak yayınlanmas11s, polisin yasalardan doğan yetkisine, mahkeme kararına dayanarak bir

---

yaşamını tehlikeye sokacak nitelikte olmayan bir organ veya dokusunu verme borcu altına giren kimseye karşı -sonradan vazgeçme halinde- ifa talebinde bulunulamıyacağı gibi, maddi ve manevi tazminat davası da açılamaz).

b) Ölüden organ ve doku alınabilmesi için, her şeyden önce, "tıbbi ölüm"halinln, **yasada** nitelikleri belirtilmiş dört uzman doktor tarafından oybirliğlyle saptan**ması gerekir** {md. 11).

Ölüm meydana gelmişse, organ alınmasında gözönünde bulundurulacak ilk unsur, ölen kişinin sağlığında (örneğin resmi veya yazılı bir vasiyetname ile) açıkladığı iradesidir. Bir kimse sağlığında, ölümünden sonra organlarının tıbbi amaçlarla kullanılmasına izin vermişse, ayrıca yakınlarının muvafakatı aranmaksızın, organlarından yararlanılabilir. Ölen şahıs, sağlığında, kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz (md. 14).

Ölen kişi sağlığında bir irade beyanında bulunmamışsa, **"sırasıyla,** ölüm **anında yanında bulunan eşi, reşit çocuktan, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa, yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatıyla organ veya doku alınablllr".** Ölüm anında yanında kimse yoksa **"yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere {naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan hallerde), vasiye, ve rıza aranmaksızın organ veya doku nakli yapılabilir"** (md. 14).

Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların alınmasında muvafakat aranmaz (md. 14).

01.06.2000 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak aynı gün yürürlüğe giren**"Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği"** ve bu yönetmeliği değiştiren 7.3.2005 tarihli yönetmelik (RG. 7 Mart 2005) ile, bu hizmetlerin yürütülmesinde uyulması gereken esaslar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Avrupa Konseyi de, Strasbourg'da, 24.1.2002 tarihinde imzaya açılan ve 1.5.2006'da yürürlüğe giren "insan Hakları Sözleşmesine ek protokol" ile, **yaşayan kişilerden ve ölülerden organ ve doku alınmasını** ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.

18) **Yarg.** HGK. 26.3.2003, K. 2003/201: MK. md. 23'de, **kişilik** hakları, doğrudan doğruya kitinin kendisine karşı da korunmuştur. *"Kişilik haklarına* aykırı"blr yayının, ilgili kitinin *"rızası"* nedeniyle *"hukuka uyg*[illegible]*n"* sayılabilmesi için verilen rızanın MK. md. 23'nln sınırları içinde kalması, hukuka ve ahlaka aykın bir nitelik taşımaması gerekir. Bir kimsenin bOtOn sırlarının lffa edilmesine, aile yaşamıyla llglll en mahrem konulınn açıklanmasına, şeref ve haysiyetine her tOrlO saldırının yapılmasına

şahıs tutuklaması, meşru savunmada karşı tarafa bedensel bir zarar verilmesi, bilimsel ve objektif nitelikte eleştiriler yapılması, Anayasamızın 39. maddesinde öngörülen hallerde (doğru olması kaydıyla) suçlamada bulunulması durumunda hukuka aykırı bir davranış yoktur, manevi tazminat istenemez.

Anayasamızın 39. maddesine göre, *"Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan (suçlamalardan) dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu isbat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnad olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin isbata razı olmasına bağlıdır".* Anayasamızın isbat hakkı tanıdığı hallerde, şahsiyet haklarına tecavüz niteliğinde bir beyan veya yayında bulunan kimse, iddiasının (isnad!nın) doğruluğunu isbat edebilirse, kural olarak tazminata hükmolunamaz. Isbat hakkının bulunmadığı hallerde ise, beyanın (yayının) gerçeğe uygun olduğu iddiası dikkate alınmaksızın, kanuni şartları varsa, kişilik hakkına yapılan haksız saldırı sebebiyle manevi tazminat istenebilir.

c) "Manevi zarara" uğranılmalıdır

Borçlar Kanunumuzun 49.maddesinin yeni metninde de, manevi tazminat istenmesi "zararın-tecavüzün özel ağırlığı" şartına bağlanmamıştır. 49. maddenin değişik şekline göre, şahsiyet haklarında haksız tecavüze uğrayan kişi, *"uğradığı manevi zarara karşılık"* tazminat isteyebilir. Diğer bir deyişle, manevi tazminat talep edilebilmesi için, şahsiyet (kişilik) haklarına yapılan haksız saldırıdan bir *"manevi zararın doğması"* gerekir ve yeterlidir [19]. Bu "manevi zararın" ağırlık derecesi, hükmedilecek tazminatın miktar ve şeklini etkileyecektir.

---

lifkin *"rıza"* **fahslyet haklarına yapılan saldırının** *•hukuka aykırı·* **niteliğini ortadan kaldırmaz. Davaya konu romanda, 15 sahifelik bir bölümde,** *"kız nuri"* **başlığı altında**, davacının **yaşam** öyküsü, kimliği açıklanarak, *aşağılayıcı bir üslupla* anlatılmıştır. **Davacı, yazara güvenerek özel hayatını anlattığını ancak yayınlanmasına izin vermediğini ifade ederek, kişilik haklarına tecavüz nedenlyle** *"manevi* tazminat"'talebln**de bulunmuştur. Davalı yazar davacının yayına izin verdiğini ileri sürmüştür. Olayda, yukarda belirtilen hukuki nedenlerle** *"geçerli bir rızanın bulunduğunu"* **söyliyebilme olanağı yoktur. Manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. (İs,tBar. Oerg. 2006/4, sh. 1645-1652).**

19) Bk. JT. 1996. I. 119; JT. 1993, 1. 743. İsviçre Borçlar Kanununun 49. maddesi (1 Temmuz 1985 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 1983 yılında) değiştirilirken, manevi tazminat isteyebilmenin şartlarından biri olarak eski madde metninde *yer* alan **"uğranılan zararın özel ağırlığı"** unsuru, **"Tecavüzün ağırlığı"** şekline dönüştürülerek, "özel" deyimi çıkartılarak korunmuştur.

Fiil şahsiyet haklarına haksız bir tecavüz oluşturmakla birlikte, tecavüze uğrayan yönünden bir manevi zarara yol açmamışsa, tecavüze uğrayanı toplumun değer yargılarına göre küçük düşürmemişse, onda bir acı ve eleme sebep olmamışsa "manevi tazminat" istenemez. Böylece örneğin, bir şirketin bastırdığı duvar takviminin kapağında, çalıştırdığı işçilerin makina başındaki resimlerine (müsaadeleri alınmaksızın) yer verilmişse, şahsiyet haklarına haksız bir saldırı vardır, fakat bu saldırıdan bir "manevi zarar" doğmamışsa, manevi tazminat istenemez.

d) Kusurlu olunmalıdır

BK. md. 49 uyarınca manevi tazminat istenebilmesi için, şahsiyet haklarına haksız bir tevacüzde bulunan kimsenin kusurlu olması, kasten veya ihmali ile (BK. md. 41) bir manevi zarara sebep olması gerekir. Kusurun herhangi bir derecesi tazminata hükmedilebilmesi için yeterlidir[20]. BK.md. 49'un yeni değişik şekliyle, ülkemizde (ve isviçre'de) manevi taziminat için daha önce aranan "kusurun özel ağırlığı" şartı kaldırılmıştır.

Kusursuz sorumluluğu öngören özel hükümler (BK. md. 55, Basın Kan. md. 13), manevi tazminat taleplerinde de (kusur aranmaksızın) uygulanacaktır[21].

e) İlliyet bağı bulunmalıdır.

Manevi tazminat istenebilmesi, şahsiyet haklarına yapılan haksız tecavüzle uğranılan manevi zarar arasında bir *"uygun illiyet bağı'hın* varlığına bağlıdır.

3. Yasama sorumsuzluğu ve manevi tazminat

Anayasamızın *"yasama dokunulmazlığı"* başlığını taşıyan 83/1 (?nceki Anayasamızın 79/1) maddesine göre, *"Türkiye Büyük Millet Meclisi Uyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar".* TBMM. üyelerine görevleri nedeniyle tanınan yasama sorumsuzluğunun, BK. md. 49'un şartları varsa, manevi tazminat davası açılmasını hangi ölçüde ve hallerde engelliyeceği, uygulamada önem taşıyan, açıklığa kavuşturulması gereken bir sorundur.

---

20) Bk. JT. 2000, 1. 293, 298-299.
21) Bk. JT. 2000, 1. 298.

Yargıtay, çeşitli kararlarında *"manevi tazminat"* açısından konuya eğilme ve görüşünü belirtme olanağını bulmuştur. Yargıtayın devam edegelmekte olan kararlarına göre 22:

a) *Yasama sorumsuzluğu,* TBMM üyelerinin sadece *"Meclis çalışmalarındaki"* oy, söz ve düşünceleri (ve bunların Meclis dışında tekrarlanması hali) için öngörülmüştür. *Üyeler "Meclis çalışmaları" dışındaki söz ve düşüncelerinden genel hükümlere göre sorumludurlar.* "Meclis çalışmaları" deyimi, milletvekillerinin "parlamenter görevleriyle" bağlantılı olarak yaptıkları çalışmaları, "Meclis Genel kurulunda, komisyonlarda, başkanlık divanında, parti gruplarında" verilen oy, söylenen söz ve ifade edilen düşünceleri kapsar ve bunlarla sınırlıdır.

b) TBMM. üyelerinin, Meclis çalışmalarındaki oy, söz ve düşüncelerinden ve bunları Meclis dışında tekrarlamalarından "sorumsuzlukları" da hukukT yönden "sınırsız" değildir. *Meclis çalışmaları sırasında da olsa "ulusal bir görevin yerine getirilmesiyle ve kamu yararıyla bağdaşmıyan, yersiz ve gereksiz, özellikle kişisel kin ve gayzın etkisiyle yapılmış, yasama ve meclis çalışmalarıyla uzaktan yakından bir ilişkisi olmayan ağır hakaretlerde, zarar gören manevi tazminat isteğinde bulunabilir"* 23_ Anayasamızın 83/1. (önceki Anayasanın 79/1) maddesi yine Anayasamızın teminatı altında bulunan *"kişilik haklarına"* ilişkin temel hukuk normunu ortadan kaldıracak bir şekilde yorumlanamaz.

---

22) Bk. Yarg. 4. HD. 11.12.1978, K. 78/13985 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 1706 vd.). Yarg. 4. HD. 8.7.1966, K. 66n470; Yarg. 4. HD. 29.1.1973, K. 73/687, Yarg. 4. HD. 24.4.1978, K. 78/5497. Ayrıca Bk. Reisoğlu **Safa,** Yasama Sorumsuzluğu ve ManeviTazminat, (Milliyet, 27.10.1992).

Anayasamızın 83. maddesi uyarınca "yasama sorumsuzluğu" nedeniyle manevi tazminat davası açılamayan hallerde de, MK. md. 25'e dayanılarak, Meclis çalışmalarındaki sözleri dolayısıyla **TBMM. üyelerine karşı sözlerinin "kişilik haklarına haksız bir saldırı olduğunun tesbiti" davası açılabilir** ve gerekiyorsa kararın yayınlanması veya üçüncü kişilere duyurulması da mahkemeden istenebilir. Aynı görüş: **Kemal Oğuzman,** Şahsiyetin hukuka aykırı tecavüze karşı korunması. Haluk Tandoğan'a Armağan, Ankara, 1990, sh. 18.12).

23) **Yargıtay,** Meclis çalışmaları sırasında, bir milletvekilinin, oturduğu yerden, kürsüde görüşünü açıklamakta olan milletvekiline hitaben **"sen yalan söylüyorsun, riya yapıyorsun"** sözleri ile sataşmada bulunmasını, Anayasamızın 83. maddesinde öngörülen **"yasama sorumsuzluğu"** dışında kalan, kürsüdeki milletvekilinin kişiliğini hedef alan, onun onur ve saygınlığına saldırı oluşturan hakaret niteliğinde bir davranış olarak değerlendirmiş ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bk. Yarg. 4. HD. 1.10.2001, K. 2001/8768 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 1494-1495).

4. Yargı kararlarının uygulanmaması ve manevi tazminat

Yargı kararlarının kamu görevlilerince yerine getirilmemesinin "manevi tazminat" ödeme yükümlülüğünü doğurup doğurmayacağı; 1982 Anayasının *"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir"* hükmünü gerektiren 129/5.maddesi karşısında, yargı kararını uygulamayan kamu görevlisinin şahsına yönelik bir manevı tazminat davasının açılıp açılamayacağı sorunu tatbikatta duraksamalara ve yargıtayın birbirini izleyen kararlarına yol açmıştır.

a) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu (1982 Anayasasından önce verilmiş) 22.10.1979 tarihli kararında, Yargı Kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlilerinden "manevi tazminat" istenebileceğini kabul etmiştir. Karara göre: *Danıştayca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarını uygulamıyan kamu görevlisi, ilgilinin maddi ve manevi zararlarını tazminle yükümlüdür. Yargı kararının uygulanmaması nedeniyle manevi tazminat istenebilmesi, BK. md. 49 şartlarının varlığına bağlıdır. Kararı yerine getirmeyen kamu görevlisinin BK. md. 41 ve 49 göre tazminatla yükümlü tutulabilmesi için, görevlinin, kin, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmiş olması gerekmez. Yürütmenin durdurulması kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu yönüne gidilebilmesi için, iptal davasının sonucunu beklemeye de ihtiyaç yoktur* [24].

Yargıtayın konuya ilişkin diğer bir kararında da, değişen bakanların yargı kararını yerine getirmemede direnmesi halinde, manavı tazminat sorununa değinilmiş ve *"yargı kararlarını yerine getirmeyen bir bakan aleyhine manavı tazminata hükmedilmiş olması, aynı yargı kararını uygulamamakta direnen sonraki bakandan manevi tazminat istenmesine engel değildir. Yeni bakanın eylemi eskisininkinden ayrı, bağımsız bir haksız fiildir" sonucuna varılmıştır* [25].

b) Yargıtay yeni Anayasa döneminde verdiği kararlarda, 1982 Anayasanının yukarda değinilen 129/5. maddesinden sonra da, yargı kararlarını uygulamıyan kamu görevlisinin şahsına karşı "manavı tazminat" davası açılabileceği, konuya ilişkin olarak (yukarda değinilen) önceki içtihadlarda yer alan

---

24) Bk. Yarg. İçt. Bir. Büy. Gen. Kur. 22.10.1979, K. 1979/2 (Yarg. Kar. Derg. 1980, sh. 465 vd.) Ayni yönde: Yarg. 4. HD. 14.9.2000, K. 2000/7454 (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1675). Yarg. HGK. 2.7.2008, K. 2008/465 (Yarg. Kar. Derg. 2009/1, sh. 44-49).

25) Bk. Yarg. 4. HD. 12.3.1979, K. 1979/3249 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 1136).

ilkelerin, 1982 Anayasının yürürlüğe girmesinden sonra da geçerliliğini (kural olarak) koruduğu görüşünü benimsemiştir 2s.

Yargıtaya göre, *yargı kararının uygulanmaması, bunu uygulamayan kamu g?.revl(s((ilgili bakan) yönünden salt kişisel kusur oluşturur* 27. Çünkü kamu görevlısı yargı kararını yerine getirmekle yükümlüdür ve bunu yerine getirmeme konusunda kendisinin kullanabileceği bir yetki yoktur. *Salt kişis kusura dayanan tazminat davaları Anayasanın 129/5. maddesinin kapsamı dışında kalır.* Böylece, yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlilerine -bakanlara-, karşı, salt kişisel kusurları nedeniyle BK. md. 49'a dayanılarak manevi tazminat davası açılabilir 2s. *"Salt kişisel kusur",* idare adına ve hesabı-

---

26) Bk. Yarg. 4. HD. 27.2.1986, K. 1986/1841 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 796 vd.). Yarg. 4. HD. 13.5.1986, K. 1986/4064 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1287 vd.). Ayrıca, Bk. Yarg. HGK. 30.4.1986, K. 86/466 (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 1625-1629).

27) Yarg. HGK. 7.6.2006, K. 2006/359 (Yargı Dünyası, Kasım 2006, sh. 33).

Yarg. HGK. 2.7.2008, K. 2008/465: **Yargı kararlarını uygulama durumunda bulunan kamu görevlilerinin, kararın eksikliğini veya yanlışlığını tartışma yetkisi yoktur. Kararı eksik uygulamaları, uygulamış gibi davranarak işleme yapay bir görüntü vermeleri de kararın uygulandığı sonucunu doğurmaz. Kararın 30** gün **içinde uygulanmaması, uygulamayan kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu için yeterlidir. Yürütmenin durdurulması kararının yerine getirilmemesi, davacının kişilik haklarına saldırı niteliğindedir.** (Legal, şubat 2009, sh. 503 vd.)

28) Bk. Yarg. 4. HD. 9.6.1998, K. 98/4581 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1461). Yarg. 3. HD. 28.4.1997, K. 97/4144 (Yarg. Kar. Derg..1997, sh. 1061); Yarg. 4. HD. 27.2.1986, K. 86/1841 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 796 vd.).

Yarg. 4. HD. 14.09.2000, K. 200017454: **İstifa eden ve yenisi kuruluncaya kadar görevine devam etmekte olan bir hükümetin bakanı da, idari yargı yerinden verilen** yürütmenin **durdurulması kararını 30** gün **içinde yerine getirmemekten sorumludur** (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1675 vd.).

Yarg. 4HD.13.03.2008, K.2008/3142 **Yargı kararının yerine getirilmemesine yönelik işlem davalılardan personel** gn. müd.'nün **önerisi, müsteşar yardımcısının uygun görüşü ve Bakanın onayıyla oluşmuştur. Bu durumda, işlemde imzası bulunan bütün görevliler** *davacının uğradığı zarardan, manevi tazminat isteminden,* **müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.** (Legal, mayıs 2008, sh.1684 vd.)

Yarg. 4. HD. 29.9.1998, K. 98/7243: **Yürütmeyi durdurma kararının uygulanmasından sonra, davacının aynı gün yeniden görevinden alınmış olması hukuka aykırıdır, yargı kararının uygulanmaması niteliğindedir. Direnmenin bakan adına yapılmış olması, davalılann da, haksız eyleme katılmış olmaları nedeniyle** - manevi tazminat ödeme- **sorumluluklarını ortadan kaldırmaz** (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 464-465).

Yarg. 4. HD. 12.05.1999, K. 99/4353: **Davalı müsteşarın, İdare mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararına uymaması, yetkili bulunduğu bir konuda, bakanın** "uygulanmasın" **şerhine dayanarak davacıyı görevine iade etmemiş olması, davalı müsteşarı** -manevi tazminat- **sorumluluğundan kurtarmaz.** (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 1370).

na hareket eden bir kamu görevlisinin, kamu görevinin gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye değil, doğrudan doğruya görevlinin şahsına bağlanabilecek; kişisel sorumluluğu gerektiren yolsuz eylemidir. İdare ajanının kin, hınç, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında işlediği fiiller kişisel kusur teşkil ettiği gibi, *idare ajanının bunlar dışında emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme durumları da "kişisel kusur" oluşturur* [29]. Buna karşılık, *"görev kusuru"* kamu görevlisinin görevden ayrılamayan kişisel kusurudur [30].

Yargıtay (6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı -10.6.1994 t. ve 4001 say. kanun ile değişik- idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28/4. maddesini dikkate alarak) *yargı kararlarının yerine getirilmemesinden doğan sorumlulukta, kusurun "kast" niteliğinde olması gerektiği görüşünü benimsemiştir* [31]. Sözü geçen 28/4. maddeye göre, *"Yargı kararlarının otuz gün içinde kasten yerine getirilmemesi halinde, ilgili, İdare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açabilir"* [32].

5. Basın özgürlüğü ve manevi tazminat

Basın özgürlüğü ile bireylerin kişilik (şahsiyet) haklarının korunması arasındaki dengenin kurulması, teoride de, uygulamada da büyük önem taşıyan sorunlardan biridir.

Anayasamızın 28.maddesinde ifade edildiği üzere, *"Basın hürdür, sansür edilemez".* Bu özgürlük basın mensuplarına tanınan kişisel bir ayrıcalık değildir. Bu özgürlüğün kaynağında, basının ifa ettiği görevin *"kamu görevi"* niteliğinde olması yer alır. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün gerçekleşmesi, haberlerin vatandaşın bilgisine sunulması, bu suretle kamu oyu-

---

29) Bk. Yarg. HGK. 2.7.2008, K. 2008/465 (Legal, Şubat 2009, sh. 505). Yarg. HGK. 7.6.2006, K. 2006/359 (Yargı Dünyası, Kasım 2006, sh. 33); Yarg. HGK. 30.4.1986, K. 86/466 (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 1625 vd.).

30) Bk. Yarg. HGK. 30.4.1986, K. 86/466 (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 1625 vd.).

31.) Bk. Yarg. 4. HD. 21.3.1995, K. 95/2397 (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 21); Yarg. 4. HD. 13.5.1986, K. 86/4064 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1287 vd.). Ayrıca Bk. HGK. 30.4.1986, K. 86/466 (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 1625 vd.).

Yarg. 4. HD. 21.3.1995 (K. 95/2397): **Kamu görevlisinin kastı uygulama isteğinin kendisine ulaştırılması ile belirginliğe kavuşur. Bu nedenle,** "idareye tebliğ" **temel alınarak kamu görevlisinin kişisel sorumluluğuna karar verilemez** (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 21).

32) Yarg. 4. HD. 3.10.2006, K. 2006/10206: İdari yargı kararı 30 gün içinde uygulanmıştır. Ancak, daha önce **"uzman tabip"** olan davacı, yargı kararından sonra **ıabip"** olarak atandığından, **idari yargı kararı gereği gibi yerine getirilmemiştir.** Olaya uygun miktarda manevi tazminata hükmedllmelldir (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 654).

n□n doğru oluşmasına imkan verilmesi, devlet faaliyetinin, siyasal iktidarı elinde □□lunduranların denetlenmesi, sosyo-politik olayların serbestçe değerlendırılmesi *"basının özgür olmasına"* bağlıdır. Buna karşılık, bu özgürlükt□□yararlanma, yine anayasamızın güvencesi altında bulunan (md. 26) *"kişi/ık haklarına"* diğer bir deyişle, kişisel veya mesleki şeref ve haysiyete, kişi veya aile gizliliğine (mahremiyetine) haksız saldırı sayılacak bir çizgiye ulaşmamalıdır33_

Basın özürlüğü ile, bireylerin *"kişilik haklarının"* korunması arasındaki dengede, dikkat edilecek nokta, yapılan yayının,

a) Kişilik haklarına bir saldırı niteliğinde bulunup bulunmadığı,

b) Soyut olarak ele alındığında kişilik haklarına bir saldırı söz konusu olsa dahi, bunun "hukuka aykırı-haksız" *bir nitelik taşıyıp taşımadığı* olacaktır.

. -□□lı veya görsel basında yapılan yayın *"kişilik haklarına haksız saldırı"* nıtelıgındeyse, saldırıya uğrayan kişi MK. md. 25'de öngörülen -daha önce değindiğimiz- davaları açabilecek, bu arada BK. md. 49 uyarınca *"uğradığı manevi zarara"* karşı *"manevi* tazminat'isteyebilecektir 34.

---

33) Bk. JT. 2000, 1. 305.

34) 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı -yeni- *Basın Kanunu'nun* (RG. 26.06.2004) **"Hukuki sorumluluğu"** düzenleyen 13. maddesinin 1. fıkrasına göre: **Basılmış eserler** (yayın!anmak üzere her türlü basın araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, □esım ve b□nzeri eserler ile haber ajansı yayınlar-md. 2/a-) **yoluyla işlenen fiillerden dogan maddı ve manevi zararlardan dolayı, süreli yayınlarda** (belli aralıklarla yayınlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarında -md. 2/c-) **eser sahibi** (süreli veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazan, çeviren veya resmi ya da karikatürü yapan -md. 2/ı-) **ile yayın sahibi ve varsa temsilcisi, süresiz yayınlarda** {belli aralıklarla yayınlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserlerde -md. 2/h-) **ise sahibi ile yayımcı** {bir eseri basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişi -md.2/j-) **yayımcının belli olmaması halinde ise basımcı** (bir eseri basım araçları ile basan veya diğer araçlarla çoğaltan gerçek veya tüzel kişi -md. 2/k-) **müştereken ve müteselsilen sorumludur.** Sözü geçen 13. maddenin 2.nci fıkrasına göre: **Yayın sahibi tüzel kişi şirketse, anonim şirketlerde yönetim** kurulu **başkanı, diğer şirketlerde en üst yönetici, şirketle birlikte müştereken ve müteselsilen** sorumludur.

13. maddenin 3. fıkrası uyarınca, **"Zararı doğuran fiilin işlenmesinden sonra yayının her ne surette olursa olsun devredilmesi, başka bir yayınla birleştirilmesi veya sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin herhangi bir surette değişmesi halinde, yayını devir alan, birleşen ve her ne surette olursa olsun yayın sahibi gibi hare□et eden gerçek ve tüzel kişiler ve anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, dlger şirketlerde üst yönetici, bu fiil nedeniyle hükmedilecek tazminattan** bl□ncl **ve ikinci fıkrada sayılanlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur** . .

Yasaya göre, *süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahıl, her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz* (Bas. Kan. md. 12).

a) Basın yoluyla kişilik haklarına saldırı 35

Basın yoluyla kişilik haklarına saldırı (saldırının - *haksız* - niteliğini ortadan kaldıran hallere ilişkin olarak aşağıda yaptığımız açıklamalar saklı kalmak üzere), kişisel veya mesleki şeref ve haysiyetin veya özel yaşamın veya resim üzerindeki hakkın ihlali şeklinde söz konusu olacaktır.

1. *Yazılı veya görsel basın yoluyla kişisel veya mesleki şeref ve haysiyete saldırı,* genel bir deyişle, *bir kimsenin, toplumun çeşitli alanlarındaki değer yargılarına aykırı bir suçlama ile küçük düşürülmesidir* 36. Böylece, bir kimseye, deli, ruh hastası, yalancı, aptal, alkolik gibi deyimler kullanarak hakaret etmek veya bir şahsı ahlak dışı cinsel ilişkilerle itham etmek veya bir kimseyi rüşvet almak, hırsızlık, vatana ihanet, hayali ihracat, sahte belge düzenlemek gibi yasa dışı bir fiille suçlamak, o kişinin kisişel veya mesleki şeref ve haysiyetine saldırı niteliğindedir. Aynı şekilde bir kimseyi, toplumun hoşgörüyle kar-

---

Basılmış eserler yoluyla işlenen suçlarda**"cezai sorumluluk"** Basın Kanununun 11. maddesinde düzenlenmiştir. 11. maddeye göre,**"basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur. Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir".**

13.4.1994 tarih ve 3984 sayılı *Radyo ve Televizyon Kanunu'nun* -15.5.2002 tarihli yasayla değişik- 28. maddesine göre, radyo ve/veya televizyonda yapılan *"kişilik haklarına haksız saldırı"* niteliğindeki yayınlar nedeniyle, gerçek ve/veya tüzel kişiler tarafından istenecek maddi ve/veya manevi tazminatlardan, *haksız saldırıyı yapanla birlikte, "yayın kuruluşu ve şirketin yönetim kurulu başkanı da müştereken ve müteselsilen_ sorumludur".*

35) Konuya ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için Bk. **Safa Reisoğlu,** Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması, ist. 2008. **Kılıçoğlu Ahmet,** Şeref, haysiyet ve özel yaşama basın yoluyla saldırılarda hukuksal sorumluluk. Ankara 2. bası 1993; **Kaplan İbrahim,** Kişisel hakların kitle haberleşme araçları karşısında korunması. Ank. 1979.

36) Yarg. 4. HD. 14.5.1992, K. 1992/6476: **Davacı Devlet dairesinde çalışan bir** kadındır. Gerçek olmadığı halde bir erkeğin sevgilisi olduğunun yazılması **kişilik** haklarını ihlal eden ağır bir savsamadır. (Yarg. Kar. Derg. 1992, sh. 1195).

Yarg. 4. HD. 12.02.2009, K. 2009/2019: Basın yoluyla yapılan söyleşide yer alan "Biz evliyken evli bir adamla ilişkiye girdi" *şeklindeki doğruluğu ispatlanmamış id*ia **"kişilik** haklarına saldırı nlteliğlndedlr" *manevi tazminat ödenmesini gerektirir.* (1st. Bar. Derg. 2009/4, sh. 2129).

JT. 1998. 1. 651: Bir bankanın üst düzey yöneticilerinin şüpheli faaliyetlerde bulunduğu, kişisel çıkar sağlayarak kredi verdiği şeklindeki bir yayın şahsiyet haklarına ağır bir tecavüz niteliğindedir.

şılamadığı g?rüş ve eylemlerle suçlamak, örneğin bölücülük yaptığını, kominist *veya* _fa◆ıst olduğunu, şiddet hareketlerine, bu yöndeki örgütlere katıldığını veya dınsız olduğunu ileri sürmek de kişilik haklarına aykırıdır. Ancak, ilgili şahıs, s◆çlandığı ideolojiyi veya eylemi benimsediğini, savunduğunu açıkça ifade edıyorsa, bu takdirde, kişilik haklarına saldırıdan söz edilemez. Ekonomik itib◆_ra Y_ön?lik iddialar da mesleki şeref ve haysiyeti ihlal edici bir nitelik taşıyabılır. Bır kımsenin veya şirketin iflas durumunda bulunduğunu, çeklerinin karşılıksız çıktığını yazmak da kişilik haklarına saldırı sayılır.

Basın yoluyla bir kimsenin kişisel veya meslekı şeref ve haysiyetine saldı◆ı, habe◆, haberin değerlendirilme şekli 37 makale, karikatür, fıkra, foto-montaJ ve resım yoluyla ortaya çıkabilir. Bir kimsenin resminin (hiç ilgili olmadığı halde) bir kaçakçılık davasında sanık olarak yayınlanması veya reklam amacıyla kullanılması şeref ve haysiyete tecavüzdür 38_

---

37) Bk. JT. 2003, 1. 59.

38) **Kişi, resmi üzerinde, bağımsız bir şahsiyet hakkına sahiptir. Bu nedenle, bir kimsenin resminin yayınlanması, şeref ve haysiyetini veya kişisel gizliliğini ihlal niteliğinde olmasa dahi, şahsiyet haklarına aykırıdır.**

Yarg. HGK. 3.10.1990, K. 90/459: Ana-oğul davacıların Anıtkabir Arslanlı yolunbaşında bulunan "kadın heykel topluluğu" önündekimerdivenlerdeçekilmiş, tanınmalarına imkan verecek nitelikteki resimleri davalıya ait derginin tanıtımı için çeşitli gazetelerde, duvar panolarında reklam amacıyla izinleri alınmaksızınkullanılmıştır. FSEK.nun 86. maddesine göre, **"resim ve portreler tasvir edilenin** - ölmüşse, ölümden 10 yıl geçmedikçe, 19.maddede belirtilenlerin- **muvafakat, olmadan teşhir veya diğer suretlerde umuma arzedilemez".** Kişinin resmi böylece kişisel bir değirdir. **Kişinin resminin her ne şekilde olunsa olsun izinsiz olarak yayınlanması, hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça hukuka aykırıdır.** Kişinin resminin izinsiz yayınlanabileceği haller FSEK.nun 86. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Böylece örneğin, **resmi tören veya genel toplantıları gösteren veya günlük olaylara ilişkin bulunan resimler, kişilerin izni alınmaksızın yayınlanabilir.** Bir kişinin bir rastlantı sonucu ayrıntı olarak içindebulunduğubir fotoğrafın bir sergide veya sanatla ilgili yayınlarda umuma arzedilmesi halinde iznin alınmadığının öne sürülmesi "hakkın kötüye kullanılması" (MK. md. 2) olarak nitelendirilebilir. Ancak kişinin dış görünüşünün (ayrıntı olarak da olsa) içinde bulunduğu fotoğrafın,ticari amaçlarla, reklam yoluyla ka**muya sunulmasında iznin alınmaması hukuka aykırıdır.** Bunedenle, davacıların resminin izinsiz olarak ve ticari amaçlarla yayınlanması kişilik haklarına, hukuka aykırı, bir saldırı niteliğindedir. Ayrıca, emredici bir kuralla resminkamuya sunulması yasaklandığına göre, resmin yayınlanmaması için gerekli özenin gösterilmemesi de davalı yönünden "ağır kusur" niteliğindedir. Hukuka aykırılık ve kusur ayrı ayrı kavramlardır. Ne var ki, çoğunlukla bu iki kavramın iç içe bulundukları gerçeği de gözardı edilmemelidir. **Olayda resmin her** türlü ile**tişim araçlarıyla ve ticari amaçla kullanılması ağır saldırı (zarar) niteliğindedir. Bu nedenle BK. md. 49 uyarınca manevi tazminata hükmetmek gerekir.** (Not. Bu karar, 4.5.1988 tarihinde BK. md. 49'da yapılan değişiklikten önceki bir olaya ilişkin olarak verilmiş, bu nedenle tecavüzün ve kusurun özel ağırılığı unsurları tartışılmıştır). (Yarg. Kar. Derg. 1991, sh. 521 vd.) (5.12.1951 tar. ve 5846 say. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)

Karikatürler, deyimden de anlaşılacağı üzere, karikatürize ederek, abartarak bir olayı anlatma, değerlendirme, eleştirme girişimidir. Karikatür yoluyla bir kimsenin şeref ve haysiyetine tecavüz edildiğinin, küçük düşürüldüğünün ileri sürülebilmesi için, karikatürde söz konusu olabilecek hoşgörü sınırının açıkça aşılmış olması gerekir. Karikatür için söylediklerimiz, fıkra ve fotomontaj için de esas itibariyle geçerlidir.

2. Kişilerin *"özel yaşamının gizliliği"* de kişilik haklarının önemli bir kısmını oluşturur. Kişinin ö**??**l yaşamının yayın konusu yapılması, kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. *"Ozel yaşamın ve buna bağlı gizliliğin"* sınırını belirlemek uygulamada büyük önem taşıyacaktır. Doktrinde de ifade edildiği üzere, *bir kimsenin başkalarıyla paylaşmak istemediği, herkese veya belli şahıslar dışında herkese saklı tutmayı arzu ettiği özel hayatı,* böylece, aile içi ilişkiler, hatıra defteri, eşine, nişanlısına veya sevgilisine yazdığı mektuplar, bunlarla yaptığı telefon konuşmaları, yatak odasında, özel yüzme havuzunda çektirdiği resimler (bunların açıklanması şeref ve haysiyeti zedeleyen bir nitelik taşımasa dahi) (izni olmaksızın) *yayın konusu yapılamaz.* Doktrinde *"sır alanı"* olarak ifade edilen bu özel yaşam alanının dışında kalan, kişinin *"ortak yaşam alanı"da,* ancak basına açık bir nitelik taşıdığı ölçüde, izne bağlı olmaksızın yayınlanabilir. Kişinin, kamuya açık yerlerdeki yaşamı (ortak yaşam alanı), konferans, seminer, kurultay vs.de yapılan konuşmalarda ve tartışmalarda olduğu gibi, niteliği itibariyle, kişinin örtülü iradesiyle basına açıksa, ayrıca, özel izne gerek olmaksızın, yayın konusu yapılabilir (Bk. FSEK md. 86/2). Buna karşılık, örneğin bir genç kızın plajda çekilmiş mayolu resmi, plaj herkese açık da olsa, izni olmaksızın basılamaz, yayınlanamaz. Bir fotografçıya poz verilerek resmin çekilmiş olması, yayınlanmasına da müsaade edildiği anlamına gelmez.

Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, devlet adamı, politikacı, yazar, sanatkar gibi kamu oyunda tanınmış kişilerin özel yaşamlarına ilişkin gizlilik alanı öteki yurtdaşlarınkinden dardır. Bu kişilerin hayat hikayeleri ve yaşamları, *görevlerini ilgilendirdiği* -kamu yararı bulunduğu- *ölçüde* yayın konusu yapılabilir [39]. Buna karşılık, bu kişilerin de, görevleriyle ilgili olmayan özel yaşamları, *"sır alanları"* -izinleri alınmaksızın- yayınlanamaz, resimlenemez.

1.11.1983 tar. ve 2936 *say.* (RG. 3.11.1983), 7.6.1995 tar. ve 4110 say. (RG. 12.6.1995), 21.2.2001 tar. ve 4630 sayılı (RG. 3.3.2001), 3.3.2004 tar. ve 5101 say. (RG. 12.3.2004) ve son olarak 28.12.2006 tar. ve 5571 say. (RG. 13.1.2007) kanunlarla değiştirilmiştir).

39) Yarg. HGK. 15.5.2002, K. 2002/409: **Tanınmış kişilerin davranışlarını, yaşayış tarzlarını halkın bilmesinde yarar vardır. Toplum bu sayede siyasi kişiliği bulunanları tanıyacak ve ilerde ona göre davranacaktır. Haberde, suçlayıcı, küçültücü, kamu oyunu yanıltıcı sözlere yer verilmemişse, basının** *"haber verme hakkı"* **sınırları içinde kalınmışsa, hukuka aykırılıktan, kişilik haklarına saldırıdan söz edilemez.** (İst. Bar. Derg. Eylül-2003, sh. 663 vd., özellikle 667).

Avrupa İns_an Hakları Mahkemesinin (AİHM) basın özgürlüğü ile özel yaşam arasındakık dengenin kurulmasına ilişkin olarak 2004 yılında *Prenses Carolı*e davasında verdiği karar (Von Hannover/Almanya 24.6.2004), Mahkeme'nin k?nu_Yaklaşımını göstermekte ve soruna ışık tutmaktadır. *,:ırense Carolıne* nın -ızını olmaksızın çekilmiş- kendisini ata binerken, alışveriş ve skı yaparken, erkek arkadaşı ile otururken, tenis oynarken gösteren özel yaşamınaılışkın fotografları değişik Alman dergilerinde yayınlanmıştır. Prenses bu yayınların yasaklanması için mahkemeye başvurmuştur. Dava Alman Anayasa Mahkemesı·ne kadar gitmiş ve sonuç olarak Anayasa Mahkemesi kapalıyerlerde çekılmış fotoğrafların yasaklanmasını onaylamış, buna kc3:rşılık açık alanlarda çekılenlerin yayınlanabileceğini kabul etmiştir. *AIHM.* sözcüğe çenkararında, ozetle *"siyasetle uğraşan kişilerle ilgili olarak de"!_okrasik bır toplufr!a t?rt?maya katkıda bulunabilecek yayınlarla, resmi bir go??vı [01]'!1a.yan kışılerın ozel yaşamının ayrıntılarına ilişkin yayınlar arasında onemlı bır fark vardır; salt kamuoyunun merakını tatmin etmek için yayınlanan özel yaşamın ayrıntılarına ilişkin fotoğraflar toplumun genel çıkarlarıyla ilgili bir tartışmaya katkıda bulunamaz"* sonucuna varmış ve Prensesin resimlerinin yayınlanmasında *"kamu yararı"* görmemiş, Alman Anayasa Mahkemesinin Kararını Avrupa insan Hakiaıı Sözleşmesinin (AİHS} *"özel hayatın korunmasına"* ilişkın 8. maddesine -kanaatımızca haklı olarak- aykırı bulmuştur [40].

Basın özgürlüğü ile bireylerin kişilik haklarının korunması arasındaki dengeye ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.3.2007 tarihli kararında yer alan (farklı yaklaşımlara da yol açmış bulunan) görüş ve değerlendırmeler de hukuki açıdan önem taşımaktadır. Karara konu olayda, SSK. hastahanesinde çalışan doktor, *özel muayenehanesine* gelen kadın hastası-' tac_izetmiş, çeşitli vaatlerle onu kendisiyle ilişkide bulunmaya ikna etmek ıstemıştır. Kadın hasta, muayeneden sonra, resmi makamlara savcılık veya emniyete şikayette bulunmamış, tanıdığı bir gazeteciye başvurarak durumu anlatmıştır. Bunun üzerine, *kadına gizli bir kamera verilmiş ve kadın tekrar muayenehaneye gitmiştir. Gizli kamerayla yapılan çekimde, doktor vehastanın arasında olmaması gereken konuşma ve hareketler tesbit edilmiş* ve daha sonra *bunlar televizyonun 19:30 haber bülteninde ve sonrasında tekrar tekrar yayın/anmıştır.* Doktor yapılan yayının, kişilik haklarına, özel a??mın gizliliğine, şeref ve onuruna, mesleki yaşam ve kariyerine saldırı nıtelıgında bulunduğu iddiasıyla maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Yerel mahkeme *"Davacı doktor kamu görevlisidir, kendi iradesiyle yarattığı bir_ortamın basın yoluyla eleştirilmesine katlanmak zorundadır. Kamu görevli/en hakkındaki gerçeklerin kamu oyu önünde tartışılmasında kamu yararı vardır"* gerek-

40} Bk. **Rıza TOrmen,** AİHM, kararlarında basın özgürlüğüne dair ilkeler *Radikal,* 13.4.2005.

çesiyle davayı reddetmiştir. Konuya eğilen Yargıtay 4. HD. 29.11.2005 tarihli kararıyla, *"Bir kişinin, hukuka aykırı bile olsa konuşmalarının ve görüntüsünün gizli kamera ile kayda alınması, aynen telefon konuşmalarının yasadışı dinlenmesinde olduğu gibi, onun kişilik haklarına ve özel yaşamına saldırı niteliği taşımaktadır. Bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılması* ***kişilik*** *haklarına yapılmış ikinci bir saldırı niteliğindedir"* görüşünü benimsemiş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yerel Mahkemenin kararında direnmesi üzerine dava konusu olayı değerlendiren Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 4. HD.'nin kararını uygun bulmuştur. Hukuk Genel Kurulu'na göre, *"Davacının hastasına yaptığı muamele hiçbir şekilde tasvip edilemez. Doktor hastasını taciz etmiştir. Ancak, davalı da iddia ettiği ilk tacizden sonra gitmesi gereken mercilere gitmemiştir. Emniyetten veya Cumhuriyet* *Savcılığı'ndan adli yardım talep etmemiştir. Gazeteciye gitmiş, gizli kamera ile çekim yapmış ve televizyon kanalında yayın/atmıştır. Bu durum davalılar yönünden kişilik haklarına saldırıdır. Davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulmuştur. Manevi tazminata hükmedilebilir. Ancak, davacı da davalıyı taciz etmiştir. Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi devreye girmelidir. Bu maddeye göre de, mahkeme hüküm altına alınacak manevi tazminat miktarını azaltmalı veya tazminata hükmetmemelidir"* 41.

b) Saldınnın "haksız" niteliğini **ortadan kaldıran haller**

Basın yoluyla kişilik haklarına yapılan bir saldırının manevi tazminat isteğine (ve şahsiyetin korunmasına yönelik diğer davalara) *yol açabilmesi için, saldırının hukuka aykırı (haksız) bir nitelik taşıması gerekir* 42. Bir kimsenin şeref ve haysiyetine, özel yaşam gizliliğine, resmi üzerindeki hakkına aykırı

41} Bk. Yarg. HGK. 7.3.2007, K. 2007/11O (Yargı Dünyası, Ağustos, 2007, sh. 50 vd.}. Yarg. 4. HD. 26.10.2007, K. 2007/13089: **Bir kişinin,** *hukuka aykırı bile olsa,* **konuşmalarının ve görüntüsünün gizli kamera ile kayda alınması, aynen telefon konuşmalarının yasa dışı dinlenmesinde olduğu gibi, onun kişilik haklarına ve özel yaşamına saldırı niteliğindedir. Gizlice ses ve görüntü kaydetme biçiminde gerçekleşen** bu eylem, *şeref ve haysiyete tecavüz amacı güdülmemiş olsa dahi,* **kişilik** haklarına saldın oluşturur. Bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuya yansıtılması **kişi**lik haklanna yapılmış ikinci bir saldırı niteliğindedir. Manevi tazminat ödenmesini gerektirir. (Yarg. Kar. Derg. 2008/3, sh. 424-425).

42} Yarg. HGK. 10.05.2006, K. 2006/288: Basın yolu ile **kişilik** haklarına saldından dolayı manevi tazminat istenebilmesi için hukuka aykırılık, kusur, zarar ve uygun neden-sonuç bağı koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Yayımlanan bir haber **ya da** yapılan bir eleştirinin hukuka aykırı sayılması için ise, gerçeklik, güncellik, kamu yaran, toplumsal ligi ve konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık koşullarından birine aykırılık bulunması gerekir (Yarg. Kar. Derg. 2007/3, sh. 431}.

bir yayının hangi hallerde "haksız" sayılamıyacağı (daha önce genel çizgileriyle açıkladığımız üzere) Medeni Kanunumuzun 24. maddesinin 2. fıkrasında ve Anayasamızın 39.maddesinde belirtilmiştir. Bu maddelere göre, aşağıdaki hallerde, bir kimsenin kişilik haklarına aykırı nitelikteki yayınlar *"haksız'* sayılmaz, diğer bir deyişle, bu hallerde hukuki bir yaptırımla, manevi tazminat talebiyle karşılaşmaksızın yayında bulunma hak ve olanağı vardır.

1- *Kişilik hakkı ihlal edilenin rızasına* (iznine) *dayanan yayınlar hukuka aykırı (haksız) bir nitelik taşımazlar.* Böylece, örneğin, bir kimsenin hatıra defteri, özel albümündeki resimler, o kimsenin izniyle yayınlanabilir.

2- *Kanunun verdiği bir yetkiye dayanan yayınlar, şahsiyet haklarını ihlal etseler de "hukuka aykırı - haksız-" sayılmazlar.* Anayasamızın 83. maddesi uyarınca, **TBMM.** üyelerinin Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinin, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerin basında aynen yayınlanması halinde, hukuka aykırı bir davranış yoktur, manevi tazminat istenemez. Ancak, basının Anayasamızın 83. maddesinden kaynaklanan hukuki sorumsuzluğu, ilgili üyenin yayınlanan sözlerinin yasama sorumsuzluğunun (daha önce değindiğimiz) sınırları içinde bulunmasına bağlıdır [43].

3- aa) *Kişilik haklarına aykırı bir yayının "haksız" niteliğini ortadan kaldıran en önemli unsur, yayının "üstün nitelikte bir kamu yararına" dayanmasıdır.* Böylece devletin ve siyasal kuruluşların idari, sosyo-politik ve ekonomik faaliyetlerinin izlenmesi, duyurulması, değerlendirilmesi ve eleştirilmesi; yolsuzlukların, kaçakçılıkların, yasa dışı davranışların tespiti ve topluma duyurulması, basının görevinin kapsamındadır, bu yayınların yapılmasında, *"kamu yararı"* vardır, bu yayınlar nedeniyle, kural olarak, kişilik haklarına *"haksız"* bir tecavüzden söz edilemez [44].

---

43) Yarg. 4. HD. 13.6.2006, K. 2006ll165: **Muhalefet partisi Genel Başkanının parti grup toplantısında yaptığı, bir yasa tasarısına ilişkin görüş ve eleştirileri kapsayan konuşmanın aynen yayınlanması, basının Anayasada düzenlenmiş bulunan haber verme hakkının sınırları içindedir.** *Aksinin kabulü, muhalefet liderinin sözlerinin basın ve yayın organlarınca sansür edilmesi sonucunu doğurur.* **Muhalefet** liderinin **sözleri açıkça hakaret içermediği taktirde, basının haber verme hakkının kapsamındadır, hukuka aykın değildir** (İst. Bar. Derg. 2006/5, sh. 2227).

44) Yarg. HGK. 27.09.2006, K. 2006/601: **Yasalar basın** özgürlüğünü **güvence altına almıştır. Bu güvencenin sebebi** *"kamu yararı'ttır.* **Bunun içindir ki, basında yer alan bir yayına ilişkin** *"hukuka aykırılık",* **genel olaylardaki** *"hukuka aykırılıl<'tan* farklıdır. Basın dışı bir olayda *"hukuka aykırı"* **sayılabilecek bir davranış biçimi, basın yoluyla yapılan bir yayında** *"hukuka aykırı"* **sayılmayablllr. Basının bu ayrıcalık ve özg0rt0ğ0 sınırsız değildir. Yayınlarda** *"kişilik haklarına"* **saygı gösterilmesi, saldırıda** bulunulmaması **da yasal** bir zorunluluktur. Somut olayda, *"basın özgürlüğü"* ile *"kişi-*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM.), *"kamu yararı"* kavramının, *"basın özgürlüğü"* açısından *"politik alanda"* geniş bir yoruma tabi tutulması gerektiği görüşündedir 45. AİHM'ne göre, basında yer alan yayınlar nitelikleri itibariyle *"olayları"* ve *"değer yargılarını"* içerir. *Olayların* gerçek olup olmadığı kanıtlanabilir. Buna karşılık *"değer yargılarının"* doğru olup olmadığının kanıtlanması olanağı yoktur ve bu nedenle *"değer yargısı"* niteliğindeki ifadelerin ispatı istenemez.

AİHM, basında yer alan *"değer yargıları"* ile *"kişilerin şeref ve haysiyetlerinin korunması"arasındaki* dengenin sağlanmasında, *"sade vatandaş - politikacı"* ayrımını yapmaktadır. AİHM'ne göre, siyasi bir görev üstlenen kişi, bütün karar, söz ve davranışlarının basının ve kamuoyunun devamlı değer-

---

lik haklan'hın **karşı karşıya geldiği, çatıştığı görüntüsü ortaya çıkarsa, bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerekecektir.** *Bunun için temel ölçüt* **"kamu yararı"dır.** Diğer bir anlatımda, *yayın, salt 'toplumun yararı"* **gözetilerek yapılmalıdır. Toplumun çıkarı dışında hiçbir kişisel çıkar, gerçeklerin yanlış olarak sunulmasına neden olmamalıdır. Haber verilirken özle biçim arasındaki denge korunmalı, objektif sınırlar içinde kalınmalıdır.** *Bu ilke ve kurallar gözetilmeden yapılan yayın* **"hukuka aykırılığı"** *oluşturur ve böylece* **"kişilik hakları"** *saldırıya uğramış olur* (İst. Bar. Derg. 2007/1, sh. 178-183). Ayrıca Bk. Yarg. 4. HD. 7.6.2007, K. *2007n767* (İst. Bar. Derg. 2008/1, sh. 339-340). Yarg. 4. HD. 13.12.2007, K. 2007/15393 (Legal, Mart 2008, sh. 896).

Yarg. HGK.19.03.2008, K.2008/262: **Yayınlanmasında kamu yararı bulunan gerçek ve güncel bir haberin özle biçim arasındaki denge korunarak verilmesi halinde, hukuka aykırılık ortadan kalkar, basın sorumlu tutulmaz, manevi tazminat istenemez.** (Yargı Dünyası, Temmuz 2008, sh.23).

Yarg. 4. HD. 8.5.2008, K. 2008/6398: **Düşünce özgürlüğü ve dolayısıyla eleştiri demokratik toplumlarda vazgeçilmez bir değerdir. Topluma mal olan kişilerle siyasal ve idari yaşam içinde yer alan kişilerin geçmişleri, davranışları, alışkanlıkları, kişilikleri toplumu ilgilendirmektedir. Halkın, bu kişileri yakından tanımaya hakları vardır. Bu tanıma kitle iletişim araçlarında yer alan haber, yorum ve eleştirilerle olacaktır. Öte yandan, okuyucunun ilgisini çekebilmek amacıyla haberi uygun sözlerle süslemek, ilginç biçime getirmek, toplumun değer yargılarına göre kınayıcı yorum yapmak ve kamuoyunu aydınlatmak basının hakkı ve görevidir.** (İst. Bar. Derg. 2008/5, sh. 2609 vd.)

Yarg. HGK. 14.02.2007, K. 2007/70: Çeşitli gazetelerde, imam Hatip'ten mezun olduğuna ve Fethullahçı olarak bilindiğine ilişkin olarak hakkında yayın yapılan ve **fuhuş yaptığı bildirilen otele işletme ruhsatı vermek suretiyle görevini kötüye kullandığı kesinleş□n mahkumiyet kararıyla saptanan davacının,** *davalılar tarafından yayınlanan kitapta,* **"imam Hatipli ve Fethullahçı"** olarak tanıtılmasından ve *"söz konusu otel ruhsatı nedeniyle yargılandığının"* **belirtilmesinden dolayı mesleki kariyerinin zedelendiği ve kişili□haklarının ihlal edildiği kabul edilemez** (İst. Bar. Derg. 2007/3, sh. 1144).

45) AIHM.'nin karar ve yaklaşımlarına ilişkin olarak Bk. Rıza Türmen, *AİHM kararlarında basın özgürlüğüne dair ilkeler,* Radikal Gazetesi, 12. ve 13.4.2005.

ıendirme *ve* eleştirisine tabi olduğunu bilerek bu görevi kabul etmiştir. Bu nedenle, hükümet üyeleri *ve* diğer siyaset adamları, siyasal konuların açık bir biçimde tartışılmasındaki *"kamu yararını"* da dikkate alarak, *eleştirilere* -<ieğer yargılarına- karşı, sade vatandaşlardan daha *"hoşgörülü"* olmak durumundadırlar. Bu yaklaşım kapsamında, AİHM, örneğin (Lingeus c. Avusturya davasında) gazetecinin, eski Nazileri koruduğu iddiasıyla Avusturya şansölyesini eleştiren yazısında kullandığı *"oportünizm·: "ahlakdışı", "haysiyetsiz"* gibi ifadeler nedeniyle tazminat ödemeye mahkum edilmesini AİHS'nin *düşünce özgürlüğüne* ilişkin 1O. maddesine aykırı bulmuştur. AİHM. konuya ilişkin olarak (Ukrainian Media Group c. Ukrain davasında) verdiği 29.03.2005 tarihli kararınd? da *"olay - değer yargısı"* ayırımı yaparak genel yaklaşımını korumuştur. ***AIHM.****'ne göre,* seçim kampanyası sırasında gazetecilerin parti başkanlarına yönelttikleri *eleştiriler* serttir, hatta şokan bir nitelik taşımaktadır. Ancak onlar politikayı seçerek demokratik bir toplumda sert eleştirilere ve denetime tabi olacaklarını kabul etmişlerdir. Bu nedenle, gazetecilerin yaptıkları eleştiri dolayisiyle tazminata mahkum edilmeleri AİHS.'nin 10. maddesinin ihlali niteliğindedir.

Yargı organlarımız da, son yıllarda verdikleri kararlarda, *politikacılara ve üst düzey bürokratlara ilişkin olarak* basında yer alan yayınlar için *"olay" - "eleştiri"* ayırımını yapmakta ve bu konuda AİHM'nin yukarda açıklanan görüşlerini benimseyen bir yaklaşım içinde gözükmektedirler. *Yargıtay'a göre, "Siyasal kişileri gerektiğinde eleştirmek basının görevidir. Basında yayın konusu yapılan haller,* objektif oldukça, *doğru olaylara dayandıkça* ve doğru amaca yönelik bulundukça, *eleştiri, sert, kırıcı ve kişiyi küçük düşürücü olabilir* [46]. *"Önemli görevlerde bulunan kişilerin* (dava konusu olayda Başbakan'ın} *basının haber verme hakkı ve özgürlüğü nedeniyle sert eleştirilere uğramaları demokratik rejimin ve yürüttükleri görevin bir gereği olarak kabul edilmelidir"* [47]. Böyle durumlarda *"hukuka aykırılık'* ortadan kalkar.

---

46) Bk. Yarg. 4. HD. 27.6.2006, K. 2006/7795 (Yargı Dünyası, Ocak 2007, sh. 107 vd.)

Yarg. HGK. 27.9.2006, K. 2006/570: **Davacı,** 2002'den sonra Başbakanlık Müsteşarlığı görevine getirilmiştir. Bu görevi üstlenmeden önce, **Davacının,** *bir sempozyumda yaptığı* -sonradan makaleye dönüştürülen- *konuşmada,* **Islaml kuralların devlet yapısında egemen olması gerektiğini** *net bir şekilde ifade etmesi, konumu itibariyle, onu eleştirilerin odağı haline getirmiştir.* **Gazetede yapılan yayında, davacı, dinsel temelli bir devlet yönetimi anlayışını telkin etmesi nedeniyle,** *softa, bağnaz, yobaz ve mürteci* sözcüklerini **kapsayan** bir ifadeyle eleştirilmiştir. *Davacının beyanları nedeniyle eleştirilmesi ve bu eleştirilerin ağır olması kaçınılmazdır. Davacı,dava konusu yayının yapılmasına kusuru ile neden olmuştur.* Yayın eleştiri niteliğindedir, bu nedenle "hukuka aykın" değildir (1st. Bar. Derg. 2007/1, sh. 172 vd.).

47) Bk. Yarg. 4. HD. 28.12.2005, K. 2005/14249 (1st. Bar. Derg. 2007/1, sh. 216 vd.).

Sonuç olarak kabul etmek gerekirki, hükümet üyelerimiz ve diğer politikacılarımız, üst düzey bürokratlarımız görevleriyle ilgili olarak görsel ve/veya yazılı basında yapılan eleştirileri, yer alan karikatürleri, sade vatandaşlara göre, çok daha geniş bir "hoşgörüy/e"karşılamalıdırlar. Politik alandaki bir ölçüde sert ve kırıcı tartışmalar, eleştiriler, demokratik rejimlerde *"kamu yararı"* kapsamı içinde değerlendirilmesi gereken olgulardır. Buna karşılık, basının değerlendirme ve eleştiride bulunurken tam bir *"sorumluluk"* duygusu içinde hareket etmesi, *"hakkın -basın özgürlülüğünün- kötüye kullanılması"*sayılacak aşağılayıcı deyim ve ifadelerden kaçınması, *"kişilerin şeref ve haysiyetlerinin korunması"* yükümlülüğünün doğal bir gereğidir.

bb) *Davaya konu teşkil eden olayların, kamu yararı varsa* (yasal sınırlar içinde) *yayın ve resim konusu yapılması da hukuka aykırı değildir.* Böylece, örneğin, bir silah veya uyuşturucu madde kaçakçılığına veya bir rüşvet veya şiddet olayına ilişkin davada, duruşmalar hakkında bilgi verilmesi, resim basılması mümkündür. Ancak, 9.6.2004 tarihli Basın Kanunu'nun 19. maddesine göre, *hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içinde, Cumhuriyet savcısının, hakim veya mahkemenin yaptığı işlemlerin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriği yayımlanamaz. Görülmekte olan bir dava kesin kararla sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hakim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlanamaz.* Ayrıca, Basın Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, *onsekiz yaşından küçük olan sanıkların veya suçtan zarar görenlerin kimliklerini açıklayacak veya tanınmalarına yol açacak yayın yapılamaz.* Aynı şekilde (md. 20), *cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan, okuyucuyu bu tür eylemlere özendirebilecek nitelikte yazı ve resim yayımlanması yasaktır.*

cc) Kişilik haklarına aykırı bir yayının *"kamu yararı"* nedeniyle *"haksız" sayılmaması,* manevi tazminat isteğine esas teşkil edememesi için, temel şart, habere veya eleştiriye konu olayın *"doğru, gerçeğe uygun"* olması ve *"konunun güncelliğini koruması'tiir* [48]. Örneğin, bir kamu görevlisini, rüşvet almakla, sahte belge düzenlemekle, casuslukla veya diğer herhangi bir yasa dışı davranışla suçlayan bir yayında, sorumlular, iddialarının, verdikleri haberin doğru olduğunu ispat etmekle yükümlüdürler.

---

48) Bk. Yarg. HGK. 6.5.2009, K. 2009/163 (İst. Bar. Derg. 2009/5, sh. 2737 vd.}; Yarg. HGK. 11.4.2007, K. 2007/209 (Yargı Dünyası, Ekim 2007, sh. 111}; Yarg. HGK. 27.09.2006, K. 2006/601 (İst. Bar. Derg. 2007/1, sh. 180); Yarg. HGK. 11.5.2005, K. 2005/316 (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 1730). Yarg. HGK. 28.9.2005, K. 2005/548 (1st. Bar. Derg. 2006, sh. 763). Yarg. 4. HD. 8.5.2008, K. 2008/6398 (İst. Bar. Derg. 2008/5, sh. 261O).

Yargıtay ve Federal Mahkeme kararlarında belirtildiği üzere, *yayın gerçeğe aykırıysa,*

- Yalanlama yazısının yayımlanmış olması 49•so;

_49) 9.6.2004 tarihli Basın Kanunu'nun (RG. 26.6.2004) 14. maddesinde, kişilerin şa[illegible]sıy[illegible]t haklarını zedeleyen yayınlara karşı 'tfüzeltme **ve cevap"** hakkı öngörülmüştür. *·surelı yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykı-:1_yayım_yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay ı[illegible]nde gondereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlenne aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve eklemeyapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır {md. 14/1)". "Düzeltme ve cevapta, buna neden olan eser (yazı, resim, vs.) belirtilir. Düzeltme ve cevap, ilgili yazıdan uzun olamaz. Düzeltme ve cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az yazı veya resim veya karikatür olması hallerinde düzeltme ve cevap otuz satırı geçemez (md. 1412)".* Düzeltme ve cevabın belirlenen süreler içinde yayınlanmaması halinde, yayın için tanınan sürenin bitiminden itibaren onbeş gün içinde, sulh ceza hakiminden yayının yapılmasına karar verilmesi istenebilir (Bas. Kan. md. 14/4). Düzeltme ve cevabın yayınlanmasına ilişkin kesinleşmiş hakim kararına uymayan sorumlu müdür ve diğer yetkililere uygulanacak yaptırım yasanın 18. maddesinde yer almıştır.

JT. 2004.1.192: **Cevap hakkı, ilke olarak, yazılı şeklide kullanılır. Bununla beraber, cevaba yayımlanmış bir fotoğraf sebep olmuşsa, gerektiğinde, örneğin bir fotomontaj'ın tekzibinde, asıl resmin yayımlanması da istenebilir.**

13.4.1994 tarih ve 3984 sayılı (RG. 20.4.1994) *Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanumlnun* (15.5.2002 tar. ve 4756 say. Yasayla değişik - RG. 21.5.2002). 28. maddesine göre de, **"Gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayınlar ile gerçeğe aykırı olduğu iddia edilen yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkı tanınması için ilgililer yargı yoluna başvurabilirler".** "Yargıya yapılan başvuru üzerine yargı gerekli incelemeyi yapar. **Başvuru yerinde görülürse düzeltme ve cevap, saldırı teşkil eden veya gerçeğe aykırı yayının yapıldığı aynı saatte, aynı program içinde yayınlanır. Yayın süresi ve şeklini halin icabına ve de[illegible]ı_ıere göre hakim takdir eder.** Kişilerin Yargıya başvurmaları yayından itibaren 1O gün ıçınd: yapılır. Mahkeme 3 gün içinde karar verir." **"Mahkeme kararının ilgili kuruluşa tebllg edildiğinin ertesi günü yayın yapılır." Yayını yapmayan veya karara uygun şeklide yapmayan veya geciktiren kuruluşun** yayınlarından sorumlu en üst yöneticisi ile kuruluşun sahibi olan anonim şirketin yönetim kurulu başkanına "otuz milyar liradan dok[illegible]an milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. **Ayrıca, kuruluşa, Ust Kurulca,_ eylemin agırlığına göre Oç aya kadar** gelir getirici yayın yapma yasağı verilebilir. ikinci kez tekrarı halinde yayın izni iptal edilir ve en yüksek para cezasına h[illegible]kmolunur. Bu cezalar ertelenemez. Hangi yayınların gelir getirici yayınlar olduğu Ust Kurul tarafından belirlenir.

50) Bk. Yarg. HGK. 25.11.1964 (Olgaç, IBK. 49, sh. 1).

- Gazetenin, yayınlanan yazıda sözü edilen olayın doğru olmaması olasılığını belirtmesi 51;

- Yazının, abone olunan bir ajans aracılığıyla sağlanmış olması veya başka bir gazetenin bir gün önceki haberinden aktarma yoluyla alınmış bulunması 52;

- Yayının iyi niyetle yapılmış 53 daha sonra, özür dilenmiş olması;

gazetecinin ve gazetenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Yargıtay, kararlarında yazının *"gerçeğe uygun"* olmasından ne anlaşılması gerektiği sorununa da değinmiştir. Yargıtaya göre, *"gerçeklik, somut gerçeğe değil, olayın, haberin verildiği andaki görünürdeki gerçeğe, beliriş biçimine uygunluk şeklinde anlaşılmalıdır."*54 *O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların ve olguların yayınından basın sorumlu değildir.*55 *Eğer bir haberin gerçeğe aykırı bir şekilde verilmesi olgusunun oluşmasında, haberi alan gazeteci ile, haberi yayınlayan gazetenin bir kusuru söz konusu değilse, tazminat istenemez*56.

Basın, bir haberi yayınlamadan önce, haberin ne ölçüde doğru olduğunu, basında yer alan haberlerinin kamu oyundaki etkisini dikkate alarak, özenle araştırmak ile yükümlüdür. Yayınlanacak haber, kişilere ağır bir zarar verecekse, haberin doğruluğunu denetleme yükümlülüğü, daha sert ölçülerde söz konusu olacaktır 57_ Gerek yazılı, gerek görsel basın varsayımlara, dedikodulara dayanarak yayın yapmaktan kaçınmalıdır 58.

---

51) Bk. JT. 1935, 1. 290.

52) Bk. Yarg. 4. HD. 28.11.1974, 10763/16320 **(Olgaç,** Emsal, İçt. Md. 49, sh. 302-303).

53) Bk. Yarg. 3. HD. 27.3.1986, K. 86/3186, K. 86/3196 (Yar. Kar. Derg. 1986, sh. 1128).

54) Bk. Yarg. HGK. 6.5.2009, K. 2009/163 (İst. Bar. Derg. 2009/5, sh. 2737 vd.); Yarg. HGK. 11.4.2007, K. 2007/209 (Yargı Dünyası, Ekim, 2007, sh. 111); Yarg. HGK. 27.9.2006,.K. 2006/601 (İst. Bar. Derg., 2007/1, sh. 180); Yarg. HGK. 11.5.2905, K. 2005/316 (1st. Bar. Derg. 2005, sh. 1730). Yarg. HGK. 15.10.2003, K. 2003/586 (1st. Bar. Derg. 2004/4, sh. 1595).

55) Bk. Yarg. HGK. 11.5.2005, K. 2004/316 (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 1730). Yarg. HGK. 15.10.2003, K. 2003/586 (İst. Bar. Derg. 2004/4, sh. 1595). Aynı yönde: Yarg. 4. HD. 8.5.200[illegible], K. 2008/6398 (İst. Bar. Derg. 2008/5, sh. 2610); Yarg. 4. HD. 7.6.2007, K. 2007/7767 (1st. Bar. Derg. 2008/1, sh. 340).

56) Bk. Yarg. 4: HD. 21.3.1980, K. 80/3719 (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 567).

57) Bk. Yarg. HGK. 15.5.2002, K. 2002/412 (1st. Bar. Derg. 2004/1, sh. 244). Yarg. 4. HD. 4.5.2004, K. 2004/5933: **Gerçek** olduğu **araştırılmadan ve saptanmadan** duyum ve dedikoduya dayalı iddialar doğrultusunda oluşturulan haberin hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir (1st. Bar. Derg. 2004/4, sh. 1713).

58) Bk. Yarg. HGK. 11.5.2005/316 (1st. Bar. Derg. 2005, sh. 1731).

Bununla beraber, haberin gerçeğe uygunluğunu denetlemede, gazetenin "kusurlu bir davranışının" bulunup bulunmadığını belirlerken, kitle haberleşme organlarının günümüzdeki çalışma koşulları, haberleşme faaliyetlerinin kazandığı hız, haber kaynaklarının denetimi imkansız kılacak şekilde evrensel bir genişlik kazandığı da göz önünde bulundurulmalıdır [59].

dd) Şahsiyet haklarına aykırı bir yayının *"kamu yararı"* nedeniyle yapılabilmesi ve bu sebeple bir sorumluluğun söz konusu olmaması için, Yargıtay ve Federal Mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere, *"ilgililere zarar verecek yazış/ardan titizlikle kaçınılması* [60], *haberin verilişinin gerektirmediği aşağılayıcı (onur kırıcı) bir dilin kullanılmaması* [61], *haber sınırlarının aşılmaması, gazetecilik görevinin sınırları içinde kalınması* [62]" gerekir.

6. Manevi tazminatın miktarı ve şekli

Borçlar Kanununun {4.5.1988 tarih ve 3344 sayılı kanunia değişik) 49.maddesinin 2 ve 3. fıkralarına göre, şahsiyet haklarına haksız tecavüz halinde *"Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır". "Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi, tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yoluyla ilanına da hükmedebilir".*

BK. md. 49'da manevi tazminatın miktar ve şekline ilişkin olarak yer alan yeni hükümler, daha önce doktrin ve uygulamada benimsenen çözümlerin

---

59) Bk. Yarg. 4. HD. 21.3.1980, K. 80/3719 (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 568).

60) Yarg. HGK. 29.5.2002, K. 2002/460: **Haberin içerdiği konuların doğru olmasına karşın, gerek haberin başlığının, gerek anlatımda kullanılan sözlerin haberin** gerektirdiği biçim ve ölçüye uygun olmaması durumunda sözkonusu haberde **kişilik haklarına** saldırı bulunduğu kabul edllmelidlr (İst. Bar. Derg. 2004/1, sh. 261 vd.)

61) Bk. JT. 2001, 1. 36; 38; Yarg. HGK. 15.5.2002, K. 2002/409 (İst. Bar. Derg. Eylül-2003, sh. 667). Yarg. 4. HD. 15.10.1981, K. 81/11230 (Yarg. Kar. Derg. 1982, sh. 36 ve 39).

Yarg. 4. HD. 7.10.2008, K. 2008/11363: **Yayınlarda** kamuoyunu **bilgilendirme amacı esastır.** Düşünce ve eleştirilerin yayınlarda **açıklanması da** olağan **kabul edilmelidir. Ancak bu hak** kullanılırken öz ile biçim **arasındaki denge** bozulmamalıdır. **Yayın doğru olsa ve kamu yararı** bulunsa **bile,** üslup abartılı, aşağılayıcı, **küçük** düşürücü **ise hukuka** uygunluktan **söz edilemez. Yapılan yayında, davacılar ile ilgili olarak, militan, terörist, orta** oyuncusu, **deli, PKK dostu,** elleri **kana bulanmış, cinayet azmettirici, yalancı,** ruh **hastası gibi** nitelendirmelerde bulunulmuş, öz **ile biçim arasındaki denge** bozulmuştur. **Manevi tazminata** hükmedilmesi **gerekir.** (Yargı Dünyası, Nisan 2009, sh. 91).

62) Bk. Yarg. HGK. 8.7.1970 (Ank. Bar. Derg. 1970, sh. 1071}.

yasallaştırılması niteliğindedir. Manevi tazminatın amacı, şahsiyet haklarına yapılan haksız tecavüz nedeniyle uğranılan manevi zararın, ruhi sarsıntının en tatminkar bir şekilde giderilmesidir. Tarafların sosyal pozisyonları, tecavüzün etkisini arttıracak nitelikteyse, manevi tazminatın miktar ve şeklini belirlemede bu husus dikkate alınacaktır.

Gazeteler veya diğer yayın organları {örneğin radyo ve televizyon) vasıtasıyla şahsiyet haklarına {şeref ve haysiyete, kişisel gizliliğe) yapılan haksız tecavüzlerde, manevi tazminat miktarının, bir kaç kişi önünde yapılan tecavüzlere göre, çok daha yüksek tutulması gerekir.

Borçlar Kanunu'nun maddi tazminatın kapsamını etkileyen "kusurun ağırlık derecesi", "birlikte kusur" gibi unsurlara ilişkin hükümleri {BK. m. 42 vd.). manevi tazminatın tayininde de kıyasen uygulanır {Oser-Schönenberger, m. 41, No. 75; m. 47; No. 1O; von Tuhr, § 12-11). Böylece kast halinde, ağır ihmale nazaran daha fazla manevi tazminata hükmedilir, buna karşılık birlikte kusur {tahrik) halinde tazminat miktarı azaltılabilir veya duruma göre manevi tazminata hükmetmekten vazgeçilebilir.

Hakim manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedebileceği gibi, para ile birlikte veya onun yerine başka bir tazmin yoluna da karar verebilir (BK. m. 49/3). Örneğin, hakim, şahsiyet hakkına yapılan tecavüz nedeniyle belli bir paranın ödenmesine ve mahkumiyet kararının belli gazetelerde yayınlanmasına hükmedebileceği gibi, sadece tecavüzün kınanması ve bu hususta kararın yayınlanması yoluna gidebilir[63].

Borçlar Kanunumuzun 49. maddesi uyarınca manevi tazminat isteme hakkı, kural olarak, sadece şahsiyet haklarına tecavüz edilmiş olan şahsa attir [64].

---

63) **Federal Mahkeme, şahsiyet haklarına saldırıda bulunulan kişi isterse, tecavüzden sonra geçmiş olan süre dikkate alınmaksızın, kararın yayımlanması yoluna gidilebileceğini öngörmüştür.** Bk. JT. 2000. 1. 303. Buna karşılık, **Yargıtay, haberin verilişinden itibaren** uzun **bir süre geçmişse, olayın özelliği de gerektirmiyorsa, manevi tazminat ödenmesini öngören** hükmün **ayrıca yayınlanmasına karar verilmesi uygun değildir** görüşünü benimsemiştir. Bk. Yarg. 4. HD. 28.12.2005, K. 2005/12787 {Yargı Dünyası Derg. Haz. 2006, sh. 101-102); Yarg. 4. HD. 30.5.2006, K. 2006/6332 {1st. Bar. Derg. 2007/6, sh. 2695).

Yarg. 4. HD. 24.9.2002, K. 2002/9940: Yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı hukuki nedenine dayalı bir manevi tazminat davasında, hakim, BK. md. 49 uyarınca istem dışındaki bir yaptırıma hükmederken, davacının öngörd0Q0 yaptırım t0rOn0 niçin uygun görmediQini, hukuka uygun biçimde gerekçeye dayandırmak zorundadır. {Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 22).

64) Bk. Yarg. HGK. 27.12.2006, K. 2006/821 {Yargı Dünyası, Temmuz 2007, sh. 11). Yarg. 4. HD. 11.10.2001, K. 2001/9354 {Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 707); JT. 1991, 1. 636.

Yansıma yoluyla acı duyan kişiler *-haksız saldırının, niteliği itibariyle kendilerinin kişilik haklarına da saldırı oluşturması hali dışında* 65_ manevi tazminat isteyemezler.

Manevi tazminat niteliği itibariyle tektir, bölünemez, bölümler halinde talep edilemez. Bu nedenle, manevi tazminat isteklerinde kısmi dava söz konusu olamaz, ilk davada manevi tazminatın bir kısmı talep edilerek, fazlaya ilişkin bölümü saklı tutulamaz 65a.

111- ÖLÜM VE BEDENSEL ZARAR HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT

Kanun, kişilik haklarına yapılan saldırı sebebiyle manevi tazminat ödenmesini, daha önce de belirttiğimiz üzere, bazen özel olarak düzenlemiştir. MK. m. 121'de nişanın bozulması, MK. m. 158'de evlenmenin butlanı, MK. m. 174'de boşanma ve BK. m. 47'de bedensel zarar ve adam ölmesi hallerinde manevi tazminat ödenmesi öngörülmüştür. Medeni Kanunda yer alan manevi tazminata ilişkin hükümler o konuları kapsayan kitaplarda incelenmiştir. Burada, sadece Borçlar Kanunumuzun *"bedensel zarar ve adam ölmesi"* hallerinde manevi tazminatı düzenleyen 47. maddesi hükmüne değinilmiştir.

Borçlar Kanunumuzun 47.maddesine göre *"hakim, özel durumları dikkate alarak, bedensel zarara uğrayan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namiyle adalete uygun tazminat verilmesine karar verebilir".* Maddenin metninden anlaşılacağı üzere, Kanun Koyucu *"adam ölmesi ve bedensel zarar"* hallerinde manevi tazminata hükmedilebilmesi için *"özel durumların"* manevi tazminatı gerektirmesini yeterli saymıştır. Böylece hafif kusuruyla da olsa, ağır bir cismani zarara sebep olan ve ekonomik durumu da elverişli bulunan kimse "manevi tazminat" adı altında bir miktar para ödemeye mahkum edilebilir (Becker, m. 47, No., 5; Oser- Schönenberger, m. 47, No. 12) 66. BK. m. 47'de, manevi tazminat olarak sadece para ödenmesi öngörülmüştür.

---

65) Bk. yukarıda sh. 204-205, not. 16. Ayrıca Bk. Yarg. 11. HD. 8.3.2007, K. 2007/4118 (Yargı Dünyası, Kasım - 2007, sh. 139.

65a) Bk. Yarg. 4. HD. 9.7.2008, K. 2008/9438 (Yarg. Kar. Derg. 2008/12, sh. 2349-2351); Yarg. HGK. 14.4.2004, K. 2004/227 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 1810); Yarg. 4. HD. 19.1.2009, K. 2009/663, (Yargı Dünyası, Nisan 2009, sh. 93).

66) Bk. JT. 1945, 1. 42; JT. 1940, 1. 502; JT. 1928, 1. 586.

HGK. 27.3.1981 (K. 81/251): **Manevi zarar** kar,ılığında tazminat **isteğinde** bulunan kişi bunun bir bölümünü ilk davada isteyerek fazlaya lllfkln bölümünü geleceğe bıra[illegible]maz. (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 808). Ayni yönde: Yarg. HGK. 14.4.2004,K. 2004/227 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 181O). Yarg. 4. HD. 17.1.2003, K. 2003/388: Sonradan gell,en bir durumun varlığı ileri sürülüp kanıtlanmadığı takdirde, manevi tazminatın bölOnmezliği ve tekliği gereği, ilk davada isteneni a,an bir miktar için manevi

Zarar görenin birlikte kusuru (özellikle hafif kusuru), özel durum gerektiriyorsa, kural olarak, manevi tazminata hükmedilmesine engel değildir [67]. Bununla beraber, zarar görenin birlikte kusuru belli bir ağırlıkta ise, hakim manevi tazminata hükmetmiyebilir [68]. Federal Mahkemeye göre zarar görenin kusuru zarar vereninkinden daha ağırsa manevi tazminata hükmedilemez [69].

Bedensel zarar halinde manevi tazminat isteme hakkı, sadece bedensel zarara uğrayan kişiye attir. Bedensel zarara uğrayan kimsenin yakınları (örneğin bir trafik kazasında yaralanan çocuğun anne ve babası) kural olarak, nıanevi tazminat isteğinde bulunamaz [69a]. Bununla beraber, *Yargıtay ve Federal mahkeme, bedensel zarara uğrayan kimsenin (eşi, çocukları, anne ve babası gibi) çok yakını olan kişilerin, bedensel zarara sebep olan haksız fiil nedeniyle şahsen manevi zarara uğramaları (ruhi ve asabi sağlık bütünlüklerinin bozulması) halinde manevi tazminat isteyebileceklerini kabul etmiştir. Bu t[illegible]kdirde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarar görme, bağı";sız bır talep hakkı söz konusudur* [10]. Federal mahkeme, bedensel zarara ug-

---

tazminata hükmedilemez (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 693). Yarg. 4. HD. 14.5.1998, K. 98/3428: **Trafik kazasında yaralanan kişinin yüzünde sabit iz kalacağı açılan ilk manevi tazminat davasında bilinmiyorduysa, ayrı bir sebep niteliğinde olan "sabit iz"[illegible] dayanılarak ayrıca manevi tazminat istenebilir.** (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh.1145). Aynı yönde diğer bir karar için Bk. Yarg. 4. HD. 15.10.2001, K. 2001/9440 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 367). Yarg. Hukuk Genel Kurulu, 16.11.1994 (K. 94/688): **İşçinin geçirdiği iş kazası sonucu işverenden maddi ve manevi tazminat almış olması, daha sonra** ölmesi durumunda, **kaza** ile ölüm arasında uygun sebep - sonuç bağlantısının bulunması kaydıyla, hak sahiplerinin manevi tazminat isteminde bulunmalarına engel değildir (Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 1189 vd.).

67) Bk. JT. 1947, 1. 203; JT. 1934, 1. 494; JT. 1930, 1. 334; JT. 1929, 1. 277; JT. 1928, 1. 143; HGK. 17.10.1970 (Ank. Bar. Derg. 1971, sh. 308).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu zarar görenin % 50 kusurlu oluşunu manevi tazminata hükmedilmesine engel saymamıştır. Bk. HGK. 25.11.1970, E. 69/9-834, K. 649.

68) Bk. JT. 1932, 1. 120.

69) Bk. JT. 1927, 1. 358. Manevi tazminat miktarı tesblt edilirken, bedensel zarara veya ölüme sebep olanın, zarar görenin ve üçüncü şahısların kusur dereceleri dikkate alınır. Bk. JT. 1972, 1. 131.

69a) BK. Tasarısı mcf. 56/2'de, "Ağır bedensel **zarar** halinde **de, zarar** görenin yakınlarına *manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir"* hükmü getirilmiştir.

70) Bk. Yarg. 4. HD. 11.12.2000, K. 2000/11334 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 825); Yarg. 3. HD. 9.6.1997, K. 97/5664 (Yarg. Kar. Derg. 1997, sh. 1412); Yarg. HGK. 2.12.1987, K. 87/ 894: **"Cismani zarar halinde manevi tazminatı doğrudan doğruya cismani zarara uğrayan kimse isteyebilir. Yansıma suretiyle bir zarardan söz edile-**

r?yan şahsın yakı_nlarının manevi tazminat isteyebilmesini, olay nedeniyle ugradıkları manevı zararın, bir kimsenin ölümü halinde yakınlarının duyacağı manevi acıya eşit veya daha ağır nitelikte olması şartına bağlamıştır [71]. Fe?_era!.?ahkemeye göre bedensel zarara sebep olan fiil için ceza kanununda ongorulen zamanaşımı süresi (BK. md. 60 taki süreden) daha uzu113d, yakınlarının açacağı manevi tazminat davasında da ceza kanunundaki zaman aşımı süresi uygulanır [72]. Buna karşılık, olaydan zarar gören (intihar riskiyle kaldırıldığı klinikte pencereden atlayarak yaralanan) kişinin gerekli önlemleri almayan sorumlulara karşı dava hakkı BK. md. 125 (CCS. Art. 127) uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi olsa dahi, yakınlarının manevi tazminat taleplerine BK. md.60'taki bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır [73].

Haksız fiil sonucunda adam ölmüşse, ölen kimsenin *ailesi* manevi tazminat isteme hakkına sahiptir. BK. m. 47'deki *"ailesi"* deyimini, İsviçre Borçlar Kanununun almanca metnine uygun olarak *"yakınları"* anlamında değerlendirmek gerekir [74]. Böylece manevi tazminat isteme hakkı, mirasçı olmasalar dahi, mevcut ilişkilere göre ölümden gerçekten manevi bir acı duymuş

---

rek, cismani zarar uğrayan kişi dışındakiler yararına 47. maddeye dayanılarak manevi tazminata hükmedilemez. Ancak, olay nedeniyle, doğrudan doğruya cismani zarara uğrayan çocuğun babası ruhsal sağlığı ağır şekilde bozularak şok geçirip tedavi olmak zorunda kalmışsa, illiyet bağı gerçekleşmiş sayılacağından, BK. md. 47'ye dayanarak manevi tazminat isteyebilir (Yarg. Kar. Oerg. 1988, sh. 463-464). Ayni yönde, Yarg. 21. HD. 15.6.2000, K. 2000/4833 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 248).

Yarg. HGK. 26.4.1995, K. 95/430: **Bir kimsenin bedensel zarara uğraması** {dava konusu olayda olduğu gibi birlikte seyahat sırasında henüz sekiz aylık çocuklarının çok ağır bir şekilde yaralanması) sonucunda, onun - ana, baba, karı, koca gibi- çok yakınlarından birinin de (aynı eylem nedeniyle) ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde zarar görmüşse onlar da manevi tazminat lstlyebilirler. Bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibariyle, onların da aykırı davranılan kuralın (BK. md. 47) koruma amacı içinde bulunduklarının "hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğinin" kabulü gerekir. Başka bir anlatımla, böyle hallerde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarar görme söz konusudur (Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 1520 vd.)

Fedaral Mahkemeye göre de, özel ağırlıktaki durumlarda, örneğin haksız fiil sonucu sakat kalmış bir çocuğa hayat boyu bakma durumunda kalan, bu suretle çocuğun bedensel bir zarara uğramasından yaşamı doğrudan doğruya etkilenen **anne-baba veya diğer yakınlar da** manevi tazminat istiyeblllrler.Bk. JT. 1993. 1. 7 44. Ayrıca Bk. JT. 1996. I. 355. Eş açısından ayni yönde: Yarg. 21. HD. 8.12.1997, K. 97/8106 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 899).

71) Bk. JT. 1996. 1. 355; JT. 1992. 1. 222, JT. 1986. 1. 452.

72) Bk. JT. 1996. 1. 355.

73) Bk. JT. 1999. 1. 9.

74) Bk. Yarg. 4. HD. 3.3.1975, 1264/2667 **(Olgaç,** Emsal lçt. md. 47, sh. 293)

kimselere aittir [75]. Bu şahıslar arasında, özellikle ölen şahsın eşi [76], çocukları [77], torunları [78], anne ve babası, kardeşleri, nişanlısı [79] yer alabilecektir. Ölenin yakınlarının sahip oldukları manevi tazminat isteme hakkı, mirasçılık sıfatıyla ilgili olmayan, kanunun doğrudan doğruya kendilerine tanıdığı ve münhasıran şahsa bağlı niteliği itibariyle ayrı ayrı (birbirlerinden bağımsız olarak) sahip oldukları bir haktır [80].

Haksız fiil ve kusuruyla ölüme veya bedensel zarara sebep olan şahsın yanında, Yargıtayın 22.6.1966 tarihli İçtihadı Birleştirme ve 14.6.1969 günlü Hukuk Genel Kurulu kararlarında da belirtildiği üzere, haksız fiilden kusursuz olarak sorumlu bulunan kişilere (örneğin, istihdam edene) karşı da, ne kendisinin ve de çalıştırdığı kimsenin kusuru aranmaksızın maddi olduğu kadar, BK. m. 47 uyarınca manevi tazminat davası açılabilir [81] (Oser-Schönenberger, sh. 47, No. 1O; Tekinay, sh. 919-920).

75} Bk. HGK. 25.11.1970, (Ank. Bar. Derg. 1971, sh. 451}. Yarg. 4. HD. 16.11.1998, K. 98/8925 (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 772).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.5.1965 tarihli kararına göre: **Davalı "davacılar yararına manevi tazminata** hükmedilmesini **ortadan kaldıracak ölçüde,** ölü **ile yakınları arasındaki** ruhi **bağlılık ilişkisini sarsan ve davacıların** ölüm **nedeniyle bir acıya düşmediğini gösteren" olayları isbat edebilirse tazminata hükmedilemez** (Bk. Olgaç, İBK. m. 47, sh. 6).

76) Ölen **şahıs ile köyde karı koca gibi yaşayan kadın da manevi tazminat isteyebilir.** Bk. HGK. 4.7.1970, K. 388 **(Olgaç,** Emsal, lçt. md. 47, sh. 294-295).

77} **Haksız fiil nedeniyle babanın** ölümü halinde, henüz **çok küçük bulunan (veya** babasının ölümünden sonra doğan) çocuklar için demanevi tazminata hükmetmek gerekir. Zira ölüm anında yaşının küçüklüğü sebebiyle **babasını** kaybetmenin ızdırabını duymayan çocuk belli bir **yaşa** gelince **babasız** olmanın üzüntüsünü hissedecektir. Bk. JT. 1946, 1. 617; Yarg. 4. HD. 12.10.1983, K. 83/8331. (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 1750). Yarg. 9. HD. 30.6.1970, E. 2600, K. 7335 (iş Hukuk, Nisan 1971).

78) Bk. Yarg. 4. HD. 16.11.1998, K. 98/8925 (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 772).

79) Bk. JT. 1941, 1. 194.

80) Bk. JT. 1967; 1. 442. Federal mahkemeye göre, ölen kimsenin yakınları **arasında eş** en yakın ilişkide olan sayılır, onu sırasıyla ana ve **baba,** ölenin çocukları **ve kardeşleri izler. Bir çocuğun** ölümünde, **manevi tazminat açısından anne ve baba arasında bir fark yoktur.** Ölen **tek çocuksa, anne ve babaya ödenecek manevi tazminat, ilke olarak, başka çocukların varlı{ı haline göre daha yüksek olmalıdır.** Bk. JT 1995. 1. 712.

81} Bk. lçt. Bir. Kar. 22.6.1966, (Ank. Bar. Derg. 1966, sh. 689 vd.). HGK. 14.6.1969 (Ank. Bar. Derg. 1969, sh. 1116). Ayrıca Bk. JT. 1947, 1. 203.

§ VII - MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

1- DAVAYA BAKMAYA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Haksız fiil nedeniyle açılacak maddi ve manevi tazminat davaları kural olarak "hukuk mahkemelerinde" görülür. Davaya bakmağa yer itibariyle yetkili hukuk mahkemesi, Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunumuzun 9. maddesinin genel hükmü uyarınca *"dava açıldığı tarihte davalının ikametg[illegible]hı sayılan yer mahkemesidir".* Aynı kanunun 21. maddesine göre dava *"haksız fiilin yapıldığı yer mahkemesinde"de* açılabilir. Diğer bir deyişle, davacı, maddi ve manevi tazminat davasını, dilerse davalının ikametgahının bulunduğu, dilerse haksız fiilin yapıldığı yer mahkemesinde açabilir. Medeni Kanunumuzun kişiliğin korunmasına ilişkin 25. maddesine göre de: *"Davacı kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir"* [1]. Davaya bakmakla *görevli* (madde itibariyle yetkili) *mahkeme* ise, HMUK'nun (20.6.1996 tar. ve 4146 sayılı kanunla değişik -RG. 23.6.1996-) 8. maddesi uyarınca, istenen tazminat miktarı (1.1.2000 tarihi itibariyle) 400 milyon lirayı geçmiyorsa *"sulh hukuk",* 400 milyon lirayı aşıyorsa, *nas/iye hukuk"* mahkemesiydi. Hukuk Mahkemelerinin görevini belirleyen *400 milyon liralık sınır,* 14.07.2004 tarih ve 5219 sayılı Kanunun (RG. 21.07.2004) 2/a maddesiyle *21.O7.2004 tarihinden itibaren* "beş milyar" *liraya yükseltildi.* Daha sonra, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 26.09.2004 tarih ve *5236 sayılı Kanunun* Ek 4. maddesiyle, bu *beş milyar liralık* (5.000 TL) *miktarın (her takvim yılı başından itibaren) yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanması kuralı getirildi.* Bu kural uyarınca, 1.1.2009 tarihi itibariyle, hukuk mahkemelerinin görevini belirleyen sınır 7.080,00 TL. oldu.

Tazminat talebine esas teşkil haksız fiil, (bir şahsı bıçakla yaralama halinde olduğu gibi) aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, haksız fiilden zarar gören şahsın talebi halinde, davaya bakmakta olan Ceza Mahkemesi, mahkumiyet kararıyla birlikte maddi ve manevi tazminata da hükmedebilir. Haksız fiilin aynı zamanda suç niteliğinde olması, bir ceza davasına konu teşkil etmesi, zarar gören şahsın, maddi ve manevi tazminat isteğini Ceza Mahkemesinde ileri sürmesi mecburiyetini doğurmaz. Ceza davası devam etmekte olsa dahi, zarar gören şahıs, yetkili ve görevli hukuk mahkemesinde açacağı bir dava ile maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir.

---

1) Yarg. HGK. 13.2.2008, K. 2008/130: **Kişilik haklanna saldın nedeniyle tazminat talebinde bulunan kişi, kendi yerleşim yeri (MK. md. 25), veya davalının ye[illegible]lefim yeri veya haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde dava açabillr** (1st. Bar. Derg. 2009/1, sh. 392).

11- DAVANIN TARAFLARI

1) Davacılar

a) Haksız fiilden zarar görenler: Maddi ve manevi tazminat davasını açma hakkı, kural olarak, haksız fiilden zarar gören, haksız fiil ile kişilik hakları ihlal edilmiş (zedelenmiş) olan (örneğin yaralanmış bulunan) şahsa aittir.

Haksız fiilden zarar gören şahıs tam ehliyetli değilse, küçük veya kısıtlı ise, mümeyyiz olsa dahi, maddi tazminat davasını onun adına kanuni mümessili (veli veya vasisi) açar.

Manevi tazminat yönünden durum farklıdır. Manevi tazminat isteme hakkı "kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar"dan olduğundan, kanuni mümessil, kural olarak, temsil ettiği şahıs adına manevi tazminat davası açamaz. Şahsiyet haklarında tecavüze uğrayan kimse mümeyyizse, tam ehliyetli (örneğin reşid) olmasa dahi, manevi tazminat davasını kendisi açabilir (Bk.MK. m. 16). Buna karşılık, temyiz kudretinden yoksun kimse adına kanuni mümessilinin manevi tazminat davası açabilececeğini kabul etmek gerekir (Saymen-Elbir, C. 1/1, sh. 521; Feyzioğlu, C. 1, sh. 700-701; Tekinay, sh. 923; İnan, sh. 349).

b) Zarar görenin başka bir sebepten ölümü halinde mirasçılar: Haksız fiilden zarar gören kimse, uğradığı zarar tazmin edilmeden, başka birsebeple ölürse maddi tazminat isteme hakkı mirasçılarına geçer.

Buna karşılık, *manevi tazminat istemi, miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez* [2]. Manevi tazminat isteminin mirasçılara geçebilmesi için, *kişilik hakları saldırıya uğrayan kimsenin, manevi tazminat talebini dava yoluyla ileri sürmüş olması şart değildir.* Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, *mirasbırakan, manevi tazminat istemini kanıtlanabilen iradesiyle ileri sürmüşse, saldırıda bulunandan herhangi bir yolla* (örneğin, noter aracılığıyla veya bir mektup göndererek) *manevi tazminat talebinde bulunmuşsa,* bu talep, manevi tazminat isteminin mirasçılara geçmesi için yeterlidir. MK.md.25, bu konuda, dava şartını öngören İsviçre Medeni Kanunundan ayrılmıştır.

---

2) Medeni Kanunumuzun 25. maddesine göre,**"Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez".** Medeni Kanunumuzun değişiklikten (1 Ocak 2002'den) önceki 24/a maddesinde, manevi tazminat talebinin mirasçılara geçmesi *"miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olma:'* şartına bağlı değildi. Manevi tazminat istemi, "ileri sürülmemiş olsa dahi" mirasçılara geçiyordu.

c) Haksız fiil sebebiyle ölüm halinde, mirasçılar, yardımdan yoksun kalanlar, yakınlar: Haksız fiil neticesinde ölüm meydana gelmişse, ölenin mirasçıları BK. m. 45/1'd sözü edilen zararların ödenmesi için maddi tazminat davası açabilirler. Yine aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, ölenin yardımından yoksun kalanlar da maddi tazminat istemek hakkına sahiptirler.

Haksız fiil sebebiyle ölüm halinde, ölenin yakınları, BK. md. 47 uyarınca, doğrudan doğruya kendilerine tanınmış bir hak olarak manevi tazminat talebinde bulunabilirler [3].

2) Davalılar

a) Haksız fiili yapanlar: Maddi ve manevi tazminat davası, esas itibariyle haksız fiili yapan (örneğin bir kimseyi yaralayan, hakaret eden) kişiye veya kişilere karşı açılır.

b) Dolayısiyle sorumlu olanlar: Maddi ve manevi tazminat davası, haksız fiili yapan kimse ile birlikte veya yalnızca, kusursuz sorumluluk hallerini incelerken gördüğümüz üzere, başkasının haksız fiilinden sorumlu tutulmuş olan kimselere, örneğin "istihdam edenlere", "ev başkanlarına", "bina ve diğer eser maliklerine" karşı da açılabilir.

c) Mirasçılar: Haksız fiilin faili veya başkasının haksız fiilinden sorumlu olan şahıs maddı ve manevı tazminat davası açılmadan önce veya dava devam ederken ölürse, maddı veya manevı tazminat davası ölenin mirasçılarına karşı açılabilir [4].

---

3) Yarg. 21. HD. 15.2.2005, K. 2005/1196: **İş kazasına bağlı** ölüm **nedeniyle destekten yoksun kalan hak sahipleri, kendileri için destekten yoksun kalma tazminatı yanında manevi tazminat da istiyebillr.** (1st. Bar. Oerg. 2005, sh. 1382).

4) Yarg. 4. HD. 24.02.2004, K. 2004/2091: **Kişisel hakların zedelenmesi nedeniyle mirasçılar aleyhine açılabilecek tazminat davalarında mirasçılar müteselsilen sorumludurlar. Bu nedenle tazminat davası mirasçılarından birine, birkaçına veya tamamına karşı açılabilir. Olayda, mirasçılar arasında mecburi dava arkadaşlığı değil,** ihtiyari **dava** arkadaşlığı vardır. ihtiyari dava arkadaşlarının hepsi için ortak olan bir def'i (örneğin zaman aşımı def'i) sadece bunu ileri sürmüş olan davalı taraf bakımından hüküm ifade eder {Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 859-860).

