



## PARANIN ALIM GÜCÜNÜN DÜŞMESİNE BAĞLI KAYIPLARIN KARŞILANMASINDA EŞİTSİZLİKLER

Prof. Dr. Rona SEROZAN

### **Para borcunun özellikleri: Onun borçlu için dezavantajlı ve avantajlı yanları**

Para, alışveriş, kredi, yatırım ve birikim alanında temel araçtır. Paranın egemen olduğu dünyamızda para borcu en yaygın ve en önemli borcu oluşturur. Gerçekten de sözleşmesel ve yasal borçların büyük çoğunluğu parayla ifade edilir; parayla ifa edilir.

Sıradan "çeşit (nevi, cins) borcu"na (eşya teslimi borcuna) benzemez para borcu. Bu borcun çeşit (eşya teslimi) borcundan ayırdedici özellikleri şöyle özetlenebilir: Çeşidi (eşyayı) her ne pahasına olursa olsun "tedarik" yükümünün ("genus non perit" dogmasının) belirli bir sınırı olduğu halde, parayı tedarik yükümünün herhangi bir sınırı olmaz. Borçlu batsa da, ne yapıp edip tedarik edecektir parayı. Parasızlık asla kurtarmaz. Para borcunda imkânsızlık olmaz. "Aciz vesikası"na ilişkin İİK mad. 143/251 kurallarında da somutlaşan bu ilke özel hukukumuzun başat ilkelerinden sayılır.

Sonra, "kusurdan, zarardan ve zenginleşmeden soyut" temerrüt faizini ödeme yükümü de hiçbir çeşit borçlusuna yüklenmez de salt para borçlularına yüklenir.

Kötü niyetli haksız zilyedin