111- ZAMANAŞIMI VE DEF'İ HAKKI

1) Bir ve on yıllık zamanaşımı

Haksız fiil nedeniyle maddi veya manevi tazminat istenmesine ilişkin dava hakkı, haksız fiilden zarar gören tarafın, zararı ve zarar vereni (faili) öğrenmesinden itibaren bir yıl ve herhalde zarara sebep olan fiilin meydana gelmesinden itibaren on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar (BK. m. 60/1)[5,Sa,6,7]. Böylece, bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin geçmesinden sonra dava yoluyla maddi ve manevi tazminat isteme imkanı ortadan kalkar. Bununla beraber, BK. m. 60/1'deki süre "hak düşüren" bir süre niteliğinde olmadığından dava açıldığı takdirde, hakim, kendiliğinden dava hakkının zamanaşımına uğradığını, dikkate alamaz a. Aynı şekilde, dava hakkının zamanaşımına uğraması, maddi ve manevi tazminat isteme hakkını ve haksız fiil sorumlusunun tazminat borcunu ortadan kaldırmadığından, sorumlu şahsın haksız fiilden doğan zararı kendiliğinden ödemesi halinde bir sebepsiz zenginleşme durumu mevcut değildir, ödenen para geri istenemez (BK. m. 62/2).

Bir yıllık zamanaşımı sürenin işlemeye başlaması için *zarar görenin, dava açmaya imkan verecek şekilde zararın mahiyet ve kapsamını* [9] *ve zarar*

---

5) BK. Tasarısı md. 72/1'de, haksız fiillerde zamanaşımı süresi *"iki ve on yıl"* **olarak düzenlenmiştir.**

Yarg. 7. HD. 6.5.2008, K. 2008/2014: Tüzel kişiler için zamanaşımı, o kurumun veya tüzel kişinin yetki organının zararı ve zarar sorumlusunu öğrendiği tarihten itibaren başlar. (İst. Bar. Derg. 2009/3, sh. 1522)

Sa) **Motorlu araç kazalarından doğan maddi ve manevi tazminat davalannda zaman aşımı süresi iki ve on** yıldır. **Bk. KTK. md. 109/1.**

6) **Sigorta tazminatını ödeyen sigortacının; zarara sebebiyet verene karşı, sigorta ettirenin halefi (ardılı) sıfatıyla açacağı davanın zamanaşımı sigorta ettiren_ın ayni şahsa karşı açabileceği davanın zamanaşımıdır ve aynı tarihte başlar.** Bk. iç. Bir. Kar. 17.1.1972, 970/1 (Olgaç, Emsal İçt. md. 60, sh. 361-362).

Haksız fiil ve zararın (bir gayrimenkulün işgalinde olduğu gibi) devam etmesi halinde, her gün yeni bir zarar doğmuş olur ve bu zararın tazminine ilişkin **dava** hakkı, o günden itibaren - duruma göre - bir ve on yıllık sürelerin geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

7) Yarg. 21. HD. 1.3.2004, K. 2004/1691: İş kazıısı nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların ödetilmesine ilişkin davalar sözleşmeye aykın davranmaktan kaynaklanan tazminat davalan niteliğinde olduğundan (BK. md. 60'takl bir yıllık değil) BK. md. 125'de öngörülen 1O yıllık zaman aşımına tabidir. (ist. Bar. Derg. 2005, sh. 1376).

8) Bk. Yarg. 3. HD. 14.12.1987, K. 87/12156 (Yarg. Kar. Derg. 1988, sh. 474).

9) Bk. Yarg. HGK. 27.11.2002, K. 2002/1034: BK. md. 60, Traf. Kan. md. 109 uyannca, zamanaşımı süresinin başlaması için, haksız eylemden zarar görenin *faili* ve *"zararı"*öğrenmiş olması gerekir. *"Zararı öğrenmeden"*amaç, zarann kapsamı ve esaslı unsur1an hakkında davayı açmaya elverişll bütün şartların öğrenilmesidir. Zarann

vereni (zarardan sorumlu olanı 10) kesin olarak öğrenmesi gerekir. Zarardan dolayısıyla sorumlu olanlara, örneğin başkasını çalıştıranlara karşı b[illegible]ryıllık zamanaşımı süresi, (haksız fiili yapana karşı dava zamanaşımına ugramış olsa dahi) zarar görenin, "başkasının çalıştırma = istihdam" ilişkisini veistihdam edenin kimliğini öğrendiği tarihte başlar (Oser-Schönenberger, m. 60, No.13; Becker, m. 60, No. 9)11.

Haksız fiilden zarar gören bir tüzel kişi ise, bir yıllık sürenin işlemeye başlaması, tüzel kişi adına dava açmaya karar vermek yetkisine sahiporganın veya kişinin zararı ve zarar vereni öğrenmiş olmasına bağlıdır 12.

Haksız fiilden zarar gören taraf, zararı ve zarar vereni daha geç öğrenmiş olsa dahi, zarara sebep olan haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren on yıl geçmesiyle dava hakkı zamanaşımına uğrar. *Federal Mahkemeye göre, on yıllık sürenin başlangıcı, zararın daha sonra meydana geldiği hallerde de, zarara sebep olan ve sorumluluğa esas teşkil eden haksız fiilin yapıldığı tarihtir* 13. *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu,* "deprem"de (17.8.1999'da) çöken, fakat depremden on yılı aşkın bir süre önce yapılmış bulunan bir binanın sebep olduğu zarar nedeniyle verdiği 22.10.2003 tarihli kararda, bir ve on yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihine ilişkin görüşünü belirtmiştir. *Yargıtayın* sözü geçen kararına göre, *hukuka aykırı olan bir eylemde zamanaşımının işlemesi için, hukuka aykırı eylemden kaynaklanan zarar somut olarak ortaya çıkmış bulunmalıdır. Geçmiş bir zamanda, kurallarına uyulmadan, hukuka aykırı olarak yapılmış bir binanın deprem nedeniyle çökmesinden doğan zarara ilişkin BK. md. 60'daki bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin deprem tarihinden itibaren işletilmesi gerekir* 14.

---

kapsamını belirleyecek husus *"gelişmekte olan birdurum[illegible]se,* vücut bütünlüğünün lh• lallnden **doğan zarar, ancak tedavi sonucunda düzenlenecek doktor raporuyla belir·** lenebllecekse, zamanaşımı süresi, bedensel zararıkesin olarak saptayan sontıbbi ra• porun verilmesinden sonra işlemeye başlayacaktır. (İst. Bar. Derg. Eytüt-2003, sh. 690 vd.). Ayni yönde: Yarg. HGK. 20.12.2006, K. 2006/813 (1st. Bar. Derg. 2007/3, sh. 1134vd.).

10) Bk. JT. 1949, 1. 322; HGK. 24.10.1970 (Ank. Bar. Derg. 1971, sh. 273}.

11) Bk. HGK. 27.9.1967 (Ank. Bar. Derg. 1967, sh. 975}.

12) Bk. HGK. 6.12.2006, K. 2006/772 (Yargı Dünyası, Mayıs 2007, sh. 48}; Yarg.7 • HD. 8.6.2006, K. 2006/1871 (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 1278); Yarg. 4. HD. 27.1.2003, K. 2003/844 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1189).

13) Bk. JT. 1980, 1. 575; JT. 1956, 1. 262.

14) Bk. Yarg. HGK. 22.10.2003, K. 2003/594 {1st. Bar. Derg. 2004/4, sh. 1642/1vd.); Ayni yönde: Yarg. 4. HD. 15.2.2005, K. 2005/1296 (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh.1360).

Yargıtay tarafından savunulan *"Haksız fiillere ilişkin bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin 1[illegible]emeye başlayabilmesi için, haksız fiil/den kaynaklanan zararın somut olarak ortaya çıkması gerekir."* **pkllndekl görOş, TBMM Adalet Komisyonu tarafından da BK. Tasarısı md.72'nln gerekçesinde benimsenmiştir.**

BK. m. 125 ve devamındaki zamanaşımının durmasına, kesilmesine ve sonuçlarına ilişkin gelen hükümler, haksız fiilden doğan dava hakkına ilişkin BK. m. 60'daki zamanaşımı için de geçerlidir. (Oser-Schönenberger, m. 60, No. 7; Becker, m. 60, No. 1).

2) Ceza Kanunundaki zamanaşımı süresinin uygulanması

Zarara sebep olan haksız fiil, aynı zamanda Ceza Kanuna göre suç niteliğinde ise ve Ceza Kanununda söz konusu fiil için daha uzun bir dava "zamanaşımı süresi" kabul edilmişse, maddi ve manevi tazminat davasına da (gerek bir yıllık ve gerekse on yıllık zamanaşımı bakımından) daha uzun olan Ceza Kanunundaki süre uygulanır (BK. m. 60/2). *Ceza davası devam ediyorsa,* zarara sebep olan haksız fiil için Ceza Kanununda öngörülen ve daha uzun olan dava zamanaşımı süresi geçmiş olsa dahi, maddi ve manevi tazminat davası açılabilir 1s·ıs.

---

15) Bk. JT. 1981, 1. 262; JT. 1929, 1. 356, JT. 1924, 1. 9. Yarg. 4. HD. 27.1.2003, K. 2003/844 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1189).

Yarg. 4. HD. 21.5.1992, K. 92/6776: **Ceza** davasının varlığı, **orada şahsi hak** istenmedikçe zamanaşımını kesmez. Ancak, zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile, ceza davası devam ederken hukuk davasının açılması halinde zamanaşımından söz edilemez. Çünkü, ceza davası devam ettiği sürece, zarar görenin o davaya katılma yoluyla tazminat isteme hakkı vardır. (Yarg. Kar. Der. 1992, sh. 1036).

Yarg. 4. HD. 10.10.2003, K. 2003/11431: Manevi tazminat davasına konu olan olay suç niteliğindedir ve beş yıllık ceza zamanaşımına tabidir. Bu süre manevi tazminat davasının açıldığı tarihte dolmuştur. Ancak davalı hakkında açılan ceza davası, kesin bir sonuca bağlanmadan 4616 sayılı (cezaların ertelenmesine ilişkin) yasa (RG. 22.12.2000) uyarınca ertelenmiştir. Bu durumda, ertelenen ceza davasının zamanaşımı süresi, kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak Ceza Yasasının 102. maddesinde öngörülen süre sonuna kadar uzamıştır. Böylece manevi tazminat davasının zamanaşımı süresi de, kamu davasının zamanaşım süresi kadar uzamış olmaktadır (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 688-689).

16) Yargıtayın 7.12.1955 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına göre, cezayı gerektiren haksız fiillerin af kanunu ile cezai niteliklerini kaybetmeleri halinde, söz konusu haksız fiillerden doğan tazminat davalarında ceza zamanaşımının değil, BK. m. 60'da öngörülen hukuk zamanaşımının uygulanması gerekir. (Olgaç, İBK. m. 60, sh. 2). Aynı nitelikte, HGK. 24.3.1966, K. 279 (Olgaç, Emsal İçt. md. 60, sh. 373). Ancak aftan sonra bir yıl içinde tazminat davası açılabilir. Bk. Yarg. 10. HD. 27.2.1979, 568/1729 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 1004). CezA davası görülmekte iken af yasası çıkar ve dava bu nedenle ortadan kaldırılmış olursa, hukuk mahkemesinde tazminat davası, ceza davasının af yasasıyla ortadan kaldırıldığına ilişkin ceza mahkemesi kararının kesinleştiği günden başlayarak bir yıl içinde açılmalıdır. Bk. HGK. 18.11.1981, K. 81/744 (Yarg. Kar. Derg. 1982, sh. 763). Yarg. 15. HD. 15.5.1975, 2615/2626 (Yarg. Kar. Derg. 1976, sh. 1020); Yarg. 15. HD. 4.3.1976, K. 1976/919 (Yarg. Kar. Derg. 1977, sh. 1438).

Ceza Kanununda öngörülen daha uzun süreli zamanaşımı zarar görenin yararına olarak uygulanır. Olay tarihinden itibaren işlemeye başlayan *ceza zamanaşımı süresi dolmuş olsa dahi* BK. md. 60/1 uyarınca, *zarar görenin, zararı ve zarar vereni öğrendiği* tarihten itibaren işlemeye başlayan *bir yıllık zamanaşımı süresi içinde, maddi ve manevi tazminat davası açılabilir* [17].

Ceza Kanunundaki daha uzun olan zamanaşımı süresinin uygulanması için ceza davasının açılıp, bir mahkumiyet kararının verilmiş veya ceza davasına müdahale edilmiş bulunması zorunluluğu yoktur. Tazminat davası açıldığı sırada, ceza mahkemesi tarafından verilmiş bir karar mevcut değilse, fiilin suç niteliğinde olup olmadığının takdiri hukuk hakimine aittir [18]. Buna karşılık ceza mahkemesi beraat kararı vermişse veya fail cezai ehliyete sahip değilse, BK. m. 60/11hükmünün uygulanması söz konusu olamaz. Ceza Mahkemesince verilen beraat veya mahkumiyet kararı, fiilin ceza kanunu bakımından suç sayılıp sayılmayacağı hususunda hukuk hakimini bağlar [19].

Ceza Kanunundaki daha uzun olan zamanaşımı süresi ancak haksız fiili yapana (ve -yargıtaya göre- ölümü halinde mirasçılarına) karşı açılacak davalarda uygulanır [20]. Haksız fiilden dolayısiyle sorumlu olanlara (örneğin' istihdam edenlere, BK. m. 55) -özel hükümler saklı kalmak kaydıyla- Ceza Kanunundaki zamanaşımı süresi uygulanmaz [21] (Oser-Schönenberger, m.

---

17) Bk.Yarg.HGK.16.4.2008, K.2008/325 (Ist.Bar.Der. 2008/4, sh.2039-2043)

18) Bk. JT. 1986. 1. 584; JT. 1937. 1. 486; JT. 1929. 1. 356; Yarg. HGK. 16.4.2008, K. 2008/325 (İst. *Bar. Derg.* 2008/4, sh. 2042-2043). Yarg. 4. HD. 4.12.2008, K. 2008/15023 (Legal, 2009/76, sh. 1208).

19) Bk. JT. 1934. 1. 268; JT. 1929. 1. 356. Bu konuya ilişkin olarak ayrıca Bk. JT. 1976, 1. 285.

20) Bk. JT. 1986, 1. 585. Yarg. HGK. 16.4.2008, K. 2008/325,(İst. Bar. Derg. 2008/4, sh. 2043).

Federal mahkemeye göre: bedensel **zarar** nedeniyle **zarara** uğrayanın yakınlarının **kendi adlarına açacakları manevi tazminat davalarına da ceza kanunundaki dahauzun olan zamanaşımı süresi uygulanır** Bk. JT. 1996. l. 355.

21) Bk. JT. 1997, 1. 195. Yarg. HGK. 27.6.2001, K. 2001/547 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh.1651); *Yarg.* 4. HD. 10.11.1998, K. 98/8701: Trafik Yasası'nın 109. maddesindeki hükümden işletenle sürücünün ayni zamanaşımına tabi olduğu sonucuna varmak gerekir. Bu nedenle, **Trafik kazası nedeniyle açılan maddi tazminat davalarında, davanın cezayı gerektiren bir eylemden kaynaklanması halinde, hem işleten ve hem de sürücü yönünden Ceza Kanunu'nun öngördüğü ceza zamanaşımı uygulanır.** (Yarg. Kar. Der. 1999, sh. 174-175). Aynı yönde: Yarg. 4. HD. 8.4.1999, K. 99/3022 (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 1208); *Yarg.* 4. HD. 18.2.1999 K. 99/1189 (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 616); Yarg. HGK. 27.6.2001, K. 2001/547 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh.1650-1651).

60, No. 15; von Tuhr, § 48, 111). Buna karşılık, organlarının suç niteliğindeki haksız fiilleri nedeniyle bir tüzel kişiye karşı açılacak tazminat davalarında, daha uzun ise Ceza Kanunundaki zamanaşımı süresi uygulanır. Zira, organın fiili, tüzel kişinin fiili sayılır, organın fiili bir diğer şahsın fiili niteliğinde değildir 22.

3) Daimi def'i hakkı

Borçlar Kanunumuzun 60.maddesinin son fıkrasına göre, *"eğer haksız fiil zarar gören taraf aleyhinde bir alacak doğurmuşsa, zarar gören, tazminat isteme hakkı zamanaşımına uğramış olsa dahi, alacağı vermekten kaçınabilir".* Diğer bir deyişle, haksız bir fiil sonucunda meydana gelmiş biralacağın borçlusu, def'i yoluyla borcun ifasından kaçınma imkanına her zaman sahiptir.

Doktrine ve Federal Mahkemeye göre, BK. m. 60/3 "hile" veya "ikrah" ile yapılmış sözleşmelerden doğan borçların ifasında uygulama alanı bulacaktır. Hile veya ikrahın etkisiyle sözleşmeyi yapan taraf, BK. m. 31uyarın_ca bir yıl içinde sözleşmeyi feshettiğini karşı tarafa bildirmemiş olsa dahı, def'i yoluyla sözleşmeyi ifaden her zaman kaçınabilir (Oser-Schönenberger, m. 60, m. No. 16; von Tuhr, § 30-V/4; Becker, m. 31, No. 13) [23]. Bununla be-

---

Yarg. HGK. 27.6.2001, K.2001/547: **Türk Ceza Kanunu'nun 465. maddesinde yer alan istisnai hükme göre,** çalışan, TCK. md. 455 ve 459'a giren bir eylem ile zarara neden olduğunda, **zarar gören, ceza davasında yargılanan kişinin yargılanması devam ettiği sürece,** o davaya müdahale edip, **malca sorumlu olan kişi veya kurumdan** (istihdam edenden) **tazminat talep edebilir veya anılan ceza yargılaması devam ettiği sürece hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilir. Ceza davası devam ettiği sürece** BK. md. 60/1 deki bir yıllık sürenin geçtiği ileri sürülemez. Ancak, somut olayda, zarara sebep olan kişi (çalışan) hakkındaki ceza davası, TCK. md. 459 uyarınca cezalandırılması ile sonuçlanmış ve karar kesinleşmiştir. **Çalıştıran Kurum'a karşı tazminat davası, sözü geçen ceza davasının sona ermesinden (kesinleşmesinden) sonra açılmıştır. Bu durumda, çalıştıran Kurum'a** "ceza zamanaşımı" **uygulanamaz, olaydan sonra BK. md. 60/1 deki bir yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği dikkate alınarak** davanın zamanaşımına uğradığı kabul edilmelidir. (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1649-1653).

Yarg. 4.H.D. 12.1.2009, K.2009/295: Basın yoluyla kişilik haklarına saldırı hukuksal nedenine dayanılarak manevi tazminat talebinde bulunulmuştur. *Dava konusu eylem aynı zamanda basın yoluyla hakaret suçunu oluşturmaktadır.* **Davaya konu haberin yapıldığı İnternet sitesinin sahibi bir tüzel kişidir** (anonim şirkettir). **Davalı tüzel kişiye karşı ceza zamanaşımı uygulanamaz.** (Yargı Dünyası, Haziran 2009, sh. 48-49)

22) Bk. JT. 1986, 1. 585-586.

23) Bk. JT. 2001, 1. 141; JT. 1959, 1. 472,475.

raber BK. m ⊠0/3'den yararlanma "sözleşmeyi feshetmeğe ilişkin i_r⊠⊠enin karşı tarafa bır yıl içinde beyan edilmemesi" hali ile sınırlıdır. Hileyı ogrendikten veya korku ortadan kalktıktan sonra sözleşmeye açıkça icazet v⊠⊠en kimsenin BK. m. 60/3'den yararlanarak def'i yoluyla ifadan kaçınmasımumkün değildir 24.

24) Bk. JT. 2001, 1. 141; JT. 1959, 1. 472; 475.

AYIRIM 111

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR

§ 1- GENEL OLARAK

Borçlar Kanunumuzun 61-66. maddelerinde, borcun üçüncü önemli kaynağını, "sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar", düzenlemiş bulunmaktadır. BK. m 61'e göre:

> *"Haklı bir sebep olmaksızın başkasının zararına zenginleşen kimse onu geri vermek zorundadır* 1.
>
> *"Özellikle, geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş veya sonradan ortadan kalkmış bulunan bir sebepe dayanılarak elde edilmiş bir şeyin gen verilmesi lazımdır".*

Borçlar Kanunumuzun "sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara" ilişkin maddeleri, bu hükümlere atıfta bulunulmuş (Bk. MK. m. 122/2, 775, 776; BK. m. 39, 117/2 vs.) olunsun veya olunmasın, özel hukuk alanındaki (ayrıca düzenlenmemiş bulunan) bütün "sebepsiz zenginleşmelere" uygulanır.

§il-SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ ŞARTLARI

Sebepsiz zenginleşme nedeniyle bir davanın açılabilmesi, bir iade borcunun doğması için, BK. m 61'in metninden de anlaşılacağı üzere dört unsurun vaı1Jğına ihtiyaç vardır: 1) Zenginleşme, 2) Fakirleşme, 3) İlliyet bağı, 4) Ha[illegible]lı bir sebebin bulunmaması; (Genış bilgi için Bk. *Reiso_ [illegible]u Seza,* Sebepsiz iktisap Davasının Genel Şartları, Ankara, 1961. *Turgut Oz,* Sebepsiz Zenginleşme, İst. 1990).

---

1) **BK. Tasarısının** *"sebepsiz zenginleşmenin şartlarını"* belirleyen 77/1 maddesi, BK. md.61/1'den farklı bir şekilde düzenlenmiştir. *Tasarının 7711 maddesine göre,* '**Haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür."** Bu suretle, sebepsiz zenginleşme davasının açılabilmesi için, tasarı aynen kanunlaştığı takdirde, haklı bir sebep olmaksızın *zenginleşmenin bir başkasının* **"zararına"** olması şartı aranmayacaktır.

1 - ZENGİNLEŞME

Sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir geri verme borcunun doğabilmesinin, bir davanın açılabilmesinin ilk şartı, bir kimsenin malvarlığında bir çoğalmanın (bir zenginleşmenin) meydana gelmesidir. Sebepsiz zenginleşme nedeniyle istenebilecek alacağın azami sınırını "malvarlığındaki çoğalma - zenginleşme-" tayin eder. Zenginleşme, malvarlığının mevcut durumuyla, haklı bir sebebe dayanmayan çoğalma (iktisap= edinme) olmasaydı malvarlığının arzedeceği durum arasındaki farkı ifade eder.

Malvarlığındaki zenginleşme iki ayrı şekilde söz konusu olabilir:

a) Malvarlığında fiili bir çoğalma meydana gelmiştir *(müsbet zenginleşme).* Orneğin haklı bir sebep olmaksızın (işleme - MK. md. 775 -, karışma ve birleşme - MK. md. 776 - hallerinde olduğu gibi) bir malın veya bir miktar paranın mülkiyet hakkı iktisap edilmiştir, veya başkasının arsası üzerinde inşaat yapılması halinde olduğu gibi malvarlığına dahil olan bir malın (arsanın) değeri artmıştır (MK. m. 722), veya geçerli bir sebep olmaksızın bir alacak devralınmıştır [2].

b) Malvarlığının azalması önlenmiştir, *(menfi zenginleşme).* Diğer bir deyişle, bir kimse yapması gereken bir giderden kurtulmuştur. Örneğin, bir şahsın hiçbir hukuki sebep yokken başka bir kimsenin çocuğunun eğitim giderlerini ödemesi halinde, çocuğun babası yükümlü olduğu giderlerden kurtulmuş ve sonuç olarak zenginleşmiştir (von Tuhr, § 52, No. 15).

il- FAKLRLEŞME

Malvarlığının çoğalması, sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir iade borcunun doğumu için tek başına yeterli değildir. BK. m. 61/1'de açıkça ifade edildiği üzere, bu zenginleşme (çoğalma) *"başkasının zararına"* meydana gelmiş olmalıdır [2a]. Diğer bir deyişle bir kimsenin malvarlığı zenginleşirken, diğer bir şahsın malvarlığı azalmalıdır. fakirleşmelidir. Malvarlığının fiilen azalması kadar, malvarlığındaki çoğalmanın önlenmiş bulunması da *"fakirleşme"* niteliğindedir.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan borcun azami sınırını "malvarlığındaki çoğalma" teşkil etmekle beraber, diğer malvarlığında meydana gelen fakir-

---

2) Haklı bir sebep olmaksızın bir borçtan kurtulma (örneğin borcun üçüncü bir şahıs tarafından ödenmesi) halinde de malvarlığı çoğalmış olur.

2a) Bk. Yarg. HGK. 6.2.2008, K. 2008/102 (Yargı Dünyası, Ağustos 2008, sh. 84).

leşme, zenginleşmeden daha az ise, "sebepsiz zenginleşme"ye dayanan talep fakirleşme miktarını aşamaz (Oser-Schönenberger, m. 62, No. 7; von Tuhr, § 52-1)3. Örneğin, A, 800 TL. değerindeki kürkünü bir davette kullanması için B'ye vermişse, B'de kürkü 950 TL.'na (iyiniyetli) C'ye satıp, teslim etmişse, C (MK. md. 988 uyarınca) malik olur, B'nin malvarlığında ki çoğalma (zenginleşme) 950 TL. olduğu halde, A, B'ye karşı, "sebepsiz zenginleşme"ye dayanarak, ancak (fakirleşme miktarıyla sınırlı olarak) 800 Tliralık bir dava açabilir (Oğuzman - Öz, sh. 706).

Sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir davanın açılabilmesi için, davacının mal varlığında bir fakirleşmenin meydana gelmesi ger[illegible]ktiğine ilişkin (yukarda açıklanan) çoğunluk görüşü, doktrinde bütün yazarlar tarafından benimsenmemiştir. Alman hukukundan da esinlenen bir kısım yazarlara göre, sebepsiz zenginleşme nedeniyle iade talebinde bulunulabilmesi, *"fakirleşme"* şartına bağlı değildir. Sebepsiz zenginleşme kurumunun amacı, haksız fiillerden farklı olarak, bir kişinin malvarlığındaki azalmanın giderilmesi değil, haklı bir sebebe dayanmaksızın bir kimsenin malvarlığında (başkasının hukuki alanını ihlal suretiyle -başkasının sırtından-) meydana gelen bir çoğalmanın (zenginleşmenin) iadesinin sağlanmasıdır. Böylece, örneğin, yarı yarıya boş gitmekte olan bir uçağa gizlice binen kimse veya sahibi uzun süre için Avrupaya gitmiş olan, bu nedenle boş bulunan bir daireyi işgal ederek kullanan kişi, haklı bir sebep olmaksızın zenginleşmiştir, buna karşılık, uçağın veya evin sahibinin malvarlığında bir fakirleşme olmamıştır. Bu örneklerde, zenginleşen kişiler, bir fakirleşme sözkonusu olmadığı halde, sebepsiz zenginleşme n[illegible] deniyle, malvarlıklarında meydana gelen çoğalmayı iade etmekle yükümlü olacaklardır. Uçağa gizlice binen kişi bilet ücretini, evde oturan kimse kira karşılığını ödeyecektir. (Bk. *Serozan Rona,* sh. 220 vd.). Zenginleşmeye karşılık bir fakirleşmenin meydana gelmediği yukardaki örneklerde, çoğunluk görüşünü benimseyenler, zenginleşme miktarının iadesinin, "sebepsiz zenginleşme" kurallarına göre değil, fakat BK. md. 414 uyarınca gerçek olmayan *"vekaletsiz iş görme"* hükmüne dayanılarak istenebileceği fikrindedirler *(Oğuzman-Öz,* sh. 707).

Haklı bir sebep olmaksızın zenginleşmeye dayanan *"para ile iade"* taleplerinde *"fakirleşme"ve "zenginleşme"* nin kapsamı belir'ıenirken, Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere, enflasyon ve diğer objektif nedenler gözetilmek suretiyle, *geçerli bir neden olmaksızın ödenen paranın, o tarihteki alım gücünü, iade tarihinde de koruyacak miktarın dikkate alınması gere-*

3} Bk. Yarg. HGK. 17.12.2003 tar. *ve* 2003/774 say. karar (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 349}.

kir4. Örneğin_._ resmi ş[illegible]kilde yapılmadığı için geçersiz olan bir gayrimenkul alım-satım sozleşmesı nedeniyle alıcının 2001 yılında satıcıya ödediği 70 mil[illegible]ar li[illegible]n_ın *(?[illegible]000* TL'nin) (satıcının gerekli işlemleri yaparak gayrimenkulun mulkıyetını alıcıya devretmeyi reddetmesi üzerine) 2005 yılında açılmış sebepsiz zenginleşmeye dayanan iadesi davasında, tarafların "zenginleşme" ve "fakirleşme" miktarı, 2001 yılında ödenen 70 milyar liranın o tarih-t[illegible]hip ol[illegible]ğu "[illegible]ım gücünü" 2005 yılında sağlayacak miktardır. *"Denkleştırıcı ada/er* ılkesına dayanan bu değerlendirme, özellikle paranın enflasyon nedeniyle sür'atle ve ciddi ölçüde alım gücünü kaybettiği dönemlerde büyük önem taşıyacaktır.

. 4) Yarg. HGK. 7.2.2001, K.2001/32 : **Tapuda kayıtlı bir gayrimenkulün, resmi şekılde yapılmayan bir sözleşmeyle** (haricen} **satılması geçersizdir. Taraflar, bu geçersiz sözleşme uyarınca verdiklerini** "sebepsiz zenginleşme" veya "mülkiyet (MK. md. 618 -yeni MK. m. 683-)" **davasıyla geri istiyebilirler.** Sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir **"para ile iade"** talebinin sözkonusu olduğu hallerde, **yargı organları, zenginleşme tutarının nasıl ve hangi andaki değere göre hesaplanacağını belirlerken,** nedensiz zenginleşmenin asıl fonksiyonunun **"denkleştirici adalet"** olduğunu, MK.md.2'de yer alan **"hakkın kötüye kullanılması yasağı"nın,** hakime, özel durumlarda**"adalete uygun düşecek şekilde"** hüküm verme olanağını sağladığını gözönünde bulundurmakla yükümlüdürler.**"Denkleştirici adalet"**kuralı uyarınca**"satış bedeli olarak verilen paranın alım gücü, ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılarak iadeye karar verilmelidir.** Aksi taktirde, kısmi iade durumu oluşur, iade dışındaki zenginleşme, iade borçlusunda haksız zenginleşme olarak kalır. **İadenin kapsamı belirlenirken, iade alacaklısının, sözleşmenin ifa edilmiyeceğini öğrendiği** (somut olayda, davacının, mülkiyetin 30 gün içinde devredilmesini, aksi taktirde bedelinin iadesini istemesi halinde, 30 günlük sürenin sona erdiği) **tarih esas alınmalıdır.** Zira, geçersiz sözleşmenin artık ifa edilmiyeceğini bile bile bedelin iadesini talep etmeyen alacaklı, zararın artmasına kendisi sebep olmuştur, bu artan zararı iade borçlusundan istiyemez. **Enflasyon ve diğer objektif nedenler gözetilmek suretiyle iade yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken zenginleşenin mal varlığının azalmasına yol açılmamalıdır. Eş söyleyişle, zenginleşen, iadeden sonra, zenginleşme olayı meydana gelmeseydi içinde bulunacağı ekonomik** durumdan daha kötü veya zarar görmüş bir duruma düşmemelidir (Bk.Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1471-1479). HGK.'nın bu kararına neden olan ve karar içinde yer alan Yarg. 13.HD.'nin 25.1.2000 gün ve 2000/193 sayılı kararı da ayni doğrultudadır.HG_[illegible]. yukarda özetlenen görüşünü, sözü geçen kararının düzeltilmesi isteği üzerine verdıgı 6.6.2001 tarih ve 2001/473 sayılı kararında da korumuştur (Bk. Yarg. Kar. Derg. 2[illegible]01, [illegible]h. 1487). Konuya ilişkin olarak ayrıca Bk. Not 6'da değinilen 7.6.1939 tarihli Yarg. Içt.Bırl. Kararı ve not 23'de özetlenen Yargıtay Kararları). HGK. Kararıyla ayni yönde: Yarg.8. HD. 25.112008, K. 2008/5960 (Legal, Ocak 2009, sh. 175). Yarg. 13. HD. 7.7.2006,_K. 2006/11236 (İst. Bar. Derg. 2007/6, sh. 2783). Yarg. 13. HD. 2.3.2004, K. ?004/2425 (1st. Bar. Derg. 2005, sh. 1608). Yarg. 13. HD. 10.2.2004, K. 2004/1240 (1st. Bar. Derg. 2004/2, sh. 821).

111- İLLİYET BAĞI

Sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir davanın açılabilmesi, malvarlığındaki zenginleşme ile, diğer malvarlığındaki azalma (fakirleşme) arasında illiyet bağının varlığına bağlıdır. Diğer bir deyişle davacının fakirleşmesi sonucunda davalı zenginleşmiş olmalıdır.

iV- HAKLI BİR SEBEBİN BULUNMAMASI

Bir kimsenin malvarlığında başkasının zararına meydana gelen zenginleşme, arada illiyet bağı mevcut olsa dahi, her zaman iade borcunu doğurmaz. Sebepsiz zenginleşme nedeniyle bir iade borcunun doğabilmesi için, malvarlığındaki zenginleşmenin *"haklı bir sebep olmaksızın"* meydana gelmesi gerekir (BK. m. 61).

Borçlar Kanunumuzun 61. maddesindeki "haklı sebep olmaksızın" kavramı doktrinde çok tartışılmış, fakat kavramı bütün sebepsiz zenginleşmeleri kapsayan belli bir formüle bağlamak mümkün olmamıştır. Borçlar Kanunumuzun 61 ve 62. maddelerinde öngörülen ve bir *edimin yerine getirilmesiyle meydana gelen* "sebepsiz zenginleşme" halleri, 61. maddedeki *"haklı bir sebep olmaksızın"* kavramını sınırlayıcı nitelikte değildir. Bunların dışında kalan, bir edimin ifasıyla ilgisi bulunmayan diğer "Haklı bir sebep olmaksızın zenginleşme" (örneğin hukuk, tağyir -işleme- veya iki malın karışması veya birleşmesi yoluyla başkasına ait bir malın mülkiyetini edinme, Bk. MK. m. 775 ve 776) hallerinde de BK. m. 61 ve devamında yer alan hükümler uygulanır.

Borçlar Kanunumuzun 61 ve 62. maddelerinde öngörülen "haklı birsebep olmaksızın zenginleşme" halleri üç grupta incelenebilir:

1) *Hukuki sebebin geçerli olmaması ve borç olmayan şeyin ödenmesi;*

2) *Hukuki sebebin gerçekleşmemiş bulunması;*

3) *Hukuki sebebin ortadan kalkması,*

1) Hukuki sebebi[illegible]geçerli olmaması ve borç olmayan şeyin ödenmesi

a) Hukuki sebebin geçerli olmaması

Sebepsiz zenginleşmenin en önemli hallerinden biri kazandırıcı (başkasının malvarlığını zenginleştiren) iştemin hukuki sebebinin geçerli olmayışıdır.

Malvarlığında meydana gelen zenginleşmenin *"geçerli bir hukuki sebebe"* dayanmaması uygulamada çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir: a) *Taraflar işlemin sebebi üzerinde birleşememiştir.* örneğin, parayı veren ödünç vermek istediği halde, parayı alan kendisine bağışlamada bulunulduğunu sanmıştır (von Tuhr, § 52-111, Reisoğlu Seza, a.g.e., sh. 138), b) *Mat[illegible]arlığında meydana gelen çoğalmanın hiçbir hukukT sebebi mevcut değildir* (Orneğin **A,** B'ye göndermek istediği parayı, yanlışlıkla C'ye göndermiştir), c) *Dış görüşü ile mevcut olan hukukT sebep, ehliyetsizlik, şekil noksanlığı gibi bir nedenle batıldır, geçerli değildir* s.

b) Borç olmayan şeyin ödenmesi

Borçlar Kanunumuzun 62. maddesinde, edimin geçerli bir hukuki sebebi bulunmadığı, böylece ödenmesi gereken bir borç mevcut olmadığı halde, ifa amacıyla ödemede bulunulmasından doğan sebepsiz zenginleşmelerde iade borcunun doğumunu (sebepsiz zenginleşme davasının açılabilmesini) bazı özel şartların varlığına bağlamıştır. BK. m. 62'ye gÔre:

"Borçlu olmadığı bir şeyi kendi isteği ile veren kimse, yanılarak (hataen) kendisini borçlu sanıp verdiğini isbat etmedikçe, onu geri isteyemez".

Böylece, BK. m. 62'ye göre, borç olmayan şeyin ödenmesi halinde, "sebepsiz zenginleşme davası"nın açılabilmesi için aşağıdaki üç şartın gerçekleşmesine ihtiyaç vardır:

1. *Borcun ifası amacıyla ödemede bulunulmalıdır.* "Ödeme" (BK. m. 62'deki ifadeyle -verme-) deyiminden amaç, sadece para borçlarının ifası değildir. Borcun konusu olan her türlü edimin ifası, bir malın teslimi, "ödeme" deyiminin kapsamına girer.

2. *Ödenmesi gereken bir borç mevcut olmamalıdır.* Burda önem arzeden nokta, ödeme anında borcun mevcut olmamasıdır. Böylece, sözleşmenin şekil noksanı gibi bir sebeple geçerli olmaması ve bu suretle borcun baştan itibaren mevcut bulunmamasıyla [6], geçerli bir şekilde vücut bulmuş olan bir borcun ödemeden önce sona ermiş olması arasında bir fark yoktur.

---

5) Bk. Yarg. 15. HO. 30.5.1979, 974/1313 (Yarg. Kar. Oerg. 1979, sh. 1755).

6) Sözleşme hükümlerince ödenmesi gerekenden daha çok ödenmiş olması halinde, çok ôclenen bölüm, hukuki bir sebebe dayanmaksızın yapılan bir ödeme niteliğindedir. Bu kısmın geri alınması, Borçlar Kanunumuzun 62. maddesine dayanacak ve zamanaşımı BK. m. 66 uyarınca bir ve on yıl olacaktır. Bk. HGK. 17.10.1962 (Olgaç, İBK. m. 62, sh. 2); JT. 1982, 1. 598.

Buna karşılık, ödeme anında borç mevcutsa, borcun muaccel olmadan ödenmesi veya *"ödemezlik def'I"nden* yararlanma olanağı (BK. md. 81) bulunduğu halde, borçlunun, bu def'i ileri sürmeksizin borcu ifa etmesi, sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir iade talebinde bulunmaya imkan vermez.

3. Ödemede bulunan yanılarak (hataen) kendisi borçlu sanmalıdır. Borçlu olmadığını bildiği halde ödemede bulunan kimse verdiğini geri isteyemez. Zira bu takdirde, ödeme belli bir amaçla kural olarak, bağışlama amacıylayapılmış demektir (Oser-Schönenberger, m. 63, No. 11). *Hata fiili veya hukuki bir yanılma olabilir. Diğer bir deyişle, ödemede bulunan kimsenin kendini borçlu zannetmesi olaylara veya hukuk kurallarına ilişkin bir yanılmanınsonucu olabilir* [7] (von Tuhr, § 52-IV/3; Oser-Schönenberger, m. 63, No. 8; Reisoğlu Seza, a.g.e., sh. 162; Ataay, sh. 368; Feyzioğlu, C. 1, sh. 759; Tekinay, sh. 990). BK. m. 62 anlamında bir "hata"dan söz edebilmek için, yanılmada kusursuz olunması, hatanın mazur görülebilir bir nitelik taşıması (özüre da-

---

Yarg. 3. HD.'nin 4.7.1985 tarih ve 85/4995 sayılı kararına göre: (Tapu sicilindekayıtlı) **bir taşınmazın şekil şartı gerçekleşmemiş bir sözleşmeyle** (haricen) **satışı veya satış vaadinde bulunulması geçersizdir. Ancak, satıcının** (şekil açısından geçersiz bir sözleşmeyle) resmi memur önünde mülkiyeti nakletmek, **aksi** takdirde aldığı **satış bedelini geri vermek taahhüdünde bulunması halinde,** Yargıtayın 7.6.1939 gün ve 31/47 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, **satıcının bu taahhüdünden {yükümünden) doğan edimi "nedensiz zenginleşmeden doğan borç" niteliğinde değildir. Bu bakımdan Borçlar Kanununun 41/2 ve özellikle 105/1. maddesinin uygulanması olanağının düşünülmesi gerekir.** (Bk. Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 527). Yargıtay sözü geçen 7.6.1939 tarih ve 331/47 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla, haricen yapılan taşınmaz satışında, satıcının resmi memur önünde mülkiyet naklinden kaçınması halinde, **alıcının ödediği parayı geri istemeye ilişkin talep hakkının,** olayda "haklı bir sebep olmaksızın mal edinme"den doğan bir borç söz konusu olmadığından, **BK. md. 125'teki on yıllık zamanaşımına tabi olacağı ve zamanaşımı süresinin paranın verildiği günden değil, satıcının mülkiyet naklinden vazgeçip, kaçındığı tarihten başlayacağı sonucuna varmıştı.** (Bk. Yargıtay İçt. Bir. Kar. Hukuk Bölümü C. 1., sh. 473 vd., Ankara 1978).

7) Bk. JT. 1945, 1. 268; JT. 1938, 1. 599, HGK. 21.1.1975, 69/40 (Ank. Bar. Derg. 1975, sh. 241). Yarg. 4. HD. 20.12.1988, K. 10944 **(Uygur,** C. il. sh. 78-79).

Yarg. 9. HD. 4.6.1987 (K. 87/5582): **Kıdem tazminatını alırken faizini talep hakkını saklı tutmayan işçiye (BK. md. 113), daha sonra, hataen kendisini borçlu zannederek faiz ödeyen işveren, ödediği faizi, BK. m. 62'ye dayanarak geri alabilir.** (Bk. İş ve Hukuk, Kasım-Aralık 1987, sh. 25).

Yarg. HGK. 4.12.1974, K. 1294: **BK. md. 62'de** öngörülen **hata, edada** bulunan**da bağışlama irade ve arzusunun olmadığını gösteren bir yanılmadır. Hataya düşmüş olmasa, edada bulunmayacağı anlamına gelir. Edada bulunanın olaylar üzerinde yanılmasıyla, hukuki kurallarda yanılması arasında fark yoktur. Kusuru ile yanılmış olsa da sonuç değişmez.** (Bk. **Uygur,** C.11,. sh. 79-80).

yanması) gerekmez [8]. Borcun varlığından şüphe edilerek yapılan ödemelerde de, kural olarak, hatanın varlığı kabul edilmelidir (Oser-Schönenberger, m. 63, No. 10; Reisoglu Seza, a.g.e., sh. 164-165. Aksi görüş: von Tuhr, § 52-IV/3; Feyzioğlu, C. 1, sh. 760.)

Borçlu olmadığı şeyi ödeyen kimsenin geri isteme hakkının BK. m. 62 uyarınca *"hataen kendini borçlu zannetmesi"* unsuruna bağlanması, ödeyenin medeni hakları kullanma ehliyetine sahip bulunması (Becker, m. 63, No. 1) ve ödemenin rıza ile yapılmış olması şartıyla sınırlıdır. Ödeme cebri icra tehdidi altında yapılmışsa, ödeme sırasında borçlu olunmadığı bilinse dahi, BK. m. 61 uyarınca iade istenebilir (Bk. ic. ve it. Kan. md. 72/7) [9]. Aynı şekilde, medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetinden yoksun olma nedeniyle geçerli bir ödeme iradesinin söz konusu olmayacağı hallerde, sebepsiz zenginleşme davası BK. m. 61'e dayanılarak açılır.

Hukuki sebebin geçerli olmaması ve borç olmayan şeyin ödenmesi hallerinde açılacak "sebepsiz zenginleşme davası"nı düzenleyen BK. m. 61 ve 62. hükmünün uygulama alanı, taşınmaz ve taşınır malların mülkiyetini edinmenin "illi= sebepli" bir işlem sayılması karşısında, geniş ölçüde sınırlanmıştır. Medeni Kanunumuza göre (Bk. MK. m. 1024-1025), hukuki sebep (örneğin satış sözleşmesi) geçerli değilse, tapu siciline alıcı adına yapılacak tescile rağmen, gayrimenkulün mülkiyet durumunda bir değişiklik meydana gelmez, mülkiyet alıcıya geçmez. Menkul mülkiyeti açısından Medeni Kanunumuzda açık bir kural mevcut değildir, Durum başlangıçta tartışılmış, fakat neticede, gerek uygulamada, gerek (farklı görüşlere karşın) doktirinde, menkul mallarda da, hukuki sebep geçerli değilse, zilyedliğin devredilmesine (örneğin malın teslimine) rağmen mülkiyetin geçmiyeceği kabul edilmiştir [10]. *Hukuki sebebin geçerli olmaması nedeniyle mülkiyet alıcıya geçmeyince, alıcının malvarlığında "mülkiyet olarak" bir zenginleşme meydana gelmeyecektir. Alıcı adına yapılan tescile veya menkul malın teslimine rağmen malik olmakta devam eden şahıs, mülkiyet hakkına dayanarak açacağı bir "kaydın düzel-*

---

8) Bk. JT. 2004.1.105. HGK. 21.1.1975, 69/40 (Ank. Bar. Derg. 1975, sh. 241); HGK. 4.12.1974, K. 1294 **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 62, sh. 395-396). Yarg. 4. HD. 20.12.1988, K. 10944 (Uygur, C. il, sh. 78-79).

9) Bk. Yarg. 3. HD. 12.4.2005, K. 2005/3987 {Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1003); HGK. 17.10.1979 (K. 1979/1315): **Tacir olan davacı, dava konusu parayı, bankanın ihtarnamesi üzerine ve protesto edilmesinden çekinerek ikinci kez ödemiştir. Zor altında yapılan ve fazladan ödenen parayı geri isteme hakkı vardır** {Yarg. Kar. Derg. 1980, sh. 918). Ayrıca Bk. Yarg. 13. HD. 7.11.1994, K. 94/9655 {Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 759). Yarg. 3. HD. 29.6.1998, K. 98/6955 {Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1772 vd.).

10) BK. JT. 1930, 1. 536.

tilmesi" **(MK.** m. 1025) *veya* "istihkak" *davasıyla* (MK. m. 683) *tapu sicilindeki kaydı düzeltebilecek, malını tekrar elde edebilecektir.* Bununla beraber, malın aynen mevcut olmaması (örneğin, henüz reşid (ergin) olmayan A'nın gayrimenkulünü B'ye bağışlaması ve B adına tapu siciline kayıt yapıldıktan sonra, C'nin tapu sicilindeki kayda iyiniyetle güvenerek gayrimenkulün mülkiyetini iktisab etmesi, - MK. m. 1023-) veya bir miktar paranın ödenmiş bulunması veya alacağın temlikinde olduğu gibi, "illi olmayan" diğer bir deyişle geçerliliği hukuki sebebin geçerliliğine bağlı bulunmayan bir tasarrufi işlemin söz konusu olması hallerinde BK. m. 61 ve 62 hükümleri uyarınca "sebepsiz zenginleşme davası" açılabilecektir.

2) Hukuki sebebin gerçekleşmemiş bulunması

Gelecekteki bir amaca, bir hukuki sebebe bağlı olarak ödemede bulunulmuş, fakat bu amaç, bu hukuki sebep gerçekleşmemişse, zenginleş_:71e, BK. m. *61 anlamında "gerçekleşmemiş bir sebebe" dayanıyor demektir.* Orneğin, evlenecekleri düşüncesiyle karşı tarafa hediye verilmiş, fakat evlenmeden vazgeçilmiş ise (MK. m. 122) veya belli bir süre devam edecek bir borcun faizleri önceden verilmiş, fakat ana para zamanından (vadesinden) önce ödenmişse veya ileriki aylara ait kiralar ödenmiş, fakat kira sözleşmesi kararlaştırılan tarihten önce sona erdirilmişse zenginleşmenin sebebi gerçekleşmemiştir [11]. Tamamlanmamış (örneğin, tamamlanması kanuni mümessilin icazetine bağlı) bir sözleşme sebebiyle yapılan ödemede de, sözleşme tamamlanmadığı takdirde durum aynıdır. Buna karşılık, geçerli olarak meydana gelmiş bir sözleşmede taraflardan biri kendi edimini ifa etmiş, fakat diğer taraf edemini yerine getirmemişse, sebepsiz bir zenginleşmeden söz edilemez. Zira bu durumda, ifanın hukuki sebebi sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesidir. Yapılan ödemenin geri verilmesini talep hakkı, ancak sözleşmenin BK. m. 106 ve 107 uyarınca feshinden sonra söz konusu olur (Becker, m. 62, No. 16; von Tuhr, § 52-V).

Sebebin gerçekleşmemesi halinde, BK. m. 61 uyarınca sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talep hakkının doğumu, BK. m 62'de düzenlenmiş bulunan "borç olmayan şeyin ödenmesinden" farklı olarak, edimi yerine geti-

---

11) Bk. JT. 1926, 1. 623.

Medeni Kanunumuzun 122. maddesine göre, "Nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir. Hediye aynen veya mislen geri verilemiyorsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır.

ren kimsenin "hata"sına bağlı değildir [12]. Ödemede bulunan kimse hukuki sebebin gerçekleşmeyeceğini tahmin etse, hatta bilse dahi, sebep gerçekleşmediği takdirde sebepsiz zenginleşmeye dayanan talep hakkı mevcuttur (von Tuhr, § 52-V; Becker, m. 612, No. 18; Ataay, sh. 370. Aksi görüş: Reisoğlu, Seza, a.g.e., s. 143). Bununla beraber, BK. m. 154'ü kıyasen uygulayarak kabul etmek gerekir ki, ödemede bulunan kimse hukuki sebebin gerçekleşmesine iyiniyet kurallarına aykırı bir davranışla mani olursa, ödediğini geri isteme hakkı yoktur (ven Tuhr, § 52-V; Becker, m. 62, No. 18; Reisoğlu Seza, a.g.e., sh. 143; Ataay, sh. 370).

Sebepsiz zenginleşme nedeniyle iade talebinde bulunan davacı, ödemede bulunduğunu ve hukuk, sebebin gerçekleşmediğini isbat ile yükümlüdür.

3) Hukuki sebebin ortadan kalkması

Ödemenin yapıldığı anda mevcut ve geçerli olan sebebin sonradan ortadan kalkması ha:ında de sebepsiz zeginleşmeye dayanan bir geri verme borcu ve talep hakkı doğar. Böylece, geçerli olarak meydana gelmiş bir sözleşmenin feshedilmesi (BK. m. 108) [13] veya karşılıklı olarak borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin ediminin, kusuru olmaksızın imkansız hale gelmesi (BK. m. 117) veya bağışlayanın BK. m. 244 uyarınca (örneğin, bağışlananın kendisine karşı ağır bir suç işlemesi nedeniyle) bağışlamadan cayması hallerinde daha önce yerine getirilmiş olan edimin sebepsiz zenginleşme nedeniyle iadesi istenebilir.

§ 111- SEBEPSİZ ZENGİN[illegible]EŞME DAVASININ AÇILAMAYACAGI HALLER

Aşağıdaki hallerde sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir dava açılarak iade talebinde bulunulamaz:

1- Zamanaşımına uğramış olan bir borcun ödenmesi

Zamanaşımına uğramış olan bir borcu ödeyen kimse, borcun zaman- aşımına uğradığını bilmeyerek ödemede bulunmuş olsa dahi, verdiğini geri alamaz (BK. m. 62/2).

---

12) Bk. JT. 1926, 1. 623.

13) Konuya ilişkin farklı görüşler için ileride sh. 376'ya bakınız.

2- Ahlaki bir görevin yerine getirilmesi

Ahlaki bir görevi yerine getiren, örneğin güç durumda bulunan bir yakınına yardım eden kimse, kanunen mecbur olduğu zannıyla ödemede bulunmuş olsa dahi, verdiğini geri alamaz (BK. m. 62/2).

3- Haksız veya ahlaka aykırı bir amaç için ödemede bulunulması

Borçlar Kanunumuzun 65. maddesine göre *"haksız veya ahlaka aykırı bir amacın elde edilmesi için verilen şey geri istenemez"* [14]. Böylece örneğin, karşı tarafı evlilik dışı yaşamaya razı etmek [15] veya bir suç işlemesini veya yasalara aykırı davranmasını temin etmek amacıyla yapılan ödemeler (verilen şeyler) [16], karşı taraf vaadettiği şeyi yerine getirmiş olsan veya olmasın dava yoluyla geri alınamaz [17]. Bununla beraber, burada, haklı bir sebep olmaksızın zenginleşen bakımından eksik borç niteliğinde bir iade borcu devam eder. Zenginleşen kimse, haksız veya ahlaka aykırı bir amacın elde edilmesi için verilen şeyi kendi razısı ile iade ederse, bu geri verme (ödeme) geçerlidir, sebepsiz değildir [18].

Hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmeler geçerli olmadığından, hukuka veya ahlaka aykırı bir amacın elde edilmesi için vaadedilen ödeme yapılmamışsa, sözleşmenin yerine getirilmesi, ödemede bulunulması talep edilemez.

---

14) **Borçlar Kanunu Tasarısının 81.maddesinde,** *"Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez.* **Ancak, açılan davada hakim, bu şeyin Devlete mal edilmesine** - verilmesine - **karar verebilir."** hükmüne yer verilmiştir.

15) Bk. HGK. 18.4.1962. **(Olgaç,** İBK. m. 65, sh. 1). Yarg. 13. HD. 13.11.1986, K. 86/10387 (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 688). Yarg. 8. HD. 17.9.1985, K. 85/8192 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 58). Hukuk Genel Kurulunun 9.5.1956 tarihli kararına göre, **başlık parasının geri verilmesine ilişkin davada BK.** m. **65 hükmü uygulanmaz (Olgaç,** İBK. m. 65, sh. 2).

16) **Yargıtay, taşınmazın gerçek değeri ile ihale edilmesini engellemek amacıyla davalının arttırmaya katılmamasını temin için yapılan ödemeyi, hukuka ve ahlaka** aykırı biri ödeme saymış ve geri lstenemiyeceğlnl karara bağlamıştır. Bk. Yar. 13. HD. 26.3.1986 tar. ve 86/1800 say. karar (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1354).

17) Haksız veya ahlika aykırı bir amacın elde edilmesi için verilen şeyin iadesinin reddedilmesi, duruma göre (özellikle, sözleşmenin davalının fiil ve kusuru -hilesi, ikrahı- sonucunda batıl oluşu halinde), hakkın kötüyü kullanılması sayılabilir. Bk. JT. 1951, 1. 523. Ayrıca BK. JT., 1997, 1. 586.

18) Bk. JT. 1950, 1. 301.

§ iV- SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ NİTELİĞİ KONUSU VE KAPSAMI

1- DAVANIN NİTELİĞİ

1- Sebepsiz zenginleşme davası haklı bir neden olmaksızın zenginleşmenin sebep ?lduğu bir alacak hakkına dayanan, kişisel (şahsi) nitelikte bir davadır. Zengınleşmeye sebep olan malın davalının malvarlığında bulundu-?u h?ller?? dahi, dava mülkiyet hakkına dayanmaz, "ayni" değil, "şahsi" nitelıktedır. Boylece, davalının (zenginleşenin) iflası halinde, mal iflas masasında aynen mevcut olsa da, davacı malın kendisine teslimini isteyemez. Davacının hakkı, malın değerine denk bir alacak hakkına dönüşür (Oser-Schönenberger, m. 62-67, No. 3; von Tuhr, § 54,-1; Reisoğlu Seza, a.g.e. sh. 27 vd.).

2. Sebepsiz zenginleşme davası "şahsi" niteliğinin sonucu olarak, ancak borçluya, yani sebepsiz zenginleşme nedeniyle geri verme borcu altında bulunan şahsa ve mirasçılarına karşı açılabilir 1aa. Malı, zenginleşen şahıstan edinmiş bulunan üçüncü kişiye karşı, sebepsiz zeginleşmeye dayanan birdava açılamaz.

3. Sebepsiz zenginleşme davasının "bağımsız" bir dava olup olmadığı, diğer bir deyişle, başka bir dava (istihkak davası, haksız fiil davası vs..) açmak imkanının mevcut olduğu hallerde "sebepsiz zenginleşme davası"nın açılıp açılamayacağı konusu doktrinde tartışılmıştır. "Sözleşmeden doğan bir borcun ifası" davası ile, mülkiyet hakkına dayanılarak iadenin talep edildiği "istihkak" davasının, (ayni şekilde, MK. md. 989 ve 991 uyarınca açılacak "menkul davası"nın daha önce de belirttiğimiz üzere, esasen nitelikleri itibariyle "sebepsiz zenginleşme davası" ile aynı zamanda söz konusu olabilmeleri mümkün değildir. Buna karşılık, bir miktar paranın çalınması, birmalın çalınıp tüketilmesi olayında görüleceği üzere, haksız fiile dayanan bir tazminat davasıyla, haklı bir sebep olmaksızın zenginleşmeye dayanan bir davanın koşulları aynı zamanda mevcut oJabilecektir. Bu takdirde, davacının talebini istediği davaya dayandırabileceğini kabul etmek gerekir.

il- DAVANIN KONUSU

Sebepsiz zenginleşme davasının veya diğer bir deyişle geri verme b?rcunun konusu, haklı bir sebep olmaksızın malvarlığına giren şeyin aynen ıadesidir. Zenginleşmeye sebep olan mal aynen mevcut değilse (örneğin kullanılıp, tüketilmişse) veya haklı bir sebep olmaksızın edinilen şey niteliği itiba-

18a) Bk. Yarg. HGK. 12.3.2008, K. 2008/248 (1st. Bar. Derg. 2008/5, sh. 2545).

riyle aynen iadeye imkan vermiyorsa (örneğin kazandırıcı muamale yapılan bir hizmetse) iadenin konusu zenginleşmenin nakdi (paraya dönüştürülmüş) karşılığıdır [19].

111- DAVANIN KAPSAMI

Sebepsiz zenginleşme davasında iade borcunun kapsamı, davacının fakirleşme miktarını aşmamak şartiyle [20], haklı bir sebep olmaksızın zenginleşen kimsenin iyiniyetli ve kötü niyetli oluşuna göre değişir:

1. *Haklı bir sebep olmaksızın zenginleşen kimse iyiniyetli ise (MK. m. 3), geri isteme zamanındaki zenginleşmesi nisbetinde iadeyle yükümlüdür* (BK. m. 63) [21]. Zenginleşen kimse, haklı bir sebep olmaksızın edindiği şeyi geri isteme anında elinden çıkarmış (örneğin bağışlamış, tahrip etmiş) buluniyorsa, bu suretle geri isteme zamanında malvarlığında artık bir çoğalma mevcut değilse, bir iade borcu da yoktur.

Haklı bir sebep olmaksızın edinilen şey malvarlığından çıkmış olmakla beraber, onun karşılığında başka bir değer malvarlığına girmişse, malvarlığı bu yeni değer nisbetinde zenginleşmiş demektir. Böylece, haklı bir sebep olmaksızın edinilen mal üçüncü şahıs tarafından tahrip edilmiş ve karşılığında

---

19) HGK. 16.12.1964: **Geçerli bir iş sözleşmesi bulunmamakla beraber, böyle bir sözleşme varmışcasına çalıştırılmış bulunan işçi, sebepsiz zenginleme** hükümlerine **göre alacak isteyebilir (Olgaç,** İBK.m. 61. sh. 1). istenecek alacağın kapsamı sözleşme yapılsaydı ödenecek olan miktardır. Bk. Yarg. 4. HD. 30.1.1984, K. 811**(Uygur,** Ç. il. sh. 55-57).

20) Bk. Yarg. HGK. 17.12.2003, K. 2003n44 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 349).

21) Haklı bir sebep olmaksızın elde edilen para, iktisap edenin yararına ve zorunlu ihtiyaçlarına harcanmışsa bu harcanan kısım için de mal varlığında bir artma vardır, geri verilmesi gerekir. Bk. HGK. 12.5.1973, 808/403. **(Ogaç,** Emsal İçt. Md. 63, sh. 398/399). Yarg. 9. HD. 18.2.1986, K. 1172, **(Uygur,** C. il, sh. 84). **Buna karşılık, sebepsiz iktisapta bulunan iyi niyetli şahıs parayı normal olarak malvarlığı bakımından katlanmayacağı, kendi hayat seviyesi yönünden zorunlu ihtiyaç sayılmayacak bir yöne harcamışsa, örneğin gereksiz bir gezi yapmışsa, harcadığı parayı vermekle yükümlü değildir.** Bk. Yarg. 4. HD. 25.4.1966, 5285/4909 **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 63, sh. 400·401). Sebepsiz zenginleşme nedeniyle bir miktar paranın iadesini talep eden davacının, bu para için faiz ödenmesini isteyebilmesi, davalının bu parayı yatırdığını ve faiz aldığını isbat etmesine bağlıdır. Bk. JT. 1955, I. 131. Ayırca Bk. JT. 1959, 1. 49.

Yarg. 13. HD. 20.3.2008, K.2008/3955: **Geçersiz sayılan, satıcının hukuki işlem ehliyetinin bulunmaması nedeniyle iptal edilen satış karşılığında davacının ödediği bedel, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilir. Ancak davacı, davalının (satıcının) hukuki işlem yapma ehliyetinin olmadığını bildiğine göre, iadenin kapsamı elde kalanla sınırlıdır** (Yarg. Kar. Derg. 2008, sh. 1346).

tazminat ödenmişse veya mal tüketilmiş, bu suretle malın tüketilmek üzere satın alınması için gerekli giderlerden kurtulunmuşsa, alınan tazminat veya yapılmayan giderler nisbetinde geri verme borcu söz konusudur. Aynı şekilde, haklı bir sebep olmaksızın edinilen mal satılmışsa (örneğin, kadastro işlemi sırasında haklı bir sebep olmaksızın adına kayıt düşürülen şahıs, gayrimenkulü iyiniyetli üçüncü bir şahsa satmışsa - MK. m. 1023), satış bedeli oranında iade borcu vardır 22.

Haklı bir sebep olmaksızın zenginleşen iyiniyetli kimse, iade halinde, zenginleşmeye sebep olan şey için yapmış bulunduğu zorunlu veya yararlı giderleri isteme, sebepsiz zenginleşme bir miktar para ise bu giderleri iade borcundan düşme hakkına sahiptir (BK. m. 64/1). Zorunlu giderler, bir şeyin muhafazası veya işletilmesi için kaçınılması mümkün olmayan (hasta bir hayvanın baktırılması, gayrimenkulün yıkılan duvarının onarılması gibi) giderlerdir. Yararlı giderler ise, (su yollarının yaptırılması, kalorifer tesisatı gibi) eşyanın kıymetini veya verimliliğini arttırmaya yarayan, fakat vazgeçilmesi mümkün olan giderlerdir. Zorunlu veya yararlı nitelikte olmayan, şeyin sadece güzelleştirilmesi için yapılan giderler (lüks giderler) için davalının tazminat isteme hakkı yoktur. Ancak, geri vermeden önce, davalı, almış olduğu şey ile birleştirdiği eşyayı (davacı bu eşyanın iade günündeki karşılığını ödemeye razı olmadığı ve asıl şeye zarar vermeksizin ayırmanın mümkün bulunduğu hallerde) söküp alabilir (BK. m. 64/2).

2. *Haklı bir sebep olmaksızın zenginleşen kimse kötüniyetli ise iade borcu, zenginleşmenin tamamını kapsar. Diğer bir deyişle, kötüniyet halinde, iade borcu, geri verme zamanındaki zenginleşme miktarıyla sınırlı değildir.* BK. m. 63'e göre, sebepsiz zenginleşen kimse "o şeyi kötüniyetle elden çıkarmışsa veya onu elden çıkarırken sonradan geri vermek zorunda kalacağını biliyor idiyse, geri vermekle yükümlüdür" 23.

---

22) Bk. Yarg. HGK. 17.12.2003, K. 200317.74 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 349-350). **Relsoğlu, Safa,** Türk Eşya Hukuku, C. 1, Yedinci bası,.Ank. 1984, s. 96-97.

23) Bk. JT. 1957, 1. 145. Yarg. 13. HD. 1.5.1997, K. 97/3869: **Haricen satın alınan tapulu taşınmazın tapusunun verilmemesi nedeniyle uğranılan zararın istenmesi durumunda, resmi şekilde yapılmadığı için geçersiz olan sözleşme taraflara hak ve borç yüklemeyeceği için, haksız iktisap kuralları uyarınca verilen geri istenebilir. Geçerli bir sebebe dayanmaksızın bir kişinin mal varlığından diğerinin mal varlığına kayan değerlerin iadesi** "denkleştirici adalet" **düşüncesine dayanır.** "Denkleştırıcı adalet ilkesi", **haklı bir sebep olmaksızın başkasının mal varlığından yararlanılarak kendi mal varlığını artıran kişinin, elde ettiği kazanımı geri vermesini, durumu gerçekten eski hale getirmesini gerektirir, ifade eder. Bu nedenle, iadeye karar verilirken, satış bedeli olarak ödenen paranın, ilk ödeme günündeki alım** gücünü **karşılayacak miktarın, gerektiğinde bilirkişilerden de yararlanarak belirlenmesi ve o miktarın iadesine karar verilmesi gerekir. Aksi taktirde, Kısmi iade durumu oluşur, iade**

Malvarlığı zenginleşen kimse, zenginleşmenin haklı bir sebebe dayan. madığını biliyorduysa veya gerekli dikkati gösterdiği taktirde bilecek durum. da idiyse, "kötüniyetli" sayılır. Zenginleşen kimse, herhalde, dava yoluyla ve. ya diğer bir şekilde iadenin istendiği andan itibaren "kötüniyetli" addolunur.

Haklı bir sebep olmaksızın zenginleşen kimse kötüniyetli ise, iade halinde, ancak yaptığı zorunlu giderlerin kendisine ödenmesini isteyebilir. Yaptığı yararlı giderlerden, sadece, geri verme zamanında elde kalan değer fazlası oranındaki miktar kendisine ödenir (BK. m. 64/1). Lüks giderler yönünden kanun, zenginleşenin iyi veya kötüniyetli oluşana göre bir ayırım yapmamış. tır. Şartları varsa, kötüniyetli davalı da, zenginleşmeye sebep olan şey ile birleştirdiği eşyayı söküp alabilir (BK. m. 64/2).

§ V- SEBEPSİZ ZENGİNLEŞM_E DAVASINDA ZAMANAŞIMI VE DEF'i HAKKI

1- BİR VE ON YILLIK ZAMANAŞIMI

Borçlar Kanunumuzun 66. maddesine göre, *"sebepsiz zenginleşmeden dolayı açılacak dava, zarar görenin, verdiğini geri istemeye hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlıyarak bir yıl ve herhalde bu hakkın doğduğu tarihten başlayarak on yİl geçmekle zamanaşımına uğrar"* [24].

---

dışındaki zenginleşme iade borçlusunun malvarlığında haksız zenginleşme olarak kalır, iade borçlularının direnmelerine neden olur. (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 700 vd.) Yargıtay, yapılmakta olan bir binadan daire almak için para ödemiş, fakat inşaat tamamlanmadığı için daireyi alamamış olan b_ir kişinin, ödediği paranın dava tarihindeki altın karşılığının reeskont faiziyle birlikte geri ödenmesi talebiyle açtığı bir davada da, yukarıdaki kararda belirtilen ilkeleri uygulamış, **mahkemenin, istemi de dikkate alarak, paranın geri ödeme tarihindeki alım gücüyle dava tarihindeki alım gücünü belirlemesi** ve buna göre karar vermesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bk. Yarg. 13. HD. 22.5.1997, K. 97/4658 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 65 vd.). **Yargıtayın yukarıda değinilen her iki davada da,** iade borçlusunun kötüniyetli olduğunu kabul etmiş ve olayın özellikleri zenginleşenin iyiniyetli olmadığını açıkça gösteriyorsa, kötüniyetin ispat edilmiş olduğu kabul edilmelidir görüşünü benimsemiştir. Yarg. HGK.'da (yukarıda, not 3'de özetlenen) 7.2.2001 gün ve 2001/32 sayılı kararında, 13. HD.'nin yaklaşımını benimsemiştir (Bk. Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1471 vd.)

. 24) BK. Tasarısı md.82'de, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin davalarda, *zamanaşımı süresi* iki ve on yıl *olarak düzenlenmiştir.*

HGK. 6.11.1963 (K. 86): Borçlar Kanunu md. 66'da sözü geçen "öğrenme" sübjektif niteliktedir. Geri isteme hakkının, öğrenilebileceği tarih değil, "öğrenildiği" tarih gözönünde bulundurulur. (Olgaç, Emsal İçt. md. 66, sh. 416-417).Ayrıca Bk. HGK. 15.12.1982, K. 941 (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 810) Aynı yönde, Bk. JT. 1984, 1. 314.

-maddede öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlıyabilmesi için, zarar görenin, dava açmayı mümkün kılacak unsurları bilmesi 25, malvarlığında haklı bir sebep olmaksızın meydana gelen fakirleşmeyi 26 ve seb:psız zengınleşen kimseyi öğrenmesi gerekir (von Tuhr, § 54-111; Oser-Schonenberger, m. 67, no. 13; Feyzioğlu, C.I, sh. 813) 21.

Geri istetme hakkının doğduğu andan itibaren başlayan on yıllık zamanaşımı_suresının başlangıcı ise, sebepsiz zenginleşmenin nev'ine göre değişecektır. (Borç olmayan şeyin ödenmesinde olduğu gibi) malvarlığındaki zenginleşme baştan itibaren haklı bir sebebe dayanmıyorsa, malvarlığı çoğaldığı andan ıtıbaren geri isteme hakkı doğacak ve on yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır [28]. Buna karşılık, hukuki sebebin gerçekleşmemesi nedenine dayanan sebepsiz zenginleşmelerde, geri isteme hakkı, sebebin gerçekleşmiyeceğinin veya gerçekleşmesinin mümkün olmadığının kesin olarak anlaşılmasından [29]; hukuki sebebin sonradan ortadan kalkması halinde ise, geri isteme hakkı, sebebin sona ermesinden itibaren doğacak ve geri isteme hakkının doğmasından sonradır ki "on yıllık zamanaşımı" işleyecektir.

Borçlar Kanunumuzun 125 ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiş bulunan, zamanaşımının hesabına, durmasına, kesilmesine ve sonuçlarına ilişkin genel hükümler, sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkına ilişkin BK. m. 66'daki zamanaşımına da uygulanacaktır (Oser-Schönenberger, m. 67, No. 4).

HGK. 15.1.1964: **Bir sözleşme gereğince ödenmesi gerekmeyen bir paranın, sözleşmeyi yapanlardan biri tarafından öbürüne ödenmesi halinde doğan geri alma alacağı, yerine göre, Borçlar Kanununun 61 ve 62. maddelerinin uygulanacağı, sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir alacak niteliğinde bulunduğundan, haksız yere alınan bu paranın iadesi davasında, BK.** m. **125'deki genel zaman aşımı değil, BK.** m **66'daki özel zamanaşımı uygulanır (Olgaç,** İBK., m. 61, sh. 3). Ayrıca Bk. HGK. 17.10.1962, 14/35 **(Olgaç,** Emsal İçt. Mç. 66, sh. 418). Ayni yönde: JT. 2008.1.91.

25) Bk. JT. 1957, 1. 182; JT. 1938, 1. 2.

26) Bk. HGK. 23.10.1963 **(Olgaç,** İBK. m. 66, sh. 5).

27) Bk. Yarg. 4. HD. 21.6.1979, 30002/8358 (Yarg. Kar. Derg. 1980, sh: 987). **Bir tüzel kişinin, açacağı sebepsiz zenginleşme davasında, zararı ve ondan sorumlu olanı öğrenmiş sayılması için, bağlı** bulunduğu **yasa tüzük ve diğer hukuk kuralları gereğince dava açılmasına emir verme yetkisine sahip bulunan kişinin veya kurulun zararı ve sorumluyu öğrenmiş bulunması gerekir.** Bk. HGK. 20.5.1964, K. 388, **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 66, sh. 417)..

28) Yargıtayın 9.3.1955 tarihli içtihadı Birleştirme Kararına göre: **Taşınmaz malını ipotek göstermek suretiyle borç alan kişinin sözleşme zamanında teşviz kudretinden yoksun** bulunduğunun **tesbiti sonucu ipoteğin silinmesine (terklnine) karar verildiğinde,** borç **para** verinin verdiğini geri isteme hakkına ait zamanaşımı, ıpotegin silinmesine ilişkin hükmün kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar (Olgaç, IBK. m. 66, s. 1).

29) Bk. JT. 1994. 1. 34.

iI- DAİMİ DEF'İ HAKKI

Borçlar Kanunumuzun 66. maddesinin son fıkrasına göre, "eğer zenginleşme, zarar gören taraf için bir borç doğması *(zarar gören aleyhine bir alacak) niteliğinde ise, zarar gören, dava hakkı zamanaşımına uğramış olsa dahi borcu yerine getirmeyi reddedebilir".* Böylece, borçlu sebepsiz zenginleşme davası zamanaşımına uğramış olsa dahi, geçerli bir hukuki sebebi olmayan mücerret bir borç vaadinden doğan alacağı ödemekten herzaman kaçınabilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLARIN SONUÇLARI

Borçlar Kanunumuz, *"Borçların Sonuçları"* (Borçların Hükmü) başlığı altında, 1- *Borçların ifası* (md. 67-95), 2- *Borçların ifa edilmemesinin sonuçları* (md. 96-108), 3- *Borçların üçüncü kişilere etkisi* (md. 109-112) sorunlarını düzenlemiş bulunmaktadır.

AYIRIM 1

BORÇLARIN İFASI

§1- GENEL OLARAK

1- İFA KAVRAMI

Borçlar Kanunumuz "Borcun ifası"nı çeşitli yönlerden düzenlemiş, fakat "ifa" kavramını tanımlamamıştır. Genel bir deyişle *"ifa, borçlanılmış olan edimin yerine getirilmesidir"*.[1]

İfa ile, dar anlamda borç (ve sonuç olarak alacak ve ona bağlı ek haklar, güvenceler) sona erer. İfanın borcu sona erdirebilmesi, konu, zaman ve yer yönünden edime uygun olmasına bağlıdır.

Bir borç ilişkisinden doğan bo_rçların tümünün ifası halinde, kural olarak borç ilişkisi de son bulur. Ancak, hizmet ve kira sözleşmelerinde olduğu gibi, sürekli olarak veya belli dönemlerde ifası gereken borçların söz konusu olduğu durumlarda, zamanı geldikçe borcun ifası (örneğin her *ay* kiranın ödenmesi) aradaki borç ilişkisini sona erdimez.

il- İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

"İfa"nın hukuki niteliği sorunu, diğer bir deyişle borcun ifa edilmiş sayılması için edimin *"ifa amacıyla"yerine* getirilmesinin, tarafların bu konuda anlaşmış bulunmasının zorunlu olup olmadığı doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır.

---

1) Borçlar Kanunumuz **"Borcun ifası"** yerine bazen **"Borcun ödenmesi"** deyimine yer vermiştir. Örneğin, borçların sonuçları düzenlenirken madde 96 ile başlıyan ikinci ayrımda **"Borçların ifa edilmemesinin sonuçları"** anlamında **"Borçların ödenmemesinin neticeleri"** denmiştir. Buna karşılık, md. 83'de olduğu gibi, bazı maddelerde de **"ödeme"** deyimi, para borçlarının ifası için kullanılmıştır. Doktrindeki genel eğilime uygun olarak, biz de, **herhangi bir edimin yerine getirilmesini belirtmek üzere** "ifa", **para borçları için ise** "ödeme" **deyimini kullanacağız.**

Genellikle benimsenen görüşe göre, yerine getirilecek edim (bir hizmetin if□sın□□ ol□uğu gibi) maddi bir davranış veya (rekabet-yarışım yasağında oldugu □□bı)_bır kaçınma veya olanak tanıma niteliğinde ise, edimin fiilen yerine getırılmış bulunması halinde, borçlunun ifa kasdının mevcut olup olmadığını araştırmanın yararı yoktur. Bu gibi durumlarda, edim, borçlu olunduğu bilinm_□ksizin yerine getirilmiş olunsa dahi, borç ifa edilmiştir (Becker, md. 68-96, on açıklama, 2-3; von Tuhr, § *55N*, Feyzioğlu, C. il, sh. 6-8).

Buna karşılık, mülkiyetin naklinde, alacağın temlikinde olduğu gibi, borcun ifası bir hukuki işlemi gerektiriyorsa, borçlunun borca uygun davranışının "ifa" sayılabilmesi için, tarafların *"hukukf sebebin ifa olduğunda"* anlaşmasına ihtiyaç vardır. Zira, bir malın teslimi veya alacağın temliki *"ifa", "bağışlama", "alacak iktisabı"* gibi farklı hukuki sebeplere dayanabilir. Hukuki sebep "ifa" değilse borç sona ermez.

Tarafların hukuki sebebin "ifa" olduğunda anlaşması zimni (üstü kapalı) bir biçimde de olabilir. Borcuna uygun bir davranışta bulunan kimse (aksini ispat etmedikçe) ifa amacıyla hareket etmiş sayılır, alacaklı da itiraz etmeksizin edimi kabul etmişse taraflar hukuki sebep olarak "ifa"da anlaşmış addolunur ve borç sona erer.

111- İFA VE FİİL EHLİYETİ

Borcun geçerli olarak "ifa" edilmiş sayılmasında, tarafların (borçlu ve alacaklının) medeni hakları kullanma ehliyetinin etkisi edimin niteliğine göre değişir.

1- Borçlu yönünden: Edimin ifası, borçlu yönünden maddi bir davranış veya kaçınma veya olanak tanıma niteliğinde ise (hukuki işleme ihtiyaç yoksa), ifanın geçerli olması için borçlunun medeni hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip bulunması gerekmez.

Buna karşılık, taşınır ve taşınmaz mal mülkiyetinin naklinde, alacağın temlikinde olduğu gibi, borcun ifası bir hukuki işlemi gerektiriyorsa, borçlunun tam ehliyetli olması, mümeyyiz küçük veya kısıtlıysa genel hükümlere göre yasal temsilcisinin izin veya icazetinin bulunması zorunludur. Aksi takdirde, ifa geçerli değildir, borç sona ermez. Bununla beraber, "ifa" edime uygunsa, örneğin taşınabilir bir mala ilişkin alım-satım sözleşmesi uyarınca, sözleşmeye konu olan mal teslim edilmişse, borçlunun ehliyetsizliği nedeniyle verilen şey geri istendiğinde, alacaklı def'i yoluyla, sözleşmeden doğan talep hakkına dayanarak malı iadeden kaçınabilir. Para borçlarının ödenmesinde de durum aynıdır, alacaklı alacağını iade borcuyla takas edebilir (von Tuhr, § 55/IX).

2- Alacaklı yönünden: Alacaklının fiil ��liyetinin _ifanın geçerliliğini etltj. ıemesi, ifanın alacaklının katılmasını gerektırıp gerektırmemesine göre fark), şekilde ortaya çıkar.

Borcun ifası, alacaklının ifaya katılmasına ihtiyaç o_lmaksızın gerçekleşe. biliyorsa (örneğin bir kaç_ınma ?orcu veya borçl��u. elında bulunan bir şeyin eski haline döndürülmesi sure.ıyle zararı��azmını soz konusuysa) alacaklı fi. il ehliyetine sahip olmasa dahı ıfa geçerlıdır (von Tuhr, § 55N ve **IX).**

Buna karşılık mülkiyetin devrinde, alacağın temlikinde, yapma ve verme borçlarının çoğunda olduğu gibi, ���cun ifası alacaklını ifara katılmasıyla mümkün olabiliyorsa, ifanın geçerlılıgı, alacaklının tam ehlıyetlı olmasına,mümeyyiz küçük veya kısıtlı ise genel kurallar uyarınca yasal temsilcisinin izin veya icazetine bağlıdır. Borçlunun medeni hakları kullanma ehliyeti bulunmayan alacaklıya karşı borcunu yerine getirmesi (örneğin ödemede bulunması, mülkiyeti devretme amacıyla taşınabilir bir malı teslim etmesi) halinde ifa geçerli değildir, borçlu borcundan kurtulmaz. Borçlunun iyi niyetli olması, alacaklının ehliyetsiz olduğunu bilmemesi sonucu değiştirmez. Bu durumda, borçlu, alacaklının yasal temsilcisine borcu yeniden ifa etmekle yükümlüdür. Bununla beraber, bir para borcu söz konusuysa, borcun ifası için ehliyetsiz alacaklıya para ödenmişse, borçlu, borcunu, (alacaklının mal varlığında meydana gelen çoğalma dolayısıyle) sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca sahip oldukları alacak hakkıyla takas edebilir ve bu yolla borcundan kurtulabilir. Borcun konusu paradan başka bir şeyse, örneğin mülkiyetin devredilmesi amacıyla taşınabilir bir mal teslim edilmişse ve teslim edilen şey henüz alacaklının zilyetliğindeyse, borçlu ehliyetsiz alacaklının yasal temsilcisine alacaklıda bulunan şeyi önererek borcunu ifa edebilir (von Tuhr, § 55/IX).

iV- İFA VE TASARRUF YETKİSİ

Borçlanılmış olan edimin yerine getirilmesinin hukuki açıdan geçerli bir "ifa" sayılabilmesi ve ifaya bağlı hukuki sonuçların doğabilmesi, borçlunun edimin konusu olan mal, alacaklının ise alacağı üzerinde tasarruf yetkisine sahip bulunmasına bağlıdır. Borçlunun veya alacaklının tasarruf yetkisi yoksa, edim yerine getirilmiş olsa dahi, borçlu borcundan kurtulmaz. Böylece örneğin, bir alım-satım sözleşmesiyle mülkiyeti devretme borcu altına girmiş bulunan kimse, alıcıya çalınmış bir mal teslim ederse, borçlunun mal üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı için, mülkiyet, (iyi niyetli de olsa) alıcıya geçmez (MK. m. 989) ve sonuç olarak borç ifa edilmiş, borçlu borcundan kurtulmuş olmaz. Bununla beraber, borçlunun mal üzerinde tasarruf yetkisi olmasa dahi, alacaklının iyi niyetinin (MK. md. 3) korunduğu özel hallerde (MK. md. 988) veya alacaklının mülkiyeti zamanaşımıyla kazandığı durumlarda borç i_fa edilmiş sayılır (ayrıntılı bilgi için Bk. *Reisoğlu Safa,* Türk Eşya Hukuku, Cılt 1, 7. Bası, 1984, sh. 80 vd.).

§ il - "İFA"NIN TARAFLARI

"İfanın tarafları" kavramı, borcun kimin tarafından kime ifa edilebileceği sorununu kapsar.

1- BORÇLU TARAFINDAN İFA - ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN İFASI

1- Borçlu tarafından ifa

a- Borçlar Kanunumuzun 67. maddesine göre, *"Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının yararı bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir".* Diğer bir deyişle, borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının yararı varsa, borç üçüncü bir şahıs tarafından yerine getirilemez, borçlu borcunu bizzat ifaya mecburdur. Alacaklı bu durumda üçüncü şahsın ifa önerisini reddedebilir.

Borçlunun bilgisinin, tecrübesinin, kişisel yeteneklerinin ve karakterinin alacaklı yönünden önem taşıdığı hallerde, özellikle (ilgili maddelerde de açıkça belirtildiği üzere) hizmet (BK. md. 320), istisna (BK. md. 356), vekalet (BK. md. 390), adi ortaklık (BK. md. 532) sözleşmelerinde, kural olarak, borçlu borcunu bizzat ifa ile yükümlüdür. Böylece, örneğin bir ressam resmin yapılmasını, bir mimar projenin hazırlanmasını üçüncü bir şahsa bırakamaz. Sözleşmeden doğan borcunu bizzat yerine getirmek mecburiyetindedir.

Borçlunun borcunu bizzat ifaya mecbur olması, borcun ifasında borçlunun yardımcı şahıslardan yararlanmasını önlemez. Edimin kapsamı, özellikle istisna sözleşmelerinde, yardımcı şahıs kullanılmasını zorunlu kılabilir. Önemli olan nokta, yardımcı şahısların borçlunun yönetimi altında çalışması, edimin niteliğine göre, borcun "bizzat borçlu tarafından ifa edilme" unsurunun egemen olmasıdır.

b- Borçlar Kanunumuzun 67. maddesinde, aynı şekilde yukarıda değindiğimiz 320, 356, 390 ve 532. maddelerinde yer alan kurallar emredici nitelikde değildir. Yapılacak sözleşmede borcun tamamen veya kısmen üçüncü bir şahıs tarafından ifası kabul edilebilir. Bu takdirde alacaklı, yararı bulunduğunu ileri sürerek borcun bizzat borçlu tarafından ifasını isteyemez.

2- Üçüncü şahıs tarafından ifa

a- Genel olarak

Borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının yararı yoksa veya yararı olsa dahi, sözleşmede borcun üçüncü bir kişi tarafından da yerine getirilebileceği öngörülmüşse, borcu üçüncü bir şahıs ifa edebilir. Örneğin, bir

para borcu söz konusuyla, borçlu edimi bizzat ifa edebileceği gibi, diğer bir kimseye de parayı ödettirebilir.

Üçüncü şahıs tarafından ifası mümkün borçlarda, alacaklı üçüncü şahıs tarafından yapılan ifayı kabule mecburdur. Alacaklı ifayı reddettiği takdirde borçluya karşı mütemerrit (direngen) addolunur (BK. m. 90) ve temerrüde (direnime) bağlı hukuki sonuçlar doğar.

Alacaklı, borçlunun karşı çıkmasına rağmen üçüncü şahıs tarafından yapılan ifayı kabul edebilir ve bu halde de borç sona erer. Borçlunun karşı çıkması nedeniyle üçüncü şahıs tarafından ifayı kabul etmeyen alacaklı mütemerrit duruma düşmez.

Borcu ifa eden üçüncü şahıs, temsil yetkisine dayanarak edimi yerine getirmiş olabileceği gibi, borçlu tarafından verilmiş bir temsil yetkisi olmaksızın, bağışta bulunmak niyetiyle veya ifanın borçlunun yararına olacağı düşüncesiyle onun namına ve hesabına hareket etmiş de olabilir. Bütün bu hallerde borç sona erer. Sonuncu halde borçlunun icazet vermeyi reddetmesi ifanın geçerliliğini engellemez.

b • İç ilişki

Borçlu ile ifada bulunan üçüncü şahıs arasındaki hukuki ilişki, diğer bir deyişle ifada bulunan üçüncü şahsın yaptığı ödeme dolayısiyle borçluya rücu edebilmesi (başvurabilmesi) ve bunun kapsamı aralarındaki sözleşmeye (vekalet aktine) göre tayin olunur. Böyle bir sözleşme yoksa ve borçlu kendisini temsilen yapılan ifaya icazet vermeyi (onaylamayı) reddederse "vekaleti olmadan başkası hesabına tasarruf"a ilişkin hükümler uygulanır (BK. md. 41O vd. ve 413), (von Tuhr, § 59/11; ayrıntılı bilgi için, Feyzioğlu, C. 11, sh. 85-88). Üçüncü şahıs (babanın oğlunun borcunu ödemesinde olduğu gibi) bağışlama niyetiyle borcu ifa etmişse, ifadan sonra borçludan bir talepte bulunamaz.

c- Alacağın üçüncü şahsa geçmesi

Üçüncü şahıs tarafından edimin yerine getirilmesiyle borcun sona ermesi için, ifanın borçlunun nam ve hesabına yapılmış olması gerekir. Aşağıdaki hallerde, edimin yerine getirilmesi borcu sona erdirmez, alacağın ödemede bulunan üçüncü şahsa geçmesi sonucunu doğurur:

aa- Üçüncü şahıs borçlu hesabına bir ifada bulunma yerine, alacaklıyı tatmin ederek alacağı devralabilir (BK. m. 162). Bu takdirde "ifa" yoktur, borç sona ermez, alacak ek haklarıyla (rehin vs.) birlikte üçüncü şahsa geçer (BK.

m.168). Alacağın bu yolla devralınması, doğaldırki, ancak alacaklının alacagı devretmeyı kabul etmesiyle mümkünolur.

bb- Yukarda değinilen alacağın devredilmesinden ayrı olarak, Borçlar Kanunumuzun 109. maddesine göre aşağıdaki iki halde, edimi yerine getiren uçuncu şahıs, odedıgi miktar ile sınırlı olarak, alacaklının haklarına halef (ardıl) olur. Bu ise, yasal bir sonuç olarak, bütün ek haklarıyla (rehin hakkı vs.) birlıkte uçuncu şahsa geçer. Böylece bu iki halde de, edimin yerine getirilmesıyleborç sonaermez, alacak (alacaklının rızasına ihtiyaç olmaksızın) borcu ödeyen üçüncü şahsa geçer:

1- Üçüncüşahıs, başkasının borcu için rehin edilmiş olan, üzerinde mülkiyet veyadiğer bir ayni hakka (örneğin rehin hakkına) sahip olduğu taşınır veya taşınmaz malı rehinden kurtarmak için alacaklıya ödemede bulunursa, ödediğimiktarla sınırlı olarak alacaklının yerini alır (BK. md. 109/1).

2- Borçlu, ödemeden önce veya en geç ödeme sırasında, alacaklıya, borcu ödeyen üçüncü şahsın ona halef (ardıl) olacağını bildirirse, ödeme ile borç sona ermez, alacak üçüncü şahsa geçer (BK. md. 109/2).

Borçlu söz konusu beyanı bizzat veya mümessili aracılığıyla yapabilir. Borcu ödeyen üçüncü şahıs da borçluyu temsilen alacaklıya bildirimde bulunabilir. Beyanın geçerliliği bir şekle bağlı değildir.

il - ALACAKLIYA İFA - ÜÇÜNCÜ ŞAHSA İFA

1- Alacaklıya ifa

Borcun ifa edilmiş sayılması ve sonuç olarak borçlunun borcundan kurtulabilmesi için, kural olarak ifanın alacaklıya yapılmış olması gerekir.

Borçlu, alacaklının alacağı tahsile (edimin konusu olan parayı veya şeyi almaya) yetkili temsilcisine de borcu ifa edebilir ve bu halde de borç sona erer. Alacağı tahsil (alma) yetkisi, kanuni mümessillerde (veli ve vaside) olduğu gibi yasadan veya temsil yetkisi veren bir hukuki işlemden doğabilir.. Alacağı tahsil yetkisinin özel olarak verilmiş olması gerekir. *Bir sözleşmeyı yapma yetkisi kendiliğinden sözleşmeden doğan alacağı tahsil yetkisini de kapsamaz* (von Tuhr, § 58/11).

Alacağı tahsile yetkili kimseye ifade bulunmak borçlu için sadece bir olanak değil, aynı zamanda yükümlülüktür. Temsilcinin ifa talebini yerıne getırmeyen borçlu, kural olarak alacaklıya karşı mütemerrid (direngen) duruma düşer.

Alacaklının şahsında bir değişiklik olmuşsa, alacak bir hukuki' işlem (BK. md. 162) veya yasal bir kural (BK. md. 109) sonucu üçüncü bir şahsa geçmişse, ifa yeni alacaklıya yapılır. (Bu konuda Bk. BK. md. 165).

Alacaklıdan veya onun alacağı tahsile yetkili temsilcisinden başka bir şahsa yapılan ifa ile borçlu borcundan kurtulmaz, borcun yeniden ifası gerekir. Borçlunun iyi niyetli olması (MK. md. 3), ifada bulunduğu kişiyi alacaklı veya (örneğin sahte vekaletnameye inanarak) onun yetkili temsilcisi sanması hukuki' sonucu değiştirmez.

2- Üçüncü şahsa ifa

Borçlu borcunu kural olarak alacaklıya veya onun yetkili temsilcisine ifa etmeye mecbur olmakla birlikte, yasada öngörülen bazı istisnai hallerde, borcun üçüncü bir şahsa ifası zorunluluğu vardır. Bu gibi özel durumlarda, alacaklıya ifa borçluyu borcundan kurtarmaz. Örneğin, Medeni Kanunumuzun 198. maddesinde, aile birliğini korumak amacıyla, Yasa Koyucu özel bir kurala yer vermiştir: *"Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hakim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir".* Bu durumda, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin borçluları, borçlarını diğer eşe ifa etmek suretiyle borçtan kurtulabilirler.

§111-IFANIN KONUSU

1- GENEL OLARAK

1- Kural: İfanın konusu, kural olarak, borçlanılmış olan edimdir. Borçlu borcunu edime uygun olarak ifa etmek zorundadır. Edimden başka bir şeyle ifa borçludan istenemez, alacaklı da edimden başka bir şeyi kabule zorlanamaz. istenen veya önerilen şeyin edimden daha az veya çok kıymetli olması hukuki durumu değiştirmez. Böylece örneğin, Aile B arasında yapılan alımsatım sözleşmesi uyarınca, A evindeki radyonun mülkiyetini B'ye devretme borcu altına girmişse, borcunu, radyonun zilyetliğini B"ye devrederek (radyoyu teslim ederek) yerine getirmek (ifa etmek) mecburiyetindedir. A, B'ye, daha kıymetli de olsa, radyonun yerine örneğin teyp vermek suretiyle borcunu ifa edemez, B'yi radyonun yerine teybi almaya zorlayamaz.

2- İfa yerine edim (Dation en paiement): Alacaklı, yukarıda değindiğimiz üzere ifada edimden başka bir şeyi almaya mecbur değildir. Bununla beraber, borçlu, edimden başka bir şeyi (yukarıdaki örnekte radyo yerine teybi) *"ifa yerine"* önerir ve alacaklı da bunu kabul ederse, ifa gerçekleşmiş olur ve

borç sona erer. İfa yerine edimde, verilen şeyin asıl edimden farklı değerde olması, borçlu veya alacaklıya bir değer farkı isteme olanağını vermez.

Özelikle para borçlarının ifasında *"ifa yerine edim"* olarak, alacaklıya bir alacak (bir bono) temlik edilebilir. Bu takdirde "ifa yerine temlik"ten söz edilir.

3- İfa amacıyla edim (Dation en vue du paiement): Bu halde hukuki durum *"ifa yerine edim"den* farklıdır. İfa amacıyle edimde, borçlu, alacaklıya para çevirip _alacağını elde etmesi amacıyla edimden başka bir şey verir. Şeyin verılmesıyle borç sona ermez, verilen şey paraya çevrildikten, mal ise satıldıktan, alacak ise tahsil edildikten (alındıktan) sonra borç (ve alacak) son bulur._ *Elde edilen para alacağın tamamını karşılamazsa, borç alacak karşılandıgı o:anda ifa edilmiş olur. Aradaki farkı borçlu ödemeye mecburdur.* Paraya çevırme sonucu elde edilen miktar alacaktan fazlaysa, alacaklı bu farkı borçluya geri vermekle yükümlüdür.

Taraflar arası anlaşmanın *"ifa yerine edim"mi* olduğu, yoksa *"ifa amacıyla edim"e* mi ilişkin bulunduğu konusunda duraksama halinde, sözleşmenin *"ifa amacıyla edim"* niteliğinde olduğu kabul edilmelidir (von Tuhr, § 56/11; Theo Guhl, Le droit federal des obligations, Tr. par Rene Des Gouttes, Zürich 1947, sh. 161).

11-KISMEN İFA

1- Kural

a- Borçlar Kanununun 68. maddesine göre *"borcun miktarı belirli ve tamamı muaccel (istenebilir) olduğu takdirde, alacaklı kısmen yapılan ödemeyi reddedebilir. Alacaklı kısmen ödemeyi kabul ederse, borçlu borçtan kabul ettiği kısmı ödemeden kaçınamaz".*

"Kısmen ifa" sorunu, niteliği itibariyle bölünebilen edimlerde, özellikle (yüz sandık portakalın satılmasında olduğu gibi) türüyle belirlenmiş şeylerde veya para borçlarında söz konusu olur. Bölünemeyen edimlerin yerine ge-irilmesinde (örneğin bir motosikletin veya bir hayvanın satılmasında) edımın niteliği icabı kısmen ifa mümkün değildir.

BK. md. 68'de açıkça ifade edildiği üzere, 1 - Alacağın tamamının varlığı ve miktarı üzerinde bir anlaşmazlık yoksa ve 2- Alacağın tamamı muaccel (istenebilir) ise, edim niteliği itibariyle bölünebilir olsa da, alacaklı, kural olarak, borcun bir kısmının ifasını (örneğin, yüz sandık portakaldan sa?ece b?? sandığın teslimini) kabul etmek zorunda değildir, edimin tüm olarak ıf??ını istiyebilir. Kısmi ifayı reddeden alacaklı mütemerrit (direngen) duruma duşmez.

Buna karşılık, kısmi ifanın kabul edilmemesi halinde, borçlu edimin tümü için borcunu ifa etmemiş olmanın hukuki sonuçlarına katlanma durumundadır. Alacaklı kısmi ifayı kabul ederse, borç (ve alacak) geri kalan kısım için devam eder.

b- Borcun tamamı belirli değilse, bir kısmının varlığı üzerinde anlaşmazlık varsa, alacaklı belirli (ihtilafsız) kısma ilişkin ödemeyi kabul etmek zorundadır [2]. Borçlu da borçtan anlaşmazlığa konu olmıyan (ikrar ettiği) kısmı ifa ile yükümlüdür (BK. md. 68/son). Borçlu, borçtan kabul ettiği kısmın ifasını alacağın tümü üzerindeki anlaşmazlığın giderilmesine erteleyemez.

c- Bir sözleşme metninde iki (veya daha çok) edim yer alıyorsa, bu edimlerin bir tek borcun konusu mu olduğu, yoksa her edimin ayrı bir borcu mu ifade ettiği (diğer bir deyişle aynı metinde birden çok sözleşmeye mi yer verildiği) kısmi ifa yönünden araştırılmalıdır. *Aynı metinde iki ayrı sözleşme söz konusu ise,* bu sözleşmelerden birinden doğan borcun ifası *"kısmen ifa"* niteliğinde değildir. Durum sözleşmede açıklığa kavuşturulmuşsa tarafların iradeleri dikkate alınır. Bir açıklık yoksa, duraksama halinde edimlerin niteliğinde bakılmalıdır. Birden çok edim arasında bir bağlantı varsa, edimler birbirini amaç ve fonksiyon olarak bütünlüyorsa, tek bir sözleşme, dar anlamda tek bir borç vadır. Örneğin, sözleşme uyarınca, borçlu bir arabayı ve atlarını teslim etme durumundaysa, arabanın ve atların ayrı satış sözleşmelerinin konusu olduğu belirlenmedikçe, tek bir sözleşme ve ondan doğan borcun söz konusu olduğu kabul edilmelidir.

2- İstisna

Borcun miktarı belirli ve tamamı muaccel (istenebilir) olsa dahi aşağıdaki hallerde istisnai olarak borcun kısmen ifası mümkündür, alacaklı kısmen ifayı kabul etmek zorundadır:

a- Sözleşme uyarınca borçlu kısmen ifaya yetkili ise;

b- Edimin miktar veya niteliği (10.000 ton çimentonun teslimi**nde olduğu** gibi) bir defada ifaya olanak vermiyorsa [3];

c- Alacaklının kısmen ifayı reddetmesi (borçlunun edimin tamamına yakın bir kısmını, örneğin 500 milyon liralık borcundan 470 milyon lirasını ödemeyi önermesinde olduğu gibi} hakkın açıkça kötüye kullanılması (MK. m. 2) *niteliğinde* ise:

---

2) Bk. Engel, sh. 421; Becker, md. 69f7; Feyzloğlu, C. 11, sh. 34; von Tuhr, § 57/IV-4.
3) Bk. JT. 1950, 1. 38.

d- Yasaların özel kuralları (poliçe hamilinin kısmi ödemeyi reddedemıyeceğini öngören Tıc. K. md. 621 de olduğu gibi) alacaklıyı kısmen ödemeyi kabule mecbur ediyorsa.

111- BÖLÜNEMEYEN EDİMLERDE İFA

Bölünemeyen diğer bir deyişle (bir otomobilin, radyonun satılmasında olduğu gibi) *nitelik ve bünye değişikliğine veya kıymet azalmasına uğramaksızın kısmen ifası mümkün olmayan* (Becker, md. 70, No. 2) edimlerin yerine getirilmesinde borçlu ve alacaklı tek ise, ifa yönünden bir sorun yoktur. Buna karşılık, edim "bölünemeyen,. nitelikte olduğu halde, alacaklı veya borçlu birden fazla ise, borcun nasıl ifa edileceği sorunu ortaya çıkacaktır.

Alacaklılar veya borçlular arasında sözleşmeden veya yasadan doğan bir teselsül varsa, {edim bölünebilir nitelikte olsun veya olmasın) ifa Borçlar Kanunun teselsüle ilişkin141-148. maddelerine göre yapılacaktır.

Alacaklılar veya borçlular arasında sözleşmeden veya yasadan doğan bir teselsül (dayanışma) bulunmadığı takdirde "bölünemiyen edimlerde ifa" sorununun nasıl çözümleneceği BK. md. 69'da aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir [4]:

1- Bölünemeyen bir edimin alacaklıları birden çok ise, bunlardan herbiri borcun tamamının ifasını borçludan istiyebilir. Ancak borçlu, edimi (talepte bulunana değil) alacaklıların tümüne birden ifa etmekle yükümlüdür (BK. md. 69).

Alacaklılardan birinin (diğerini temsil etmeksizin) borcun kendisine ifa edilmesini istemesi halinde, borçlu talebi reddetmekle yükümlüdür. Edimin alacaklılardan sadece birine veya birkaçına karşı ifa edilmiş olması borçluyu borcundan kurtarmaz. Bununla beraber, birden çok kimsenin mülkiyetinde bulunan bir evin onarılmasında olduğu gibi, edimin niteliği icabı, borcun ifasından diğer alacaklılar da doğrudan doğruya yararlanmışsa borç sona erer (Oser-Schönenberger, md. 70, no. 4).

---

4) **Edim bölünebilir nitelikte ise, alacaklılar veya borçlular arasında da yasadan veya sözleşmeden doğan bir teselsül yoksa, alacaklılardan herblri ancak kendi payıyla sınırlı olarak ifa isteyebilir ve ifayı kabul edebilir; aynı şekilde borçlulardan herbiri de borçtan kendi payına düşen kısmı ifa ile yükümlüdür. Borçlulardan biri kendi payına düşen edimi yerine getirmezse, diğer borçlu bundan sorumlu tutulamaz.** Bk. **Becker,** md. 70, no. 9; **Oğuzman,** C. 1. sh. 31-32 not 1O; HGK. 20.1.1975 K. **34 (Olgaç,** Emsal, İçt. md. 69, sh. 426).

Alacaklılardan biri, borcun alacaklıların tümüne birden ifasını istemişse isteğe rağmen, edimi alacaklıların tümüne ifa etmiyen borçlu mütemerrit (dı[illegible]r[illegible]n.gen) olur. Alacaklılar edimi ye[illegible]i verecekleri bir temsilci aracılığıyla veya birlıkte hareket ederek kabul edebılırler. Alacaklılar veya bunlardan biri edimın ifası için gerekli işbirliğinden kaçınırsa, tüm alacaklılar mütemerrit addolunur (Bk. BK. md. 90 vd.).

2- Borçlular birden çok ise, her biri bölünemeyen borcun tamamını alacaklıya, (birden çok iseler alacaklılara) ifa ile yükümlüdür (BK. md. 69). Bu durumda, borçlulardan herbiri, borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın (varsa ceza koşulunun) tamamından sorumludur [5]. Borcun borçlulardan biri tarafından ifa edilmesiyle borç sona erer.

3- Borçlular Kanunumuz 69. maddesinde, borcu ifa eden borçlu ile diğer borçlular arasındaki ilişkiyi de düzenlemiştir: *"Halin icabından* (veya sözleşmeden) *aksi anlaşılmadıkça, veren* (ifa eden) *borçlu, kendisiyle müştereken borçlu olanlara payları oranında rücu* (başvurma) *hakkına sahiptir ve bu oranda alacaklıların haklarına halef* (ardıl) *olur".*

iV- PARÇA BORÇLARINDA İFA

Borcun konusu (A'nın evindeki X marka radyoda, şasi veya plaka numarası zikredilerek tesbit edilmiş bir otomobilde, bir ressamın belli konulu bir tablosunda olduğu gibi) ayınca nitelikleriyle belirlenmiş bir edim ise "parça borcu", diğer bir deyişle *"ferden muayyen borç"* söz konusudur.

Parça borçlarında, borç., ancak borcun konusu olan belirli edimin yerine getirilmesiyle ifa olunabilir. Orneğin, motor numarasıyla belirlenmiş otomobilin yerine, aynı marka başka bir otomobil verilemez, alacaklı böyle bir ifayı kabule zorlanamaz.

Parça borçlarında borcun ifası borçlunun kusuru olmaksızın imkansız hale gelirse, BK. 117 uyarınca borç sona erer. (Borcun bu şekilde sona ermesinin hukuki sonuçları hakkında Bk. BK. md. 117/2; 183).

V - CİNS BORÇLARINDA İFA

Borcun konusu cins ve miktar olarak belirlenmiş bir edim ise (örneğin, sözleşmede 2002 model bir adet (X) marka binek otomobil, bir ton elma, 100 metre elbiselik kumaş, iki adet 72 ekran televizyon denmişse) bir *"cins-nev'i borcu",* diğer bir deyişle *"nev'an muayyen = türüyle belirlenmiş borç"* söz konusudur.

---

5) Bk. 4. HD. 1.12.1972, 12378/921O **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 69, sh. 425-426).

Ci◆s borçları_nda, işin niteliğinden veya sözleşmeden aksi anla◆ılm_ad'.k-ça, ◆erılecek şeyın seçimi borçluya aittir. Ancak borçlu ortadan aşagı nıtelık-te bır şey veremez (BK. md. 70). Bir cins borcunun söz konusu olması,_?0.r-cun konusu olan edimin bir kısım niteliklerinin belirlenmesine engel degıldır. Sözleşme_d◆, ö_rneğin "bir ton elma" veya "100 metre elbiselik kumaş" den-mekle_ye◆ınılebıleceği gibi, "bir ton Amasya elması" veya "(X) marka 100 ◆et-r_e el?ı◆elık ◆umaş" da denilebilir. Bu takdirde, borçlu edimin belirl◆n◆◆ nı-lıklerını de dıkkate alarak ve orta kalitenin altına düşmeyerek seçımını yap-mak ve borcunu ifa etmekle yükümlüdür.

VI- SEÇİMLİK BORÇLARDA İFA

1- *Borç birden çok edimi kapsıyorsa, fakat bu edimlerden sadece* (ala-caklı'. b?rçlu veya üçüncü bir şahıs tarafından) *seçilecek biri ifa edilecekse, "seçım!ık borç" söz konu◆_udur.* Seçimlik borca konu olan edimler, parça_borcu v◆ya cıns borcu olabilir. Orneğin, sözleşmede, borçlunun "(X) marka bır t◆◆e-vızyonu veya belli bir ressamın belli bir tablosunu" vereceği kararlaştırılabılır.

2- İşin niteliğinden veya seçimlik borcu doğuran hukuki ilişkiden aksi anla-şılmadıkça, seçimlik borçlarda seçim hakkı borçluya aittir (BK. md. 71). Sözleş-mede seçimi yapma yetkisi alacaklıya veya üçüncü bir kişiye de bırakılabilir.

Seçim hakkının kullanılması (HMUK.'nun ispata ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla) bir şekle bağlı değildir. Seçim, sarih (açık) bir irade beya-◆ıyla yapılabileceği gibi, zımni (örtülü) bir irade beyanıyla da gerçekleşebilir. Orneğin, seçim hakkına sahip olan borçlunun edimlerinden birini ifa etmesi aynı zamanda seçim hakkının kullanılması niteliğindedir.

3- Seçim hakkının kullanılmasıyla, seçilen edim borcun tek konusu olur. Diğer edimler artık borcun konusu değildir.

4- Borcun konusu olan edimlerden biri baştan itibaren imkansızsa (BK. md. 20) veya sonradan tarafların kusuru olmaksızın imkansız hale gelmişse, borç ilişkisi geçerli olmakda devam eder, borcun konusu geri kalan edimdir. Geriye birden çok edim kalmışsa seçim hakkı bunlardan biri için kullanılır.

VII- PARA BORÇLARINDA İFA

1- Genel olarak

Hukuki açıdan, para bir değiştirme ve ödeme aracıdır. Bu niteliğiyl_◆◆-ra, birçok sözleşmede (alım-satım, kira, hizmet, istisna vs.) taraflardan bırının borcunun konusudur. Para, ayrıca, borçlunun kusuruyla ifa edilmemiş veya noksan ifa edilmiş olan diğer edimlerin de yerini alır.

Para borcunun nasıl ifa edileceği (ödeneceği) Borçlar Kanunumuzun 83 maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Konusu para olan borç memleket parasıyla ödenir".

"Sözleşme, ödeme yerinde yasal rayici (sürüm değeri) olmayan bir para (yabancı para) üzerinden yapılmış ise, sözleşmenin harfiyen icrası "ay. nen ödemek" kelimeleri veya buna denk başka deyimler ile şart edilmiş olmadıkça, borç, ödeme zamanının (vadenin) geldiği günün rayici üzerinden memleket parasıyla ödenebilir'[6].

---

6) **EURO'nun** (tek para sistemine dahil olan Avrupa Birliğine üye devletlerin ortak parasının) **1.1.1999 tarihinde kullanıma girmesinin hukuki araçlara** (yasal kurallara, sözleşmelere veya diğer hukuki işlemlere) **etkisi,** (1.1.1999 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe konan) 24.2.2000 tarih ve 4538 sayılı **Kanunla** (RG. 27.2.2000) **düzenlenmiştir.** *"EURO'nun Hukuki Araçlara Etkisi Hakkında* Kanun"başlığını taşıyan bu Yasa'nın 4. maddesine göre, **Kanunlarda ve diğer kurallarda ulusal para birimlerine** (tek para sistemine dahil üye devletlerin kendi para birimlerine) **yapılan göndermeler,** ulusal paraların sürümden kaldırıldıkları tarihten itibaren, **Avrupa Birliği tarafından** geri dönülmez şekilde **sabitlenerek belirlenen** ve T.C. Merkez Bankasınca ilan edilen **değişim oranı uygulanarak EURO'ya yapılmış sayılır.** Hukuki işlemlere yönelik 5. maddeye göre, ElJ. **RO'nun kullanıma girmesi** veya ulusal para birimlerinin sürümden kaldırılarak tek para sistemine dahil Avrupa Birliğine üye devletlerde EURO'nun tek para birimi olma niteliği kazanması **veya ulusal para birimi için belirlenen faiz oranının veya oran belirleme yönteminin değişmesi, mevcut sözleşmelerin veya diğer hukuki işlemlerin taraflarından birine, sözleşmeyi veya hukuki işlemi tek taraflı olarak değiştirme veya feshetme hakkını vermez.** Kanunlar ihtilafını (anlaşmazlığını) düzenleyen 6. madde uyarınca, **"Ödemenin hangi parayla yapılması gerektiği ödeme yeri hukukuyla belirlenir".**

Avrupa Birliği'nin(AB'nin) onbeş üyesinden (Avrupa Para Sistemine - APS- katılan) **onbirinde** (Almanya, Fransa, İtalya, İspanya, Hollanda, Belçika, Avusturya, Finlandiya, İrlanda, Portekiz ve Lüksemburg'da) 1 Ocak 1999'dan itibaren Avrupa Birliğinin "EURO" olarak adlandırılan "ortak parası" - kaydi para olarak - kullanıma girdi. Daha sonra, 19.6.2000'de Yunanistan'da APS'ne katıldı. Avrupa Birliği'nin diğer üç üyesi, İngiltere, Danimarka ve İsveç Avrupa Para Sistemi'nde yer almadı.

1.1.1999'da EURO'nun kullanıma girmesiyle (üç yıllık bir geçiş döneminin başlamasıyla) **birlikte,** APS'ne katılan onbir devlette (ve daha sonra Yunanistan'da) **ulusal paralar, kendiliğinden,** *ipso iure,* (1 Ocak 1999 tarihindeki sabit pariteler-kurlar-üzerinden) **EURO'ya dönüştü.** Ancak, EURO, banknot ve madeni para olarak dolaşıma, üç yıl sonra, 1 Ocak 2002'de çıkacaktı. Bu nedenle, **1 Ocak 1999'da başlayan üç yıllık geçiş döneminde (uygulamada) sözü geçen devletlerin ulusal parası** (örneğin, Alman markı, Fransız frankı, İtalyan lireti) **EURO/ulusal para sabit paritesine göre, EURO'yutemsil eden paralar olarak kullanımda kaldı.**

Üç yıllık geçiş döneminin sonunda, 1 Ocak 2002'den itibaren, EURO, 5,10,20, 50,100,200 ve 500 lük kupürler halinde, **banknot olarak, Avrupa Birliği'nin onbeş üyesinden Avrupa Para Sistemine katılan onikisInde dolaşıma çıktı.** Bu oniki devlette,

"Yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcun v[illegible]e veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir" 7_

2- Memleket parasıyla ödeme

Borçlar Kanunumuzun 83. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, borcun konusu para ise, ödeme *"memleket parasıyla"yani* Türk parasıyla yapılır. Örneğin, sözleşme uyarınca A, B'ye 800 Türk Lirası (TL) verecekse, A bu borcunu Türk parası vererek ifa eder.Apara yerine, çek veya altın sikke verme-yi onerdıgı takdirde, B bunu kabul etmek zorunda değildir.

[illegible]salparalar, kısa bir süre daha EURO banknotlarıyla birlikte kullanımda kaldı, ancak bu ıkılı kullanım en geç 28 Şubat 2002'de sona erdi. *Hollanda Florini* 28 Ocak 2002, *irfanda Lirası*9 Şubat 2002, *Fransız Frangı* 17 Şubat 2002, *Alman Markı, Avusturya Şilini, Belçika Frangı,Fin Markkası, İspanyol Pezatası, İtalyan Lireti, Lüksemburg Frangı, Portekiz Esküdosu* ve *Yunan Drahmisi* **28 Şubat 2002 tarihinde sürümden** (dolaşımdan) **kalktı.**

Gerçek ve tüzel kişilerin, bankalarda, özel finans kurumlarında veya ellerinde bulunan (Avrupa Para Sistemine dahil) sözügeçen **oniki ülkenin ulusal paraları,** (EURO'ya dönüşümü -bir daha değişmemek üzere- 31.12.1998 tarhinde sabitlenen -belirlenen- kur üzerinden) **EURO'ya çevrilecektir.** 31 Aralık 1998 tarihinde sabitlenen -belirlenen- kurlara göre, oniki ülkenin ulusal paraları, örneğin, 1.95583 Alman Markı, 6.55957 Fransız Frangı, 40.3399 Belçika Frangı, 2.20371 Hollanda Florini 1936.27 İtalyan Lireti 1 EURO sayılmak üzere, EURO'ya dönüşecektir.

TC. Merkez Bankası, bankalar, özel finans kurumları ve yetkili müesseseler tarafından getirilen **ulusal para cinsinden efektifleri 31 Aralık 2003 tarihine kadar EURO ile değiştirmiştir** (Bk. TC. Merkez Bankası'nın 2001/4 sayılı Genelgesi- RG. 11.12.2001}.

APS'ne katılan onlki devletin (en geç 28.2.2002'de} **kullanımdan kalkan ulusal paralannın, ulusal merkez bankaları tarafından kabul edilecek son geçerlilik tarihleri ilgili devletlerce farklı şekilde belirlenmiştir.**

Buna göre, Finlandiya, Fransa, İtalya ve Yunanistan Merkez Bankaları, kendi ulusal paralarının kullanımdan kalktığı tarihten itibaren 1O yıl, Portekiz Merkez Bankası 20 yıl içinde, Hollanda Merkez Bankası 1.1.2032'ye kadar, diğer ülkelerin Merkez Bankaları ise süresiz olarak ulusal paralarını EURO ile değiştireceklerdir (Yukarda değinilen konulara ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. TC. **Merkez** Bankası'nın 23 Ağustos 2001 tarih ve 2001/45 sayılı *"EURO dönüşüm sürecine ilişkin duyurusı.J';* Ünal **Tekinalp,** *EURO ve Bazı Hukuki Sorunlar,* Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, 1st. 2000, sh. 1135-1145}.

7) Bu fıkra BK. md. 83'e 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunun 29. maddesiyle eklenmiştir. (RG. 23. Kasım. 1990}. **BK. md. 83'e 3678 sayılı Kanunla eklenen bu fıkra,** ayni Kanunun geçici 1. maddesine göre, **"y0r0rl0k tarihinden** (23.11.1990} **önceki ilişkilerden doğan ve halen** (23.11.1990'da} **görülmekte olan yabancı para alacaklarına ilişkin davalarda uygulanmaz. Ancak alacaklıların bu Kanuna ve Borçlar Kanununun 105. maddesine göre munzam zarar talep etme hakları sakladır."** Konuya **ilişkin** olarak Bk. Yarg. Hukuk Genel Kurulu, 10.12.1997, K. 97/1044 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 328-332).

Türk parası, 20 Şubat 1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanuna dayanılarak çıkartılan 30 sayılı Kararnamenin 2/f maddesinde tanımlanmıştır. Kararnameye göre, *"Türk parası, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre Türkiye'de tedavülde (sürümde) bulunan veya sürümden kaldırılmış olsa bile değiştirme süresi dolmamış olan paralardır".* 28.5.1970 tarih ve 1264 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan hatıra paralar, hukuki açıdan "para" değil, "mal"dır.

28.1.2004 tarih ve 5083 sayılı *"Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun* -RG. 31 Ocak 2004-" uyarınca, *"Türkiye Cumhuriyeti Devletinin para birimi* -1.1.2005 tarihinden itibaren- *Yeni Türk Lirasıdır"* (md. 1/1). 1.1.2005'ten önceki *Türk Lirası değerler Yeni Türk Lirasına dönüştürülürken bir milyon Türk Lirası* (1.000.000.- TL) *eşittir bir yeni Türk Lirası* (1 YTL) *değişim oranı esas alınacaktır(md.* 2/1). Kanunun 3. maddesine göre, "Yasalarda ve diğer mevzuatta, idari işlemlerde, yargı kararlarında, her türlü hukuki muamelelerde, kıymetli evrak ve hukuki sonuç doğuran diğer belgeler ile ödeme ve değişim araçlarında *Türk Lirasına veya liraya yapılan atıflar -yukarda- 2. maddede belirtilen değişim oranında Yeni Türk Lirasına yapılmış sayılır".* Böylece örneğin A televizyonunu 5.11.2004 tarihinde 900 milyon Türk Lirasına B'ye satmışsa, taraflar arasında yapılan sözleşmeye göre, B televizyonun bedelini, ilki 5.12.2004 tarihinde olmak üzere üç eşit aylık taksitle ödeyecekse, B, **A'ya** 5.12.2004'te 300.000.000 (üçyüz milyon) Türk Lirası verecek, 5.1.2005 ve 5.2.2005 tarihlerinde ise, 300 (üçyüz) Türk Lirası ödeyecektir.

Bakanlar Kurulunun 4.4.2007 tarihli kararıyla -5083 sayılı yasanın 1.maddesi uyarınca- 1.1.2009 tarihinden geçerli olmak üzere *Yeni Türk lirası ve Yeni Kuruşta* yer alan **-yeni-** ibaresi kaldırılmıştır [8]. Böylece **1.1.2009'dan itibaren** *Türkiye Cumhuriyeti Devletinin para birimi* **"Türk Lirası"** *dır.* 1.1.2009'dan önceki çeşitli sözleşme, belge ve işlemlerde yer alan *"Yeni Türk Urasın* şeklindeki ifadeler 1.1.2009 dan itibaren *"Türk Lirası"* olarak değerlendirilecektir.

3- Yabancı memleket parasıyla borçlanma

Türkiye'de ödenecek olan para borcu sözleşmede bir yabancı memleket parasıyla belirlenmişse (örneğin, borçlu 1.000 Amerikan Doları veya 3.000 Euro ödeme borcu altına girmişse), bu para borcunun nasıl ifa edileceği BK. m. 83'de düzenlenmiştir. Ancak BK. md. 83 hükmünü, uygulamada, Türk parasının kıymetini korumaya yönelik kuralları gözönünde bulundurarak değerlendirmek gerekir:

8) Bk. RG. 2.5.2007.

a) "Aynen ödemek" şartı yoksa

BK.md.8[illegible]'e göre, yabancı memleket parası (dolar, euro vs.) üzerinden yapılmış bir sözleşmede, para borcunun *"yabancı memleket parasıyla"* dolar, eurovs. [illegible]erek ifa edilmesi *"aynen ödemek"* kelimeleri veya buna denk başka deyi[illegible]lerle şart edilmemişse (doktrindeki deyimiyle, *yalın yabancı para borcu* soz konusuysa), borcun ödeme zamanı (vadesi) geldiğinde, borçlunun seçim hakkı vardır. Borçlu (vadesinde ödemek kaydıyla) borcunu, ister[illegible]se, yabancı memleket parasının ödeme günündeki (vadedeki) rayici (sürum degerı) uzerınden Türk parasıyla; isterse, doğrudan doğruya, yabancı memleket parasıyla ödeyebilir s. Alacaklı, borçluyu, borcunu *"yabancı memleket parasıyla* odemeye zorlayamaz. Ancak borçlu, seçim hakkını kullanmış, borcunu Yabancı parayla ödeyeceğini ifade etmişse, alacaklı, yabancı paranın ödenmesine karar verilmesini istiyebilir.

Borçluya tanınan isterse yabancı parayla ödeme olanağı, ülkemizde *"Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun"'un* ve bu Kanun uyarınca çıkarılan kararnamelerin öngördüğü sınırlar içinde sözkonusu olabilecektir. Bugün yürürlükte bulunan kurallar, borçlunun yabancı memleket parasıyla (dövizle) ödeme yapmasını engellememektedir 10.

---

9) Bk. Yarg. HGK. 3.6.1998, K. 11-299-380; Yarg. 15.HD. 26.11.1998, K. 98/4426 (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 362).

1O) 20.2.1930 tarih ve 1567 sayılı **"Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun** {RG. 25.2.1930) sırasıyla, 3070 sayılı (RG. 2.12.1936), 4328 sayılı {RG. 26.12.1942), 5540 sayılı (RG. 18.3.1950), 6258 sayılı {RG. 20.2.1954), 753 sayılı {RG. 15.3.1966}, 3196 sayılı (RG. 24.5.1985), 3521 sayılı (RG. 28.2.1989) ve son olarak 4961 sayılı (RG. 6.8.2003) yasalarla değişmiştir.

Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunun 1. maddesi uyarınca, Bakanlar Kurulu, **Türk parası ve dövize ilişkin olarak uygulamada önemi değişiklikler yapan** (önce 30 sayılı kararı -RG. 7.7.1984- ve daha sonra bu kararı yürürlükten kaldıran) **32 sayılı kararı** (RG. 11.8.1989) **yürürlüğe koymuştur.** 32 sayılı kararın bazı maddeleri de daha sonra değiştirilmiştir. 32 sayılı kararın değişik 4. maddesine göre, **"Türkiye'de yerleşik kişilerin beraberlerinde döviz bulundurmaları, bankalar, özel finans kurumları, yetkili müesseseler, PTT ile kıymetli maden aracı kuruluşlarından dövi_z satın almaları, dövizleri bankalarda açacakları döviz hesaplarında tutmaları, efektif olarak kullanmaları, bankalar ve özel finans kurumları vasıtasıyla yurt içinde ve yurt dışında tasarruf etmeleri serbesttir"** (Bk. RG. 21.12.1994). 32 sayılı Kararın 2. maddesinin değişik {b) bendine göre, **"Türklye'de yerleşik kişiler, yurtdışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahibi Türk vatandaşları dahil Türkiye'de kanuni ye[illegible]leşim yeri bulunan gerçek ve tüzel kişilerdir** (Bk. RG. 30.12.2006). Ayrıca Bk. Hazıne Müsteşarlığı'nın *32 sayılı karara ilişkin 2008-32/34 sayılı tebliği* (RG. 28.2.200_[illegible]). B[illegible]tebliğ ile 20.6.1991, 2.2.1996 ve 9.2.2007 tarihli Resmi Gazete'lerde yayımlanan oncekı tebliğler yürürlükten kaldırılmıştır.

Yabancı memleket ?arası (dolar, ??ro vs.) üzeri?den yapılan sözleşmelerde, borçlu borcunu Turk parasıyla odeyecekse, odenecek Türk lirasın miktarını belirlemede, yabancı paranın "ödeme zamanındaki" [11]. Merkez 8?? kasınca belirlenmiş resmi kuru [12] dikkate alınır.

Borç zamanında (vadesinde) *ödenmemişse, borçlu mütemerrit* (direngen) *duruma düşmüşse,* BK. md. 83/II'de borçluya tanınan seçim olanağı ortadan kalkar. Bu durumda, borçlu, borcunu dilerse yabancı parayla, dilerse yabancı paranın vadedeki rayici (sürüm değeri) üzerinden hesaplanacak Türk Lirasıyla ödeme hakkını kaybeder, seçim olanağı (bir başka kapsamda) alacaklıya geçer. Yasa Koyucu, konuya ilişkin Federal Mahkeme kararlarını ve doktrinde benimsenen çözümleri de dikkate alarak [13], yabancı para değerindeki değişikliklerden alacaklının bir zarar görmemesi için, yukarda belirtildiği üzere, BK. md. 83'e 14.11.1990 tarihli yasayla bir fıkra eklemiş ve *yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde, alacaklının, borcun, vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini istiyebileceğini* hükme bağlamıştır [14]. Bu suretle, alacaklı, sözleşmede öngörülen yabancı paranın değerinin (vadeden sonra) artması halinde, fiili ödeme günündeki rayicin; değerin vade tarihine göre düşmesi halinde, vadedeki sürüm değerinin dikkate alınarak borcun Türk parasıyla ödenmesini borçludan istiyebilecektir. Direngen (mütemerrit) durumda olan borçlu, borcunu, sözleşmede-

---

Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar, RG.'de yayımlanmasını izleyen 11.8.1989'dan sonra çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikler, sırasıyla 25.2.1990, 20.6.1991, 21.3.1993, 21.12.1994, 10.6.1997, 31.12.1998 (mükerrer), 19.8.1999, 28.8.2001, 2.7.2003, 27.8.2004, 31.12.2004, 28.3.2006, 30.12.2006, 8.2.2008, 10.3.2009 ve en son olarak 16.6.2009 tarihli Resmi Gazetelerde yer almıştır.

11) Bk. JT. 1951, 1. 392, Yarg. 9. HD. 24.1.1984 K. 84/476 (Yarg. Kar. Derg. 1984, sh. 893) Yarg. 11. HD. 24.9.1986, K. 86/4669 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1795).

12) Bk. Yarg. Tıc. Dairesi, 2.11.1970, K. 1970/4087 (Ank. Bar. Derg. 1971, sh. 486).

13) Bk. JT. 1951, 1. 393; JT. 1922, 1. 371. Konuya ilişkin olarak ayrıca Bk. Relsoğlu **Seza,** Yabancı para üzerinden taahhüt altına girilmesi ve hukuki sonuçları. (Batider, c. XI-11, sayı 3-4, sh. 152-153). Turgut Turhan, Milletlerarası sözleşmelerde yabancı parakayıtları, Ankara 1996.

14) Yarg. 12. HD. 11.07.2006, K. 2006/15287: **Yabancı para alacaklarında,** *alacaklı, tahsil (fiili ödeme) tarihindeki kur üzerinden ödeme yapılmasını talep ederse,* **takipkonu.su alacak tahsil tarihine kadar yabancı para olarak değerlendirileceğinden, bu alacağa Devlet bankalarının o para birimi ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranına göre faiz talep edebilir. Alacaklı** *yabancı para alacağını takip tarihi itibarıyla Türk Lirasına çevirerek talepte bulunmuşsa,* **bu durumda vade tarihindentakip tarihine kadar Devlet bankalarının o para birimi ile açılmışbir** yıl **vadeli mevduata ödediği en yüksek faiz talep edilebilir.** *Takip tarihinden tahsil tanhıne kadar ise, reeskont faiz oranının değişen oranlarına göre aşamalı olarak faiz uygulanmasını isteyebilir* (Yargı Dünyası, Kasım 2006, sh. 80 vd.)..

ki ?a?anc_ı par?yla dolar, euro vs.) ödeyeceğini beyan ederek alacaklının talebını ger-ı?evı_?emıyecektir. BK. md. 83/111, alacaklıya, ek zarara ilişkin BK. md. 1O?hukn:1une dayanmak zorunda kalmaksızın, kur farkından doğan zararını gıderebılme olanağını sağlamaktadır.

b) "Aynen ödemek" şartı varsa

.. BK. m?. 83/l?'ye göre, yabancı memleket parası üzerinden yapılmış bir sozleşmenın harfıyen yerine getirilmesi *"aynen ödemek"* kelimeleriyle veya buna denk başka deyimlerle şart edilmiş ise (doktrindeki ifadesiyle, *efektif yabancı para borcu* söz konusuysa), alacaklı (borçlu ifada gecikmiş olsun *veya* olmaSın) borcun, sözleşmede öngörülen yabancı memleket parasıyla (dolar, eurovs. vermek suretiyle) ifa edilmesini istiyebilir. Borçlu, bu durumda, borcunu yabancı memleket parasıyla ifaya mecburdur [15].

.. Borç!_u borcunu ifada gecikmişse, mütemerrit (direngen) duruma düşmuşse, sozleşmedeki *"aynen ödemek"şartı* nedeniyle, borcun yabancı memleket parasıyla ifasını isteme hakkına sahip olan alacaklı, dilerse, BK. md. 8?/111uyarınca, yabancı para borcunun vade veya fiili ödeme günündeki rayıce göre Türk parasıyla ödenmesini borçludan talep edebilir [16],[16a]. Bu tak-

---

15) Yarg. 11. HD. 10.3.1997, K. 97/1456: **Döviz alacağının, uygulanacak döviz faız oranı da belirlenerek, döviz olarak karara bağlanması istenebilir. Bu takdirde, Türk Lirası üzerinden hüküm verilmesi doğru değildir** (Yarg. Kar. Oerg. 1997, sh. 727).

16) BK. Tasarısının 99/3.maddesinde, BK.md. 83/3'de öngörülenden farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Tasarısının 99/3.maddesıne göre *"Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş borcun ödeme gününde ödenmemesi halinde, alacaklı,* **sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça,** *alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla ödenmesini isteyebilir."*

16a) Yabancı para alacaklarının tahsiline ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için Bk. **Hakan Pekcanıtez,** Medeni Usul ve İcra - İflas Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, 3. baskı, Ankara 1998. **Baki Kuru,** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, İst. 2006, sh.181 vd.

Yarg. HGK. 18.12.2002, K. 2002/1064: İcra ve İflas Kanunu'nun, yerleşik görüşe göre, **emredici nitelikte** olan 58. maddesinin 3. bendi uyarınca, **yabancı para borcu**nun vadesinde ödenmemesi nedeniyle takip talebinde bulunan alacaklı, alacağını Türk parasına çevirerek talepte bulunmak zorundadır. BK. md. 83 uyarınca, yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde, alacaklı, bu borcun vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parasıyla ödenmesini istiyebilir. Alacaklı takip talepnamesi ile seçim hakkını vade veya takip tarihi itibariyle kullanmış ise, sonradan fiili ödeme günündeki kur üzerinden hesap yapılmasını lstlyemez. Alacaklı,_takip talebinde, yabancı paranın takip tarihindeki Türk parası karşılığını yazmamışsa, ıcra

dirde, borçlu, borcunu yabancı memleket parası (dolar, euro vs.) vermek retiyleödeyemez. Alacaklı, özellikle sözleşmede öngörülen yabancı parasu. vadeden sonra değer kaybetmesi halinde, BK. md. 83/III'teki olanaktan nın rarlanarak, yabancı para borc◆nun vad◆◆◆ki_(daha_yüksek olan) sürüm◆:◆ğeri üzerinden Türk parasıyla odenmesını ıstıyecektır.

müdürü alacağın Türk parası karşılığını bularak.takip talebind◆ki eksikli◆i kendiliğinden tamamlayamaz. Alacaklı, yabancı para alacagı için temerrut (geçmış günler) faizi talep etmek isterse, vade tarihi ile takip tarihi arasında işlemiş temerr◆t.faizini Yine yabancı para olarak hesaplayıp (3095 sayılı Kanun, md. 4/a) takip tarıhındeki kur üzerinden Türk parası olarak talep etmelidir. Takip tarihinden sonra, alacak Türk **parasına** çevrildiğinden, alacaklı_taki◆ tal◆pnamesi◆de_'.BK. md_.83:teö_ngörülen • *alacağın fiili ödeme günündeki rayıce gore Tu◆◆ pa:ası ıle o◆enrr_ı_e◆◆e-*ıllşkın seçimlik hakkını saklı tutmamış ise, yabancı para uzerınden faız yurutulemez (Yarg. Kar. Derg. 2004,sh.33-36). Yarg. 15. HD. 26.11.1998, K. 9◆8/4426:_"Aynen ödeme" şartıyla yabancı para borcu söz konusuysa ve borçlu mutemerrıtse (borcunu zamanında ödememişse) alacaklı yabancı para borcunun aynen (yabancı para ile) ifasını veya yabancı paranın Türk lirasına çevrilerek ödeme yapılmasını isteyebilir. Alacaklı ikinci seçeneği tercih ett!ğl taktirde, TL'sına çevirme tarihi olarak vade gününü veya fiili ödeme gününü seçebilir. BK. md. 83/111 alacaklıya dönüşü olmayan bir seçim hakkı tanımaktadır. Yabancı para ile ifayı talep hakkına sahip bulunan alacaklı, seçimini TL olarak yapmış, davasını TL olarak açmışsa, daha sonra yabancı **para** (örneğin, dolar, euro vs.) bazında ek dava açamaz. (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 361-363).

Yarg. 13. HD. 29.4.2004, K. 2004/6396: Satış bedeline mahsuben 10.000 DM ödeyen davacı, davalının borcunu zamanında ifa etmemesi nedeniyle sözleşmeyi feshetmiştir. Bu durumda davacı, ödediği 10.000 DM.'nin fillı ödeme günündeki Türk Lirası karşılığını istlyebillr. (Yarg. Kar. Derg. 2005, 378-380).

Yarg. 13. HD. 15.11.1999, K. 99/8302: Amerikan doları alacağının fiilli ödeme günündeki Türk Lirası karşılığını talep hakkı varken, yaptığı icra takibinde, takip tarihindeki Türk Parası karşılığını istemeyi tercih eden davacı doların fiili ödeme günündeki kur karşılığını isteme hakkını yitirmiştir. Davacı, artık, Amerikan Doları alacağının geç ödenmesinden doğan bir zararı da umunzam zarar" adı altında davalıdan isteyemez. Davacı, tercih hakkını doların Türk Lirası karşılığı olarak kullanmıştır. ◆avacı ancak icra takibine konu olan (dolar karşılığı) Türk Lirası alacağının geç ôdenmesl nedeniyle uğradığı, faizi aşan zararını talep edebilir. (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 902 vd).

:arg. 12. HD. 26.2.2007, K. 2007/324?: Yabancı para alacaklarına ilişkin icra taklplerınde, alacaklı fillı ödeme günündeki kur üzerinden ödeme yapılması yönünde tercih hakkını kullanmışsa, takip konusu alacak tahsll tarihine kadar yabancı para alacağı olarak değerlendlrllmelldlr. Yabancı para alacaklarının faiz hesabında ise ◆evl◆t bankalarının o para birimi ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödedi: gl en yüksek faiz oranı dikkate alınmalıdır. (Yargı Dünyası, mart 2008, sh. 133).

4- Altın ile borçlanma

. Sözleşmede borçlunun borcunu "altın ile" ifa edeceği (örneğin, 50 Cumh_ri__t altını veya 20 Reşat altını veya 60 gram külçe altın vereceği) öngör_ımuşse, ?U borcu.n nasıl yerine getirileceği ve "altın ile ifayı" öngören bir sozleşmenın geçerlı olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

a-Yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre günümüzde altın **sikke** (altın pa a), "rk parası" niteliğinde değildir. Hukuki açıdan, altın sikke ve aynı şekılde kulçe altın para ile alınıp satılan (yasal sürüm değeri bulunmayan) bir maldır [17].

.. Bir sözleşmede borcun "altın ile" ifası kabul edilmişse, bir para borcunun odenmesı degıl, bır mal borcunun ifası söz konusudur ıs.

b- 9t.kemizde altın satışı serbesttir. Yargıtay ve doktrinin büyük çoğunlugu ıle bırlıkte kabul etmek gerekir ki, borcun "altın ile" ifasını öngören sözleşmeler kural olarak geçerlidir (Oğuzman, C. I, sh. 39; Feyzioğlu, C. 11, sh. 55-56; Tekinay, sh. 1036-1037).

Sözleşmede borcun konusu olarak belirlenen altın piyasada mevcut ise, borçlu,borcunu altın vererek yerine getirmekle yükümlüdür. 19.2.1947 tarih ve 7 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında konuya değinen Yargıtay da *"Devletin mali itibarına dokunmamak ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmamak kaydıyla altın ile ifanın şart koşulması geçerlidir. Borcun konusu olan altını piyasadan temin etmek olanağı varsa, borcun altın olarak ifası gerekir"* sonucuna varmıştır [18].

c- *"Altın ile ifada",* borcun konusu olan altın Türkiye'de mevcut değilse, diğer bir deyişle, borcun sözleşmede öngörülen "altın ile" ifası Türkiye'de fiilen veya hukuken imkansızsa, kanaatımızca bir ayrım yapmak gerekir:

---

17) Bk. İçt. Bir. Kar. 29.1.1941, K. 45/1 **(Olgaç,** Borç. Kan. sh. 229). Oğuzman, C.I. sh. 39; **Feyzloğlu,** C. il, sh. 46; **Tekinay** sh. 1030-1031, **Eren,** C. 1., sh. 135.

18) Yargıtaya göre sözleşmede borcun altın olarak aynen ödeneceğine ilişkin bir açıklık yoksa, alacak altının ödeme günündeki (vadedeki) sürüm değeri dikkate alınarak belirlenmelidir. Bk. Yarg. 13. HD. 28.4.1986 tar. ve 86/2534 say. karar (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1510).

19) Bk. İçt. Bir. Kar. 19.2.1947, K. 7 **(Olgaç,** Borç. Kan. sh. 227-229; RG. 1947, sayı 6655).

Borçlu altın ile ifası gereken ve altın ile ifası mümkün olan borcunu yerine getirmezse, hakim borçluyu "altın ile" ifaya n:,ahküm.eder. Borcun konusu olan alt_ın borçlunun elinde mevcutsa, mahkemenin kararı (icra ve iflas Kanunu'nun 24. maddesı uyarınca) altının borçludan zorla alınıp alacaklıya verilmesiyle icra olunur. Borcun konusu olan altın borçlunun elinde mevcut değilse, değer karşılığı, para olarak, borçludan hacız yoluyla elde edilip alacaklıya ödenir (Bk. Ie. İf. Kan. md. 24).

aa- *"Altın verme" borcu, bir ödeme aracı olarak ortaya çıkmamışsa, belli bir para karşılığı belli bir miktar altını verme borcu* altına girilmişse, fakat borçlanılan altının verilmesi Türkiye'de imkansızs_a, imkansızlığın ortaya çıkış zamanına göre hukuki sonuç değişik olacaktır. imkansızlık borcun doğumu sırasında mevcut idiyse, sözleşme BK. md. 20 uyarınca baştan itibaren geçersizdir. İmkansızlık borcun doğumundan sonra, borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelmişse BK. md. 117 uyarınca borç sona erecektir.

bb- *"Altın ile ifa" borcu, sözleşmede, bir malın veya hizmetin karşılığı olarak yer almışsa,* diğer bir deyişle "altın ile ifa" esas itibariyle para yerine "altın vererek" ödeme niteliğindeyse, fakat "borcun konusu olan altın ile" ifa Türkiye'de fiilen veya hukuken imkansızca BK. md. 83/11kural olarak kıyasen uygulanmalıdır. Borç, borcun konusu olan altının ödeme zamanındaki rayici üzerinden Türk parasıyla ifa edilmelidir. Ancak, borcun altın ile ifa edilemiyeceği bilinseydi sözleşmenin yapılmıyacağının kabul edilmesi gereken hallerde sözleşme geçersiz olur (BK. md. 20) (Bk. Tekinay, sh. 1037-1038). Yargıtay'ın daha önce değindiğimiz 19.2.1947 tarih ve 7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da paralel bir görüş benimsenmiştir.

Yargıtay'a göre, altın resmi kuru olmayan bir maldır, altının rayicinin (sürüm değerinin) tesbitinde borsa veya serbest piyasanın ortalama fiyatı esas alınmalıdır [20].

5- Para değerindeki değişmelere karşı önlemler

Sözleşmelerde yer alan para borcu, genellikle diğer tarafın borçlandığı edimin değer karşılığını ifade eder. Sözleşmenin yapıldığı gün ile para borcunun ifa edileceği tarih arasında bir süre varsa, bu süre içinde paranın değerinde (satın alma gücünde) meydana gelecek değişikliklere ve genellikle düşmelere karşı alacaklıyı koruyucu önlemlere uygulamada gereksinme duyulmuştur. Özellikle enflasyonist etkilerin ciddi bir düzeye ulaştığı dönemlerde bu önlemler daha da büyük önem kazanmıştır.

Para değerindeki değişmelere karşı alacaklıyı korumaya yönelik olarak uygulamada başvurulan başlıca önlemleri üç grupta toplamak mümkündür:

a- Altın değeri kaydı: Sözleşmeye göre para borcu Türk parasıyla ödenecektir. Fakat ödenecek miktar, sözleşmede, belli sayıdaki veya ağırlıktaki altının ödeme zamanındaki Türk parası karşılığı olarak belirlenmiştir. Örneğin, Aile B arasında beş yıl süreli bir kira sözleşmesi yapılmıştır. Tarafların anlaşmasına göre, aylık kira bedeli üç Cumhuriyet altının her ayın birinci gü-

20) Bk. HGK. 19.2.1969, K. 131 **(Olgaç,** Borç. Kan. sh. 229).

ü d kikarşılığı dır. Bu durumda para değeri düşerse, Cumhuriyet altının değeri yukselecektır. Dolayısıyle, ev sahibi, her ay satın alma gücü değişmeyen bir kira karşılığını sağlamış olacaktır.

"Altın değeri" kaydıyla yapılan sözleşmelerin kamu düzeniyle bağdaşıp bağdaşmadığı ve sonuç olarak geçerli olup olmadığı çeşitli hukuk sistemlerinde tartışılmış ve farklı sonuçlara varılmıştır. Türk ve İsviçre hukuk doktrininde ve uygulamada "altın değeri kaydını" kapsayan sözleşmelerin kural olarak geçerli olduğu kabul edilmektedir 21·22 (Engel Pierre, sh. 434; Feyzioğlu, C. 11, sh. 58-59; Tekinay, sh. 1040; Oğuzman, C.I, sh. 39).

"Altın değeri kaydı" ile, daha önce incelediğimiz "altın ile ifa"yı birbirine karıştırmamak gerekir. Bununla beraber uygulamada, "altın ile ifa" da, sonuç olarak, çok defa para değerindeki değişimlere karşı başvurulan önlemlerden biridir.

b- Yabancı para değeri kaydı: Burada da "altın değeri kaydı"na benzer bir durum vardır. Borç Türk parasıyla ödenecektir. Ancak ödenecek paranın miktarı, belli bir yabancı paranın (örneğin 500 doların) ödeme günündeki Türk parası karşılığı olarak tespit edilmiştir.

"Yabancı para değeri kaydı" ile "yabancı para ile ifa" aynı şey değildir. Bu sonuncunun Türkiye'deki hukuki sonuçlarını daha önce incelediğimiz için burada konuya tekrar değinmiyoruz.

---

21) Bk. JT. 1951, 1. 398; JT. 1938, 1. 493.

HGK. 17.6.1987, K. 87/517: 6570 sayılı yasaya bağlı taşınmaz kiralarında, **kira parasının altın esasına göre belirlenmesinde** BK. md. 19 sınırları içinde sözleşme serbestisi geçerli olup, 20. madde açısından butlanı gerektiren bir yön yoktur. (Yarg Kar. Derg. 1988, sh. 1190).

22) Bazı hallerde "altın değeri" kaydı uygulanamaz. Örneğin, BK. md. 484'e göre, "kefalet sözleşmesinin geçerliliği... kefilin sorumlu olacağı belli bir mıktarın gösterılmesıne bağlıdır". Aynı şekilde, gayrimenkul rehininin tesisinde de "altın değeri" kaydından yararlanılamaz. Sözleşme "altın değeri" kaydıyla yapılmış olsa dahi, MK. md. 851 uyarınca, **rehin hakkı, miktarı Türk parasıyla gösterilmiş belli bir alacak için tesis edilebilir.**

Gayrimenkul rehninin tesisinde temin edilecek alacak miktarı kural olarak yabancı para ile de gösterilemez. Ancak, 14.11.1990 tar. ve 3678 sayılı yasayla (md. 28) Medeni Kanuna eklenen md. 766/a ile, yabancı para açısından istisnai bir hükme yer verılmış (RG. 23.11.1990). *"vadesi 5 yıl ve daha fazla olan dış kaynaklı kredıler için, yabsancı para üzerinden gayrimenkul rehni tesisine"* olanak tanınmıştı. Yeni Medeni Kanunumuzda bu imkan daha da genişletilmiştir. MK.md.851/2'ye göre,**"Yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için, yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir. Bu halde her derecenin ifade ettiği miktar, rehin konusu alacağın tesblt edildiği para türü üzerinden gösterilir".**

c- Fiyat endekslerine göre ayarlama kaydı: Borç sözleşmeye göre Türk parasıyla ödenecektir. Ancak borcun miktarı (örneğin bir hizmet sözleşmesinde işçiye her ay verilecek ücret) belli bir kuruluş tarafından tesbit edilen bir endeksteki (örneğin geçim endeksindeki) değişmeye göre ayarlanacaktır. Geçim endeksine göre fiyatlar örneğin % 30 artmışsa, ücret de% 30 zamlı olarak ödenecektir. "Echelle mobile = değişen basamak" denilen bu sistem özellikle toplu iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaktadır. Para borcunun "fiyat endekslerine göre ayarlanması" kaydını içeren sözleşmeler geçerlidir.

6- Para borçlarında faiz

a- Faizin hukuki niteliği ve kaynakları

Hukuki açıdan faiz, para alacaklısına, parasından yoksun kaldığı süre için bir hukuki işlem veya yasa uyarınca ödenmesi gereken karşılıktır, tazminattır.

Bir *para borcunun varlığı zorunlu olarak borçlunun faiz ödemesini gerektirmez. Borçlunun para alacaksına, parasından yoksun kaldığı süre için faiz ödemesi, aralarındaki hukuki ilişkinin (sözleşmenin) veya yasanın borçluyu faiz ödemekle yükümlü kılmasına bağlıdır.* Örneğin adi karzda (ticari nitelikte olmayan ödünç para vermede) taraflar faiz ödeneceğini kararlaştırmamışlarsa, borçlu ödünç aldığı para için faiz ödemekle yükümlü değildir (BK. md. 307/1). Buna karşılık, ticari karzda (ticari ödünçte) şart edilmemiş olsa dahi faiz verilmesi gerekir (BK. md. 307/2; Tıc. Kan. md. 22/2). Yasadan doğan faiz ödeme borcunun en önemlisi, BK. md. 103 uyarınca bir miktar paranın ödenmesinde mütemerrit (direngen) durumda bulunan borçlunun para alacaklısına vermekle yükümlü bulunduğu geçmiş günler faizidir. Borçlar Kanunumuzun diğer bir kısım maddelerinde de yasal faiz yükümlülüğü öngörülmüştür (Bk. BK. md. 192/1; 205; 21O; 394; 413; 422; 527).

Faiz alacağı ana para alacağına bağlı ek bir alacaktır. Bu nedenle, faiz alacağının doğması ve çoğalması, her şeyden önce ana para alacağının (asıl alacağın) varlığına ve devamına bağlıdır. Her hangi bir nedenle ana para alacağı doğmamışsa veya sona ermişse, faiz de doğmaz veya işlemesi *durur. Asıl alacak ifa veya başka bir nedenle sona ermişse, işlemiş olan faizler de* (bunları isteme hakkı saklı tutulmuş veya durumdan çıkarılmış olmadıkça) *sona erer* (BK. md. 113/2). Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, *işlemiş olan faizlerin ifa ile sona ermesi için, ifanın* -faiz isteme hakkı saklı tutulmaksızın- *kabul edilmiş olması gerekir.* Alacaklının, açtığı davada, faiz isteme hakkını saklı tutmamış olması, faiz alacağından zımnen vazgeçme niteliğinde değildir. Bu nedenle faiz isteme hakkı saklı tutulmaksızın ifa davasının açılmış olması, sonuçlanıp kesin hükme bağlanmış bulunması, işlemiş olan faizlerin sona ermesi sonucunu doğurmaz. Bu durumda, ifa kabul edilmiş olmadıkça işlemiş bulunan faizler ayrı

bir dava ile istenebilir [23]. *Asıl alacak için makbuz verilmişse, faizler de ödenmiş sayılır*(BK.md. 8[illegible]8). Ana para alacağı zamanaşımına uğrarsa, faiz alacağı da zam[illegible]aşımına u[illegible]ra: (BK. md. 131) [24]. Asıl alacak devredilirse, işlemiş faizler [illegible]ebırlıkt[illegible]devredılmış addolunur (BK. md. 168/son). Ana para alacağını garantı eden guvenceler (gayrimenkul rehni MK. md. 875, menkul rehni MK. md. 946, kefaletBK. md. 490) faiz alacağını da yasal sınırlar içinde kapsar.

Fai:.al[illegible]cağı asıl alacağa bağlı ek bir haktır, fakat asıl alacağın bir parçası degıldır, ondan ayrı bir alacaktır. Bu nedenle faiz alacağının ödenmesi "[illegible]s[illegible]i öde":'e" sayılmaz, asıl alacak ödenmemiş olsa dahi, alacaklı faize ilişkın odemeyı kabul etmek zorundadır. Faiz alacağını, asıl alacaktan ayrı olarak devretmek mümkündür. Faiz alacağı asıl alacaktan bağımsız olarak dava ve takip konusu yapılabilir. *Asıl alacak için açılan dava, onun faize ilişkin zamanaşımını kesmez* 2s.

b- Faiz miktarı ve yasal sınırlamalar 25a

aa- Faiz miktarının belirlenmesi

Para borcu nedeniyle sözleşme veya yasa uyarınca faiz ödemek gerekiyorsa, ödenecek faiz miktarı, kural olarak, faiz borcunu doğuran sözleşme

---

23) Bk. Yarg. 4. HD. 28.5.2001, K. 2001/5583 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 29); Yarg. 19. HD. 23.11.1992, K. 92/6169 (Yarg. Kar. Derg. 1993, sh. 913).

Yarg. HGK. 1.3.2006, K. 2006/32: İşleyen faizleri talep hakkı, **ifanınkabulü sırasında veya en geç ifanın hemen ardından saklı tutulmamışsa,** alacaklı zımnen faiz istemekten vazgeçmiş sayılır (Yargı Dünyası, Temmuz 2006, sy. 127, sh. 39).

Yarg. HGK. 5.4.2006, (K. 2006/130): **Bir alacağın faiziylebirlikte ödenmesi borç**ludan talep edilmişse, *asıl alacağın tahsili sırasında faiz konusun_da çekince beyanında bulunulmamış olunsa dahi,* faiz isteme hakkı ortadan kalkmaz (1st. Bar. Derg. 2006/5, sh. 2186). Ayni yönde: Yarg. 18. HD. 18.3.2008, K. 2008/3185 (Yarg. Kar. Derg. 2008/6, sh. 1146).

Yarg. HGK. 6.02.2008, K. 2008/105: Faiz isteminin mahkemece bir karara bağ**lanmamış olması, isteğin zımmen reddedlldlğl anlamına gelmez. Bu durumda, asıl** alacaktan ayrı bir nitelik taşıyan faiz alacağının, *açıkça vazgeçilmiş olmadıkça,* yeni bir **dava ile** istenmesi mümkündür. **Karara** bağlanmamış bir **iddia** yen_I bir **dava konusu** yapılabileceğinden kesin hükmün varlığından söz edilemez. (1st. Bar. Derg. 2009/4, sh. 2054-2057, özellikle sh. 2056)

24) Bk. Yarg. 11. HD. 31.10.1986, K. 86/5677 (Yarg. Kar. Derg. 1987. sh. 571). BK. md. 126 uyarınca faiz alacağı beş yıllık zamanaşımına tabidir. Bu nedenle faiz alacağının asıl alacaktan önce zamanaşımına uğraması m0[illegible]kündür.

25) Bk. HGK 15.11.1966, K. 38 **(Olgaç,** Emsal Içt. md. 72, sh. 436).

25a) **BK. Tasarısının 88. maddesinde** *"faiz"* **başlığı altında** *Mfaiz oranı ve sınırı·* **düzenlenmlştlr. Tasarının 88.maddeslne göre,***"Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte y[illegible]ürlükte olan mevzuat hükümler/ne gôre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faız oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz."*

veya yasa hükmüne göre belirlenir [26]. Örneğin, sözleşmede yıllık% 40 faiz ödeneceği öngörülmüşse faiz miktarının tesbitinde bu oran dikkate alınır.

Sözleşmeye veya yasaya göre faiz ödenmesi gerekmekle beraber, sözleşmede veya yasada ödenecek faiz miktarı belirlenmemişse, verilecek faizin miktarı, 4.12.1984 tarih ve 3095 sayılı (RG. 19.12.1984) *"Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun*[11]*a* kadar BK. md. 72'de tesbit edilmişti. BK. md. 72'de *"Bir kimse faiz vermeye mecbur olup da miktarı ne sözleşme ile, ne de yasa veya örf ve adetle belli değilse, bu faiz yıllık yüzde beş hesabıyla ödenir*[11] hükmü yer alıyordu. Borçlar Kanununun 72. maddesindeki bu hüküm, kural olarak ticari işlerde de [27] geçerliydi. Ticaret Kanunumuzun 9. maddesinde ıtTıcari işlerde faiz miktarı hakkında Borçlar Kanunumuzun 72. maddesi caridir" deniliyordu. Ancak temerrüt faizine ilişkin olarak, aynı maddenin son fıkrasında özel bir oran öngörülmüştü. Bu son fıkraya göre "ticari işlerde temerrüt faizi yüzde on"du.

19.12.1984 tarilhli Resmi Gazete'de yayınlanarak aynı gün yürürlüğe giren 4.12.1984 tarih ve 3095 sayılı *"Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun"* ile, *yasal faiz* ve *temerrüt faizi* oranları yeniden düzenlendi. 3095 sayılı Kanun daha sonra çeşitli değişikliklere uğradı. Kanuna önce 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı yasayla md. 4a eklendi. Daha sonra, Kanunun 1 ve 2. maddeleri 15.12.1999 gün ve 4489 sayılı yasayla değiştirildi (RG. 18.12.1999). Son olarak, 21.4.2005 tarih ve 5335 sayılı yasayla da (RG. 27.4.2005), Kanunun 1. maddesi yeniden düzenlendi.

3095 sayılı Kanunun hükümleri, bunlarda yapılan değişiklikler ve sonuç olarak yasal faiz ve temerrüt faizi oranlarındaki son durum aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

---

26) Yargıtay 19. HD.'nin 25.11.1994 tarih ve 94/11467 sayılı kararına göre, **Kredi sözleşmelerinde yer alan ve cari hesap şeklinde işletilen vadesiz kredilerin faiz oranlarının banka tarafından tek taraflı olarak yeniden tesbit ve uygulamaya konabileceğini öngören hükümler ekonomik faaliyetleri kısıtlayıcı, ahlaka ve kamu düzenine aykırı ve kelepçeleyicl nitelikte değildir, batıl (geçersiz) sayılamazlar.** Ancak, MK. md. 2 hükümlerinin mahkemece doğrudan gözönünde bulundurulması, bankanın doğruluk ve dürüstlük kuralına ve kendisine karşı duyulan güven ilkesine aykırı davranıp d[illegible]vranmadığının, faiz oranının aşırı bir kazanç sağlamak amacıyla haklı görülemeyecek bır orana Y_[illegible]kseltip yükseltmediğinin incelenmesi gerekir. (Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 86-90). Aynı yonde: Yarg. 19. HD. 30.10.1997, K. 97/9024 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1513). Yarg. 19. HD. 26.3.1996, K. 96/2976 (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 1113).

27) Ticaret Kanununun 3. maddesine göre •,ıcaret Kanununda tanzim olunan **hususlarla, bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şeklide işletilen diğer bir müesseseyi** llgllendlren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir". Ticaret Kanununun 21. maddesi uyarınca "taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan söz• **leşmeler, kanunda aksine h0k0m olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır".**

1- **Yasal faiz oranları:** a) 3095 sayılı Kanunun *yasal faizi* düzenleyen 1. maddesi başlangıçta, *"Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tesbit edilmemişse, faiz ödemesi senelik yüzde otuz oranında yapılır"*şeklindeydi.

b) Anayasa Mahkemesi 15.12.1998 tarihli kararıyla (RG. 26.11.1999), 3095 sayılı Kanunun 1 ve 2. maddelerini, *bu maddelerdeki yüzde 30 oranının, enflasyon oranının çok altında kaldığı, alacaklının zararına sonuçlar doğurduğu hukuk devleti ilkesini zedelediği"* gerekçesiyle iptal etti ve iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayınlanmasından (26.11.1999) itibaren 6 ay sonra yürürlüğe girmesini kararlaştırdı.

Yasa koyucu, altı aylık süre dolmadan, *15.12.1999 tarih ve 4489 sayılı Kanunla* (RG. 18.12.1999) 3095 sayılı yasanın 1 ve 2. maddelerini yeniden düzenledi.

3095 sayılı Kanunun 1. maddesi, 4489 sayılı yasayla yapılan değişiklikten sonra aşağıdaki şekli aldı:

"Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse, bu ödeme, yıllık, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılır. Söz konusu reeskont oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskonnt oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur."

c) Son olarak *3095 sayılı Kanununun 1. maddesi* 21.4.2005 tarih ve 5335 sayılı Kanunun 14. maddesiyle (RG. 27.4.2005} tekrar değiştirildi.

1. maddenin halen yürürlükte bulunan metnine göre;

"Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi ger:ken hallerde, ***miktarı sözleşme ile tesbit edllmemişse,*** *bu ödeme yıllık yuzde oniki oranı üzerinden yapılır.*

"Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar arttırmaya yetkilidir."

Bakanlar Kurulu 19.12.2005 tar. ve 2005/9831 sayılı kararıyla madde verilen yetkiye daya[illegible]arak, *"309[illegible]sayılı Kanun[illegible]n 1. m[illegible]addesi[illegible]de öngö[illegible]ülen kanuni faiz oranının 1.1.2006 tarihından geçerli olmak uzere %12_ den %9a indirilmesini" kararlaştırdı* (RG. 30.12.2005).

2- **Temerrüt faizi oranları:** Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, **sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça,** geçmiş günler için

(yukarda açıklanan) 1. maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi öde
ye mecburdur (Bk. 4489 say. Yasayla değişik md. 2/1).

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü *k vadeli avanslar* için uyguladığı faiz oranı yukarıda açıkl[illegible]an [illegible]iktardan ise, arada sözleşme olmasa bıle, **ticari işlerde temerrut faizi** bu oran üz rinden istenebilir. Söz konusu ava[illegible]s faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yı: 31 Aralık günü uygulanan avans faız ora[illegible]ından beş puan veya daha çok f[illegible] 1ı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerlı olur (Bk. 4489 say. Yasayla değı[illegible] md. 2/2).

Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kar[illegible]arla[illegible]t•[illegible]lmamış olduğu **hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda ongorulen miktarın** üs- **tünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz** (Bk. 4489 say Yasayla değişik md. 2/3).

3- **Yabancı para borcunun faizinde,** *sözleşmede daha yüksek akdive- ya gecikme faizi kararlaştırılmamışsa, Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygula- nır.* (14.11.1990 tar. ve 3678 say. Kanun ile eklenen md. 4/a-RG 23.11.1990). Bu madde hükmü yürürlük tarihinden (23.11.1990'dan) öncekJ ilişkilerden doğan ve halen (23.11.1990'da) görülmekte olan yabancı para ve faiz alacaklarına ilişkin davalarda uygulanmaz. Ancak, alacaklının bu Kanu-na ve Borçlar Kanununun 105. maddesine göre ek zarar isteme hakları sak- lıdır. (3678 say. Kan. Geç. md. 1).

4- *Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep -birleşik- faiz yürütülemez* (md. 3/1). *Ticaret Kanununun bu konuya ilişkin hükümlerisaldı- dır* (3095 say. Yasa md. 3/2; Tic. Kan. md. 8).

5- *3095 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden - 19.12.1984'den - önce- ki ilişkilerden doğan faiz alacakları hakkında da, yürürlük tarihinden itibaıen 3095 sayılı kanun hükümleri uygulanır.* Ancak, alacaklı ve borçlunun anlaş- ması ile bir ödeme planına bağlanan alacağın faizleri hakkında anlaşma tari- hindeki kanun hükümleri tatbik edilir. Şu kadar ki, borçlu ödeme planına uy- madığı takdirde, alacaklı ödeme planı ile bağlı kalmaksızın, 3095 sayılı Ka- nun hükümlerine göre alacağını tahsil eder (geçici madde 1).

3095 sayılı Kanunun 1 ve 2. maddelerini değiştiren 15.12.1999 tarihve 4489 sayılı yasanın hükümleri, yürürlük tarihinden (1.1.2000'den) öncekiitiş· kilerden doğan ve halen görülmekte olan faiz alacaklarına ilişkin davalarda uygulanmaz. Ancak alacaklıların bu Kanuna ve Borçlar Kanununun 105 mad- desine göre munzam (ek) zarar isteme hakları saklıdır. (3095 say. Kanuna, 4489 say. Yasa ile eklenen geçici md. 2).

bb- Faiz miktarının sınırlanması

"Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un yürürlüğe girmesinden (19.12.1984) önce, faiz miktarının sözleşmeyle belirlenmesi ancak emredici nitelikteki yasal sınırlamalar içinde mümkündü ve bu sınırlamalar işin ticari nitelikte olup olmamasına ve ödünç verinin "ödünç para verme işleriyle" uğraşıp uğraşmamasına göre değişmekteydi. Tıcari nitelikte olmayan işlerde, 22 Mart 1303 (1887) tarihli (Osmanlı imparatorluğu zamanından kalma) Murabaha Nizamnamesinin 1. maddesine göre yılılk faiz oranı % 9'u aşamıyordu. Bu sınır aşılmışsa, faizin en yüksek sınır üzerinden ödenmesi gerekiyordu. Ticari işlerde ise (ödünç para verme işlen, bankalar, tasarruf sandıkları ve tarım kredi kooperatifleri hakkındaki özel kurallar saklı kalmak kaydıyla) faiz miktarı serbestçe tayin olunabiliyordu (Tıc. Kan. md. 8).

3095 sayılı *"Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'\m* 5. maddesi 22 Mart 1303 (1887) tarihli Murabaha Nizamnamesini yürürlükten kaldırdı. Böylece, *3095 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 19.12.1984 tarihinden itibaren* (Bankalara [28] ve ödünç para verme işlerine [29] ılişkin özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla), *taraflar ticari nitelikte olsun veya olmasın, bü-*

---

28) 8.3.2006 *tar.* ve 5472 say. Kanunla (RG. 14.3.2006) değişik. 19.10.2005 tanh ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun (RG. 1.11.2005) 144. maddesine göre, *"Bakanlar Kurulu, bankaların ödünç para verme -kredi- işlemlerinde ve mevduat kabulünde uygulanacak azami faiz oranlarını, katılma hesaplarında kar ve zarara katılma oranlarını, özel cari hesaplar dahil bu maddede belirtilen işlemlerde sağlanacak diğer menfaatlerin nitelikleri ile azami miktar ya da oranlarını tespit etmeye, bunları kısmen veya tamamen serbest bırakmaya yetkilidir. Bakanlar Kurulu, bu yetkileini Merkez Bankası'na devredebili,..* Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için, Bk. **Seza** Refsoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2007, c. İl, sh. 1591 vd.

29) "Faizden para kazanmak için ödünç para verme işleryle uğraşan gerçek ve tüzel kişilerin" alabilecekleri faiz sorunu 6 Ekim 1983 tarihine kadar -zaman içında çeşıtli değişikliklere uğramış bulunan- 8 Haziran 1933 tarih ve 2279 sayılı "Ödünç Para Verme İşleri Kanunu" (RG. 18.6.1933) ile düzenlenmişti. Bu kanun 90 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırıldı. Halen uygulanmakta olan (21.6.1994 tarih ve 545 sayılı KHK. -AG:.27.6.1994, Mükerrer sayı- ile değişik) 30.9.1983 tarih ve 90 sayılı (RG. 6 10.1983) "Odünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"ye göre, ödünç **para** verme işleriyle uğraşan, faktorlng ve finansman şirketlerinin uygulayacakları azami faiz oranlarını tesblte veya serbest bırakmaya Hazine Müsteşarlığı yetkilidir. (md. 13).

90 sayılı KHK hükümlerine göre ikrazatçılık (ödünç para verme) faalıyetıne ılışkin izin belgesi verilmesinde aranacak şartlar ile ikrazatçıların faaliyet ve çatışma esasları. 21.12.1994 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmış bulunan "ikrazatçıların FaaliyetlerıHakkında Yönetmelik" ile düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 2. maddesının (e) bendı 9.11.2001'de değişikliğe uğramıştır (Bk. RG. 9.11.2001). Bu değişikliğe göre, ıkrazatçılık yapmakistıyen gerçek kişilerin en az 1.5 trilyon lira nakit sermaye bulundurmaları gerekır.

tün işlerde faiz miktarını serbestçe belirleyebilirler. Borçlu, kural olarak, söz. */eşmede tesbit edilen faizi ödemekle yükümlüdür.*

Taraflar faiz miktarını (oranını) sözleşme ile serbetçe belirleme hakkına sahip olmakla birlikte, faiz oranı çok yüksek tutulmuşsa, bu suretle tarafların edimleri arasında açık bir nisbetsizlik meydana gelmişse, "gabin = aşırı ya. rarlanma"ya ilişkin diğer koşulların da varlığı halinde, zarar gören taraf BK. m. 21'e dayanarak (yapılmasından itibaren bir yıl içinde) sözleşmeyi feshedebilir. Ancak uygulamada, para borçlusu için önemli olan sözleşmeyi feshetmesi değil, kararlaştırılan yüksek faizin normal bir düzeye indirilmesidir. Bu nedenle, Ticaret Kanununun 1466. maddesini kıyasen uygulayarak kabul etmek gerekir ki, kararlaştırılan faizin aynen ödenmesini istemenin alacaklı yönünden *"hakkın kötüye kullanılması"* sayılacağı hallerde, özellikle "gabin"in koşullarının varlığı durumunda, faiz borçlusu yüksek faizin normal bir düzeye indirilmesini isteyebilir 30.

cc- Bileşik faiz yasağı

Ticaret Kanununun 8. maddesinde öngörülen istisnanın dışında, sözleşmelerde yer alacak "mürekkep faiz - bileşik faiz" koşulu, diğer bir deyişle, "faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi" şartı geçersizdir (Bk. BK. md. 308; 3095 say. Kan. md. 3).

istisnai olarak, Ticaret Kanununun 8. maddesine göre *"üç aydan aşağı olmamak üzere faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cari hesaplarla, borçlu bakımından ticari iş niteliğinde olan karı (ödünç) sözleşmelerinde geçerlidir.* Ödünç para verme işleri, bankalar, tasarruf sandıkları ve tarım kredi kooperatifleri hakkındaki özel kurallar saklıdır".

7- Para borçlarında "mahsup= düşme"

Borçlunun yaptığı ödeme borcunun tümünü (anaparayı, faiz ve giderleri} kapsamıyorsa, yapılan kısmi ödemenin borcun hangi bölümüne ilişkin sayılacağı, borcun tek veya birden çok oluşuna göre, Borçlar Kanununun 84-86. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerde yer alan kurallar "yedek hukuk kuralı" niteliğindedir, taraflar aksini kararlaştırabilirler.

---

30) Gabin halinde, aşırı yükümlülüğün azaltılmasının istenebileceğine ilişkin olarak, Bk. JT. 1998. 1. 587.

a- Borç tek ise

Borç te[illegible]ise, b[illegible]rçlu borcun tümünü kapsamıyan bir ödeme yapar vealacaklı da bu o[illegible]emeyı kabul ederse 31, yapılan ödemenin (aksi kararlaştırılma-[illegible]kça) alacagın hangi kısmına ilişkin sayılacağı sorunu BK. md. 84'de açıklı-[illegible]a kavu[illegible]turulmuştur. 84. maddeye göre, faiz ve giderler muaccel ise, yapılan [illegible]me once?nları kapsar. Borçlu *"faiz veya giderleri ödemede gecikmiş degıl [illegible]se, r_aptıgı kı[illegible]7i ödemeyi anaparadan düşebilir"31a.* Ancak *"al[illegible]caklı alacagı[illegible]r kısm[illegible]ıç[illegible]n kefalet, rehin veya başka bir güvence almış ıse, borçlu kı[illegible]mı odemeyı guvencesi bulunan veya güvencesi daha iyi olan kısımdan duşmek hakkına sahip değildir".*

Takas yoluyla gerçekleştirilen kısmi ödemelerde de "mahsup = düşme" 84. maddenin yukarıda belirttiğimiz hükümlerine göre yapılır (Becker, md. 85, no. 3).

b- Borç birden çok ise

_ Bor[illegible]lunun, aynı kişiye, farklı borç ilişkilerinden (alım-satım, ödünç vs.) d?gan bırden çok borcu varsa, bu borçlardan bir kısmını kapsıyan bir ödeminın yapılması halinde hangi borcun ifa edilmiş sayılacağı sorunu (BK. md. 85 ve 86'da) çözüme bağlanmıştır:

1- Birden çok borcu olan borçlu, hangi borcunu ödediğini alacaklıya beyan edebilir (BK. md. 85/1). Yapılan ödeme beyan edilen borcun tamamını kapsıyorsa, alacaklı ödemeyi kabul etmek ve borçlunun beyanına uymak zorundadır. Aksi takdirde, alacaklı o borç için "mütemerrit = direngen" sayılır.

2- Borçlu hangi borcu ifa ettiğini beyan etmeksizin ödemede bulunmuşsa, alacaklının makbuzda gösterdiği borç ödenmiş sayılır. Ancak borçlu makbuza derhal itiraz ederek, alacaklıya hangi borç için ödemede bulunduğunu bildirirse borçlunun beyanı dikkate alınır (BK. md. 85/2).

3- Ödemede bulunan borçlunun hangi borcu ifa ettiğini belirten geçerli bir beyanı yoksa, makbuzda da alacaklı hangi borcun ödenmiş sayıldığını göstermemişse, borçlardan hangisinin ödenmiş sayılacağı sırasıyla aşağıdaki kurallar çerçevesinde saptanır (BK. md 86):

---

31) Daha önce de belirttiğimiz gibi, borcun miktarı belirli ve tamamı muaccel ise alacaklı kısmi ödemeyi kabul etmek zorunda değildir (BK. md. 68). Ancak, faizlerin ödenmesi "kısmi ödeme" sayılmaz. Borçlunun faizleri ödeme isteğini alacaklı reddedemez.

31a) **BK. Tasarısının 100/1. maddesinde bu hükme aynen yer verildikten sonra,** *"Aksine anlaşma yapılamaz·* kuralı eklenmiştir.

a- Ödeme, muaccel (istenebilir) olan borç için yapılmış sayılır;

b- Birden çok borç muaccel ise, ödeme ilk takip edilen (kovuşturulan) borca ilişkin addolunur.

c- Muaccel olan borçlulardan hiçbiri için takip yapılmamışsa, ödeme, vadesi (ödeme günü) önce gelen borç için yapılmış sayılır;

d- Birden çok borcun vadesi aynı gün gelmişse, yapılan ödeme, bu borçlara miktarlarıyla oranlı olarak mahsup edilir;

e- Borçlardan hiçbirinin vadesi gelmemişse, ödeme, alacaklı için en az güvencesi olan borca ilişkin addolunur.

8- Para borçlarında "ödeme"nin ispatı

a- Genel olarak ifanın ispatı

Medeni Kanunumuzun 6. maddesinde yer alan *'yasa aksini emretmedikçe iki taraftan herbiri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat ile yükümlüdür"* şeklindeki genel kural uyarınca, borçlu "borca uygun şekilde" borcunu ifa ettiğini ispat zorundadır.

Borçlunun borcunu ifa ettiğini nasıl ispat edeceği sorunu, kural olarak Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunda düzenlenmiştir (Bk. HMUK. md. 236-374). HMUK.'nun 288.maddesine göre, *"hukuki işlemin yapıldığı zamanki miktar veya değeri on milyon -1.1.1998'den itibaren 20 milyon,1.1.2000'den sonra 40 milyon lirayı geçiyorsa"* hakkın doğumunun ve ayni şekilde ifanın (ödemenin) senetle (belge ile) ispat olunması gerekir. Bu durumda, kural olarak, karşı tarafın açık izni olmadıkça, borçlu borcunu ifa ettiğini tanıkla kanıtlayamaz (HMUK. md. 289). Bu genel kurala, HMUK.'nun 293. maddesinde tanık dinlenmesinde olanak tanıyan bazı istisnalar getirilmiştir. Örneğin, ana-baba ile çocuklar, kardeşler veya karı-koca arasındaki hukuki işlemlerde, aynı şekilde koşullara veya iki tarafın durumuna göre senede bağlanması yaygın olmayan hukuki muamelelerde (örneğin dükkanlardan peşin parayla satın alınan sınırlı değerdeki eşyaya ilişkin ödemelerde) borcun ifa edildiği (hukuki işlemin değeri on milyon -1.1.1998'den itibaren 20 milyon- lirayı aşsa dahi) tanıkla ispat edilebilir. (Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. il. Dördüncü Baskı, Ankara 1980, sh. 1530 vd.).

Para borçlarında 'ödeme"nin ispatına ilişkin olarak, Borçlar Kanunumuzun 87-89. maddelerinde "makbuz ve senetlerin iadesi" başlığı altında ayrı-

ca bir kısım hükümlere yer verilmiş ve bu hükümlerle borçluya bazı haklar tanı_ ş ve borçlu yararına karineler (belirgeler) kabul edilmiştir. Doktrinde bu hukumlerde pa borçlarının dışında kalan borçların ifasının ispatında da yararlanılabılecegı kabul edilmektedir.

b- Makbuz isteme hakkı

. Borçlu, borcun ifası halinde, alacaklıdan *"borcun ödendiğini"* gösteren bır *"makbuz'un = alındı belgesinin"* verilmesini istemek hakkına sahiptir (BK. md. 87). Borçlu "kısmi ödeme" durumunda da "makbuz" isteyebilir.

Makbuzda, kural olarak, ifa edilen edim (ödenen para miktarı ve hangi borcun karşılığı olarak ödendiği), borcun kimin tarafından, hangi tarihte ve nerede ifa edildiği belirtilmeli ve makbuz alacaklı tarafından imza edilmelidir [32]. Borçlu (giderlerini ödemek şartıyla) alacaklıdan resmi şekilde (noter tarafından) düzenlemiş bir makbuz verilmesini de isteyebilir (von Tuhr, § 60/111; Oser; Oser-Schönenberger, md. 88, No. 7) [33]_

Alacaklı borcun ödenmesi anında makbuz vermekle yükümlüdür. Alacaklı makbuz vermeyi kabul etmezse, borçlu (mütemerrit = direngen duruma düşmeksizin) ödemeden kaçınabilir. Bu durumda alacaklı mütemerrit addolunur.

c- Senedin geri verilmesini isteme hakkı

Borçlu, borcun tamamını ödemişse, alacaklıdan borcun ödendiğini gösteren makbuz ile birlikte, alacağı ilişkin "senedin" geri verilmesini de istemek hakkına sahiptir (BK. md. 87). Alacaklı senedi geri vermekten kaçınırsa (makbuz vermeden kaçınmada olduğu gibi) borçlu mütemerrit duruma düşmeksizin borcunu ödemeyebilir. Bu durumda alacaklı mütemerrit olur.

Borçlu borcun bir kısımını ödemişse veya tamamını ödemekle birlikte senet alacaklıya başka haklar da veriyorsa, borçlu alacaklıdan "makbuz" verilmesini ve yaptığı ödemenin senet üzerinde belirtilmesini isteyebilir (BK. md. 87), senedin geri verilmesi talep edilemez.

---

32) **Makbuz alacaklının el yazısıyla hazırlanmış olsa dahi, alacaklı tarafından imza edilmedikçe "senet = alındı belgesi" olarak bir hukuki sonuç doğurmaz.** Bk. Yarg. 15. HD. 5.5.1975, 739/2404 (Yarg. Kar. Derg. 1976, sh. 872).

33) **Paranın posta aracılığıyla gönderilmesi halinde "posta makbuzu" ödemenin yapıldığını, borcun ifa edildiğini gösteren bir belge sayılmaz. Gönderilen para posta idaresince alacaklıya verilmedikçe "borcun ödendiği" ileri sürülemez** (von Tuhr, § 60, Not 8).

Alacaklı, senedi zayi ettiğini (yitirdiğini, kaybettiğini) iddia ediyorsa, ödemede bulunan borçluya "senedin iptal edildiğini - geçersiz kılındığını belirten ve borcun sona erdiğini gösteren" resmen düzenlenmiş veya usulüne uygun olarak onaylanmış bir belge vermekle yükümlüdür (BK. md. 89). Bu belgeyi düzenleme veya belgedeki imzayı onaylama yetkisi noterlerindir. Noter giderleri alacaklıya aittir.

Kıymetli evrakın iptaline ilişkin özel kurallar saklıdır (BK. md. 89; Tıc. Kan. md. 563, 569, 573, 669).

d- Makbuz verilmesinden ve senedin iadesinden doğan karineler

Borçlar Kanunumuzun 88. maddesinde makbuz verilmesine ve senedin iadesine aşağıdaki karineleri bağlamıştır:

•• Bir taksit için makbuz verilmişse

Faiz veya kira bedeli gibi belli zamanlarda ödenmesi gereken borçlarda, ihtirazi bir kayıt (ön koşul) ileri sürmeksizin bir taksit için makbuz veren alacaklı ondan önceki taksitleri de almış sayılır. Anlaşmazlık halinde aksini kanıtlamak alacaklıya düşer[34]. Örneğin mal sahibi haziran ayına ilişkin kira bedelinin ödendiğini belirten bir makbuz vermişse, borçlu önceki aylara ait kiraları da ödemiş kabul edilir. Mal sahibi önceki ay veya aylara ait kira bedellerini almamışsa makbuzda bu noktayı belirtmelidir.

Yargıtay'a göre "önceki taksitlerin ödendiğine" ilişkin karine sadece alacaklı veya temSflcisi tarafından makbuz verilmesi halinde söz konusu olur [35]. PTT tarafından verilmiş bir "havale alındısı" veya tevdi (bırakma) yeri olarak kabul edilen bir bankaca kiracıya verilen alındı belgesi BK. md. 88 anlamında bir makbuz değildir. Bu durumda BK. md. 88 uygulanamaz [36]. Bu alındı belgeleri sadece ilgili aya ait kira bedelinin ödendiğini kanıtlar.

bb- Ana para için makbuz verilmlfse

Alacaklı ana paranın ödendiğini gösteren bir makbuz vermişse, faizleri de almış sayılır.

---

34) Bk. Yarg. 12. HD., 14.12.1973, 1545/11293 (Yarg. Kar. Derg. 1975, sayı 7, sh. 91).

35) Bk. HGK. 9.4.1969, K. 218 **(Olgaç,** Emsal içt. md. 88, sn. 458-459).

36) Bk. HGK. 1.11.1972, K. 989 **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 88, sh. 456); HGK. 9.4.1969, K. 218 **(Olgaç,** Emsal İçt. 88, sh. 458-459).

cc- Senet geri verıımı,se

Alacaklı se□edi borçluya geri vermişse, borç (ödeme veya başka bir n□ ?enle} □ona □rmış sayılır [37]. Karinenin aksi ispat olunabilir. Alacaklı, senedın ıadeedı.lmesıne rağmen, borcun sona ermediğini, örneğin senedi borçluya □aşka bır senetle değiştirilmek üzere verdiğini, borcun ödenmemiş bulunduğunu kanıtlayarak karineyi çürütebilir.

BK. md. 88 uyarınca borcun sona ermiş sayılması için, senedin alacaklıtarafından.borçluya geri verildiğinin kanıtlanmış olması gerekir. Senedi□ bo□□lu□un_elında bulunması karineden yararlanmak için yalnız başına yete□lı degıldır. Zıra borç senedi düzenlenmemiş olan hallerde, borçlu sonradan bır senet düzenleyerek borcun ödenmiş olduğunu ileri sürebilir. Borç için alacaklıy□senet verildiğinde anlaşmazlık yoksa, senedin borçlunun elinde olması halında "senet geri verilmiş" sayılır (Becker, md. 89, no. 7, Oser-Schönenberger, md. 89, no. 11; von Tuhr, § *60N*- 1).

Senedin alacaklı tarafından yırtılması veya üstünün çizilmesi durumunda da borcun sona ermiş sayılması gerekir. (Oser-Schönenberger, md. 89, n.o 13; von Tuhr, § 60/V-1).

§ iV - İFA YERİ

1- İFA YERİNİN ÖNEMİ

Borçlunun borcunu nerede ifa edeceği, diğer bir deyişle "ifa yeri" sorunu uygulamada çeşitli açılardan önem taşır. Borçlu, borcu olan edimi "ifa yerinde" alacaklıya sunmakla yükümlüdür. İfa yerinde borca uygun olarak sunulan edimi reddeden alacaklı "mütemerrit = direngen" addolunur. Buna karşılık, alacaklı, ifa yerinden başka bir yerde kendisine sunulan edimi kabul etmek zorunda değildir. Bu durumda alacaklı edimi reddederse, borçlu "borcun ifa edilmemesinin" hukuki sonuçlarına katlanır.

"İfa yeri"nin belirlenmesi usul hukuku yönünden de önemlidir. HUMK.'nun 1O. maddesine göre, davaya "sözleşmenin icra olunabileceği yer mahkemesinde de bakılabilir".

---

37) Bk. HGK. 11.12.1975, K. 55 **(Olgaç,** Emsal lçt. md. 87, sh. 455). Yarg. 13. HD. 10.11.1988, K. 88/5303 (Yarg. Kar. Derg. 1989, sh. 1599).

il- İFA YERİNİN 1;3ELİRLENMESİ

1- İfa yerinin taraflarca belirlenmesi

Borcun nerede ifa edileceğini taraflar açık veya zımni [1] iradeleriyle serbetçe belirleyebilirler (BK. md. 73).

İfa yeri, bir yapının onarılmasında, bir dairenin temizlenmesinde olduğu gibi bazen işin niteliğinde de anlaşılabilir.

2- İfa yerinin BK. m. 73 hükümlerine göre belirlenmesi

Borcun nerede ifa edileceği taraflarca belirlenmemişse, işin niteliğinden de anlaşılmıyorsa, "ifa yeri", BK. md. 73'deki yedek hukuk kurallarına göre tesbit olunur [2].

a- Para borçlarında ifa yeri

HBorcun konusu para ise, ödeme, alacaklının ifa zamanında oturduğu yerde yapılır" (BK. md. 73/1). Alacaklının oturduğu ,yer (diğer bir deyişle alacaklının -yerleşim yeri- ikametgahı) MK. md. 19 vd. hükümlerine göre belirlenir [3].

Para borcunun alacaklının ikametgahında ödenmiş sayılması için *"paranın alacaklının ikametgahına (yerleşim yerine) götürülmesi"* gerekir. Bu nedenle, para (örneğin, kira bedeli) posta aracılığıyla ödenecekse "ikametgahta= konutta ödemeli" olarak gönderilmelidir [4]. Para normal posta havalesiy-

---

1) Bk. JT. 1923, 1. 610.

2) Bk. Yarg. 15. HD. 9.5.1980, 1202/1216 (Yarg. Kar. Derg. 1980, sh. 1272).

3) MK. md. 19'a göre, **"Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir".** 20. madde uyarınca da ·**önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır".**

4) Yarg. 6. HD. 7.10.1993, K. 93/9785 (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 1759). HGK. 5.7.1967 tarih ve 326 sayılı karar: **Posta ile konutta ödemeli olarak gönderilen parayı almayan alacaklı mütemerrit duruma düşer (Olgaç,** Emsal İçt. md. 73, sh. 439/440). Aynı nitelikte: HGK. 7.11.1980, K. 1980/2333 (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 271); Yarg. 6. HD. 24.9.1979, 4543/6860 (Yarg. Kar. Derg. 1970, sh. 1718).

Yargıtay'a göre, **Paranın** "konutta ödemeli" **olarak Posta İdaresine verildiği tarihte borç ödenmiş sayılır.** Bk. Yarg. 6. HD. 29.9.1994, K. 94/9314 (Yarg. Kar. Derg. 1995 sh. 398). Federal Mahkeme ise, **postayla yapılan ödemelerde, ödeme, paranın alacaklıya verildiği tarihte yapılmış olur, kaybolma veya gecikmenin riski borçluya aittir** görüşünü benimsemiştir. Bk. JT. 1994. I. 201.

le y[illegible]lanmış, alacaklı da postahaneye gidip parayı almamışsa "borç ödenmemiştir", alacaklı da mütemerrit (direngen)sayılmaz.

b- Parça borçlarında ifa yeri

. [illegible]*orcu[illegible]k[illegible]_nusu "ayırıcı nitelikleriyle belirlenmiş bir şey" (parça borcu) ıse, ıfa_yerı,_sozleşme yapıldığı zaman o şeyin bulunduğu yerdir* (BK. md. 73/2).Ornegın,A, B'ye, şasi ve plaka numarası belirli bir otomobil satmışsa, otomobil alıcıya, sözleşmenin yapıldığı sırada otomobilin bulunduğu yerde teslim edilmelidir.

Borcun belirli malın bulunduğu yerde ifasını öngören BK. md. 73/2 hükmünün uygulanabilmesi için, sözleşmenin yapıldığı sırada, tarafların, borcun konusu olan şeyin borçlunun ikametgahından başka bir yerde bulunduğunu bilmeleri gerekir (von Tuhr, § 61/ll-3b; Oser-Schönenberger, md. 74, no. 16). Aksitakdirde, ifa yeri BK. md. 73/3 uyarınca borçlunun ikametgahıdır.

c- Diğer borçlarda ifa yeri

Para ve parça borçlarının dışında kalan diğer bütün borçlarda ifa yeri *"borcun doğumu zamanında borçlunun oturduğu yerdir",* yani borçlunun ikametgahıdır (yerleşim yeridir) (BK. md. 73/3).

Bir borç ilişkisinden (sözleşmeden) birden çok borç doğmu[illegible]_sa,ifa yeri yukarıdaki esaslar çerçevesinde her borç için ayrıca belirlenir. Orneğin A, B'ye, (1O milyar lira karşılığında 1998 model (X) marka bir otomobil satma borcu altına girmişse, otomobil borçlunun (mülkiyetini devretme borcu altında olan A'nın) ikametgahında teslim edilecek, satış bedeli ise para alacaklısının (A'nın) ikametgahında ödenecektir.

d- Alacaklının ikametgahını değiştirmesi halinde ifa yeri

Yasa veya sözleşme uyarınca alacaklının ikametgahında yerin[illegible] getirilmesi gereken bir borcun ifası, borcun doğumundan sonra alacaklının ıkametgahını değiştirmesi nedeniyle önemli ölçüde güçleşmiş ise, borçlu borcunu alacaklının önceki ikametgahında ifa edebilir (BK. md. 73/son).

§V-İFA ZAMANI

1- KAVRAM

"İfa zamanı" deyimi alacaklı yönünden "edimin ifasının istenebileceği zamanı, borçlu yönünden "edimin alacaklıya sunulabileceği zamanı"ifade eder.

Alacaklı edimin ifasını hangi andan itibaren isteyebiliyorsa, o *andan itibaren alacak "muaccel"dir* [1]. Genellikle, alacağın muaccel olduğu, borcun ifasının istenebildiği (borçlunun ifaya zorlanabildiği) zaman ile ifanın alacaklıya sunulabileceği zaman aynıdır. Ancak, aşağıda tekrar değineceğimiz üzre,bazen, alacak muaccel (istenebilir) olmadan önce de borcun ifası mümkündür {BK. md. 80).

İfa zamanının gelmesine (alacağın muaccel olmasına), alacaklının temerrüdü {BK. md. 90 vd.), borçlunun temerrüdü {BK. md. 101 vd.), zamanaşımının başlaması {BK. md. 128) sorunlarını incelerken ayrıntılarıyla göreceğimiz önemli hukuki sonuçlar bağlanmıştır.

11- İFA ZAMANININ BELİRLENMESİ

1- Kural {muaccel borç)

Borçlar Kanunumuzun 74. maddesine göre, *borcun yerine getirilmesi taraflarca veya yasa ile bir ecele (süreye)* [2] *bağlanmamışsa veya işin niteliği bir süreyi gerektirmiyorsa, borcun ifası derhal istenebilir* [3] *ve borç hemen ifa edilebilir.* Böylece, bir ecelin (vadedenin) söz konusu olmadığı hallerde, borcun doğumuyla birlikte borç "muaccel"dir, alacaklı borcun ifasını istiyebilir ve gerektiğinde dava açarak borçluyu ifaya zorlayabilir.

---

1) Doktrinde **"muaccel"** yerine **"ivedili"** deyimi de kullanılmaktadır.

2) **·ecel·** (aynı anlamda vade) **deyimi, ilerde kesinlikle meydana gelecek bir olayı ifade** eder. Bu belli bir tarih veya olay (örneğin Cumhuriyet Bayramı) olabileceği gibi, **ne zaman meydana geleceği** bilinmiyen, **fakat niteliği icabı mutlaka meydana gelecek bir olay da olabilir.** Örneğin, borcun ifasının bir kimsenin ölümüne bağlanması halinde de ·ecel· söz konusudur. Buna karşılık, borcun ifası meydana geleceği şüpheli bir *olaya* (örneğin bir kimsenin fakülteyi bitirmesine) bağlanmışsa, gerçekte bir •ecel· değil, •şarr vardır. Bu durumda (kullanılan deyim ne olursa olsun) borcun doğumu bir şarta bağlanmıştır (von Tuhr, § 62/11-1).

3) İtanın ·derhal• İstenebildiği hallerde de, doğaldır ki, borçlu ifa için •iyi niyet kurallarının• gerektirdiği bir süreden yararlanır.

2- Müeccel (süreye bağlı) borç

a- Borcun ifasının süreye bağlanması

Borcun i[illegible]ası, sözleşme veya yasa ile bir "ecel"e (vadeye= süreye) *bağlanmış.sa ."mu[illegible] borç" söz konusudur. Müeccel* (süreye bağlı) *borçlarda vadenın (ıfa gununün) gelmesiyle alacak "muaccel" olur ve alacaklı borcun ifasını ancak o zaman isteyebilir.*

Taraflar sözleşmeyi yaparken borcun ifasını bir vadeye bağlayabilirler, diğer bir deyişle borcun ne zaman ifa edileceğini (tarih olarak *veya* meydana gelmesi kesin bir olayla bağlantı kurarak) birlikte kararlaştırabilirler. Sözleşmede ifa za,:nanının belirlenmesi taraflardan birine veya üçüncü bir şahsa da bırakılabilir. ifa zamanını belirleme yetkisine sahip bulunan tarafın *veya* üçüncü şahsın bu yetkisini iyi niyet kurallarına (MK. md. 2) uygun olarak kullanması ve bu konudaki iradesini (muacceliyet ihbarını) diğer tarafa veya taraflara ulaştırması gerekir.

Yasalar da bazı borçların ne zaman ifa edileceğine ilişkin özel kurallara yer vermişlerdir. Aksine sözleşme yapılmamış olan hallerde, alacağın istenebilme zamanı {alacağın muacceliyeti) bu kurallar gözönünde bulundurularak belirlenir. Örneğin, BK. md. 21O'a göre, taşınabilir bir mala ilişkin satış sözleşmesinde, satılan şeyin alıcıya tesliminden sonra bedelin ödenmesi istenebilir, yani bedele ilişkin alacak taşınabilir malın tesliminden sonra muaccel olur. {Bu konuda ayrıca Bk. BK. md. 257, 326, 405 vd.).

b- Sürenin hesaplanması

Müeccel borçlarda, borcun ifa edileceği zaman {örneğin 1O Haziran 2002 gibi) kesin bir tarihle belirlenmemişse, sözleşmede kararlaştırılan sürenin nasıl hesap edileceği, borcun ne zaman ifa edileceği, sözleşmedeki süreye ilişkin deyimlerin ne anlama geldiği BK. md. 75-79'da yer alan yedek hukuk kurallarıyla düzenlenmiştir. Bu kurallara göre:

1- Borcun ifası için "ayın başı veya sonu" deyimleri kullanılmış[illegible].ayın birinci ve sonuncu günü anlaşılır. "Ayın ortası" deyimi ise ayın onbeşını ıfade eder (BK. md. 75).

2- *Borç, sözleşmenin yapılmasından itibaren bir sürenin sonunda ifa edilecekse, vade (ifa günü) aşağıdaki şekilde belirlenir* {BK. md. 76):

a- *Süre gün ile belirlenmişse,* borç sözleşmesinin yapıldığı gün sayılmayarak son gün muaccel olur. (Örneğin, sözleşme 6 Haziran'da yapılmışsa ve

sözleşmeye göre borç dört gün sonra muaccel olacaksa alacaklı borcun ifasını 1O Haziran tarihinde istiyebilir) [4].

Süre sekiz veya onbeş gün ise, bu süre bir veya iki haftayı değil, sekiz veya onbeş günü ifade eder.

b- *Süre haftalar ile belirlenmişse,* borç son haftanın sözleşmenin yapıldığı güne ismen uyan gününde muaccel olur (örneğin, sözleşme çarşamba günü yapılmışsa, borç son haftanın çarşamba günü muaccel olur).

c- *Süre ay ile veya yıl, yarı yıl veya yılın dörtte biri gibi birden çok ayı kapsayan bir zaman ile belirlenmişse,* borç sözleşmenin yapıldığı gün ayın kaçıncı günü ise, son ayın bunun karşılığı olan gününde muaccel olur, (örneğin sözleşme 12 Haziran 2009'da yapılmışsa, sözleşmeye göre borcun ifası bir yıl iki ay sonra istenebilecekse, borç 12 Ağustos 201O'da muaccel olur). Son ayda sözleşmenin yapıldığı günün karşılığı olan gün yoksa (örneğin sözleşme 31 Mayıs'ta yapılmışsa, borcun muaccel olacağı ay ise otuz çekiyorsa), borç ayın son günü muaccel olur.

d- *"Yarım ay"* deyimi, onbeş günlük bir süreyi ifade eder. Süre bir veya birden çok ay ile yarım ay ise, onbeş gün son olarak hesap edilir.

e- Yukarıdaki kurallar, sürenin sözleşmenin yapılmasından başka bir zamandan itibaren işlemesi halinde de uygulanır.

f- *Belli bir süre içinde ifası gereken bir borcu borçlu sürenin sona ermesinden önce ifa ile yükümlüdür* (BK. md. 76/son).

3- Borcun ifası için kararlaştırılan "vade" uzatılmış ise, yeni süre (aksi kararlaştırılmadıkça) öncek sürenin sona ermesini izleyen birinci günden başlar (BK. md. 79).

4- Sözleşmede borcun ifası için öngörülen süre hesap edilirken pazar veya diğer tatil günleri de sayılır. Ancak, alacağın muaccel olacağı gün bir pazara veya yasalara göre tatil olarak kabul edilen diğer bir güne rastlarsa, vade (süre) kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmıyan ilk güne geçer (BK. md. 77). Sözleşmede aksine bir hüküm konubilir.

111· İŞLERE AYRILAN SAATLERDE İFA

Borç, vade gününde {ifası gereken günde) işlere ayrılan saatler içinde ifa ve alacaklı tarafından kabul edilir {BK. md. 78). Aksine sözleşme geçerlidir.

---

4) Bk. lçt. Bir. Kar. 22.6.1966, K. 8 (Olgaç, Emsal lçt. m. 76, sh. 442).

iV- ZAMANINDAN ÖNCE İFA

Bor□un ifası bir vadeye bağlanmışsa borçlu vadenin gelmesinden önce borcunu ıfaya □orlanamaz. Buna karşılık, borçlu, kural olarak, isterse vadesinden once (yanı alacak muaccel olmadan) borcunu ifa edebilir ve ifayı reddeden alacak□m_üt:merrit sayılır. Ancak, *borçlunun vadesinden önce ifa olanağı mutlak degıldır. Vade" borçlu yararına olduğu kadar alacaklı yararına da kararlaş□rılmıf olabilir.* Bu nedenle Yasa Koyucu BK. md. 80'de borçlunun zamanından ence ıfada bulunabilmesini *"sözleşmenin hükmünden veya niteliğinden veya □oşul□□ından tarafların aksini amaçlamadıklarının anlaşılmasına"* bağlamıştır. Orn_e□□, depolanması gereken büyük miktardaki malların vadesinden önce teslımını alacaklı kabul etmeyebilir ve bu takdirde mütemerrit addolunmaz.

Zamanından önce ifada bulunan borçlu, sözleşme hükümleri veya gelenek aksini öngörmüş olmadıkça, borcundan bir indirim yapamaz (BK. md. 80).

V- KARŞILIKLI BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE İFA

1- Kural: Aynı zamanda ifa

Karşılıklı borç yükleyen {iki tarafın da borç altına girdiği) alım-satım, kira,hizmet, istisna gibi sözleşmelerde borcun önce kimin tarafından ifa edileceği, diğer bir deyişle "ifa sırası" sorunu Borçlar Kanunumuzun 81. maddesinde genel olarak düzenlenmiştir. 81. maddeye göre:

> *"Karşılıklı borçları içeren bir sözleşmenin ifasını isteyen kimse, sözleşmenin koşullarına ve niteliğine göre bir ecelden yararlanma hakkına sahip olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını önermiş olmalıdır".*

BK. md. 81'in bu hükmüne göre, (taraflardan biri sözleşme veya yasa uyarınca borcunu daha önce ifa etmek zorunda değilse) *karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflar (kural olarak), borçlarını aynı zamanda ifa etmekle yükümlüdürler* S.

Karşılıklı edimlerin ifa yerinin aynı olması halinde, tarafların "aynı zamanda ifa" kuralına uymalarında bir güçlük çıkmayacaktır. Fakat, bor□ların ifa yeri değişikse, taraflar, ya ifa sırasını ayrıca düzenleyecekler veya (ıfa□ın iki tarafın da güvendiği bir üçüncü şahsa yapılmasında olduğu gibi} önce ıfadan doğacak sakıncaları giderecek önlemleri alacaklardır.

---

5) Yasa koyucu "aynı zamanda ifa" kuralına satış sözleşmesine ilişkin 182. mad□de **"aksine gelenek veya sözleşme yoksa, satıcıyla aile□b_orçlarını ay_nı zamanda •□□ etmekle yükümlüdürler"** demek suretiyle açıkça yer vermıştır. (Taşınabılır mal satımı yönünden farklı düzenleme için Bk. BK. md. 21O).

2- İstisna

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde yasa veya sözleşme hükümleri veya işin niteliği taraflardan birinin borcunu daha önce yerine getirmesini gerektiriyorsa *"aynı zamanda ifa"* kuralı uygulanmaz, diğer taraf (kendi borcunu ifa etmemiş *veya* ifasını önermemiş olsa dahi) borcun ifasını isteyebilir.

Taraflardan birinin borcunu önce ifa etme yükümlülüğü, yukarda belirttiğimiz gibi, yasadan, sözleşmeden veya işin niteliğinden doğabilir:

a- Yasa koyucu, karşılıklı borç yükleyen bazı sözleşmelerde taraflardan birinin borcunu daha önce ifa etmesini öngörmüştür. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça ifanın sırasını belirlemede bu yasal kurallar dikkate alınır. Örneğin, taşınabilir mal satımında "satılan alıcıya verilince, satıcı bedele hakkazanır" (BK. md. 210); kira sözleşmesinde, önce kiralanan şey teslim edilir, kira bedeli belli bir kullanma süresinin sonunda ödenir (BK. md. 257).

b- Taraflar, sözleşmede hangi tarafın borcunu önce ifa edeceğini kararlaştırabilirler. Örneğin sözleşmede, önce bedelin verileceği sonra malın teslim edileceği, kira bedelinin peşin ödeneceği öngörülebilir.

c- İşin niteliği de taraflardan birinin borcunu daha önce ifa etmesini zorunlu kılabilir. Örneğin elektrik, su, havagazı ve telefona ilişkin sözleşmelerde belli kullanma sürelerinin sonunda, kullanma miktarına göre ödeme yapılır.

3- Ödemezlik Def'i [6]

a- Kavram ve hukuki niteliği

BK. md. 81'e göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borcun ifasını isteyen taraf (bir ecelden -süreden- yararlanmıyorsa) "kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını önermiş olmalıdır".

Karşılıklılık borç yükleyen sözleşmelerde, kendi borcunu ifa etmemiş veya ifasini önermemiş olduğu halde, borcun ifasını isteyen kimseye karşı, diğer taraf "ödemezlik def'i"nde bulunarak ifadan kaçınabilir. Ödemezlik def'i (diğer bir deyişle, sözleşmenin ifa edilmediği def'i = Exceptio non adimpleti contractus) *ile, kendisinden ifa istenen taraf, istekte bulunanın "kendi borcunu ifa etmeden veya ifasını önermeden" borcun ifasını talep edemeyeceğini ileri sürerek, .,,-ıütemerrit (direngen) duruma düşmeksizin ifayı reddedebilir.*

---

6) Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. **Kanetl Selim,** Aktin ifa edilmediği def'i, İstanbul 1962.

"Öd[illegible]mezlik [illegible]ef"nin hukuki niteliği tartışmalıdır. İsviçre ve Türk doktrininde gen[illegible]llıkle benımsenen görüşe uygun olarak kabul edilmelidir ki, "ödemez-[illegible]k [illegible]f:·ı h[illegible]kuki niteliğ_i itibariyle bir "itiraz" değildir, gerçek anlamda bir defıdır. Boylece, kendı borcunu ödemeksizin ifa talebinde bulunan kimsenin bu durumun[illegible] hakim kendiğilinden (re'sen) dikkate alamaz *1_* Diğer taraf (davalı) arzu edıyorsa "ödemezlik def'inde" bulunmalıdır (Oser-Schönenberger, md. [illegible]2[illegible]no. 6; von Tuhr, § 64/111-IV; Becker, md.82,no.2; Engel, sh. 443; Feyzıoglu, C. il, sh. 133; Tekinay, sh. 1101). Ödemezlik def'inde bulunulmuşsa ve ödemezlik def'inin yasal koşulları varsa, Federal Mahkemeye göre, hakim, dava[illegible][illegible]bor_cunu ifa veya ifayı garanti etmesi şartına bağlı olarak, davalının edımını yerıne getirmesine karar vermelidir a_

b- Ödemezlik def'Inln şartları

İfa isteğiyle karşılaşan tarafın "ödemezlik def'inden yararlanarak" ifadan kaçınabilmesi için aşağıdaki şartların varlığı gerekir:

aa- Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olmalıdır 9.

bb- İfa isteğinde bulunan taraf (davacı) kendi edimini borcuna uygun bir şekilde ifa etmemiş veya ifasını önermemiş olmalıdır 10·_11

cc- İfa isteğinde bulunan tarafın borcu halen mevcut olmalıdır. Davacının borcu herhangi bir nedenle (kusursuz imkansızlık vs.) sona ermiş ise, davalı ödemezlik def'inden yararlanamaz (Bk. BK. md. 117/2; 183).

---

7) Bk. JT. 1951, 1. 36; Yarg. 13. HD. 21.10.1981, K. 81/6643 (Yarg. Kar. Derg. 1982, sh. 83).

8) Bk. JT. 2001, 1. 249; JT. 1986, 1. 188; JT. 1986, 1. 236-237.

9) BK. md. 81 hükmü kural olarak "Tam iki taraflı = zorunlu olarak iki taraflı" sözleşmeleri kapsar. Bununla beraber, doktrinde ve uygulamada 81. maddenin "kıyas= b[illegible]nze[illegible]me yoluyla" eksik iki taraflı (muhtemelen iki taraflı) sözleşmelerde de uygulanabılecegı kabul edilmektedir. BK. JT. 1970, 1. 41.

1O) **Borcun kısmen ifa edilmiş olması, kural olarak, diğer tarafın (davalının)** borcunun tümü için ödemezlik def'lnden yararlanmasını önlemez (von Tuhr § 64 /iV; Oser-Schönenberger, md. 82 no. 8; Feyzioğlu, C. il, sh. 136).

Ancak, sözleşme uyarınca birbirini izleyen partiler hal!nde lf[illegible]edilecek borçlarda veya birbiriyle kesin bağlantısı olmayan birden çok edımln soz konusu olma**sı halinde, ifa edilen kısım oranında, karşı edimin de (kısmi itaya imkan veriyorsa)** yerine getirilmesi kural olarak istenebilir. Bk. JT. 1[illegible]S[illegible]. 1. 51; J[illegible] 1918, ı._[illegible]s[illegible]560..

11) Davalının, ifa isteğinde bulunan dav[illegible]ının ke_[illegible]bo_[illegible][illegible]ifa etmedıg!n! veya fsını önermediğini ileri sürmesi halinde aksini ıspat yukumlulugu davacıya aıttır. Bk. JT. 2001, 1. 249.

dd- itası istenen edim ile, yerine getirilmediği ileri sürülen edim (davacı. nın edimi) aynı sözleşmeden doğmalı ve bu edimler birbirinin karşılığıolma. lı, diğer bir deyişle bu edimler arasında bir "değişim ilişkisi" bulunmalıdır 12.

ee- ita isteği ile karşılanan taraf (davalı) sözleşme veya yasa uyarınca borcunu önce ifa ile yükümlü olmamalıdır. Davalı borcunu önce ifa ile yükümlü ise ödemezlik def'inde bulunamaz.

4- Bir tarafın ödeme güçsüzlüğü halinde diğer tarafın "def'i ve fesih" hakkı

a- Genel olarak

Yasa koyucu, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin borcunu yerine getiremeyecek durumda bulunması halinde diğer tarafı koruyan kurallara *yer* vermiştir. Borçlar Kanunumuzun konuya ilişkin 82. madd sine göre:

> *#Karşılıklı borçları içeren bir sözleşmede, taraflardan birinin ödeme güçsüzlüğü ve özellikle iflası veya aleyhindeki haczin {borç için el koymanın) sonuçsuz kalması nedeniyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf yararına olan borcun ifası garanti edilinceye kadar kendi borcunun ifasından kaçınabilir ve isteği üzerine uygun bir süre içinde teminat(güvence) verilmediği takdirde sözleşmeyi feshedebilir."*

BK. md. 82 hükmü, (bir ayrım yapılmamış olmakla birlikte) [13] uygulamada, özellikle, borcunu önce ifa ile yükümlü olan tarafı (karşı tarafın ödeme güçsüzlüğü halinde) koruyan bir rol oynayacaktır.

Taraflar borçlarını BK. md. 81 uyarınca "aynı zamanda ifa" durumundalarsa, taraflardan birinin ödeme güçsüzlüğü halinde, diğer taraf "ödemezlik def'inden yararlanarak" karşı edimi elde etmeden kendi borcunu ifadan kaçınabilecektir. Bu durumda, sözleşme de, alacak muaccelse, (BK. md. 82'ye göre değil) BK. md. 106 uyarınca feshedilecektir. Zira BK. madde 82'ye göre sözleşmenin feshi halinde tazminat isteme olanağı yoktur [14] (Oser-Schönenberger, md. 83, no. 12; von Tuhr, § 64/VII; Becker, md. 83, no. 10). Sözleşme BK. md. 106'ya dayanılarak feshedilirse, BK. md. 108 uyarınca "sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararın ödenmesi" istenebilecektir. Bunun-

12) Bk. JT. 1958, 1. 541; JT. 1946, 1. 270.
13) Bk. JT. 1979, 1. 317-318; JT. 1924, 1. 386-387.
14) Bk. JT. 1939, 1. 319.

la beraber, alacağın henüz muaccel (istenebilir) olmadığı hallerde, karşı tarafın ödeme güçsüzlüğü nedeniyle alacağı tehlikeye düşen taraf (borcunu aynı zamanda veya daha sonra ifa etme durumunda olsa dahi), ifası mümkün görünmeyen bir sözleşmeyle bağlı kalmakta yarar görmüyorsa, sözleşmeyi BK. md. 82 hükümlerinden yararlanarak feshedebilecektir [15].

b- BK. madde 82'den yararlanmanın şartlan

Diğer tarafın ödeme güçsüzlüğü nedeniyle hakkı tehlikeye düşen tarafın, 82. maddeye dayanarak, güvence verilinceye kadar "borcunu ifadan kaçınabilmesi" ve uygun bir süre içinde güvence verilmediği takdirde "sözleşmeyi feshedebilmesi" için aşağıdaki şartların varlığı gerekir:

aa- *Diğer taraf sözleşmenin yapılmasından sonra borcunu ödemede güçsüz duruma düşmüş olmalıdır* [16] (Oser- Schönenberger, md. 83, no. 1O; Becker, md 83, no. 3; von Tuhr; § 64NII; Engel, sh. 444).

Borçlu muaccel borçlarını ödeyecek mali olanaklara sahip değilse, "ödeme güçsüzlüğünün varlığı" kabul edilir. İflas veya borç için elkoymanın (haczin) sonuçsuz kalması, "ödeme güçsüzlüğünü" gösteren başlıca duruml_?rdır. Ancak "ödeme güçsüzlüğü" bu hallerin dışında söz konusu olabilir [17]. Orneğin, ticarethanenin kapatılmış, birçok icra takibinin yapılmış, çok sayıda senedin protesto edilmiş olması da "ödeme güçsüzlüğü"nün varlığını gösterir. BK. md. 82'den yararlanmak isteyen taraf diğer tarafın "ödeme güçsüzlüğünü" ispat ile yükümlüdür.

bb- *"Ödeme güçsüzlüğü" diğer tarafın alacağını tehlikeye sokmalıdır.* Borcunu önce ifa ile yükümlü olan tarafın alacağı herhangi bir şekilde (rehin, kefalet, teminat mektubu vs.) yeterli güvenceye bağlanmışsa veya diğer tarafın ödeme güçsüzlüğü açıkca geçici nitelikteyse [18] BK. md. 82 hükmü uygulanmaz.

---

15) Bk. JT. 1979, 1. 316-317.

16) Bk. JT. 1979, I. 316. Borcu ödemede güçsüzlO❓sözle!menln yapılması ❓rasında mevcut ldlyse, karşı tarafın bunu bilmemesi halınde, sozleşme, duruma!dre, ancak sözleşmenin esaslı unsurlarında hata (BK. md. 24/4) veya hile (BK. 28) hükümlerine dayanılarak BK. md. 31 uyarınca feshedilebilir.

17) Bk. JT. 1942, 1. 566.

18) Bk. JT. 1942, 1. 566.

§ VI- ALACAKLININ TEMERRÜDÜ -DİRENİMİ-

1- GENEL OLARAK

Borçlu borcunu ifa etmek istediği halde alacaklıya ilişkin sebeplerle "borcun ifası" gerçekleşmeyebilir. Borcun ifasının alacaklıya ilişkin nedenlerle geciktirilmesinin en önemli hali *"alacaklının temerrüdü"dür* [1].

Genel bir deyişle alacaklının temerrüdü, *"alacaklının kendisine sunulan edimi haklı bir neden olmaksızın reddetmesidir"* Borcun ifasını böylece engelliyen alacaklı yasal deyimle mutemerrıt , doktrında benimsenmekte olan yeni deyişle "direngen" addolunur.

Alacaklının temerrüdü (direnimi), borcun ifasını alacaklının katılmasıyla gerçekleşebildiği hallerde ortaya çıkabılır. Istısnaı olarak (kaçınma veya olanak tanıma borçlarında olduğu gibi) borcun ifası alacaklının ifaya katılmasına bağlı değilse, alacaklının temerrüdünden söz edilemez.

11- ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

Alacaklının temerrüdünün (direniminin) şartları, diğer bir deyişle alacaklının ne zaman "mütemerrit = direngen" sayılacağı BK. madde 90'da gösterilmiştir. Bu maddeye göre:

> *"Yapılacak veya verilecek şey usulü dairesinde kendisine sunulan alacaklı haklı bir sebep olmaksızın onu reddeder veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için daha önce kendisi tarafından yapılması gereken işlemlerden kaçınırsa mütemerrit (direngen) addolunur"* [1a].

BK. madde 90'ın yukarıda belirttiğimiz metni uyarınca alacaklının mütemerrit sayılabilmesi için aşağıdaki iki ana şartın varlığı gerekir:

1- İfa usulü dairesinde önerilmiş olmalıdır.

a- Borca uygunluk

İfayı kabulden kaçınan alacaklının "mütemerrit" sayılabilmesinin ilk şartı "ifanın usulü dairesinde alacaklıya önerilmiş" bulunması, diğer bir deyişle yapılacak veya verilecek şeyin miktar, nitelik, yer ve zaman yönünden "borca uy-

---

1) **"Temerrüt"**deyimi **"direnim"** anlamındadır.

1a) **BK.Tasarısı md. 106/1'de** *"Alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olur."* **hükmüne yer verilmiştir.**

gun bir şekilde" alacaklıya sunulmuş olmasıdır 2_ İfa önerisinin zaman yönünden borca uygun sayılabilmesi için, alacağın "muaccel" olması gerekmez. Borcun vadesinden önce ifa edilebilir" nitelikte olması yeterlidir (BK. md. 80).

.. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflar *"aynı zamanda ifa" ile yükümlü ise, borftu, karşı edimin aynı zamanda ifası koşuluyla, kendi borcunun ıfasını onerebilir. Bu koşula uymayan, ifayı kabul edeceğini, fakat kendi borcunu ıfa edemeyeceğini beyan eden alacaklı mütemerrit sayılır* (von Tuhr, § 65//11-1 ve not 13; Oser-Schönenberger,md. 91, no. 11).

b- Fiili **ve gerçek önerme**

,, .. İfanın alacaklıya önerildiğinin kabul edilebilmesi için, borçlunun sadece sozle ıfayı _?nermesi" (beyanla yetinmesi) yeterli değildir. Kural olarak, ıfa fiilen (eylemli olarak) ve gerçekten önerilmelidir 3. Dığer bir deyışle, borçlu ifanın fiilen gerçekleşmesi için kendisine düşen her şeyi borcuna uygun bir şekılde yapması olmalı, ifanın gerçekleşmesi sadece alacaklının kabulüne bağlı olm_alıdır. Orneğin, alacaklının işyerine bir onarım yapılacaksa, borçlu, borcunu ıfaya imkan verecek araç ve gereçler ve gerekiyorsa yardımcı kişiler ile alacaklının işyerine gelmiş olmalıdır (Becker, md. 91, no. 8; Oser-Schönenberger, md. 91, no. 4; von Tuhr, § 65/11-2).

c- Özel haller: Sözle önerme

Bazı hallerde, özellikle aşağıdaki durumlarda, ifanın sedece sözle önerilmesi (bir beyanla yetinilmesi} ifanın gerçekleşmesine katılmaktan kaçınan alacaklının "mütemerrit = direngen" sayılması için yeterlidir:

aa- Alacaklının daha önce yapması gereken işlemlerin bulunması

Borçlunun edimi sadece "sözle önermesi"nin alacaklıyı mütemerrit kılmaya yeterli olduğu en önemli durum, *"borcun ifası için daha önce alacaklı tarafından yapılması gereken işlemlerin bulunması"* halidir. Borcun ifası, bazen alacaklının bir ön hazırlık veya seçimini gerektirebilir. Orneğin, bir binanın yapılmasında binanın planları alacaklı tarafından verilecekse veya bir kı-

---

2) **İfa önerisi borçlu tarafından yapılabileceği gibi, üçüncü şahıs tarafından ifanın mümkün olduğu hallerde, üçüncü şahıs tarafından da yapılabilir.**

Yapılacak veya verilecek şey, alacaklıya olduğu kadar, alacaklının yetkili temsilcisine de sunulabilir. Yetkili temsilcinin ifayı kabulden kaçınması halinde de (koşulları varsa) alacaklı "mütemerrit:dlrengen" sayılır.

3) BK. JT. 1924, 1. **454.**

sım araç ve gereç alacaklı ?arafından sağlanacaksa ve?a bo?adan önceala. caklı tarafından renk seçımı yapılacaksa, alacaklı kendıne duşenı yerinege. tirmedikçe, borçlunun borcunu ifa_:tme?ine!iilen olan?k y?ktur. Bu durumda, borçlu alacaklıyı "kendine düşenı ıfaya çagırır ve bu ıstege uymayan (daha önce kendisi tarafından yapılması gereken işlemlerden kaçınan} alacaklı mo. temerrit= direngen" addolunur. Borçlunun bu çağrısı "ifanın önerilmesi" nıte. liğindedir. Alacaklı, sözleşme uyarınca kendine düşe??n hazırlıkl?rı veya se. çimi belli bir tarihe kadar yapmak zorundaysa, bu tarıhın geçmesıyle (borçlu. nun bir çağrısına gerek olmaksızın) alacaklı kendiliğinden mütemerrit duru- ma düşer.

bb- Alacaklının ifayı kabul etmeyeceğini bildirmiş olması

Alacaklı sözleşmeyle kendini bağlı saymadığını, ifayı kabul etmeyeceği- ni önceden beyan etmişse, borçlunun ifayı fiilen önermesinin anlamı yoktur. Bu durumda borçlunun sadece sözle ifayı önermesi yeterlidir. ifa önerisini reddeden alacaklı "mütemerrit = direngen" addolunur.

2- Alacaklı ifa önerisini haklı bir neden olmaksızın reddetmiş olmalıdır.

Alacaklının "mütemerrit = direngen" sayılabilmesinin ikinci koşulu, usu- lüne uygun olarak yapılmış bulunan ifa önerisinin alacaklı tarafından "haklı bir neden olmaksızın" reddedilmesidir. Alacaklının böylece ifayı engellemesi, sunulan edimi kabul etmeme veya borcun ifası için daha önce kendisi tara- fından yapılması gereken işlemlerden kaçınma şeklinde olabilir.

İfa önerisini reddeden alacaklının mütemerrit sayılması, alacaklının ifa önerisini reddetmede "kusurlu" olmasına bağlı değildir. İfa önerisini reddeden alacaklı "objektif olarak" haklı nedenlere dayanmıyorsa, "red haksızdır". Ör- neğin, hastalık gibi kişisel nedenlerle ifayı kabul edemeyen alacaklı (hiçbir kusuru olmasa da) mütemerrit addolunur (Oser-Schönenberger, md. 91, no. 16; von Tuhr, § 65/IV). Buna karşılık, örneğin, borçlu alacaklıya haber veme- den vadesind_en önce edimi sunarsa, ifayı kabul etmeyen alacaklı "objektif olarak haklı bır nedene dayanıyor" sayılır ve "mütemerrit" addolunmaz.

.. i ta_önerisi usulüne uygun bir şeklide yapılmamışsa, alacaklının temerrü- dunun ılk koşulu yerine getirilmemiş olduğundan, ifa önerisini reddedenala• caklının "mütemerrit" sayılması söz konusu olamaz.

111- ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

1 - Genel olarak

..._a- Alacaklının temerrüdü, kural olarak (borcu) sona erdirmez [4]. İfa önerısın◆redded_◆rek müt◆merrit duruma düşmüş bulunan alacaklı (borçlunun tevdı veya sozleşmenın feshi yoluyla borcundan kurtulmasından önce) ifayı kabuledeceğini borçluya bildirirse, "temerrüt= direnme" durumu sona erer. Borçlunun borcunu ifa etmesi gerekir.

◆- Alacaklının temerrüdünün en önemli sonucu *"tevdi veya sözleşmenin ◆eshı* yoluyla borçluya borcundan kurtulma olanağını vermesidir. Bu olanagınyanında◆alacaklının temerrüdü borçluya aşağıda değineceğimiz bazı yararlar da saglıyacaktır.

2- Borçlunun borcundan kurtulabilmesi olanağı

Alacaklının temerrüdü halinde, borçlu, borcun konusu bir şeyin teslimi i◆e ".tevdi" ile borcundan kurtulabilir. Borcun konusu bir şeyin teslimini gerektırmıyorsa, borçlu "borçlunun temerrüdüne ilişkin kurallara göre" sözleşmeyi feshedebilir (BK. md. 91-94).

a- Borcun konusu bir"şey" ise

aa- Malt "tevdi" hakkı

1- *Borcun konusu bir şeyin teslimiyse, alacaklının temerrüdü halinde "borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, vereceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir"* (BK. md. 91).

"Tevdi", borcun konusu olan şeyin (örneğin paranın, radyonun, kitabın vs.) alacaklıdan başkasına teslim edilmesidir (bırakılmasıdır). Alacaklının temerrüdü halinde, "tevdi" borçlu için isterse yararlanacağı bir olanaktır, bir zorunluluk değildir.

"Tevdi" ile borçtan kurtulma olanağı, ancak başkasına teslimi (başkasına bırakılması) mümkün olan edimler, özellikle para, kıymetli evrak ve bir kısım taşınabilir (menkul) mallar için söz konusudur. Gayrimenkuller (taşınmaz mallar) yönünden tevdi olanağı yoktur. Ancak taşınmazın anahtarının geri verilmesi gerekiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde anahtar tevdi edilebilir.

---

4) İstisnai olarak, kefalette, alacaklı kefilin ifa önerisini reddederse kefil kendiliğinden borcundan kurtulur (BK. md. 501).

2- Tevdi "ifa yerinde" olmalıdır [5] (Oser-Schönenberger, md. 92 no 2. von Tuhr, § 66/1-2; B[illegible]cker'. md. [illegible]2/94'. no.14). Şeyin (malın) nereye tevdi edileceğini (bırakılacağını) ifa yerindeki hakim belirler (BK. md. 91). Borçlu tevdi yerini kendisi tayin edemez [6]. Uygulamada, para borçları için genellikle "tevdi - yatırma - yeri" olarak bir banka gösterilmektedir.

Tevdi edilecek (bırakılacak) şey ticari eşya niteliğindeyse, borçlu, hakime başvurmaksızın, ticari malı ifa yerindeki resmi veya özel bir ardiyeye verebilir (BK. md. 91).

3- Borçlu ile mal kendisine tevdi edilen kişi arasındaki hukuki ilişki bir "vedia= saklatım" sözleşmesidir (BK. md. 463). Ancak bu sözleşmenin, alacaklının tevdi edilen şeyi istemesine (tevdi edilen şeyin alacaklıya teslimine) olanak tanıyan bir şekilde (başkası yararına şart, BK. md. 111) yapılmış olması gerekir. Aksi takdirde tevdi ile borçlu borcundan kurtulmaz.

4- Borçlu, objektif iyiniyet kuralları uyarınca (MK. md. 2) malı tevdi ettiğini alacaklıya bildirmelidir.

5- *Tevdi borçluyu borcundan kurtarır. Tevdi ile birlikte borç, alacak ve ona bağlı yan haklar (kefalet, rehin) sona erer* (BK. md. 113). Borcun konusu mülkiyetin devredilmesi ise, alacaklı, tevdi ile değil, fakat tevdi edilen malın kendisine teslim edilmesiyle veya bırakılan şeyi kabul ettiğini malın tevdi edildiği şahsa bildirmesiyle malik olur (MK. md. 979).

6- "Tevdi" ile borçlu borcundan kurtulur. Bununla beraber, tevdi halinde hukuki durum borcun ifasından farklıdır. BK. md. 93'e göre *"alacaklı tevdi edilen şeyi kabul ettiğini beyan etmiş veya tevdi bir rehnin sona ermesi sonucunu doğurmuş bulunmadıkça, borçlu tevdi edilen şeyi geri alabilir. Tevdi edilen şeyin geri alınmasıyla beraber, alacak bütün yan haklarıyla yeniden doğar*

Maddede öngörülen "geri alma = istirdad" hakkı borçlu yönünden bir "rücu = cayma" niteliğindedir, borçlunun malın tevdi edildiği şahsa yapacağı bir beyanla, malın alacaklıya teslimini men'etmesini ifade eder. Bu beyanla birlikte alacak - 93. maddede açıkça belirtildiği üzere - yan haklarıyla (rehin, kefalet) beraber yeniden doğar [7].

---

5) Bk. JT. 1937, 1. 394.

6) Bk. JT. 1937, 1. 394.

7) Borçlunun tevdi ettiği şeyi geri alabilmesi, tevdi nedeniyle alacağı garanti edenbir rehin hakkının sona ermemiş, rehnedilen malın iade edilmemiş olmasına bağlıdır. Aehnedilen mal iade edilmişse, artık alacaklının zilyetliğinde değilse, borçlunun tevdi edilen şeyi geri isteme hakkı yoktur.

bb- Malı satarak "bedelini tevdi" hakkı

1- Borcu_nkonusu olan şeyin niteliği veya işin türü tevdie olanak vermi-Y?rsa v�ya verıl_ecek şey bozulabilecek veya bakım veya saklanması büyük gıderlerı g�re_ktı�ec_ek nitelikteyse, borçlu, alacaklıya ihtarda bulunduktan sonra, hakımın ıznıyle, malı açık arttırmayla sattırarak bedelini tevdi edebilir (BK. 92).

Alac�klının temerrüdü halinde, böylece, patlayıcı madde, yırtıcı hayvan, taze et, çiçek, yumurta, süs balığı gibi tevdie olanak vermiyen veya bozulabilecek olan veya bakım ve saklanması büyük giderleri gerektıren bir malı teslimle yükümlü bulunan borçlu, malı sattırıp bedelini tevdi etmek yoluyla borcundan kurtulabilir.

2- Malın sattırılabilmesi için, borçlunun önce mütemerrit (direngen) durumda olan alacaklıya ihtarda bulunması ve ifayı kabul için uygun bir süre tanıması gerekir (Oser-Schönenberger, md. 93, no. 4).

3- Satış ancak hakimin izniyle yapılabilir. Satışa izin vermeye yetkili hakim, kural olarak ifa yerinin hakimidir. Bununla beraber, malın bulunduğu yerin hakiminden de izin istenebilir (Becker, md. 92-94, no. 29). Satış yerini hakim belirler. Satışın yer ve tarihi alacaklıya bildirilir.

4- Satış açık arttırmayla yapılır. Bununla bereber, verilecek şey borsada kayıtlıysa veya cari (piyasa) fiyatı mevcutsa veya giderlerine oranla değeri az ise satış için açık arttırma gerekmez. Bu durumda, hakim malın pazarlıkla ve gerektiğinde ihtar yapılmaksızın satılmasına izin verebilir (BK. md.92).

5- Malın satılmasıyla borçlu borcundan kurtulmaz, satış bedeli malın yerini alır. Borçlu, satış bedelini hakimin göstereceği yere yatırırak borcundan kurtulur.

b- Borcun konusu bir "şey" değil ise

Borcun konusu bir şeyin teslimi değilse, bir yapma borcu, özellikle bir istisna sözleşmesi (BK. md. 355 vd.) söz konusuysa, borçlunun "tevdi veya satarak bedelini yatırma" yoluyla borçtan kurtulması olanağı yoktur. Bu durumda, BK. md. 94'de borçluya sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. 94. maddeye göre, *"Borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde, borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin kurallara göre sözleşmeyi feshedebilir".* Böylece, alacaklının temerrüdü halinde, borçlunun BK. madde 94'e dayanarak sözleşmeyi feshetmesi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünü düzenleyen BK. madde 106 ve devamı

hükümlerine göre gerçekleşir. Diğer bir deyişle, borçlu mütemerrit (direngen) durumda olan alacaklıya ifanın kabulü için uygun bir süre tanır veya uygun bir süre tanınmasını hakimden ister. Bu süre içinde alacaklı ifayı kabul etmezse borçlu sözleşmeyi feshedebilir.

3- Alacaklının temerrüdünün borçluya sağladığı yararlar.

Alacaklının mütemerrit (direngen) duruma düşmesi, borçluya, borcundan kurtulma olanağının dışında aşağıdaki yararları da sağlar:

a- Alacaklının temerrüdünden sonra da borcun konusu olan şeyi özenle saklama durumunda olan borçlunun sorumluluğu daha az şiddetle takdir olunur (BK. md. 98).

b- Alacaklının temerrüdüyle birlikte borçlu mütemerrit durumdan kurtulur. Geçmiş günler faizi (BK. md. 103) işlemeye devam etmez.

c- Mütemerrit durumda olan alacaklı ifa isteğinde bulunan borçluya karşı "ödemezlik def'i"nden yararlanamaz.

d- Mütemerrit duruma düştükten sonra ifa isteğinde bulunan alacaklı, borçluya, "vekaleti olmadan başkası hesabına tasarruf - BK. md. 41O vd.-· hükümlerine göre, borcun konusu olan şeyi muhafaza için yaptığı giderleri ödemekle yükümlüdür.

§ VII- BORCUN İFASIN.1J:NGELLEYEN ALACAKLIYA İLİŞKİN DIGER SEBEPLER

Borcun konusu olan edimin alacaklıya sunulması, bazen alacaklıya ilişkin nedenlerle mümkün olmıyabilir. Alacaklının mütemerrit (direngen) sayılmıyacağı bu durumda borçlunun borcundan nasıl kurtulacağı BK. md. 95'de alacaklının temerrüdüne ilişkin kuralların kıyasen (benzetme yoluyla) uygulanması esası benimsenerek çözümlenmiştir. Sözü geçen 95. maddeye göre:

> *"Verilecek şey veya yapılacak iş ne alacaklıya ne de alacaklıya ilişkin kişisel bir nedenle temsilcisine sunulamaz veya borçlunun kusuru olmaksızın alacaklının şahsında tereddüt olunursa, borçlu alacaklının temerrüdü halinde olduğu gibi tevdi etmek veya sözleşmeyi feshetmek hakkına sahiptir.*н

Böylece, örneğin, medenı hakları kullanma ehliyetinden yoksun bulunan alacaklının yasal temsilcisi de yoksa, bu nedenle borçlu edimi ne alacalıya ve ne de temsilcisine sunamıyorsa veya alacaklı ölmüş fakat kanuni mirasçıları

kesinlikle belirlenmemişse veya alacak devredilmiş fakat devri anlaşmazlığa yol açmışsa, bu yüzden borçlunun kusuru olmaksızın alacaklının şahsında tereddüt varsa, borçlu (alacaklının temerrüdü kurallarına göre) edimi tevdi edebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Alacaklının şahsında tereddüt halinde edim hak sahibi yararına "tevdi" edilir. Mal hak sahibi olduğunu ispat eden kimseye teslim edilir.

Alacaklının şahsındaki tereddüt tevdiden sonra ortadan kalkmışolsadahi, tevdi ile borçlu borcundan kurtulmuş olur [1].

1) Bk. JT. 1933, 1. 555.

AYIRIM il

BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLAR!

Sözleşmeden doğan bir borca ve genel olarak (kaynağı ne olursa olsun) herhangi bir borca aykırı davranışın sonuçları Borçlar Kanunumuzun 96-108. maddelerinde "Borçların ödenmemesinin neticeleri" başlığı altında düzenlenmiştir. BK. md. 96-100'de, dar anlamda *"borcun ifa edilmemesine"* ilişkin hükümler, BK. md. 101-108'de *"borçlunun temerrüdü"* halinde uygulanacak kurallar yer almıştır.

§ 1- "BORCUN İFA EDİLMEMESİ" KAVRAMI VE BORCA AYKIRILIĞIN ÇEŞİTLERİ

1- GENEL OLARAK

"Borç" hiç ifa edilmemiş veya gereği gibi ifa edilmemiş veya ifasında gecikilmiş ise geniş anlamıyla "borcun ifa edilmemesi", diğer bir deyişle "borca aykırılık" söz konusudur.

Geniş anlamıyla "borcun ifa edilmemesi" (borca aykırı davranış) üç ayrı şekilde ortaya çıkabilir:

1- *Kusurlu imkansızlık:* Borç ifa edilmemiştir. Borcun ifası borçlunun kusuruyla imkansızlaşmıştır.

2- *Borcun gereği gibi ifa edilmemesi:* Borçlu borcunu yerine getirmiştir, fakat borç gereği gibi ifa edilmemiştir.

3- *Borçlunun temerrüdü:* Borcun ifası mümkündür, fakat borçlu borcun ifasında gecikmiştir, borçlunun temerrüdü (direnimi) söz konusudur (BK. md. 101 vd.)

11- SÖZLEŞME ÖNCESİ KUSURLU DAVRANIŞ

(Culpa in Contrahendo)

"Borca aykırılığın" kapsamı içinde değerlendirilebilecek bir husus da *"sözleşme öncesi kusurlu davranış"dır.*

1- Sözleşmenin tamamlanmasından önce, sözleşmenin oluşturulması aşamasında,taraflar, kararlarını etkileyecek bilgileri, karşılıklı olarak, iyiniyet k[illegible]llarına (MK. md. 2) uygun bir şekilde vermekle yükümlüdürler. Sözleşme goruşmelerinde,ıyınıyet kurallarına aykırı bir davranı$1a, karşı tarafa yanlış bilgiveren veyagerekli bilgiyi vermeyen veya gerekli dikkati göstermeyen taraf, bu kusurlu davranışından (kast veya ihmalinden) doğan *"menfi zararı"* (görüşmeler bir sözleşmenin yapılmasıyla sonuçlansın veya sonuçlanmasın)[1] ödemek zorundadır [2].

Aşağıdaki örneklerde sözleşme öncesi kusurlu davranışlardan (culpa in contrahendo) doğan zarardan sorumluluk söz konusudur:

a- Sözleşmeye konu olan edimin ifasının imkansız olduğunu (objektif imkansızlık) bildiği halde, karşı tarafa bilgi vermeyerek sözleşmeyi yapan borçlu, sözleşmenin geçersiz olmasından (BK. md. 20) doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

b- Sözleşmenin sonuçlarından kurtulmak için "hata" ettiğini iddia eden taraf, hata kendi kusurundan meydana gelmişse, sözleşmenin feshinden doğan zararı ödemeye mecburdur (BK. md. 26).

c- Yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmeyi temsil edilen onaylamazsa (icazet vermezse), yetkisiz temsilci, temsil yetkisinin bulunmadığını bilmiyen karşı tarafın, sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararını karşılamakla yükümlüdür (BK. md. 39) [3].

---

1) Bk. JT. 1952, 1. 542.

2) Bk. JT. 1980, 1. 70-72; Yarg. 15. HD. 7.5.1981, K. 81/1050 (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 1178).

Yarg. 13. HD. 13.11.1995, K. 95/9860: Devlet memurlarının ticaret yapması mumkün olmadığından, bu amaçla yapılan ticari sözleşmeler geçersizdir. Ancak, **sözleşme bir** süreçtir, sözleşme yapılmadan önce, görüşmeler sırasında, taraflar sözl[illegible]en[illegible] kapsam ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatmakla yükümlüdürler. Bu yükumluluğe kusurlu olarak aykırı davranan (culpa in contrahendo) - sözleşme yapılırken[illegible]emur olduğunu gizleyen - taraf, diğer tarafın bundan doğan zararını ödemekle yükümlüdür (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 569-571).

3) Bk. JT. 1978, 1. 556.

2- Sözleşme öncesi kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun hukuki niteliği tartışmalıdır 3a. Bir kısım yazarlar, *culpa in contrahendo* halinde henüz tarafları bağlayan bir sözleşmenin mevcut olmadığı, bu nedenle zarar veren tarafın haksız fillere ilişkin kurullara (BK. md. 41 öd.) göre sorumlu tutulabileceği görüşündedir (Oser-Schönenberger, md. 26, no. 15; md. 39, no. 7). Diğer bir kısım yazarlar (von Tuhr, § 24/VII; Becker, md. 26, no. 1) tarafından benimsenen ve Federal Mahkemece de uzun süre savunulan görüşe göre ise, sözleşme öncesi kusurlu davranıştan doğan zararların ödenmesinde, Borçlar Kanununun *"sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sorumluluğu·* düzenliyen 96 ve onu izleyen maddeleri kıyas yoluyla uygulanmalıdır 4. Bununla beraber, *Federal Mahkeme daha sonraki kararlarında,* sözleşme öncesi kusurlu davranışın hukukı niteliği hakkında yeni bir değerlendirme yapmaksızın, *zamanaşımı sorununa değinmiş ve culpa in contrahendo nedeniyle açılacak tazminat davalarında BK. md. 60'da* (haksız fiiler için) *öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır* 5.

§ il- İFA DAVASI VE CEBRİ İCRA

1- Borcun ifası mümkünse, alacak da muaccelse (ifa zamanı gelmişse), alacaklı, ifadan kaçınan borçluya karşı açacağı bir dava ile, borcun aynen ifasını talep edebilirs ve mahkeme kararına dayanarak cebri icra yoluyla borcun aynen yerine getirilmesini sağlayabilir.

Borçlar Kanununda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, alacaklının borcun aynen ifasını isteyebileceğinde bir duraksama (tereddüt) yoktur. Böyle bir davanın açılabileceği, BK. md. 106/2'de dolayısıyle yer alan "bu süre içinde borç ifa edilmezse, alacaklı her zaman onun ifasını istiyebilir" şeklindeki hükümden de anlaşılmaktadır *1.*

3a) Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. **Burcu Kalkan Oğuztürk,** Güven Sorumluluğu, 1st. 2008, sh. 101 vd.

4) Bk. JT. 1965, 1. 282; JT. 1952, 1. 542; JT. 1943, 1. 270.

5) Bk. JT. 1978, 1. 556; JT. 1976, 1. 187.

6) Borçlunun temerrüdüne ilişkin özel hükümler **(BK.** md. 101 vd.) saklı kalmak kaydiyle, borcun aynen ifası mümkün oldukça, alacaklı, kural olarak, ancak borcun aynen ifasını lstlyebilir, ifa yerine tazminat talebinde bulunamaz (Oser-Schönenberger, md. 97, no. 19; Becker, md 97, no. 7; von Tuhr, § 68/11; Feyzloğlu, C. 11, sh. 171).

7) Borcun aynen ifasının istenebileceği, ayrıca, Isviçre Borçlar Kanununun 97. (TBK..96) maddesinin (bize alınmamış olan) 2. fıkrasında mevcut "Cebri icranın nasıl olacağı, icra ve ltlAs Kanunuyla, Konfederasyon ve Kantonların icraya ilişkin kanun hükümlerine tabidir" şeklindeki kuralda da ifade edilmiştir.

Sö[illegible]leşmede, borcu[illegible]ifa edilmemesi halinde, alacaklının ifa davası açarnıyac[illegible]gı, sadece tazmınat isteyebileceği öngörülmüşse, alacaklı borçluyu aynen ıfaya zorlayamaz (von Tuhr, § 67/11).

2- [illegible]ynen ifa davası açma olanağının yanında, Borçlar Kanunumuz 97. rnaddesınde alacaklıya "yapma" ve "yapmama" borçlarına ilişkin olarak, mahkeme kararıyla sağlanacak başka bir imkan da tanımaktadır. BK. md. 97'ye göre her türlü tazminat (ödence) davası hakkı saklı kalmak üzere, *"Bır şeyin yapılmasına ilişkin borç, borçlu tarafından yerine getirilmediği takdirde, alacaklı, giderleri borçluya yükletilmek üzere, borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir".* Aynı şekilde, *"alacaklı, borca aykırı olarak yapılan şeyin, giderleri borçluya ait olmak üzere, kendisi tarafından kaldırılmasına izin verilmesini de talep edebilir".* Her iki halde de, alacaklı, tahmın olunan giderlerin borçlu tarafından önceden ödenmesinin karara bağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Giderler tahmin edilenden az tutarsa, alacaklı artan parayı borçluya geri vermekle yükümlüdür.

3- İfa davası sonunda, mahkeme borçlunun borcunu aynen ifasına karar verirse, borçlu borcunu kendiliğinden yerine getirmediği takdirde, karar, İcra ve İflas Kanununun kuralları içinde, Devlet tarafından yerine getirilir, cebren icra edilir. Böylece, bir para borcunun ifası söz konusu ise, borçlunun malları paraya çevrilerek, alacaklıya gerekli ödeme yapılır (İc., İt. Kan. Md. 32... vd.). Taşınabilir bir malın mülkiyetinin devri gerekiyorsa, mal borçludan alınarak alıcıya teslim edilir (İc. ve İf. Kan. md. 24) a. Taşınmaz bir malın (bir gayrimenkulün) boşaltılması ve teslimi karara bağlanmışsa, davalı taşınmaz maldan zorla çıkartılır ve taşınmaz davacıya teslim edilir (İc. ve İf. Kan. md. 26). Taşınmaz bir malın mülkiyetinin devri söz konusuysa, mülkiyet mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte (tescilden önce) alıcıya geçer (MK. md. 705), ayrıca, (hüküm fıkrasını kapsayan) hükmün kesinleştiğine, tescilin yapılmasına ilişkin mahkeme yazısı üzerine, Tapu sicilindeki kayıt alıcı adına düzeltilir (Reisoğlu Safa, Türk Eşya Hukuku, C. 1, 7.bası, Ankara 1984, sh. 181).

---

8) Borcun konusu olan taşınabilir mal borçlunun zllyedliğinde [illegible]ulunmazsa, [illegible]alın mahkeme kararında belirtilen değeri borçludan alınır. Borçlu mal_ın d[illegible]ger karş_,1'.ğını edemezse, ayrıca, icra emri tebliğine gerek oır:ıaksızın malın bedelı hacız (borç ıçın el koyma) yoluyla tahsil edilir (alınır). Bk. icra ve iti. Kan. md. 24.

§ 111- BORCUN İFA EDİLMEMESİ VE BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

1- GENEL OLARAK

Borçlar Kanunumuzun 96-100.maddelerinde, dar anlamda *"borcun ifa edilmemesi"* ve bundan doğan zarardan borçlunun sorumluluğu düzenlenmiştir. BK. md. 96'daki dar anlamıyla "borcun ifa edilmemesi" kavramı: a- *Borcun ifasının borçlunun kusuruyla imkansız/ aşması halini ve* b- *Borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumunu kapsar* [1].

11- KUSURLU İMKANSIZLIK

1- Genel olarak

Alacaklının borçluya karşı "ifa davası" açabilmesi, borcun ifasının mümkün olmasıyla sınırlıdır. Geçerli olarak meydana gelmiş bir sözleşmeden doğan borcun ifası herhangi bir nedenle "imkansız" ise, "ifa davası" söz konusu olmaz. İfa imkansızlığı borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelmişse borç sona erer (BK. md. 117). Borcun ifası borçlunun kusuruyla imkansızlaşmışsa, edimin yerini "tazminat" borcu alır; borçlu, (BK. md. 96 uyarınca) alacaklının "ifa imkansızlığından -borcun ifa edilmemiş olmasından- doğan zararını" ödemekle yükümlü olur.

2- Sözleşmenin yapılmasından önce-sonra meydana gelen imkansızlık

"İfa imkansızlığı" iki ayrı zamanda söz konusu olabilir: a- Sözleşmenin yapılmasından önce var olan imkansızlık, b- Sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelen imkansızlık.

a- Sözleşmenin yapılmasından önce var olan imkansızlık.

aa- Sözleşmenin yapılmasından önce edimin ifası *"objektif"* olarak (yani herkes için) imkansızsa, sözleşme geçersizdir (BK. md. 20). Bu objektif imkansızlık, "maddi", veya "hukuki" nedenlerin sonucu olabilir. Ölmüş belli bir yarış atının satılmasında *"maddi imkansızlık",* özel mülkiyete konu olamıyan bir taşınmazın satılması halinde ise *"hukuki imkansızlık"* söz konusudur. Her iki halde de edimin ifası herkes için imkansız olduğundan sözleşme geçerli

---

1) Borcun ifasında gecikme "borçlunun temerrüdü" ve buna bağlı hukuki sonuçlar BK. md. 101 ve devamında ayrıca düzenlenmiştir.

değ!ldir,[2] borçdoğ[?]rmaz [?] Borçlu, sözleşmenin yapıldığı sırada edimın ,fasınınımkansızolduğunu bılıyorduysa, daha önce de belirttiğimiz üzere, bır *"culpa in_contrahendo"* v[?]rdır, dur[?]mu bilmeyerek sözleşme yapan karşı tarafın menfı zararını (yanı sozleşmeyı geçerli zannetmesinden doğan zararını) ödemekle yükümlüdür.

bb- Buna karşılık, sözleşmenin yapılmasından önce edimin ifası sadece borçlu için imkansızsa, bir başkası borcu ifa edebilecek durumdaysa, (örneğin, borçlu başkasına ait, üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı bir malın mülkiyetini nakletmek veya uzmanlık alanına girmediği halde bir binanın projesini yapmak borcu altına girmişse) *"sübjektif imkansızlık"* söz konusudur. Sübjektif imkansızlık halinde sözleşme geçerli olarak meydana gelir. Borçlu borcunu yerine getirmekle, örneğin başkasının mülkiyetinde bulunan malı temin edip, mülkiyetini alıcıya nakletmekle yükümlüdür. Borcun ifası borçlunun kusuruyla gerçekleşmezse, borçlu, alacaklıya BK. md. 96 uyarınca tazminat ödemek mecburiyetindedir.

b· Sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelen imkansızlık

aa- Borcun ifasındaki maddi veya hukuki imkansızlık sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelmişse, hukuki sonuç "ifa imkansızlığında" borçlunun kusurlu olup olmadığına göre değişir: •

1- İfa imkansızlığı *"borçluyu yüklenemiyecek haller"*nedeniyle, diğer bir deyişle borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelmişse, BK. md. 117 uyarınca borç sona erer[3]_

---

2) Yarg. 15. HD. 21.10.2002, K. 2002/4758: **İmar** durumu **kesinleşmeyen bir yere belediyece "inşaat izni" verllemiyeceğinden, böyle bir inşaatın yapılmasını** öngören **sözleşmenin konusu hukuken imkansızdır, sözleşme taraflar arasında hukuki sonuç doğurmaz. Taraflar, sözleşme yapılırken imar** planının **kesinleşmediğlnl bilmektedirler. Bu durumda, geçersiz sözleşmeye dayanılarak, gecikme tazminatı ve yoksun kalınan kar adı altında bir istemde bulunulamaz. Taraflar ancak, sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde, blrblrlerine verdiklerin! veya mal varlığına kattıkları değerleri geri alabilirler** {Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 744-745).

3) Ayrıntılı bilgi için Bk. **Dural Mustafa,** Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık (BK. md. 117). İstanbul 1976.

Borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen ifa imkansızlığı nedeniyle borç sona ermişse, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde, bu **suretle borcundan kurtulmuş bulunan borçlu, karşı taraftan almış olduğu şeyleri sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri vermekle yükümlüdür. Borçlu henüz ödenmemiş bulunan alacağını istiyemez. Ancak, yasa** (BK. md. 183) **veya sözleşme ile, borcun ifasından önce doğan zararın da alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar saklıdır** (BK. md. 117/2).

2- *İfa ımkansızlığı borçlunun kusuruyla meydana gelmişse, edimın niteliği değişir, "aynen ıfa"nın yerini "tazminat borcu"* alır. BK. md. 96 uyarınca borçlu, alacaklının "hakkını elde edememesinden doğan zararını" ödemek!✪ yükümlü olur.

Sonuç olarak, BK. md. 96'nın uygulanması ve bu madde uyarınca borçlunun tazminat ödemekle yükümlü tutulması, sözleşmenin geçerli olarak meydana gelmesine ve sözleşmeden doğan borca ilişkin "ifa imkansızlığında" borçluya yüklenecek bir kusurun bulunmasına bağlıdır. Sözleşmenın *yapılmasından* önceki objektif imkansızlık nedeniyle sözleşme geçerli değilse veya *sözleşmenin yapılmasından sonra borçlunun kusuru olmaksızın ıfa imkansız/aşmışsa BK. md. 96'nın kapsamına giren bir durum yoktur. Bu maddeye dayanılarak borçludan tazminat istenemez* [4].

bb- *Sözleşmenin yapılmasından sonra, borçlunun kusuruyla meydana gelen ifa imkansızlığının "objektif" veya "sübjektif" nitelikte olması hukuki sonucu değiştirmez, her iki halde de borçlu tazminat ödemekle yükümlüdür* s (Oser- Schönenberger, md. 97, no. 3; von Tuhr, § 68/1; Engel, sh. 477). Böylece örneğın, teslim edilecek belli bir şey çalınmışsa veya üçüncü bir şahıs tarafından veya bir doğa olayı (sel, yıldırım vs.) sonucu tahrip edilmişse veya borcun konusu olan malın ithali yasaklanmışsa veya malın temin edileceği fabrika üretimi durdurmuşsa, meydana gelen objektif ifa imkansızlığı nedeniyle (BK. md. 96 uyarınca) tazminat ödenip ödenmiyeceği, ifanın imkansız hale gelmesinde (örneğin malın yanmasında, çalınmasında) borçlunun bir kusurunun (kast veya ihmalinin) bulunup bulunmadığı dikkate alınarak belirlenir [6]. İfa imkansızlığı, ithal yasağından veya fabrikanın üretimi durdurmasından doğmuşsa, ifa imkansızlığında borçlunun kusurlu sayılıp sayılmayacağı, şartlara göre, borçlunun *"ithal yasağını veya üretimin durması olasılığını dikkate alarak malı önceden depolama"* durumunda olup olmadığına göre saptanır [7]. Sonradan çıkan ithal yasağı nedeniyle kusursuz olarak edimi ifa

---

*4J*Yarg.!5.HD.20.7.✪007, K.2007/5035: **Borç ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan ıfa Imkans✪zlığı, mucbir sebepten kaynaklanmışsa** *"yoksun kalınan **kar'*** **istenemez. ifanın i✪k✪nsız hale gelmesi, projenin yürütülmesi için zorunlu olan ÇED** olumlu **belgesının ve orman tahsis kararının idari yargıda iptal edilmesinden kaynaklanmıştır. Yargı kararları ile oluşan imkansızlık "mücbir sebep" niteliğindedir. Yargıkararın_ın kesinleştiği tarihte** *"fiili ve hukuki imkansızlık"***gerçekleştiğinden sözleşme bu tarıht✪kendill✪_ind✪n sona erer** (Yargı Dünyası, mart 2008, sh. 141)

5) **Borc✪n ıtasında ımkansızlık" genellikle parça borçlarında (terden muayyen borçlarda)✪oz konusu olur. Borcun konusu cins ve miktar olarak belirlenmişse, piyasada** O cıns mal mevcut oldukça, borçlu (kural **olarak)** borcunu **ifaya**mecburdur. Bk. JT. 1932, 1. 403.

6) Bk.Yarg. HGK. 18.4.1984, K. 84/426. (Yarg. Kar. Derg. 1985 sh 320}

7) Bk. JT. 1986, 1. 73.

edemiyen borçlu, malı anormal fiyatlarla karaborsadan temin ederek borcunu ifa ile yükümlü değildir a.

3- Geçici imkansızlık

. Borcun if8:sında imkansızlık geçici nitelikte ise, (burcun niteliği belli bir tarıhten sonra ıfayı alacaklı yönünden faydasız kılmadıkça) borç imkansızlık nedeniyle_sona ermez, ifa gecikerek yapılır (von Tuhr, § 68/1; Becker, md. 97, na. 21; Oguzman, C. 1, sh. 108). Ancak, geçici nitelikte olsa da ifa imkansızlığının ne kadar süreceği belli değilse, kesin imk□nsızlığın hukuki sonuçları meydana gelir.

4- Kısmi imkansızlık

İfa borçlunun kusuruyla kısmen imkansız hale gelmişse, alacaklı edimin mümkün olan kısmının ifasını istemek ve ifa edilmeyen bölüm için tazminat talep etmek hakkına sahiptir. Kısmi ifa alacaklı için yararsız ise, alacaklı kısmi ifayı reddedip, borcun tümü için kusurlu imkansızlık nedeniyle tazminat istiyebilir (Becker, md. 97, no 22; Tekinay, sh. 1218-1219).

ili- BORCUN GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİ

1- Borçlu borcunu yerine getirmiş, fakat borç *"gereği gibi"* ifa edilmemişse, borçlu alacaklının "borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararını" (BK., md. 96 vd. uyarınca) [9] ödemekle yükümlüdür.

---

8) **Borcun ifasında imkansızlık ile borcun ifasında (örneğin malzeme fiyatlarındaki artış nedeniyle) ortaya çıkan olağan güçlükleri hukuki açıdan ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Borcun ifası mümkünse, borçlu, düşünülenden fazla emek ve gideri gerektirse ve bu yüzden zarar etme durumunda kalsa dahi, kural olarak, borcunu kararlaştırılan bedel karşılığında ifa ile yükümlüdür. Ancak, önceden tahmin olunamıyan haller (örneğin para değerindeki büyük değişmeler, fiyatlardaki anormal artışlar) işin yapılmasını aşırı derecede güçleştirirse;borçludan borcun sözleşmeye göre ifasını isteme (yeni şartlar dikkate alındığında) "hakkın kötüye kullanılması -MK.** md. 2-" sayılabilirse, borçlu, duruma göre sözleşmenin feshedilmesini, borçtan kurtulmasını veya sözleşmede öngörülen bedelin yüksetıımesini istiyebllir. Bk. BK. md. 365, JT. 1975, 1. 618; HGK. 22.1.1958, K. 7 (Olgaç, İBK. md. 365);Yarg.4. HD. 10.10.1978, K. 11161 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 957 vd.); Yarg. 11. HD. 4.11.1983, K. 83/4731 (Yarg. Kar.Derg. 1984, sh. 411); Becker, md. 97, no. 17 ve 20 rnd; von Tuhr, § 68/1; **Tekinay,** sh. 1349-1350. Daha geniş bilgi için, ilerde iV. Bölüm,§ V /ili te(empre-vizyon) yapılan açıklamaya bakınız.

9) BK. md. 96'da yer alan **"alacaklı hakkını kısmen... elde edemediği takdirde"** şeklindeki ifadeyle **"borcun gereği gibi ifa edilmemesi"** hali öngör□rnüştü□ .*BK. Tasarısının 112. maddesinde* ***"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse.*** denmıştır.

Borçlu, borcunu ifa ederken, yasadan, sözleşmeden veya iyi niyet kurallarından (MK. md. 2) doğ[illegible]l yükümlülüklerine aykırı davranmışsa, borç *"gereği gibi"* ifa edilmemiştir. Örneğin, verilen sulu benzinin motorun durması; sebep olması, bozuk yemeklerin veya yanlış hazırlanmış ilaçların zehirlenmeye yol açması, ameliyet yapılırken kullanılan araçların temizliğine, mikroptan arındırılmasına özen gösterilmemesi ve bu nedenle alacaklının zarara uğraması hallerinde *"borcun gereği gibi ifa edilmemesi"ve* bundan doğan zarar söz konusudur.

2- Alacaklı, borca uygun olmıyan ifayı reddetmek ve borcun gereği gıbı ifasını istemek hakkına sahiptir. Ancak, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, bazen ifanın gereği gibi yapılmadığı ifadan sonra anlaşılabilir. Bazen de, kötü {ayıplı) ifaya rağmen, alacaklı ifayı kabul etmek durumunda kalabilir (Bk. BK. md. 360/2). Alacaklının kötü ifayı kabul etmesi, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararı istemekten vazgeçme olarak değerlendirilemez.

iV- BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

1- Tazminatın şartları

"Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi" nedeniyle, borçlunun "sözleşmeden doğan sorumluluğunu" düzenleyen genel kural BK. md. 96'da yer almıştır. BK. md. 96'ya göre:

> *"Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen elde edemediği takdirde, borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlamadıkça bundan doğan zararı tazmine mecburdur"* 1O.

Borçlar Kanunumuzun 96. maddesi uyarınca *"borca aykırı davranış"* nedeniyle borçlunun tazminat ödemesi için aşağıdaki şartların varlığı gerekir:

a- *Borç hiç (tamamen) veya gereği gibi (kısmen) Ha edilmemiş olmalıdır.*

b- *Alacaklı "zarara" uğramış bulunmalıdır.*

c- *Borçlu, borcun ifa edilmemesinde "kusurlu" olmalıdır.*

d- *Borcun ifa edilmemesiyle alacaklının uğradığı zarar arasında "illiyet bağı" mevcut bulunmalıdır.*

1O) BK. md. 96'nın **"Alacaklıhakkını kısmen veya tamamen elde edemediği takdirde"** şeklindeki birinci cümlesi kaynak yasanın Almanca metninde (amacına uygun olarak) şöyledir: **"Borçhiç veya gereği gibilfa edilmezse..".**

a- Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması

1- *Borçifaedilmemişse, ifası da borçlunun kusuruyla imkansız/aşmışsa, alacaklı, ��md. 9��yarınca, borçludan "borcun ifa edilmemesinden" doğan zararının odenmesını istiyebilir.*

Borçlar ���unu�un 96. maddesinde yer alan *"alacaklı hakkını tamamen eld�':.de":edıgı t�kdırde._.."* şeklindeki ifadeden, (kural olarak) borcun ıfasındakı *ımkansız!ık* nedenıyle alacaklının hakkını elde edememesi halını anlamak lazımdır. ifayı sağlamada imkansızlık, borcun ifasının maddi ve hukuki bir nedenle i�kansızlaşmasından doğabileceği gibi, ifayı reddeden borçlunun (borcun nıteliği gereği) cebri icra yoluyla ifaya zorlanamamasının sonucu da olabilir. Bir resmin yapılmasında, şarkı söylenmesinde olduğu gıbı, borçlu borcunu şahsen ifa etme durumundaysa, borcun ifasının reddı halınde, alacaklı BK. md. 96'ya dayanarak zararının ödenmesini talep edebılir (Engel, sh. 476; Tandoğan, sh. 398). Belli bir tarihte verilmesi gereken bir konferansda olduğu gibi, borcun ifası için kesin olarak öngörülen zamanın geçmesi halinde de, "ifa imkansızlaşmıştır", BK. md. 96 hükümleri uygulanır [11].

2- Borç ifa edilmişse (borcun ifasında imkansızlık veya temerrüt söz konusu değilse), fakat borç (daha önce değindiğimizüzere) "gereği gibi ifa edilmemişse", alacaklı bundan doğan zararının ödenmesini de, BK. md. 96 uyarınca borçludan isteyebilir. (Ayıplı ifaya ilişkin özel kurallar -BK. md. 194 vd.; md. 362 - saklıdır).

b- Zarar

aa- Genel olarak

1- Borcun ifasının borçlunun kusuruyla "imkansız" olması veya b�rcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde, BK. md. 96 uyarınca borçludan maddı!azminat istenebilmesi, borcun ifa edilmemiş olmasından alacaklının mad bır zarar görmüş bulunmasına bağlıdır. Diğerbir deyişle, *alacaklı, borcun hıçve-*

11) **Borcun aynen ifasının (alacaklının ifayı cebri icra yoluyla sağlamasının) mümkün olduğu hallerde, borçlu borcun ifasında gecikmiş olsa dahi, alacaklı (borçlunun temerrüdüne ilişkin kurallar saklı kalmak kaydıyla}, ancak** borcu_na**nen ifasını ve (borçlu mütemerrit ise) ifanın gecikmesinden dogan zararı** l**lir (BK. md. 102-103). Borcun aynen ifası mümkünse (bor**lu**n !e**err**du** halın**de, karşılıklı borçları içeren sözleşmeler için BK. md. 106 da ongorulen ıstlsnanın dışında), alacaklı, borcun ifasından vazgeçtiğini beyan ederek, Bk.** md. **96 uyannc_a "borcun ifa edilmemesinden doğan zararının ödenmesini" isteyemez. (Oser-Schonenberger,** md. 97, no. 19; **Becker,** md. 97, no. 7; **von Tuhr,** § 68/11)

ya gereği gibi ifa edilmemiş olma[illegible]*ndan bir zarara uğramamışsa, borçlu taz. minat ödemekle yükümlü değildir.*

2- *İfanın borçlunun kusuruyla imkansızlaşması durumunda, borç ve borç* ***ilişkisi*** *sona ermez. Alacaklının sözleşmeden doğan ve aynen ifası mümkün olmıyan "alacak hakkı" nitelik tleğiştirir, bir "tazminat alacağı"na dönüşür* [12] (von Tuhr, § 68/111; Becker, md 99, no. 31; Feyzioğlu, C. 11, sh. 181; Tekinay, sh. 1138). Diğer bir deyişle, tazminat alacağı asıl alacağın (tazminat borcu asıl borcun) bir devamıdır. Bu nedenle ifası imkansızlaşan asıl alacağı garanti eden rehin, kefalet gibi güvenceler tazminat alacağını da garanti etmeye devam ederler. Asıl alacağa karşı ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar, tazminat alacağı için de geçerlidir. Asıl alacak için işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı, alacağın tazminat alacağına dönüşmesinden sonra da devam eder. *İfa daha önce imkansız hale gelmiş olsa dahi, tazminat alacağı ancak asıl alacağın muaccel olacağı tarihte istenebilir* [13].

bb- Müsbet zararın tazmini

1- *Borcun ifası borçlunun kusuruyla imkansız hale gelmişse, borçlu alacaklının "borcun ifa edilmemesinden doğan zararını", doktrindeki deyimle "müsbet zararını" ödemekle yükümlüdür* [14] (von Tuhr, § 68 / il; Oser-Schönenberger, md. 97, no. 10; Becker, md. 99, no. 31; Tekinay sh. 140; Feyzioğ-

12) Oğuzman'a göre, borçlunun kusuru olsun veya olmasın ifası imkansızlaşan borç sona erer. Ancak kusurlu imkansızlık halinde, BK. md. 96 uyarınca borçlu alacaklının uğradığı zararı tazminle yükümlüdür. Oğuzman bu görüşün sonuçların açıklanmasını basıtleştireceği kanaatındadır. Bk. **Oğuzman,** C. 1, sh. 104 vd.

13) Kusurlu ifa imkansızlığı nedeniyle asıl borcun tazminat borcuna dönüşmesi halinde, karşılıklı borçları içeren sözleşmelerde tazminat alacaklısının kendi borcunu aynen ifayla yükümlü olmaya devam edip etmiyeceğl doktlrinde farklı görüşlere yol açmıştır. "Değişim teorisini" benimseyen yazarlara göre, tazminat alacaklısı kendi borcunu aynen ifayla yükümlüdür. Buna karşılık, "Fark teorisini" savunan yazarlar, borcun ifası borçlunun kı,ısuruyla imkAnsız hale gelmişse diğer taraftan borcun aynen ifası istenemez, edimler arasında bir fark varsa, tazminat alacaklısı bu farkın ödenmesini borçludan talep edebilir görüşündedirler. Teorilerden birinin veya diğerinin benimsenmesi uygı,.ılanmada "trampa" sözleşmeleri yönünden önem taşıyacaktır. Satış sözleşmeleri bakımından sonuç fazlaca değişik olmaya• caktır {Bk. BK. md. 188).

14) Bk. Yarg. 13. HD. 13.12.1985, K. 85/7665 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1001) Borca aykırı davranış nedeniyle sadece alacaklı (sözleşmeye taraf olan kişi) uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Borçlu, borca aykırı davranıştan zarar görmüş olsalar dahi, (yasal istisnaların dışında, Bk. BK. md. 332/2); kural olarak, üçüncü şahıs!ara tazmln[illegible]t ödemekle yükümlü değildir. (Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. Tandogan HalOk, Uçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963).

lu'. C. 11, s. 182). *"Müsbet zarar"* borç ifa edilmiş olsaydı alacaklının elde etmışolac_ğım_enfaa_tın (maddi yararın) sağlanmamış olmasından doğan zarardır. Dıger bı deyı le, *"müsbet zarar" alacaklının malvar/ığının mevcut durumuyla, borç ıfa edılseydi alacağı durum arasındaki farkı ifade eder* 15. Böyle e, bir malın teslimine ilişkin borcun imkansız hale gelmesinde alacaklının usb_t zararının kapsamına, malın değeriyle birlikte, mal teslim edilseydi (rnegın malı başkasına satılması suretiyle) alacaklının sağlıyacağı kar da rer. Aynışekılde, borç ifa edilmediği için, malı bir başkasından daha yüksek fıyata satınalmaya veya kiralamaya mecbur olan alacaklı aradaki farkı borçludan istiyebilir 1s.

İfa imkansızlığı nedeniyle alacaklının uğrayacağı zarar, (yukarıdaki örneklerde görüldüğü üzere) fiili zarar *"mal varlığının azalması"* veya kardan yoksun kalma *"mal varlığında çoğalmanın önlenmesi"* şeklinde olabilir.

Borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde de alacaklı bu nedenle uğra-1.ığı f zararın ve yoksun kaldığı karın ödenmesini borçludan talep edebilir. Ornegın, borçlunun ayıplı mal teslimi nedeniyle alacaklı müşterilerini kaybetmişse, ayıplı mal teslimi olmasaydı müşterillerin alacaklıdan mal almaya devam edecekleri kesinse, borçlu, BK. md. 96, uyarınca, alacaklının bu nedenle yoksun kaldığı karı tazminle yükümlüdür 11.

2- Sözleşmelere ilişkin uygulamada "müsbet zarar" - "menfi zarar" ayrımı yapılır. *"Menfi zarar" geçerliliğine veya yapılacağını inanılan bir sözleşmenin geçersizliğinden veya yapılmamasından doğan zarardır* 18. Diğer bir deyişle, menfi zarar, sözleşme yapma söz konusu olmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Sözleşme öncesi kusurlu davranıştan (culpa in contrahendo) doğan zararlarda, aynı şekilde borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshinde (BK. md. 106, 108), *"sözleşmenin geçerli olmamasından* doğan zararın, diğer bir deyişle, *"menfi zararın"* tazmini istenebilir. Menfi zararın **ka_?**samına sözleşme nedeniyle yapılan giderler ve sözleşmenin geçerli oldugu

---

15) Bk. Yarg. HGK. 5.7.2006, K. 2006/507 (Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 91-95). Yarg. 14. HD. 14.10.2008, K. 2008/11628 (Yargı Dünyası, mayıs 2009, sh. 99 vd.).

16) Bk. Yarg. HGK. 17.1.1990, K. 90/1 (Yarg. K_ar. Derg. 1990, sh. 791-792). B madde 188'e göre, "Tıcari işlemlerde, satıcı borcunu ıfa etmezse, ı ıl nınsem (bedeli) ile kendisine teslim edilmeyen şey yerine bir diğerini almak ıçın ıyı nıyetle verdıgı bedel arasındaki farkı satıcıya ödettirebilir. ııar-

"Satılan borsaya kayıt ve kabul edilmiş otan veya carı (pıyasa) fıyatı b unanm .a. dan ı se, alıcı, yer ıne b ır dı ğer n ı almaya mec bur oma k s_ızın, satıla nın bed e_liyle tes1ım ıçın saptanmış olan günün fiyatı arasındaki farkı zarar ve zıyan olarak ıstıyebılır •

17) Bk. JT. 1957, 1. 106. 007 h 91 vd).

18) Bk. Yarg. HGK. 5.7.2006, K. 2006/507 (Yargı Dünyası, Şubat 2 ,s • • '
Yarg. 14. HD. 14.10.2008, K. 2008/11159 (Yargı Dünyası, mayıs 2009, sh. 99vd.).

inancıyla kaçırılan kazanç olanakları, örneğin diğer bir sözleşmeyi yapmai _ kanının kaybedilmesi suretiyle uğranılan zarar veya bu nede[illegible]le yoksun k[illegible] nan kar girer 1s. Uygulamada, menfi zararın kapsamı genellikle müsbet zararınkinden azdır.

cc- Manevi zararın tazmini

Borcun ifasının borçlunun kusuruyla imkansız hale gelmesi veya borcun gereği gibi ifa edilmemesi, alacaklının şahsiyet haklarında bir tecavüze uğraması sonucunu doğurmuşsa, BK. md. 47 ve 49'da öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde 20, borçlu alacaklıya manevi tazminat ödemekle de yükümlüdür 21. Gerek doktrinde, gerekse mahkeme kararlarında, sözleşmeden doğan borca aykırı davranış halinde (şartları varsa) manevi tazminat ödenmesi gereği, BK. md. 98/2'de yer alan *"Haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin kurallar kıyasen sözleşmeye aykırı davranışlara da uygulanır"* hükmüne dayanılarak kabul edilmiştir (von Tuhr, § 68/11, Becker, md. 97, no. 26;Tekinay, sh. 1143-1148; Tandoğan, sh. 424) [21a].

dd- Zararın isbatı

1- Borca aykırı davranış nedeniyle BK. md. 96 uyarınca maddi tazminat istiyen *alacaklı, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle maddi bir zarara uğradığını ve zararın miktarını isbat etmekle yükümlüdür*22.

Zararın gerçek miktarını isbat etmek bazen (özellikle, yoksun kalınan kara ilişkin isteklerde) güçtür. Bu gibi durumlarda, "haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırı davranışlarda da uygulanacağını" öngören 98. maddesinin 2. fıkrası dikkate alınarak, Borçlar Kanunumuzun 42. maddesine göre hareket edilir. BK. md. 42/2'ye göre, *"zara-*

---

19) Bk. Yarg. HGK. 17.1.1990, K. 90/1 (Yarg. Kar. Derg. 1990, sh. 792-793). Yarg. 15. HD. 1.2.19[illegible]6, K. 96/535 (Yarg. Kar. Derg. 1997, sh. 740); Yarg. 15. HD. 16.9.2003, K. 2003/3937 (1st. Bar. Derg. 2004/1, sh. 371).

20) Bk. JT. 1962, 1. 290;Yarg. 15. HD. 6.12.1990, K. 90/5337 (Yarg. Kar. Derg. 1991, sh. 907 vd.). Yarg. 4. HD., 19.3.1979, K. 3677 (Yarg. Kar. Derg. 1980, sh. 211); Yarg.13. HD., 24.9.1981, K. 81/6005 (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 1576).

21) Bk. JT. 1991, 1. 636. **Yargıtay,** ölüm ilanını gününde **yayıntamıyan gazete sorumlularının manevi tazmin.at ödemekle** yükümlü **olduklarını kabul etmiştir.** Bk. 4. HD. 7.3.1967 **(Olgaç,** Emsal lçt. Md. 96, sh. 432).

21a) Konuya ilişkin olarak Bk. **Murat** İnceoğlu, Yargıtay kararları ışığında sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat talepleri (BATİDER, aralık 2008, sh. 77-121).

22) Zararın kapsamı (cezai şart, BK. md 158 vd.), alt ve üst sınırı sözleşmede belirlenebilir.

rın ?erçe?"!i?tarını isba t?tm?k mümkün olmadığı takdirde, hakim, işlerın olagan gıdışını ve zarar gorenın aldığı tedbirleri gözönünde tutarak, zararın miktarınıadalete uygun bir şekilde saptar". Maddede söz konusu olan "zarar göre?i?aldığıtedbirler"den amaç, yoksun kalındığı iddia olunan karı sağlamak ıçın alınmışbulunan ve yoksun kalınan karın sağlanabileceği kanısını veren tedbirlerdir (von Tuhr, § 13/1).

. . 2- Borca aykırı davranış bedensel bir zarara sebep olmuşsa ve karar tarıhındebedensel zararın sonuçlarını tesbit etmek mümkün değilse, BK. md. 46/2 uyarın?a, h?kim "kararın bildirilmesi tarihinden başlıyarak iki yıl ıçınde durumu yenıden ınceleme yetkisine saklı tutulabilir".

c- Kusur

aa- Genel olarak

. ?orca ay?ırı davranıştan (ifa imkansızlığından veya borcun gereği gibi ıfa edılm?mesı?den) doğan zarardan BK. md. 96 uyarınca borçlunun sorumlututulabılmesı, borçlunun "kusurlu" olmasına bağlıdır. Diğer bir deyişle, *alacaklının tamamen veya kısmen hakkını elde edememesi borçluya yüklenebilecek bir kusurun sonucu ise, borçlu alacaklının zararını ödemek zorundadır.*

Borçlu, kural olarak, ağırlık derecesi ne olursa olsun (kast, ağır veya hafif ihmal) *her kusurdan sorumludur* (BK. md. 98/1) 23.

---

23) Yarg. 11. HD. 22.6.2006, K. 2006ll341: **Bir güven kurumu olarak faaliyet gösteren bankalar objektif özen** yükümlülüğünün **yerine getirilmemesinden kaynaklanan hafif kusurlarından dahi sorumludurlar. Bu nedenle, müşterisinin hesabında bulunan paranın, müşterinin haberi olmadan bilgisayar korsanlığı yoluyla başka bir hesaba aktarılmasının önlenmesi konusunda ek güvenlik tedbirleri almayan bankanın, hafif kusurundan dahi sorumlu olduğu dikkate alınarak, müşterisi**nin **zararını ödemek zorunda** olduğu **sonucuna varılmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bankanın hafif kusurundan dahi** sorumlu olduğu **bu olayda müşterinin birlikte kusurundan söz edilemez** (İst. Bar. Derg. 2007/1, sh. 284).

Yarg. 13. HD. 18.9.2008, K. 2008/10750: **Hastanın tedavisini üstlenen hastane ve doktorlar, meslek alanı kapsamındaki** bütün **kusurlarından hafif de olsa, sorumludurlar. Yapılan tedavinin, nadir de olsa, olası komplikasyonlarındanhastaya bilgi verilmesi, risklerinin anlatılması, komplikasyonun oluşması halinde glderllmeslnln mümkün olup olmadığı hususunda hastanın aydınlatılması ve yazılı olar!k rızasının alınması gerekir. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmasına ragmen sonuç alınamamış ve hasta -tedaviye başlanmadan önce- olası komplikasyonlar hakkında aydınlatılmış ve yazılı rızası alınmışsa hastane ve doktor sonuçtan sorumlu tutulamaz** (Yarg. Kar. Derg. 2009/1, sh. 78-81).

Borçlu, sözleşmeden doğan borcuna kasden veya ihmal ile aykırı davranmışsa; sözleşmenin niteliğine göre, borcun ifası veya gereği gibi ifası için iyiniyet kurallarının (MK. md. 2) gerekli kıldığı önlemleri kasten veya ihmal ile almamışsa "kusurlu" sayılır.

Haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, sözleşmeden doğan sorumlulukta da borçlunun "kusurlu" addolunması için temyiz kudredine (ayırt etme gücüne) sahip bulunması lazımdır ve yeterlidir. Temyiz kudretinden yoksun bulunan (MK. md. 13) borçludan sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle tazminat istenemez. Temyiz kudretinden yoksun bulunan kimsenin, hakkaniyet gerektiriyorsa, verdiği zararı tamamen veya kısmen tazmin etmesini öngören BK. md. 54'ün 1. fıkrası ve aynı şekilde, temyiz kudretini (sarhoşluk gibi bir nedenle) geçici olarak kaybeden kişinin (kendi kusuru olmaksızın temyiz kudretini kaybettiğini isbat etmedikçe) bu haldeyken yapmış olduğu zararı tazmine mecbur olduğunu belirleyen BK. md. 54'ün 2. fıkrası, sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sorumlulukta da uygulanır.

bb- Kusur karinesi

Borca aykırı davranış halinde (haksız fiillerdeki durumdan faklı olarak) *borçlunun "kusurlu" olduğu karinesinden (varsayımından) hareket edilir, borçlu kusurlu farzedilir.* Sözleşmeye aykırı davanış nedeniyle tazminat isteyen alacaklı, geçerli bir sözleşmenin varlığını, hakkını tamamen veya kısmen elde edemediğini ve bu nedenle uğradığı zararın miktarını isbat etmekle yetinmek hakkına sahiptir. Ayrıca borçlunun kusurlu olduğunu ispat mecburiyetinde değildir. BK. md. 96'da açıkça ifade edildiği üzere, *borçlu alacaklının hakkını elde edememesinde* (ifa imkansızlığında veya ifanın gereği gibi yapılmamasında) *bir kusuru bulunmadığı iddiasındaysa, bu iddiasını isbat ile yükümlüdür* [24]. Borçlu kusursuz olduğunu kanıtlayamazsa, alacaklının borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararını ödemek zorundadır.

---

24) Bk. HGK., 28.6.1978, K. 696 (Yarg. Kar. Derg. 1978, sh. 1439). Yarg. 15. HO., 4.6.1984, K. 84/1967 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 564).

Yarg. 11. HD. 21.12.2006, K. 2006/13739: **Bir güven kurumu olan, hafif kusurundan da sorumlu** bulunan **banka, sahteliği çıplak gözle görülebilecek nitelikte olmayan, noter tarafından** usulüne uygun **olarak düzenlenmiş bulunan vekaletnameye dayanarak yaptığı ödemede kusursuzdur, ödeme nedeniyle oluşan zarardan sorumlu değildir. Resmi şekilde yapılmış bulunan vekaletname, üzerinde soğuk** mühür **bulunan nüfus cüzdanına dayanılarak düzenlenmiştir. Noterlik Kanununun 162. maddesi uyarınca, noterler kusursuz olarak sorumluysalarda,** zarar **ile vekaletname arasındaki uygun illiyet bağı,** üçüncü **kişinin ağır kusuruyla kesilmiştir. Bu durumda noterin sorumluluğu ortadan kalkar** (İst. Bar. Derg. 2007/2, sh. 821 vd.).

cc- Kusursuzluğun isbatı, olağanüstü haller, mücbir sebep

Borçlu, ifa imkansızlığının, aynı şekilde ifanın gereği gibi yapılmamasının, *"kendisine yüklenemiyecek hallerin"* sonucu olduğunu isbat edebilirse, borcun ifa edilmemesinde kusursuz olduğunu kanıtlamış olur ve sonuçlu luktan (tazminat ödemekten) kurtulur [25][26].

Borcun ifasını veya gereği gibi ifasını engelleyen ve borçluya yüklenemiyecek olan olaylar, özellikle "olağanüstü hallerin" [27] (Cas fortuit) veya "mücbir sebebin= önlenemez nedenin" (Force majeure) sonucu olabilir.

Olağanüstü hal, *"borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen, sözleşme yapılırken görülemeyen ve borca aykırı davranışa kaçınılmaz bir şekilde sebep olan olaydır"* (Bk. feyzioğlu, C. il, sh. 221; Tekinay, sh. 1340-1341; Tandoğan, sh. 461 vd.) [28]. İfayı engelleyen olay sözleşmenin yapılması sırasında *"görülebilir"* nitelikteyse, olağanüstü halden söz edilemez, borçlu sorumluluktan kurtulamaz.

Mücbir sebep ise "dış kuwetlerin sonucu olan, borçlunun işletmesiyle bağlantılı bulunmayan, önceden görülemeyen, kaçınılmaz ve mutlak bir şekilde borcun ifasını engelleyen (borca aykırı davranışa sebep olan) olaydır" (von Tuhr, § 69/11; Feyzioğlu, C. 11, sh. 226; Tandoğan, sh. 464). Her mücbir sebep bir "olağanüstü hal"dir, fakat her olağanüstü hal bir "mücbir sebep" değildir. Mücbir sebepte ifayı engelleyen olay (olağanüstü halden farklı olarak) borçlunun işletme ve faaliyetiyle ilgisi olmıyan bir dış kuwetin etkisiyle meydana gelir. Ayrıca, olayın niteliği ve şiddeti, mücbir sebepte, ifayı önleme bakımından, olağanüstü hale göre daha mutlak ve objektiftir. Mücbir sebep niteliğindeki bir olayda sadece borçlu değil, kimse borcun ifasının engellenmesini önleyemez. Böylece örneğin, bir fabrikada kazan patlaması, bir işletmede yangın çıkması (olayda borçlunun kusuru yoksa) bir *"olağanüstü* hal"dir.

---

25) Daha öncede belirttiğimiz gibi, "borçluya yüklenemiyen haller" nedeniyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sona erer" (BK. md. 117).

26) **Borca aykırı davranış (ifa imkansızlığı) miras nedeniyle borç altına girme veya bir mümessil aracılığıyla borçlanma hallerinde olduğu gibi, borçlunun, mazur görülebilir bir sebeple, borçlu olduğunu bilmemesinin sonucu ise, borçlu kusursuz sayılır ve borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan sorumlu olmaz (von Tuhr,** § 69/111; **Oğuzman,** C. 1, sh. 132; **Tekinay,** sh. 1169).

27) Doktrinde "olağanüstü halleri" ifade etmek üzere "kaza, beklenmiyen hal, fevkalade hal" deyimleri de kullanılmaktadır.

28) **Borçlunun mütemerrit (direngen) olmasından sonra meydana gelen "olağanüstü hal" ve aynı şekilde "mücbir sebep" nedeniyle borcun ifası imkansızlaşmışsa, borçlu (kural olarak) zarardan sorumludur** (Bk. BK. md. 102).

Buna karşılık, yıldırım düşmesi, zelzele, su baskını, büyük kuraklık, anormal şiddette fırtına, harp 2s, genel grev, ithal yasağı nedeniyle borcun ifa edilememesi halinde *"mücbir sebep"* söz konusudur.

Mücbir sebep veya olağanüstü hal nedeniyle borç ifa edilmezse daha önceden belirttiğimiz gibi, borçlu sorumlu (tazminat ödemekle yükümlü) değildir (Bk. md. 117). (Olaağanüstü haller için yasalarda öngörülen istisnalar saklıdır. Bk. BK. md. 102, 293/11, 478, 481).

Sözleşmede hangi olayların "mücbir sebep" veya "olağanüstü hal" sayılacağı belirlenebilir. Ayrıca, *tarafların, kusursuz imkansızlıkta, mücbir sebep ve olağanüstü hal durumunda da borçlunun sorumlu olacağını kararlaştırmaları mümkündür, böyle bir sözleşme geçerlidir.*

d- İlliyet bağı

Borca aykırı davranış (ifa imkansızlığı veya borcun gereği gibi ifa edilmemesi) nedeniyle *alacaklının borçludan tazminat isteyebilmesi, borca aykırı davranış ile meydana gelen zarar arasında "uygun illiyet bağı"nın varlığına bağlıdır.* Diğer bir deyişle, (haksız fiilleri incelerken belirttiğimiz gibi), borçlu, ancak söz konusu borca aykırı davranışın, genel hayat tecrübesine, olayların normal akışına göre sebep olabileceği zararlardan sorumludur. Bu sınırı aşan zararlar için borçludan tazminat istenemez.

2- Tazminatın kapsamı

İfa imkansızlığından veya borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar nedeniyle ödenecek tazminatın kapsamı (miktarı) saptanırken dikkate alınacak unsurlar BK. md. 98'de aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir.

> *"Borçlu, genel olarak, her kusurdan sorumludur. Bu sorumluluğun kapsamı, işin özel niteliğine göre çok veya az olabilir. Özellikle iş borçluya bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha az şiddetle değerlendirilir.*
>
> *"Haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin kurallar, kıyasen sözleşmeye aykırı davranışlara da uygulanır".*

Böylece, haksız fillerden doğan zararlarda "maddi tazminatın kapsamını etkileyen unsurları" incelerken belirttiğimiz kural ve ilkeler, sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle söz konusu olacak tazminatın miktarını belirlemede de geçerlidir.

---

29) Bk. JT. 1943, 1. 201.

Sözleşmeye aykırı davranışta ödenecek tazminatın üst sınırı *"uğranılan zararın miktarı"dır.* Ancak, hakim kusurun ağırlık derecesini (BK. md. 43) [30], zarara uğrayanın birlikte kusurunu (BK. md. 44/1), borçlunun ekonomik durumunu (BK. md. 44/2), zararı etkileyen şartların özelliğini, işin borçluya bir yarar sağlayıp sağlamadığını (BK. md. 43 ve 98) dikkate alarak ödenecek tazminat miktarını azaltabilir, BK. md. 44/1'de öngörülen hallerde de tazminata hükmetmeyebilir.

Ödenecek tazminatın şeklini tayin yetkisi de hakime aittir (BK. md. 43). Genellikle, alacaklının zararı para ile tazmin edilir. Ancak hakim duruma göre aynen tazmine de karar verebilir.

3 - Sorumsuzluk anlaşması

a- Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelecek zarardan borçlunun sorumlu tutulmamasına ilişkin olarak, borca aykırı davranıştan önce yapılacak sözleşmelerin hangi ölçüde geçerli sayılacağı BK. md. 99'da düzenlenmiştir (Ayrıntılı bilgi için Bk. Sermet Akman, Sorumsuzluk anlaşması, İst. 1976).

aa- BK. md. 99/1'e göre, *"borçlunun kast veya ağır kusurundan doğan sorumluluktan kurtulmasını öngören, önceden yapılmış anlaşmalar geçersizdir".* Sözleşmenin "borçlunun sorumluluktan kurtulmasına" ilişkin kısmının geçersizliği, sözleşmenin diğer bölümlerinin bağlayıcı olmasını engellemez (BK. md. 20/2). *Borçlu* bu durumda (BK. md. 20/2'ye dayanarak) *"sorumsuzluk şartının geçersiz olduğunu bilseydi, sözleşmeyi yapmıyacağı"* iddiasıyla, *sözleşmenin tümünün geçersiz sayılmasını isteyemez* (von Tuhr, § 69NI- 2; Feyzioğlu, C. 11, sh. 212; Tandoğan, sh. 456). Böyle bir iddia "hakkın kötüye kullanılması" niteliğindedir.

Kast veya ağır kusurdan doğan sorumlulukta, borçlunun ödeyeceği tazminat miktarını indiren (önceden yapılmış) anlaşmalar da geçersizdir.

Sorumsuzluk anlaşmasında, borçlunun "hiç bir kusurundan sorumlu olmadığı" şekilde genel bir ifade kullanılmışsa, bu anlaşma borçluyu ancak (BK. md. 99 çerçevesinde) hafif kusuru halinde sorumluluktan kurtarır.

bb- Yasa Koyucu, borçluyu *"hafif kusurundan= hafif ihmalinden"* doğan sorumluluktan kurtaran önceden yapılmış anlaşmaları bağlayıcı saymıştır (BK. md. 99/2). Ancak, 99. maddenin 2. fıkrasına göre, hakim, aşağıdaki iki

30) Bk. JT. 1928, 1. 586.

halde, hafif kusurda borçluyu sorumluluktan kurtaran anlaşmayı takdir hakkını kullanarak geçersiz sayabilir 31:

1- Sorumsuzluk anlaşmasının yapıldığı sırada alacaklı borçlunun hizmetinde idiyse, veya,

2- Borçlunun sorumluluğu, hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir işletmeden (gaz, su, elektrik, telefon vs.) doğuyorsa.

b- Sorumsuzluk anlaşmasının geçerlilik şartlarına ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz kurallar, söz konusu anlaşmanın borca aykırı davranıştan önce yapılması halinde uygulanır. *Alacaklının zararın doğmasından sonra tazminat istemekten vazgeçmesi, zarar borçlunun kast veya ağır kusurunun sonucu olsa dahi, kural olarak geçerlidir.* Bu vazgeçme, duruma göre bir sulh anlaşması veya borçlunun ibra edilmesi niteliğindedir.

c- Yukarıda değindiğimiz BK. md. 99'da, borçlunun, kendi kusurlu davranışından doğan sorumluluktan kurtulmasının geçerliliği düzenlenmiştir. Borçlunun yardımcı şahısların davranışından sorumlu olmayacağını öngören anlaşmaların hukuki sonuçları (aşağıda incelendiği üzere) BK. md. 100'de ayrıca hükme bağlanmıştır.

V- YARDIMCI ŞAHISLARIN FİİLİNDEN SORUMLULUK

Günümüzün ekonomik yapısı, borçlunun, borcun ifasında yardımcı şahıslardan yararlanmasını çok kere zorunlu kılmaktadır. Yardımcı şahısların "borca aykırı davranmasından" doğan zarardan borçlunun sorumluluğu BK. md. 100'de aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

> *"Bir borcun ifasını veya bir borçdan doğan bir hakkın kullanılmasını kendisiyle birlikte yaşıyan kişilere veya yanında çalışanlara bırakan kimse, bu bırakma yasaya uygun olsa bile, bunların, işlerini yaparken verdikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı sorumludur".*

---

31) **BK. Tasarısının 115/2. ve 3. maddesinde konuya ilişkin olarak,** *"Borçlunun, alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür." "Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san'at ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."* **kuralına yer verilmiştir.**

I. Sorumluluğun şartları

Borçlar Kanunumuzun 100. maddesinde, yardımcı şahısların borca aykırı davranmasından doğan zarardan borçlunun sorumlu tutulması aşağıdaki şartların varlığına bağlanmıştır:

a- Borcun ifası veya hakkın kullanılması yardımcı şahsa bırakılmış olmalıdır.

1- *"Yardımcı şahıs" deyimi, borçlunun borcun ifasını veya borçtan doğan hakkın kullanılmasını bıraktığı bütün şahısları ifa eder* [32].

BK. md. 55'den farklı olarak, BK. md. 100'ün uygulanmasında bir kimsenin "yardımcı şahıs" sayılabilmesi için, borçlu ile borcun ifası kendisine bırakılmış kimse arasında "emri altında çalışma" ilişkisinin varlığı zorunlu değildir[33]. Borçlu tarafından borcun ifası kendisine bırakılmış bağımsız müteahhitler ve onun işçileri de BK. md. 100 anlamında yardımcı şahısdır (Becker, md. 101, no. 9; von Tuhr, § 70/11, not 18).

Borcun ifası kendisine bırakılan kimsenin "yardımcı şahıs" sayılması, bu kişiyle borçlu arasında sürekli bir ilişkinin [34] varlığına da bağlı değildir. Borcun ifası, bir rastlantı sonucu, geçici ve ücretsiz olarak kendisine bırakılan kimse de (borç ilişkisinden haberi olmasa dahi) yardımcı şahıstır.

Borçlunun borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasını bıraktığı şahıs da, BK. md. 100 anlamında yardımcı şahısdır. Örneğin, A kiraladığı bir otobüsün kullanılmasını şoförü B'ye bırakmışsa, B "yardımcı şahıs"tır. B'nin otobüse vereceği zarardan A alacaklıya (otobüs sahibine) karşı BK. md. 100 uyarınca sorumludur.

2- Bir kimsenin BK. md. 100 anlamında "yardımcı şahıs" sayılabilmesi için, borçlunun, borcun ifasını veya borçdan doğan bir hakkın kullanılmasını açık veya zımni (örtülü) bir iradeyle kendisine "bırakmış" olması gerekir. Borçlunun muvafakat, olmaksızın borcun ifasına katılan veya borç ilişkisinden doğan bir hakkı kullanan kimsenin verdiği zarardan, borçlu BK. md. 100'e göre sorumlu değildir. Bu nedenle, örneğin (genellikle kabul edilen gö-

---

32) BK. md. 1OO'de yer alan **"kendisiyle birlikte yaşıyan kişilere veya yanında çalışanlara"** şeklindeki ifade, kaynak yasanın Almanca metnine uygun olarak **"kendisiyle birlikte yaşıyan kişiler, işçiler veya hizmetliler gibi yardımcı bir şahsa"** anlamında değerlendirilmelidir.

33) Bk. JT. 1945, 1. 42.

34) Bk. HGK. 4.11.1964, K. 637, (Olgaç, Emsal İçt. md. 100, sh. 490).

rüşe göre) borçlu icazet vermedikçe, vekaletsiz iş görmede, borcun ifasına karışan kimse "yardımcı şahıs" sayılmaz.

3- *Tüzel kişiler de borcun ifasında yardımcı şahıslardan yararlanabilirler.* Bu takdirde onlar da, yardımcı şahısların fiillerinden BK. md. 100'e göre sorumludur. Ancak, tüzel kişinin organları "yardımcı şahıs" değildir. Onların fiilleri, doğrudan doğruya tüzel kişinin fiilidir.

b- Borcun ifası veya hakkın kullanılması yardımcı şahsa bırakılabilmelidir.

Yardımcı şahısların fiillerinden doğan zarardan borçlunun BK. md. 100'e göre sorumlu tutulması, borç ilişkisine ve işin niteliğine göre, borcun ifasının veya hakkın kullanılmasının yardımcı şahsa bırakılabilmesi halinde söz konusu olur.

Borçlu, borcu bizzat ifa zorundaysa, borcun ifasının veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının yardımcı şahsa bırakılması "borca aykırı" ise veya yardımcı şahsın seçilmesinde gerekli özen gösterilmemişse, borçlu kusurludur ve sonuç olarak ifanın yardımcı şahsa bırakılmasından ve yardımcı şahısların fiilinden doğan zarardan (yardımcı şahsın hiçbir kusuru olmasa dahi) BK. md. 96'ya göre soru[illegible],?,t,Jr. Bu durumda alacaklı BK. md. 100'den yararlanma ihtiyacında değildir.

c- Yardımcı şahıs borca aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermiş olmalıdır.

Yardımcı şahısların fiilinden doğan zarardan (BK. md. 100'e göre) borçlunun sorumlu tutulabilmesi için, *"yardımcı şahısların, işin ifası sırasında ve borçlunun borcuna aykırı bir davranışla alacaklıya bir zarar vermiş olmaları gerekir* [35]. Diğer bir deyişle, zarar, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasından veya borçdan doğan bir hakkın hukuka aykırı bir şekilde kullanılmasından doğmalıdır [36]. Yardımcı şahısların borcun ifası vesilesiyle yaptıkları (borcun ifasıyla ilişkisi olmayan) haksız fiillerinden doğan zarardan borçlu sorumlu değildir [37]. Böylece örneğin, bir kaloriferin onarılması için gelen yardımcı şahıs kaloriferde bir zarara sebep olursa, borçlu bundan sorumludur. Buna karşılık, aynı şahıs, kaloriferi onarırken bir fırsattan yararlanarak alacaklının malını çalarsa, bu zararın giderilmesi, (BK. md. 100'e dayanılarak) borçludan istenemez.

35) Bk. JT. 1960, 1. 172.
36) Bk. JT. 1964, 1, 555.
37) Bk. JT. 1960, 1. 172.

d- Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi halinde, borçlu doğmuş olan zarardan sorumlu tutulabilecek olmalıdır.

. . *Yardı'"!!cı şahıs borca aykırı davranışında kusurluysa, yardımcı şahsın fiilinden dogan zarardan, borçlu "kendisi öyle davranmış gibi" sorumludur* [38]. Aksi kanıtlanıncaya kadar, yardımcı şahıs davranışında kusurlu sayılır.

Yardımcı şahıs "kusursuz" ise, yardımcı şahsın fiilinden doğan zarardan b[illegible]?.lun[illegible].. sorumlu tutulup tutulamayacağı farklı görüşlere yol açmıştır. Bu goruşleri uç ayrı grupta toplamak mümkündür:

1- Bir görüşe göre, borçlu, borca aykırı davranılmasında, kendisine ve yardımcı şahsa yüklenebilecek bir kusurun mevcut olmadığını isbat edebilirse, yardıf"!1C1 şahsın fiilinden doğan zarardan sorumlu tutulamaz (Bk. von Tuhr, § 70/111). Isbat yükü (BK. md. 96'daki genel kural uyarınca), borçluya aittir.

2- Aksi yöndeki görüşe göre, borçlunun, yardımcı şahsın fiilinden doğan z[illegible]rardan sorumlu olması için, yardımcı şahsa veya kendisine yüklenebilecek bır kusurun varlığına ihtiyaç yoktur. BK. 100'de öngörülen sorumluluk (Bk. md. 55'de olduğu gibi) mutlak bir "kusursuz sorumluluk= objektif sorumluluk" halidir (Bk. Saymen, Elbir, sh. 721-723; Tunçomağ,sh. 51O).

3- Federal Mahkeme ve Yargıtay tarafından benimsenen doktrinde de genellikle olumlu karşılanan üçüncü bir değerlendirmeye göre, *BK. md. 100'ün amacı, borcun ifasının bir yardımcı şahsa bırakılmasından alacaklının zarar görmesinin önlenmesidir. Yardımcı şahıs borca aykırı davranışta kusurlu değilse, doğan zarardan borçlunun sorumlu tutulması ancak borcun (yardımcı şahıs yerine) bizzat borçlu tarafından ifası halinde, zarara sebep olan davranışta borçlunun kusurlu sayılabilmesine bağlıdır*[39]. Böylece, yardımcı şahıs, borca aykırı davranışında (olağanüstü haller, mücbir sebep gibi) harici ve objektif nedenlerle kusursuz ise, borçlu zarardan sorumlu değildir. Buna karşılık, yardımcı şahıs (sınırlı tecrübesi nedeniyle zararı önleyememe veya temyiz kudretini kaybetme halinde olduğu gibi) *sübjektif (şahsına bağlı) nedenlerle kusursuz sayılırsa, borç bizzat borçlu tarafından ifa edilseydi* (bir operatörün ameliyatın yapılmasını tamamen veya kısmen asistanına bırakması halinde olabileceği gibi) *borçlunun ehliyet ve tecrübesi nedeniyle, borca aykırı davranışı oluşturan fiilde borçlu kusurlu addolunacaktıysa* [40], *borçlu yar-*

38) Bk. JT. 1978, 1. 286; JT. 1970, 1. 69; JT. 1968, 1. 642; JT. 1966, 1. 181; JT.1964, 1. 559; JT. 1945, 1., 47; 1928, 1. 586, JT. 1927, 1. 487.

39) Bk.Yarg.11. HD., 17.1.1980, 1/133 (Yarg. Kar. Oerg. 1980, sh. 1250)JT.1966, 1. 526; JT. 1966, 1. 186; JT. 1964, 1. 555; JT. 1945, 1. 42; JT.1927, 1. 487.

40) Bk. JT. 1966, 1. 528.

dımcı şahsın fiiilinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür (Bk. Oser-Schönenberger, md. 101, no. 12; Engel, sh. 500-501; Tekinay, sh. 1201 vd.; Tandoğan, sh. 444 vd.; Oğuzman, sh. 141 vd.; Feyzioğlu, C. 11, sh. 203 vd.).

BK. md. 100 uyarınca yardımcı şahısların fiilinden doğan sorumlulukta (BK. md. 55'den farklı olarak) *borçlu "kurtuluş beyyinesinden" yararlanamaz* [41], diğer bir deyişle, borçlu, zararın meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği bütün dikkat ve itinayı gösterdiğini (yarqımcı şahsın seçiminde ve denetiminde bir özen noksanlığı bulunmadığını) veya gerekli bütün dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zararın meydana gelmesini önleyemiyeceğini isbat ederek sorumluluktan kurtulamaz.

2- Sorumsuzluk anlaşması

Borçlunun, yardımcı şahısların fiilinden, (kasdından veya ihmalinden) doğacak zarardan tamamen veya kısmen sorumlu olmıyacağını öngören anlaşmalar geçerlidir (BK. md. 100/2).

Bununla beraber, BK. md. 100/3'e göre, *"alacaklı, borçlunun hizmetindeyse veya sorumluluk hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atla uğraşmaktan doğuyorsa, borçlu, sözleşmeyle, ancak hafif bir kusurdan doğan sorumluluktan kendisini kurtarabilir"* [41a].

3- Yardımcı şahısların alacaklıya karşı sorumluluğu

Yardımcı şahısların fiilinden doğan zarar nedeniyle, alacaklı, ancak BK. md. 100'e dayanarak borçludan tazminat istiyebilir. Yardımcı şahıslarla alacaklı arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi mevcut olmadığı için, alacaklı, kural olarak, doğrudan doğruya yardımcı şahıslardan tazminat talebinde bulunamaz [42]. Bununla beraber, yardımcı şahısların davranışı (onarılacak bir malın tahribinde olduğu gibi) aynı zamanda, alacaklıya karşı haksız fiil niteliğindeyse, alacaklı, haksız fiile ilişkin kurullara dayanarak, zararın ödenmesini yardımcı şahıslardan da istiyebilir [43].

---

41) Bk. JT. 1960, 1. 172; JT. 1945, 1. 47; JT. 1927, 1. 487; Yarg. 11. HD. 17.1.1980, 1/133 {Yarg. Kar. Derg. 1980, sh. 1250).

41a) **BK. Tasarısının 1<onuya ilişkin 116/3. maddesine göre,** *"Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san'at, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."*

42) Bk. Yarg. 11. HO. 17.1.1980, 1/133 (Yarg. Kar. Derg. 1980, sh. 1251).

43) Bk. JT. 1972, 1. 130.

4- Borçlunun yardımcı şahsa dönüp başvurması

Yardımcı şahsın fiilinden doğan zararı alacaklıya ödeyen borçlu, yaptığı ödeme nedeniyle, yardımcı şahısla aralarındaki sözleşmeye (hizmet, vekalet, istisna aktine) dayanarak, yardımcı şahsa dönüp başvurabilir. Borçlu ile yardımcı şahıs arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa, yardımcı şahsın davranışı da alacaklıya karşı bir haksız fiil niteliğinde ise, borçlu yaptığı ödeme için BK. md. 51 uyarınca yardımcı şahsa başvurabilir.

5- BK. md. 55'in, BK. md. 100 ile karşılaştırılması

Borçlar Kanunumuz 55. ve 100. maddelerinde, esas itibariyle, başkasını çalıştıranlar, çalıştırdıkları kimselerin verdikleri zarardan (kendilerinin bir kusuru olmasa dahi) sorumlu tutulmalarını düzenlemektedir. Bununla beraber, her iki madde arasında gerek uygulama alanı, gerekse hukuki şartlar açısından farklar vardır:

a- BK. md. 55'de, istihdam edenle bir sözleşme bağı içinde olmıyan bir şahsa, işçinin, hizmetinin ifası sırasında haksız fiil ile verdiği zarardan iş sahibi sorumlu tutulmaktadır. BK. md. 100'de ise, yardımcı şahıs, borçlunun (borcun ifasını kendisine bırakanın) borcuna aykırı davranarak alacaklıya bir zarar vermiştir. Yardımcı şahsın fiilinden zarar gören ile, yardımcı şahısdan yararlanan kimse, arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Böylece, BK. md. 55'-de, başkasının fiili nedeniyle "sözleşme dışı sorumluluk", "haksız fiil sorumluluğu"; BK. md. 100'de ise, başkasının fiili dolayısıyla "sözleşmeden doğan sorumluluk = akdi sorumluluk" söz konusudur. Örneğin, A, bozuk bulunan kalorifer tesisatının onarılması için B ile anlaşmış, B de tesisatın onarılmasını yardımcısı C'ye bırakmıştır. C tesisatı onarırken kazanın patlamasına sebep olmuş ve patlama sonucunda kazan tahrip olmuş, o sırada yoldan geçmekte olan D de yaralanmıştır. Bu olayda da B, (C'nin fiili nedeniyle) D'ye karşı BK. md. 55'e, sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu A'ya karşı BK. md. 100'e göre sorumludur. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi (Bk. Bölüm 11, ayrım il, § **1),** "sözleşmeye aykarı davranış", aynı zamanda "haksız fiil" niteliğindeyse, zarar gören şahıs (örnekte A), zararın ödenmesini, isterse 100., isterse 55. maddeye dayanarak başkasını çalıştırandan istiyebilir.

b- Başkasını çalıştıranların BK. md. 55 uyarınca sorumlu olması, istihdam eden ile zarar veren kimse arasında °emrine bağlı olarak çalışma" ilişkisinin mevcudiyetine bağlıdır. Borçlunun, BK. md. 100 uyarınca yardımcı şahsın fiilinden sorumlu tutulmasında ise, "emri altında çalışma" ilişkisinin varlığı zorunlu değildir.

c- BK. md. 55'de, istihdam eden için bir kurtuluş beyyinesi (kanıtı) kabul edilmiştir. "Başkasını çalıştıran kimse, zararın doğmaması için durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın doğmasına engel olamıyacağını kanıtlarsa, sorumlu olmaz" [44].

BK. md. 1OO'e göre yardımcı şahsın fiilinden sormlulukta ise, borçlu, BK. md. 55'de öngörülen kurtuluş kanıtından yararlanamaz. Borçlu, yardımcı şahsı seçmede ve denetlemede durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ederek sorumuluktan kurtulamaz. Borçlunun, yardımcı şahsın fiilinden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için, borca aykırı davranışta kendisinin ve yardımcı şahsın bir kusuru olmadığını ve ayrıca borcu kendisi ifa etseydi (yardımcı şahsın fiilini bizzat yapsaydı), kendisinin de kusurlu sayılmıyacağını, kendi bilgi ve tecrübesinin de sonucu değiştirmeyeceğini ispat etmesi gerekir [45].

d- BK. md. 55'e dayanılarak açılacak davalar, BK. md 60 uyarınca, 1 ve 1O yıllık zamanaşımına tabidir. BK. md. 1OO'e göre açılacak davalarda ise zamanaşımı süresi 1O yıldır (BK. md. 125).

§ iV- BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ -DİRENİMİ-

1- GENEL OLARAK

"Borçlunun temerrüdü" veya benimsenmeye başlanan yeni deyimiyle *"borçlunun direnimi"* daha önce de belirttiğimiz gibi, geniş anlamıyla *"borcun ifa edilmemesi= borca aykırı davranış"* hallerinden biridir. Borçlunun temerrüdünden söz edebilmek için, *borcunun ifasının mümkün olması* ve ifa zamanının gelmesine (alacağın muaccel olmasına) rağmen borcun ifa edilmemiş bulunması gerekir. *Borcun ifası herhangi bir nedenle imkansız/aşmışsa, artık borçlunun mütemerrit kılınması yolu kapalıdır,* bu durumda, daha önce ayrıntılarıyla belirttiğimiz üzere, borçlu kusursuz ise borç sona erer (BK. md. 117), borçlu kusurluysa, asıl borcun yerini tazminat borcu alır (BK. md. 96).

iI- BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

Borcun ifasında gecikmenin hangi hallerde (hangi şartlarla) "borçluyu mütemerrit = direngen" kılacağı ve borçlunun temerrüdüne (direnimine) bağ-

---

44) Konuya ilişkin olarak, il. bölüm, Ayırım 11, § lll'de verilen bilgiye bakınız.

45) Bk. Yarg.11. HD.17.1.1980, 1/133 (Yarg. Kar. Derg. 1980, sh. 1250);JT.1966, 1. 526; JT. 1966, 1. 186; JT. 1960, 1. 172.

lanan hukuki sonuçlara yol açacağı BK. md. 101'de gösterilmiştir. BK. md. 101'e göre:

"Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtariyle mütemerrit (direngen) olur.

"Borcun ifa edileceği gün birlikte belirlenmiş veya saklı tutulan bir hakka dayanılarak iki taraftan birinin yaptığı bildirim ile saptanmışsa, borçlu, sadece bu günün sona ermesiyle mütemerrit olur".

BK. md. 101'in yukarıda verilen metnine göre, borçlu aşağıdaki şartların varlığı halinde "mütemerrit = direngen" sayılır

1- Borcun muaccel olması

Borçlunun "mütemerrit" sayılabilmesinin (kılınabilmesinin) ilk şartı, borcun (alacağın) muaccel olmasıdır. Diğer bir deyişle, "ifa zamanı", alacaklının ifayı istiyebilme günü gelmiş bulunmalıdır. Ancak, ifa zamanının gelmiş olmasına rağmen, ifa isteğine karşı, zamanaşımı veya ödemezlik def'i gibi ifadan kaçınmasına yasal olarak imkan veren bir haktan fiilen yararlanan borçlu mütemerrit duruma düşmez. Temerrüdün önlenebilmesi için defi olanağının varlığı yeterli değildir. Borçlu, def'i hakkını fiilen kullanmış olmalıdır.

2- Alacaklının ihtarı

a- Kura 1

Borçlunun "mütemerrit = direngen" sayılması için, borcun muaccel olması yetmez. *Muaccel bir borcun borçlusu ancak "alacaklının ihtarı ile" ve ihtar beyanının kendisine ulaştığı tarihten itibaren* [1] *"mütemerrit"* olur. "İhtar"dan, amaç, alacaklının, alacak miktarını belirterek, borçludan borcun ifasını istemesi ve ifayı kabule hazır olduğunu bildirmesidir [2]. *Alacaklı, alacak miktarını belirterek borçluya gönderdiği ihtarda, borcu,* ihtarnamenin ulaştığı tarihten itibaren -örneğin- *1O gün içinde ödemesini istemişse, borçlu 1O günlük süre-*

---

1) Bk. JT. 1978, 1. 67. Yarg. HGK. 4.5.2005, K. 2005/296: Borcun belli bir kısmının ödenmesi istemini içeren bildirim, borcun tamamını kapsayacak biçimde "borçlu temerrüdünü" oluşturmaz. Kredi kartlarında Bankalar borcun bir kısmının ödE:nmesini istediklerine göre, temerrüt sadece bu kısım için gerçekleşmiş sayılır (1st. Bar. Derg. 2005/6, sh. 2239).

2) Yargıtay 15. HD. 24.07.2006, K. 2006/4739: **Temerrüt ihtarında alacak miktarının açıkça gösterilmiş ve ödenmesinin istenmiş olması şarttır** (Yargı Dünyası, Nisan 2007, sh. 125 vd.). Ayni yönde: Yarg. 15. HD. 20.10.2008, K. 2008/6177 (Legal, ocak 2009, sh. 197).

nin sonunda mütemerrit olur [2a]. *Dava açılarak borcun ifasının istenmesi veya icra memurluğunca ödeme emri gönderilmesi de ihtar niteliğindedir. İhtar alacağın muaccel olduğu tarihten sonra yapılmalıdır.* ihtar, alacaklı veya yetkili temsilcisi tarafından, borçluya veya yetkili temsiline yapılabilir. Borçlu temyiz kudretinden yoksun ise ihtarın mumessiline yapılması gerekir.

Borcu doğuran hukuki işlem bir şekle tabi olsa dahi, ihtarın geçerliliği belli bir şekilde yapılmasına bağlı değildir. İhtar sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Ancak, Ticaret Kanunumuzun 20. maddesine göre *"Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek .. amacıyla yapılacak ihtarların geçerli olması için, noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır".*

İhtarın hukuki niteliği tartışmalıdır. Doktrinde hakim fikre göre, ihtar, hukuki işleme ilişkin prensiplerin uygulandığı, "hukuki işlem benzeri" bir irade beyanıdır (von Tuhr, § 72/11; Engel, sh. 464; inan, sh. 497). Zira, ihtar ile alacaklı borcun ifasını ister, "temerrüt" ifa isteğine yasanın bağladığı bir sonuçtur. Bu hukuki niteliği nedeniyle, Türk Hukuk Doktrininde, ihtarın ispatının da bir şekle bağlı olmadığı, HMUK. md 288'de yer alan, hukuki işlemlerin senetle ispatına ilişkin kuralın burada uygulanamıyacağı görüşü ağırlık kazanmıştır (Feyzioğlu, C. il, sh. 232; Tekinay sh. 1223-1226). Doktrindeki bu eğilimin, HMUK. md. 288'in amaciyle ne ölçüde bağdaşabileceği hiç şüphesiz tartışmaya açık bi(noktadır.

b-İstisna

BKmd. 101 aşağıdaki iki halde ihtar yapılmaksızın borçlunun mütemerrit sayılacağını öngörmüştür:

- *Tarafların anlaşmasıyla borcun ifa edileceği gün belirlenmişse* (örneğin sözleşmede 5 Mart 2007 tarihinde borç ödenecektir denmişse) *o günün ifa yaprlmaksızın sona ermesiyle* (alacaklının ihtarına ihtiyaç olmaksızın) *bor:çf,u mütemerrit olur* [3]. Aynı şekilde, sözleşmeye göre borç belli bir süre (ör-

---

2a) Bk. Yarg. 19. HD. 23.1.2009, K. 2009/354 (İst. Bar. Derg. 2009/3, sh. 1656).

3) Yarg. HGK 12.6.2002, K. 2002/514: **Ortak gider ve avans borcu yönetim planında belirlenmiş olan tarihte ödenmemiş ise, borç muaccel ve borçlu mütemerrit olmuştur. Bu tarih itibariyle gecikme tazminatına hükmedilmesi gerekir.** (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 8). •

Yarg. 19. HD. 18.9.2008, K. 2008/8549: Taraflar *ödeme gününü kesin olarak kararlaştırmamış/arsa,* borçlu ancak temerrüt ihtarı ile temerrüde düşer. **Taraflar arasındaki sözleşmede, ödemenin faturanın kesinleşmesinden itibaren 75 gün içinde yapılacağı kararlaştırılmıştır. Bu durumda, ödeme gününün kesin olarak kararlaştırıldığı kabul edilemez. Temerrüt ihtarı da gönderilmediğinden, takip tarihinden öncesi için faiz istenemez.** (Yargı Dünyası, şubat 2009, sh. 124).

n□in.sözleşmenin yapılmasından itibaren 15 gün) içinde ifa edilecekse, bu surenın ?olmasıyla da ifada geciken borçlu mütemerrit duruma düşer. Buna karşılık, ıfa □amanının yasa ile belirlendiği hallerde, borçlunun temerrüdü için alacaklının ıhtarı şarttır 4_

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, *"haksız fiil"den* doğan tazminat borçlarınd□hak□ız fiilin yapıldığı tarihte, *"sebepsiz zenginleşmede"* zenginleşme tarihınde, *ihtar yapılması gerekmeksizin,* borçlunun kendiliğinden direngen {mütemerrıt) sayılacağı, bu tarihlerden itibaren direnim (temerrüt) faizi ödenmesi gerektiği görüşündedir 5,5a. Yargıtay'a göre, zararın giderilmesine ilişkin harcama □aha sonraki bir tarihte yapılmış olsa dahi, "direnim faizi" haksız fiilin yapıldıgı günden itibaren ödenir s.

---

4) Bk. HGK., 8.1.1964, K. 12 **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 101, sh. 494).

. 5) **Yargıtay Hukuk Genel** Kurulu'nun **bu görüşü, BK. Tasarısının 117/2. maddesında de benimsenmiştir. Tasarının 117/2 maddesine göre,** *"Haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur.Ancak sebepsiz zengin/eşenin iyi niyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır."*

Sa) Yarg. HGK. 6.2.2008, K. 2008/102: **Haksız fiilde ve sebepsiz zenginleşmede temerrüt için ihtarın gerekmediğine ilişkin açık bir yasa hükmü yoktur. Ancak, müşterek hukukun** *"gasbeden daima temerrüt halindedir"* **şeklindeki genel ilkesi günümüzde de uygulanmalıdır. Bu ilkeye göre, haksız** fiilin **faili ve sebepsiz zenginleşen daima temerrüt** -direnim- **halinde bulunduğu için, zaten gerçekleşmiş bulunan temerrüdü sağlamak üzere, alacaklının ayrıca bir ihtarda bulunması gerekmez. Temerrüt, haksız fiilden doğan tazminat borçlarında haksız fiilen yapıldığı tarihte, sebepsiz zenginleşmede zenginleşme tarihinde kendiliğinden gerçekleşir. Bu tarihler itibariyle temerrüt** -direnim- **faizi ödemek gerekir** (Yargı Dünyası, ağustos 2008, sh. 81 -özellikle 85). Ayrıca Bk. Yarg. HGK. 17.12.2003, K. 2003/774 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 352-353). Yarg. 17. HD. 13.12.2005, K. 2005/11397 {Yargı Dünyası, Nisan 2006, sh. 104).

Yarg. 4. HD. 11.2.2002, K. 2002/1543: **Haksız eylemden kaynaklanan tazminat isteklerinde, haksız eylemin meydana geldiği tarihte zarar doğmuş ve ayni günde zarar veren tazminatı ödeme** yükümlülüğü **altına girmiştir. Böylece alacaklı, ayni tarihten itibaren faiz istemeye hak kazanmıştır** {Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 1168-1169). Ayni yönde: Yarg. 4. HD. 20.11.2008, K. 2008/14382 {Yarg. Karg. Derg. 2009/7, sh. 1266); Yarg. 4. HD. 1.3.2006, K. 2006/1967 (Yargı Dünyası, Ekim 2006, sh. 62).

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 31.5.2005 tarihli (K. 2005/5986) kararında -sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olarak- farklı bir görüş benimsenmiştir. Yarg. 3. HD'ne göre **"Nedensiz zenginleşmede, zenginleşen, ister iyiniyetll ister kötüniyetli olsun, kendisinden iade talep edilmeden önce temerrüde (direnime) düşmüş sayılmaz. Bu nedenle, dava dilekçesinin davalıya tebliğ edildiği tarihte davalının teme_rrüde düştüğü kabul** edilmelidir, temerrüt faizi bu tarihten itibaren lşletllmelldlr" {1st. Bar. Derg. 2006/6, sh. 2677). Ayni yönde: Yarg. 3. HD. 15.7.2008, K. 2008/13327 (Yargı Dünyası, Şubat 2009, sh. 48).

6) Bk. Yarg. HGK. 30.11.2005, K. 2006/675 {İst. Bar. De□g. 2006/3, sh. 1291).

b- *Sözleşmede taraflardan birine ifa gününü (vadeyi) belirleme hakkı tanınmışsa, bildirilen ifa tarihinde edimi yerine getirmeyen borçlu (ihtara ihtiyaç olmaksızın) mütemerrit sayılır.* Borcun ifa edileceği günün bildirilmesi (ihbarı) geçerliliği şekle bağlı olmayan bir hukuki işlemdir. Ancak, anlaşmazlık halinde, gerekli ihbarın yapıldığı HMUK. md. 288 uyarınca yazılı delil ile ispat edilebilir.

3- İfanın mümkün olması

Borçlunun mütemerrit sayılabilmesi veya ihtar ile mütemerrit kılınabilmesi için borcun ifasının mümkün olması gerekir. Borçlu mütemerrit (direngen) duruma düşmeden önce, borcun ifası herhangi bir nedenle imkansızlaşmışsa, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanmaz. Buna karşılık, borçlunun temerrüdünden sonra borcun ifası imkansız olursa, bu durum temerrüde ilişkin kuralların uygulanmasını önlemez (Bk. BK. md. 102; Tekinay, sh. 1221; Feyzioğlu C. 11, sh. 240). Ancak, ifanın imkansızlaştığı andan itibaren "temerrüt" sona erer.

4- "Kusur" şartının aranmaması

Borçlunun mütemerrit sayılabilmesi için, borcun ifasında gecikmede borçlunun kusurlu olması gerekmez. İfada gecikme borçluya yüklenebilecek bir kusurun sonucu olmasa dahi, şartları varsa borçlu mütemerrit sayılır.

Borcun ifasında meydana gelen gecikmede borçlunun kusurlu olup olmaması, borçlunun temerrüdüne bağlanan bir kısım hukukı sonuçlar yönünden önem taşır. Örneğin, mütemerrit (direngen) durumda olan borçlu, kusurlu olmasa da, *para borçlarında* BK. md. 103 uyarınca *"geçmiş günler faizi"* ödemekle yükümlüdür. Ayni şekilde, *alacaklı,* borçlu kusurlu sayılmasa da, BK. md. 106'dan yararlanarak, *borçlunun temerrüdü halinde sözleşmeyi feshetmek hakkına sahiptir.* Buna karşılık, BK. md. 102 uyarınca *borcun gecikerek ifası nedeniyle tazminat istenebilmesi* veya BK. md. 106'ya dayanarak *ifa yerine tazminat talebinde bulunulabilmesi* veya *sözleşmenin feshi halinde tazminat istenebilmesi* (BK. md. 108), ifade gecikmede (mütemerrit sayılmada) *borçlunun kusurlu olmasına bağlıdır.*

ili• BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN SONA ERMESİ

Mütemerrit (direngen) durumda olan borçlu, borcunu ifa eder veya borcun ifasını (gecikmeden doğan faiz vs. zararları da kapsayan bir şekilde) usulüne (borca) uygun olarak alacaklıya önerirse, temerrüt (direnim) hali son bulur. Borcun vadesinin uzatılmasına, borçluya ifa için yeni bir süre tanınma-

sına ilişkin olarak tarafların anlaşması veya borcun ifasının imkansızlaşması hallerinde de temerrüt durumu sora erer.

Borçlunun temerrüt durumu sona erse de, kural olarak, temerrüdün son bulduğu ana kadar doğmuş bulunan hukuki sonuçlar (gecikme tazminatı, geçmiş günler faizi vs.) ortadan kalmaz, alacaklı bunların ödenmesini istiyebilir. (Bu konuda, faizlere ilişkin olarak Bk. BK. md. 113/2).

iV- BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN HUKUKİ SONUÇLARI

1- Temerrüdün genel sonuçları

Borçlunun temerrüdünün genel sonuçları BK. md. 102'de düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasıiıa göre, *"Mütemerrit olan borçlu, borcun gecikerek ifasından dolayı zarar ve ziyan ödemeye mecbur olduğu gibi, kazadan doğacak zarardan da sorumludur".*

a- Gecikme tazminatı

1- Borçlu mütemerrit ise, alacaklı, borcun aynen ifasıyla birlikte, BK. md. 102 uyarınca, ifade gecikmeden doğan zararının ödenmesini de isteyebilir. *Borçlunun temerrüdü, alacaklıya,* (BK. md. 106'da da karşılıklı borçları içeren sözleşmeler için öngörülen istisnanın dışında) *borcun aynen ifasından vazgeçip, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın ödenmesini isteme hakkını vermez.* Borçlu, mütemerrit duruma düştükten sonra borcunu ifa etmişse temerrüt tarihi ile ifa günü arasında geçen süre için "gecikme tazminatı" ödemekle yükümlüdür.

2- *Gecikme tazminatı, borcun ifasında gecikmeden doğan fiili zararla, gecikme nedeniyle yoksun kalınan karı kapsar.* Diğer bir deyişle, borçlu alacaklının, zamanında teslim edilmeyen mal yerine kiraladığı şey için ödediği parayı, borçlunun temerrüdü nedeniyle üçüncü şahsa zamanında teslim edemediği mallar için ödediği tazminatı (cezai şartı) [7], borcun zamamında ifa edileceği inancıyla yaptığı giderleri (depo, kira bedeli vs.) mal zamanında teslim edilseydi başkasına yapılacağı anlaşılan satıştan elde edeceğii karı a, alacaklıya ödemekle yükümlüdür.

Ödenecek "gecikme tazminatında" dikkate alınacak tarih, alacağın muaccel olduğu değil, borçlunun mütemerrit sayıldığı andır (Oğuzman, C. 1, sh. 151; Tekinay, sh. 1239).

---

7) Bk. JT. 1991. 1. 166.

8) llcari satışlarda alacaklının malı tekrar satacağı kabul edilir.

3- *Borçlu, ifada gecikmede (mütemerrit duruma düşmede) kusurlu olmadığını ispat edebilirse "gecikme tazminatı" ödemez* (BK. md. 102/2). Borçlunun kusurlu olduğu farzedilir. Borçlu aksini ispat edemezse kusurlu sayılır. Borcun zamanında ifası için gerekli önlemleri kasden veya ihmal (savsama) ile almamış bulunan borçlu kusurludur.

Borcun "hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi"ni (BK. md. 96 vd) incelerken, "zarara", "kusura", "tazminatın kapsamına", "sorumsuzluk anlaşmalarına" ve "yardımcı şahısların fiillerinden sorumluluğa" ilişkin olarak belirttiğimiz ilkeler, kural olarak, gecikme tazminatında da geçerlidir.

b- Kaza halinde sorumluluk

1- Borçlar Kanunumuzun 102. maddesine göre, *"Mütemerrit olan borçlu kazadan doğacak zarardan da sorumludur".* Maddedeki *"kaza"* deyimi bütün umulmayan durumları, *"olağanüstü halleri"* ve *"mücbir sebebi"* kapsıyan bir anlamda kullanılmıştır.

Yasa koyucu, borçlunun temerrüdü durumunda genel kuraldan ayrılmış, mütemerrit olan borçlunun, kusursuz imkansızlık halinde de meydana gelecek zarardan sorumlu olacağını kabul etmiştir. Böylece örneğin, bir satış sözleşmesine konu olan belli bir mal, yangın, su baskını vs. bir sebeple yok olmuşsa, meydana gelen ifa imkansızlığında borçluya yüklenecek hiçbir kusur bulunmasa dahi, borçlu mütemerrit ise (borç sona ermez), borçlu alacaklının borcun ifa edilmesinden doğan zararını ödemekle yükümlüdür [9].

2- Mütemerrit olan borçlunun olağanüstü hal veya mücbir sebepten doğan zarardan da sorumlu tutulmasına BK. md. 102/2'de iki istisna getirilmiştir. *Mütemerrit olan borçlu:*

a- Kendisinin hiçbir kusuru olmaksızın mütemerrit duruma düştüğünü, veya;

b- Borç zamanında ifa edilmiş olsaydı dahi, kazanın alacaklının zararına olarak ifanın konusu olan şeye geleceğini kanıtlayabilirse *sorumluluktan kurtulur.*

---

9) **Umulmayan hallerden de sorumlu olan mütemerrit borçlu, yabancı para üzerinden yapılmış bir borçlanmada, ifa zamaniyle ödeme günü arasında para değerinin değişmesi nedeniyle alacaklının uğrayacağı zararı ödemekle yükümlüdür.** Bk. JT. 1922, 1. 371. Konuya ilişkin olarak, BK. md. 83'e 14.11.1990 tarihli yasayla (RG. 23.11.1990) eklenen fı.kraya bakınız.

2- Temerrüdün para borçlarına ilişkin sonuçları [10]

a- Geçmiş günler faizi [10a]

1- *Borcun konusu bir miktar paranın ödenmesi ise, paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, geçmiş günler için,* BK. md. 103/ı ve bu maddede yer alan kurullarda değişiklik yapan 4.12.1984 tarih ve 3095 sayılı *"Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun"* (RG. 19.12.1984) hükümlerine göre *"temerrüt* -geçmiş günler- *faizi"* ödemekle yükümlüdür.

3095 sayılı sözü geçen Kanun çeşitli tarihlerde değişikliğe uğramıştır [11]. 3095 sayılı kanunun son şekline göre ödenecek temerrüt faizi aşağıdaki şekilde belirlenecektir:

a) **Ticari olmayan işlerde,** *bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu,* **sözleşme ile aksi kararlaştırılmamışsa,** *geçmiş günler için* (3095 sayılı kanunun -5335 sayılı yasayla değişik- 1. maddesine göre) *yıllık yüzde oniki oranınında faiz ödemekle yükümlüdür* (Bk. 4489 sayılı yasayla değişik 3095 sayılı kanun md. (2/1). *Bu oran* Bakanlar Kurulunun 19.12.2005 tarih ve 2005/9831 sayılı kararıyla 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere %9'a indirilmiştir (RG. 30.12.2005).

b) **Ticari işlerde,** *Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan {%9) fazla ise, arada sözleşme olmasa bile, temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Sözkonusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü ön-*

---

10) Ayrıntılı bilgi için Bk. **Nami Barlas,** Para borçlarının ifasında borçlunun temerrüdü ve bu temerrüt açısından düzenlenen genel sonuçlar. ist. 1992.

10a) **BK. Tasarısının *temerrüt faizine* ilişkin 120. maddesinde,** *"Uygulanacak yıllık temerrüt fa;zi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.", "Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, b;rinci fıkra uyarınca beUrlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.", "Akdi fa;z oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci fıkrada beUrtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt fa;zi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur"* ***hükmüne yer verilmiştir.***

11) 4.12.1984 tarih ve 3095 sayılı kanuna, önce 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı *ya*sayla md. 4a eklenmiştir. Daha sonra 15.12.1999 gün ve 4489 sayılı yasayla (RG. 18.12.19999) Kanunun 1 ve 2. maddeleri değiştirilmiştir. Son olarak 21.4.2005 tarih, 5335 sayılı yasayla da (RG. 27.4.2005) Kanununun 1. maddesi yeniden düzenlenmiştir.

3095 sayılı kanunun 1 ve 2. maddelerinde yukarıda değinilen 4489 ve 5335 sayılı yasalarla yapılan değişiklikler ve maddelerin bu yasalardan önceki metni için Bk. yukarıda *"Fa;z miktarının belirlenmesi"* bölümünde (sh 303 vd.) yapılan açıklamalar.

ceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur (4489 sayılı yasa ile değişik 3095 say. Kan. md. 2/2).

c) Temerrüt (geçmiş günler) faizinin miktarı, yasalarda öngörülenden daha düşük veya daha yüksek olarak, sözleşmede kararlaştırılabilir. Bu durumda geçmiş günler faizi sözleşme hükümlerine göre hesap edilir.

d) Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı (sözleşmede alacak için öngörülmüş olan faiz oranı) *kanunda geçmiş günler faizi için öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz* (3095 say. kan. değişik md. 2/3).

e) 3095 sayılı Kanuna 14.11.1990 tar. ve 3678 say. yasa ile eklenen md. 4/a'ya göre, *yabancı para borcunun ödenmesinde mütemerrit olan borçlu,* sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı takdirde, *geçmiş günler için, Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı üzerinden faiz ödemekle yükümlüdür.* (RG. 23.11.1990).

2- *Borçlu, mütemerrit duruma düşmede kusurlu olmadağını ispat ederek "temerrüt= geçmiş günler" faizi ödemekten kurtulamaz.* Aynı şekilde, *borçlunun temerrüt faizi ödemesi, ödemede gecikme nedeniyle alacaklının bir zarara uğramasına da bağlı değildir* [12] (von Tuhr, § 73/11; Oser-Schönenberger, md. 104. no. 2-3; Engel, sh. 468; İnan, sh. 501).

3- *Geçmiş günler faizi, kural olarak borçlunun mütemerrit olduğu tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar* [13,14] *ve borcun ifa edildiği güne kadar devam eder.* Geçmiş günler faizinin işlediği süre içinde faiz oranları de-

---

12} Bk. Yarg. 11. HO. 15.5.2006 K. 2006/5636 (Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 125}; HGK. 19.6.1996, K. 96/503 (Yarg. Kar. Derg. 1997, sh. 168). HGK. 16.5.1973, K. 432 (Olgaç, Emsal İçt. md. 105, sh. 501-502).

13} Bk. JT. 1955, 1. Ş29.

14} Senette vade tesbit edilmişse, borç o tarihte muaccel olur. Vade tarihinde **(ifa** gününde) borcunu ödememiş bulunan borçlu, aynı tarihin sona ermesiyle mütemerrlt duruma düşer ve BK. md. 103 uyarınca geçmiş günler faizi işlemeye başlar. Bk. HGK. 29.9.1973, K. 735 (Olgaç, Emsal İçt. md. 104, sn. 499). Ayrıca Bk. 15. HD 14.6.1979, 1401/1465 (Yarg. Kar. Derg. 1979, sh. 1628 vd.}

Yarg. 15. HD. 2.2.1993, K. 93/402: Muaccel bir borcun borçlusu (borcun ifa edileceği gün belirlenmemişse) alacaklının ihtarıyla direngen duruma düşer. Ödeme Ihtarı **varsa** tebliğ tarihinden, ödeme için belli süre verilmişse tebliğ tarihine bu sürenin eklenmesiyle bulunacak tarihten, böyle bir ihtar yoksa dava tarihinden itibaren temerrüt (direnim) faizine hükmedilmesi gerekir. (Yarg. Kar. Derg. 1993, sh. 1367).

ğişmişse, ödenecek faiz miktarı, faiz oranlarının yürürlükte bulunduğu süreler ayrı ayrı dikkate alınarak hesap edilir.

İstisnai olarak, *anapara (kapital) faizlerinin veya birikmiş gelirlerin (iradların) veya bağışladığı bir miktar paranın ödenmesinde mütemerrit olan borçlu, bunlar için geçmiş günler faizini icraya veya mahkemeye başvurma tarihinden itibaren ödemekle yükümlüdür.* Aksini öngören (örneğin bu hallerde de geçmiş günler faizini temerrüt tarihinden başlatan) anlaşmalar, hakime indirim (tenkis) yetkisini veren cezai şarta ilişkin kurallara göre değerlendirilir (BK. md. 104/1-2; 161). Böylece, örneğin, A, B'ye 5.6.2006 tarihinde 10.000 YTL ödünç vermişse, aralarındaki sözleşmeye göre de, B ödünç aldığı parayı, bir yıl sonra, 5.6.2007'de %20 faiziyle 12.000 YTL olarak A'ya iade edecek idiyse, para vaktinde A'ya ödenmediği taktirde, A, B'den 10.000 YTL. *anapara için* 6.6.2007 tarihinden itibaren geçmiş günler (temerrüt) faizi istiyebilecek, buna karşılık 2.000 YTL'lik *anapara faizindeki gecikme için* -aksi kararlaştırılmış olmadıkça- *ancak mahkemeye veya icraya başvurduğu günden itibaren geçmiş günler faizi talep edebilecektir* [1]s. Borçlunun anapara faizinin ödenmesinde temerrüde düşmesi halinde, bu faizlere ilişkin olarak ödenecek geçmiş günler faizinin başlangıç tarihini belirleyen BK. md. 104/1-2'deki kurallar, para borcunun hukuksal kaynağına bakılmaksızın tüm para borçları için geçerlidir. Diğer bir deyişle, para borcu ister sözleşmeden, ister haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmış olsun, BK. md. 104/1-2'nin yukarda açıkladığımız hükmü uygulanacaktır [16].

---

15) Bk. Yarg. HGK. 9.10.2002, K. 2002/781: **Faiz, işlevi ve oluşum tarzı bakımından** *"kapital faizi ve temerrüt faizi"* **olarak ikiye ayrılır. Temerrüt faizi,** *borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılıktır.* **Kapital faizi** *ise, alacaklıya ait bir paranın faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde bir süre borç/uda kalması halinde, faiz öngörülmüşse, ödenmesi gereken faizdir.* **BK. md. 104/1'de, temerrüt faizinin temerrüdün oluşumundan itibaren işleyeceği kuralına bir istisna getirilmiştir.** Buna göre, **faiz'lerin,** iratların veya bağışlanan bir miktar paranın **ödenmesinde temerrüde düşen borçlu aleyhine ancak icraya veya mahkemeye başvuru tarihinden itibaren temerrüt faizi yürütülür.** BK. md. 104/1'de yer alan **"faiz"** deyimiyle kastedilen **"kapital faizi"** olup, temerrüt faizi buraya dahil değildir. **"Temerrüt falzi'ne" dava ve takip tarihinden sonraki dönem için** dahi temerrüt faizi yürütülmesi BK. md. 104/3 ile yasaklanmıştır. (Yarg. Kar. Derg. 2003, 509-515). Ayni yönde: Yarg. 12. HD. 21.11.2008, K. 2008/21172 (1st. Bar. Derg. 2009/2, sh. 904-905).

Yarg. 13. HO. 26.2.1987, K. 1133: Tahvil kuponları akti faiz niteliğindedir. Akti faize ancak icraya veya mahkemeye başvuru gününden itibaren faiz yürütülebilir **(Uygur,** 1. Bası, c. 11, sh. 314)

16) Bk. Yarg. HGK. 26.5.2004, K. 2004/310 (1st. Bar. Derg. 2005, sh. 530 vd. özellikle sh. 534).

Geçmiş günler faizinin ödenmesinde temerrüt nedeniyle faiz istenemez (BK. md. 104/3). Böylece, örneğin A, B'ye olan ve 1 Temmuz 2007'de ödenmesi gereken 5.000 YTL'lık borcunu vadesinde ödememişse, *A, 1 Temmuz 2007'den sonra fiili ödeme gününe kadar geçecek süre için "geçmiş günler- temerrüt" faizi ödemekle yükümlüdür.* B alacağının temerrüt faiziyle birlikte ödenmesinin karara bağlanmasını mahkemeden istemişse, mahkeme de davayı *(temerrüt faizinin miktarını belirliyerek veya belirlemeksizin)* kabul ile sonuçlandırmışsa, BK. md. 104/son hükmü uyarınca, 8, karar tarihinden sonra, fiili ödeme gününe kadar geçecek süre için *"geçmiş günler faizinin ödenmesinde temerrüt'* nedeniyle *ayrıca faiz ödenmesini* isteyemez [16a]. Buna karşılık, Yargıtayın devam edegelmekte olan kararlarına göre, *taraflar,* mahkeme kararıyla belirlenmiş olsun veya olmasın, *borçlunun geçmiş günler (temerrüt) faiz borcunun varlığını ve miktarını kabul etmiş ve bu borcun belli bir tarihte ödenmesini kararlaştırmış/arsa, artık bir geçmiş günler faizi değil, anapara faizine dönüşmüş bir alacak sözkonusudur.* Bu alacağın belirlenen tarihte ödenmemesi halinde, bu alacak için, BK. md. 104/1'e göre, dava veya icra takibi tarihinden itibaren, *"geçmiş günler faizi'* istenebilir. *Taraflar* bir geçmiş günler faiz borcunun varlığını kabul etmekle birlikte, *bunun belirli bir tarihte ödeneceğini kararlaştırmamış/arsa, "geçmiş günler faizi" bu niteliğini koruyor demektir* ve BK. md. 104/son uyarınca, hüküm tarihinden sonra fiili ödeme gününe kadar geçecek süre için, bu faize, ayrıca temerrüt nedeniyle faiz yürütülemiyecektir [17].

4- Alacaklı, işlemiş faizlere ilişkin talep hakkını saklı tutmaksızın asıl borcun ödenmesini kabul etmişse, geçmiş günler faizine ilişkin talep hakkı sona erer (BK. md. 113).

b- Geçmiş günler faizini aşan zararın tazmini

Para borcunun ödenmesinde borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının uğradığı *"müsbet zarar"* geçmiş günler faizinden fazla ise, borçlu, temerrüde düşmede kendisine hiçbir kusurun yüklenemiyeceğini kanıtlamadıkça, bu fazla *(munzam = aşkın)* zararı tazminle de yükümlüdür (BK. md. 105/1) [18].

16a) Yarg. 19. HD. 14.03.2008, K. 2008/2468: **Gecikme cezası faiz niteliğindedir. Takip tarihine kadar işlemiş gecikme cezasına takipten sonra da faiz yürütülmesi BK. md. 104/3'e aykırıdır** (Yargı Dünyası, ekim 2008, sh. 106-107).

17) Bk. Yarg. HGK. 26.5.2004, K. 2004/310 (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 530 vd.); Yarg. HGK. 31.3.2004, K. 2004/183 (ist. Bar. Derg. 2005, sh. 145 vd.); Yarg. HGK. 9.10.2002, K. 2002/781 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 509 vd.)

18) Borçlu, ifa zamanında borcunu ödeyecek parası bulunmadığını ileri sürerek **temerrüdün hukuki sonuçlarından kaçınamaz. Sorumluluktan kurtulmak için, borcunu ödeyemiyecek durumda bulunmasının kendi kusurundan doğmadığını is**pat etmesi gerekir. Bk. JT. 1935, I. 382.

(Ayrıntılı bilgi için Bk. *Nami Barlas,* age. sh. 187 vd.; Hayri Domaniç, Faizle ?arşılanamayan zararların giderilmesini sağlayan BK. 105 ve diğer hükümler, 1st. 1993). Munzam (ek) zarara ilişkin BK. md. 105 hükmü, borcun kaynağı n_?l?r.sa_o!??n (??ksız fiil, sözleşme, sebepsiz zenginleşme) bütün (temer-rut faızı yurutulebılır nitelikteki) para borçlarında uygulanabilir [19].

Geçmiş günler faizini aşan zararın ödenmesi "gecikme tazminatına" ilişkin genel kurullara tabidir. Alacaklı "fazla zarara" uğradığını (örneğin, ödemede gecikme dolayısiyle geçmiş günler faizinden daha yüksek bir faizle ödünç para aldığını veya para değerindeki düşmenin geçmiş günler faizini aştığını)20 ispat ile yükümlüdür _21

Asıl alacağın faizi ile birlikte tahsilinde munzam (ek) zarar hakkı saklı tutulmamış olsa dahi, zamanaşımı süresi içinde, ayrı bir dava ile herzaman geçmiş günler faizini aşan zararın ödenmesi istenebilir. Başka kanunlarda alacak haklarına ilişkin zamanaşımı süresi belirlenmemişse, sözleşme ilişkilerinde geçmiş günler faizini aşan zararın istenmesi, sözleşmelerde uygulanan on yıllık zamanaşımına tabidir. On yıllık süre alacağ•n muaccel olduğu tarihten başlar. Bk. Yarg. 13. HD. 13.2.1997, K. 97/810 (Yarg. **Kar.** Derg. 1997, sh. 733); Yarg. 13. HD. 1.6.1995, K. 95/5451 **(Yarg. Kar.** Derg. 1995, sh. 1577 **vd.).** On yıllık zamanaşımı açısından, **ayni yönde: Yarg.** HGK. 7.2.2007, K. 2007/53 (Yargı Dünyası, aralık 2007, sh. 47).

Yarg. 11. HD. 15.5.2006, K. 2006/5636: **Munzam -ek- zarar sorumluluğu, kusur sorumluluğuna dayanır. Munzam zarardan kaynaklanan tazminat borcunun doğması için aranan** *"kusur"* **borçlunun temerrüde düşmedeki kusurudur. Borçlu temerrüde düşmede kusurlu sayılır. Borçlu ancak, temerrrüde düşmede** *"kusursuz olduğunun* **ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir** (Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 125).

Yarg. 15 HD. 26.11.1998, K.98/4426: **Munzam zararı tazmin yükümlülüğü, asıl borç ve temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünden bağımsız, temerrüt ile oluşmaya başlayan, asıl borcun ifasına kadar artarak devam eden yeni bir borçtur, kanundan doğan bir alacaktır. Munzam, zarar istenebilmesi için icra takibinde ve ilk davada munzam zarar alacağının saklı tutulmuş olması gerekmez.** (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 363). Aynı nitelikte, Yarg. 11. HD. 15.5.2006, K. 2006/5636 (Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 125).

Yarg. 19 HO. 2.10.1997, K. 97n979: **Munzam zarar, borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı alacaklının malvarlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan durum arasındaki farktan, temerrüt faizi ile karşılanmayan ve onu aşan bölüme ilişkin zarardır.** (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 515). Ayni yönde: JT. 1998. 1. 295.; Yarg. HGK. 10.11.1999 tar. ve 99/929 say. kar.

19) Bk. Yarg. HGK. 10.11.1999 tar. ve 99/929 say. kar.

20) Bk. JT. 1984, 1. 195.

21) Bk. JT. 1992, 1. 309; JT. 1984, 1. 195; HGK. 16.5.1973, K. 432 (**Olgaç,** Emsal lçt. md. 105, sh. 501-502). Yarg. 5. HD. 26.2.2004, K. 2004/1856 (Yarg. Kar. Oerg. 2005, sh. 191-192).

Yarg. 9. HD. 20.5.1986, K. 86/5263: **Yurt dışından döviz olarak getirtilmesi öngörülen bir alacağın zamanında ve bu şekilde ödenmemesi nedeni ile yasal geçmiş günler faizi dışında ek (munzam) bir zararın doğması halinde, bu zararın ödenmesi istenebilir.** Borçlu, gecikmeden dolayı kendisinde bir kusur bulunmadığını kanıtlamadıkça zararı ödemekle yükümlüdür. (Yarg. Kar. Derg. 1987,sh. 1029).

Alacaklının, geçmiş günler faizini aşan bir zarara uğradığını nasıl ispat edeceği, hangi hallerde bir *"fazla zarardan"* söz edilebileceği sorunu Yargıtay Hukuk Dairelerinin farklı içtihatlarına yol açmıştır. Konuya eğilen *Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu* 8.10.1999 tarih ve 99/1 sayılı kararında, *"Kaynağını değişik maddi olgulardan alan zararların kanıtlanması işleminin içtihatların birleştirilmesi yoluyla tek bir ispat vasıtasına bağlanmasını, hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi yasal ilkesine aykırı bulmuş" ve bu gerekçeyle içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı* sonucuna varmıştı. Soruna bir çözüm getirmeyen İçtihatları Birleştirme Kararından sonra konuyu yeniden tartışan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) 10.11.1999 tarih ve 99/929 sayılı kararıyla, anlaşmazlığı, kanaatımızca, haklı bir çözüme bağladı. HGK.'nun sözü geçen kararına göre, özetle, *"Ülkemizde enflasyonun yüzde yüz civarında olduğu, vadeli mevduatların en az bu oranlarda gelir getirdiği, yabancı para değerinin temerrüt faizi oranlarını aştığı, banka kredilerinin yüzde ikiyüze ulaştığı yaşanan bir gerçektir. Böyle bir ortamda, bireyin parasının değerini korumak ve kazanç sağlamak için girişimlerde bulunması, örneğin en azından parasını vadeli mevduatta veya döviz yatırımlarında değerlendirmesi, olayların normal akışına, hayat tecrübelerine uygun düşen bir varsayım - mahkemelerin bilgisi altında bulunan vak'a/ar- olarak kabul edilmelidir. Yasal deyimiyle, bunlar, ispatına gerek olmayan* "maruf ve meşhur" *olaylardır.* (HUMK. md. 238/2). *Merkez Bankasınca ilan edilen vadeli mevduat faizleri ile döviz kurlarının gerçeği aksettirdiği ve aksi sabit oluncaya kadar yazılı delil niteliğinde olduğu da şüphesizdir* (MK. md. 7) (İİK. md. 8/son). *Yukarda deyinilen maddi olgulara dayanan alacaklı, varsayım olarak, zararını kanıtlamış sayılır. Karinenin aksini, alacaklının bir zarara uğramadığını iddia ederek sorumluluktan kurtulmak istiyen borçlu, somut olayın özelliği nedeniyle alacaklının bir zarara uğramadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı dahi, alacaklının borç konusu miktarı değeri düşmiyecek bir biçimde değerlendiremiye-*

Yarg. 19. HD. 16.9.1993, K. 93/5522: **Yabancı para borçlarıyla ilgili olarak da BK. md. 105'e göre ek zarar istenebilir.** Ancak, alacak Türk Parasına çevrilmiş ve Türk Parası üzerinden dava tarihine kadar oluşan faiziyle birlikte talep edilmiştir. Bu durumda kur farkından dolayı ek zarar istenemez. (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 106).

Yarg. 13. HD. 15.11.1999, K. 99/8302: **Amerikan doları alacağının fiilli ödeme** günündeki **Türk Lirası karşılığını talep hakkı varken, yaptığı icra takibinde, takip tarihindeki Türk Parası karşılığını istemeyi tercih eden davacı doların fiili ödeme** günündeki **kur karşılığını isteme hakkını yitirmiştir. Davacı, artık, Amerikan Doları alacağının geç ödenmesinden doğan bir zararı da** "munzam zarar" **adı altında davalıdan isteyemez. Davacı, tercih hakkını doların Türk Lirası karşılığı olarak kullanmıştır. Davacı ancak icra takibine konu olan** (dolar karşılığı) **Türk Lirası alacağının geç ödenmesi nedeniyle** uğradığı, **faizi aşan zararını talep edebilir.** (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 902 vd}.

*ceğini ispat etmelidir. Bu açıklananların ışığında, alacaklının munzam zararı belirlenirken, her olay kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirilmeli, BK. md. 42 ve 43/2 hükümleri de gözönünde bulundurulmalıdır"*22.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.11.1999 tarihli kararında yer alan görüşü, uygulamada Yargıtay 5. Hukuk Dairesi paylaşmadı. 5. Hukuk Dairesi *(kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi nedeniyle)* verdiği kararda *"munzam -ek- zarar istenebilmesi için, davacı temerrüt faizini aşan bir zararın varlığını kanıtlamalıdır. Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Somut olarak ispat edilen bir zarar mevcut olmadıkça -örneğin, davacı, alacağı zamanında ödenmediği için, geçmiş günler faizinden daha yüksek bir faizle ödünç para aldığını kanıtlamadıkça- davanın reddi gerekir"* şeklindeki yaklaşımı benimsedi. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 15.11.2000 tarih ve 2000/1692 sayılı kararında (oy çokluğuyla) 5. HD'nin görüşüne katıldı. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi bu kararını sürdürmeye devam etti [23]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu *"kamulaştırma bedelinin geç* ödenmesine"ilişkin bir dava dolayısıyla verdiği 21.06.2006 tarihli kararında, 5. HD.'nin benimsediği kendisinin de 15.11.2000 tarihli kararıyla katıldığı görüşü bir defa daha savundu [24].

Buna karşılık, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15.05.2006 tarihli kararında, *bir Bankanın kredi alacağı nedeniyle açtığı "munzam zarar" ödenmesine ilişkin davada,* Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yukarıda değindiğimiz 10.11.1999 tarih ve 99/929 sayılı kararındaki görüşü esas aldı. 11. Hukuk Dairesinin bu kararına göre, *"munzam zarar"* davalarında *alacaklının ispat yükümlülüğü her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirilmelidir.* Ülkemizde süre gelen enflasyonun belli yıllarda yüzde yüzlerde seyrettiği, vadeli mevduatların en az bu oranlarda gelir getirdiği, yabancı para değerindeki değişimin her zaman temerrüt faiz oranlarını aştığı tartışmasız ve yaşanan bir gerçektir. Bu durum mahkemelerin de bilgisi altında olan vakıalardır. Yasal deyimiyle *"maruf ve meşhur vakıalardır ve bunların ispatına gerek yoktur (HUMK. md. 238/2)"* Bu vakıalara dayanan *alacaklı, karine olarak zararını ispat etmiş sayılır.* Bu karinenin aksini iddia eden *borçlu, somut olayda, alacaklının temerrüt faizini aşan bir zarara uğramadığını ispat etmekle yükümlüdür.* Dava konusu olayda, *Bankanın uğradığı zarar, borçlunun temerrüde düştüğü tarihten ödemenin gerçekleştiği güne kadar geçen süre içerisinde, her yıl için gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranı, mevduat ve Devlet tahvillerine verilen*

22) Bk. Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 5.

23) Bk. Yarg. 5. HD. 23.1.2001, K. 2001/906 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 672).

24) Bk. Yarg. HGK. 21.06.2006, K. 2006/462 (Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 65 vd.) Ayni yönde Yarg. HGK. 24.11.2004, K. 2004/5-459.

faiz oranları, döviz kurlarındaki değişiklik vs. birlikte dikkate alınarak belirlenmelidir 2s.

Borçlu kusuru olmaksızın mütemerrit olduğunu kanıtlıyabilirse fazla zarardan sorumlu değildir. Aksi kanıtlanıncaya kadar, borçlu kusurlu sayılır[26].

Fazla zarar hemen değerlendirilebilirse, hakim, esasa ilişkin kararın içinde bu zararın miktarını da belirleyebilir (BK. md. 105/2).

3- Temerrüdün karşılıklı sözleşmelerde doğurduğu sonuçlar

a- Genel olarak

Karşılıklı borçları içeren sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde, Yasa Koyucu alacaklıya *"aynen ifa ve gecikme tazminatı"* isteme hakkının yanında, başka ek olanaklar da tanımıştır. BK. md. 106'ya göre:

> *"Karşılıklı borçları içeren bir sözleşmede iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, öteki taraf borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir sürenin verilmesini hakimden isteyebilir".*
>
> *"Bu süre içinde borç ifa edilmezse, alacaklı, her zaman, borcun ifasını istemek ve gecikme nedeniyle zarar ve ziyan davası açmak hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca, sözleşmenin yerine getirilmesinden ve gecikme nedeniyle zarar ve ziyan istemekten vazgeçtiğini derhal bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının ödenmesini isteyebilir veya sözleşmeyi feshedebilir".*

Karşılıklı borçları içeren sözleşmelerde, böylece, borçlu mütemerrit (direngen) ise alacaklı aşağıdaki olanaklardan birini seçebilir:

a- Borcun aynen ifasını ve ifade gecikmeden doğan zararının ödenmesini isteyebilir.

b- Aynen ifadan vazgeçerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının ödenmesini talep edebilir.

c- Aynen ifadan vazgeçerek, sözleşmeyi feshedebilir ve menfi zararının tazminini isteyebilir (BK. md. 108).

25} Bk. Yarg. 11. HD. 15.5.2006, K. 2006/5636 (Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 123-127). Ayni yönde: Yarg. HGK. 7.2.2007, K. 2007/53 (Yargı Dünyası, aralık 2007, sh. 47 vd.); Yarg. 11. HD. 8.3.2007, K. 2007/4120 (Yargı Dünyası, Eylül 2007, sh. 144}.

26} Bk. Yarg. 11. HD. 15.5.2006, K. 2006/5636 (Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 125).

Alacaklının (b) ve (c) deki son iki olanakdan yararlanabilmesi, ifa için mütemerrit borçluya *"uygun bir ek süre"* vermiş olmasına ve sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini ve yaptığı seçimi borçluya derhal bildirmiş bulunmasına bağlıdır [27]. Bununla beraber, BK. md. 10?'de öngörülen hallerde ek süre verilmesi de gerekli değildir 2s.

b- Uygun süre verilmesi

1- BK. md. 106/1'de öngörülen "uygun süre = münasip mehil", alacaklının, mütemerrit borçluya, borcun aynen ifası için tanıdığı bir ek süredir. Alacaklı bu ek süreyi, ancak borçlunun mütemerrit duruma düşmesinden sonra verebilir. Bununla beraber, alacaklının, borçluyu mütemerrit olan "ihtar" ile birlikte, ifa için uygun bir ek süre tanıması da mümkündür[29]. ihtar ile birlikte bir ek süre vermeyen alacaklı, bu ek süreyi daha sonra (hakkını kötüye kullanmamak kaydıyla) istediği zaman tanıyabilir3o.

2- Alacaklının mütemerrit borçluyu tanıdığı ek sürenin BK. md. 106'da öngörülen sonuçları doğurabilmesi için, alacaklının süre verirken bunun hukuki sonuçlarını da belirtmesi gerekmez. Borçlu kendisine tanınan "uygun ek sürenin" sona ermesinden önce borcunu yerine getirmezse, alacaklı, BK. md. 106'da yer alan olanaklardan yararlanır.

3- Borçluya tanınan ek süre, şartların özelliği, borcun niteliği ve alacaklının yararı dikkate alındığında, iyiniyet kurallarına göre, borcun ifasına imkan verecek uzunlukta olmalıdır 3[1]. Ancak, ek süre tanınırken, borçlunun borcun ifası için gerekli hazırlıkları yaptığı varsayımından hareket edilir. Verilen ek süreyi yetersiz bulan borçlu, alacaklıdan sürenin uzatılmasını istemelidir. Aksi takdirde tanınan süreyi kabul etmiş sayılır 32.

---

27) **Federal Mahkemeye göre,** borçlu, **borcun muaccel olmasından önce borcu ifa etmiyeceğiinl beyan etmişse, borca aykırı bir davranış söz konusudur ve bu durumda alacaklı, hemen bildirmek şartiyle, BK.** m. **106 da öngörülen olanaklardan birini seçmek hakkına sahiptir. Alacaklı borcun aynen ifasını da isteyebilir, ancak borç muaccel olmadıkça, gecikme tazminatı talep edemez.** Bk. JT. 1944, 1. 139-141.

28) Karşılıklı borçları içeren bir kısım sözleşmelerde, borçlunun temerrüdünün hukuki sonuçları özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin, ticari nitelikteki alım satımlar için BK. md. 187-188'de, taksitle satışlar için BK. md. 222-223'de, kira sözleşmeleri için BK. md. 260'da özel kurallara yer verilmiştir.

29) Bk. JT. 1978, 1. 67.

30) Bk. JT. 1928, 1. 530.

31) Bk. JT. 1978, 1. 67; JT. 1979, 1. 319.

32) Bk. JT. 1979, 1. 319.

Alacaklı, ek sürenin yeterli (uygun) olup olmadığı konusunda anlaşmazlığa yol açmamak için, ek sürenin tayinini hakimden istemek hakkına da sahiptir.

4- Ek süre verilmesi "hukuki işlem benzeri" bir irade beyanıdır. Geçerliliği bir şekle bağlı değildir. Ancak, tacirler arası işlemlerde, TK. md. 20/3 uyarınca, ek sürenin, noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü bir mektupla veya telgrafla verilmesi şarttır.

5- Borcun ifası için BK. md. 106 uyarınca borçluya tanınan ek süre "borcun ifasının ertelenmesi" niteliğinde değildir. Bu sürenin devamınca da borçlu mütemerrittir, geçmiş günler faizi işlemeye devam eder ve borçlu "kaza"dan sorumludur.

6- BK. md. 106'da yer alan mütemerrit borçluya uygun süre verilmesine ilişkin hüküm emredici karakterde değildir. Taraflar, sözleşmede verilecek ek süreyi belirleyebilecekleri gibi, ek bir süre verilmeksizin sözleşmenin feshedilebileceğini veya aynen ifa yerine tazminat istenebileceğini de kararaştırabilirler (Becker, md. 107, no. 2).

c- Süre verilmesini gerektirmeyen haller

aa- Genel olarak

Alacaklı, BK. md. 107'de öngörülen üç halde, mütemerrit borçluya ek süre vermeye mecbur olmaksızın, karşılıklı borçları içeren bir sözlemede, borcun aynen ifasından vazgeçerek müsbet zararının ödenmesini istemek veya sözleşmeyi feshetmek hakkına sahiptir. *Alacaklı, daha önce de belirttiğimiz gibi, ek süre tanımaksızın her zaman borcun ifasını ve ifada gecikmedendoğan zararın ödenmesini istiyebilir* (Oser-Schönenberger, md. 107, no. 19-20; Becker, md. 107, no. 32).

BK. md. 107'ye göre aşağıdaki hallerde, alacaklının mütemerrit borçluya borcun ifası için ek süre tanınması gerekli değildir[33].

1- *Borçlunun davranışından süre vermenin faydasız olacağı anlaşılıyorsa* (BK. md. 107/1); örneğin, borçlu borcu ifa etmiyeceğini açıkça bildirmişse veya borcun ifası için hiçbir ön hazırlık yapılmamışsa ve bu durumda borcun niteliğine göre ek süre tanıyarak borcun ifasını sağlamak olanağı yoksa, alacaklı borçluya ek süre vermekle yükümlü değildir.

---

33) Alacaklı, BK. md. 107'de öngörülen hallerde de isterse borçluya bir ek süre tanıyabilir. Bk. JT. 1951, 1. 267.

2- *Borçlunun temerrüdü sonucu olarak borcun aynen ifası alacaklı için yararsız duruma gelmişse* (BK. md. 107/2); örneğin yaz mevsimi için istenilen may?lar veya nikah töreni için ısmarlanan gelinlik veya bir ziyafet için siparış edılen yemekler zamanında teslim edilmemişse, borçluya ek süre tanıma zorunluluğu yoktur.

3- *Sözleşmenin hükümlerine göre, borcunu kesin olarak saptanan bir zaman<:Ja veya belirli bir süre içinde ifası gerekiyorsa,* (BK. md. 107/3); diğer bır deyışle, borcun ifası için *"kesin vade"* belirlenmişse, alacaklının BK. md. 1 O?'den yararlanabilmesi için borçluya ek süre tanıması gerekmez.

Sözleşmede ifa tarihinin belirlenmesi, ifade gecikme halinde, ihtara gerek olmaksızın borçluyu mütemerrit kılar. Buna karşılık, ifa tarihinin belli olması, her zaman, alacaklıyı *"ek süre"tanıma* zorunluluğundan kurtarmaz. *Sözleşmede öngörülen ifa tarihinin ek süre mecburiyetini ortadan kaldırabilmesi için, tarafların iradesine göre borcun mutlaka sözleşmede kararlaştırılan tarihte veya süre içinde ifası gerekmelidir. Alacaklının gecikmiş ifayı kabul etmek istemediği sözleşmenin metninden, örneğin sözleşmede yer alan* "en geç" veya "... tarihinden daha geç olmamak" *şeklindeki kayıtlardan veya işin niteliğinden anlaşılmalıdır* (Becker, md. 108, no. 14; von Tuhr, § 73/IV-3). Bu durumda, diğer bir deyişle kesin vadeli bir sözleşmenin söz konusu olduğu hallerde, alacaklının ek süreye tanıma yükümlülüğünden kurtulması, *"ifanın alacaklı için yararsız hale gelmesi"* şartına bağlı değildir (von Tuhr, §73/IV-3; Tunçomağ, sh. 559).

bb- Alım-satım sözleşmelerine ilişkin özel kurallar

Alım-satım sözleşmelerinin uygulanmasında, ek süre verilmesini gerektirmeyen hallere ilişkin olarak Yasa Koyucu aşağıdaki özel kurallara yer vermiştir:

1- BK. md. 187'ye göre, ticari nitelikteki alım-satımlarda malın teslimi için bir zaman belirlenmişse, tarafların "kesin vadeli" bir sözleşme yapmak istedikleri kabul edilir ve borçlunun temerrüdü halinde, alacaklı, bir ek süre vermeksizin, aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesi nedeniyle tazminat istiyebilir. Bu nitelikteki sözleşmelerde satıcı mütemerrit ise, alıcının malın teslimini istemekten vazgeçtiği farzedilir. Alıcı, malın teslimini istemek niyetindeyse, konulan sürenin bitiminde bu niyetini satıcıya bildirmelidir.

BK. md. 211'e göre de, ticari nitelikte olsun veya olmasın, alım-satım sözleşmelerinde, satış bedelinin ödenmesinden sonra satılan şeyin teslimi söz konusuysa, alıcının ödemede mütemerrit durumda bulunması halinde, satıcı, ödeme için ek bir süre vermeksizin sözleşmeyi feshedebilir. Ancak, bu ı-ı?kkını kullanmak istiyorsa, satıcı durumu alıcıya hemen bildirmekle yükümiudür (BK. md. 211/2).

d· Uygun süre içinde borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının hakları

Karşılıklı borçları içeren bir sözleşmede, mütemerrit borçlu, BK. md. 106/1 uyarınca alacaklının tanıdığı ek süre içinde borcunu ifa etmezse, daha önce de belirttiğimiz gibi alacaklı BK. md. 106'da öngörülen üç olanaktan birini seçmek hakkına sahiptir. Alacaklı, aa- Borcun aynen ifasını ve ifade gecikmeden doğan zararının ödenmesini istiyebilir; veya bb- Aynen ifadan vazgeçerek, borcun ifa edilmemesinden doğan müsbet zararının tazminini talep edebilir veya cc- Aynen ifadan vazgeçerek, sözleşmeyi feshedebilir ve menfi zararın ödenmesini istiyebilir.

aa- Aynen ifa ve gecikme tazminatı istenmesi

Mütemerrit borçlu, kendisine tanınan ek süre içinde borcunu ifa etmezse, alacaklı, her zaman borcun aynen ifasını ve ifade gecikmeden doğan zararının ödenmesini istiyebilir. BK. md. 106'nın duraksamaya yol açabilecek ifadesi nedeniyle bir defa daha belirtelim ki, *alacaklının, mütemerrit borçludan borcun aynen ifasını ve ayrıca gecikme tazminatı (BK. md. 102) ödenmesini isteyebilmesi için, bir ek süre tanıma mecburiyeti yoktur.* Alacaklı, zamanaşımı süresi içinde, ifa için bir ek süre tanımış olsun veya olmasın, her zaman borcun aynen ifasını ve gecikme tazminatı ödenmesini isteyebilir (Oser-Scöhenberger, md. 107, no. 19-20; Becker, md. 107, no. 32; Tandoğan, sh. 501; Tunçomağ, sh. 561; Tekinay, sh. 1276 ve 1284) 34_

---

34) Yarg. 15. HD. 12.3.1992, K. 92/1246 (Yarg. Kar. Derg. 1992, sh. 1241-1243). Yarg. 15. HD. 16.6.1987 (K. 87/2666): **Yüklenici, inşaat sözleşmesine göre zamanında, 22.10.1980'de yapıyı tamamlayıp teslim etmeyerek direnime (temerrüde) düşmüştür. Bilirkişi raporunda eksik ve kusurların 15 günde giderilebileceği belirtilmiştir. Davacı Kasım-1980 tarihinden Mayıs 1981 tarihine kadarki süre için gecikme tazminatı istemiştir. Ancak, Davacı, BK. md. 106'da yer alan seçimlik haklarından** birini makul bir süre içinde kullanmıyarak kendi fiili ile zararın artamasını sebep olmuştur (BK. md. 98 ve 44). Bu husus dikkate alınarak, eksiklerin tamamlanması için gerekli 15 günlük süre ile sınırlı olmak üzere tazminata hükmetmek gerekir (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 1541-42). Gecikilen her gün için belli bir tazminatı öngören bir inşaat sözleşmesiyle ilgili olarak, aynı nitelik ve yönde diğer bir karar için Bk. Yarg. 15. HD. 18.3.1987 tar. ve 87/1106 sayılı karar (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 1215).

Yarg. 15. HD. 6.10.1987, K. 87/3437: Davalı (borçlu) teslim edilmesi gereken tarihte yapıyı tamamlamayarak temerrüde düşmüştür. Bu durumda, davacının 106. maddede yer alan seçimlik haklarından birini kullanması için objektif ölçülere göre temerrütten sonra kaç gün daha beklemesi gerektiği ve eksiklerin ne kadar zamanda tamamlanacağı bilirkişilere hesabettirilmeli ve yalnız bu süre ile sınırlı olmak üzere gecikme tazminatına hükmedilmelidir (Yarg. Kar. Der. 1988, sh. 230). Ayrıca Bk. Yarg. 15. HD. 22.11.1990, K. 90/4988 (Yarg. Kar.Derg.1991, sh. 904).

Aynen ifa ve temerrüdün genel sonuçlarını açıklarken BK. md. 102 uyarıncaistenebilecek gecikme tazminatına ilişkin olarak belirttiğimiz kurallar burada da geçerlidir.

bb- İfadan vazgeçerek, müsbet zararın ödenmesinin istenmesi

1: *Karşılıklı borçları içeren bir sözleşmede, alacaklı* (ek süre içinde borç ifa edılmezse) *aynen ifadan ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan müsbet zararının ödenmesini borçludan istiyebilir.*

Alacaklının aynen ifadan vazgeçerek müsbet zararının ödenmesini istemesi halinde, taraflar arasındaki sözleşme sona ermez. Bu istek, asıl edimin tazminat borcuna dönüşmesi sonucunu doğurur.

2- Alacaklının "borcun ifa edilmemesinden doğan zarar" için BK. md. 106 uyarınca talep edeceği tazminat, borcun ifasının borçlunun kusuruyla imkansız hale gelmesi durumunda istenecek tazminatın aynıdır. Kusurlu imkansızlık halinde borçlunun sorumluluğuna ilişkin olarak BK. md. 96 ve devamında yer alan -daha önce incelemiş bulunduğumuz kurallar - BK. md. 106 uyarınca alacaklının müsbet zararının ödenmesinde de dikkate alınır (von Tuhr, § *73N;* Tunçomağ, sh. 562).

Alacaklının, ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın ödenmesini istiyebilmesi için, borçlunun mütemerrit duruma düşmede kusurlu olması gerekir (Becker, md. 107, no. 40; Oser-Schönenberger, md. 107, no. 24; von Tuhr, § 73/VI). Borçlu kusurlu farzedilir. Kusursuz olduğunu iddia eden borçlu iddiasını kanıtlayabilirse sorumluluktan kurtulur.

Alacaklının müsbet zararının hesabında, kural olarak, aynen ifadan vazgeçtiği tarih eas alınır.

3- *Aynen ifadan vazgeçerek müsbet zararının ödenmesini istiyen alacaklı, bu isteğini (seçimini) en geç ek sürenin sonunda, derhal (şartlara göre mümkün olan süratle) borçluya bildirmekle yükümlüdür* [35] (Oser-Scöhenenberger, md. 107. no. 34). Alacaklı, derhal bildirimde bulunmazsa, süre vermeden doğan haklarını kaybeder ve bu durumda ancak borcun ifasını ve gecik-

35) Federal Mahkemeye göre, BK. md. 107 uyarınca ek süre verilmesi gerekmiyen hallerde, alacaklı, borcun ifasından vazgeçerek (BK. md. 106/2 uyarınca) yaptığı seçimi, ek süre tanımasının yararsız olduğunu öğrendiği (tesbit ettiği) andan itibaren gecikmeksizin borçluya bildirmelidir. BK. JT. 1928, 1. 529-531.

me tazminatı ödenmesini istiyebilir. Alacaklının süre verirken seçimini bildirmesi, örneğin "ek süre içinde borç ifa edilmezse, İfadan vazgeçtiğini, müsbet zararının ödenmesini istediğini" borçluya duyurması da mümkündür [36].

Seçimini ek sürenin sonunda derhal borçluya bildirmeyen alacaklının BK. md. 106'da yer alan haklardan faydalanabilmesi, yeniden ek süre verilmesine bağlıdır [37].

Alacaklı, 106'ncı maddede öngörülen haklardan hangisini seçtiğini borçluya bildirmişse, bu beyanıyla bağlıdır.

cc- İfadan vazgeçerek, sözleşmenin feshedilmesi ve menfi zararın ödenmesinin istenmesi

1- Karşılıklı borçları içeren bir sözleşmede, borcun verilen ek süre içinde ifa edilmemesi halinde [38], *alacaklı aynen ifada vazgeçtiğini bildirerek sözleşmeyi feshedebilir (sözleşmeden dönebilir)* [39]. Alacaklı, "ifadan vazgeçip sözleşmeyi feshettiğini" en geç ek sürenin sonunda, derhal (gecikmeksizin, mümkün olan süratle) borçluya bildirilmelidir [40] (Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. *Vedat Buz,* Borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönme, Ankara 1998; *Rona Serozan,* Sözleşmeden Dönme, İst. 1975).

2- *Alacaklının aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeyi feshedebilmesi için, mütemerrit duruma düşmede borçlunun kusurlu olması gerekmez.* Diğer bir deyişle, borçlu kendisine yüklenilecek bir kusur olmaksızın mütemerrit (direngen) olsa dahi, alacaklı sözleşmeyi feshedebilir (von Tuhr, § 72N ve§ 73Nl-11, no: 33; Feyzioğlu, C. il, sh. 263; Kılıçoğlu, sh. 541).

3 \lacaklının sözleşmeyi feshetmesi (sözleşmeden dönmesi) halinde, bu dör· ıe, sözleşmeden doğan borçlar yönünden, geriye etkili bir şekilde so-

---

36) Bk. JT. 1978, 1. 67; JT. 1917, 1. 636; JT. 1917, 1. 584.

37) Bk. JT. 1961, 1. 21O; JT. 1917, 1. 636.

38) Bk. JT. 1968, 1. 34.

39) Ek sürenin geçmesinden kısa bir süre sonra borcun ifasının önerilmesi, alacaklının sözleşmeyi feshetme hakkını ortadan kaldırmaz. **Alacaklı, borcun ifasında gecikmeden hiçbir zarar görmese dahi, sözleşmeyi feshedebilir.** Bk. JT. 1926, 1. 150.

40) Yargıtay'a göre, "sözleşmeden dönme bildiriminin" dava açılarak yapılması da mümkündür. Dava dilekçesi diğer tarafa ulaşınca kendiliğinden hukukı sonuçlarını doğurur ve sözleşme feshedilmiş olur. Bk. 15. HD. 27.9.1979, 1701/1874 (Yarg. Kar. Derg. 1980, sh. 407).

nuçlar doğurur. *Sözleşmeyi fesheden alacaklı borcunu ifa yükümlülüğünden kurtulur, daha önce ifa etmişse verdiğini geri isteyebilir* (BK. md. 108/1) [41].

Alacaklının sözleşmeden dönmesi daha önce tarafları bağlayan bir sözleşmeye dayanılarak yapılan tasarruf işlemlerinin "ayni" sonuçlarını ortadan kaldırmaz, ayni sonuçların geçerliliğini etkilemez (von Tuhr, § 73NII; Oser-Schönenberger, md. 109, no. 5; Oğuzman, **C. II,** sh. 327) [42]. Bu neden-

---

41) Yarg. 15. HO. 10.10.2001, K. 2001/4463: **Sözleşmede belirtilen sürede inşaatı teslim etmeyen yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmüştür ve bu durumda arsa sahiplerinin BK.'nun 106/2 maddesi uyarınca seçimlik hakları doğmuştur. Seçimlik hakkının, BK. md. 108'e göre, sözleşmenin feshi (sözleşmeden dönme) yönünde kullanılması halinde, isteğe uygun olarak, sözleşmenin feshine ve tapuların iptali ile tekrar arsa sahipleri adına tesciline karar verilmelidir.** (Yarg. Kar. Oerg. 2002, sh. 581)

Yarg. 15. HD. 3.10.2002, K. 2002/4393 : **Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibi tarafından feshedilmişse, arsa sahibi, daha önce yükleniciye devredilen payların iptalini isteyebilir. Yüklenici edimini belli oranda yerine getirmişse, sözleşmenin feshinden önce devredilen paylar, davacının istemine uygun olarak, ancak yüklenicinin edimini yerine getirmediği oranda iptal edilebilir.** (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1101-1102).

Sözleşmenin tamamından dönme halinde, daha önce kısmi ifada bulunan borçlu da verdiğini "Sebepsiz zenginleşme" kurallarına göre geri istemek hakkına sahiptir.

Yargı 15. HD. 16.1.2009, K. 2009/103: Adi yazılı şekilde yapılmış olan **"kat karşılığı inşaat sözleşmesi"** BK. md. 108 uyarınca **geriye etkili bir şekilde feshedilmiştir.** Bu durumda, taraflar borçlarını ifaden kaçınabilir ve BK. md. 61 vd. uyarınca *Msebepsız zenginleşme" kurallarına göre verdiklerini* geri isteyebilirler. Bu *kapsamda,* yüklenici de, *yasa ve sözleşme hükümlerine uygun şekilde yapmış olduğu inşaatın, sözleşmenin* feshinin kesinleştiği tarihteki serbest piyasa rayiçlerine göre belirlenecek bedelini arsa sahibinden veya sahiplerinden isteyebilir. *Yüklenici, sözleşme geriye etkılı bır şekılde feshedildiğinden, sözleşme uyarınca kendisine verilmesi gereken bağımsız bölümlerin adına tescilini veya bedelini arsa sahibinden isteyemez.* Buna karşılık, sözleşme *mahkeme kararıyla veya tarafların o yönde anlaşmasıyla* ileriye etkili olarak feshedilmişse, (25.1.1984 gün ve 1983/3 esas ve 1984/1 karar sayılı Yarg. İçt. Bir. Kar. uyarınca) yüklenici sözleşmeye göre kendisine verilmesi gereken bağımsız bölümlerin adına tescilini veya ifa yerine geçen olumlu zarar kapsamında, bedellerini arsa sahibinden isteyebilir (Yargı Dünyası, haziran 2009, sh. 91, özellikle 92).

Yarg. 15. HD. 28.5.2003, K. 2003/2796: Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedilebilmesi için, yüklenicinin zamanında işe başlamaması **veya sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi veya iş sahibinin kusuru olmaksızın** doğan gecikmenin, bütün oranlamaya göre, yüklenicinin eseri kararlaştırılan zamanda bitirmesine engel olacak ölçüde bulunması gerekir. Bu taktirde, iş sahibi, **teslim için saptanmış olan zamanı beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeyi bozabilir** (İst. Bar. Derg. 2004/3, sh. 1341-1343).

42) Konuya ilişkin olarak Bk. Paul Piotet, Akdin feshinden sonra edımlerin iadesı (Çev. İ. Helvacı), (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İst. 2000, sh. 917 vd.)

ıe, sözleşmeyi fesheden alacaklının verdiğini geri istemesine ilişkin davaay. ni hakka dayanmıyan bir "şahsi" davadır. Bu şahsi davanın temelinde *"varlığı sona ermiş bir sebebe dayanılarak alınan şeyin iadesini"* öngören bir sebepsiz zenginleşme (BK. md. 61) davasının mı bulunduğu, yoksa bu dava. nın, doğrudan doğruya *"sözleşmeye aykırı davranışdan"* kaynaklanan ve BK. md. 108'e dayanan özel bir nitelik mi taşıdığı farklı görüşlere yol açmıştır. *Bu konudaki tartışmalar geri isteme davasına uygulanacak zamanaşımı yönünden önem kazanmaktadır.* Birinci görüş benimsenirse (von Tuhr, §1 73NII· Oser-Schönenberger, md. 109, no. 4; Engel, sh. 494; Oğuzman, C. il, sh: 327; Feyzioğlu, C. il, sh. 264), BK. md. 66'daki *"bir yıllık";* ikinci görüş benimsenirse (Becker, md. 109, no. 4; Piotet, agm. sh. 923 - 924; Tekinay, sh. 1295), kural olarak, BK. md. 125'deki *"on yıllık"* zamanaşımı uygulanacaktır. *Federal Mahkeme ve Yargıtayımız kararlarında ıkinci görüşü benimsemişlerdir* 43. İkinci görüşün kabulü halinde de, iadenin kapsamına ilişkin olarak BK. md. 63-65'de yer alan kurallar kıyasen uygulanacaktır.

4- *Sözleşmeyi fesheden alacaklı, "sözleşmenin geçersizliğinden doğan zararın" (menfi zararın)* 44 *ödenmesini de borçludan isteyebilir* (BK. md.108/2). *Menfi zararın kapsamına,* yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin, borçlunun borcunu ifa etmemesi nedeniyle feshedilmesinden kaynaklanan aşağıdaki zararlar girer:

a) *Alacaklının, sözleşmenin ifa edileceği inancıyla yaptığı giderler* (örneğin noter masrafları, malların depolanması için kiralanan yerlere ödenen bedeller, reklam giderleri vs.)

b) *Alacaklının, yapma olanağını kaçırdığı başka sözleşmeler nedeniyle uğradığı zarar* (örneğin, sözleşme uyarınca 10.000 TL'ye yapılacak olan, sözleşmenin imza tarihinde aynı fiatla -veya 10.500 TL'ye- başkasına da yaptırılması mümkün olan bir iş, sözleşmenin feshedilmesinden sonra, ancak 14.000 TL'ye yaptırılabilmişse, aradaki 4.000 -veya 3.500- TL'lik zarar) 45.

---

43) Bk. JT. 2007, 1. 445; JT. 1988, 1. 523; JT. 1934, 1. 183; JT. 1936, 1 143; JT. 1938, 1. 7; HGK. 17.10.1962, 14/35 (Olgaç, Emsal İçt. md. 107, sh. 510).

44) Bk. Yarg. HGK. 5.7.2006, M, 2006/507 /Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 91 vd.); HGK. 17.1.1990, K. 90/1 (Yarg. Kar. Derg. 1990,sh. 789); Yarg. 15. HD. 16.9.2003, K. 2003/3937 (İsi. Bar. Derg. 2004/1, sh. 371).

45) Bk. Yarg. HGK. 5.7.2006, K. 2006/507 (Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 91-95); *Yarg.* 15. HD. 27.4.2006, K. 2006/2493 (Yarg. Kar. *Derg.* 2006, sh. 1636-1637).

Yarg. 15 HD. 25.3.1998, K. 98/1178. Sözleşmeden haklı nedenlerle dönen **davacı** işsahibinin isteyebileceği menfi (olumsuz) zarar, davalı yüklenici yerine, sözleş-
?!'''?
yapıldığı tarihte ona en yakın teklifte bulunan bir **başka** yüklenicinin önerdigl fıyatla (veya yüklenicinin teklifine bir başkasının verebileceği en yakın teklif ile) **ka-**

. c) *Alaca.*[illegible]*n, borçlunun borcunu ifa etmemesi nedeniyle, başka bir s_*[illegible]*eye ılışkın* [illegible]*arak ödemek zorunda kaldığı tazminattan doğan zarar* (ornegın, alacak_lı sozleşme konusu malları üçüncü bir şahsa satmışsa, bu şahsa, borcunu ıfa edememesi nedeniyle ödemeye mecbur kaldığı tazminattan kaynaklanan zarar) 46.

[illegible] [illegible]enfi (olumsuz) zarar, feshedilen sözleşmenin getireceği kar yoksunlugu mıktarını aşamaz 47.

BK. md. 108/2'nin açık hükmünden anlaşıldığı üzere, *sözleşmeyi feshe-den [illegible]acaklının menfı zararının ödenmesini isteyebilmesi, borçlunun mütemerrıt duruma düşmede kusurlu olmasına bağlıdır.* Borçlu kusurlu farzedilir. Borçlu kusursuz olduğunu kanıtlıyabilirse sorumluluktan kurtulur.

---

lan işin yapılması halinde ödenecek bedel ile, kalan iş için yeni yüklenıciye ödenmek zorunda kalınan bedel arasındaki farktır. Bu olumsuz zarara hükmedilebilmesi içi[illegible], ikinci ihalenin sözleşmenin feshini izleyen en kısa sürede yapılması, ikinci ihale!enın geç yapılması nedeniyle zararın artmasına davacının sebep olmaması gerekir. ikinci ihaleye geç çıkarma varsa ihalenin uygun (makul) süre içinde yapılması halinde ödenecek bedel dikkate alınır. Sözleşmede cezalı bir süre kararlaştırılmışsa, bu süre bitmeden sözleşmeden dönülemez. Sözleşmeden süreden sonra dönülmüşse, iş sahibi, sözleşmede kararlaştırılan bu süreyle sınırlı olarak gecikme cezasını isteyebilir. Temerrüt halinde gecikme cezası öngörülmüşse, sözleşmede **aksi kararlaştırılmadığı takdirde, sözleşmeden dönen davacı bu cezayı isteyemez. Sözleşmenin feshi borçluyu temerrüde düşüren bir işlem değildir. Dava tarihinden öncesi için temerrüt faizi istenebilmesi BK. madde 101/1 uyarınca alacaklının ihtarda bulunmuş olmasına bağlıdır.** {Yarg. Kar. derg. 1998, sh. 1336-1338). Ayni yönde: Yarg. 15 HD., 26.2.1997 K. 97/1034 {Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1495 vd.).

Yarg. 15. HD. 20.3.2006, K. 2006/1539: **Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça,** akdin feshi halinde, *Mmüsbet zararın"* ödenmesi istenemez (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. **1108).**

Yarg. HGK. 27.9.2006, K. 2006/569: Borcun zamanında veya belirlenen yerde ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere cezai şart {ifaya ekli cezai şart) kara[illegible]laştırılmışsa, alacaklı hem sözleşmenin ifasını, hem de cezai şartın ödenmesini istiyebilir. **ifaya ekli cezai şartın istenebilmesi için alacaklının ifayı talepten vazgeçmemiş olması gerekir. Alacaklı sözleşmenin feshi yoluna gitmişse,** *"olumlu - müsbet - zarar·* **kapsamında olan, ifaya ekli cezai şartın ödenmesini Istlyemez** {Yargı Dünyası, Nisan 2007, sh. 53-57).

46) Bk. Yarg. HGK. 5.7.2006, K. 2006/507 {Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 91-95). **BK. Tasarısının *"sürek// edimi/ sôzleşmelerde"* başlığını taşıyan 126. maddesinde,** *"ifasına başlanmış sürekll edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir-* **hük**mü **öngörülmüştür.**

47) Bk. Yarg. 15. HD. 28.9.1993. K. 93/3691 {Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 1297). Yarg. 15. HD. 23.2.1998, K. 98/627 {Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 1338-1340).

4- Kısmi temerrüt ve hukuki sonuçları

Borçlu, alacaklının rızasıyla, bölünebilir nitelikteki ediminin bir kısmını ifa etmiş ve geri kalan kısmı için mütemerrit duruma düşmüşse, "kısmi temerrüt" söz konusudur. Borçlar Kanunumuz kısmi temerrüdün hukuki sonuçlarını ayrıca düzenlememiştir. Borçlunun, borcun ifa edilmemiş kısmı için mütemerrit sayılması ve ifa edilmeyen kısım için temerrüdün hukuki sonuçları ve alacaklının hakları BK. md. 101 ve devamındaki daha önce incelendiğimiz kurallara tabidir.

Kısmi temerrüt halinde, temerrüdün hukuki sonuçları, kural olarak, edimin ifasında gecikilen kısmını kapsar. Örneğin, 1200 Tliralık bir para borcunda, borçlu 700 TL.nı ödemiş, 500 TL. için temerrüde düşmüşse, geçmiş günler faizi sadece ifasında gecikilen 500 TL. için istenebilir. Aynı şekilde, karşılıklı sözleşmelerde, borçlu, örneğin, teslim etmekle yükümlü bulunduğu 500 metrelik elbiselik kumaşın 200 metresini vermiş ve 300 metrelik kısım için temerrüde düşmüşse, alacaklı sözleşmeyi (kural olarak) ancak borcun ifasında gecikilen kısım için feshedebilir. Bununla beraber, borcun ifa edilen kısmı alacaklı için bir yarar sağlamıyorsa, geri kalan kısmın gecikmeksizin teslim edileceği inancıyla kısmi ifa kabul edilmişse, (örneğin bir yemek odası takımının sadece vitrini ve üç sandalyesi getirilmişse), alacaklı sözleşmenin tamamını (BK. md. 106 vd. uyarınca) geriye etkili bir şekilde feshedebilir. Bu takdirde alacaklı edimin teslim edilen kısmını, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre borçluya iade ile yükümlüdür. Alacaklının BK. md. 108 uyarınca sahip olduğu hakları ise daha önce incelemiş bulunuyoruz.

§ V- HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU İLE SÖZLEŞMEYE AYKIRI DAVRANIŞTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN BİRLİKTE VARLIĞI VE KARŞILAŞTIRILMASI

1- Sorumluluk sebeplerinin birlikte varlığı

Zarar veren fiil, bazen (kiralanan şeye kiracı tarafından zarar verilmesi, şoförün kusurlu bir davranışla müşterinin yaralanmasına sebep olması, doktorun kusurlu bir ameliyatla hastasını sakat bırakması hallerinde olduğu gibi) hem "sözleşmeye aykırı davranmış" ve hem de "haksız fiil" niteliğinde olabilir. Bu durumda, zarar gören şahsın, hangi sorumluluk sebebine dayanacağı sorunu ortaya çıkar. Haksız fiillerden doğan borçları incelerken daha önce de belirttiğimiz gibi, doktrinde çoğunlukta olan, Federal Mahkeme ve Yargıtay tarafından da benimsenmiş bulunan görüşe göre, fiilden zarar gören kimse, dilerse "sözleşmeye aykırı davranışa" ilişkin hükümlere, dilerse "haksız fiilleri" düzenleyen kurallara dayanarak dava açmak ve zararını tazmin et-

tirmek hakkına sa[illegible]ptir [1]. (Becker, md. 41-61, Giriş no. 1; Oser-Schönen[illegible]e!-ger, md. 41-61, Gırış no. 16; Tandoğan, sh. 537; Tekinay, sh. 1313; Feyzıoglu,C.I,_sh. 454). Ancak, zarar gören kimse, davasını kısmen haksız fiil sorumluluguna, kısmen sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sorumluluğa dayandıramaz.

.. Sorumluluk sebeplerinin incelenip karşılaştırılmasından anlaşılacağı u[illegible]ere, zarar gören şahsın, sorumluluk sebeplerinin birlikte varlığı halinde, sozleşmeye aykırı davranıştan doğan surumluluğu düzenliyen kurallara dayanması genellikle daha yararlıdır.

2- Sorumluluk sebeplerinin karşılaştırılması

_Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sorumlulugu düzenliyen kurallar, ana çizgileriyle aşağıdaki noktalarda birbirinden farklıdır:

1- Haksız fiil sorumluluğunda, davacı davalının (haksız fiili yapanın) kusurlu olduğunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmeye aykırı davranışta ise, borçlu (davalı) kusurlu farzedilir. Kusursuz olduğunu iddia eden borçlu (davalı) iddiasını kanıtlama durumundadır (BK. md. 96 vd.).

2-Haksız fiil sorumluluğunda, başkasını çalıştıran davalı, çalıştırdığı kimselerin verdiği zarardan doğan sorumluluktan "zararın meydana gelmemesi için durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın doğmasına engel olamayacağını" kanıtlıyarak kurtulabilir (BK. md. 55). Sözleşmeye aykırı davranışta ise, borçlu, yardımcı şahısların fiillerinden doğan zarardan sorumluluğunu, kurtuluş beyyinesine (kanıtına) dayanarak ortadan kaldıramaz (BK. md. 100).

3- Haksız fiil sorumluluğunda, dava zamanaşımı, zarar görenin, zararı ve onu yapanı öğrendiği tarihten itibaren bir yıldır (BK. md. 60). Sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sorumlulukta ise, dava zamanaşımı kural olarak on yıldır **(BK.** md. 125).

4- Haksız fiilden doğan sorumluluğu sınırlamak mümkün değildir. Sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sorumluluğu ise taraflar anlaşarak sınırlayabilirler (BK. md. 99-100).

---

1) Bk. JT. 1964, 1. 560; JT. 1945, 1. 49, 452; JT. 1939, 1. 42.

AYIRIM 111

BORÇLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Borçlar Kanunumuzun 109-111. maddelerinde, borçların, sözleşmeye taraf olmayan kişilere, diğer bir deyişle "üçüncü şahıslara" ilişkin etkileri düzenlemiştir. 109. maddede (Borçların üçüncü şahıslar tarafından ifasını incelerken daha önce değindiğimiz), alacaklıya ödemede bulunan üçüncü şahsın, hangi hallerde alacaklının haklarına halef (ardıl) olacağı belirtilmiştir. 110-111. maddelerde ise, sırasıyla, aşağıda incelediğimiz "Başkasının edimini borçlanma" ve "Başkası yararına sözleşme" yer almıştır.

§ 1- BAŞKASININ EDİMİNİ BORÇLANMA

1. Genel olarak

1- Borçlarma Kanunumuzun 11O. maddesine göre, *"Bir üçüncü şahsın edimini* (fiilini) *borçlanan* (taahhüt eden) *kimse, üçüncü şahsın edimini yerine getirmemesinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür".* Borçlar Kanununun bu maddesine 8.7.1981 tarih ve 2486 sayılı Kanunla eklenen fıkraya göre de *"Belli bir süre için yapılan taahhütlerde* (borçlanmalarda), *sürenin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme geçerlidir"* (Bk. RG. 10.7.1981, No. 17396).

Başkasının edemini borçlanmada, borçlu, diğer bir şahsın (bir gerçek veya tüzel kişinin) *edimini* (bir şey vermesini, yapmasını veya yapmamasını) *onun mümessili sıfatıyla hareket etmeksizin, kendi adına ve hesabına yaptığı bir sözleşme ile taahhüt etmektedir (üstlenmektedir).* Edim yerine getirilmezse, bundan doğacak zarardan, edimi taahhüt edilen üçüncü şahıs değil, fakat onun edimini taahhüt eden (borçlanan) kimse sorumlu olacaktır. *Başkasının edimini taahhüt eden sözleşmede, üçüncü şahsın edimini ifa etmemesi halinde, zarar-ziyan ödeme yerine, edimin borçlu tarafından aynen ifa edileceği de kararlaştırılabilir* (Engel, sh. 293). Böylece örneğin, A, B'ye, kitabının arkadaşı C tarafından 5.000 TL.'ye basılacağını, daha fazla istendiği takdirde aradaki farkın kendisi tarafından ödeneceğini veya kitabın bizzat kendisi tarafından basılacağını garanti edebilir.Aile B arasındaki bu sözleşme,

doğaldır ki, C'yi borç altına sokmaz. C aynı konuda A veya B ile sözleşme yapmışsa, bu sözlemeler de (A ve B arasındaki sözleşmeden bağımsız olarak) tarafları kendi kapsamları içinde bağlayacaktır.

2- "Başkasının edimini borçlanma" bir tür "garanti - güvence - sözleşmesi"dir [1]- *Başkasının edimini borçlanmada, kefalet sözleşmesinden farklı olarak, başkasının edimini taahhüt eden kimsenin borcu* (asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlı fer'i bir borç değildir) *bağımsız bir borçtur* [2]. Bu nedenle başkasının edimini borçlanmadan söz edebilmek için, edimi taahhüt (garanti) edilen üçüncü şahsın, edimi ifa borcu altında bulunması gerekmez [3], Buna karşılık, edimi taahhüt edilen üçüncü şahıs, daha önce söz konusu edimin ifasını borçlanmışsa, diğer bir deyişle mevcut bir borcun ifası garanti edilmişse, *"başkasının edimini borçlanma"nın* söz konusu olabilmesi, edimin, mevcut borçtan bağımsız olarak garanti edilmiş bulunmasına bağlıdır.

Başkasının edimini taahhüt edenin, asıl borcu (kefaleti) aşan bir yükümlülük altına girmiş bulunması [4], başkasının fiilini garanti etmede şahsi yararının olması [5], garantinin, asıl borçlunun borcunu muhtemelen yerine getiremeyeceğinin bilindiği bir zamanda verilmiş bulunması [6], *garanti sözleşmesinin varlığını kabule imkan verecek belirtilerdir.* Bununla beraber, her olayı ayrı ayrı değerlendirmek ve asıl borçtan bağımsız bir borçlanmanın varlığında duraksama (tereddüt) halinde "kefalet" hükümlerini uygulamak doğru olacaktır [7].

---

1) Bu konuda Bk. **Seza** Relsoğlu, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, sh. 43 vd.

2) Bk. JT. 2000, 1. 638; JT. 1939, 1. 168. JT. 1950, 1. 488. Yarg. 13. HD. 18.4.1995, K. 95/3954 (Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 1422 vd.).

HGK. 19.10.1988, K. 88/811: Davalı, annesinin daireyi belli bir tarihte boşaltacağını (tahliye edeceğini) **aksi** takdirde maktu bir tazminat ödeyeceğini kiralayana **karşı taahhüt etmiştir.** Üçüncü **bir kişinin** fiilini **taahhüt** (başkasının edimini borçlanma) **asıl borçtan bağımsız** niteliktedir **ve geçerlidir.** Bu nedenle, **davalı, dairenin tahliye edilmemesi halinde tazminat ödemekle** yükümlüdür. (Yarg.Kar. Oerg. 1989, 778-779).

Üçüncü şahsın taahhüt edilen edimi hukuka veya ahlaka aykırı bir nitelik taşıyorsa, başkasının edimini borçlanma sözleşmesi de hukuka veya ahlaka aykırı sayılır ve geçersiz olur.

3) Bk. JT. 1939, 1. 168.

4) Bk. JT. 1949, 1. 298.

5) Bk. JT. 2000, 1. 639; JT. 1976, 1. 537.

6) Bk. JT. 2000, 1. 639

7) Bk. JT. 2000, I. 635; JT. 1940, 1. 551. "kefalet" ile "garanti sözleşmesi"nin ayrımında yararlanılabilecek kıstaslara ilişkin olarak Bk. **Seza** Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Bası, Ankara 2003, sh. 73 vd. **Seza** Reisoğlu, Kefalet, Ankara 1992, sh. 85 vd. Ayrıca Bk. HGK. 4.7.2001, K. 2001/583 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1807 vd.); Yarg. 11. HD. 3.12.2002, K. 2002/11252 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 81-82); Yarg. 11. HD. 28.1.2002, K. 2002/506 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 1190).

3- *"Başkasının edimini b[illegible]çlanma" !özlef :17[illegible]sinin geçerliliği* (kefalet sözleşmesinden farklı olarak) *bır şekle baglı degıldır. Ayrıca, başkasının edımini taahhüt eden kimsenin sorumlu olacağı belli bir miktarın sözleşmede gösterilmesi de gerekmez* [8].

4- Başkasının edimini borçlanmada, üçüncü şahsın edimi kararlaştırılan zamanda yerine getirmemesi halinde, borçlu diğer tarafın (sözleşmede aksı kararlaştırılmamışsa) *müsbet zararını* (Oser-Schönenberger, md. 111, No. 1o; Becker, md. 111, No. 14-15; Feyzioğlu, C. il. sh. 291) ödemekle yükümlüdür [9].

2- Teminat mektupları

1- Yargıtay 11.6.1969 tarihli içtihadı Birleştirme Kararında, Bankaların, gümrük vergisi borçlusu yararına, gümrük idaresine verdikleri *"idarenin yazılı isteği üzerine, derhal ve herhangi bir itiraza ya da hüküm verilmesine gerek kalmaksızın ödeme"* yükümlülüğünü kapsayan *teminat* (güvence) *mektuplarını "asıl borçtan daha ağır bir külfet altına girilmiş bulunması, bu suretle asıl borçtan bağımsız bir şekilde borçlanılmış olunması nedeniyle"* BK. md. 110'da yer alan *"üçüncü şahısların edimini taahhüt'* niteliğinde bir *güvence sözleşmesi* saymıştır [10].

2-a) *"Üçüncü şahsın edimini taahhüt'* niteliğinde olan teminat mektuplarını, Bankaların yanısıra -özellikle yasaklanmış olmadıkça- diğer gerçek veya tüzel kişilerin vermesine de yasal bir engel yoktur. Ancak uygulamada, bankaların ekonomik gücü nedeniyle *"teminat mektupları"* geniş ölçüde bankalardan istenmekte *ve* bankalarca verilmektedir.

b) *Bankalar,* teminat mektuplarında, *yararına teminat verilen* (lehtar) *ile, alacağı garanti edilen* (muhatap) *arasındaki sözleşmede öngörülen edimin* yerine getirilmemesinden doğan zararın kendileri tarafından ödenmesini garanti ederler. Örneğin, A, B'ye aralarındaki sözleşme uyarınca 800.000 TL

---

8) Bk. Yarg. İçt. Biri. Kar. 11.6.1969, K. 69/4-6; HGK. 4.7.2001, K. 2001/583 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 1807 vd.) Yarg. 13. HD. 11.2.1986, K. 86/739: Davalıların, babalarının davacıya geçit hakkı vermesini sağlamak borcu altına girmeleri "üçüncü şahsın edimini 1>?rçlanm[illegible]ini ta[illegible]hhür niteliğindedir. Başkasının edimini borçlanmaya ilişkin sözleşme-nın geçer1ılıgıresmı şekle uyulmasına bağlı değildir (Bk. Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 437).

9) Bk.Yarg. 13. HD. 18.4.1995, K. 95/3954 (Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 1422 vd.).

1O)_Bk. Yargıtay içtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, **C. V,** sh. **483 vd. Ayrıca** bk. Içt. Bir. Kar. 3.12.1967, K. 7 (Olgaç, Emsal İçt. sh. 513-514); HGK. 27.10.1982, K. 865 (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 653). Yarg. 11. HD. 17.5.1983, K. 83/2617 (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 1338). Yarg. Ceza Gen. Kur. 23.10.1989, K. 89/297 (Yarg. Kar. Derg. 1990, sh. 106).

kredi vermişse, B bu parayı %30 faiziyle ve eşit taksitlerle üç yılda geri ödeyecekse, *Banka,* A'ya (muhataba) verdiği teminat mektubuyla *(onunla yaptığı garanti sözleşmesiyle),* B'nin (lehdarın) borcunu yerine getirmemesi halinde, onun edimini ifa edeceğini, -kendi adına- taahhüt (garanti) eder.

Teminat mektuplarında, bankalar, miktarını veya limitini göstermeye mecbur olmaksızın (yukardaki örnekte görüldüğü üzere) *belli bir riski* -tamamen veya kısmen- *garanti ederler.* Kapsamı belli olmayan bir riski, örneğin, Aile B arasındaki herhangi bir sözleşmeden doğacak bütün alacakları garanti etmeyi öngören teminat mektupları (garanti sözleşmeleri). garanti edilen riskin belli olmaması nedeniyle geçersizdir [11].

c) Verdiği teminat mektubu uyarınca muhataba ödemede bulunan banka, doğaldırki, yaptığı *"kontrgarantl'* sözleşmesi kapsamında lehdara veya kontrgaranti veren kişiye rücu edecek, yaptığı ödemeyi talep edecektir.

3- Banka teminat mektuplarının *"garanti=güvence"* sözleşmesi sayılması uygulamada çözüme bağlanması gereken bir kısım sorunları da beraberinde getirmiştir. (Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bk. *Seza Reisoğlu,* Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Baskı, Ankara 2003).

a) Banka teminat mektuplarında, *Bankalar,* **alacağı garanti edilen tarafın** -muhatabın- *"edimin tamamen veya kısmen yerine getirilmediğini bildiren* **ilk yazılı talebi üzerine,** (özetle) *yasal yollara başvurulmasına, protesto çekilmesine, hüküm alınmasına, müşterinin onayına ihtiyaç olmaksızın, alacağın mevcut olup olmadığına, taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli bulunup bulunmadığına, olağanüstü hal, önlenemez neden ve zamanaşımı iddialarına bakılmaksızın, müşteri tarafından ileri sürülebilecek def'i ve itirazları ileri sürmekten baştan feragat ederek,* **teminat mektuplarında yer alan miktarın tamamını veya talep edilen kısmını derhal nakden ödemeyi"** *taahhüt etmektedirler.*

Yargıtay, teminat mektuplarındaki *"ilk talepte, derhal, itirazsız ödeme"* yükümlülüğünü dikkate alarak, aşağıda değineceğimiz istisnai haller dışında, *bankaların,* prensip itibariyle, *garanti edilen edimi* -esas ilişkin bir inceleme yapmaksızın- *ödemekle yükümlü olduğu görüşündedir* [12].

Bankalar da, uygulamada, *Yargıtayın bu yaklaşımını,* itibarlarının korunması, teminat mektuplarına yönelik taleplerin ve buna bağlı komisyon gelirlerinin devam etmesi için *benimsemektedir.*

---

11) Bk. Yarg.19.HD.23.9.2002, K.2002/5973 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 241-242).

12) Bk. Yarg.HGK.28.11.2007, K.2007/892 (Yargı Dünyası, Nisan/2008, sh. 55 vd.- özellikle, sh.57-58).

b) *Bankalar,* Yargıtay Kararlarında da belirtildiği üzere, *muhatabın ödeme talebini, aşağıdaki hallerde yerine getirmekten kaçınma durumundadırlar.*

aa) *Banka,* muhatapla yaptığı *garanti sözleşmesinin tarafı olarak ileri sürebileceği def'i/ere* -örneğin tazmin talebinin süresi içinde yapılmadığına- *dayanarak ödemeden kaçınabilir* [13].

bb) *Lehdar* (borçlu), muhatapla (alacaklıyla) olan ilişkisinde öngörülen, *banka teminat mektubuyla garanti edilmiş bulunan edimi ifa ettiğini* (örneğin kredi borcunu tamamen ödediğini) *bankaya,* duraksamaya yol açmayacak bir belgeyle (örneğin muhataptan alınmış borcun ödendiğini gösteren bir makbuzla) *derhal ispat edebilirse, Banka muhataba ödemede bulunmaktan kaçınmaya mecburdur.* Zira bu durumda yapılan ödeme talebi *"hakkın kötüye kullanılmasr* niteliğindedir [14]. Buna rağmen, Banka muhataba ödemede bulunursa, borcu garanti edilen kişiye (kontrgarana) rücu etme, başvurma hakkını kaybedecektir.

cc) *Lehdar,* muhatabın, teminat mektubunun paraya çevrilmesi talebine karşı, *mahkemeye başvurarak, ihtiyati tedbir* (HUMK.md.101) *yoluyla, mektubun paraya çevrilmesini engelleyebilir.* Mahkemenin ihtiyati tedbir kararı vermesi halinde Banka karara uymaya mecburdur (HUMK.md.113/A) [15].

3- Süresiz veya belli bir süre için başkasının edimini borçlanma ve zamanaşımı

BK.md.11O uyarınca üçüncü şahsın edimini borçlanmada, borçlu, başkasının edimini belli bir süre için veya bir süreye bağlanmaksızın taahhüt edebilir-borçlanabilir-.

Uygulamada bu sorun özellikle *"Banka teminat mektuplarında"önem* kazanmıştır.

Banka, verdiği *teminat mektubunu,* bağlayıcılığı yönünden, bir süreye bağlamamışsa, *"süresiz-vadesiz- teminat mektubU'* söz konusu olacaktır. Buna karşılık, *teminat mektubunda* -Banka ile Muhatap arasında yapılan garanti sözleşmesinde- belli bir geçerlilik süresi öngörülmüşse *"süreli-vadeli-teminat mektubundan"* söz edilecektir.

---

13) Bk. Yarg. HGK. 28.11.2007, K.2007/892. (Yargı Dünyası, Nisan/2008, sh. 55· özellikle 58).

14) Bk.Yarg.HGK.28.11.2007, K.2007/892 (Yargı Dünyası, nisan/2008 sh. 55vd. -özellikle, sh.58-); Yarg. 11.HD.4.6.2007, K.2007/8483 (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 2253 vd.)

15) Bk. Yarg. HGK. 28.11.2007, K.2007/892 (Yargı Dünyası, Nisan/2008, sh. 55 vd -özellikle 58-).

a) Süresiz -vadesiz- teminat mektupları ve zamanaşımı

Süresiz teminat mektupları *zamanaşımı* yönünden, Borçlar Kanununun (md.125 ve devamındaki) genel kurallarına tabidir. Böylece, *süresiz teminat mektuplarında, Banka yönünden, zamanaşımı, riskin doğduğu* -lehdarın muaccel borcunu ifa etmediği- *tarihten itibaren on yıldır. Borçlu* -lehdar- *açısından,* alacaklı -muhatap- ile olan ilişkilerinden doğan borç için *daha kısa bir zamanaşımı söz konusu olsa dahi,* Bankanın borcu *lehdarın borcundan bağımsız bir nitelik taşıdığından,* Banka için zamanaşımı süresi on yıl olacaktır.

Bankanın teminat mektubundan doğan borcu zamanaşımına uğramışsa, Banka muhatabın ödeme talebini *"zamanaşımı" def'inde bulunarak* reddedebilir.

Banka zamanaşımı def'inde bulunmaz, *muhataba ödeme yaparsa,* Bankanın borcu, lehdarın borcundan bağımsız bir nitelik taşıdığından, *yaptığı ödeme nedeniyle lehdara rücu edebilmesi,* Lehdarla aralarındaki *"kontrgaranti" sözleşmesinin buna imkan tanıyıp tanımamasına bağlı olacaktır.*

b) Süreye bağlı -vadeli- teminat mektupları ve zamanaşımı

Süreye bağlı -vadeli- teminat mektuplarında *"zamanaşımı"* sorunu, *taraflar*-Banka ve Muhatap- *arasındaki garanti sözleşmesi* uyarınca verilen teminat mektuplarındaki sürenin (belirlenen vadenin) şekline -kapsamına- göre farklılık arzedecektir.

aa) Teminat mektubunda yer alan süre -vade- BK.md.11O'a 8.7.1981'de eklenen fıkraya uygun olarak düzenlenmişse, diğer bir deyişle, **teminat mektubunda".....** *tarihine kadar, Bankamıza yazrlı olarak tazmin talebinde bulunulmadığı taktirde teminat mektubu hükümsüz olacaktır"* **denmişse,** yazılı *tazmin talebi teminat mektubunda belirlenen sürenin sonuna kadar Bankaya ulaşmadığı taktirde* (risk süre içinde gerçekleşmiş olsa dahi) **Bankanın sorumluluğu son bulacaktır.**

Buna karşılık, teminat mektubunda belirlenen süre içinde, *muhatap* Bankaya yazılı olarak başvurup *tazmin talebinde bulunmuşsa,* riskin gerçekleştiği -muhatabın alacağının muaccel olduğu- tarihten itibaren on yıllık bir zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır.

bb} Teminat mektubunda yer alan *süre* -vade- BK.md.110/2'de düzenlenen şekilde formüle edilmemişse, örneğin, teminat mektubunda, sadece *"Bu teminat mektubu tarihine kadar geçerlidir"* denmişse, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, Bankanın sorumluluğu ve zamanaşımı aşağıdaki şekilde ortaya çıkacaktır:

1} Teminat mektubunda belirtilen *"geçerlilik süresi'* içinde, garanti edilen *risk gerçekleşmezse Bankanın sorumluluğu sona erecektir.*

2) Belirlenen *"süre"* içinde risk gerçekleşirse, riskin gerçekleştiği (muhatabın alacağının muaccel olduğu) tarihten itibaren *on yıllık bir zamanaşımı süresi* söz konusu olacaktır. Muhatap, bu on yıllık süre içinde Bankadan tazmin talebinde bulunabilecektir 1s.

§ il- BAŞKASI YARARINA SÖZLEŞME

1- Kavram

Bir sözleşmede, borçlu, kural olarak, edimini alacaklıya ifa eder. *Sözleşmenin tarafları kendi adlarına hareket ettikleri, bir temsil ilişkisi söz konusu olmadığı halde, borçlu edimini üçüncü bir şahsa ifa etmekle yükümlüyse "başkası - üçüncü şahıs- yararına sözleşme" söz konusudur.* Örneğin A otomobilini B'ye satmıştır.Aile B arasındaki sözleşme uyarınca, 8 otomobilin bedelini **(A'ya** değil) C'ye ödeyecektir. Başkası yararına yapılan Hayat ve Kaza sigortaları da "üçüncü şahıs yararına sözleşme" niteliğindedir.

2- Başkası Yararına Eksik veya Tam Sözleşme

Üçüncü şahıs yararına yapılan sözleşmeler, üçüncü şahsın edimin ifasını isteyip isteyememesine göre "eksik" veya "tam" sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılırlar.

a) BK. md. 111/1'de açıkça belirtildiği üzere *"kendi adına sözleşme yapan bir kimse, üçüncü kişi yararına bir borç kabul ettirmişse, borcun bu üçüncü **kişiye** ifasını isteyebilir."* Buna karşılık, kural olarak, yararına sözleşme yapılan üçüncü şahıs, borçludan edimin ifasını talep edemez. Başkası yararına yapılan sözleşmeler, ilke olarak üçüncü şahıs yararına *"eksik **sözleşme"*** niteliğindedir (Tekinay, sh. 196; Oğuzman, C. İl, sh. 305-306). Bu tip sözleşmelerde üçüncü şahıs bir alacak hakkı kazanmaz, sadece kendisine yapılacak

---

16) Yargıtay HGK. 30.3.1988, K.88/287: **Garantinin belli bir süre için verilmesi halinde, riziko süre içinde gerçekleşmezse, garanti verenin yükümlülüğü ortadan kalkar. Garanti sözleşmesi Borçlar Kanununun 110. maddesine 8.7.1981 gün ve 2486 sayılı yasa ile eklenen fıkraya uygun bir biçimde yapılmışsa, vade sonuna kadar yazılı istekte bulunulmadığı takdirde, bankanın sorumluluğu sona erer. Bu yol• da bir kayıt garanti sözleşmesine konulmamış ise, teminat mektubu süreli olsa dahl** {rizikonun süre içinde gerçekleşmiş olması şartıyla) **on yıllık zamanaşımı süresi do• luncaya kadar tazmin talebi ileri sürülebilir.** (Yarg. Kar. Der. 1989, sh. 1534-1536).

ifayıkabule yetkilidir. Üçüncü şahıs yararına eksik sözleşmelerde sözleşmeye taraf olan alacaklı, alacak üzerinde her zaman tasarruf edebilir, borçluyu bo��u�da�kurtarabilir, borçluyla anlaşarak alacağın kapsam ve hükümlerini de�iştı_r�bılır. Yararına sözleşme yapılan üçüncü şahıs alacaklının bu işlemlerine itiraz edemez.

b) Yararına sözleşme yapılan üçüncü şahsın (veya ona halef - ardıl olan-l�rın) da şahsen borcun ifasını isteyebilmesi, tarafların iradelerine, sözleşmenın anlam ve niteliğine veya töreye göre, edimin ifasını talep etmeye yetkili kılınmış olmalarına bağlıdır. (BK. md. 111/2). Bu takdirde *"başkası yararına tam sözleşme"den söz edilir* 1. Üçüncü şahıs yararına tam sözleşmelerde, üçüncü şahıs veya onun yerine geçenler borcun ifasını talep haklarını kullanmak istediklerini borçluya bildirmişlerse, alacaklı, *artık alacak üzerinde tasarruf edemez, borçluyu ibra edemez* (borcundan kurtaramaz) (BK. md. 111/3)[2].

Üçüncü şahıs yararına tam sözleşmelerde, sözleşmeye taraf olan alacaklı da, üçüncü şahıs da borcun ifasını isteyebilir. Ancak, sözleşmenin tarafı olan alacaklı, daha önce de belirttiğimiz gibi, borcun kendisine değil, üçüncü şahsa ifasını talep ve dava edebilir.

3- Başkası yararına sözleşmenin sonuçları

Başkası yararına sözleşmelerde, yararına sözleşme yapılan üçüncü şahsın medeni hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip olması gerekmez. Henüz ana rahminde bulunan bir kişi yararına sözleşme yapılabileceği gibi, sözleşmedeki şartlara göre ilerde belirlenecek bir şahıs (örneğin belli bir fakülteyi haziran döneminde birincilikle bitirecek öğrenci) yararına da sözleşme yapılabilir.

Başkası yararına yapılan sözleşmelerde, üçüncü şahsın hakkı tararaflar arasındaki sözleşmeden doğduğu için, borçlu, alacaklıya karşı ileri sürebileceği bütün def'i ve itirazları (ehliyetsizlik, muvazaa, hata, hile, ikrah, ödemezlik def'i vs.) üçüncü şahsa karşı da ileri sürebilir3 (von Tuhr, § 83/IV; Schwarz, sh. 403; Becker, md. 112, No. 28; Engel, sh. 291). Ancak, BK. md. 120 uyarınca, borçlu üçüncü şahsa karşı olan borcunu, diğer tarafın (alacaklının) kendisine olan borcu ile takas edemez.

---

1) Ayrıntılı bilgi için Bk. **Şener Akyol,** Tam üçüncü şahıs yararına sözleşme, İst. 2008.

2) Bk. JT. 1920, I. 404. BK. Tasarısı md. 129/2'de, "...üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, *alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi,* borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez" hükmüne yer verilmiştir.

3) Bk. JT. 1967, 1. 44.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLARIN SONA ERMESİ

§ 1- GENEL OLARAK

1- Borçlar Kanunumuz 113-140. maddelerinde, *"Borçların sukutu"* başlığı altında, (dar anlamda) borçları sona erdiren (ifa dışındaki) başlıca sebepleri düzenlemiş bulunmaktadır .[1]. Daha önce incelediğimiz, borcun normal sona eriş sebebi olan "ifa" BK. md. 67 ve devamında ayrıca düzenlenmiş bulunduğu için, yasa koyucu "borçların sona ermesi" bölümünde "ifa"ya yer vermemiştir.

Borçlar Kanunumuz 113 ve onu izleyen maddelerinde, borcu sona erdiren sebepler olarak, sırasıyla, tecdit = yenileme" (BK. md. 114-115) "alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi" (BK. md. 116), *"ifa imkansızlığı"* (BK. md. 117), *"tak[illegible]s"* (BK. md. 118-124) ve *"zamanaşımı"* (BK. md. 125-140) yer almaktadır. Isviçre Borçlar Kanununun 115. maddesinde, borcu sona erdiren sebepler arasında *"ibra"* da düzenlenmiştir. Bu maddenin bize alınmamış olması, Türk hukukunda *"ibra"* yoluyla borcun sona erdirilmesi imkanını ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle, borcu sona erdiren sebepleri ayrı ayrı açıklarken, *"ibra'Yı* da inceleyeceğiz.

2- Borcun ifa veya diğer herhangi bir nedenle sona ermesiyle borçlu borcundan kurtulur, borçlunun ifa yükümlülüğü ve sonuç olarak alacaklının talep hakkı ortadan kalkar.

Asıl borç sona erince, kefalet, rehin ve diğer fer'i (yan) haklarda sona erer (BK. md. 113/1). *Borç sona erince, yeni faiz işlemeyeceği gibi, daha ön-*

---

1) Dar anlamda borcun sona ermesiyle, o borcu doğuran "borç ilişkisi"nln sona ermesi ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bir borç ilişkisinden birden çok borç (alacak) doğmuşsa, bunlardan birinin sona ermesi, borç ilişkisini sona erdirmez. Buna karşılık, bir borç ilişkisinden doğan borçların tümünün sona ermesi halinde, kural olarak, borç ilişkisi de son bulur. Ancak hizmet ve kira sözleşmelerinde olduğu gibi, sürekli olarak veya belli dönemlerde ifası gereken borçların söz konusu olduğu durumlarda, zamanı geldikçe borçların ifası aradaki borç ilişkisini sona erdirmez.

ce işlemiş olan faizler de (bu faizleri isteme hakkının saklı tutulduğu beyan edilmiş veya durumun özelliğinden anlaşılmış olmadıkça) *talep edilemez* (BK. md. 113/2) 2._Gayri_menkul rehnine (Bk. MK. md. 858), kıymetli evraka *ve* konkordatoya (le. ve it. K. md. 303) ilişkin özel hükümler saklıdır (BK. md. **113/3).**

§ il- İ B R A

1- Kavram ve hukuki niteliği[3]

İbra, alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir sözleşme ile, alacaklının hakkından vazgeçmesi, borçluyu edimi yerine getirmeden borcundan kurtarmasıdır. İbra ile, alacak ve borç doğrudan doğruya ve kesin olarak ortadan kalkar. Tam ibrada borcun tamamı, kısmi ibrada ise borcun ibra edilen kısmı sona erer [3a].

Ayni haklarda (örneğin mülkiyet hakkında) ve yenilik doğuran haklarda (örneğin takastan feragatta, BK. md. 124) hak sahibi tek taraflı iradesiyle hakkından vazgeçebilir, hakkını ortadan kaldırabilir. Alacak hakkında durum farklıdır. Alacak hakkının sona ermesi, borçlunun borcundan kurtulması için, alacaklının tek taraflı iradesi yetmez. Borçlunun da muvafakat, (onayı) gerekir. Ancak bu muvafakat çok kere zımni (üstü kapalı) bir irade beyanı ile olur. Alacaklının kendisine ulaşan beyanını uygun bir süre içinde reddetmeyen borçlu muvafakat etmiş sayılır (BK. md. 6), ibra sözleşmesi tamam olur.

2} Yargıtaya göre: İfa davasında (aynı şekilde tazminat davasında} davacının faiz isteme hakkını saklı tutmamış olmasıN faiz alacağından zımnen vazgeçme niteliğindedeğikfü, faizin ayrı bir dava ile talep edilmesini engellemez. **BK. md. 113/2 hükmü ancak ifanın - faiz isteme hakkı saklı tutulmaksızın - kabülü halinde uygulanır. İfa davası**nın açılmış ve hatta kesin hükme bağlanmış olması, ifa kabul edilmedikçe, BK. md. 113/2'nin uygulanması için yeterli değildir. Bk. Yarg. 19. HD. 23.11.1992, K. 92/6169 (Yarg. Kar. Derg. 1993, sh. 913); Yarg. 13. HD. 15.3.1982, K. 1772 (Yarg. Kar. Derg. 1982, sh. 835}; Yarg. iV. HD. 13.12.1975, K. 133 (Olgaç, Emsal İçt. md. 113, sh 519); HGK. 15.11.1961, K. 38 (Olgaç, İBK. md. 113, sh. 2).

Yarg. HGK. 6.2.2008, K. 2008/107 (Yarg. Kar. Derg. 2008/6, sh. 1046}.

3} Borçlar Kanunumuzda yer almamış bulunan *"ibra"* sorunu, BK. Tasarısında yasal bir düzenlemeye konu olmuştur. Tasarının 132. maddesinde *•Borcu doğuranişlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile, borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir"* hükmü yer almıştır.

3a) Bk. Yarg. HGK. 29.3.2006, K. 2006/118 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 1044), Yarg. HGK. 26.10.2005, K. 2005/611 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 12).

_ İbra, ala9aklının ⍰lacak hakkını ortadan kaldıran (bu suretle bir hakka dogrud⍰n ⍰ogruyaA⍰⍰sı_r eden) bir işlem olduğu için, borç doğuran bir sözleşme degıl, tasarruf, bır muameledir. Bu nedenle, ibranın geçerli olabilmesi iJ.in, alacaklı⍰,⍰alaca_ğı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekir. Örnegın, alacaklı ıflas etmışse, borçluyu ibra edemez.

2- Şek I i

İsviçreBorçlar Kanununun bize alınmayan 115. maddesine göre, borcun doğumu ⍰asaya veya tarafların iradesine göre bir şekle bağlı kılınmış olsa bile, alacagı tamemen veya kısmen sona erdiren sözleşme bir şekle bağlı değildir.

İsviçre Borçlar Kanununun 115. maddesinin bize alınmamış olması Türk hukuk doktrininde "ibra" sözleşmesinin şekli konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bir kısım yazarlar, "kanunen yazılı olması gereken bir sözleşmenin değiştirilmesi de yazılı olmak lazımdır" kuralını getiren BK. md. 12'nin "ibra sözleşmesine" de uygulanması gerektiği görüşünü savunurken (Saymen-Elbir, sh. 855, ayrıca BK. Tekinay, sh. 1324), diğer bir kısım yazarlar "ibra" ile yeni bir borç altına girilmediğini, ibranın bir sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olmadığını, bu nedenle ibra sözleşmelerinin bir şekle bağlı olmaksızın geçerli olacağını ileri sürmüşlerdir (Schwarz, sh. 250).

İbra sözleşmesi geçerlilik yönünden bir şekle bağlı olmasa dahi, ispat bakımından HMUK. md. 288'e tabi olacak ve md. 288'de öngörülen miktarı aşan borçların ibrasına ilişkin sözleşmelerin yazılı delil ile ispatı gerekecektir.

3- Sonuçları

İbra ile borç (alacak) ve BK. md. 113 uyarınca alacağı garanti eden kefalet ve rehin gibi fer'i (yan) haklar sona erer [4]. İbra edilen borç (kefilin borcunda olduğu gibi) bir fer'i hak ise, asıl borç devam eder.

---

4) Yarg. HGK. 6.2.2008, K. 2008/107: **İş kazasının sonrasında hak sahiplerinin verdiği ibranamedeki miktar ile ibranamenin verildiği tarihteki veriler esas alınarak bulunacak gerçek zarar arasında açık oransızlık varsa, ibraname** "kısmi ifayı içeren makbuz" **niteliğindedir, borçlu borcundan kurtulmaz, mahkemece gerçek zarar araştırılmalıdır** (Yarg. Kar. Derg. 2008/6, sh. ⍰044.).

Yarg. 9.HD. 27.05.2008, K.2008/12⍰87: **iş ilişkIsInIn devamı sırasında duz!nlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. işçi bu dönemde ta⍰amen işverene ⍰agımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş IIlşkIsInIn devamını saglamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.** (Legal, ağustos 2008, sh. 2759).

§ 111- TECDİT (YENİLEME)

1- Kavram

Tecdit (yenileme), mevcut bir borcun, yeni bir borç meydana getirilerek sona erdirilmesidir. Yenileme halinde, borçlu, yeni bir borç meydana getirmek suretiyle (edimini yerine getirmeksizin) mevcut borcundan kurtulur. Yenilemede mevcut borcun sona ermesiyle, yeni bir borcun meydana gelmesi arasında bir illiyet bağı vardır. Mevcut borç yeni bir borcun meydana getirilmesiyle ilgili olmaksızın sona erdirilmişse, "yenileme"den söz edilemez.

Yenileme, belli bir borca veya bir borç ilişkisinin tümüne ilişkin bulunabilir (Engel, sh. 518; Tekinay, sh. 1326-1328).

Yenileme, mevcut borcun sebebinde ve konusunda *(objektif yenileme)* ***veya*** borç ilişkisinin taraflarında *(sübjektif yenileme)* değişikilk yapmak suretiyle olabilir (Oser-Sc.-Önenberger, md. 116, No. 9-10; Engel, sh. 518; Saymen-Elbir, sh. 863). Örneğin, Aile B arasındaki alım-satım sözleşmesi uyarınca, B, satın aldığı malın bedeli olarak A'ya 300 TL. ödeyecektir. Taraflar (bir yenileme anlaşmasıyla) B'nin 300 Liralık borcunun sona ermesini, onun yerine, B'nin A'ya bir elbise dikme borcu altına girmesini kararlaştırmışlarsa, bu yenilemede, borç ilişkisinin tarafları aynı kalmakta, fakat yeni bir borcun meydana getirilmesiyle eski borç sona ermektedir. Buna karşılık, borcun konusu aynı kalmak, fakat borç ilişkisinin alacaklı veya borçlu tarafını değiştirmek suretiyle "yenileme" yapmak, mevcut borcu sona erdirmek de mümkündür. Alacaklı değişmişse, borçlunun eski alacaklıya karşı olan borcu sona erecek, yeni alacaklıya karşı aynı nitelikte yeni bir borç altına girmiş olacaktır. Borçlu değişmişse, yeni borçlu alacaklıya karşı aynı nitelikte yeni bir borçla yükümlü olacak ve eskisinin borcu sona erecektir. Bu şekildeki yenilemede dış görünüşüyle alacağın temlikine ve borcun nakline benzer bir durum vardır. Fakat işlemlerin niteliği ve buna bağlı sonuçlar farklıdır. Alacağın temlikinde veya borcun naklinde, alacaklı veya borçlu, mevcut borç sona ermeden değişmektedir. Yenileme halinde ise, alacaklı değişmişse, yeni alacaklı ile borçlu, borçlu değişmişse, yeni borçlu ile alacaklı arasında yeni bir borç meydana gelmekte, daha önce mevcut olan borç sona ermektedir (Feyzioğlu, C. İl, sh. 437 vd; Oğuzman, C. 1, sh. 179).

2- Şartları

Yenileme tarafların anlaşmasıyla olur. [11]Yenileme"nin söz konusu olabilmesi için {bir sözleşmenin genel geçerlilik koşullarının yanında) aşağıdaki şartların varlığı gerekir:

. 1. *Geçeri□bir borç mevcut olmalıdır.* Herhangi bir nedenle (ehliyetsizlik, şekılnoksa□lıg□□s.) batıl olan bir borcun yenilenmesi mümkün değildir. Eski borç geçerlı degılse, yeni borç da doğmaz

.2. *Yeni, geçe□li bir borç meydana gelmelidir.* Eski borcun sona ermesi, yenı b□rcun geçerlı o□arak meydana gelmesine bağlıdır. Yeni borç, imkansızlık, şekıl noksanı, ahlaka aykırılık vs. bir nedenle geçerli değilse, eski borç sona ermez.

3. *Tarafların "yenileme niyeti" olmalıdır.* Diğer bir deyişle, taraflar, mevcut borcun, yeni bir borç meydana getirilmek suretiyle sona erdirilmesini istemiş olmalıdırlar. BK. md. 114/1'de belirtildiği gibi *"borcun yenilendiği sözleşmeden açıkça anlaşılmalıdır".* Tarafların "yenileme" niyeti sözleşmeden açıkça anlaşılmıyorsa, eski borç, edimde yapılan değişiklikle devam ediyor demektir. Bu takdirde, rehin kefalet gibi yan haklar da alacağı garanti etmeye devam edeceklerdir.

BK. md. 114/2'de, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadıkça, kendiliğinden "yenileme" sayılmayacak bir kısım işlemler belirtilmiştir. Buna göre, mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunmak (alacaklıya bono veya poliçe vermek) veya yeni bir alacak senedi veya yeni bir kefaletname imza etmek "yenileme" niteliğinde değildir.

Borçlar Kanunumuz 115. md. sinde, "yenileme" yönünden "cari hesap = yürüyen hesap" sorununa da değinmiştir.

"Cari hesap" kavramı Ticaret Kanunumuzun 87. maddesinde tanımlanmıştır. Maddeye göre, "iki kimsenin para, mal, hizmet ve diğer hususlardan dolayı birbirlerindeki alacaklarını ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip, bunları kalem kalem zimmet ve matlup (aktif ve pasif) şekle çevirerek hesabın kesilmesinden çıkacak bakiyeyi (geri kalan kısmı) isteyebileceklerine ilişkin mukaveleye cari hesap mukavelesi denir. Bu mukavele yazılı olmadıkça geçerli olmaz".

Borçlar Kanunumuzun 115. maddesine göre, bir alacağın, bir cari hesaba kaydedilmesiyle borç yenilenmiş sayılmaz. Borç, ancak, hesap kesilip, çı□kan bakiye karşı tarafça kabul olununca yenilenmiş olur. Bu durumda eskı borçlar sona erer, onların yerini yeni bir borç (alacak) olarak "bakiye" alır. 115. maddesinin 3. fıkrasında göre, "eğer alacaklardan biri için özel güvence varsa, hesap kesilip onaylanmış olsa bile, aksi kararlaştırılmadıkça, bu güvence ortadan kalkmaz", "bakiye"yi garanti eder.

3- Sonuçları

1. Yenileme ile, eski borç (alacak) ve alacağı garanti eden rehin kefalet gibi fer'i (yan) haklar sona erer (Yukarıda değindiğimiz cari hesaba ilişkin BK. md. 115/3 hükmü saklıdır).

2. Yenileme ile yeni bir borç (alacak) doğar. Bu yeni borç sona eren eski borçtan bağımsızdır. Eski borca ilişkin def'iler (örneğin zamanaşımı veya ödemezlik def'i), yeni borç için geçerli değildir, ileri sürülemez. Yeni borç (alacak) için güvence verilmek isteniyorsa, alacağı temin eden yan hakların (rehin, kefalet vs.) yeniden tesisi gerekir.

3. Yeni alacak için, yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

§ IV-ALACAKLI VE BORÇLU SIFATLARININ BİRLEŞMESİ

1. Borçlar Kanunumuzun 116. maddesine göre *"alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının bir kişide birleşmesiyle borç sona erer".* Alacak ve borcun aynı kişide birleşmesi, ölüm (mirasçılık) veya yaşayanlar arası bir hukukı işlemin soncu olabilir. Örneğin alacaklının, borçlunun ölümüyle onun mirasçısı olması veya bir işletmenin bütün aktif ve pasifi ile devralınması (BK. md. 179) ve devralanın, devraldığı işletmeye bir borcunun bulunması veya alacaklının alacağını borçluya temlik etmesi hallerinde alacaklılık ve borçluluk sıfatları aynı kişide birleşmiş olur.

Alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının aynı kişide birleşmesi ile borç ve rehin, kefalet gibi yan haklar sona erer (BK. md. 113). Ancak, sona eren alacak üzerinde üçüncü şahıslar yararına daha önce tesis edilmiş olan haklar (örneğin intifa hakkı) birleşmeden sonra da devam eder.

2. *"Birleşmenin ortadan kalkmasıyla borç yeniden doğar"* (BK. md. 116/2). Örneğin, mirasçının mirası reddetmesiyle birleşme ortadan kalkar ve sonuç olarak borç ve kefalet, rehin gibi yan haklar yeniden meydana gelir. Birleşmenin ortadan kalkması, bu nedenle borcun yeniden doğması, birleşmeye neden olan olayın (mirasın reddi halinde olduğu gibi) geçerliliğini kaybetmesine bağlıdır. Aksi taktirde sona ermiş olan borcun yeniden doğması sözkonusu olmaz. Örneğin, alacak borçluya temlik edilmiş, BK. md. 116 uyarınca borç (alacak) sona ermişse, borçlu kendisine devredilmiş ve bu nedenle sona ermiş bulunan alacağı başkasına temlik edemez.

3. Birleşmeyi düzenleyen 116. madde "gayrimenkul rehni ile kıymetli evrak hakkındaki özel hükümleri" saklı tutmuştur (Bk. MK. md. 858, 918, 919; TK. md. 593). Gayrimenkul rehninin saklı tutulan hükümleri, Medeni Kanunun ipotekli borç senedine ve irat senedine ilişkin olan (borçlunun sahip olduğu senetleri yeniden devredebileceğini öngören) 918. ve 919. maddeleridir.

§ V- KUSURSUZ İMKANSIZLIK

1- GENEL OLARAK

Borcu sona erdiren sebeplerden biri de borcun ifasında "kusursuz imkans!zlık"tır:_ BK:_ 117/1'e göre, *"Borçluya yükİenemeyen haller nedeniyle borcun ıfası mumkun olmazsa borç* sona *erer".*

Bor��n ifasında imkansızlık (daha önce de belirttiğimiz üzere) iki ayrı za-
�a�da soz konu�u olabilir. Sözleşmenin yapılmasından önce edimin ifası ob-
Jektıf o�ar�k (yanı herkes için) imkansızsa, sözleşme (BK. md. 20 uyarınca) geçersızdır. Buna karşılık, geçerli olarak meydana gelmiş bir sözleşmeden d�ğan borcun ifası, sözleşmenin yapılmasından sonra "imkansız" hale gelmışse, hukuki durum "ifa imkansızlığında" borçlunun kusurlu olup olmadığına göre değişir:

1. "İfa imkansızlığı" borçlunun kusuru ile meydana gelmişse, edimin yerini "tazminat borcu" alır; ve BK. md. 96 uyarınca, borçlu, alacaklının "hakkını elde edememesinden doğan zararını" ödemekle yükümlü olur [5].

2. İfa imkansızlığı *"borçluyla yüklenemeyen haller"* nedeniyle, diğer bir deyişle, "borçlunun kusuru olmaksızın" meydana gelmişse, BK. md. 117/1 uyarınca borç sona erer [6'7]_ Borçlu borcundan kurtulur ve kural olarak alacaklıya bir tazminat ödemez s_

---

5) Ayrıntılı bilgi için, **"Borçların ifa edilmemesinin sonuçları"** kısmında **"kusurlu imkansızlık"** başlığı altında yapılan açıklamaya bakınız.

6) **Borcun ifasında "imkansızlık" genellikle parça borçlarında söz konusu olabilir. Borcun konusu cins ve miktar olarak belirlenmişse, piyasada o cins mal mevcut oldukça, borçlu kural olarak borcunu ifaya mecburdur.** BK. JT. 1932, 1. 403.

Yarg. HGK. 18.4.1984, K. 426: BK. md. **117 anlamında bir imkansızılığın varlığını kabul edebilmek için üç koşulun birlikte bulunması gerekir:** 1) imkansızlığı doğuran olay sonradan meydana çıkmalıdır; 2) Olay önceden öngörülemez ve önlenemez olmalıdır; 3) İmkansızlığın doğumuna borçlu kendi fiili (kusuru) ile sebebiyet vermemiş bulunmalıdır. **Sözleşmeye etkili olabilecek bir yetkinin başka bir makamın elinde bulunduğu biliniyorsa, yetkinin şu veya** bu **yönde kullanılması beklenmeyen, önceden öngörülemiyen bir olay niteliği taşımaz. Böylece, yabancı bir firmadan mal alımına ilişkin sözleşmeyi yaparken, ithalat rejimini, Maliye Bakanlığının döviz tahsis edip etmeme hususundaki yetkisini bilen davalı, Bakanlığın döviz tahsis etmemesini önceden öngörülemiyen bir olay** (BK. md. 117 anlamında bir kusursuz imkansızlık) **olarak ileri süremez. Sorumluluktan kurtulmak isteyen davalının "ithalatı -mal alımını- yetkili makamın döviz tahsis etmesi şartına bağlaması" gerekirdi. (Uygur,** c. il, sh. 569-571).

7) Borçlu, objektif iyiniyet (MK. md. 2) kuralları uyarınca, borcun ifasının imkansız hale geldiğini alacaklıya bildirmekle yükümlüdür.

8) Bk. JT. 1921, 1. 134. **Kusursuz imkansızlık halinde dahi borçlunun tazminat ödemekle yükümlü olacağını öngören sözleşmeler geçerlidir.**

Borcun sona ermesine neden olan kusursuz imkansızlık (malın yanmasında olduğu gibi) maddi bir olaydan veya (ithal yasağında, kamulaştırmada olduğu gibi) hukuki bir nedenden doğabilir. Aynı şekilde imkansızlığın herkes için (objektif imkansızlık) veya sadece borçlu için (sübjektif imkansızlık) söz konusu olması hukuki sonucu değiştirmez.

Borcun ifasının kendi kusuru olmaksızın [9] imkansız hale geldiğini, ifa imkansızlığına bir "olağanüstü halin" (cas fortuit) veya "mücbir sebebin" (force majeure) [10] neden olduğunu iddia eden borçlu, iddiasını isbat ile yükümlüdür.

Kusursuz ifa imkansızlığında borcun sona ermesi, kusursuz borçlunun zarara uğramasını önlemeye yönelik bir çözümdür. Borçlu ifası imkansızlaşan edim yerine, bir başka değer elde etmişse, bu değeri (örneğin yanan mal karşılığında aldığı sigorta veya haksız fiil tazminatını, kamulaştırılan mal için ödenen bedeli) alacaklıya vermekle yükümlüdür (Oser-Schönenberger, md. 119, No. 14; von Tuhr, § 71/1-2; Engel, sh. 526; Vediledeoğlu-Özdemir, sh. 270; Feyzioğlu, C. il, sh. 464) [11]. Bu değerin kendisine verilmesini isteyen alacaklı da, (varsa), kendi karşı edimini yerine getirecektir.

11- KUSURSUZ İMKANSIZLIĞIN İKİ TARAFLI SÖZLEŞMELERDEKİ SONUÇLAR!

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, kusursuz imkansızlık nedeniyle borçlunun borcundan kurtulmasının sonuçları Borçlar Kanununun 117.maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir:

1. Kural: BK. md. 117/2'ye göre, *karşılıklı borçlanmayı içeren sözleşmelerde, kusursuz imkansızlık nedeniyle borcundan kurtulan borçlu diğer taraftan "karşı ediminH itasını isteyemez* [12]. Diğer taraf borcunu daha önce ifa et-

---

9) **"Basiretli bir iş adamı"** gibi hareket etmeyen borçlu (özellikle tacir) ifa imkan[illegible]ızlığında kusursuz sayılamaz. Bk. TK. md. 20/2. HGK. 24.2.1973, K. 111 **{Olgaç,** Emsal lçt. md. 117, sh. 531); HGK. 17.10.1980, K. 2310 (Yarg. Kar. Oerg. 1981, sh. 143 vd.).

10) "Olağanüstü hal" ve "mücbir sebep" kavramları için "kusurlu imkansızlık" bahsinde, daha önce yaptığımız açıklamaya bakınız.

11) Bk. JT. 1917, 1. 459; JT. 1921, 1. 134; 1925, 1. 202. Yarg. 13.HD. 19.4.1983, K. 83/3145 (Yarg. Derg. 1984, sh. 417). Yarg. 13. HD. 24.11.1986, K. 86/5734 (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 1353).

12) Borcun ifası borçlunun kusuru olmaksızın kısmen imkansız hale gelmişse, borçlu edimin ifası mümkün olan kısmını yerine getirmekle yükümlüdür. Bu durumda diğer tarafın karşı edimi de aynı ölçüde indirilir. **Tarafların kusuru olmaksızın, karşılıklı borçlardan bir** kısmının **imkansız hale gelmesi sözleşmenin ifasında bir boşluğa sebep** olmuşsa, **bu boşluk, mahkemece, böyle bir imkansızlık olasılığını düşünselerdi, tarafların iyi niyetle nasıl bir çözüm bulacakları araştırılarak glderlllr.** Bk. JT. 1981, 1. 370.

miş_se,borçlual□ış olduğu şeyleri *"sebepsiz zenginleşme"kuralları* uyarınca gen vermekle yükümlüdür 13.

. Yuka.rı□a belirtilen "ilke" (aşağıda değineceğimiz satış ve trampaya ilişkin yasa□ıstısna dı□ında), kural ola□□k. bütün sözleşmelerde, özellikle kira ve ıstısna sozleşmelennde uygulanır. Orneğin, A'nın B'ye kiraladığı ev, A'nın kusuru olmaksızın yanmışsa, A borcundan kurtulur fakat B'den kira karşılığını ısteye□ez'. daha önce (peşin) almışsa, sebepsiz □enginleşme kurallarına göre gen verır.

2. □stisna: □K. 117/2 de prensipten ayrılma imkanına yer verilmiş, *"yasa □ey□sozleJme ıle borcun ifasından önce doğan zararın da alacaklıya yükletılmış oldugu haller."* saklı tutulmuştur. Böylece:

a- Tarafların yaptıkları sözleşme ile (ilkeden ayrılmaları), borcun ifasının bo□çl□□un kusuru olmaksızın imkansızlaşması halinde de, diğer tarafın karşı edımını kısmen veya tamamen yerine getirmekle yükümlü olmaya devam edeceğini kararlaştırmaları mümkündür.

b- Yasanın ilkeye getirdiği en önemli istisna, satış (aynı şekilde trampa) sözleşmelerinde *"satılan şeyin yararı ve hasarı sözleşmenin yapıldığı andan itibaren alıcıya* geçer"kuralını benimseyen BK. md. 183'de yer almıştır. Bu suretle, satılan şey (örneğin belli bir ressamın belli bir tablosu) satış sözleşmesinden sonra (edimin ifasından önce) borçlunun kusur olmaksızın hasara uğrarsa, zarar görürse, (örneğin yanarsa) borçlu borcundan kurtulur, fakat buna rağmendiğer tarafın (alacaklının) tablonun bedelini ödeme yükümlülüğü devam eder.

111- BEKLENMEYEN HALLER - İFA GÜÇLÜĞÜ

(Emprevizyon)

"Borcun ifasında imkansızlık" ile *"borcun ifasında güçlük"* ayrı ayrı kavramlardır. Borcun ifası mümkünse, *borçlu, düşünülenden fazla emek ve gideri gerektirse ve bu yüzden zarar etme durumunda kalsa dahi, kural olarak,*

BK. Tasarısının 137. maddesinde *"Kısmi ifa imkansızlığı"nın* **hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Tasarının 137. maddesine göre,** *"Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkansızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkansızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmi ifa imkansızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer", □Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkansızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkansızlık hüküm/en uygulanır."*

13) Bk. JT. 1938, 1. 2.

b?rcunu k[illegible]*rarlaştıran bedel karşılığında ifa il*[illegible]*yükü_rry*[illegible]*ür* 14. Yapılanbır sozleşmenın sonradan ortaya çıkan şartlara gore degıştırılebilmesi için ilk olarak- sözleşmede buna imkan veren bir hükmün bulunması gerekir 1s_ e

Ana ilke, *"sözleşmeye bağla/ık= Pacta sunt servanda"* prensibi gereğince, borçlunun, sözleşmeye aynen uyması, borcunu sözleşme şartlarına göre ifa etmesidir. Bununla beraber, iki taraflı ve uzun süreli bir sözleşmede sözleşmenin yapılmasından sonra, önceden görülmeyen (beklenmeyen} hal[illegible]ler nedeniyle, tarafların edimleri arasında açık (aşırı} bir nisbetsizlik (denge. sizlik) meydana gelmişse borçlunun sözleşmeye göre borcunu ifa etmesi çok güçleşmişse, alacaklının, borcun "sözleşmeye göre ifasında" direnip direnemeyeceği sorunu ciddi tartışmalara yol açmıştır [1]6.

Uygulamada, *beklenmeyen (önceden dikkate alınması mümkün olamayan)* savaş, iç karışıklıklar gibi siyasal ve/veya petrol sorunu gibi ekonomik krizler, para değerinde, ücretlerde ve fiyatlarda büyük değişikliklere sebep olmuş ve bunun sonucu olarak, birçok sözleşmenin, sözleşmedeki şartlarla yerine getirilmesi, borçlu için *(kendi kusuru olmaksızın) "aşırı derecede ifa güçlüğü"* yaratmıştır.

Türk ve İsviçre hukukunda beklenmeyen hallerden (emprevizyon) doğan "aşırı ifa güçlüğü"nü düzenleyen bir genel kural mevcut değildir. Bu konuda önemli bir özel hüküm "istisna = yapıt" sözleşmesine ilişkin olarak BK. md. 365/2'de yer almıştır. BK. md. 365/2'ye göre *"önceden kestirilemeyen veya kestirilip de iki tarafça gözününe alınmayan haller işin yapılmasına engel olur veya yapılmasını son derece güçleştirirse, hakim, sahip olduğu takdir (değerleme) yetkisine dayanarak, ya kararlaştırılmış olan ücretin arttırılmasına veya sözleşmenin bozulmasına karar verir".* (Bk. Özer Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, ist. 1978, sh. 54 vd.).

Doktrinde, beklenmeyen hallerden doğan "aşırı ifa güçlüğüne" bir çözüm getirmek için çeşitli görüşler ileri sürülmüş, özellikle her sözleşmenin *"Clausula rebus sic stantibus = sözleşmenin yapıldığı zamanki durumda bir değişiklik meydana gelmemesi şartı'na* bağlı olarak kurulduğu prensibinden hareket edilerek, beklenm[illegible]_yen hallerde sözleşmenin feshedilebileceği savunulmuştur (Velidedeoğlu-Ozdemir, sh. 270).

---

14) Bk. Yarg. 13. HD. 21.4.2003, K. 2003/4726 (İst. Bar. Derg. Eylül-2003, sh. 805 vd.).

15) Bk. Yarg. HGK. 20.9.2006, K._2006/554 {Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 18).

16) Ayrıntılı bilgi için Bk. Kaplan İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, sh. 112 vd.

Bugün İsviçre ve Türk uygulama ve doktrinlinde egemen olan görüş beklenmeyen haller - emprevizyon (doktrindeki diğer bir deyişle-işlem temelının çokmesi) sorununun "objektif iyiniyet", *"hakkın kötüye kullanılmaması"* (MK. md. 2) ılkesine dayanılarak çözümlenmesidir 11. "Sözleşmeye bağlılık= Pacta sunt servanda" prensibi 1s. *"Hekesh akkınık ullanırken iyiniyet 1, dürüstlük kurallarına uymakla Yükumludur, bir hakkın açıkça kötüye kul/anılmasını hukuk sözen, kılumaz"* ılkesini getiren MK. md. 2 ile sınırlı olarak uygulanacaktır. Borıec, *onceden görülemeyen (beklenmeyen)* haller (para değerindeki onemlı degışmele, ucret ve fiyatlardaki anormal artışlar) *borçlunun kusuru olmasızın bo:cun ıfasını aşırı derecede güç{eştirirse,* (karşılıklı edimler arasındakıd_engeyı.açıkça aşırı bir şekilde bozarsa), *borçludan borcun sözleşmeye gore ,!fasını ısame, yeni şartlar dikkate alındığında "hakkın kötüye kullanılması sayılabılırse, borçlu, duruma göre, sözleşmede öngörülen edimin koşullara uyarlanmasını veya sözleşmenin feshedilmesini istiyebilir* (Engel, sh. 532-533;Tekınay, sh. 1349-1350; Oğuzman, C.I,sh. 122-124; Feyzioğlu, C. 11, sh. 480; Saymen-Elbir, sh. 882 vd. Erman Hasan İstisna sözleşmesinde beklenilemeyen haller, ist. 1979, sh. 54 vd.) 19,19a.

---

17) Bk. JT. 1982, 1. 273; JT. 1975, 1. 615; JT. 1973, 1. 81; Yarg. 13. HD. 9.6.2005, K. 2005/9749 (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1880). Yarg. HGK. 7.5.2003, K. 2003/340 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1493 vd.); Yarg. HGK. 19.2.1997, K. *97m* (Yarg. Kar. Derg. 1997, sh. 681- 682). Konuya ilişkin olarak ayrıca Bk. **Rona Serozan,** Karşılıklı sözleşmelerde başta dayatılmış veya sonradan oluşmuş edimler arası denı;1esizliğin uyarlama yoluyla duzeltılmesı. (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, 1st. 2000, sh. 1013 - 1030); **Necip Kocayusufpaşaoğlu,** İşlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için sosyal felaket olarak nitelenebilecek olağanüstü bir olayın gerçekleşmesi şart mıdır? (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, 1st. 2000, sh. 503 - 514).

18) Yarg. HGK. 9.2.2005, K. 2005/48: Birden çok yılı kapsayan kira sözleşmelerinde her bir yılın kira bedeli açıkça gösterilmiş veya miktarının açıkça belirlenmesini sağlayacak artış kuralı getirilmiş ise, getirilen bu artış kuralına tarafların "sözleşmeye bağlılık" kuralı gereği uymaları zorunludur. (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 829).

19) BK. Tasarısının 138. maddesinde, "Beklenmeyen haller - ifa güçlüğü" sorunu *"Aşırı ifa güçlüğü"* **başlığı altında yasal bir düzenlemeye bağlanmıştır. Tasarının 138. maddesine göre,** *"Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olaganüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ?açıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesını* ***durüstlük kurallarına aykırı düşecek derecedf!*** *borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahıptır. Surek/ı edımli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır".*

19a) Bk. JT. 1982, 1. 273; JT. 1975, 1. 615; JT. 1973, 1. 81; Yarg. HGK. 7.5.2903, K. 2003/340 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1493 vd.); Yarg. HGK._26.02.1997, K. 97/119 (işveren Derg. Mart 1997); Yarg. 13. HD. 29.9.2003, K. 2003/10818 (1st. Bar. Oerg. 2004/3, sh. 1319-1323); Yarg. 13. HD. 24.4.2003, K. 2003/4726 (İst. Bar. Derg. Eylül-2003, sh. 805 vd.).

Borçlu, borç ifa edilmişse (örneğin kira bedeli peşin ödenmişse) *uya.na.*

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi.25.2.19◆6 tarihli (K. 8◆.111_7) bir kararında on y ıs· **sabit** bedelli bir **kira** sözlen:1esı nedenıyl_◆onuya egılmış, ve "para değerincıetou◆ değişiklik -aşırı enflasyo_n-_gi◆ö◆ceden kestırılemeyen nede◆lerle tarafların karşılıklı Jr leri arasındaki denge buyuk ol◆ude bozulmuşsa, MK. ,:n◆- 2 de yer alan objektıf iyinıyetı.rıı. kesine, işlemtemelininçökmesı ve◆a sarsı◆ması .P.rensıbine dayanılarak edimler aras, i-ki dengenin yeniden.kurulmasının ısten.ebıleceğı s?nu_cuna var◆ı.ştır. 13. HD. bu :;. g. *çeyle,* uzun süreli bır sözleşmede belırl◆nen sabıt kıra bedelının, enflasyon oranv, **rayiç kira** bedelleri dikkate alınar◆k yenı dur◆ma ◆yd◆◆ul.◆◆sının as_liy_e hukukma◆ **kemesinden talep** edllebllecеğlnı **kabu}** etmı_◆ve ıst_egın s?◆lE:şmenın ıçeriği ved·◆ koşullar" dagôzönünde b◆◆urularak degerlendınlmesı gere◆tığını karara bağlamıştır.A-_nı nitelikte diğer bir karar ,çın Bk. Yarg. 13. HD. _1 ◆2.1981 tanh ve 1981/932 sayılı karJ

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2.1.11.19_91 tar_ıhlı (◆, 1991/◆0619) ◆ararında, 8 yıl Si,.. *reli,* fakat her yıl için arttırıma ba◆lanmış bır kıra sozleşme◆ ne◆enırıe açılmış bulunan uyarlama davasında görüşünü *aynı* yönde ve daha a◆rı.ntılı bır şekılde ıf◆de etmiştir. **Kara.** ra göre: Uzun süreli kira sözleşme!_eri◆d◆, her yıl ıçı,:ıbir ◆rtırım ◆elır1enmiş olsa da-hi enflasyon nedeniyle, önceden ongorulemeyen bır şekılde edımler arasında aıın bi◆oransızlık meydana gelmiş◆, dava tarihinden sonra s?◆uçlar◆◆ doğurmak kaydıyla, **kira** bedelinin uyarlama rön◆◆mı◆le ◆yarlanma.sı!stenebılır. Deg_ı◆n şartlar önceden öngörülebilir '(tahmin edılE:◆ılır)nıtelı◆!rs!, degışen şartların rızıkosunu yüklenmiş ôlan taraf sözleşmenin degıştırılmesınıistıyemez. (Bu konuda ayrıca Bk. Yarg. 13. HO 4.2.1999 K. 99/524 Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 807). Asıl olan "sözleşmeye bağlılık•◆; "sözleşme serbestisi"dir. Uyarlama daima yardımc! bir çözüm ola◆ak düşünülmelidir. Oeg◆şen ve önceden öngörülemeyen şartlar nedenıyle uyarlama ıstenebilmesi, MK. md. 2'de yer alan dürüstlük (objektif lyinlyet) kuralının gereğidir. Ancak hakim uyarlama yapılması gerektiği sonucuna vanrsa, uyarlama, ha◆ ve nesafet,_d◆ğruluk kuraıian **(MK.** md. 2) ışığında yapılmalıdır. Uyarlama yoluyla, sozleşme, yenı bır hale dönüştvrülemez, bir tarafa beklenm◆ik şekild◆olağan◆st◆ yararlar sağl◆◆a◆az._Sözleşmenin ya◆◆ması sırasında, tarafların sozleşmeyı uzun surelı yapmalarına ılışkın bırleşen amaç veiradeleri gözden kaçırılmaması gereken bir olgudur. Bu nedenle, **kiralanan boş durumday. mış, yeni kiraya verilecekmiş gibi düzenlenmiş bulunan bilirkişi raporu aynen esas alınarak uyarlama yapılamaz.** Uyarlama yapılırken, kira parası, tarafların amacına uygun, objektif iyiniyet, hakkaniyet ve nesafet kurallarının elverdiği ölçü *ve* düzeyde, aşın olmayan, tahammül edilebilir bir seviyeye getirilmelidir (8◆. Yarg. Kar. Derg. 1992, sh. 80-86). Ayrı yönde: Yarg. 13. HD. 21.4.2003, K. 2003/4726 (1st. Bar. Derg. Eylül-2003, sh. 805 vd.).

Yarg. 3. HD. 8.4.2004 tarihli (K. 2004/3413) kararında, **kira sözleşmelerine ilişkin uyarlama taleplerinde ilke olarak dikkate alınacak esaslara** değinmiştir. Karara g&e, yeni dönem kira parası, hakkaniyet kurallarına uygun -makul- bir şekilde tesbit edilmelidir. Yargıtayın yerleşmiş uygulamalarına göre, Toptan Eşya Fiyat Endeksindeki artış oranının sınırlı ol◆ak yansıtılmasıyla bulunacak kira bedeli -ilke olarak- 18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı Yarg. Içt. Birl.◆rarında öngörülen hakkaniyet kurallarına uygundur. **Ancak,** *yörede* kira paralarının ekonomık nedenlerle artmadığının kanıtlanması halinde endeksin altında dakira parası tesbit edilebilir (HGK. 3.3.2004 tar. ve 2004/3-143 sayılı karar). (Yarg. Kar. Defg. 2004, sh. 848-849).

.. _ ◆◆9;,1◆.Hukuk Dairesi 24.10.1994 tarihli (K. 1994/9014) kararında, konuya yönelik goruşünu **dövize endeksli kira sözleşmelerl"ne** ilişkin olarak da belirtme imkanını tıumu◆tur. Ol_◆yda, da◆acı, taşınmazı 5.1.1993 tarihinde aylık net 3.000 Amerikan dolarınakıraladıgını, sozleşmenın yapıld!ğı t◆hte kira bedelinin Türk parası karşılığının 26.106.000.- TL oldugunu, yaşanan ekonomık kriz ve alınan devalüasyon kararıyla doların 40.000 TL.nayiJ.ı.- selmesiyle ayda 120.000.000.-TL. kira parası ödemek zorunda kaldığını, sözleşmenin tfası·

ma talebinde bulunamaz[20]. *Borcun kısmen ifa edilmiş olması* (örneğin kira bedelinin sadece belli bir dönem için ödenmiş bulunması) *halinde, borcun ifa*

---

nın bu sur□tle çe□ilmez ve katlanılmaz hale geldiğini, işlem temelinin çöktüğünü öne sürerek, sözleşmenın yenı koşullara uya□anmasını istemiştir. Yerel mahkeme davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay özetle şu sonuca varmıştır: Tarafların sözleşmeye bağlı kalması temel ilkedir. Ancak, harp, ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, para değennin önemli ölçüde düşmesi gibi nedenlerle edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde bozulması, borcun ifasının güçleşmesi halinde "işlem temelinin çökmesi" gündeme gelir. Bu takdirde **hakim**, somut olayın verilerine göre, alacaklı yaranna borçlunun edimini yükseltmeye **veya** borçlu yararına borçlunun tamamen veya kısmen edim yükümtülüğünden kurtulması-na karar verebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayabilir. Uyartamanın istenebilmesi için, uyarlama isteyen davacının olağanüstü şartlara kendi kusuruyla sebebiyet vemıemiş olması, değişen şartların önceden öngörOlebilir, beklenebi-lir nitelikte bulunmaması veya olaylar öngörülebilir olmakla bir1ikte, bunlann sözleş-meyi bu derece etkileyebileceğinin tahmin edilememesi gerekir. Sözleşmede olumlu veya olumsuz intibak kaydının bulunması, bu kayda dayanarak sözleşmenin aynen uygulanmasını istemenin MK. md. 2/2 uyannca h□kkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde, uyarlama talep edilmesini engellemez. işlem temelinin çöktüğünün **dikkate** alınması dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralının gereğidir. Sonuç olarak, yapılacak bilirkişi incelemesinin neticesinde, işlem temelinin çöktüğünün, sözleşmedeki çıkar dengesinin katlanılamayacak derecede davacı aleyhine bozulduğunun anlaşılması halinde, kiracının ne mık-tar kira parasından sorumlu olacağı belirtenmeli, sözleşmedeki kira parası, taraftarın amacı-na uygun objektif iyiniyet, hak ve nesafet (MK. md. 4; 2/1) kurallarının elverdiği ölçü ve dü-zeyde yine yabancı para olarak uyartanmalıdır (Bk. Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 1939 vd.). Yar-gıtay 13. Hukuk Dairesi 6.4.1995 tarihli (K. 95/3339) kararında, **yabancı para karşılığı öde-necek taksitlerle yapılan taşınmaz satın alma sözleşmelerinde de, şartlan varsa, sözleşmelerdeki satım parasının taraflann amacına uygun, iyiniyet, hak ve nasafet kurallannın elverdiği ölçü ve düzeyde yine yabancı para olarak uyar1anması gerektiğini** kabul etmiştir. (Yarg. Kar. Derg. 1995, sh. 911 vd.); Dövize endeksli kredinin uyartanmasına ilişkin olarak Bk. Yarg. HGK. 19.2.1997, K. 97(17 (Yarg. Kar. Derg. 1997, sh. 679 vd.).

Yarg. 11. HD. 21.3.2002 tarih ve 2002/2578 sayılı kararında konuya, **uyarlama yapılırken sözleşmenin esaslı** unsurlarının **değiştirilmemesi** açısından eğilmiştir. Yargıtaya göre, emprevizyon (beklenmeyen durum) ilkesi uyarınca yargıcın sözleşmeye müdahalesi istenebilir. Ancak, sözleşmenin esaslı unsurlarının değiştirilmesi sonucunu doğuracak uyarlama istenemez. Somut uyuşmazlıkta, taraflar, akaryakıt istasyonunun kira bedelının, bir kısım akaryakıt ürünlerinin belli bir tarihteki fiyat ortalamasının belli bir birimle çarpılması suretiyle belirleneceğinde anlaşmışlardır. Uyarlamayı gerektiren bir durum varsa, uyartama, kira bedelinin tesbitine ilişkin ölçüte (formüle) bağlı kalınarak yapılmalıdır. Uyarlamanın, başka bir ölçüte □ayanılarak, d□vacının□irosu ve □□k□ı esas alınarak yapılması, kira bedelıo larak belli bır meblağın belırtenmesı doğru degıldır (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 230 vd.).

Yarg. 9. Hukuk Dairesi 31.1.1995 tarih ve 95/1307 sayılı kararında soruna toplu iş **sözleşmelerinden doğan talepler** nedeniyle değinmiştir. Yarg□tay□□?re, t□pluiş □özleş□ melerinin tarafları bağlaması asıl ise de, denge şartlarının olaganustu şekılde değı□mesı ve katlanılmayacak derecede yük □etirm,esi_halinde: işv□renin t□plu.iş □□zleşmesın□ekı ücret zammını bir ödeme planı dahılInde ılerıki bir tarıhte ödeme onerısInı uyarlamaonerisi"olarak kabul etmek ve buna göre karar vermek gerekir. (Yarg. Kar. Derg. 1995,sh. 576vd.) Toplu iş sözleşmelerinde "uyarlama"ya ilişkin olarak ayrıca Bk. Yarg. HGK. 26.02.1997, K. 97/119 (işveren Oerg. Mart, 1997, sh. 15).

20) Bk. Yarg. 13. HD. 3.7.2003, K. 2003/9034 {1st. Bar. Derg. 2005, sh. 1603).

edilmemiş bölümü için uyarlama istenebilir. Uyarlama, şartları varsa, *davat rihinden sonra sonuç doğurmak üzere talep edilebilir* 21. *a-*

.. Bo��lunun, bekle��eyen hallerin doğurac�ğı ifa güçlü_ğü_nedeniyle ek bir odeme ısteyemeyecegını, borcunu (malzeme fıyatlarında, ışçı ücretlerinde vs meydana gelebilecek artışa rağmen) sözleşmedeki şartlarla ifa edeceğini ön gören anlaşmalar kural olarak geçerlidir [22]. Bununla beraber, alacaklının borçlunun *"ek ödeme isteyemeyeceğine"* ilişkin anlaşmaya uymasını talep etmesi, ifa güçlüğündeki aşırılığın derecesi ve ona sebep olan beklenmeyenhalin (harp, büyük bir ekonomik kriz vs.) olağanüstü niteliği dikkate alındığında *"hakkın kötüye kullanılması"* sayılabilecekse, borçlu bedelin yükseltilmesini veya sözleşmenin feshini isteyebilir [23]. Aksi yöndeki bir değerlendirme "objektif iyiniyet" kuralının yasada yer alış amacıyla bağdaşmaz, şekli bir yorum olur.

§ VI- TAKAS (ÖDEŞME)

1- KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Takas, iki kişi arasındaki aynı cinsten ��şılıklı borçların, bunlardan birinin tek taraflı beyanıyla sona erdirilmesidir. Örneğin, A bir kira sözleşmesi nedeniyle B'ye 600 TL. borçlu ise, buna karşılık B de satın aldığı televizyon sebebiyle A'ya 700 TL. ödeyecekse, A'nın veya B'nin takas beyanıyla (borcunu alacağı ile takas etmesiyle) her iki borç, borçlardan az olanın tutarında sona erer. Takastan sonra, örneğimizde B, A'ya 100 TL. borçlu kalır.

İsviçre ve Türk hukukunda, şartları mevcut olsa dahi, karşılıklı borçlar kendiliğinden takas edilmiş olmaz [1]. Karşılıklı borçlar, ancak, taraflardan birinin takas etmek kastını (iradesini) karşı tarafa bildirmesi ile, az olan borcun

---

21) Bk. Yarg. HGK. 7.5.2003, K. 2003/340, (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1499) Yarg. 13. HD. 26.5.1997, K. 1997/4833 (Yarg. Kar. Derg. 1998, sh. 69).

Yargıtay 13. HD. 27.12.2002 tarih ve 14153 sayılı kararında, **21.2.2001 tarihindeki ekonomik kriz nedeniyle ABD** dolarının **Türk Lirası karşısında aşırı değer kazanmasına** rağmen, davacı, uyarlama davası açmayarak ayni yılın eylül ayına kadar kira **sözleşmesine devam ettiğine göre, ekonomik krizden sonra sözleşmeyi benimsemiş ve işlem temelinin çökmediğini kabul etmiş sayılacağından, davacının uyarlama davası açma hakkını kaybettiğini kabul etmek gerekir** sonucuna varmıştır (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1396). Ayni yönde diğer bir karar için Bk. Yarg. 13. HD. 21.4.2003, K. 2003/4726 (1st. Bar. Derg. Eylül-2003, sh. Ş08).

22) Bk.. HGK. 22.1.1958, K. 7, **(Olgaç,** IBK. m. 365); HGK. 2.4.1975, K. 123, (Ol• **gaç,** Emsal Içt. md. 117, sh. 529-531).

23) Bk. Yarg. HGK. 20.9.2006, K. 2006/554, (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 21-22); HGK. 7.5.2003, K. 2003/340 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1494); Yarg. 13. HD. 21.4.2003, K. 2003/4726 (1st. Bar. Derg. Eylül-2003, sh. 807). Erman Hasan, age., sh. 126.

.1) *:arg.* 4. HD. 12.2.1990, K. 1187: istek olmadığı takdirde, dava ve karşılık **dava**d�huküm altına alınan tazminatlar re'sen takas edilemez. {Uygur, C. il, sh. 594). Ayni yönde: Yarg. 13. HD. 26.12.2002, K. 2002/14051 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 1392-1393).

miktarı nisb[illegible]tinde sona erer (BK. md. 122). Takas beyanının kendisine bağ[illegible]anan hukukı sonuçları doğurabilmesi için kural olarak (Bk. BK. md. 123) diger tarafın muvafakatına (onayına) ve bir ön takas anlaşmasına ihtiyaç yoktur. Takas, ulaşması gerekli tek taraflı bir hukuki işlem, yenilik doğuran bir haktır [2]- Takas mahkeme dışında yapılacak bir beyan ile olabileceği gibi, yargılama sırasında def'i veya karşılık dava şeklinde de ileri sürülebilir [3].

Takas bildirimi, takasın şartlarının oluşmasından (takas hakkının doğma[illegible]ından[illegible]s[illegible]nra yapılabilir. Takas bildiriminin geçerliliği bir şekle bağlı değildir [4]. ispat yonunden (HUMK.'nun 288 vd.) ilgili kurallar uygulanacaktır.

Taka[illegible] bildiriminde bulunan borçlu, hem kendi borcundan kurtulmuş, hem de dıger taraftan olan alacağını elde etmiş olur. Bu suretle alacağını elde edememe riskini de ortadan kaldırır.

il- ŞARTLAR!

BK. md. 118/1'e göre, *"iki kişi, bir miktar parayı veya nitelikleri özdeş olan başka malları, karşılıklı olarak birbirine borçlu olup da, her iki borç muaccel ise, o kişilerden her biri borcunu alacağı ile takas edebilir".* Böylece yasa "takas = ödeşme" hakkının kullanılabilmesini aşağıdaki şartların varlığına bağlamıştır.

1- Karşılıklı borçluluk

"Takas" yoluyla borçları sona erdirebilmenin ilk şartı, iki kişinin, karşılıklı olarak birbirlerine borçlu (birbirlerinden alacaklı), olmasıdır [5]. Diğer bir deyişle, takas bildiriminde bulunan kimse, karşı tarafa borçlu bulunmalı, aynı zamanda karşı taraftan alacaklı olmalıdır. Alacaklardan biri mevcut değilse, takas beyanı hukuki bir sonuç doğurmaz. Böylece:

a) BK. md. 120'de açıkça belirtildiği üzere, üçüncü şahıs yararına yapılan sözleşmelerde, borçlu, üçüncü şahsa karşı olan borcunu, diğer tarafın

---

2) Bk. HGK. 12.4.1967, K. 195 **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 118, sh. 535). Yarg. 4. HD. 1.4.1986, K. 86/2886 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1460).

BK. md. 118 ve devamındabir tarafın iradesiyle gerçekleşen takas düzenlenmiştir. Tarafların anlaşarak, bir sözleşme ile, karşılıklı borçlarının (alacaklarının) takasını düzenlemeleri ve takas için yasada öngörülenden farklı kuralları benimsemeleri, örneğin şartların gerçekleşmesi halinde takasın kendiliğinden yapılmış olacağını kabul etmeleri mümkündür.

3) Bk. HGK. 12.4.1967 K. 195, **(Olgaç,** Emsal lçt., md. 118, sh. 535); Yarg. 4. HD. 17.4.1980, K., 5070 (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 571). Yarg. 4. HD. 1.4.1986, K. 86/2886 (Yarg. Kar. Oerg. 1986, sh. 1460).

4) Bk. Yarg. 4. HD. 17.4.1980, K. 5070, (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 571}.

5) Takas edilecek karşılıklı borçlar (alacaklar} normal olarak faklı borç ilişkilerinden doğacaktır.

(alacaklının) kendisine olan borcuyla (diğer taraftan olan alacağıyla) takas edemez.

b) Federal Mahkemenin de haklı olarak kabul ettiği gibi, bir kimse, bir anonim şirkete olan borcunu, o şirketin ortaklarından olan alacağıyla takas edemez. Zira anonim şirket ortaktan ayrı bir şahıstır [6].

c) Kefil, kefaletten doğan borcuyla, asıl borçlunun alacaklıdan olan alacağını takas edemez. Ancak, BK. md. 119'a göre, "Asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı oldukça, kefili, alacaklıya ödemede bulunmaktan kaçınabilir".

Karşılıklı alacaklardan biri çekişmeli (münazaalı) olsa dahi, takas ileri sürülebilir (BK. md. 118/2). Bu durumda, takasa bağlı hukuki sonuçlar, çekişmeli alacağa ilişkin mahkeme kararına göre belirlenir. Mahkeme alacağın varlığını kabul ederse takas geçerli olur, aksi takdirde takas hiç bir sonuç doğurmaz.

2- Borçlarda özdeşlik

"Takas"ın yapılabilmesi, karşılıklı borçların "özdeş" olmasına bağlıdır. BK. md. 118/1'de açıkça belirtildiği üzere, "bir miktar parayı veya nitelikleri özdeş olan başka malları" karşılıklı olarak borçlu olanlar "takas" yoluyla borçları sona erdirebilirler [7]. Böylece, uygulamada, genellikle, karşılıklı "para borçlarında" takas söz konusu olur. Bununla beraber aynı nitelikteki "cins" borçlarının da takası mümkündür. Örneğin taraflar birbirlerine belli miktarda buğday borçluysalar takas yapılabilir. Fakat borçlanılan edimlerin nitelikleri farklıysa, bir taraf kuru üzüm, diğer taraf ise taze üzüm teslim etme borcu altındaysa takas söz konusu olmaz.

Karşılıklı borçların (alacakların) takasın yapıldığı sırada "özdeş" olmasıyeterlidir. Borçların baştan itibaren "özdeş" olması gerekmez. "Borcun ifasında kusurlu imkansızlık" halinde olduğu gibi, "aynen ifa" borcu sonradan "tazminat borcu"na dönüşmüşse, diğer tarafın borcu da "para borcu" ise takas yapılabilir.

Takasın yapılabilmesi, borçların kaynaklarının aynı olmasına da bağlı değildir. Örneğin, A sözleşmeden doğan para borcunu, haksız fiilden doğan tazminat alacağı ile takas edebilir.

3- Borçların ifasının istenebilir olması

a) Tarafların birinin borcunu diğer taraftan olan alacağı ile takas edebilmesi için, *"her iki borcun muaccel olması"* (BK. md. 118/1), diğer bir deyişle

---

6) Bk. JT. 1960, 1. 19.

7) JT. 2001. 1. 132: **Taraflar özdeş olmayan borçların takas edilmesini de kararlaştırabilirler. Bu taktirde gerçek anlamda bir takas değil, fakat daha çok, bir borcun *ifa yerine edim* (datlon en palement) yoluyla sona erdirilmesi söz konusudur.**

karşılıklı borçların ifa zamanının gelmiş bulunması borçların ifasının istenebilmesi gerekir.

Yasa, BK. md: 118/1'de, her iki borç için "muaccel" olma şartını aramıştır. A[illegible]cak kab[illegible] edılrı:,elidir ki, borcunu diğer taraftan olan alacağı ile takas etmek ısteyen kımsenın borcunun "muaccel" olması gerekmez, "ifa edilebilir" olması [8] yeterlidir (von Tuhr, § *78N;* Becker, md. 120, No. 19; Engel, sh. 4?4):. Buna k[illegible]şılık, diğer taraftan olan alacağı "muaccel" olmayan (alacağı bır sureye baglanmış bulunan) taraf takas bildiriminde bulunamaz.

Borçlar Kanunu iflas halinde "muacceliyet" şartına istisna getirmiştir. BK. md. 121'e göre, "Borçlunun iflası halinde alacaklılar, muaccel olmasa bile, alacaklarını müflisin kendilerinden olan alacağı ile takas edebilirler".

b) Borçlunun, borcunu, diğer taraftan olan alacağı ile takas edebilmesi için, alacağın dava yolu ile elde edilebilir (ifası istenebilir) olması gerekir. Böylece, ifa edilirse geçerli olan, fakat ifası dava yoluyla sağlanamayan eksik borçlarda (örneğin kumar borçlarında), taraflardan biri, borcunu, kumar borcundan doğan alacağı ile takas edemez. Buna karşılık, kumar borçlusu, borcunu diğer taraftan olan alacağı ile takas edebilir.

Zamanaşımına uğramış alacaklar da "eksik borç" niteliğindedir. Ancak, "takas" açısından, zamanaşımına uğram ış alacaklara ilişkin olarak Borçlar Kanunumuz özel bir hükme yer vermiştir. BK. md. 118/3'e göre, *zamanaşımına uğramış bir alacak, takas dermeyan edilebileceği zamanda zamanaşımına uğramamış idiyse, onun da takası ileri sürülebilir."*

111- TAKAS HAKKINDAN VAZGEÇME

BK. md. 124 uyarınca *"borçlu önceden takasdan feragat edebilir".* Takas hakkından vazgeçmiş bulunan taraf, takasın şartları mevcut olsa dahi, takas beyanında bulunamaz. Takas hakkından vazgeçme, vazgeçen taratın tek taraflı bir irade beyanının (ven. Tuhr, § 78NII; Engel, sh. 458) veya borçlu ile alacaklı arasındaki bir sözleşmenin sonucu olabilir. Takastan, takas hakkının doğumundan önce veya sonra vazgeçilebilir. Sadece belli alacaklar için takastan vazgeçmek de mümkündür.

iV- TEK TARAFLI BEYANLA TAKAS EDİLEMEYEN ALACAKLAR

Bazı borçlar, (örneğin nafaka, iş ücreti borçları) alacaklının rızası olmadıkça, istisnai olarak, borçlunun tek taraflı iradesiyle takas edilemez (BK. md. 123). Diğer bir deyişle, bu tip borçlar ancak tarafların anlaşmasıyla (takas sözleşmesiyle) sona erdirilebilir. Buna karşılık, bu tip borçlarda, alacaklı ister-

8) Yukarıda "zamanından önce ifa" başlığı altında verilen bilgiye bakınız.

se, tek taraflı iradesiyle, kendi borcunu karşı taraftan olan alacağı ile takas edebilir 9. Böylece örneğin, hizmet sözleşmesi nedeniyle A'nın B'ye 300 YTL. ücret borcu var ise, A, B'nin (ücret alacaklısının) rızası olmaksızın B'ye olan ücret borcunu B'den olan alacağı ile takas edemez. Fakat, B isterse, tek taraflı iradesiyle A'ya olan borcunu, A'dan olan ücret alacağı ile takas edebilir.

BK. md. 123'e göre aşağıdaki borçlar, alacaklının muvafakat, (onayı) olmaksızın takas yoluyla sona erdirilemez:

1. Tevdi edilmiş (emaneten bırakılmış) bir şeyin geri verilmesine veya bedelinin tazminine ilişkin borçlar;

2. Haksız olarak alınmış veya hile (aldatma) ile alıkonulmuş bir şeyin geri verilmesine veya karşılığının ödenmesine ilişkin borçlar;

3. Nafaka, iş ücreti, çalışma gücünün kaybı nedeniyle bağlanan hayat boyu gelir (BK. md. 46), ölenin desteğinden yoksun kalanlara ödenecek tazminat (BK. md. 45/3) gibi alacaklının ve ailesinin geçimi için kesin olarak gerekli olup, özel niteliği dolayısıyla doğrudan doğuruya alacaklının eline verilmesi gereken borçlar;

4. Devlet, İl ve Köyler yararına olarak kamu hukukundan doğan borçlar (örneğin vergi borcu) 10.

V-TAKASIN SONUÇLARI

1. Takas beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla *"karşılıklı borçlar, takas edilebilecekleri andan itibaren, daha az olan borcun tutarı oranında sona ermiş sayılır"* (BK. md. 122). Böylece, takas beyanı, borçları (alacakları) geriye yürüyen bir şekilde sona erdirir. *Borçların sona ermiş sayıldığı tarihden başlıyarak da faiz işlemez, cezai şartlar uygulanmaz.* Bu tarihten sonrası için faiz veya cezai şart ödenmişse, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre fazla ödenen miktarın geri verilmesi istenebilir [11].

2. BK. md. 123/3 ile "cari-yürüyen hesap konusunda ticaretle ilgili özel gelenekler saklı tutulmuştur". Böylece, cari hesaba geçirilen kalemlerin, alacak ve borçların takasının hüküm ifade edeceği an ticarı geleneklere ve böyle bir gelenek yoksa, Ticaret Kanununun bu konudaki hükümlerine (TK. md. 87-99) göre belirlenecektir.

---

9) Bk. JT. 1947, 1. 561.

1O) Bk. JT. 1947, 1. 561.

11) Kon_uya ilişkin olarak Bk. Vedat B◆z, Takas beyanının geriye etkisi üzerine (Prof. Dr. Kemal Oguzman'ın Anısına Armağan, 1st. 2000, sh. 229 - 255).

§ VII- ZAMANAŞIMI

1- KAVRAM, HUKUKİ NİTELİĞİ, KÖTÜYE KULLANILMAMASI

1. Hukuk sistemimizde "zamanaşımı" deyimi, *"kazandırıcı = iktisabi zamanaşımı"* ve *"düşürücü= iskati zamanaşımı"* olmak üzere iki ayrı anlamda kullanılmıştır. Bir eşya hukuku müessesesi olan "kazandırıcı zamanaşımı" bir ayni hakkın (özellikle mülkiyet hakkının) belli şartlarla belli süre devam eden zilyetlik sonucu iktisab edilmesini ifade eder (Bk. MK. md. 712, 713, 777, 780).

Borçlar Kanunumuzun 125-140. maddelerinde düzenlenmiş bulunan ve incelememize konu olan *"düşürücü zamanaşımı"* veya kısaca *"zamanaşımı", belli bir süre içinde hakkını talep etmemiş bulunan alacaklının, alacağını dava yoluyla elde etme olanağını kaybetmesidir.*

Borcun zamanaşımına uğramasıyla, borç (alacak) sona ermez, sadece alacaklının dava yoluyla alacağını elde etme olanağı, "alacağın dava edilebilme niteliği" ortadan kalkar [1,2]. Böylece *zamanaşımına uğramış bir borç, ifa*

---

1) **"Zamanaşımı"** ile **"hak düşürücü süreleri"** birbirine karıştırmamak gerekir. **Bazı hakların yasa veya sözleşme ile belirlenen süre içinde kullanılmaması, doğrudan doğruya hakkın sona ermesi sonucunu doğurur. Bu durumda süre "hak düşürücü" etkiye sahiptir. Bir "hak düşürücü süre" söz konusu ise,** zamanaşımından farklı olarak, **sürenin sona ermesiyle hakkın ortadan kalktığını** {ileri sürülmemiş olsa dahi) **yargıç kendiliğinden dikkate alır** {Bk. Yarg. 16. HD. 24.10.2003, K. 2003/9776 -Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 416-); Yarg. 5. HD. 19.9.2000, K. 2000/13061 - Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1826). Böylece, hak düşüren süreler *"def'i"* değil, *"itiraz'* niteliğindedir. Yine **zamanaşımından farklı olarak, hak düşürücü sürelerin durması** {BK. md. 132) **veya kesilmesi** (BK. md. 133) **söz konusu olmaz.** Bk. JT. 1977, 1. 316, Yarg. 21. HD. 12.5.2008, K. 2008/7633, (İst. Bar. Derg. 2008/5, sh. 2743); Yarg. 1. HO. 21.11.1989, K. 89/13805, (Yarg. Kar. Derg. 1990, sh. 978).

Yasa koyucu, zamanaşımı ile hak düşürücü süreler arasındaki önemli farka rağmen, sürelerin niteliğini belirten deyimlere her zaman özen göstermemiştir. Hak düşürücü bir süre söz konusu olduğu halde, bazen "zamanaşımı" deyimi kullanılmıştır. Hak düşürücü süreler kamu yararı dikkate alınarak kabul edilmiş sürelerdir ve genellikle zamanaşımı sürelerinden daha kısadır. Bir sürenin niteliğini belirlemede kullanılan deyimden çok, sürenin amacı dikkate alınmalıdır. **Kural olarak yenilik doğuran hakların kullanılmasına ilişkin süreler "hak düşürücü" sürelerdir. Bir alacak hakkının talep edilmesine ilişkin süreler ise "zamanaşımı" süresidir.** Böylece örneğini, BK. md. 31'deki irade fesadı (hata, hile, ikrah) halinde sözleşmenin feshine ilişkin bir yıllık süre "hak düşürücü süre" niteliğindedir. Buna karşılık, BK. md. 60'da haksız fiil nedeniyle açılacak tazminat davaları, BK. md. 66'da sebepsiz zenginleşme sebebiyle açılacak davalar için öngörülen bir ve on yıllık süreler ve BK. md. 125 vd. da yer alan süreler "zamanaşımı" süresidir.

2) Yasa koyucu "zamanaşımını" borcu sona erdiren sebepler arasında düzenlemiştir. Borçlunun, zamanaşımı def'inde bulunarak borcunu ifadan kaçınabilmesinin, yasa koyucuyu, zamanaşımını "borçların sona ermesi" bölümünün kapsamı içinde **değerlendirmeye sevkettiği anlaşılmaktadır.**

edilebilen, fakat dava edilemeyen bir "eksik borç'tur [3]. Zamanaşımına uğramış borç ifa edilirse, ifa geçerlidir, bir bağışlama veya alacaklı yönünden bir "sebepsiz zenginleşme" söz konusu değildir. Borçlu, borcun zamanaşımına uğradığını bilmediğini, bu nedenle hataen (yanılarak) ödemede bulunduğunu ileri sürerek verdiğini geri isteyemez (BK. md. 62).

2. Zamanaşımı hukuki açıdan "def'i" (kişesel savunma nedeni) niteliğindedir [4]. Borçlu borcunu ifadan kaçınmak istiyorsa, zamanaşımı def'inde bulunmalı, alacağın zamanaşımına uğradığını, dava edilebilme niteliğini kaybettiğini beyan etmelidir s. BK. md. 140'da açıkça belirtildiği üzere, *"zamanaşımı ileri sürülmezse, yargıç bunu kendiliğinden gözönüne alamaz".*

Borçlu, yargılamanın her aşamasında -Yargıtayın bozma kararından sonraki aşamada da [6]- zamanaşımı def'inde bulunabilir. Zamanaşımı def'i ilk (iptidai) itirazlardan değildir. Ancak, Yargıtaya göre, (zamanında, yasal süresi içinde verilmiş) esasa cevap layıhasında zamanaşımı def'inde bulunmayan borçlunun, sonradan zamanaşımını ileri sürmesi *"savunmanın genişletilmesi"* niteliğindedir. Diğer taraf (davacı) savunmanın genişletilmesine karşı çıkarsa, yargıç, zamanaşımı def'ini dikkate alamaz [7].

---

3) Bk. Yarg. HGK. 3.5.2006, K. 2006/269 {Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 1567).

4) Bk. Yarg. HGK. 3.5.2006, K. 2006/269 {Yarg. Kar. Derg. 2006, sh 1567). Yarg. 11. HD. 3.4.2007, K. 2007/5221 {İst. Bar. Derg. 2008/6, sh. 3116).

5) Yarg. 4. HD. 12.1.2009, K. 2009/313 {Yargı Dünyası, temmuz 2009, sh. 33); Yarg. 13. HD. 19.9.2006, K. 2006/12078: Bir davada zamanaşımı def'inin kabulü halinde, **esas hakkında** inceleme yapılamaz {Yargı Dünyası, Şubat 2007, sh. 152).

6) Bk. Yarg. 9. HD. 17.5.2001, K. 2001/8597 {Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 45).

7) Bk. Yarg. 14. HD. 16.11.2001, K. 2001/7986 {Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 1360); Yarg. 15. HD. 14.11.2000, K. 2000/4984 {Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 233); Yarg. 3. HD. 29.6.1999 K 99/6902 (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 28).

Yarg. HGK. 06.2.2008, K.2008/103: Davalının zamanaşımı def'ini cevap süresin**den sonra** ileri sürmesi, *savunmanın genişletilmesine karşı çıkılmış olmadıkça,* zamanaşımı yönünden inceleme yapılmasına engel değildir {Yargı Dünyası, haz. 2008, sh. **66).**

Yarg. HGK. 14.4.2004, K. 204/227: Anayasa Mahkemesi, HUMK.'nun 87. maddesinin son cümlesindeki *"Davacı ıslah yoluyla dava konusu miktarı artıramaz"* hükmünü 7.11.2001 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 20.7.1999 tarihli kararıyla iptal etmiştir. Böylece, **kısmi davada fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmuş olan davacı,** dilerse, ek dava açmak yerine, dava karara bağlanmadan önce, **saklı tuttuğu alacak bölümü için ıslah yoluyla talepte bulunabilir.** Açılmış bulunan davada, davacı, fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmamışsa, geri kalan hakkından zımnen feragat etmiş sayılır, dava konusu miktarı ıslah yoluyla artıramaz veya ek dava yoluyla bir talepte bulunamaz. (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 1215-1222). Yarg. 9. HD. 28.12.2004, K. 2004/29752): Dava konusu miktar-

Esasa cevaplayihasında zamanaşımını def'inde bulunmayan borçlunun sonr◆dan zamanaşımını ileri sürmesine (savunmanın bu şekilde genişletilmesine)davacının ◆arşı çıkması halinde, *borçlunun* (davalının) *cevap layihasını ıslah eder:k* (duzelterek) (HUMK. md. 83) *zamanaşımı def'inde bulunup bulunamıyacagı farklı görüşlere yol açmıştır.* Doktrinde, *"Davalı, det1c◆mın muvafakat, olmaksızın savunma sebeplerini genişletemez veya değiştiremez. Ancak, ıslah hükmü saklıdır"*kuralını getiren HMUK. md. 202/3'e dayanılarak, *davalının, cevap layihasını ıslah yoluyla, zamanaşımı def'inde bulunabileceği* görüşü savunulmuştur s. Buna karşılık Yargıtay kararlarında fark-

---

tarın ıslah yoluyla artırılması durumunda, artırılan miktarlar yönünden zamanaşımı def'ileri sürülebilir. (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 970}. **İlk açılan dava ile, islah edilerek artırılan** bölüm yönünden zamanaşımı kesilmiş olmaz. Bk. Yarg. 4. HD. 14.11.2006, K. 2006/12226 (İst. Bar. Derg. 2007/3, sh. 1169).

Yarg. 4. HD. 30.1.2009, K. 2009/1353: *Tünel kazısının sebep olduğu zemin hareketlerinin, üstündeki eve verdiği hasarın, dolayısıyla zararın devam etmesi halinde, zamanaşımı işlemeye başlamaz.* **Oluşan hukuka aykırılığın, ıslah tarihinde de devam etmesi durumunda, ıslah ile istenen dava** bölümünün **zamanaşımına uğradığı ileri sürülemez** {İst. Bar. Derg. 2009/4, sh. 2127-2128).

Davanın tamamen ıslah edilmiş olması halinde, ıslah olunan dava ilk dava gününde açılmış kabul edilir. Böylece, tapu iptali ve tescil istemiyle açılan davanın tamamen ıslah edilerek tenkis davasına dönüştürülmesi halinde, tenkis davası tapu iptal davasının açıldığı tarihte açılmış sayılır. Bk. Yarg. HGK. 14.3.2007, K. 2007/11 {Yarg. Kar. Derg. kasım 2007, sh. 2013 vd.}.

Davacının savunmanın genişletilmesine itiraz etme olanağı süre ile sınırlıdır. Zamanaşımı def'i cevap layıhasından sonra duruşmada ileri sürülmüşse, diğer taraf, hemen o duruşmada savunmanın genişletilmesine itiraz etmelidir. Zamanaşımı savunması dilekçe ile yapılmışsa, davacı (hakim tarafından bir süre belirlenmemişse} en geç dilekçenin verilmesini izleyen ilk oturumda savunmanın genişletilmesine karşı çıkmalıdır. **Aksi** takdirde, davacı, savunmanın genişletilmesine muvafakat **etmiş sayılır ve sonraki duruşmalarda artık savunmanın genişletildiği itirazında bulunamaz.** Bk. HGK. 25.11.1972, **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 140, sh. 592}. Ayrıca Bk. **Kuru Baki,** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1980, C. il. sh. 1247-1248, 1262-1266. **Davacı savunmanın genlşletllmeslne itiraz etmeksizin, zamanaşımını def'inin esasına cevap vermişse, savunmanın genişletilmesine karşı çıkmamış sayılır, zamanaşımı def'inin incelenmesi gerekir.** Bk. Yarg. 11. HD. 7.3.1996, K. 96/1470 {Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 739}. Yarg. 4. HD. 23.11.1981, K. 451. (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 1265). Kuru, age., C. il. sh. 1260-1261}.

Yarg. 9. HD. 20.10.1986, K. 86/9317: **İş mahkemelerinde görülen davalar sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle zamanaşımı savunmasının (def'lnln} engeç ilk oturumda yapılması gerekir.** (Yarg. Kar. Derg. 1987, sh. 734}.

8} Bk. Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulu, 6. Baskı, C.IV, sh. 3967, vd., 1st. 2001. Kuru-Arslan-Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 13. Baskı, sh. 388-389; 658; Ankara 2001.

lı görüşler benimsenmiştir. Yargıtay 4. ve 11. Hukuk Dairelerinin kararlarında, *ıslah yoluyla da olsa kazanılmış haklar ortadan kaldırılamaz. Davacının savunmanın genişletilmesine karşı çıkması halinde, süresi geçtikte sonra ıslah yoluyla zamanaşımı def'inde bulunulamaz* şeklindeki görüşe yer verilirken 9, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi *zamanaşımı def'inin cevap layihasının ıslahı yoluyla ileri sürülmesi mümkündür* sonucuna varmıştır 10.

3. Borçlunun zamanaşımı def'inde bulunması, kural olarak *"hakkın kötüye kullanılması"* niteliğinde değildir. Bununla beraber, borçlu, alacaklıyı süresi içinde dava açmamaya sevkeden bir tutum içinde olmuşsa, objektif bir değerlendirmede alacaklının süresi içinde yasal yollara başvurmaması, borçlunun davranışına bağlanabilirse, borçlunun (kötü niyetle hareket etmemiş olsa dahi) zamanaşımına dayanarak borcunu ifadan kaçınması *"hakkın kötüye kullanılması"sayılır* 11 (Engel, sh. 539-540; Feyzioğlu, C. il, sh.606). Hakim, şartları varsa, zamanaşımı def'inin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu kendiliğinden (re'sen) dikkate alır 12.

Uygulamada, zamanaşımı definde bulunmanın*"hakkın kötüye kullanılması"* sayılacağına ilişkin tipik bir örnek *"taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri"* nedeniyle ortaya çıkmıştır. Yargıtay kararlarında da açıkça belirtildiği üzere, *"Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden kaynaklanan haklar BK. md. 125 uyarınca 1O yıllık zamanaşımına tabidir. Ancak, satışa konu taşınmazı, sözleşmenin yapılmasından sonra alıcıya fiilen teslim eden, bu suretle alıcıda mülkiyet devrinin yapılacağı ümidini yaratan satıcının, daha sonra açılan tescil davasında zamanaşımı def'inde bulunması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir* 13 ".

11- **ZAMANAŞIMININ UYGULAMA ALANI**

Bütün alacak hakları (bir edimin ifasına yönelik talep hakları) ister borçlar hukukundan, isterse eşya, aile veya şahsın hukukundan kaynaklanmış bulunsunlar, kural olarak, zamanaşımına uğrarlar. Buna karşılık, aynı haklar, ayni

---

9) Yarg. 4. HD. 30.9.2002, K. 2002/10502 (Yarg. Kar.. Derg. 2003, sh. 24); Yarg. 11. HO. 28.5.2004, K. 2004/6003 (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 242).

10) Bk. Yarg. 9. HD. 23.10.2007, K. 2007/31371 (Yargı Dünyası, nisan 2008, sh. 104); Yarg. 9. HD. 2.4.2007, K. 2007/8905 (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 1477).

11) Bk. Yarg. HGK. 3.11.1982, K. 870 (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 480); JT. 1943, 1. 504; JT. 1950; 1. 546; JT. 1964. 1. 151.

12) Bk. JT. 1962, 1. 300.

13) Bk. Yarg. HGK. 8.5.1987, K. 87/358 (Yarg. Kar. Oerg. 1988, sh. 318), Yarg. 14. HO. 4.5.2004, K. 2004/3639 (İst. Bar. Derg. 2006/6, sh. 2761).

haklara, mülkiyet hakkına dayanan davalar zamanaşımına tabi değildir [14]. Örneğin mülkiyet hakkına dayanan tapu sicilindeki kaydın düzeltilmesi davası - haklı bir sebep olmaksızın yapılan tescilden sonra kaç yıl geçmiş olursa olsun -mülkiyet hakkı devam ettiği sürece açılabilir (MK. md. 1025) (Bk. Reisoğlu Safa, Eşya Hukuku, 7. bası, 1984, sh. 192). BK. md. 125'de yer alan *"bu yasada başka tgrlü kural yoksa, her dava 1O yıllık zamanaşımına tabidir"* şeklindeki hükmü, Isviçre Medeni Kanununun Almanca metnine uygun olarak **"ya**sada başka türlü kural yoksa, her alacak 1O yıllık zamanaşımına bağlıdır" anlamında değerlendirmek gerekir.

Alacağın rehin hakkıyla garanti edilmiş olması halinde, "zamanaşımı" yönünden yasada özel kurallara yer verilmiştir. *Alacağın bir menkul rehni ile garanti edilmiş olması, alacağın zamanaşımına uğramasını engellemez. Fakat alacaklı rehinden hakkını elde etme yetkisini korur* (BK. md. 138). Diğer bir deyişle, alacak zamanaşımına uğrasa dahi, alacaklı rehni paraya çevirtme yoluyla alacağını elde edebilir. *Alacak gayrimenkul rehni ile temin edilmişse, alacak hakkında zamanaşımı işlemez* (MK. md. 864).

ili - **ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN DOLMASI**

Bir alacağın zamanaşımına uğraması, alacağın "dava edilebilme" niteliğini kaybetmesi için, "zamanaşımı süresi"nin geçmesi gerekir. Zamanaşımı süresinin dolması (geçmesi) ile ilgili olarak sırasıyla, 1. Zamanaşımı süreleri, 2. Zamanaşımı süresinin başlaması ve hesaplanması, 3. Zamanaşımının durması, 4. Zamanaşımının kesilmesi konularını inceleyeceğiz.

1- Zamanaşımı süreleri

a) Yasada başka bir zamanaşımı süresi öngörülmüş olmadıkça, *"her alacak 1O yıllık zamanaşımına tabidir"* (BK. md. 125) [15].

b) Borçlar Kanunumuzun 126. maddesine göre, *aşağıdaki alacak ve davalar için zamanaşımı süresi 5 yıldır.*

---

14) Bk. Yarg. HGK. 1.6.1988. K. 445 **(Uygur,** C. il., sh. 618); Yarg. 13. HD. 31.3.1986, K. 86/1912 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1670).

15) Yarg. 13. HD. 1.12.2005, K. 2005/17715: **Geçersiz sözleşmeden kaynaklansa dahi, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda on yıllık zamanışımı uygulanır** (1st. Bar. Derg. 2006/3, sh. 1380).

Yarg. 2. HD. 5.2.2007, K. 2007/1228: **Katılım alacağı, BK. md. 125 uyarıncaa 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımının başlangıcı mal rejiminin sona erdiği tarihtir** (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 1066).

1. Bütün kiralar [16] ile ana para faizleri [17] ve belirli zamanlarda ödenmeleri gereken aidatlara (ödentilere) ilişkin davalar;

2. Erzak bedeli, nafaka (geçimlik), otel ve lokanta giderlerine ilişkin davalar;

3. Sanatçıların veya esnafın emeklerinin karşılığına, perakendecilerin sattıkları malların parasına, noterlerin meslek hizmetleri karşılığına, *başkalarının yanında çalışan veya hizmetli olan kimselerin, hizmetçilerin, gündelikçi-/erin ve işçilerin ücretlerine ilişkin davalar* [18]s;

4. Tıcari olsun olmasın, bir şirket akdine dayanan ve ortaklar arasında veya şirketle ortaklar arasında açılmış bulunan bütün davalar ile şirketin müdürleri, temsilcileri, denetçileriyle şirket veya ortaklar arasındaki davalar, vekalet akdinden, komisyon akdinden, acentalık mukavelesinden, ticari tellalık ücreti davası hariç tellallık akdinden doğan bütün davalar, *müteahhidin kasıd veya ağır kusuru ile akdi hiç ve gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar* [19] (Gayrimenkul inşaata ilişkin olarak Bk. BK. md. 363/2).

---

16) Yarg. 6. HD. 19.7.2005, K. 2005/7751: **Kiracının kiralananı hor kullanarak verdiği zarardan doğan sorumluluğu, kira sözleşmesinden doğan bir sorumluluktur.** Bu nedenle, olayda, BK. md. 125'de öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. (Bk. Yarg. Kar. Oerg. 2006, sh. 385). Aynı nitelikte, Yarg. 13. HD. 19.1.1989, K. 89/174 (Yarg. Kar. Derg. 1989, sh. 1751).

Yarg. HGK. 6.2.2008, K. 2008/103: **Ecrimisil istemine beş yıllık zamana[illegible]ımı uygulanır. Bu süre davanın açıldığı tarihten itibaren geriye doğru işletilir** (1st. Bar. Oerg. 2008/6, sh. 3050).

17) Yarg.11. HD. 24.6.1975, K. 4262: **BK. md. 126/1'deki faiz, belli zamanlarda ödenen akdi faizdir. Haksız eylem, sebepsiz zenginleşme ve temerrütten doğan faizler BK. md. 125 uyarınca 10 yıllık zamanaşımına bağlıdır** (Yarg. Kar. Derg. 1976, sh. 856).

18) Yarg. HGK. 12.11.2003, K. 2003/690: **Yasalarımızda kıdem tazminatı için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Ancak, uygulama ve öğretide, kıdem tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan (hizmet sözleşmesinin feshedildiği tarihten) itibaren, BK. md. 125 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur** (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 339 vd özellikte sh. 341).

Yargıtay 21. HD. 07.02.2006, K. 2006/810 **İş kazası sonucu hak sahiplerinin açtığı maddi ve manevi tazminat davalarında zamanaşımı süresi, BK. md. 125 uyarınca, haksız fiilin yapıldığı tarihten itibaren 10 yıldır. Olayda zamanaşımı süresinin BK. md. 126/3'e göre 5 yıl olarak kabulü yasaya aykırıdır** (1st. Bar. Derg. 2006/5, sh. 2307 vd.).

19) Yarg. HGK. 22.3.1995, K. 95/196: **Eser sözleşmesinde, yüklenici, kasıt veya ağır kusuru ile sözleşmeyi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, özellikle ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş ise, açılacak davalarda on yıllık zamanaşımı uygulanır** (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 521 vd.). Ayrıca Bk. Yarg. 15. HO. 5.11.2003, K. 2003/5272 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 246-248); Yarg. 15. HD. 17.10.2002, K. 2002/4720 (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. 567).

c) Yasalarda, BK. md. 125 ve 126'da öngörülen beş ve on yıllık zamanaşımından farklı zamanaşımı süreleri de vardır. örneğin, Bk. MK., md. 639; BK. md. 60, 66.

2- Zamanaşımı süresinin başlaması ve hesaplanması

a) Zamanaşımının başlaması

Borçlar Kanunumuza göre, sözleşmeden doğan alacaklarda *"zamanaşımı, alacağın muaccel olduğu (ifanın istenebileceği) zamandan itibaren işlemeye başlar"* (BK. md. 128) [20].

Borcun yerine getirilmesi bir süreye bağlanmamışsa, borcun doğumu ile birlikte alacak "muaccel" olur (BK. md. 74) ve borcun doğumu ile birlikte zamanaşımı işlemeye başlar [21].

Borcun ifası bir süreye bağlanmışsa, alacak, sürenin dolması ile, ifa gününün gelmesiyle muaccel olur ve o günden itibaren zamanaşımı işler.

Bir botç ilişkisinden (örneğin kira sözleşmesinden) muacceliyet tarihleri farklı aynı nitelikte birden çok borç doğmuşsa, zamanaşımı her alacak için o alacağın istenebileceği tarihten itibaren işlemeye başlar [22].

Alacağın muacceliyeti, alacaklının bir bildirimine (ihbarına) bağlı ise, zamanaşımı bu bidirimin yapılabileceği günden itibaren işler (BK. md. 128). Yasada bir ayırım yapılmamış olmasına rağmen, dokrinde, haklı olarak, alacağın muacceliyetinin borçlunun bildirimine bağlı bulunduğu hallerde, zamana-

---

20) Bk. JT. 2004, 231; JT. 1962, 1. 293.

21) Yarg. 13. HD. 23.1.1976, K. 323: **Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmelerinden** doğan **davalar** için BK. md. 125'dekl on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Sözleşmede bir vade belirtilmemişse, BK. md. 74 ve 128 uyarınca sözleşmenin düzenlendiği tarihte tescil istenebileceğinden, zamanaşımı süresi de tescil davası yönünden bu tarihte başlar. Ancak, bu sözleşmeye dayanılarak açılacak satış parasının geri alınmasıdavası **için zamanaşımının başlangıcı, davalının tescil talebinde bulunmaktan kaçındığı tarihtir. Devir istenmemişse, sözleşme tarihinden 10 yıl sonra tescil hakkı zamanaşımına uğrar ve alacak zamanaşımı da bu tarihten başlar** (Yarg. Kar. Deg. 1976, sh. 859). Ayrıca Bk. Yarg. 14. HD. 2.11.1990, K. 90/8976 (Yarg. Kar. Derg. 1991ş h. 236).

22) BK. md. 129'a göre, ömür boyunca gelir ile, belli zamanlarda (periodik) ödenecek benzeri diğer edimlerde (örneğin BK. md. 43/2 uyarınca irat şeklind hük unan tazminatlarda), alacağın tümü (borç ilişkisi) için zamanaşımı; ilk ödenmemiş taksıdınmuaccel olduğu günden başlar. Alacağın tümü (örneğin ömür boyunca gelir alacağı)za anaşımına uğrarsa, artık yeni alacaklar doğmaz, birikmiş taksitler de zamanaşımınaugramış olur. Zamanaşımı süresi taksitler için beş yıl, fakat alacağın tümü için on yıldır(Bk. **von Tuhr,** § 81NI, **Feyzloğlu,** C. 11, sh. 539, 540).

şımının, genel kural uyarınca, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayacağı kabul edilmektedir. Aksi takdirde, borçlu gerekli bildirimi yapmıyarak borcun ifasının istenebilmesini önleyebilecek ve alacaklı borcun yerine getirmesini talep edemediği halde, zamanaşımı işleyecektir (von Tuhr, § 80/IV; Engel, sh. 541; Feyzioğlu, C. 11, sh. 542).

Taliki (erteleyici) şarta bağlı borçlarda zamanaşımı, şartın gerçekleştiği, bu suretle alacaklının borcun ifasını isteyebileceği tarihten itibaren işlemeye başlar. Buna karşılık, infisahi (bozucu) şarta bağlı borçlarda, şarta rağmen zamanaşımı işler.

b) Zamanaşımının hesaplanması

BK. md. 130/1'e göre, *zamanaşımı süresinin hesabında, zamanaşımının başladığı gün dikkate alınmaz ve zamanaşımı ancak sürenin son günü kullanılmaksızın - örneğin dava açılmaksızın - geçerse, gerçekleşmiş olur".* Bunun dışında, zamanaşamı sürelerinin hesabında da "borçların ifasında sürelerin hesabına" ilişkin (BK. md. 76 vd.) daha önce incelediğimiz kurallar uygulanır (BK. md. 130/2) [23]. Son gün pazara veya yasalarca tatil olarak kabul edilen diğer bir güne rastlarsa, zamanaşımı süresi, kendiliğinden o günü izleyen ilk iş gününün sonunda dolmuş olur (BK. md. 77).

3- Zamanaşımının durması

Zamanaşımının durması (tatili) alacağın istenmesini güçleştiren veya imkansız kılan bazı sebepler nedeniyle zamanaşımının işlememesidir. Zamanaşımını durduran sebeplerden birinin varlığı halinde, zamanaşımı işlemeye başlamaz, daha önce işlemeye başlamışsa, işlemesi durur. Zamanaşımını durduran sebep ortadan kalkınca, sebebin ortadan kalktığı günün bitiminde zamanaşımı işlemeye başlar. Daha önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı durmuşsa, sebep ortadan kalkınca, zamanaşımı kaldığı yerden işlemesini sürdürür. Diğer bir deyişle, işlemiş bulunan süreler dikkate alınır, geri kalan süre için zamanaşımı yeniden işlemeye devam eder (BK. md. 132).

BK. md. 132'ye göre *"aşağıdaki hallerde zamanaşımı işlemez ve işlemeye başlamışsa işlemesi durur:*

1. Velayet devam ettiği sürece çocukların ana veya babalarına karşı olan alacakları için;

---

23) **Bk. JT. 1956, 1. 509. Zamanaşımının hesaplanmasına ilişkin kurallar "hak düşürücü sürelere" de uygulanır.** Bk. JT. 1917, 1. 55.

2. Vesayet devam ettiği sürece, vesayet altında bulunanların, vasi veya sulh yargıcından veya asliye mahkemesi yargıçlarından olan alacakları için;

3. Evlilik süresince eşlerden birinin ötekinden olan alacakları için [24];

4. İş sözleşmesi süresince "ev işlerinde çalışan" hizmetçilerin [25] kendilerini çalıştırılanlardan olan alacakları için;

5. Borçlunun alacak üzerinde bir intifa (yararlanma) hakkı bulunduğu sürece;

6. Alacağı Türk mahkemelerinde ileri sürme olanağının bulunmadığı sürece (BK. md. 132/6).

BK. md. 132'nin 6. bendinin uygulanabilmesi için alacaklının objektif bir nedenle alacağını Türk mahkemelerinde ileri sürememesi gerekir [26]. Hastalık, alacağın varlığını bilmeme gibi şahsi nedenlerle [27] veya bir delilin temininde güçlük veya imkansızlık sebebiyle [28] dava açılamamış olması zamanaşımını durdurmaz.

Yasalarda "Zamanaşımı durduran" başka sebepler de vardır. Örneğin, MK. md. 625'e göre, defter tutma işleminin devamı süresince terekenin borçları hakkında zamanaşımı işlemez. İcra ve İflas Kanununda da, iflas ve kon-kordat-hallerinde zamanaşımının durmasına ilişkin kuralar yer almıştır (Bk. Ie. ve it. K. md. 194, 289).

4. Zamanaşımının kesilmesi

a) Kavram

Zamanaşımın kesilmesi (kat'ı), borçlunun veya alacaklının veya hakimin belli fiillerinin sonucu olarak, işlemiş bulunan zamanaşımı süresinin yanması ve kesilmeye neden olan olaydan itibaren yeni bir zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasıdır.

---

24) Yarg. 2. HD. 23.2.1987, K. 87/1362: **Boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren zamanaşımı işlemeye başlar** (Bk. Yarg. Kar. Derg. 1987,sh. 1145). Aynı yönde, Yarg. 2. HD. 9.5.1996, K. 96/4878 (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 1716).

Yarg. 2. HD. 9.5.1996, K. 96/4878: Yabancı mahkemelerce verilen boşanma kararlarının **Türk Mahkemelerince tanınması ve** bu **tanıma kararının kesinleşmesiyle evlilik bağı sona erer** (Yarg. Kar. Derg. 1996, sh. 1716).

25) Bk. İçt. Bir. Kar. 3.2.1954, K. 4 **(Olgaç,** Emsal İçt. md. 132, sh. 564); Yarg. 13. HD. 14.1.1976, K. 91 (Yarg. Kar. Derg. 1976, sh. 518). Ayrıca Bk. JT. 1965, 1. 365.

26) Bk. JT. 2000, 1. 275; JT. 1965, 1. 243.

27) Bk.JT. 2000, 1. 275; JT. 1965, 1. 243.

28) Bk. JT. 1930, 1. 559.

Zamanaşımının kesilmesi için, zamanaşımının işlemekte olması gerekir. Zamanaşımı süresi dolmuşsa, zamanaşımının kesilmesi söz konusu olmaz.

b) Zamanaşımını kesen sebepler

Zamanaşımını kesen sebepler BK. md. 133 ve 136'da gösterilmiştir. Bu maddelere göre zamanaşımı, aa) Borçlunun bir fiili ile, veya bb) alacaklının bir fiili ile, veya cc) yargılama ve takibe ilişkin bir işlemle veya yargıcın emir ve hükmüyle kesilebilir.

aa) Zamanaşımının borçlunun bir fiili ile kesilmesi

BK. md. 133/e göre, *"Borçlu borcu tanırsa (ikrar ederse) özellikle faiz veya borcuna sayılmak üzere bir miktar para veya rehin veya kefil verirse" zamanaşımı kesilir* 29.

Borçlunun "borcu tanıyan" irade beyanıyla zamanaşımının kesilmesi için, bu beyanın alacaklıya veya temsilcisine yapılması gerekir. (Borçlunun defterine borcunu yazması halinde olduğu gibi) karşı tarafa yöneltilmeyen veya üçüncü şahsa yapılan beyanlar zamanaşımını kesmez 30_

Aynı şekilde, borçlunun borcunu kabul ettiğini gösteren, borcun kısmen ödenmesi, güvence verilmesi gibi fiiller bizzat borçlu tarafından veya onun onayı ile üçüncü şahıs tarafından yapıldığı takdirde zamanaşımı kesilir. Üçüncü şahsın, borçlunun bilgisi dışında alacaklıya ödemede bulunması zamanaşımını kesmez.

Borcun zamanaşımı süresinin dolmasından sonra tanınması zamanaşımını kesmez 31. Ancak, borçlu zamanaşımı süresinin dolmasından sonra borcu tanımışsa, "zamanaşımı def'inden zımnen vazgeçmiş" sayılır 32.

---

29) Yarg. 19. HD. 06.03.2006, K. 2006/2198: **Borcu kabul ve ikrar beyanı içeren faks mesajı zamanaşımını kesen nedenler kapsamında değerlendirilmelidir.** (Yargı Dünyası, Eylül 2006, sh. 86).

Yarg. 17. HD. 5.7.2007, K. 2007/2383: Taraflarca kabul edilen ödeme planı **borcun ikrarı nitelliğindedir, zamanaşımını keser** (İst. Bar. Derg. 2009/4, sh. 2256).

30) Bk. JT. 1965, 1. 243; HGK. 18.12.2002, K. 2002/1070 (İst. Bar. Derg. Eylül-2003, sh. 699 vd). HGK. 11.5.1977, K. 471 (Yarg. Kar. Derg. 1978, sh. 680).

31) Yarg. HGK. 23.2.2000, K. 2000/116 (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1337).

32) Bu konuda not 46'daki 18.12.2002 tarihli HGK. kararına bakınız.

bb) Zamanaşımının alacaklının bir filli **ile kesilmesi**

BK. md.133/2'ye göre, *"alacaklı, dava veya def'i* 33 *yoluyla mahkemeye ver,a hakeme başvurarak veya icra takibinde bulunarak veya iflas masasına mudahale ederek hakkını isterse" zamanaşımı kesilir.*

Dava, dilekçenin mahkeme kalemine kaydedildiği tarihte açılmış olur {HMUK. md. 178) 34.

Alacaklı alacağının bir kısmı için {diğer kısma ilişkin isteğini saklı tutarak) dava açmışsa, veya alacağının bir kısmı için icra takibinde bulunmuş ise, zamanaşımı sadece dava veya takib 35 edilen kısım için kesilir 36. Davanın devamı sırasında, alacaklı, *saklı tutulan kısım için, ıslah yoluyla talepte bulunursa, bu talep yeni bir dava niteliğindedir.* Islah dilekçesinin verildiği tarihte, bu yeni talep {dava) açısından zamanaşımı süresi dolmuşsa ve davalı taraf da süresi içinde, usulüne uygun olarak zamanaşımı definde bulunmuşsa, ıslahta artırılan tutar için *"zamanaşımı"* nedeniyle davanın reddi gerekir 36a.

Dava veya def'i reddedilirse zamanaşımı kesilmiş olmaz 37. Ancak dava esastan reddedilmemişse, davanın yeniden açılması mümkünse, fakat davanın açıldığı {def'in ileri sürüldüğü) gün ile reddedildiği tarih arasında geçen zaman içinde zamanaşımı süresi dolmuşsa, BK. md. 137'de, belli halter için alacaklı yararına (reddin kesinleştiği tarihten itibaren işleyecek) bir ek süre öngörülmüştür. BK. md. 137'ye göre, *"dava ve def'i, başvurulan hakimin yetkili olmaması veya düzeltilebilecek bir biçim yanlışlığı veya zamanından önce açıl-*

---

33) Alacaklının kendisine karşı açılan bir davada alacağını def'i yoluyla ilen sürmesi, örneğin takas veya ödemezlik def'inde bulunması veya karşılık dava açması da zamanaşımını keser. Bk. HGK. 10.10.1979, K. 1292 (Yarg. Kar. Derg. 1980, sh. 910). **Feyzioğlu,** C. 11, sh. 585; **Engel,** sh. 548, **Becker,** md. 135, No. 121; **Oser-Schönenberger,** md. 135, No. 13.

34) Ceza davası sırasında tazminat talebinde bulunulması halinde de zamanaşımı kesilir. Bk. JT. 1976, 1. 166.

35) Bk. JT. 1944, 1. 524.

36) Bk. Yarg. HGK. 12.7.2006, K. 2006/526 (Yargı Dünyası, Aralık 2006, sh. 30 vd.); Yarg. 11. HD. 13.4.2004, K. 2004/4018 (İst. Bar. Derg. 2004/3, sh. 1305). Yarg. 17. HD. 3.11.2008, K. 2008/5038 (Yarg. Kar. Derg. 2008/2, sh. 312).

36a) Bk. Yarg. HGK. 16.4.2008, K.2008/325 (1st. Bar. Derg. 2008/4, sh. 2039-2044); Yarg. 4. HD. 27.1.2009, K. 2009/1139 (Yargı Dünyası, mayıs 2009, sh. 52); Yarg. 4. HD. 8.4.2008, K.2008/4822 (Yarg. Kar. Derg. 2008/7, sh. 1300-1301).

37) Bk. Yarg. 2. HD. 11.12.1975, K. 9485, (Yarg. Kar. Derg. 1976, Sh. 626).

Yarg. 11. HD. 4.11.2008, K. 2008/12277: **Davanın açılması sonucu zamanaşımı kesilir. Ancak, sonradan davanın açılmamış sayılmasına karar verilirse, bu davanın zamanaşımını kesmesi sözkonusu olmaz.** (1st. Bar. Oerg. 2009/2, sh. 1029).

mış olması yüzünden reddedilmiş olup da, o *arada zamanaşımı süresi dol. muşsa, alacaklı hakkını istemek için 60 günlük ek bir süreden yararlanır* [38][39]

cc) Zamanaşımının yargılama veya takibe ilişkin bir işlemle veya yargıcın karan ile kesilmesi

BK. md. 136'ya göre, *"Bir dava veya def'i ile kesilmiş bulunan zamanaşamı, dava süresince iki tarafın yargılama ile ilgili her işleminden veya yargıcın her emir ve kararından* [40] *sonra (kesilir ve) yeniden işlemeye başlar.*

"Zamanaşımı, icra takibi ile (kovuşturulması ile) kesilmişse [40a]*, bu takib ile ilgili her işlemden sonra yeniden işlemeye başlar.*

"Zamanaşımı, bir iflasa müdahaleden dolayı kesilmiş ise, iflasa ilişkin kurallara göre alacağı yeniden isteme olanağının doğduğu zamandan itibaren yeniden işlemeye başlar".

c- Zamanaşımının kesilmesinin sonuçları

aa) Yeni süre yönünden

Zamanaşımı kesilince, kesilmeden itibaren yeni bir süre işlemeye başlar (BK. md. 135/1). *Zamanaşımının kesilmesinden sonra işleyecek yeni zama-*

---

38) Yanlış hasım (davalı) gösterilerek açılan dava gerçek borçluya karşı zamanaşımını kesmez. Davanın bu nedenle reddi halinde, alacaklı BK. md. 13Tde öngöralen ek süreden yararlanamaz. Bk. HGK. 16.12.1967, K. 623; Yarg. 4. HD. 19.12.1971, K. 1561 (Olgaç, Emsal İçt. md. 137, sh. 587-588).

39) HGK. 14.4.1976, K. 1241: Hak düşürücü sürelere bağlı davaların reddi halinde, BK. md. 13Tde öngörülen ek süreye ilişkin hüküm uygularymaz. (Yarg. Kar. Derg. 1977, sh. 165). Aynı görüş: JT. 1926, 1. 98; JT. 1929, 1. 582.

40) Zamanaşımının kesilmesi açısından "yargılama ile ilgili işlem"den amaç, davanın sonuçlandırılmasına yönelik, yargılamayı bulunduğu aşamadan yeni, daha ileri bir aşamaya götüren işlemdir. "Yargıcın emri ve kararı" şeklindeki ifade de aynı anlamda değerlendirilmelidir. Böylece, örneğin bilirkişi incelemesine karar verilmesi zamanaşımını keser, buna karşılık mahkemenin bir disiplin cezası zamanaşımını kesen bir etkiye sahip değildir. Bk. JT. 1960, 1. 78. **Oser-Schöhenberger,** md. 138, No. 2/a; **Feyzioğlu,** C. 11, sh. 587-588.

Yarg. HGK. 14.3.2007, K. 2007/141: Davanın **tamamen islah edilmesi** durumunda, Islah olunan dava, ilk dava gününde açılmış sayılır, zaman aşımı süresi de (islah tarihinde değil) ilk dava gününde kesilmlş olur. Somut olayda, muvazaa Iddlasıyla açılan tapu iptali ve tescil davası yapılan islah ile tenkis davasına dön0ftilrOlmOştOr, zamanışımının hesabında islah tarihi değil, ilk dava tarihi esas alınmalıdır (Yargı Dünyası, Kasım 2007, sh. 90).

40a) Bk. Yarg. 17. HD. 24.4.2007, K. 2007/1319 (1st. Bar. Derg. 2009/4, sh. 2255).

naşımı süre:i, e[illegible]ki (kesilen) zamanaşımrnın aynıdır. örneğin, beş yıllık bir za-n:'anaşımı suresı kesilmişse, yeniden işlemeye başlayacak zamanaşımı süre-sı.de beş yıldır. Bu genel kurala, BK. md. 135/2'de iki istisna getirilmiştir: *"Borç bır [illegible]enet/: tanınmış"*[41] veya *"kesinleşmiş, mahkeme kararı ile sabit olmuşsa", kesılen sure daha kısa olsa bile, yeni zamanaşımı süresi daima on yıldır.*

bb) Diğer şahıslara etkisi yönünden

[illegible]ma[illegible]aşımının kesilmesi, kural olarak, zamanaşımını kesin işlemi ya-pan (ornegın borcunu tanıyan) veya kendisine karşı işlem yapılan (örneğin dav[illegible]ç!la[illegible]) borçluya karşı geçerlidir. Ancak bu kurala BK. md. 134'te aşağı-dakı uç ıstısna getirilmiştir:

..1. Za[illegible]anaşımı (tam) dayanışmalı (müteselsil) borçlulardan birine karşı kesılınce, otekilerine karşı da kesilmiş olur (BK., md. 134/1) 42.

2. Zamanaşımı bölünemeyen bir borcun ortak borçlularından birine karşı kesilince diğerlerine karşı da kesilmiş olur (BK. md. 134/1).

3. Zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur (BK. md. 134/2). Fakat, zamanaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz (BK. md. 134/3).

iV- ZAMANAŞIMI SÜRELERİNİN KESİNLİĞİ VE ZAMANAŞIMINDAN VAZGEÇME

1- Sürelerin kesInllgl

BK. md. 127'ye göre, *"Borçların sona* ermesi"bölümünde öngörülen *"zamanaşımı sürelerinde sözleşme ile değişiklik yapılamaz".* Böylece, BK. 125, 126 ve 135/2'de yer alan zamanaşımı sürelerini kısaltan veya uzatan sözleş-

---

41) Yeni zamanaşımı süresinin BK. md. 135/2 uyarınca 1O yıl olabilmesi için, **borcun sadece prensip olarak değil, miktar olarak da senetle tanınmış olması gerekir.** Bk. JT. 1988, 1. 14.

42) Bk. JT. 1989, 1. 532; JT. 1979, 1. 546; JT. 1930, 1., 270. Yargıtay HGK.'nun 15.5.1977 tarih ve 468 sayılı kararına göre, **şoför hakkında açılan ceza davasına katılma ve şoförden ödence isteme, araç sahiplerine yönelen ödence davasına ilişkin zamanaşımını kesmez. Şoför haksız eylem yönünden, araç sahipler! ise yasa buyruğu yönünden değişik nedenlerle sorumlu olduklarından, bu sorumlulukları tam dayanışmalı değil, eksik dayanışmalıdır. Zamanaşımının dayanışmalı borçlulardan birisine karşı kesilmesinin ötekini de etkileyeceğine ilişkin_y[illegible]sa kuralı, eksik dayanışmada uygulanmaz.** (Yarg. Kar. Derg. 1978, sh. 678. Aynı nıtelıkte: HGK. 7.3.1986, K. 86/205 (Yarg. Kar. Oerg. 1988, sh. 5); Yarg. 4. HD. 4.5.1982, K. 4560 (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 192); JT. 1979, 1. 546.

meler geçersizdir. Aynı şekilde, zamanaşımını güçleştiren, örneğin zamanaşımının durmasına (BK. md. 132) veya kesilmesine (BK. md. 133), ilişkin olarak yasada yer alan sebeplerin dışında, durma ve kesilme sebeplerine yer veren sözleşmeler de yapılamaz (Oser-Schönenberger, md. 129. No. 1; von Tuhr, § 80/111-3; Engel, sh. 543).

BK. md. 127'dekine paralel bir yasak da, Ticaret Kanunumuzun 6. maddesinde yer almıştır. TK. md. 6'ya göre, *"Kanunda aksine hüküm olmadıkça, ticari hükümler koyan kanunlarla belirlenen zamanaşımı süreleri sözleşme ile değiştirilemezH.*

Sözleşme ile değiştirilemeyeceği belirtilen sürelerin dışında kalan "zamanaşımı süreleri"ni, kural olarak, taraflar anlaşarak değiştirilebilirler, kısaltılabilirler, uzatabilirler. Ancak, bu süreler, BK. md. 125'de öngörülen 1O yıllık süreyi aşacak şekilde uzatılmaz [43] (von Tuhr, § 80/111-3; Engel, sh. 543; Oğuzman, C. 1, sh. 206; Tekinay, sh. 1440)

2- Zamanaşımından vazgeçme

Borçlar Kanununumuza göre, *"zamanaşımından önceden vazgeçme geçersizdir"* (BK. md. 139/1). Zamanaşımından önceden vazgeçmekten (feragat etmekten) amaç, sözleşme yapılmadan önce veya yapılırken zamanaşımı definden vazgeçmektir [44]. Zamanaşımı definden daha sonraki bir aşamada vazgeçilebilir [44a]_

Borçlu, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra da, alacaklıya yönelik, tek taraftı açık veya zımni (örtülü) bir irade beyanıyla zamanaşımı definden vazgeçebilir [45] *(Oser Schönenberger,* md. 141, No: 1; *von Tuhr,* $ 81/111; Feyzioğlu, C. 11, sh. 604). Zamanaşımı süresinin geçmesinden sonra, borçlunun zamanaşımından feragatı, doğmuş bir def'i hakkından feragat niteliğindedir. **Borçlunun,** zamanaşımı süresinin dolmasından sonraki bir aşamada alacaklıya yönelik bir borç ikrarında bulunması, zamanaşımı definden zımni (örtülü) bir feragat anlamındadır [46].

---

43) Bk. JT. 1974, 1. 46-47.

44) Bk. Yarg. HGK. 18.12.2002 tar. ve 2002/1070 sayılı karar. (1st. Bar. Derg. EylOl-2003, sh. 699 vd.).

44a) Bk. JT. 2007.1.446.

45) Bk. JT. 1974.1.47; HGK. 18.12.2002, K. 2002/1070; (1st. Bar. Derg. Eylül-2003, sh. 699 vd.); HGK. 23.2.2000, K. 2000/116 (Yarg. Kar. Derg. 2000, sh. 1337).

46) Yarg. HGK. 18.12.2002, K. 2002/1070: Borcun tanınması (ikrarı), tek yanlı bir irade bildirimi olup, borçlunun, borcun (alacağın) devam etmekte olduğunu kabul etmesi anlamındadır. Borç ikrarının sonuç doğurabilmesi için, eylem yeteneğine

, Zamanaşımı def'inden örtülü feragat sonucunu doğuracak *"borç ikrarı* 'ndanmaksat, *borçlunun, alacaklıya yöneltilmiş, borcun varlığını, borcun devam etmekte olduğunu gösteren tek taraflı irade beyanıdır.*

.o□ya□ışmalı (müteselsil) borçlulardan birinin zamanaşımından vazgeçmesı, ?tekı dayanışmalı borçlulara karşı ileri sürülemez (BK. md. 139/2). Aynı şekılde zamanaşımından vazgeçme, bölünmesi mümkün olmayan bir borcun ortak borçlulardan bir tarafından yapılmışsa, vazgeçme diğer borçlulara karşı dermeyan olunamaz (BK. md. 139/3).

Asıl borçlunun zamanaşımından vazgeçmesi, kefile karşı ileri sürülemez (BK. md. 139/111).

V- ZAMANAŞIMININ SONUÇLAR!

1- Asıl borç yönünden

Asıl borç yönünden zamanaşımının sonuçlarını daha önce incelemiş bulunuyoruz. Kısaca özetlemek gerekirse, borcun zamanaşımına uğramasıyla, borç (alacak) sona ermez, fakat alacaklı dava yolu ile alacağını elde etme olanağını kaybeder. Zamanaşımına uğramış bir borç ifa edilirse, ifa geçerlidir, bir bağışlama veya alacaklı yönünden bir sebepsiz zenginleşme söz ko-

---

sahip olan borçlunun veya yetkili kıldığı vekilinin, bu iradeyi alacaklıya yöneltmiş bulunması gerekir. Borç ikrarı işlemekte olan zamanaşımını keser. Zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonraki borç ikrarı -zamanaşımını kesme- açısından bir sonuç doğurmaz. Buna karşılık, borç zamanaşımına uğradıktan sonra, borçlu zamanaşımı def'inl ileri sürmekten feragat edebilir (vazgeçebilir). Zira, bu taktirde, doğmuş bir def'i hakkından feragat sözkonusudur ve hukuken geçerlidir. Borçlunun bu feragat,, ilerde dava açılması halinde zamanaşımı def'inde bulunmayacağını öngören bir feragat anlaşmasıyla veya -bu yöndeki· tek yanlı iradesini açıkça bildirmesiyle veyahut bu anlama gelecek bir işlem yapmasıyla veya açılmış bir davada zamanaşımı def'inde bulunmamasıyla veya def'i geri almasıyla gerçekleşebilir. Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra, alacaklıya yöneltilen borç ikrarı da zamanaşımı def'inden feragat anlamındadır. Ayrıca, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra, alacaklıya borç ikrarında bulunan borçlunun, bu borç ikrarına dayanılarak açılan davada zamanaşımı defini ileri sürmesi çelişkili davranış yasağını oluşturur ve MK. md. 2'ye aykırıdır. Hukuken korunmaz. Zamanaşımı süresinin geçmesinden sonra yapılacak borç ikrarının zamanaşımı def'inden feragat niteliğinde olması için, borçlu bu ikrar ile, borcun varlığını, borcun devam etmekte olduğ_unu_kabul etmelidir. Borçlunun, belirsiz, alacaklıya yöneltilmemiş beyanları, örnegln, borçlunun işi lncellyeceğlni bildirmesi, defterine borcu kaydetmiş olması, alacaklının borçlunun beyanını üçüncü bir kişi aracılığıyla tesadüfen öğrenmiş olması, z_□manaşımı def'inden feragat nltellğlnde bir borç ikrarı değildir (1st. Bar. Derg. Eylul-2003, sh. 699 vd.).

nusu değildir. Zamanaşımından önceden vazgeçme geçersizdir, fakat borçlu zamanaşımı süresinin dolmasından sonra zamanaşımından vazgeçebilir. Zamanaşımı borçluya bir "def'i hakkı" verir. Borçlu zamanaşımı def'inde bulunmazsa, yarg_ıç zamanaşımını kendiliğinden dikkate alamaz.

2- Fer'l -yan- alacaklar yönünden

Borçlar Kanunumuzun 131. md.'sine göre *"asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, faiz ve diğer fer'i (yan) alacaklar da zamanaşımına uğramış olur".* Böylece, asıl alacak zamanaşımına uğrarsa, kendi zamanaşımı süreleri dolmamış olsa dahi, sermaye faizleri, geçmiş günler faizi [47] ve cezai şart gibi yan alacaklar da zamanaşımına uğramış sayılır. Asıl alacak için zamanaşımı süresinin dolmasından sonra işleyecek faizler, zamanaşımına uğramış olarak doğarlar.

47) Bk. Yarg. 4. HO. 13.2.1975, K. 1854, **{Olgaç,** Emsal lçt. Md. 125, sh. 544).

BEŞİNCİ BÖLÜM

BORÇ İLİŞKİLERİNDE ÖZEL DURUMLAR

Borçlar Kanunumuz 141-161. maddelerinde "Borçların nevileri" başlığı altında, borç ilişkilerinde ortaya çıkabilecekbir kısım özel durumları düzenlemiş bulunmaktadır. Borçlar Kanunumuzun bu bölümünde sırasiyle *"mütesel-sil borçlar"* (md. 141-148), ***"şarta bağlı borçlar"*** (md. 149-155); *"pey akçesi, zamanı rücu, ücret tevkifi ve cezai şart"* (md. 156-161) yer almıştır.

AYIRIM 1

MÜTESELSİL BORÇLAR

§ 1 - GENEL OLARAK

Bir borç ilişkisinde, taraflar (borçlu ve alacaklı) birer kişi olabileceği gibi, aynı borç ilişkisinde birden çok borçlu veya birden çok alacaklı da söz konusu olabilir.

Birden çok borçlunun varlığı halinde, borçlulardan herbiri, borcun tamamından alacaklıya karşı sorumlu ise, fakat alacaklı edimi bir defa elde edebiliyorsa; veya birden çok alacaklının varlığı halinde, alacaklılardan herbiri diğerlerinden bağımsız olarak borcun tamamının ifasını isteyebiliyorsa, fakat borçlu edimi bir defa yerine getirmekle yükümlü ise, *"müteselsil borç ilişkisi"* [1] söz konusudur.

Bir borç ilişkisinde birden çok borçlunun veya alacaklının varlığı, kendiliğinden, *"müteselsil borç ilişkisini"* yaratmaz. Borçlular veya alacaklılar arasında teselsül (dayanışma), ancak, hukuki işlemden (sözleşmeden) veya yasadan doğar. *Sijzleşme veya yasa uyarınca borçlular veya alacaklılar arasıada "teselsül" söz konusu değilse, bir borç ilişkisinden doğan bölimebüif...bir edimde, bofı fulardan herbiri ancak edimden ke • yJ.!ladüşeaJs.ısmı ifa.il.e ❑umlüdür ❑* aynı şeklide, alacaklılardan herbiri de, ancak, alacaklıların sayısına göre, edimden kendi payına düşen kısmı isteyebilir. Böyle bir durumda, aynı hukuki işlemden doğan, fakat birbirinden bağımsız olan *"kısmi bo,:Q /ar= kısmi alaca!sJ.aI."söz* konusudur (von Tuhr, § 89/111; Engel, sh. 556-557; Oser-Schönenberger, md. 143-150'ye giriş, No. 2)[3]. Örneğin, B ve C birlikte 200 TL'ye A'nın radyosunu satın almışsa, B ve C (sözleşmede aksine bir hüküm yoksa) A'ya ayrı ayrı 100 TL ödemekle yükümlüdür. Borçlulardan B parayı ödeyemezse, C 200 TL'nin tamamını ödemek zorunda değildir.

---

1) **"Müteselsil borçlar"** deyiminin karşılığı olarak, doktrin ve uygulamada **"dayanışmalı borçlar"** sözcükleri de kullanılmaktadır.

2) Bk. HGK. 20.1.1965, K. 34, (Olgaç, Emsal lçt. sh. 598-599).

3) Borçlular veya alacaklılar arasında sözleşmeden veya yasadan doğan bir teselsül yoksa, "bölünemeyen edimlerde ifa" sorunu, daha önce incelediğimiz üzere BK. md. 69 düzenlenmiştir.

§ il- BORÇLULAR ARASINDA TESELSÜL

1- KAVRAM VE ŞARTLAR!

1. *Borçlular arasında teselsül, borçlulardan herbirinin, sözleşme veya yasa uyarınca alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu oldu*ğu, *fakat borçlulardan birinin borcu ifası ile diğerinin de borçtan urtuldugu bir bırlikte borçluluk durumudur.* (Konuya ilişkin ayrıntılı bılgi için Bk. Akıntürk Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971). Borçlular arasındaki teselsüle (dayanışmaya) öğretide *"pasif teselsül= pasif dayanışma"* denir.

2. Borçlular arasında teselsülde, alacaklı, borçlulardan herbirine karşı birbirinden bağımsız alacak haklarına sahiptir [4]. Ancak borç bir defa ıfa edileceğinden, borcun bir defa ifasıyla bütün alacaklar (borçlar) sona ereceğinden, bu alacak hakları, alacaklının mal varlığında tek alacak olarak yer alır (von Tuhr, § 90/1; Feyzioğlu, C. il, s. 309; Akıntürk, age., sh. 70). Alacakların (borçların) bu bağımsız niteliği nedeniyle, müteselsil borçluların borçları içerik, ifa yeri, ifa zamanı bakımından birbirinden farklı olabilir. Bu borçlardan biri veya birkaçı rehin hakkıyla garanti edilmiş bulunabilir (Engel, sh. 562).

3. Borçlular arasında teselsül (dayanışma), daha önce de belirttiğimiz gibi, bir hukuki işlemden (genellikle sözleşmeden) veya yasadan kaynaklanır. Ticari işlerin dışında s, *müteselsil borçluluk karinesi yoktur.* Alacaklı borçlular arasında teselsülün (dayanışmanın) varlığını ispat ile yükümlüdür. BK. md. 141'e göre, *"Alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı yüklenen borçlular arasında teselsül vardır. Böyle bir yüklenme olmavınca, dayanışma ancak yasanın gösterdiği durumlarda olur".*

Sözleşmeden doğan teselsül, tarafların açık veya zımni (üstü kapalı) iradelerine dayanabilir.

Borçlular arasında teselsül bir çok hallerde yasadan doğar. Örneğin BK. md. 179'a göre, bir malvarlığını veya işletmeyi varı ve borcu ile (aktif ve pasifleri ile) üstlenen kimse ile eski borçlu iki yıl süre ile malvarlığının vaya işletmenin borçlarından müteselsil (dayanışmalı) borçlu olarak sorumlu olurlar.

---

4) **Müteselsil borçlulardan birine karşı alınmış ve keslnleşmlş bulunan hüküm, gerek tam, gerekse eksik teselsülde, alacaklı ile diğer müteselsil borçlular arasındaki** lllşklyl **kapsamaz.** Bk. JT. 1969, 1. 130.

5) Bk. JT. 1946, **I.** 434, Ilcaret Kanunumuzun 7. maddesine göre "i[illegible]ya[illegible]a dahaf[illegible]zla kimse, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari nitelıktekl bir iş nedenıyle dıgerbirkı[illegible]seye karşı birlikte borç altına girerlerse, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkçamüteselsilen sorumlu sayılırlar".

Aynı şekilde, bir şeyi birlikte ariyet alanlar BK. md. 302 uyarınca, birlikteve. kalet verenlerle, vekaleti kabul edenler BK. md. 295'e göre, vediayı (saklatı. lanı) birlikte teslim alanlar BK. md. 469 uyarınca, müteselsilen (dayanışmaı, olarak) sorumludurlar. BK. md. S0'ye göre de, birden çok kimse, aralarında anlaşarak birlikte bir zarara sebep olmuşsa, zarardan müteselsilen sorumlu olurlar.

11-ALACAKLI İLE MÜTESELSİL BORÇLULAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

1- Müteselsil borçluların sorumluluğu

BK. md. 142'ye göre, *"Alacaklı, borcun tümünün veya bir bölümünün ödenmesini, dilerse müteselsil borçluların hepsinden birden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Borcun tümü ödeninceye kadar bütün borçluların sorumluluğu devam eder".*

142. maddenin metninden açıkça anlaşıldığı üzere, alacaklı, (alacağın muaccel olması, ifa zamanının gelmiş bulunması şartıyla) alacağının tamamını, müteselsil borçlulardan herhangi birinden isteyebilir. Bu durumda müteselsil borçlu, sadece l<endı payın"'a Ouşehı baey◆ce""ğını ilerisüremez, bor:4cun tamamını ödemekten kaçınamaz.

Alacağın müteselsil borçlulardan birinden istenmesi, alacak fiilen elde edilmedikçe, diğer borçluların sorumluluğunu ortadan kadırmaz [6]. Buna karşılık, *müteselsil borçlulardan biri, ödeme veya takas ile borcun tümünü veya bir bölümünü sona erdirmişse, sona eren borç oranında öteki müteselsil borçlular da kendiliğinden borçtan kurtulur.* (BK. md. 145/1) [7]. Müteselsil borçlutarlan biri, alacaklıya ödemede bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, bu kurtulma öteki borçlar için ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği oranda sonuç doğurur (BK. md. 145/2). Böylece örneğin alacaklı borçlulardan sadece birini ibra etmişse, (durumun özelliğinden diğerlerini de ibra etmek istediği

---

6) Yarg. 4.HD. 8.9.1982,'(K. 82/7437); Alacaklının, dayanışmalı borçlulardan biri veya bir kısmı hakkında icra ve dava yoluyla istemde bulunduktan sonra, diğer borçlular hakkında da aynı yollarla istemde bulunmasına engel olacak bir kural yoktur (Yarg. Kar. Derg. 1982, sh. 1531).

7) **Borcu sona erdirmeyen,borcunlfPsından kaçınma olanağını veren zamanaşımıdef'lnden yalnız onu ileri sürmüş bulunan müteselsil borçlu yararlanır.** Bk. HGK. 19.11.1958, K. 48; HGK. 30.12.195J, K 82 (Olgaç, Emsal İçt. sh. 602 ve 605). Yarg. 4.HD. 24.02.2004, K. 2004/2091 (Yarg. Kar. Derg. 2004, sh. 859-860); Yarg. 19. HD.9.12.1993, K. 93/8465 (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 791).

sonucuna varılamıyorsa), diğer borçluların sorumluluğu devam eder (von Tuhr, § 90/VI; ve not 92; Oser-Schönenberger, md. 147, No. 5) s.

2- Müteselsil borçlulardan birinin kişisel eylemiyle diğerlerinin durumunu ağırlaştıramaması

Müteselsil borçlulardan herbirinin borcu diğerininkinden bağımsız olduğundan *"aksine sözleşme yapılmadıkça; müteselsil borçlulardan biri kendi kişisel eylemiyle diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz"* (BK. md. 144). Böylece örneğin müteselsil borçlulardan birinin alacaklı ile yapılan sözleşmeyi sonradan değiştirerek faiz ödemeyi kabul etmesi veya cezai şart öngörmesi diğer müteselsil borçluları bağlamaz. Aynı şekilde, müteselsil borçlulardan birinin zamanaşımından feragat etmesi (vazgeçmesi) diğer müteselsil borçlulara karşı ileri sürülemez. Buna karşılık, istisnai olarak, müteselsil borçlulardan birinin zamanaşımını kesmesi (örneğin borcu tanıması -BK. md. 133) halinde, diğer müteselsil borçlular için de zamanaşımı kesilmiş olur (BK. md. 134).

3- Müteselsil borçlulara ilişkin itiraz ve def'iler

Müteselsil borçlulardan herbiri borcun ifasını isteyen alacaklıya karşı, gerek müteselsil borcun nedeninden veya konusundan doğan (müteselsil borçluların hepsine borcun ifasından kaçınma olanağını veren) ortak def'i ve itirazları, gerekse alacaklıyla kendi arasındaki kişisel ilişkilerinden doğan def'i ve itirazları ileri sürülebilir (BK. md. 143/1). Böylece örneğin, müteselsil borçlu, alacaklıya karşı, müteselsil borçluluğu doğuran sözleşmenin şekil noksanı veya alacaklının ehliyetsizliği nedeniyle geçe(li olmadığını, veya sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı bulunduğunu ileri sürerek veya şartları varsa ödemezlik def'ine (BK. md. 81) dayanarak ifadan kaçınabilir. Müteselsil borçlulardan herbirinin borcu diğerinden bağımsız bir nitelik taşıdığından, müteselsil borçlu, ortak def'i ve itirazlardan ayrı olarak, alacaklıya karşı kişisel def'i ve itirazlar da ileri sürebilir. Örneğin, kendi ehliyetsizliği veya irade fesadı (hata, hile, ikrah) nedeniyle kendi yönünden sözleşmenin geçersizliğine dayana-

---

8) Bir kısım yazarlara göre, "müteselsil borçlulardan sadece birini ibra ed[illegible]n ataca[illegible] lı, bu borçluya borçtan iç ilişkide düşen borç payı miktarınca diğer [illegible]orçluları da ıbra etmiş sayılır. Bk. **Tekinay,** sh. 400-401; **Feyzloğlu,** C. il, sh. 330; **Akıntürk,** age., sh 180-181. Ayrıca Bk. Yarg. 4. HD. 15.2.1983, Kar. 83/1526, (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 836): Yarg. 4. HO. 16.2.1979, K. 2031 (Yarg. Kar. Derg. 1980, sh. 32-33).

BK. Tasarısının 166/3. maddesinde, *"Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçt;m kurtarır."* hükmü benimsenmiştir.

bilir. Buna karşılık, müteselsil borçlu, alacaklıya karşı diğer müteselsil borçlu. lara ilişkin kişisel itiraz ve ?ef'il?ri (örn:ğin di_ğe? ??teselsil borçlunun sözleşmenin yapıldığı sırada ehlıyetsız oldugunu) ıleri suremez.

Müteselsil borçlu, alacaklıya karşı, bütün müteselsil borçlulara ilişkin ortak def'i ve itirazları ileri sürmekle yükümlüdür. Aksi takdirde onlara karşı sorumlu olur (BK. md. 143/2), ortak itiraz ve def'ilere dayanarak borçtan kurtulabileceği oranda onlara rücu (başvurma) hakkını kaybeder s_

111- MÜTESELSİL BORÇLULAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

1- Diğerlerine başvurma hakkı: Borcun niteliğinden aksi anlaşılmıyorsa, borçlular arasında teselsülü öngören yasa hükümlerinde (örneğin BK. md. 50) veya borçlular arası iç ilişkileri düzenleyen sözleşmede farklı bir çözüm benimsenmemişse, *"müteselsil borçlulardan herbiri, alacaklıya yapılan ödemeden eşit bir payı üzerine almak zorundadır"* (Bk. md. 146/1). Böylece, alacaklıya payından fazla ödemede bulunan müteselsil borçlu, (ödemeyi yaptıktan sonra) payını aşan kısım için diğer borçlulara başvurabilir (BK. md. 146/1) [1]. *Diğer müteselsil borçlulardan herbiri, ödemede bulunan borçluya karşı ancak kendi payı ile sorumludur.* Bununla beraber, müteselsil borçlulardan birinden alınması mümkün olmayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmek zorundadırlar (BK. md. 146/2).

Alacaklıya payından fazla ödemede bulunan müteselsil borçlunun diğer borçlulara başvurma hakkı, borçlular arası bir iç ilişkinin düzenlenmesi niteliğindedir. *Alacaklının borçlulardan birini ibra ederek borcundan kurtarması, o borçlunun, payından fazla ödemede bulunan müteselsil borçluya karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.*

2- Alacaklının haklarına halefiyet: Alacaklıya payından fazla ödemede bulunan müteselsil borçlunun, diğer borçlulara başvurma hakkı, BK. md. 147'de, borçlunun (payını aşan kısım için) alacaklının haklarına halef (ardıl) olacağı kabul edilerek kolaylaştırılmış ve kuvvetlendirilmiştir. BK. md. 147/1'e göre, *rücu - dönüp isteme - hakkından yararlanan müteselsil borçlulardan*

---

9) **Alacaklıya karşı kişisel def'i ve itirazları ileri sürmeyen müteselsil borçlu diğerlerine başvurma hakkını kaybetmez.** Bk. JT. 1932, 1. 431.,

1O) Yarg. 11. HO. 24.3.2003, K. 2003/2693: **Müteselsil borçluların birbirine karşı açacakları** rücu **(başvurma) davalarında (BK. md. 146-147) uygulanacak zamanaşı•mı süresi, BK. md. 125'de** öngörülen **on yıllık zamanaşımı süresidir. Bu on yıllık sü•re müteselsil borçlunun ödeme yaptığı tarihte başlar.** (Yarg. Kar. Derg. 2003, sh. **1226-1228).**

herbiri, ödemiş olduğu miktar oranında alacaklının haklarına halef - ardıl - olurn. Böylece, alacaklıya payından fazla ödemede bulunan müteselsil borç-1 (payını şankısımla sınırlı olmak üzere) alacak ile birlikte, alacağı garan-tı edenrehın, kefalet gibi yan hakları da iktisap eder.

.Müt_sels borçlulardan birinin durumunu diğerlerinin zararına olarak iyileştıren(ornegın, alacağı garanti eden rehin hakkından feragat ederek, payından fazla ödemede bulunan müteselsil borçlunun başvurma hakkını tehlikeye sokan) alacaklı, bu davranışından zarar gören müteselsil borçluya karşı sorumludur (BK. md. 147/2).

§ 111 - ALACAKLILAR ARASINDA TESELSÜL

1- KAVRAM VE ŞARTLAR!

1. Genel olarak

Alacaklılar arasında teselsül, birden çok alacaklının varlığı halinde, alacaklılardan herbirinin borcun tümünün ifasını isteyebilmesini, ancak alacaklılardan birine ifada bulunan borçlunun bütün alacaklılara karşı borçtan kurtulmasını ifade eder. Alacaklılar arasındaki teselsüle öğretide *"aktif teselsül"* denir.

Alacaklılar arası teselsül bir hukuki işlemden (sözleşmeden) veya yasadan kaynaklanır. BK. md. 148/1'e göre, *"alacaklılar arasındaki teselsül, borçlunun, alacaklılardan herbirine borcun tümünü isteme hakkını verdiğini beyan ettiği hallerde meydana geleceği gibi, yasa maddelerinden de doğabilir".*

2. Ortak hesap

Bir hukuki işlemden doğan alacaklılar arasında teselsülün uygulamadaki tipik örneği, bankalarda açılan ve hesap sahiplerinden herbirine paranın tamamını çekme olanağını veren *"müşterek -ortak- hesap'tır* [11].

Birden çok kimsenin bir bankada açtığı *"müşterek -ortak- hesap"* uygulamada, iki ayrı şekilde ortaya çıkmaktadır. *"Tek imzalı -teselsüllü- ortak hesap"* olarak ifade edilen bir kısım ortak hesaplarda, hesap sahiplerinden her birinin, diğerlerinin katılımı olmaksızın, tek imzayla, ortak hesaptaki bütün para üzerinde tasarruf edebileceği, bütün parayı çekebileceği öngörülmektedir. Bu durumda, sözleşmeden kaynaklanan *"alacaklılar arasında teselsül* -aktif teselsül-" sözkonusudur (BK. md. 148). Buna karşılık hesap açılırken ban-

11) BK. JT. 1970, 1. 46.

kayla yapılan sözleşmede, paranın çekilebilmesi için, bütün ortak hesapsa. hiplerinin birlikte imzasının varlığı aranmışsa, diğer bir deyişle *"birlikte imza. I, ortak hesap"* açılmışsa, alacaklılar arasında teselsül yoktur, banka, anca)(bütün hesap sahiplerine birlikte ödeme yaparak borcundan kurtulabilir.

Ortak hesap sahiplerinden birinin icraya veya mahkemeye başvurması halinde, başvuruyu öğrenen banka, *"tek imzalı ortak hesap"* sözkonusu olsa dahi, borcundan kurtulmak için, hesap sahiplerinin tamamına birlikte ödemede bulunmakla yükümlüdür (BK. md. 148/3).

Ortak hesapta, hesap sahiplerinden birinin borcu için hesaba haciz gelirse, haciz sadece, borçlunun ortak hesaptaki hissesi üzerine konur, diğer hesap sahipleri kendi hisseleri üzerinde tasarruf edebilir [12].

Ortak hesap açılırken, hesaptaki para üzerinde nasıl tasarruf edileceği, *"tek imzalı ortak hesabın mı"* yoksa *"birlikte imzalı bir ortak hesabın mi'* sözkonusu olduğu belirtilmemişse, ortak hesap sahiplerinin, tasarruf yetkisine ilişkin olarak Yargıtay kararlarında farklı görüşlere yer verilmiştir. Yargıtay 3. HD.'nin 5.4.2005 tarihli kararında, *"aksine bir anlaşma sunulmamışsa, bankadaki ortak hesabın aktif teselsül/O -tek imzalı- müşterek hesap olduğu kabul edilmelidir"* sonucuna varılmıştır [13]. Buna karşılık, Yargıtay 11. HD'nin 20.9.2005 günlü kararında, *"ortak hesap bir tasarruf kaydını içermiyorsa, hesap açtıranlar tasarruf yetkisini birlikte veya tek başlarına kullanacaklarını belirtmeden hesap açtırmış/arsa* -bölünebilir ortak hesap- *sözkonusudur. Bududurumda, hesap sahipleri ortak hesapta eşit oranda pay sahibidirler, tek başlarına ortak hesaptaki paranın tamamında tasarruf yetkileri yoktur'* [14] görüşü benimsenmiştir. Böylece bu yoruma göre, *"bölünebilir ortak hesaplarda"* hesap sahipleri, ortak hesaptaki para üzerinde, sadece kendi payları oranında tasarruf yetkisine sahiptirler. Paranın tümü üzerinde tasarruf bütün imza sahiplerinin birlikte imzasıyla mümkün olacaktır. Konuya eğilen *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu* 12.7.2006 tarihli kararında, ortak hesap açılırken hesaptaki para üzerinde nasıl tasarruf edileceği belirtilmemişse, ortak hesabın *aktif teselsüllü -tek imzalı* ortak hesap- olduğunu, *hesap sahiplerinden herbirinin, diğerlerinin katılımı olmaksızın, tek imzayla ortak hesaptaki bütün parayı çekebileceğini* -kanaatımızca haklı olarak- kabul etmiş [15], 3. HD.'nin yukarda değinilen 5.4.2005 tarihli kararındaki görüşü paylaşmıştır.

---

12) Bk. **Seza** Relsoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2007, sh. 875.

13) Bk. Yarg. 3. HD. 5.4.2005, K. 2005/3645 (İst. Bar. Derg. 2005, sh. 1281).

14) Bk. Yarg. 11. HD. 20.9.2005, K. 2005/8357 (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1754 vd, özellikle 1757).

15) Bk. Yarg. HGK. 12.7.2006, K. 2006/525 (Yargı Dünyası, Ocak 2007, sh. 93-97).

.. Bank□da ortak he□abı.a9an (parayı yatıran) hesap sahibinin bankayla sozleşmeım_zalaması ıle bırlıkte, sözleşme bankayla diğer hesap sahipleri arasınd□d_aın_ızal_□nmış sayılır. Sözleşmede aksi öngörülmemişse, diğer hes□□ sahıplerının sozleşmede imzasının bulunmaması ortak hesap sözleşmesının oluşmasını engellemez 1s.

Hesapsahipleri, aksi kararlaştırılmadıkça, iddia edilip kanıtlanmadıkça, ortak hesaptaki paralar üzerinde eşit paya sahip sayılırlar 11.

. *"Tekimzalı ortak hesaptan"* tek imzasıyla para çeken ortak hesap sahibı, *para çekerken payı ölçüsünde kendi adına, fazlası için diğer hesap sahip veya sahiplerinin vekili olarak para çekmiş olur, payından fazla çektiği oranda da diğer hesap sahiplerine borçlu duruma düşer* 1s.

Ortak hesaptaki hesap sahiplerinden birinin ölümü halinde onun payı (yasa gereği) mirasçılarına geçecektir (MK. md. 599). Aksine sözleşme yoksa,hesaptaki paralar (hesap sahipleri arasında) eşit paylara bölünecek, hayatta olan hesap sahibi veya sahipleri kendi paylarına düşeni çekebilecektir[19].

Ölen ortak hesap sahibinin mirasçıları, kendilerine yasa uyarınca geçen tüm haklar üzerinde *elbirliği mülkiyeti* (iştirak halinde mülkiyet) (MK. md. 701 vd.) kurallarına göre birlikte malik olduklarından, bunlar ölenin ortak hesabındaki parayı ancak hep birlikte başvurarak veya yetkilendirdikleri vekil aracılığıyla talep edebilirler. Mirasçılar, bu sıfatlarını sulh hukuk mahkemesinden alınacak bir belgeyle (*veraset ilamı)* kanıtlanmakla yükümlüdürler. Mirasçılar,

---

16) Bk. Yarg. HGK. 12.7.2006, K. 2006/525 (Yargı Dünyası, Ocak 2007, sh. 93-97); Yarg. 3. HD. 5.4.2005, K. 2005/3645 (1st. Bar. Derg. 2005, sh. 1281).

17) Bk. Yarg. HGK. 12.7.2006, K. 2006/525 (Yargı Dünyası, Ocak 2007, sh. 93-97)Yarg. 2. HD. 1.3.2006, K. 2006/2555 (Yarg. Kar. Derg. 2006, sh. 1213); Yarg. 3. HO. 5.4.2005, K. 2005/3645 (İst. Bar. Derg. 2005 sh. 1282); Yarg. 11. HD. 20.9.2005, K. 2005/8367, (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 1757).

BK. Tasarısının *"Müteselsil alacaklılık"* **başlığını taşıyan 169.maddeslnin 4. ve** 5. **fıkralarında,** *"Aksi kararlaştırılmadıkça, veya alacaklılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, alacaklılardan herbirinin edim üzrindeki hakları eşittir."."Kendisine düşen paydan fazlasını elde eden alacaklı bu fazlalığı payını alamamış olan diğer alacaklılara ödemekle yükümlüdür."* **hükmüne yer verilmiştir.**

18) Bk. Yarg. HGK. 12.7.2006, K. 2006/525 (Yargı Dünyası, Ocak 2007, sh. 93-97); Yarg. 3. HD. 5.4.2005, K. 2005/3645 (1st. Bar. Derg. 2005, sh. 1282).

19) Bk. **Seza** Relsoğlu, age., C. 1, sh. 872. Yarg. HGK. 12.7.2006, K. 2006/525 (Yargı Dünyası, Ocak 2007, sh. 93-97); Yarg. 3. HO. 23.6.2005, K. 2005/6878 (1st. Bar. Derg. 2009/4, sh. 2113); Yarg. 3. HD. 5.4.2005, K. 2005/3645 (1st. Bar. Derg. 2005, sh. 1282).

elbirliğiyle mülkiyetten *paylı mülkiyete* (müşterek mülkiyete) **(MK.** md. 644;10 nıtlamadıkları veya tüm mirasçılar ortak hesaptaki paranın paylaşılmasın susunda anlaşamadıkları takdirde, mirasçılardan bir miras payı oranı miras bırakanın ortak hesaptaki payından kendisine ödeme yapılmasını yemez. Veraset belgesinde mirasçılarının paylarının belirtilmiş olması, elbirliği mülkiyetinden paylı mülkiyete geçildiği anlamında değildir.

11- BORÇLU İLE MÜTESELSİL ALACAKLILAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

1. Alacaklılar arasında teselsülde de (borçlular arasında teselsülde olduğu gibi) borçluya karşı birbirinden bağımsız birden çok alacak söz konusudur. Bu nedenle, alacakların ifa zamanı, şartları, güvenceleri birbirinden farklı olabilir.

2. Müteselsil alacaklılardan herbiri, diğerinin iznini almaksızın, borçludan alacağının tümünü isteyebilir. *Müteselsil alacaklılardan birine ödemede* bulunan *borçlu bütün alacaklılara karşı borcundan kurtulur* (BK. md. 148/2).

3. Alacaklılardan birinin icraya veya mahkemeye başvurduğu kendisine bildirilmedikçe, borçlu alacaklılardan dilediğine ödemede bulunabilir.

AYIRIM il

ŞARTA BAĞLI BORÇLAR

§ 1 - GENEL OLARAK

1- "ŞARr' KAVRAMI

1. Borçlar Kanunumuz 149-155. maddelerinde "şarta bağlı borçlar"ı düzenlemiştir [1]. Bu maddeler anlamında *şart, bir sözleşmenin varlığının veya hukuki sonuçlarının gerçekleşeceği kesin olmayan gelecekteki bir olaya bağlanmasıdır* [2]. Bir sözleşmenin hukuki sonuçlarının doğması şarta bağlanmışsa *"taliki= erteleyici şart",* bir sözleşmenin hükümlerinin sona ermesi bir şarta bağlanmışsa *"infisahı= bozucu şart"* söz konusudur. Böylece, örneğin bir kimseye belli bir derece tutturarak sınıf geçmesi halinde burs verilecekse borç "erteleyici bir şarta", bir kimseye verilmekte olan burs sınıfta kalması halinde kesilecekse, borç "bozucu şarta" bağlanmıştır.

2. Şarta bağlı borç"tan söz edebilmek için, işlemin hukuki sonuçları *"ileride meydana geleceği şüpheli"* bir olaya bağlanmış olmalıdır. Hangi tarihte gerçekeşeceği bilinmese dahi, hukuki sonuçları, "ölüm" gibi meydana geleceği şüphesiz bir olaya bağlanmış borçlarda "şart" değil, "ecel = vade" söz konusudur.

3. Şartın gerçekleşmesi, tarafların iradesine, dış olaylara veya taraflardan birinin iradesiyle birlikte üçüncü bir şahsın iradesine bağlı olabilir. Şartın gerçekleşmesi, a) "Haziran döneminde sınavlara girersen" şartında olduğu gibi, taraflardan birinin iradesine bağlıysa "iradi şart"; b) "Kar yağarsa, altın fiyatları .... liraya düşerse" şartındaki gibi tarafların iradesi dışındaki olaylara bağlı ise "tesadüfi şart"; c) "Evlenirsen" şartında olduğu gibi, taraflardan biri ile üçüncü şahsın iradesine birlikte bağlı ise "karma şarta" söz konusudur.

---

1) Ayrıntılı bilgi için Bk. Slrmen Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.; **Pulaşlı Hasan,** Şarta bağlı işlemler ve hukuki sonuçları, Ankara, 1989.

2) Bk. JT. 1998, 1. 116.

il- ŞARTA BAĞLANAMAYAN İŞLEMLER

Kural olarak bütün işleml[illegible]r. sözleşmeler şarta bağlı olarak yapılabilir. İstisnai olarak, aile, miras vePŞYi' hukukuna ilişkin bir kısım işlemler şarta bağlanamaz, bağlanırsa işlem geçersiz olur (Oser-Schönenberger, rnd. 151-157, Giriş No. 16-17; Schwarz, si, 411; von Tuhr, § 84-V). Örneğin, evlenme, boşanma, evlat edinme, tanıma ı[illegible]lemleri şarta bağlanamaz. Mirasın reddi, MK. md. 609'un açık hükmü uyarll'ca, kayıtsız şartsız olmalıdır. Buna karşılık, ölüme bağlı tasarruflN şarta be ğlanabilıı-. Eşya hukuku alanında, gayrimenkul mülkiyetinin devri borcunu doğuran sözleşmeler şarta bağlı olarak yapılabilir, fakat şarta bağlı test;ıt yapılamaz (Bk. Reisoğlu Safa, Türk Eşya Hukuku, C. 1. 7. bası 1984, sh. 1ı1[illegible]14S,. Borçlar Hukuku alanında da yenilik doğuran işlemler özellikle takas, fesih ihbarı şarta bağlanamaz.

111- YASAK ŞARTLAR

Kanuna veya ahlaka aykırı bir eylem veya ihrnal (savsama) şart olarak konulamaz, konulmuşsa,)u şarta bağlı olan borç hükümsüz (geçersiz) olur. (BK. md. 155). Böylece ör.ıeğin, bir kimsenin öldürülmesi, bir kişiye hakaret edilmesi, bir malın çalınm2<.,1şart:n2 bağlı sözleşmeler geçersizdir.

§ il- EŖ Ci..C Yi CI Ş AR T

1- KAVRAM

Borçlar Kanunumuzun 149. maddesine göre, *"bir sözleşmenin konusu olan borcun varlığı, kesin olmayan bir olayın gerçekleşmesine ertelenmişse,* o *sözleşme, -erteleyici- şarta bağlı sözleşme olur. İki taraf aksini kararlaştırmamışsa, -erteleyici- şarta bağlı sözleşme, ancak şartın gerçekleştiği andan başlayarak sonuç doğurur".*

Erteleyici şarta bağlı sözleşme, şartın gerçekleşmesinden önce tarafları bağlar. Taraflar, şartın gerçekleşmesinden önce de, tek taraflı iradeleriyle sözleşmeden vazgeçemezler. Ancak sözleşme, şartın gerçekleşmesi halinde kendine bağlanan sonuçları doğurur. Şart gerçekleşinceye kadar, alacaklının ifayı isteme hakkı, borçlunun da ifa yükümlülüğü yoktur. Diğer bir deyişle, şart gerçekleşinceye kadar, erteleyici şarta bağlı sözleşmenin hükümleri askıdadır. Erteleyici şarta bağlı alacağın, kefaletle, menkul veya gayrimenkul rehni ile garanti edilmesi mümkündür.

11- ERTELEYİCİ ŞARTIN HUKUKİ SONUÇLARI

1- Şartın askıda bulunduğu döneme ilişkin hukuki sonuçlar

a) *Şart gerçekleşinceye kadar, borçlu borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü işlemden kaçınmakla yükümlüdür* (BK. mod. 150/1). Böylece borçlu, örneğin şarta bağlı olarak başkasına sattığı malı zarardan korumak, ???kasına devretmemekle yükümlüdür. Aksi takdirde, borçlu, şart gerçekleştığında karşı tarafın zararını ödemeye mecburdur.

b) *Erteleyici şarta bağlı tasarrufi işlemlerde, şartın gerçekleşmesinden önce yapılan her tasarruf, şartın sonuçlarını zedelediği oranda geçersiz olur* (BK. md. 150/3).

Erteleyici şarta bağlı işlem borçlandırıcı bir işlemse, örneğin A taşınabilir malını, şarta bağlı olarak B'ye satmışsa, A'nın (borçlunun) aynı malı daha sonra C'ye satıp teslim etmesi halinde, genel kural uyarınca, C malik olur (von Tuhr, § 85, not 20; Feyzioğlu, C. il, sh. 359; Oser-Schönenberger, md. 152, no. 8). 8, şartın gerçekleşmesi halinde, ancak A'dan tazminat isteyebilir. Buna karşılık, erteleyici şarta bağlı işlem tasarrufi bir işlemse, (örneğin, şarta bağlı olarak bir alacağın temliki -BK. md. 162- veya taşınabilir mallarda mülkiyetin saklı tutulması kaydıyla teslim - MK. md. 764- söz konusu ise) hakkı devreden kimse, şart gerçekleşinceye kadar hak sahibi olmaya devam eder. Fakat bu hak başkasının muhtemel (beklenebilen) bir hakkı ile sınırlandığı (şart gerçekleştiğinde ortadan kalkacak bir nitelik taşıdığı) için, şartın askıda bulunduğu dönemde yapılan tasurrufı işlemler, şart gerçekleştiğinde, şarta bağlı tasarrufun hükümleriyle bağdaşmadığı ölçüde geçersiz olur (Schwarz, sh. 413; von Tuhr, § 85-111). Böylece örneğin, A, taşınabilir bir malını taksitle ve mülkiyeti saklı tutmak kaydıyla B'ye satar, teslim ederse (MK. md. 764-765). A, teslime rağmen şart gerçekleşinceye (bütün taksitler ödeninceye) kadar malın maliki olmaya devam eder. A, malı geçici olarak B'den geri alır ve C'ye satıp teslim ederse, şart gerçekleştiğinde, C'ye yapılan mülkiyet devri kural olarak geçersiz olur. Ancak, C iyiniyetli ise (MK. md. 3), bu iyiniyeti MK. md. 988 uyarınca korunur ve 8 ancak A'dan tazminat isteyebilir.

c. *Şarta bağlı hakkı tehlikeye düşürülen alacaklı, alacağı kesin olan alacaklıların haklarını korumak için yetkili oldukları önlemleri alabilir* (BK. md. 150/2). Örneğin, alacaklı, satıcının elinde bulunan, fakat niteliğine göre kötü korunan malın, güvenilir bir kişiye emaneten teslimini mahkemeden isteyebilir.

2- Şartın gerçekleşmesi ve buna bağlı hukuki sonuçlar

a. Tarafların "şart" olarak öngördükleri olayın (evlenme, kar yağması, altın fiyatlarının düşmesi vs.) gerçekleşmesi ile birlikte, şarta bağlı işlem hukuki sonuçlarını kendiliğinden (ipso jure) doğurmaya başlar. Şarta bağlı işlem borç doğuran bir sözleşme ise, alacaklı borcun ifasını isteyebilir. Şarta bağlı bir tasarrufi işlem (örneğin alacağın devri) söz konusu ise, hak devredilmiş olur. Aksi kararlaştırılmamışsa, hukuki sonuçlar şartın gerçekleştiği andan itibaren meydana gelir, geriye yürümez (BK. md. 149/2). Ancak şarta bağlı olarak borçlanılan şey, şartın askıda bulunduğu dönemde alacaklıya teslim edilmişse, alacaklı, şartın gerçekleşmesi halinde, aradaki zamanda o şeyden elde ettiği yararların da sahibi olur (BK. md. 151/1). Şart gerçekleşmezse alacaklı elde ettiği yararları geri vermekle yükümlüdür (BK. md. 151/2}.

b. Şart, iki taraftan birinin bizzat yapması gerekmeyen bir eylem ise, o tarafın ölümü halinde mirasçısı onun yerine geçebilir (BK. md. 153}. Şart, örneğin taraflardan birinin "evlenmesi" ise, doğaldır ki, mirasçısı ölenin yerini alamaz.

Taraflardan biri şartın gerçekleşmesine doğruluk (iyiniyet) kurallarına aykırı olarak **(MK.** md. 2} *engel olursa, şart (engellenmese idi, meydana geleceği andan itibaren) gerçekleşmiş sayılır* (BK. md. 154). Örneğin, davanın kazanılması şartına bağlı olarak yapılan bir vekalet sözleşmesinde, avukata yapılacak ödemeden kaçınmak amacıyla ve iyiniyetle bağdaşmayan bir tutum sonucu avukatın azledilmesi halinde, "davanın kazanılması şartı" gerçekleşmiş addolunur [3].

d. Şartın gerçekleşmesi bu süreye bağlanmışsa, örneğin "bir yıl içinde evlenirsen otomobilimi bağışlayacağım" denmişse, işlemin hukuki sonuçlarını doğurması, olayın belirlenen süre içinde meydana gelmesine bağlıdır. Aksi takdirde, şarta bağlı işlem ortadan kalkar, tarafları bağlamaz.

§ 111- BOZUCU ŞART

1- KAVRAM

"Bozulması, kesin olmayan bir olayın gerçekleşmesine bağlanan sözleşme" şartın gerçekleşmesinden itibaren geçersiz olur (hüküm ifade etmezr (BK. md. 152/1).

---

3) Bk. Yarg. HGK. 24.5.1978, K. 78/389 (Yarg. Kar. Derg. 1978, sh. 1939).

Bozucu (infisahi) bir şarta bağlı olarak yapılan sözleşme, yapıldığı andan itibaren hukuki sonuçlarını doğurmaya başlar. Alacaklı borcun ifasını isteyebilir. Borçlu da borcu ifa ile yükümlüdür. Bozucu şarta bağlı bir tasarrufi işlem (alacağın devri veya taşanabilir bir malın mülkiyetinin nakli) söz konusu ise, alacak ve mülkiyet hakkı karşı tarafa geçer.

11- BOZUCU ŞARTIN HUKUKİ SONUÇLARI

a. *Bozucu şartın gerçekleşmesi ile birlikte, şarta bağlı olarak yapılan işlem kendiliğinden hükümsüz olur* (BK. md. 152/1). Alacak hakkı sona erer. Bir tasarrufi işlem (alacağın veya mülkiyetin devri) söz konusu idiyse, alacak ve mülkiyet hakkı kendiliğinden devredene geri döner (von Tuhr, § 86-111; Engel, sh. 756; Becker, md. 154, No. 6).

b. Bozucu şartın gerçekleşmesi, kural olarak, geriye yürüyen bir sonuç doğurmaz (BK. md. 152/2). Böylece örneğin, bozucu şarta bağlı (kiracının yabancı bir memlekete tayini halinde sözleşmenin sona ereceğini öngören) bir kira sözleşmesi yapılmışsa, şartın gerçekleşmesi ile birlikte sözleşme hükümsüz olur, fakat şartın meydana gelmesine kadar geçen devrede, sözleşmeden doğan alacaklar veya sözleşme uyarınca yapılan ödemeler geçerliliğini korur.

c. "Erteleyici şartı" incelerken değindiğimiz, taraflardan birinin ölümü halinde mirasçısının onun yerine geçebileceğine ilişkin BK. md. 153 ile, şartın gerçekleşmesinin kötü niyetle engellenmesine ilişkin BK. md. 154 hukmu,bozucu şarta bağlı işlemlerde de geçerlidir.

AYIRIM 111

PEY AKÇESİ, CAYMA AKÇESİ, ÜCRET ALIKOYMA, CEZAiŞART

Borçlar Kanunumuz 156-161. maddelerinde, sırasıyla "pey akçesi", "cayma akçesi= zamanı rücu", "ücret alıkoyma" ve "cezai şart" düzenlenmiştir.

§ 1 - PEY AKÇESi

Pey akçesi, sözleşme yapılırken, taraflardan birinin, sözleşmenin yapıldığının kanıtı olarak verdiği bir miktar paradır (BK. md. 156/1). Halk dilinde buna "Kaparo " da denmektedir.

Pey akçesinin verilmiş olması, sözleşmenin yapıldığının kanıtı sayılır. Pey akçesi, aksi ispat edilmedikçe, *"cayma tazminatı"* niteliğinde değildir (BK. md. 156/1).

Aksine sözleşme veya yerel töre olmadıkça, pey akçesini alan onu alacağına mahsup etmeyerek muhafaza eder (BK. md. 156/2). Ülkemiz uygulamasında, çok kere, alınan pey akçesi alacaktan düşülmekte, sözleşmenin yapıldığının kanıtı olma yanında, kısmi ifa niteliği taşımaktadır.

Sözleşme herhangi bir nedenle geçerli olmazsa, alınan pay akçesinin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri verilmesi gerekir [1].

§il-CAYMA AKÇESİ

Cayma akçesi, sözleşmenin yapıldığı sırada verilen, sözleşmeden cayabilmek için kararlaştırılmış bir tazminattır [2]. *BK. md. 156/11'e göre "cayma akçesi kararlaştırılmışsa, taraflardan herbiri sözleşmeden caymaya yetkili sayı-*

---

1) Bk. Yarg. HGK. 20.5.1962, K. 388 **(Olgaç,** Emsal İçt. sh. 618).

Yarg. 13. HD. 8.10.1990, K. 90/6049: Sözleşme yapılır yapılmaz taraflardan birinin diğerine bir miktar para vermesinin amacı açıkça anlaşılamıyorsa, verilen paranın pey akçesi olduğu karine olarak kabul edilir. (Yarg. Kar. Derg. 1991, sh. 75).

2) Bk. JT. 1959, 1. 23.

fır. A_kçey[illegible]*(parayı) vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır, almış olan cayarsa aldığının ıkı katını geri verir* 3.

"Cayma akçesi" kararlaştırılan hallerde, sözleşmede aksi belirtilmedikçe, sözleşmeden cayan taraftan (BK. md. 156/3'te öngörülen} cayma ekçesinden başka bir tazminat istenemez. Sözleşmeden dönme halindP. tazminat olarak "cayma akçesi"nin istenebilmesi için sözleşmenin geçerli olması gerekir.

Sözleşme ifa edilirse, cayma akçesi geri verilir.

Hakimin aşırı bulduğu cayma akçesini, cezai şarta ilişkin BK. 161/3'ü kıyasen uygulayarak indirip indiremeyeceği tartışmalıdır. Tekinay indirebileceği (sh. 454-455), Feyzioğlu (C. il, sh. 381) ve Yargıtay 4 ise indiremiyeceği görüşündedir. Kanaatımızca, Bk. md. 161/3'ün kıyasen uygulanması, yargıcın aşırı bulduğu cayma akçesini indirebilmesi yasa koyucunun amacına tamamiyle uygun bir yorumdur.

§ 111- ÜCRET ALIKOVMA

Bir hizmet sözleşmesinde, ücretin bir bölümü sözleşme uyarınca alıkonulmuşsa, sözleşmede aksine bir hüküm yer almadıkça, kesilen bu para "cezai şart" olarak değil, işverenin muhtemel bir zararını karşılamak için alıkonulmuş sayılır (BK. md. 157/1). Böylece, işçi ilerde bir zarara sebep olmazsa (iş ilişkisi sona erdiğinde) kesilen para kendisine geri verilir. Alıkonan para, sebep olunan zarardan fazla ise, aradaki fark işçiye iade edilir. İşverenin zararı kesilen paradan fazla ise, işçi aradaki farkı öder.

Ücretin bir kısımının alıkonulmasına ilişkin sözleşme, ancak işçi ücretinin işçinin ödeyeceği tazminat ile takasının caiz olduğu ölçüde geçerli olur (BK. md. 157/2). Bu konuda Bk. BK. md. 123/2; 333.

§ iV - C E Z A İ Ş A R T

-Ceza Koşulu-

1- KAVRAM

1. *Cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi yüklendiği edimdir.*

---

3) MK. md. 119/2'ye göre: Nişanlanmada "evlenmeden ka[illegible]nma hali için ö[illegible]Qörülen cayma tazminatı veya caza şartı dava edilemez, ancak yapılan odemeler de gen ıstenemez". .

4) Bk. Yarg. 4. HD. 1965, K. 2457 (**Olgaç,** Emsal Içt. sh. 616[illegible]617).

Cezai şart, asıl borcu doğuran sözleşme ile birlikte veya sonradan kararlaştırılabilir. Sonradan kararlaştırıldığı takdirde, asıl borca ilişkin şekle uyulmalıdır (von Tuhr, § 87-1).

Cezai şart olarak yüklünilen edim (eşyanın tesliminde gecikilen her gün için 50 TL. ödenmesinin öngörülmesi halinde olduğu gibi) genellikle bir miktar paranın verilmesidir. Ancak, paradan başka bir edimin kararlaştırılması da mümkündür.

Cezai şart tutarının önceden belirlenmesi zorunlu değildir, öngörülmüş kıstaslar çerçevesinde belirlenebilir olması yeterlidir [1].

2. Cezai şart, asıl borca bağlı "fer'i = yan" bir edimdir. Asıl borç şekil noksanlığı, imkansızlık (BK. md. 20), ehliyetsizlik, emredici kurallara veya şahsiyet haklarına aykırılık gibi bir nedenle geçersiz ise, cezai şart da geçersizdir2. BK. md. 161/2'de konuya bir yönüyle değinilmiş, *"cezai şart, yasaya veya ahlaka aykırı bir borcu güçlendirmek için kararlaştırılmışsa, cezanın ödenmesi istenemez•* denmiştir. Aynı şekilde, asıl borç, borçluya yüklenemeyen "borçlunun sorumlu tutulamayacağı" haller nedeniyle imkansızlaşmışsa, bu suretle asıl borç sona ermişse, (BK. md. 117), aksi kararlaştırılmış olmadıkça, cezai şart da sona erer (BK. md. 161/2). Asıl borcun sona erdiği diğer hallerde de (ifa, takas, ibra vs.) cezai şart son bulur (Tunçomağ Kenan, Cezai Şart, istanbul 1963, sh. 183).

3. Cezai şart ile, sözleşmeden doğan borçlar olduğu kadar [3], haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya yasadan kaynaklanan borçlar (alacaklar) da güçlendirilebilir [4].

il- CEZA İLE İFA ARASINDAKİ İLİŞKİ

Cezai şartın kararlaştırılmış olması halinde, cezanın istenebilmesi ile, asıl borcun ifası arasındaki ilişki "cezai şartın türüne" göre değişecektir:

1- **"Seçimlik cezai şart" söz konusu ise:** *Bir sözleşmenin yerine getirilmemesi veya eksik olarak yerine getirilmesi durumunda ödenmek üzere bir*

---

1) Bk. Yarg. HGK. 12.4.1989, K. 260 (Uygur, c. 11, 1. bası, sh. 745).

2) Bk. JT. 1948, 1. 140. Yarg. 15. HD. 17.1.2008, K. 2008/157 (Legal, eylül 2008, sh. 3161); Yarg. 13. HD. 26.6.2008, K. 2008/8902 (Yarg. Kar. Derg. 2008/11, sh. 2183).

3) Yarg. 13. HD. 7.10.1985, K. 85/5747: Taşınmazı satan, alıcıya karşı, kiracının taşınmazı boşaltacağını taahhüt etmişse, BK. md. 11O uyarınca üçüncü şahsın fiilin taahhüt söz konusudur, aykırılık hali için üstlendiği ceza koşulunu (kiracının alıcıyakarşı bir tahliye taahhüdünün mevcut olup olmadığına bakılmaksızın) **ödemekle** yü**kümlüdür.** (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1350).

. 4) ÖK. md. 160 uyarınca, cezai şarta ilişkin kurallar, borçtan ödenmiş olan bölümün fesıh halınde alçıcaklıya kalmasını öngören sözleşmelere de uygulanır. Ancak, taksitle satışa ilişkin kurallar saklıdır.

ceza..kararlaş[illegible]rılmıfsa, a[illegible]s! sözleşmeden anlaşılmadıkça s *alacaklı, ancak ya sozleşmenın yerme getırılmesini veya cezanın ödenmesini isteyebilir* (BK. [illegible]d. 1_58/1)_[6]• S.[illegible]du[illegible]un_ıda ala[illegible]aklı alternatif (seçimlik) bir yetkiye sahiptir. Diger bır deyışle *seçımlık ceza, şartlarda"* alacaklı hem borcun ifasını hem de cezanın ödenmesini talep edemez.

Seçimlik cezai şartlarda, alacaklının sahip olduğu yetkiyi kullanarak cezanın ödenmesini isteyebilmesi, asıl borcun muaccel- istenebilir- olmasına ve hiç ifa edilmemiş veya eksik ifa edilmiş bulunmasına bağlıdır [7]. Borçlu borcun ifa edildiği iddiasındaysa, iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür s.

2- **"İfaya eklenen cezai şart" söz konusu ise:** *Ceza sözleşmenin belirlenen zaman veya yerde yerine getirilmemesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılmışsa, alacaklı, sözleşmenin yerine getirilmesi* (borcun ifası) *ile birlikte,* (borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumunda) *kararlaştırılan cezanın ödenmesini de isteyebilir* (BK. md. 158/2) [9]_ Bununla bera-

---

5) Taraflar, borcun yerine getirilmemesi halinde hem borcun ifasının, hem de cezanın ödenmenin istenebileceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda, (örneğin bir rakebet *ya*sağında) alacaklı, yasağa aykırı davranan borçlunun yasağa uymasını ve aynı zamanda kararlaştırılan cezayı talep edebilir. Bk. JT. 1921, **I.** 109.

6) Bk. Yarg. 15. HD. 24.7.2006, K. 2006/4723 (Yargı Dünyası, Kasım 2006, sh. 90). **Seçimlik cezai şartta, c[illegible]zanın ödenmesini isteyen alacaklı, sonradan talebinden** dönüp borcun ifasını isteyemez. Bk. JT. 1937, 1., 397. Aynı şekilde, seçimlik cezai şartta, sözleşmenin ifasını talep eden alacaklı, isteğinden dönerek cezanın ödenmesini talep edemez. Bk. Yarg. 15. HD. 15.2.1988 K. 569 (Uygur, C. il, sh. 753).

MK. md. 119/2'ye göre, Nlşanlanmada "evlenmeden kaçınma hali için öngörü**len cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez, ancak yapılan ödemeler de geri istenemez".**

7) Yarg. 15. HD. 23.3.1983 T. ve 83/647 sayılı karar: **BK. 106 ve devamı hükümlerine göre borçlu mütemerrlt (direngen) olmadığından cezai şart istenemez** (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 879-880).

Yarg. 18. HD. 14.02.2006 K. 2006/949: **Borçlu ödemede geciktiği cezai şart için, ancak borcun ifasında temerrüde düştüğü günden itibaren, geçmiş günler faizi ödemekle yükümlüdür** (Yargı Dünyası Haz. 2006, sh. 134).

Yarg. 15. HD. 16.9.2002, K. 2002/3909: **Sözleşmede** *"Bu sözleşmeye aykırı davranan taraf, diğer tarafın uğradığı zararın tamamını tazminle yükümlü olduğu gibi, bu zarar tutarında cezai şartı karşı tarafa ödeyecektir"* **hükmü yer almışsa, zarara uğrayan zararını ve zarar tutarı kadar cezai şartı birlikte lstiyebllr** (Yarg. K[illegible]r. Derg. 2003, sh. 1237-1238).

8) Bk. Yarg. HGK. 29.5.1971, K. 340 **(Olgaç,** Emsal lçt. sh. 621).

9) Yarg. HGK. 27.9.2006, K. 2006/569: **ifaya eklenen cezai şartın istenebilmesi için sözleşmeden dönülmemiş olunması gerekir** (Yargı Dünyası, Nisan 2007, sh. 53·57). Aynı nitelikte: Yarg. 15. HD. 8.11.2000, K. 2000/4884 (Yarg. Kar. Derg. 2001, sh. 232).

Yarg. 15. HD. 5.4.1990, K. 1627: İfaya eklenen ceza ifa ile birlikte istenebilir. Sözleşmede işin tamamlanması için belli bir tarih öngörülmüş ve gecikilen her gün için birceza tesbit edilmiştir. **İfaya eklenen cezai şartta, BK. md. 106 da yer alan seçimlik haklardan birini kullanmak için beklenmesi gereken makul süreyi hesap etmek, buna**

ber, ifa ile birlikte ceza isteme hakkına sahip olan alacaklı; bu hakkından açıkça vazgeçmiş veya bir kayıt ileri sürmeksizin (hakkını saklı tutmaksızın) gecikilerek veya başka bir yerde sunulan ifayı kabul etmişse (örneğin gecikilerek bitirilen daireyi teslim almışsa) cezanın ödenmesini isteyemez (BK.md. 158/2) 10. Mahkeme bu durumda, cezanın istenemiyeceğini doğrudan doğruya (kendiliğinden) dikkate almakla yükümlüdür 11.

3- **"Cayma cezası" söz konusu ise:** *Borçlu kararlaştırılan cezayı vererek sözleşmeden cayma (dönme), yetkisine sahipse, cezayı ödeyerek borcundan (ifa yükümlülüğünden) kurtulabilir* (BK. md. 158/3). Borçlunun sözleşmeden dönmesi nedeniyle alacaklının uğradığı zarar, kararlaştırılan "cayma cezası"ndan fazla olsa dahi, alacaklı aradaki farkın ödenmesini isteyemez12. Böylece, daha önce incelediğimiz "cezai şartlar" alacaklı yararına kararlaştırıldığı halde, "cayma cezası" borçlu yararınadır.

111- CEZA İLE ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

1. *Alacaklı borcun hiç veya gereği gibi ifade edilmemesinden bir zarara uğramamış olsa dahi, borçlu kararlaştırılan cezayı ödemekle yükümlüdür* (BK. md. 159/1). Böylece alacaklı, bir zararın varlığını ve miktarını ispat ile yükümlü olmaksızın (şartları gerçekleşmişse) borçludan cezanın ödenmesini isteyebilir.

2. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle alacaklınınuğradığı zarar, kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa, alacaklının, aradaki farkı

---

eksik işin tamamlanması için gerekli süreyi eklemek ve bulunacak zaman dilimi için **gecikme cezasına hükmetmek gerekir.** Davacı, bu zaman dilimini aşan bir süre beklemekle zararın artmasına kendi fiili ile sebebiyet verdiğinden BK. md. 98 yollaması ile BK. md. 44 uyarınca bu ortak kusurun dikkate alınması ve yukarda açıklanan gerçek gecikmenin gözönünde bulundurulması gerekir. **(Uygur,** c. 11, sh. 764-765) Aynı yönde, Yarg. 15. HD. 27.6.1989, K. 3103 **(Uygur,** C. il, sh. 765-766).

10) Bk. JT. 1972, 1. 281; Yarg. 15. HD. 19.10.1993, K. 93/4091 (Yarg. Kar. Derg. 1994, sh. 1466); Yarg. 15. HD. 9.4.1992, K. 92/1753 (Yarg. Kar. Derg. 1993, sh. 1200).

Yarg. 15. H.D. 15.5.2007, K.2007/3264: **İnşaatın gecikmesinden doğan** *"kirakaybına·,* **sözleşme uyarınca yapının teslimi gereken tarihten fiilen teslim edildiği** tarihe **kadar geçen süre için hükmedilir. Yapı teslim alınırken kira kaybı yönünden** bir **ihtirazı kayda çekinceye- gerek yoktur. Yapı bir çekince konmaksızın** teslim alınmış **olsa dahi,** *"kira kaybından doğan zarar"* **istenebilir. İhtirazı kayıt -çekince-***ugedkme cezalarının talep edilebilmesi"* **için gereklidir** (Yarg. Kar. Derg. 2008/3, sh.480).

11) Bk. Yarg. 13. HD. 21.1.1988, K. 188 **(Uygur,** C. 11, sh. 769-770). Yarg. 15. HD. 26.1.1981, K. 113. (Yarg. Kar. Derg. 1981, sh. 1036).

12) Yarg. 15. HD. 19.3.1998, K. 98/1085: **Sözleşme ile belirlenen dönme (cayma) cezasıyla tüm zararlar karşılanmış sayılacağından, dönme halinde, cayma cezası dışında, herhangi bir zarar (eksik iş, kar kaybı vs.) istenemez** (Yarg. Kar. Derg.1998. sh. 1022-1023).

(aşan miktarı) isteyebilmesi, borçlunun kusurlu olduğunu kanıtlamasına bağlıdır (BK. md. 159/2) [13]. Böylece, yasa, cezayı aşan zarara ilişkin uygulamada, *"sözleşmeden doğan sorumlulukta, aksi ispat edilmedikçe, borçlunun kusurlu sayılacağı* -BK. md. 96-" ilkesinden ayrılmış olmaktadır.

iV- CEZANIN MİKTARI VE İNDİRİLEBİLMESİ

1. BK. md. 161/1 ve 3'e göre, *"taraflar cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler", ancak "hakim aşırı gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür".* Hakim bu yetkisini (görülmekte olan davada) borçlunun bir talebi olmasa dahi, kendiliğinden kullanılabilir [14] (von tuhr, § 87/IV; Becker, md. 163, No. 21; Feyzioğlu, C. il, sh. 403. Aksi görüş: Tunçomağ, age., sh. 151/153).

Hakim, cezanın aşırı olup olmadığını, hakkaniyet ölçülerini aşıp aşmadığını araştırırken, özellikle, borca aykırı davranış nedeniyle alacaklının uğradığı zararı [15], borçlunun kusur derecesini, alacaklının ortak kusurunu [16] ve tarafların (özellikle borçlunun) ekonomik durumunu dikkate alır [17] (Oser-Schönenberger, md. 163, No. 4-16; Tunçomağ, age., sh. 146 vd.).

Bu unsunlar dikkate alındığında, *alacaklının uğradığı zarar ile kararlaştırılan ceza arasında hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayan açık bir nisbetsizlik varsa ceza indirilir* [18].

Cezai şartın aşırı olup olmadığı değerlendirilirken, cezai şartın amacının alacaklının durumunu iyileştirmek olduğu gözönünde bulundurulmalıdır. *Kararlaştırılan ceza indirilirken, her halde, alacaklının müsbet zararını karşılamak için genel kurallara göre isteyebileceği tazminat miktarının üstünde kalınmalıdır* (Becker, md. 163, No. 9 ve 23) [19].

---

13) Bk. Yarg. 15. HD. 23.11.2005, K. 2005/6271 {Yargı Dünyası, Mayıs 2006, sh. 81); Yarg. 11. HD. 6.4.2004, K. 2004/3622 (Yarg. Kar. Derg. 2005, sh. 375).

14) Bk. JT. 2008.1.106; JT. 1984.1.41; Yarg. 13. HD. 3.4.2007, K. 2097/4630 (Yargı Dünyası, Ekim 2007, sh. 145); Yarg. 13. HD. 7.7.2008, K. 2008/9547 (1st. Bar. Derg. 2008/6, sh. 3185).

15) Bk. Yarg. HGK. 3.10.1973, K. 751 **{Olgaç,** Emsal lçt. sh. 635).

16) Bk. JT. 1980, 1. 165; JT. 1936, 1. 17.

17) Bk. JT. 2007, 1. 231; JT. 1989, 1. 74-75; JT. 1978, 1. 150; JT. 1966. 1. 322-323; Yarg. 13. HD. 20.5.2008, K. 2008/6943 {İst. Bar. Derg. 2009/3, sh. 1604).

18) Bk. JT. 2007, 1. 231; JT. 1989, 1. 74; JT. 1978, 1. 150; JT., 1978, 1. 194; JT. 1943, 1. 100; JT. 1926, 1. 422-423.

19) Bk. Yarg. 4. HD. 5.12.1972, K. 9274 **{Olgaç,**Emsal İçt. s. 636). Yarg. 3. HD.'nın 4.11.1977 T. ve 5010 sayılı kararına göre: **Ceza şartının ceza ve ödeme (tazminat) fonksiyonu olup, ceza şartının ceza fonksiyonu hiçe sayılarak, zarar karşılığı olan tutara kadar indirme yapılması yasaya aykırıdır** {Bk. Yarg. Kar. Der. 1978, sh. 597).

2. Aşırı olan cezai şartın indirilmesi olanağı, zayıf durumda bulunan borçlunun sömürülmesini önlemeye yönelik, kamu düzenine ilişkin bir kuraldır. Bu nedenle, borçlunun *"indirilme olanağından önceden feragati" geçersizdir* (von Tuhr, § 87, iV; Oser-Schönenberger, md. 163, No. 17).

3. Kararlaştırılan cezanın borçlu tarafından ödenmiş bulunması halinde hakimin cezai şartı indirip indiremiyeceği öğretide farklı görüşlere yol açmış tır. von Tuhr (§ 87-IV); Becker (md. 163, No. 22); Tunçomağ (age.,, sh. 154 vd.), cezanın gönüllü olarak ödenmesinden sonra indirim yapılamayacağı görüşünü benimserken, Oser-Scöhenenberger (md. 163, No. 17) ödemenin indiriminin yapılmasını engellemeyeceğini savunmuştur.

4. *Borçlu tacir ise,* (BK. md. 161/3'e dayanarak) *kararlaştırılan cezai şartın indirilmesini hakimden isteyemez* (Tıc. K. m. 24) [20]. Ancak Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, kabul etmek gerekir ki, cezai şart konusunda tacirlere tanınmış olan sözleşme serbestisi, BK. md. 20'de ki genel kurallarla sınırlıdır. *"Borçlu tacir de olsa, cezai şart, borçlunun ekonomik açıdan yıkılmasına sebep olacak derecede ağır ve yüksek bir düzeyde kararlaştırılmışsa, ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilebilir* [21]". Örneğin, *"kat karşılığı inşaat"* sözleşmesinde yer alan, inşaatın süresinde bitirilmemesi ve bu nedenle *"sözleşmenin feshi halinde, yüklenicinin, hiçbir hak talep etmeden, inşaatı olduğu haliyle arsa sahibine devredeceğine"* ilişkin *"cezai şart·:* inşaatın sözleşmenin feshedildiği tarihteki seviyesine göre, *yüklenicinin ekonomik yıkımına sebep olacak nitelikteyse, aşırılıktaysa (BK. md. 20 uyarınca) tamamen veya kısmen, geçersiz sayılabilir, indirilebilir* [22].

---

20) **Varg. HGK. 15.10.1997, K. 97/822:** Taraflar arasında düzenlenen TİS uyarınca, askerden dönen işçisini işe almayan işveren A.Ş.'nin ödemesi gereken tazminat, tipik bir cezai şarttır. Tacir olan işveren A.Ş. ile işçi arasındaki ilişki, ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasası hükümlerine bağlı bir hizmet aktidir. Bu nedenle BK'nun 161/son maddesi uyarınca indirime tabidir, TTK'nun 24. maddesinin uygulanmasını gerektirmez. (Yarg. Kar. Derg. 1999, sh. 303 vd.)

21) Bk. Yarg. HGK. 20.3.1974, K. 222 **(Olgaç,** Emsal, Içt. Sh. 633); Yarg. 15. HD. 4.7.2008, K. 2008/4508 (Yargı Dünyası, aralık 2008, sh. 49-51). Yarg. 19. HO. 19.4.2007, K. 2007/3998 (Yarg. Kar. Derg. 2007, sh. 1536); Yarg. 11. HO. 19.12.2005, K. 2005/12550 (Yargı Dünyası, Haz. 2006, sh. 116); Yarg. 15. HO. 28.3.2002, K. 2002/1472 (Yarg. Kar. Derg. 2002, sh. 1362-1363).

22) Bk. Yarg. 15. HD. 4.7.2008, K. 2008/4508 (Yargı Dünyası, aralık 2008, sh. 49. 51).

ALTINCI BÖLÜM

ALACAĞIN TEMLİKİ VE BORCUN NAKLİ

Bor[illegible]r Kanunumuz "genel hükümler"in beşinci ve son bölümünü "alaca-[illegible]emlıkı ve borcun nakli"ne ayırmıştır. BK. md. 162-172'de *"alacağın temlıgı* ve BK. md. 173-181'de *"borcun nakli"* düzenlenmiştir.

§ 1-ALACAĞIN TEMLİKİ

1- GENEL OLARAK

1 • *Alacaklı borçlunun rızasını (onayını) aramaksızın, alacağını üçüncü bir kişiye temlik edebilir* {devredebilir) (BK. md. 162/1) . *Alacağın devri ile birlikte, alacaklı değişir, alacak devralana geçer.* Alacağı temlik eden borcun ifasını isteyemez, bu hak yeni alacaklınındır [1,2].

---

1) "Bedeli peşin ödenerek alacağın satın alınması" esasına dayanan ve özellikle 1970'li yıllardan sonra çeşitli ülkelerde bir finansman aracı olarak uygulamaya girmiş bulunan **"Faktoring"**işlemine yönelik olarak, **faktorlng şirketlerinin kuruluş ve faaliyeti**, ülkemizde 30.9.1983 tarih ve 90 sayılı *"Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin* bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin **26.6.1994 tarih ve 545 sayılı KHK.** (RG. 27.6.1994, mükerrer sayı) ile ana çizgileriyle düzenlenmiştir.

1O Ekim 2006 tarih ve 26315 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan *"Rnansal Kiralama,* Faktorlng *ve Finansman* Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları **Hakkında** Yönetmelik" ile, Faktoring Şirketlerine ilişkin olarak bu konuda 21.12.1994 tarih ve 22148 sayılı Resmi Gazetede *yer* alan Yönetmelik yürürlükten kaldırılmış ve konu yeniden düzenlenmiştir. Yeni Yönetmeliğin 4. maddesinde "Faktoring şirketlerinin ödenmiş sermayelerinin 5 milyon Yeni Türk Lirasından az olmaması" öngörülmüştür. Yeni yönetmeliğin md.3/1-ç bendi ve 29.maddeslnin 1.fıkrası daha sonra değiştirilmiş (RG.23.3.2008), 21. maddesine "Finansal kiralama sözleşmesine konu gayrimenkullere· ilişkin bir fıkra ve ayrıca "geçici 2. madde" eklenmiştir (RG.26.6.2009).

Sözü geçen 545 sayılı KHK.'nin 3. maddesinde, Faktoring Şirketi **"Mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakları temellük ederek, tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunarak finansman sağlayan şlrkett_lr"** şeklinde tanımlanmıştır. Faktoring işlemine ilişkin olarak Bk. **Arif Kocaman,** Factoring işlem.inin Hukuki Niteliği, Ankara 1992; **Arif Kocaman,** Factoring (Genel Alacak Devir ve Satımı işlemi) Ankara Mart-1994· **Berna Kocaman,** Finansal Açıdan Factoring, Ank. 1992; **Erden Kuntalp,** Bankalar Kanu[illegible]u Açısından Factoring İşlemi. Bankacılar, Temmuz-1991, sayı 5, sh. 2[illegible]

2) Alacağın temliki ve benzer ilişkiler için Bk. **Arif Kocaman,** Alacağın temlıkının benzer üçlü ilişkiler karşısındaki teorik sınırı sorunu, Ankara 1989.

Alacağın temliki, borç ilişkisinden doğan belli bir talep hakkının devrine yönelik bir işlemdir. Bu nedenle, *alacağın tem/ikinden sonra da, devreden alacaklı, borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri ile bağlıdır.* Örneğin, bir satış sözleşmesinde, alacağını devreden satıcının malı teslim yükümlülüğü devam eder.

Bütün alacaklar, ister sözleşmeden, ister haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olsunlar (yasa veya sözleşme hükümlerine veya işin niteliğine göre yasaklanmış olmadıkça -BK. md. 162/1-) başkasına devredilebilir. Yeteri ölçüde belirlenmiş veya belirlenebilir olmak şartıyla daha sonra meydana gelecek (müstakbel) alacaklar [3] (örneğin ilerdeki kira alacakları) ve şarta bağlı alacaklar da temlik edilebilir. Bölünebilen hallerde, alacağın bir kısmını temlik etmek de mümkündür. Buna karşılık *konu veya zaman", bakımından bir sınırlama yapmaksızın doğacak bütün alacakların tem/ikini öngören sözleşmeler, şahsiyet haklarına, ahlaka aykırıdır, ekonomik özgürlüklerin aşırı derecede sınırlaması niteliğindedir ve bu nedenle geçersizdir*[4].

2. Alacağın temlikinin de (diğer kazandırıcı işlemlerde olduğu gibi) birsebebi vardır. Bu sebep, bir borcun ifası *(causa sa/vendi),* bağışlama *(causa donandi)* veya bir alacak hakkı iktisap etmek *(causa credendi)* olabilir. Alacak (inançlı bir işlemle) tahsil edilmesi için veya teminat amacıyla da temlik edilebilir. Bu takdirde bir *"inançlı tem/il<'* sözkonusudur. İnançlı temliklerde de alacak karşı tarafa devredilmiştir. Ancak alacağı devralan aralarındaki inanç anlaşmasına uygun hareket etmekle, örneğin tahsil ettiği (aldığı) parayı alacağı temlik edene vermekle yükümlüdür.

Alacağın tem/iki, Federal Mahkeme ve Yargıtay içtihatlarına ve doktrinde çoğunlukta olan görüşe göre *"sebepsiz = soyut" bir hukuki işlemdir* [5]. Diğer bir deyişle, *alacağın temlikine esas olan sebep, geçerli olmasa veya gerçekleşmemiş bulunsa veya sona ermiş olsa dahi, alacağın tem/iki geçerlidir.* Örneğin, A, kendini hataen B'ye borçlu zannetse ve bu borcu ödemek amacıyla alacağını B'ye devretse, borcun mevcut olmamasına rağmen, alacak B'ye geçer. Ancak, bu durumda 8 yönünden bir sebepsiz zenginleşme söz konusu olur ve A, B'den sebepsiz zenginleşme kurallarına göre, alacağın kendisine yeniden devredilmesini isteyebilir (von Tuhr, § 93-11; Oser-Schönenberger, rnd. 164-174, No. 3; Becker, md. 161, No. 1; Feyzioğlu, C. il, sh. 615).

3) Bk. JT. 1987, 1. 162.

4) Bk. JT. 1987, 1. 162. JT. 1959, 1. 198.

5) Bk. JT. 1941, 1. 525; JT. 1924, 1. 514; Yarg. 13. HD. 16.12.1976, K. 76/1049 (Yarg. Kar. Derg. 1976, sh. 1011).

A_lacağın temliki, kural olarak, soyut bir hukuki işlem olmakla birlikte, taraflar isterlerse_, alacagın devredilmesinin geçerli olmasını temlikin dayandığı sebebin geçerlı olmasına bağlayabilerler. Diğer bir deyişle, alacağın temlikine *"ıllı = sebepli'* bir hukuki işlem niteliği kazandırabilirler s (Becker, md. 164, No.3; von Tuhr, § 93-11; Oser-Schönenberger, md. 164-174, **No. 4;** Feyzioğlu, C. il, sh. 615; Oğuzman, C. il, sh. 411).

Doktrinde, alacağın temlikinin "sebebli = İlli" bir işlem olduğu görüşünü savunan yazarlar da vardır (Engel, sh. 587). Tekinay'a göre de (sh. 319) özellikle, temlik işleminde sebep gösterilmişse, örneğin temlikin bir satış bedelini ödemek amacıyla yapıldığı temlik senedinde yazılı ise, alacağı devredenle devralan arasındaki ilişki açısından, temlikin soyut bir işlem olduğu savunulamaz. Temlik bu durumda taraflar bakımından "illi" bir işlem sayılmalıdır. (Ayni görüş, Oğuzman-, C. il, sh. 411).

3. *Alacak, kural olarak, alacaklının isteği ile ve yazılı bir sözleşmeyle başkasına temlik edilir. Bununla beraber, alacağın, bir yasa hükmü veya mahkeme kararı uyarınca, özel bir şekle ve alacaklının rızasına ihtiyaç olmaksızın başkasına geçmesi de mümkündür* (BK. md. 164):

a. Alacağın yasal temlikine ilişkin çeşitli kuralların bir kısmını daha önce incelemiştik. Örneğin, BK. md. 109'a göre, başkasının borcu için rehin edilen malını rehinden kurtarmak amacıyla alacaklıya ödemede bulunan üçüncü şahıs alacaklının haklarına halef (ardıl) olur, alacak ödemede bulunan şahsa geçer. Benzeri bir hüküm, payından fazla ödemede bulunan müteselsil borçlu yararına BK. md. 147/1'de yer almıştır. Alacağın kanuni temlikine yönelik olarak Medeni Kanunumuzda mevcut en önemli hüküm ise, "miras açılınca, ölenin alacakları mirasçılarına geçer" genel kuralını getiren 599. maddedir.

b. Mahkeme kararıyle alacağın temlikinin önemli uygulaması *"temlik vaadini ifadan kaçınma"* durumudur. *"Bir alacağın temlikini vaadetmek özel bir şekle bağlı değildir"* (BK. md. 163/2). Alacağın temliki vaadi, alacağın temlikinin bir tasarrufı işlem olması nedeniyle, "vaad" sözcüğüne rağmen bir *"önsözleşme"* değil, doğrudan doğruya *alacağın temliki* (tasarrufi işlem) *borcu doğuran bir sözleşmedir.* Alacaklı, alacağın temliki vaadini yerine getirmez, alacağı temlik etmez, alacağın temliki için gerekli sözleşmeyı yapmaktan kaçınırsa, alacağı devralacak taraf mahkemeye başvurarak sozleşmenin ifasını, alacağın mahkeme kararıyla devredilmesini isteyebılır. Bu takdırde mahkemenin kararı alacaklının iradesinin yerini alır ve alacak mahkemekararıyla devredilir.

---

6) Bk. JT. 1959, 1. 198; JT. 1941. 1. 525.

il- İSTEĞE BAĞLI TEMLİKİN ŞARTLARI

Bir alacağın, alacaklı tarafından, isteğe bağlı temliki için iki şartın varlığı gerekir: 1. Yazılı sözleşme, 2. Alacağın temlikinin menedilmemiş olması.

1- Yazılı sözleşme

a. *Alacak, devredenle devralan arasında yapılan bir sözleşme ile temlik edilir* [7]. Sözleşmede temlikin sebebini belirtme mecburiyeti yoktur. *Temlikin geçerli olması için borçlunun onamı gerekmez* (BK. md. 162/1). Temlik, alacağın devredildiği borçluya bildirilmemiş olsa, borçlu alacağın devrini öğrenmemiş bulunsa dahi geçerlidir.

Alacağın temlikini öngören sözleşme, borç doğuran bir akit değil, bir hakkı doğrudan doğruya nakleden tasarrufi bir işlemdir. Sözleşmenin yapılması ile birlikte, alacak, devredenin malvarlığından devralanın malvarlığına geçer [7a].

b. *Alacağın temlikini gösteren sözleşmenin geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır* (BK. md. 163/1) s. Yazılı şekli düzenleyen BK. md. 12 vd.'daki kurallar burada da uygulanır.

---

7) **Temsil yetkisine dayanarak bir alacağı temlik eden kimse, vekaletname şekllen uygun olsa bile, yetkisini, temsil olunanın irade ve beyanına ve çıkarına** uygun **olarak kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, hakkını kötüye kullanmış olur. Hakim, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını kendiliğinden araştırıp, gözönünde** tut**makla yükümlüdür.** Bk. HGK. 13.2.1974, K. 74/103 (Yarg. Kar. Der. 1975, sayı 9, sh. 5).

7a) Bk. 19. HD. 4.2.2008, K. 2008/3451, (Yargı Dünyası, aralık 2008, sh. 53).

8) JT. 1997, I. 206: **Alacağın temlik! sözleşmesinde, temlik edilen alacak,** özel• **likle birden çok alacağım söz konusu olduğu hallerde, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü şahısların hangi alacağın temlik edildiğin! anlamalarına imkan verecek bir açıklıkla belirtilmelidir.**

Yarg. 14. HD. 15.10.1985, K. 85/6434: **Noterlikçe düzenlenmiş taşınmaz satış vaadi** sözleşmesinden doğan şahsi hakkın, satış vaadinde bulunanın rızası aranmaksızın üçüncü kişiye yazılı biçimde temlikl geçerlidir. Devralan **kişi,** satış vaadinde bulunana karşı tescil davası açabilir. (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 835). Aynı nitelik• te, Yarg. 14. HD. 16.2.1982, K. 82/859 (Yarg. Kar. Derg. 1982, sh. 685). Yarg. 14. H0. 17.6.1986, K. 4194 (Uygur, C. il, sh. 815).

Yarg. 14. HD. 30.6.1987, K. 87'564/: Yüklenici ile arsa sahibi, Noterlikçe düzenlenen sözleşme ile **arsa** karşılığı inşaatta anlaşmışlardır. Yüklenici anlaşma uyarınca kendisine bırakılan daireyi harici (resmi şekilde düzenlenmemiş) bir sözleşmeyle satmış ve bedellnl almıştır. Bu durumda, yüklenici edimini yerine getirdiğinde şah• si bir hak kazanır ve bu hakkını arsa sahibinin rıza ve muvafakatına gerek duymadan, yazılı olarak BK. md. 162 uyarınca üçüncü kişilere temlik edebilir. Şahsi hakkı temellük eden üçüncü kişi (daireyi yükleniciden haricen satın alan şahıs) bu hakkını gerek yükleniciye ve gerekse arsa sahibine karşı ileri sürebilir, diğer bir deyişle

Yazılı temlik sözleşmesinde sadece alacağı temlik eden tarafın imzasının bulunması yeterlidir (Bk. BK. md. 13). Devralanın kabul beyanının yazılı şekilde açıklanması gerekmez. Kabul beyanı zımni (örtülü) de olabilir (BK. md. 6). (von Tuhr, § 93-111; Becker, md. 165, No. 4; Engel, sh. 590; Feyzioğlu, C. il, sh. 637).

Alacak, imzalı bir mektup veya aslı devreden tarafından imzalanmış bir telgraf (BK. md. 13/2) veya alacak senedi üzerine verilecek şerh ıle de temlik edilebilir.

c. Alacağın temliki halinde, temlik eden, alacak senedini alacağı devralana vermekle yükümlüdür (BK. md. 168/2). Fakat, alacağın temlikinın geçerli olması, alacak senedinin verilmiş bulunmasına bağlı değildir.

d. *Alacaklı, aynı alacağı, iki ayrı kişiye devretmişse,* (tasarrufi bir ı lem olanbirine, temı i e alaca ma var ıgın an çı mış bulunduğundan, bu suret-
alacaklı ikinci temlık açısından tasurruf yetkısıne sahip olmadığından) *ikinci temlık geçersızdır.* Alacağı daha sonra devralan oncekı temlikı bılmese, **iyi**niyetlı olsa dahi hukuki durum değişmez. (von Tuhr, § 93 - V; Oğuzman, C. 11, sh. 419). Hangi temlikin önce yapıldığının tesbitinde, icabının yapıldığı tarihdeğil, sözleşmenin tamamlandığı an dikkate alınır. Temliklerden hangisinin önce yapıldığı belirlenemiyorsa, her iki temlik geçersiz sayılır {von Tuhr, § 93-111ve V; Feyzioğlu, C. 11, sh. 628).

2- Temlikin menedilmemiş olması

Alacağın başkasına temlik edilebilmesi, yasa veya sözleşme hükümlerine veya işin niteliğine göre *alacağın devredilmesinin yasaklanmamış olmasına bağlıdır* (BK. md. 162/1):

a. Bazı alacakların, borçlunun anamı olmaksızın temlikini kanun yasaklamıştır. Örneğin, 6570 sayılı Gayrimenkul kiraları hakkında kanunun 12. maddesine göre, "kiracı, sözleşmede aksine açıklık olmadıkça kiralanan yeri kısmen veya tamamen başkasına kiralayamaz". BK. md. 300 uyarınca, "ariyet alan, ariyeti başkasına kullandıramaz". Kanuni yasağa rağmen alacak temlik edilirse, temlik geçersizdir.

---

mülkiyetin kendisine devredilmesini, dairenin tapu sicilinde adına kaydedllmestl lsteyebllr (Yarg. Kar. Der. 1988, sh. 79). Ay y_önde, Yarg. HD.2, 2.19.3 K. 9318 nf (- Yarg. Kar. Derg. 1993, sh. 225-) Konuya ilişkin olarak, Bölum 11- § V de sozleşme şekli" başlığı altında açıklanan Yargıtay Kararlarına bakınız.

b. Alacaklı ve borçlu arasında (alacağın meydana geldiği sırada vey daha sonra) yapılacak (şekle bağlı olmayan) bir sözleşme ile de "alacağı temlik edilemeyeceği" kararlaştırılabilir. *Alacağın temlikine sözleşme ilegeı. rilen bu yasak, genel olabileceği gibi, belli kişi veya kişilerle veya belli bi s re ile sınırlı olabilir.*

Alacak, sözleşme ile yasaklanmış olmasına rağmen temlik edilirse, bu temlik (borçlunun onamı olmadıkça) geçersizdir. Alacağı devralan kimseniniyı. niyetli olması, alacağın temlikinin mümkün olmadığını bilmemesi, kural olarak sonucu değiştirmez. Ancak, kurala BK. md. 162/2'de bir istisna getirilmiştir.BK md. 162/2'ye göre, *"borçlu, alacağın temlik edilemiyeceğinin kararlaştırılmışolduğunu, alacağı, temlik yasağını içermeyen yazılı bir borç ikrarına (tanımasına) dayanarak, iyiniyetle devralmış olan üçüncü şahsa karşı ileri sürümez•.*

c. Borcun niteliğinin, ifanın bizzat alac_klıya yapılmasını gerektirdiği hallerde de, alacak başkasına devredilemez. Orneğin, nafaka alacakları başkasına temlik edilemez. Manevi tazminat isteme hakkı da, şahsa bağlı niteliği nedeniyle, kural olarak devredilemez. Ancak Medeni Kanunumuzun 25.maddesi uyarınca, *karşı tarafça kabul edilmiş (veya mahkemece hükme bağlanmış) manevi tazminat alacakları başkasına devredilebilir.*

111- TEMLİKİN HUKUKİ SONUÇLARI

1- Temlikin kapsamı

a. *"Bir alacağın tem/iki, temlik eden kimsenin şahsına özgü olanlar dışındaki, öncelik haklarını ve diğer yan hakları da kapsar"* (BK. md. 168/1). Böylece, alacak temlik edildiğinde, alacağı garanti eden, kefalet, menkul ve gayrimenkul rehni, hapis hakkı [9] gibi yan haklar kendiliğinden alacağı devralana geçer. Ayrıca, *işlemiş, birikmiş faizler de, alacakla birlikte devredilmiş sayılır* (BK. md. 168/3). Alacağı devralana, alacakla birlikte geçen "öncelik haklarına" örnek olarak İc. ve İt. K. md. 206'daki "öncelikli sıralar" gösterilebilir.

Bir alacağı temlik eden kimse, alacağı devralana, alacak senedini, alacağı kanıtlayacak belgeleri teslim etmek ve gerekli bilgiyi vermekle yükümlüdür (Bk. md. 168/2).

b. Temlik edilen alacak *"Banka teminat mektubu"* ile garanti edilmişse, Bankanın teminat mektubundan doğan yükümlülüğü, Yargıtaya göre, alacağı garanti eden bir *yan-fer'i-hak* niteliğinde olmadığından, *alacağın temliki, mektuptan doğan garantiyi kapsamaz, alacağı devralana, teminat mektubu·*

9) Bk. JT. 1955. 1. 48.

nu veren Bankaya karşı bir tazmin talebinde bulunma hakkını vermez. (*Seza Reisoğlu,* ��nka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ank. 2003, sh. 204-205) Daha once "Başkasının _edimini borçlanma" bölümünde açıklandığı üzere, *;.* *!?.'ta* 11.6.1969 tarihli içtihadı Birleştirme Kararıyla, *teminat mektuplarını* _uçuncu ahsın ed_imini borçlanma. BK. md. 110" kapsamında bir *garanti-guvence sozleşmesı* olarak değerlendirmiş ve teminat mektubu veren bankan, mektuptan doğan borcunun, asıl borçtan bağımsız bir yükümlülük olduğu sonucuna varmıştır.

Alacağı devreden, alacağın devriyle birlikte veya daha sonra teminat mektubundan doğan alacak hakkını da, garanti edilen alacağı devralmış bulunan kişiye temlik edebilir. Ancak, doktrinde benimsenen görüşe göre, teminat mektubundan doğan alacağın temliki, ilke olarak, alacağı devralana, Bankadan tazmin talebinde bulunma hakkını vermez. Teminat mektubunun tazminini talep hakkı *"kişiye bağlı bir hak"* olduğundan, bu hak, Bankanın onayı olmaksızın, devredilemez. Teminat mektubunda öngörülen alacak hakkının devredilmesinin, devralana, Bankadan tazmin talebinde bulunma olanağını da verebilmesi, Bankanın, teminat mektubunda muhatabın (garanti alanın) değişmesini önceden kabul etmesine (örneğin, teminat mektubunda *-devredilebilir-* kaydının bulunmasına) veya sonradan bu değişikliği onaylamasına bağlıdır. Buna karşılık, *teminat mektubunun muhatabı, bankadan mektubun paraya çevrilmesini talep etmişse, teminat mektubunda öngörülen alacak hakkını* -talep tarihinden önce veya sonra- *muhataptan devralmış bulunan kişi, bankadan tazmin talebinde bulunabilir (Seza Reisoğlu,* age. sh. 202-205).

2- Borçlunun hukuki durumu

Alacak temlik edilmişse, borçlunun enamı alınmamış olsa dahi_, aı_aca _lı değişmiştir, borçlu borcundan kurtulmak için edimi yeni alacaklıya ıfa ıle yukümlüdür. Ancak alacaklının değişmesinin borçlunun hukuki durumuu agırlaştırmaması için, yasa koyucu BK. md. 165-167'de borçlu yararına bır kısım önlemlere yer vermiştir.

a- İyinlyetle önceki alacaklıya ödeme

Alacak borçlu haberdar edilmeksizin temlik edilmişse, iyiniyetle ski acaklıya ödemede bulunan borçlunun borcu sone.erer.. md. 15 r?, "devreden veya devralan tarafından alacağın temlık edıl?ıgı kendısıne bıldırılmeden önce, ewelki alacaklıya ve birbirini izıye te_ıker yaılmışsa, ala-cağı devralanlardan tercihi gereken var iken dıgerıne ıyınıyetle odemede bulunan borçlu borcundan kurtulur". Borçlunun iyiniyetli **(MK.** ı:_nd. 3) sayılması için, alacağın temlik edildiğini bilmemesi ödeme_de bnalacklıyı sahibi zannetmesi gerekir. Borçlu, alacagın tamlık edıldığını ogrenmışse, ala

cağın temliki, alacağı devreden veya devralan tarafından bildirilmemiş olsa dahi, eski alacaklıya yaptığı ödeme ile borcundan kurtulmaz. Borçlu yeni alacaklıya tekrar ifa zorunda kalır.

b- Anlaşmazlık halinde alacağın mahkemeye yatırılması

Alacağın kendisine devredildiği iddiasıyla borçluya bildirimde bulunan*ve* borcun ifasını isteyen kimse, alacağın kendisine temlik edildiğini ispat ile yükümlüdür.

Temlikin geçerli olup olmadığı, diğer bir deyişle, kimin alacaklı olduğu konusunda, eski alacaklı ile alacağın kendisine dervedildiğini iddia eden şahıs arasında anlaşmazlık varsa, borçlu, taraflardan birine ödemede bulunmaktan kaçınabilir ve alacağı mahkemeye veya mahkemenin göstereceği yere yatırmak suretiyle borcundan kurtulabilir (BK. md. 166/1).

Borçlu, alacağın çekişmeli olduğunu bildiği halde taraflardan biri*?*e ödemede bulunursa, bunun tehlike ve zararına katlanır (BK. md. 166/2). Odemenin yapıldığı şahsın gerçek alacaklı olmadığı belirlenirse, borçlu alacaklıya ikinci defa ödemede bulunmak zorundadır.

Kime ait bulunduğu anlaşmazlık konusu olan alacağa ilişkin dava alacaklılar arasında devam ediyorsa ve borç muaccel ise, alacaklılardan herbiri, borçluyu, borcun yatırılmasına zorlayabilir (BK. md. 166/3). Ancak, bu zorlamanın yapılabilmesi, borçlunun, hak iddia eden iki alacaklıdan birinin hak sahibi olduğunu ve kendisinin de borçlu bulunduğunu kabul etmesine bağlıdır.

c- Defi ve itirazların ileri sürülebilmesi

aa) *"Borçlu, alacağın temlik edildiğini öğrendiği zaman, temlik edene karşı sahip olduğu def'i ve itirazları, alacağı devralana karşı da ileri sürebilir-* **{BK. md.** 167/1).

Borçlu, alacağı devralanın ifa isteğine karşı, alacağın (örneğin taraflardan birinin ehliyetsizliği veya şekil noksanlığı nedeniyle) *meydana gelmediğini veya alacağın* (örneğin ifa, ibra veya takas nedeniyle) *artık mevcut olmadığını ileri sürerek ifadan kaçınabilir* [10]. Borçlunun "itiraz" niteliğindeki bu id-

---

1O) Yarg.14 HD. 14.02.2008, K.2008/1692: **Borçlu, temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı sahip olduğu defileri, temellük edene karşı da ileri sürebilir. Yüklenicinin edimini yerine getirmediği için arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesi feshedildiğine göre, yüklenicinin şahsi hakkının temliki, temellük edene bir hak sağlamaz** (Yarg. Kar. Derg. 2009/8, sh.1547).

dialarını esasen hakim de kendiliğinden dikkate almakla yükümlüdür. Borçlunun, eskı alacaklıya karşı sahip olduğu def'ileri (örneğin alacağın zamanaşımına ugramış olduğunu veya ödemezlik def'ini (BK. md. 81) alacağı devralana karşı, daha ileri sürüp, bo!cu ifadan devamlı veya geçici bir şekilde kaçınma-sı damu[illegible]ndur. *Alacagı devralanın iyiniyetli olması, borçlunun tem/ık ede-ne karşı ıleri sürülebileceği def'i veya itirazların varlığını bilmemesi (belli istisnalar dışında) sonucu değiştirmez* 10a. *Kural olarak, kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez.*

Borçlunun, alacağı temlik edene karşı sahip olduğu itirazların, alacağı devralana karşı da ileri sürebilmesi olanağının önemli istisnası "muvazaalı borç tanıması"dır. BK. md 18/2'ye göre, *"yazılı borç tanımasına (ikrarına) dayanarak alacaklı sıfatını kazanan üçüncü kişiye karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası ileri sürülemez".* Böylece, borçlu alacaklıya muvazaalı olarak bir borç senedi vemişse, bu senede inanarak *iyiniyetle* (MK. md. 3) alacağı devralan şahsa karşı, borçlu, alacağın mevcut olmadığı iddiasında bulunamaz, borcu ifadan kaçınamaz. Buna karşılık, alacağı devralan, yazılı borç tanımasının muvazaalı olduğunu, borç senedine rağmen bir alacağın mevcut olmadığını biliyorduysa, doğaldır ki, borçlu devralana karşı da alacağın mevcut olmadığını ileri sürebilir.

Borçlunun, alacağın mevcut olmadığı itirazını devralana karşı da ileri sürebilmesi kuralının uygulamadaki diğer önemli bir istisnası da "beyaza imza" halidir. Federal Mahkemeye göre, *"beyaza imza atan kimse, tehlikeli bir durum yaratmış olur ve iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı, beyaza imzanın kötüyü kul/anılmasından doğacak sonuçlardan sorumludur.* "Kimsenin sahip olduğu haktan fazlasını devredemiyeceği" kuralı, beyaza imzanın kötüye kullanılması ile elde edilmiş bir senede dayanarak alacağı iyiniyetle devralan kimseye karşı ileri sürülemez [11]. Böylece, A, boş bir kağıdı imzalayarak B'ye verse, B'de güveni kötüye kullanarak imzalı boş kağıdı bir borç senedine dönüştürse, bu senede dayanarak iyiniyetle alacağı devralan C'ye karşı A "alacağın mevcut olmadığı" itirazında bulunamaz.

bb) Borçlar Kanunumuz, alacağın temliki halinde, takasın *"karşılıklı alacaklı olma"* ilkesine istisna getirerek, borçluya, devralana karşı da takas bağı yanında bulunma olanağını belli şartlarla tanımıştır. *Borçlu, [illegible]alacağın temlik edildiğini öğrendiğinde, temlik edene karşı muaccel (istenebılır) bır alacagı sahip idiyse, bu alacağını yeni alacaklıya olan borcu ile takas edebılır* Borçlunun alacağı müeccel (süreye bağlı) bir alacak idiyse, takasın yapılabılmesı

10a) Bk. Yarg. 13. HO. 20.6.1977, K. 77/3376 (Yarg. Kar. Derg. 1978, sh. 78).

11) Bk. JT. 1963, 1. 248.

için, bu alacağın temlik edilen alacaktan önce muacceliyet kazanması gerekir (BK. md. 167/2).

3- Alacağı temlik edenin sorumluluğu

Borçlar Kanunumuz 169-171. maddelerinde, alacağın temliki halinde, alacağı devredenin, alacağı devralana karşı olan sorumluluğu (garanti yükümlülüğünü) çeşitli olasılıkları dikkate alarak düzenlemiştir.

a) Alacağın varlığından sorumluluk

1- Bedel karşılığı temliklerde: *Alacak bir ivaz (bedel) karşılığında (veya ifa yerine)* [12] *temlik edilmişse, alacağı devreden kimse, alacağın temlik zamanında varlığını, aksi kararlaştırılmadıkça, devralana garanti etmiş sayılır* (BK. md. 169/1) [13,13a]. Bu garanti, alacağın tamamen veya kısmen elde edilmesini devamlı veya geçici olarak engelliyen bütün def'i ve itirazları kapsar [14] (Engel, sh. 597). Alacağın temlik zamanında mevcudiyetini (varlığını) garanti etmenin kapsamına, devralanın alacağı elde edilebilmesi için, devredenin kendine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi, örneğin öncelikle ifa zorunda olduğu kendi borcunu yerine getirirek, borçlunun "ödemezlik def"inde -BK. md. 81-" bulunabilmesine imkan vermemesi de girer (Tekinay, sh. 344; Feyzioğlu, C. 11, sh. 645).

2- Bedelsiz temliklerde: Alacağın temliki ivasız (bir bedel karşılığı olmaksızın) yapılmışsa, temlik bağışlama niteliğindedir, aksi kararlaştırılmadıkça, temlik eden alacağın temlik zamanında mevcut olmayışından sorumlu değildir (BK. md. 169/3). Bununla beraber, "bağışlayanın hile ve ağır dikkatsizliğinden sorumluluğuna" ilişkin BK. md. 243 hükmü burada da kıyasen uygulanmalıdır.

3- Yasa gereği temliklerde: Temlik yasa gereği veya mahkeme kararıyla meydana gelmişse, eski alacaklı, alacağın mevcut olmayışından sorumlu tutulamaz (BK. md. 171/3).

---

12) Bk. Yarg. 11. HD. 3.5.1983, K. 2335 (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 1192).

13) **BK. Tasarısının 191. maddesine göre,** *"Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur.", "Alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir."*

13a) Temlik sözleşmesinde belirtilmemiş olsa dahi, alacağın bir bedel karşılığında temlik edildiği HUMK.'nun hükümleri çerçevesinde ayrıca isbat edilebilir. Bk. HGK. 21.11.1987, K. 637 **(Olgaç,** Emsal lçt. md. 169,sh. 661-662).

14) Bk. JT. 1957, ı. 236.

b) Borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumluluk

Alaca_k bir ?ede/ karşılığında temlik edilmiş olsa dahi, temlik eden, ayrıca garantı e_m_ş olmadıkça, borçlunun ödeme güçsüzlüğünden (aczinden) :?rumlu degıldır (BK. md. 169/2). Temlikin ivazsız yapıldığı veya yasa gereği veya mahkeme kararıyla meydana geldiği hallerde, aynı şekilde, eskı alacaklı borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumlu tutulamaz (BK. md. 169/3; 171/2).

Alacağı temlik eden, borçlunun ödeme gücünü de ayrıca garanti etmişse, temlik edenin sorumluluğu bakımından, alacak muaccel ise, alacağın te□lik □dildiği, alacak süreye bağlı ise, alacağın muaccel (istenebilir) olacağı tarıh dıkkate alınır. Borçlu daha sonra ödeme gücünü kaybetmişse, temlik eden sorumlu değildir.

c) Sorumluluğun kapsamı

Alacağı temlik eden, alacağın varlığından sorumlu ise, veya borçlunun ödeme gücünü garanti etmişse, bu sorumluluğun (garantinin) kapsamı BK. md. 171'de özel olarak düzenlenmiştir. BK. md. 171/1'e göre, *"temlik eden garanti ile yükümlü ise, devralana karşı, ancak, temlik karşılığında, ana para ve faiz olarak, almış olduğu miktarla sorumludur. Temlik eden, ayrıca, tem/ikin sebep olduğu giderleri ve borçluya karşı yürüttüğü sonuçsuz kalan kovuşturma (takip} nedeniyle devralanın yaptığı masrafları ödemekle yükümlüdür".* Böylece, yasa koyucu, temlik edenin garanti sorumluluğunun kapsamını düzenlerken, borca aykırı davranış halinde benimsenen genel ilkeden (BK. md. 96) ayrılmış, temlik edeni devralanın (müsbet zararını değil), sadece menfi zararını ödemekle yükümlü tutmuştur. Örneğin, temlik edilen alacak 900 TL. ise, bu temlikin karşılığında 500 TL. ödenmişse, temlik eden, alacağın elde edilememesi halinde, devralanın alacak elde edilebilse idi sağlayacağı yararı (müsbet zararı) değil, temlik hiç yapılmasa idi devralanın uğramamış olacağı zararı (menfi zararı) yani (900 TL. yerine 500 TL.'nı ve yasal faizini) ödemekle yükümlüdür.

d) **Ifa amacıyla temlik**

Bir alacak *"ifa yerine*= dation en paiement" veya "ifa amacıyla= dation en vue du paiement" temlik edilebilir. Tarafların iradesinin kesinlikle tespit edilemediği hallerde, alacağın *"ifa amacıyla temlik"* edildiği kabul edilmelidir [15].

Alacak *"ifa yerine tem/il('* edilmişse, bu normal ifanın sonuçlarını doğurur, ifa edilmesi istenen borç sona erer. *"İfa yerine temlik"* edilen alacağın

15) Bk. Yarg. 11. HD. 4.7.1986, K. 86/4212 (Yarg. Kar. Derg. 1986, sh. 1654vd.).

mevcut olmadığı anlaşılırsa, temlik eden, bedel karşılığı temlike ilişkin BK. md. 169 hükümlerine göre bundan sorumlu olur [16] (von Tuhr, § 56-1; Oser-Schönenberger, md. 172, No. 1-3).

Alacak *"ifa amacıyla tem/il<'* edilmişse, bunun hukuki sonuçları BK. md. 170'de düzenlenmiştir. Maddeye göre, *"ifa amacıyla bir alacak temlik edilmiş olup da, borca sayılacak (tenzil edilecek) miktar belirlenmemişse, alacağı davralan, ancak borçludan fiilen alabildiği veya gereken özeni gösterse idi alabilecek olduğu miktarı kendi alacağına saymakla (mahsup etmekle) yükümlüdür"* [17].

İfa amacıyla yapılan temlikte, alacağı temlik edenin devralana olan borcu, temlikin yapıldığı anda değil, fakat, devralanın alacağı fiilen elde ettiği (alacağı tahsil ettiği) anda sona erer (von Tuhr, § 56-11).

iV - ÖZEL HÜKÜMLERİN SAKLILIĞI

Borçlar Kanunumuz 172. maddesinde, "bazı hakların temlikine ilişkin olarak yasalarda yer alan özel kuralları" saklı tutmuştur. Özellikle Ticaret Kanunumuzda "kıymetli evrakın devri'ne (Tıc. Kan. md. 559 vd.), İlişkin olarak, alacağın temlikini düzenleyetı genel kurallardan (BK. md. 162-171) farklı özel hükümlere yer verilmiştir. Kıymetli evrakın devrinde Ticaret Kanunumuzdaki özel kurallar öncelikle uygulanacaktır. Ticaret Kanunu md. 559'a göre, *"Kıymetli evrakın devri için her halde senet zilyetliğinin devri şarttır. Ayrıca, emre yazılı senetlerde ciroya, nama yazılı senetlerde yazılı bir devir beyanına da ihtiyaç vardır".*

§ il- BORCUN NAKLİ

1- GENEL OLARAK

Borçlar Kanunumuz "borcun nakli" başlığı altında 173-181. maddelerinde, önce genel olarak borcun naklini (borcun yüklenilmesini) ve daha sonra özel olarak sırasıyla *"bir mal varlığının veya bir işletmenin aktif ve pasifi ile devralınması''nı* ve *"bir işletmenin diğeri ile birleşmesi ve şeklini değiştirmesi''ni* düzenlemiştir.

---

16) Bk. Yarg. 11. HD. 3.5.1983, K. 2335 (Yarg. Kar. Derg. 1983, sh. 1192).

17) Yarg. 13. HD. 3.4.1986, K. 986/1998: **ita amacıyla yapılan alacak temllklerln• de, alacağı temellük eden, alacağın tahsili için gerekll glrlşlmlerde bulunup, icra ta• klblnl sonuçlandırmadıkça, alacağı temlik edene rücu edemez.** (Bk. 1st. Barosu Bilgi Bankası Arşivi).

Borcun nakli, borçlunun değişmesi, üçüncü bir şahsın borcu üzerine al-masıdı_r.f!o[illegible]n nakli halinde, borçlunun şahsının değişmesi dışında, borçta ve borç ılışkısında bir değişiklik meydana gelmez.

-[illegible]Borcun nakli (borçlunun değişmesi), alacağın temlikinden farklı olarak, dıger tarafın -alacaklının- rızası (onamı) olmaksızın gerçekleşmez. Zira, borçlunun şahsı, borçlunun ödeme gücü, alacaklı bakımından büyük ônem taşır. Bu nedenle, borcun naklinde, kural olarak, biri *"borçlu ile borcu yükle-[illegible]ece_kş[illegible]hıs",* diğeri *"borcu yüklenecek şahıs ile alacaklı"* arasında olmak uzere ıkı ayrı sözleşme söz konusudur. Doktrinde, bu sözleşmelerden ilki "borc[illegible]n iç yüklenilmesi", ikincisi ise "borcun dış yüklenmesi" deyimleriyle ifa-de edılmektedir.

iI- BORCUN İÇ YÜKLENİLMESİ

Borcun iç yüklenilmesi, yasal düzenlemeye daha uygun bir deyişle, "borçtan kurtarma taahhüdü", borçlu ile onu borçtan kurtarmayı taahhüt eden (üstlenen) şahıs (borcun nakli müteahhidi) arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile, *"borçtan kurtarma vaadinde bulunan kimse, borcu ödeyerek veya alacaklının onamı ile borcu üzerine alarak (borçlunun yerine geçerek), borçluyu borcundan kurtarma yükümü altına girmiş olur"* (BK. md. 173/1).

Borcun iç yüklenilmesi aşamasında, henüz, borç nakledilmiş, borçlu de-ğişmiş değildir. Borç, borcun dış yüklenilmesi ile nakledilmiş olacaktır. Borcun iç yüklenilmesinde (alacaklının dışında) borçlu ile borcun naklini üstlenen üçüncü şahıs arasında yapılmış yalnız tarafları bağlayan bir sözleşme söz konusudur. Bu aşamada, alacaklı, alacağını asıl borçludan isteyebilir. Asıl borçlu borcu ifa etmeye mecbur olursa, "borçluyu borçtan kurtarmayı" üstlen-miş olan kimse, borçlunun bütün zararlarını ödemekle yükümlüdür.

Borçtan kurtarma vaadi ivazlı (bir edim karşılığında) veya ivazsız olabi-lir. Bir edim karşılığında borçtan kurtarma vaadinde bulunulursa, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusudur ve bu durumda karşılıklı borçla-rın ifası yönünden iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin genel kurallar (BK. md. 81; 106) uygulanır. BK. md. 173/2'de yer alan *"borçlu, borçtan kur-tarma taahhüdü söz/emesinden doğan borçlarını yerine getirmedikçe, borcu üstlenme vaadinde bulunana karşı sözünü (taahhüdünü) yerine getirmesi için dava açamaz"* şeklindeki hüküm, daha önce incelediğimiz BK. md. 81 anla-mında değerlendirilmelidir. BK. md. 173/2 ifa sırasını belirleyen, BK. md. 81'-deki "aynı zamanda, karşılıklı ifa" ilkesinden ayrılmaya yönelik özel bir kural getirmek amacını taşımamaktadır (von Tuhr, § 99-1/2; Engel, sh. 600; Teki-nay, sh. 357).

"Borçtan kurtarma taahhüdü" sözleşmesi, ivazlı ise, geçerlilik şartı olarak bir şekle bağlı değildir (HMUK. nun ispata ilişkin kuralları saklıdır). Buna karşılık, borçtan kurtarma vaadinin ivazsız olduğu hallerde, bir bağışlama vaadi söz konusudur. Vaadin geçerliliği BK. md. 238 uyarınca, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (Oser-Scöhenberger, md. 175, No. 7; von Tuhr, § 99-1/2; Engel, sh. 600; Feyzioğulu, C. 11, sh. 671).

Eski borçlu, borçtan kurtarılmamışsa, (örneğin borç süreye bağlı ise, borcun nakli için alacaklının onamı elde edilememişse) borcu üstlenme vaadinde bulunandan teminat isteyebilir (BK. md. 173/3). istenildiği halde teminat verilmemesi, sözleşmeye aykırı davranış niteliğindedir.

111- BORCUN DIŞ YÜKLENİLMESİ

a) Borcun nakli (eski borçlunun yerine yenisinin geçmesi, eski borçlunun borçtan kurtulması), borcu üstlenmek isteyenle alacaklı arasında yapılacak *"borcun nakli sözleşmesi"* ile olur (BK. md. 174/1). "Borcun nakli" sözleşmesi (borcun dış yüklenilmesi), genellikle, borçlu ile borcu üstlenmek isteyen kimse arasında daha önce yapılan *"borcu üstlenme taahhüdü"* (borcun iç yüklenilmesi) sözleşmenin bir sonucudur. Bununla beraber, borcu üzerine almak isteyenle alacaklı arasında yapılan "borcun nakli" sözleşmesinin geçerliliği, daha önce yapılmış bir "borcu üstlenme taahhüdü" sözleşmesinin varlığına veya borçlunun "borcun naklini" onamasına bağlı değildir (Becker, md. 176, No. 3; Tekinay, sh. 360-361).

"Borcun dış yüklenilmesi" olarak nitelendirilen "borcun nakli" sözleşmesine ilişkin icap, borcu üstlenmek isteyen kimse veya onun verdiği yetkiye dayanarak eski borçlu tarafından yapılabilir. BK. md. 174/2'ye göre, *"borçtan kurtarma taahhüdünü içeren sözleşmenin aralarında yapıldığının, borcu üstlenmek isteyen kimse veya onun izniyle borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi icap sayılır".*

Alacaklının kabul beyanı açık veya zımnı (örtülü) olabilir. Alacaklı, hiç bir ön koşul ileri sürmeksizin, borcu üstlenmek isteyenin borçlu sıfatıyla yaptığı ödemeyi (örneğin faiz ödemesini veya kısmı ödemeyi) kabul eder veya borcu üstlenmek isteyenin borçlu sıfatı ile yaptığı herhangi ber işleme (örneğin takas beyanına) muvafakat ederse, borcun naklini kabul etmiş sayılır (BK. md. 174/3), borçlu değişir. Alacaklının, borcu üstlenmek isteyen kimseden borcun ifasını istemesi, ifa için süre vermesi gibi işlemleri de, borcun nakline ilişkin icabın zımnı kabulü niteliğindedir.

b. Borcun nakline ilişkin icabın kabülü konusunda, BK. md. 175, genel kurallardan ayrılan (BK. md. 4-5) özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Maddeye göre, borcun nakline ilişkin olarak yapılan icapta kabul için bir süre belir-

tilmemi□se, *"icaP_, alacaklı tarafından her zaman kabul edilebilir".* Borcu üst-□nme□ı□t;jen kım□e veya eski borçlu, icap ile birlikte veya daha sonra (□_ec-□r, □ • . •No. 2, von Tuhr, § 99-11/3) kabul için bir süre koyabilir. Bu surenın bıtımına kadar alacaklı susarsa icap reddedilmiş sayılır (BK. md. 175/1).

Borcu ü□tlenmek _isteyen kimse tarafından yapılan icap alacaklı tarafından kabuledılmed_□n once, o borç için yeni bir borç üstlenme sözleşmesi yapılır □e borcu son ustlenen kimse alacaklıya bir icapta bulunursa, ilk icabı yapan, ıcabından kurtulur (BK. md. 175/2).

c. Bo□cun _nakli sözleşmesinin geçerliliği, borcun üstlenilmesi borçluya yapılmış□ır b_ağışlama niteliğinde olsa dahi, bir şekle bağlı değildir. Zira, borcun naklı halında, bir bağışlama vaadi değil, doğrudan doğruya borçlunun borcundan kurtulması sonucunu doğuran bir bağışlama söz konudur (Oser-Schönenberger, md. 176, No. 4; von Tuhr, § 99-11/4; Engel, sh. 601).

iV- BORCUN NAKLİNİN HUKUKİ SONUÇLAR!

1- Borçlunun borçtan kurtulması

Alacaklı ile borcu üstlenmek isteyen şahıs arasında yapılan "borcun nakli" sözleşmesi ile önceki borçlu borcundan kurtulur. Alacaklı borcun ifasını artık eski borçludan isteyemez.

2- Borcun yan haklarla birlikte geçmesi

a) Kural: *Borcun nakli sözleşmesininyapılmasıyla, borçlu değişir ve borç, kural olarak, yan (fer'i) haklarla birlikte borcu üstlenen şahsa geçer* (BK. md. 176/1). Diğer bir deyişle, *borcun nakli sözleşmesi yapıldığı zaman borç* (yan haklarıyla -yükümlülükleriyle- itiraz ve def'ileri ile) *ne durumda ise, yeni borçlu kural olarak, o durumu ile borcu üstlenmiş olur.* Asıl borçla birlikte, işlemiş (fakat henüz ödenmemiş) ve işleyecek faizler, muaccel cezai şartlar borcu üstlenen şahsa geçer (Becker, md. 178, No. 2; Engel, sh. 603; Feyzioğlu, C. 11, sh. 680-681; Tekinay, sh. 365-366) [1]. Borcu garanti eden teminatlar, rehin hakları (yasadan veya sözleşmeden doğan istisnalar saklı kalmak üzere) borcu temin etmeye devam eder. Borcu üstlenen şahıs, borcun rıaklı sözleşmesini yaparken, yan hakların, yükümlülüklerin varlığından haberdar olmasa dahi, alacaklıya karşı asıl borçla birlikte yan haklardan da sorumludur (Becker, md. 178, No. 2), asıl borcu yan haklarıyla birlikte zamanında ifa ile yükümlüdür.

---

1) Oser-Schönenberger'e göre, muaccel faizler ve cezai şartlar as'.l borçtan ayrıbir varlığa sahiptir, asıl borçla birlikte yeni borçluya geçmez. Bunlardan eskı borçlusorumludur (Bk. md. 178, No. 3).

b) İstisnalar: aa) Borçlunun şahsına bağlı olan yan (fer'i) haklar, borcun nakli halinde sona erer, borcu üstlenene geçmez (BK. md. 176/1). Örneğin, BK. md.132/4'e göre, "iş sözleşmesi süresince, hizmetçilerin, onları çalıştıranlardan olan alacakları için" zamanaşımı işlemez. Borç nakledilirse, alacaklı artık bu hükümden yararlanamaz.

bb) *Borcun nakli halinde, borcu garanti etmek için rehin tesis etmiş olan üçüncü şahsın ve kefilin sorumluluğunun devamı borcun nakline muvafakat etmelerine bağlıdır. Aksi takdirde sorumlulukları sona erer* (BK. md. 176/2). Borcun nakli anına kadar verilmiş olmak şartıyla, borcun nakline muvafakat hiçbir şekle bağlı değildir. Zımni (örtülü) bir muvafakat da yeterlidir [2]. Güvence veren üçüncü şahıslar yönünden borçlunun taşıdığı önem, borcun nakli (borçlunun değişmesi) halinde böyle bir istisnanın kabulünü zorunlu kılmıştır.

3- itiraz ve def'ilerin ileri sürülebilmesi

a) *Borcun nakli halinde, borca ilişkin itiraz ve def'i/eri ileri sürme hakkı eski borçludan yenisine, (borcu üstlenene) geçer* (BK. md. 177/1). Böylece, yeni borçlu, örneğin, ehliyetsizlik, şekil noksanı, muvazaa nedeniyle üstlenilen borcun doğmadığını veya ödeme, takas vs. sebebiyle borcun (borcun nakli sırasında) artık mevcut olmadığını alacaklıya karşı ileri sürerek borcu ifadan kaçınabilir. İtiraz niteliğindeki bu durumları hakim de kendiliğinden dikkate almakla yükümlüdür. Yeni borçlu, ödemezlik def'i (BK. md. 81), zamanaşımı gibi derilere dayanarak da ifadan geçici veya devamlı bir şekilde kaçınma hakkına sahiptir.

b) Alacaklı ile yapılan sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, yeni borçlu, eski borçlunun alacaklıya karşı ileri sürülebileceği kişisel def'ilerden yararlanamaz (BK. md. 177/2). Örneğin, yeni borçlu, borcu, eski borçlunun alacaklıdaki alacağı ile takas edemez.

c) Yeni borçlu, borcu üstlenmesine (borcun nakli sözleşmesinin yapılmasına) esas olan olaylar (eski borçlu ile aralarındaki hukuki ilişki) dolayısıyla eski borçluya karşı ileri sürebileceği def'ileri alacaklıya karşı kullanamaz (BK. md. 177/3). Yeni borçlunun eski borçlu ile olan hukuki ilişkisi alacaklıya yabancıdır, alacaklıyı ilgilendirmez. Böylece örneğin, yeni borçlu ile eski borçlu arasındaki "borçtan kurtarma taahhüdü[11] sözleşmesi bir bedel karşılığında yapılmışsa, bu sözleşme nedeniyle alacaklı ile "borcun nakli sözleşmesi" yaparak borcu üstlenmiş bulunan yeni borçlu, eski borçlunun borcunu yerine getirmediğini ileri sürerek alacaklıya ifadan kaçınamaz.

---

2) Bk. JT. 1937, 1. 328.

. . d) Yeni.?o?çl?, al??aklı ile yaptığı "borcun nakli" sözleşmesinden doğan ?ıraz ve def ıleri (ornegın ehliyetsizlik nedeniyle sözleşmenin geçerli olmadıgını) alacaklıya karşı ileri sürülebilir.

V- BORCUN NAKLİ SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ

Alacaklı ile borcu üstlenmek isteyen kimse arasında yapılan "borcun nakli" sözl?şmesi herhangi bir nedenle (örneğin irade fesadı -hata, hile, ikrah-seb?b_ıyle) feshedilirse, bu feshin hukuki sonuçları BK. md. 178'de düzenh??mıştır (Becker, md. 180, No. 1). Maddeye göre, *"'borcun nakli sözleşmesı ıptal edilirse, iyiniyet sahibi üçüncü kişilerin -genel kurallara göre korunan- hakları saklı kalmak üzere, eski borç bütün eklentileri ile birlikte yeniden doğar".* "Bundan başka, borcu üstlenen kimse, sözleşmenin iptalinde ve alacaklının zarara uğramasında kendisinin bir kusuru olmadığını kanıtlayamazsa, alacaklı, evvelce tesis edilmiş güvenceyi kaybetmesi dolayısıyla veya başka herhangi bir nedenle uğradığı zararın ödenmesini borcu üstlenenden isteyebilir".

VI- BİR MALVARLIĞININ VEYA BİR İŞLETMENİN AKTİF VE PASİFİ İLE DEVREDİLMESİ

Borçlar Kanunumuz bir malvarlığının veya işletmenin 3 aktif ve pasifi ile (varı ve borcu ile) devredilmesi halinde, "borçların nakli" yönünden, Bk. md. 179'da özel kurallara yer vermiştir. (Ayrıntılı bilgi için Bk. Kevork Acemoğlu, Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri. İst. 1971).

Bir mal varlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile dervedilmesini öngören bir sözleşmenin yerine getirilmesinde, aktifi oluşturan mal ve hakların devri ile, pasifi oluşturan borçların naklini hukuki açıdan ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Devir sözleşmesinin yapılması ile malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi kendiliğinden devralana geçmez. Aktifi oluşturan mal ve hakların devralana geçmesi, bu mal ve hakların devrine ilişkin genel kurallara göre olur [4]. Diğer bir deyişle, menkul mallar için zilyeliğin nakline, gayrimenkuller için resmi sözleşme ve tescile, alacaklar için alacağın yazılı temlikine ihtiyaç vardır.

"Malvarlığının veya işletmenin pasifini oluşturan borçların naklinde ise, yasa koyucu, "borcun nakli'ne ilişkin genel kurallardan ayrılmıştır. BK. md. 179'a göre:

---

3) "İşletme" deyiminden amaç ticari işletmelerdir. Tıc. Kan. m?. 1_1:e göre, "Tıcar;thane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, tıcarı ışletme sayılır •

4) Bk. JT. 1984, 1. 89.

"Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara bildirdiği veya gazetelerde duyurduğu tarihden itibaren, onlara karşı malvarlığının veya işletmenin borçlarından sorumludur; ancak, iki yıl süre ile, eski borçlu da yenisi ile birlikte müteselsilen sorumlu kalır, bu süre muaccel borçlar için bildirim veya duyuru tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden işlemeye başlar.

"Borçların bu şeklide naklinin sonuçları, tek bir borcun nakli sözleşmesinden doğan sonuçların aynıdır".

BK. md. 179'un metninden açıkça anlaşıldığı üzere, bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi halinde, borçların devralana geçmesi için, (genel kuraldan farklı olarak) borcu üstlenen ile alacaklı arasında ayrıca "borcun nakli" sözleşmesi yapmaya ihtiyaç yoktur. Borçlar, alacaklıların onamı aranmaksızın, "bildirimin alacaklıya ulaşması veya gazate ile duyurma" ile nakledilmiş olur. Borçlunun şahsının, a1acaklının_o,0amı olmaksızın değişmesinden doğacak riski karşılamak üzere, yasa koyucu, genel kuraldanayrılarak) eski borçluyu da iki yıl süreile, yenisi ile birlikte _müteselsilen borçtaiisorumfü tutmuştur. Bu iki yıllık süre bir "Hak düşürücü" süredir. Bu süre içinde alacaklı eski borçluya karşı dava açmaz ve icra takibinde bulunmazsa eski borçlu borçtan kurtulur (von Tuhr, § 99-Vll-6; Engel, sh. 608).

Malvarlığının aktif ve pasifi ile devralındığının alacaklılara bildirilmesi herhangi bir şekle bağlı değildir [5]. Alacaklı devralanla olan iş ilişkileri sırasında devirden haberdar olmuşsa, "devralma" kendisine bildirilmiş sayılır [6]. Gazetelerle duyurma halinde, bütün alacaklıların devirden haberdar olduğu kabul edilir [7].

Aktifi oluşturan bir kısım unsurların (malların, hakların) veya borçlardan bir kısmının devrin dışında tutulmuş olması, bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devralınmasını engellemez [8]. Federal Mahkameye göre, malvarlığı veya işletme bütün pasifi ile (borçlarıyla) devralınmış sayılır [9]. Devralan, varlığından haberdar olmadığı borçlardan da sorumludur [10]. Malvarlığını veya işletmeyi devralan, devredenle yapılan sözleşmede bir kısım borçları üstlenmemişse, alacaklılara yaptığı bildirimde ve gazetelerle yaptığı du-

5) Bk. JT. 1950, 1. 309.
6) Bk. JT. 1950, 1. 309.
7) Bk. JT. 1950, 1. 309.
8) Bk. JT. 1954, 1. 197.
9) Bk. JT. 1954, 1. 197.
10) Bk. JT. 1934, 1. 431.

yuruda bunu açıkça belirtmelidir. Aksi takdirde,"devre" ilişkin sözleşmede yer atan sınırlamaları alacaklılara karşı ileri süremez 11. Nitelikleri gereği ancak devreden tarafından ifa edilebilecek borçlar devrin kapsamına girmez.

. Bir ◆alvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi halinde, aktıf pasıfı karşılamasa dahi, devralan alacaklılara karşı bütün borçlardan sorumludur.

VII- İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİ VE ŞEKİL DEĞİŞTİRMESİ

1 • *"Bir işletme diğer bir işletme ile aktif ve pasiflerinin karşılıklı olarak devralınması suretile birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olur, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler"* (BK. md. 180/1). Yeni işletme, alacaklılara karşı, aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devredildiği duyurulmamış olsa dahi, birleşme anından itibaren sorumludur (von Tuhr, § 99-VIII; Engel, sh. 609). Ayrıca, birleşen işletmelerin sahipleri, birleşme dışında kalan malları ile birleşmeden önceki borçlar için alacaklılara karşı, BK. md. 179/2 hükümlerine göre, yeni işletmeyle birlikte, iki yıl süre ile müteselsilen sorumlu kalırlar.

Ticaret şirketlerinin birleşmesine veya nev'i değiştirmesine ilişkin olarak Ticaret Kanunumuzun 146-152. maddelerinde özel hükümlere yer verilmiştir. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde veya nev'i değiştirmesinde bu hükümler öncelikle uygulanacaktır.

2. Borçlar Kanunumuzun 180. maddesinin 2. fıkrasına göre, önceden gerçek veya tüzel tek bir kişinin olup da, sonradan kollektif veya komandit ortaklık durumuna konulan bir işletmenin borçları için de "iki işletmenin birleştirilmesine" ilişkin hükümler uygulanır.

VIII- SAKLI KURALLAR

Borçlar Kanunumuzun 181. maddesine göre, *"miras taksimindeki veya rehin ile kayıtlı gayrimenkullerin satımındaki borcun nakline ilişkin özel hükümler saklıdır".*

1. Medeni Kanunumuzun 676. maddesine göre, mirasçılar yazılı bir taksim sözleşmesi ile, borçların hangi mirasçılar tarafından üstlenileceğini (borcun nakli) belirleyebilirler. Mirasçıları bağlayan bu taksim sözleşmesi, alaca◆lıyı bağlamaz. Alacaklı, borcun nakline açıkça veya zımnen (örtülü bir şekılde) razı olmadıkça, mirasçılar taksimden sonra da, alacaklıya karşı, tereke-

11) Bk. JT. 1954, 1. 197; JT. 1935, 1. 413; JT. 1934, 1. 431.

nin borçlarından müteselsilen ve bütün malları ile sorumludurlar. Ancak bu müteselsil sorumluluk (MK. md. 681 uyarınca) 5 yıl devam eder. 5 yıl sonra teselsül kalmaz. Bu süre, taksimin bitiminden ve taksimden sonra ödenmesi gereken alacaklar için ise, muaccel oldukları tarihten başlar.

2. İpotekle kayıtlanmış bir gayrimenkulün başkasına devredilmesi, borçlunun borcunda ve teminatında bir değişikliğe sebep olmaz. Ancak, yeni malik, eski malikin borcunu da üstlendiği takdirde, *"gayrimenkulü iktisap eden kimsenin borcu kabul ettiği tapu memuru tarafından alacaklıya bildirilir"* (MK. md. 890). Alacaklı bu bildirimden itibaren bir yıl içinde, hakkını eski borçluya karşı saklı tuttuğunu yazılı olarak (eski borçluya) beyan etmezse, borç nakledilmiş olur, eski borçlu borcundan kurtulur (MK. md. 888; 890).

KAVRAM ENDEKSİ

-- **A** -

Adam ölmesi halinde zararın kapsamı, **210**
Adi hesap yanlışlığı, 115
Ağır ihmal, 168
Ağır kusur, 168
Ahlaka aykırı bir fiille kasden zarar verme, **164**
Ahlaka aykırı davranış, 131
Ahlaki görevlerden doğan borçlar, 37
Aktif teselsül, 429
Alacaklılar arasında teselsül, 429
Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, **394**
Alacaklının temerrüdü (direnimi}, 322 vd.
Alacaklının temerrüdünün sonuçları, 325
Alacağın temliki, 445 vd.
Alacağın temliki vaadi, 447
Alacağın üçüncü şahsa geçmesi, 282
Alacağın varlığından sorumluluk, 454
Aldatma, 119 vd.
Alt[?]rnatif illiyet, 174
Altın değeri kaydı, 298
Altın ile borçlanma, 297
Aracın işleteni, 183-184
Araç sahibi, 184
Arsa payı karşılığı inşaat, 79 vd.
Asıl fail, 201
Aşırı yararlanma, 135 vd.
Avrupa Birliği, 290
Avrupa Para Sistemi, 290
Ayırt etme gücü, 51
Ayırt etme gücünden yoksun olanların sorumluluğu, 168, 344
Aynen ifa ve gecikme tazminatı, 372
Aynen ödemek şartı, 293-295
Aynen tazmin, 205
Aynı zamanda ifa, 317, 318, 320, 323

- **B** -

Bakımda noksanlık, 194
Banka teminat mektubu, 382, 450-451
Banka teminat mektubu (vadeli}, 385
Banka teminat mektubu (vadesiz), 385
Banka teminat mektuplarında zamanaşımı. 384
Basın özgürlüğü, 232
Basın yoluyla kişilik haklarına saldırı, 234
Başkalarını çalıştıranların sorumluluğu, 176 vd.
Başkası yararına sözleşme, 386 vd.
Başkasının edimini borçlanma (fiilini taahhüt}, 380, 450-451
Batıl hukuki işlemler, 140 vd.
Batıl hukuki işlemlerin dönüştürülmesi (tahvili}, 141
Bedelini tevdi (yatırma}, 327
Bedensel zarar, 214
Beklenmeyen haller - ifa güçlüğü, 397 vd.
Beyan prensibi, 99
Beyanda hata, 114
Beyaza imza, 87, 88, 453
Bileşik faiz yasağı, 306
Bilimsel eleştiriler, 161
Bina, 193
Bina maliklerinin sorumluluğu, 191 vd.
Birden çok kimsenin sorumluluğu, 200 vd.
Birlikte illiyet, 173
Birlikte imzalı ortak hesap, 430-431
Birlikte kusur, 209
Borç, 31, 35
Borç ikrarı, 96
Borç ilişkisi, 31
Borç ilişkilerinde özel durumlar, 423 vd.
Borç ilişkisinin nisbi niteliği, 32
Borç ilişkisinin tarafları, 31
Borç olmayan şeyin ödenmesi, 265
Borç ve sorumluluk, 35
Borca aykırı davranış, 330 vd.
Borcun iç yüklenilmesi, 457
Borcun dış yüklenilmesi, 458
Borcun ifa edilmemesi, 330 vd.
Borcun gereği gibi ifa edilmemesi, 337

Borcun ifa edilmemesi ve borçlunun sorumluluğu, 334 vd.
Borcun kaynakları, 45 vd.
Borcun nakli, 456 vd.
Borcun nakli müteahhidi, 457
Borcun nakli sözleşmesi, 458
Borcun sebebi, 96
Borçların ifası, 278 vd.
Borçların ifa edilmemesinin sonuçları, 330 vd.
Borçların sona ermesi, 389 vd.
Borçların sonuçları, 277 vd.
Borçların üçüncü kişilere etkisi, 380 vd.
Borçlandırıcı işlem, 49
Borçlular arasında teselsül, 425 vd.
Borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumluluk, 455
Borçlunun sorumluluğu, 338 vd.
Borçlunun temerrüdü, 354 vd.
Borçlunun temerrüdünün hukuki sonuçları, 359 vd.
Borçtan kurtarma taahhüdü, 458
Bozucu şart, 414, 433, 436 vd.
Bölünebilir ortak hesap, 430
Butlan sebepleri, 140

. C.

Cas fortuit, 345, 396
Causa credendi, 97, 446
Causa donandi, 97, 446
Causa solvendi, 97, 446
Cayma akçesi, 438
Cevap ve düzeltme hakkı, 243
Cezai şart, 439 vd.
Cezai şart (cayma cezası), 442
Cezai şart (ifaya eklenen), 441
Cezai şart (seçimlik), 440
Cezanın indirilmesi, 443
Cins borcu, 288
Clausula rebus sic stantibus, 398
Culpa in contrahendo, 331, 332, 335, 341
Culpa lata, 168
Culpa levis, 168

- Ç -

Çalışamamaktan doğan zarar, 212, 215
Çalışma gücünün kaybından doğan zara 215
Çifte temsil, 151
Çok taraflı hukuki işlemler, 48

- D -

Daimi def'i hakkı, 258, 276
Danışıklı işlem, 101 vd.
Dation en paiment, 284, 404, 455
Dation en vue du paiment, 285, 455
Dayanışmalı borçlar, 424 vd.
Def'i, 38, 279, 318, 319, 320, 340, 385 408, 409, 410, 416, 417, 418, 420: 422, 427, 428, 452, 453, 459, 460, 461
Değişim teorisi, 340
Destekten yoksun kalma, 212 vd.
Dijital imza, 89 vd.
Doğrudan doğruya temsil, 144
Dolayısiyle sorumluluk, 176, 253
Dolaylı temsil, 144
Dolus directus, 167
Dolus eventualis, 167
Düşürücü {iskati) zamanaşımı, 407

- E -

Ecel, 314
Edim, 31
Ek süre verilmesi, 369
Ekonomik gelişmenin zorlaşması, 216
Eksik borçlar, 36
Eksik teselsül, 202, 203
Elektronik imza, 86, 89
Emredici kurallar, 128
Emprevizyon, 397 vd.
Erginlik, 52
Erteleyici şart, 434
Esaslı hata, 114 vd.
Esaslı noktalar (sözleşmede), 59
Eser, 193
Euro -ortak para-, 292-296

Ev başkanlarının sorumluluğu, 188
Evlenme tellallığı, 37

- F -

Faiz, 300 vd.
Faizin miktarının belirlenmesi, 301
Faiz miktarının sınırlanması, 305
Faizin hukuki niteliği, 300
Fakirleşme, 261
Faktoring, 305, 445
Fark teorisi, 340
Feshedilebilen hukuki işlemler, 142
Fer'an methaldar, 201
Fiil ehliyeti, 50, 279
Fiili zarar, 165
Fiyat endekslerine göre ayarlama kaydı, 300
Force majeure, 345, 396
Foto - montaj, 235, 236

- G -

Gabin, 135 vd.
Garanti sözleşmesi, 381-383
Gayrimenkul malikinin sorumluluğu, 197
Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi, 94
Gecikme tazminatı, 359, 360, 365
Geçerlilik şartı olarak şekil, 77
Geçici imkansızlık, 337
Geçmiş günler faizi, 361 vd.
Geçmiş günler faizini aşan zararın tazmini, 364 vd.
Gelir bağlanması, 206

Genel işlem koşulları, 66 vd.
Genel işlem koşulları kavramı, 68
Genel işlem koşullarının hükümleri, 71
Genel işlem koşullarında yazılmamış sayılma, 71
Genel işlem koşullarının bağlayıcılık denetimi, 73
Genel işlem koşullarının içerik denetimi, 74
Gizli işlem, 104 vd.
Gömme giderleri, 211
Görev kusuru, 232
Güven prensibi, 98

- H -

Hafif ihmal, 168, 343
Hafif kusur, 168, 343
Hak düşürücü süre, 125, 138, 407
Hak ehliyeti, 50
Hakkaniyet sorumluluğu, 176
Hakkın kötüye kullanılması, 54, 70, 73-74, 78, 79, 84, 107, 117, 124, 149, 159, 160, 220, 297, 306, 347, 384, 399, 402, 410, 448
Hakkını korumak için kuwet kullanma, 163
Haksız fiil, 157 vd.
Haksız fiil ehliyeti, 50, 168
Haksız fiillerden doğan borçlar, 157 vd.
Haksız yarışım, 216
Hata, 114 vd.
Hayvan idare edenlerin sorumluluğu, 189 vd.
Hesaplama yanlışlığı, 115
Hile, 119vd.
Hizmet kusuru, 179
Hukuka aykırı fiil, 159
Hukuka aykırılık bağı, 159, 171
Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, 160, 161, 162,163,238 vd.
Hukuki fiil, 47
Hukuki imkAnsızlık, 133, 334
Hukuki işlem, 46 vd.
Hukuki işlemin çeşitleri, 47
Hukuki işlem ehliyeti, 50
Hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü, 139 vd.
Hukuki sebebin geçerli olmaması, 264
Hukuki sebebin gerçekleşmemiş olması, 268
Hukuki sebebin ortadan kalkması, 269
Hukuki olay, 46
Hürriyetin sınırlanması, 131

- 1-

Iztırar hali, 162

- i -

İbra, 390
icap, 61
İcaba davet, 61
İcabın bağlama süresi, 62
icabın geri alınması, 63
İfa kavramı, 278
İfa (alacaklıya), 283
İfa (borçlu tarafından), 281
İfa (üçüncü sahıs tarafından), 281
ifa (üçüncü şahsa), 284
İfa (bölünemiyen edimlerde), 287
İfa (cins borçlarında), 288
ifa (kısmen), 285
İfa (para borçlarında), 289 vd.
İfa (seçimlik borçlarda), 289
İfa (karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde), 317 vd.
İfa ve fiil ehliyeti, 279
İfa amacıyla edim, 285, 456
İfa amacıyla temlik, 455, 456
İfa davası, 332
İfa güçlüğü, 397 vd.
İfa yeri, 311 vd.
İfa yeri, (para borçlarında), 312
İfa yeri (parça borçlarında), 313
İfa yerine edim, 284, 404, 455, 456
ifa yerine temlik, 455
İfa zamanı, 314 vd.
İfadan vazgeçerek müsbet zararın istenmesi, 373
ifadan vazgeçerek sözleşmenin feshedilmesi, 374
İfanın hukuki niteliği, 278
ifanın konusu, 284 vd.
İfanın ispatı (para borçlarında), 308
ifanın tarafları, 281
İfaya eklenen cezai şart, 441
ihmal, 167
İhtimali kast, 167
iki taraflı sözleşmeler, 48, 396
İkinci derecedeki noktalar, 59
İkrah, 121 vd.
İlan yoluyla ödül sözü verme, 75
İlli işlem, 267, 447
İlliyet bağı, 123, 170, 195, 228, 264, 346
illiyetin kesilmesi, 173
İlliyetin toplanması, 173
İltihaki sözleşmeler, 48
İmal olunan şey, 193, 194
İmkansızlık, 133, 334 vd., 395 vd.
İmza, 86 vd.
İmza(beyaza), 87,453
İmza (körlerin), 87
İmza (okuma yazma bilmeyenlerin), 88
inançlı işlemler, 11O vd.
İnfisahi şart, 414, 433, 437
İpso iure, 141
İrade fesadı, 113 vd.
İrade fesadının sonuçları, 124 vd.
İrade ile beyan arasında uygunsuzluk, 99 vd.
İrade prensibi, 99
İradeyi sakatlayan sebepler, 113 vd.
İslah, 409, 418
İspat şartı olarak şekil, 93
İstihdam eden, 176 vd.
İstihdam edenlerin sorumluluğu, 176 vd.
istihkak davası, 268, 271
İşlem temelinin çökmesi, 399
İşletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi 461
İşletmelerin birleşmesi, 463
işletilme halinde olmayan motorlu araç, 185
İtimat prensibi, 98
İtiraz, 38, 407, 428, 452, 453, 459, 460
ivedili borç, 314
İyiniyet kurallarına aykırı davranış, 117

-K-

Kabul, 64
Kanuna karşı hile, 129
Kamu düzeni, 129

Kamu yararı, 224, 226, 238, 239, 240, 245
Kararlar, 49
Kararlaştırılmış şekil, 92
Karayolları Trafik Kanunu 183 vd.
Kardan mahrumiyet, 155°
Karikatür, 235
Kast, 167
Kat karşılığı inşaat, 79, 80
Katılım sözleşmeleri, 66
Kaza, 360
Kaza halinde sorumluluk, 360
Kazandırıcı (iktisabi) zamanaşımı, 407
Kefalet, 381, 382
Kesin hükümsüzlük, 140
Kısmi butlan, 134
Kısmi imkansızlık, 337
Kısmi temerrüt, 378
Kişilik hakkı, 130, 222 vd., 233 vd., 234 vd.
Kişilik haklarına saldırı, 217 vd., 222 vd., 234 vd., 247 vd.
Kişilik haklarına saldırı halinde (saldırıya son verilmesi, saldırının önlenmesi, saldırının hukuka aykırılığının tesbiti davaları), 219-220
Kişisel (şahsi) kusur, 180, 232
Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, 57, 252
Korkutma, 121
Kötüniyet, 273-274
Kredi kartından sorumluluk, 201
Kumar ve bahis, 36
Kurtuluş beyyinesi (kanıtı), 182, 190
Kusur, 166, 343, 358
Kusur ehliyeti, 168
Kusur karinesi, 344
Kusurlu imkansızlık, 334 vd.
Kusurun ispatı, 169
Kusursuz imkansızlık, 395 vd.
Kusursuz sorumluluk, 174 vd., 176, 177, 189, 192, 193, 199, 253

- L -

Latife beyanı, 100
Lüks giderler, 273-274

- M -

Maddi edim, 32
Maddi imkansızlık, 133, 334
Maddi ve manevi tazminat davası, 251
Maddi tazminatın kapsamı, 206 vd., 346
Maddi tazminatın şekli, 205
Maddi zarar, 165
Maddi zararın ispatı, 205
Maddi zararın tazmini, 205 vd.
Mahdut ehliyetliler, 53
Mahdut ehliyetsizler, 56
Makbuz isteme hakkı, 309
Makbuzdan doğan karineler, 310 vd.
Malı tevdı hakkı, 325
Malı satarak bedelini tevdi hakkı, 327
Malvarlığının aktif ve pasifi ile devredilmesi, 461
Manevi tazminat (genel olarak), 217, 342
Manevi tazminat (yasama sorumsuzluğunda), 228
Manevi tazminat (yargı kararlarının uygulanmamasında), 230
Manevi tazminat (basın ve yayında), 232 vd.
Manevi tazminat (ölüm ve bedensel zarar halinde), 247
Manevi tazminat davası, 251 vd.
Manevi tazminat isteminin devredilmesi, 252
Manevi tazminat isteminin mirasçılara geçişi, 253
Manevi tazminatın miktarı ve şekli, 245
Manevi zarar, 227
Medeni haklardan yararlanma ehliyeti, 50
Medeni hakları kullanma ehliyeti, 50 vd.
Menfi zarar, 121,134,165,331,342,376
Memleket parasıyla ödeme, 291
Meşru savunma, 161
Miktarda hata, 115
Muaccel borç, 314, 355
Muhtemelen iki taraflı sözleşmeler, 48
Munzam zarar, 364 vd.
Mutlak butlan, 139 vd.

Mutlak haklar, 32
Mutlak muvazaa, 101
Muvazaa, 101 vd.
Muvazaa ve inançlı işlemler, 110
Muvazaanın ispatı, 107
Muvazaalı borç tanıması, 453
Muvazaalı işlemin geçersizliği, 102
Mücbir sebep, 336, 345, 346, 360, 396
Müeccel (süreye bağlı) borç, 315
Mümessilin kendisiyle sözleşme yapması, 151
Münhasıran şahsa bağlı haklar, 57
Müsbet zarar, 118, 340, 341, 364, 373
Müteselsil borçlar, 424 vd.

. N.

Nisbi butlan, 139
Nisbi haklar, 32
Nisbi muvazaa, 101

- O -

Objektif imkansızlık, 133, 331, 334, 336, 396
Objektif sorumluluk, 174
Olağanüstü hal, 345, 346, 351, 360, 383, 396
Organ ve doku nakli, 130, 225-226
Ortak illiyet, 173
Ortak hesap, 429 vd.
Ortak hesap (birlikte imzalı), 430 vd.
Orta.k hesap (bölünebilir), 430
Ortak hesap (tek imzalı), 429, 430 vd.

-Ö-

Ödeme güçsüzlüğü halinde def'i ve fesih hakkı, 320
Ödeme güçsüzlüğünden sorumluluk, 455
Ödemenin ispatı, 308
Ödemezlik defi, 31_8 v_d.
Ödeşme, 402 vd.
Ödünç para verme, 300
Ölüme bağlı hukuk1işlemler, 50
Ön sözleşme, 94
Öneri, 61
Önlenemez neden, 345, 383
Önüne geçilen illiyet, 173
Örtülü, 64, 420
Özel yaşamın gizliliği, 237
Özen borcuna aykırı davranış, 177
Özgürlüğün hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde sınırlanması, 131

- Q-

Quasi contractuelle, 155

. p .

Pacta sunt servanda, 398, 399
Para borcu, 289
Para borçlarında faiz, 300
Para borçlarında ifa, 289 vd.
Para borçlarında mahsup, 306
Para borçlarında ödemenin ispatı, 308
Para borçlarında temerrüt, 361
Para ile tazmin, 205
Pey akçesi, 438

• R-

Resmi şahadetname, 89
Resmi şekil, 91
Rızadaki fesat, 113 vd.
Rüşd, 52

- S -

Sakat hukuki işlemler, 139 vd.
Salt kişisel kusur, 231
Sağlar arası hukuki işlemler, 50
Saik hatası, 113, 116, 119
Sebep sorumluluğu, 174, 197
Sebebe bağlı sözleşmeler, 97
Sebebi gösterilmeksizin borç ikrarı (tanınması), 96
Sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar, 260 vd.
Sebepsiz zenginleşme davasının açılamayacağı haller, 269

Sebepsiz zenginleşme davasındazamanaşımı, 274 vd.
Sebepten soyut sözleşmeler 97, 446
Seçimlik borç, 289
Seçimlik cezai şart, 440
Senedin geri verilmesi, 309
Sıkı sıkıya kişiye bağlı haklar, 58
Sıhhat şartı olarak şekil, 77
Sınırlı ehliyetliler, 53
Sınırlı ehliyetsizler, 56
Sınırlı sorumluluk, 36
Sınırsız sorumluluk, 35
Sır alanı, 236
Sorumluluk (borçtan), 35 vd.
Sorumluluk sebeplerinin birlikte varlığı, 158,378
Sorumluluk sebeplerinin karşılaştırılması, 379
Sosyal ve ekonomik ahlak, 133
Sorumsuzluk anlaşması, 352
Soyut hukuki işlem, 446-447
Sözleşme benzeri, 155
Sözleşmeden doğan borçlar, 46 vd.
Sözleşmeye aykırı davranış, 157, 177
Sözleşmenin feshedilmesi, 125, 374
Sözleşmenin hüküm ifade ettiği an, 65
Sözleşmenin konusu, 127 vd.
Sözleşmenin konusunda hata, 115
Sözleşmenin niteliğinde hata, 114
Sözleşmenin metni, 85
Sözleşmenin meydana gelmesi, 59
Sözleşme öncesi kusurlu davranış, 331
Sözleşmeden önceki imkansızlık, 133, 334
Sözleşmeden sonraki imkansızlık, 335
Sözleşme serbestisi, 127
Sözleşme serbestisinin sınırları, 128 vd.
Sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zarar, 341 vd.
Sözleşmenin şekli, 77 vd.
Sözleşmenin tamamlandığı an, 65
Sözleşme yapma vaadi, 94
Sözleşmenin yorumlanması, 98
Sözleşmenin zorunlu unsurlarında hata, 115
Sübjektıf imkansızlık, 336, 396
Sübjektif sorumluluk, 174
Süreli icap, 62
Süresiz icap, 63
Süreye bağlı borç, 315

. Ş.

Şahıs ile sorumluluk, 35
Şahısta hata, 115
Şahsi edım, 32
Şahsi sorumluluk, 36
Şahsi kusur, 179, 231
Şahsiyet hakları, 130, 222 vd., 227 vd., 234 vd.
Şahsiyet haklarına saldırı, 217 vd., 222 vd., 234 vd., 247 vd.
Şahsiyetin kendine karşı korunması, 130 vd.
Şart kavramı, 433
Şarta bağlı borçlar, 433 vd.
Şarta bağlanamayan işlemler, 434
Şekil (sözleşmede), 77 vd.
Şekil (geçerlilik şartı), 77
Şekil (ispat şartı), 93
Şekil noksanlığı, 78
Şekil serbestisi, 77 vd.

-T-

Tam ehliyetliler, 51
Tam ehliyetsizler, 54
Tam teselsül, 201, 202
Takas, 402 vd.
Taliki (erteleyici) şart, 434 vd.
Tasarrufi işlemler, 49
Taşınmaz malikinin sorumluluğu, 197 vd.
Tapu siciline şerhedilmiş şahsi haklar, 34
Tapu sicilinin tutulmasından sorumluluk, 199
Tecdit (yenıleme), 392 vd.
Tedavi giderleri, 212, 215
Tek imzalı ortak hesap, 429-431
Tehlike sorumluluğu, 175, 192
Tek taraflı hukuki işlemler, 47

Tek taraflı sözleşmeler, 48
Temerrud (direnim) (alacaklının), 322 vd.
Temerrüt (borçlunun), 354 vd.
Temerrudün karşılıklı sözleşmelerdeki sonuçları, 368 vd.
Teminat mektubu, 382, 450-451
Teminat mektubu (süresiz-vadesiz), 385
Teminat mektubu (süreye bağlı-vadeli), 385
Temsil, 143 vd.
Temsil yetkisi, 146
Temsil yetkisinde (çifte temsil), 151
Temsil yetkisinde (ehliyet), 147
Temsil yetkisinde (şekil), 148
Temsil yetkisinde (yetkisizlik), 154 vd.
Temsil yetkisinde (kapsamı), 149 vd.
Temsil yetkisinde (kötüye kullanılması), **149**
Temsil yetkisinde (sınırlanması), 150
Temsil yetkisinde (sona ermesi), 152 vd.
Temyiz kudreti, 51, 168
Teşvik eden, 201
Tevdi hakkı, 325-326
Trafik Kanununa göre sorumluluk, 183 vd.
Türk parası, 291-292

- u -

Uyarlama davası, 399 vd.
Uygun illiyet, 170 vd.
Uygun süre, 369-370

- Ü -

Ücret alıkoyma, 439
Üçüncü şahsın yararına sözleşme, 386 vd.
qçoncü şahsın fiilini taahhüt, 380 vd.
Uçüncü şahsın ifası, 284
qçüncü şahıs tarafından hile, 120
Uçüncü şahıs tarafından ikrah, 123

• V -

Vade, 294-295
Vasıtanın hatası, 117
Vasıtasız kast, 167
Vekalet, 147

-Y-

Yabancı memleket parasıyla borçlanma, 292
Yabancı para değeri kaydı, 299
Yanılma, 114
Yapımda bozukluk, 194
Yararlı giderler, 273, 274
Yardımcı şahıs, 201
Yardımcı şahısların fiilinden sorumluluk, 348 vd.
Yardımdan yoksun kalma, 212
Yargı kararlarının uygulanmaması - manevi tazminat, 230
Yargısal erginlik, 52
Yasak şartlar, 434
Yasal danışman, 53
Yasama sorumsuzluğu, 228, 229
Yazılı şekil, 85
Yerleşim yeri, 251
Yetkisiz temsil, 154
Yenileme, 392 vd.

- Z -

Zamanaşımı, 407 vd.
Zamanaşımı (ceza kanununda), 256
Zamanaşımı (haksız fiillerde), 254 vd.

Zamanaşımı (sebepsiz zenginleşmede), 274 vd.
Zamanaşımı (vadesiz-süresiz-teminat mektuplarında), 385
Zamanaşımı (vadeli-süreye bağlı teminat mektuplarında), 385
Zamanaşımının başlaması, 413

Zamanaşımı def'i, 254 vd., 274 vd., 408 vd.
Zamanaşımının durması, 414
Zamanaşımının hesaplanması, 414
Zamanaşımının kesilmesi, 415 vd.
Zamanaşımı süreleri, 254, 274, 411
Zamanaşımından vazgeçme, 420
Zamanından önce ifa, 317
Zarar, 165, 339
Zarar görenin rızası, 160
Zararın ispatı, 205, 342
Zenginleşme, 261
Zımni irade beyanı, 59, 64, 148, 151;
Zihni kayıt, 100
Zorunlu giderler, 273, 274
Zorunlu olarak iki taraflı sözleşmeler, 48
Zorunlu unsurlarda hata, 115
Zorunluluk hali, 162

Prof. Dr. Safa Reisoğlu'nun Yayınlanmış

Kitapları

La prescription extraordinaire et le transfert des immeubles non immatricules en droit suisse et en droit turc. Lausanne 1956.

Türk ve İsviçre hukukunda müteahhit ve işçilerin kanuni ipotek hakkı. Ankara 1961.

Kat mülkiyeti ve yeni İsviçre ve Türk kanun tasarıları - **İncelenmesi, tenkidi ve yeni tasarı teklifi** - Ankara 1963.

Yeni tapulama kanunu ve toprak reformuna tesiri. Ankara 1964.

1927 sayılı kanun açısından kıdem tazminatı. Ankara 1976.

Uygulamada kat mülkiyeti. En son Yargıtay kararlarının ilavesiyle genişletilmiş dördüncü bası, Ankara 1982.

Türk eşya hukuku, C. 1. Giriş - **zilyedlik** - **tapu sicili,** Ankara, yedinci bası, 1984.

Ana çizgileriyle borçlar hukuku. Genel hükümler. Ankara 1986.

Uluslararası boyutlarıyla İNSAN HAKLARI. İstanbul, 2001.

Basın özgürlüğü ve kişilik haklarının korunması. İstanbul, 2008.

Borçlar hukuku. Genel hükümler. İstanbul, yirmibirinci bası, 2010.

Prof. Dr. Safa Reisoğlu, İstanbul Hukuk Fakültesinden mezun oldu. Doktorasını İsviçre'de Lozan Hukuk Fakültesinde yaptı. 1959-1985 yılları arasında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde (Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku kürsüsünde) öğretim üyesi ve kürsü başkanı olarak yer aldı. Bu dönemde Rektör yardımcısı, Senato ve Üniversitelerarası Kurul üyesi olarak uzun süre üniversite yönetiminde bulundu.

Prof. Reisoğlu, 1974-75 yıllarında Milli Eğitim Bakanı olarak hükümete katıldı. 1977 yılında Cumhurbaşkanı Sayın Fahri Korutürk tarafından Cumhuriyet Senatosu Kontenjan Üyeliğine getirildi. Bu görevdeyken, Cumhuriyet Senatosu, Anayasa ve Adalet Komisyonu Başkanlığına ve Avrupa Konseyi Üyeliğine seçildi. 1978'de ABD Dışişleri Bakanlığının davetini kabul ederek, 45 günlük bir süre için, temaslarda bulunmak üzere Amerika'ya gitti. 12 Eylül 1980'den sonra tekrar üniversitedeki görevine döndü.

Prof. Reisoğlu, 1993 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulunca, dört yıl için "Avrupa İşkence ve İnsanlıkdışı veya Onurkırıcı Davranış veya Cezayı Önleme Komitesi" üyeliğine Türkiye adına seçildi. Prof. Reisoğlu, bu göreve 1997'de tekrar seçildi.

Öğretim faaliyetini, 1985 yılından sonra İstanbul ve Galatasaray Üniversitelerinde sürdüren Prof. Reisoğlu'nun yayımlanmış onbir kitabı, hukuki ve sosyo-politik konulara ilişkin çok sayıda makalesi mevcuttur.

Prof. Reisoğlu'nun Nisan-2001'de yayımlanan onuncu kitabı <Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları> konusundadır. Kitaba, konuya ilişkin <uluslararası belge ve sözleşmeler>in metinleri de eklenmiştir.

www.betayayincilik.com
ISBN 978-605-377-202-6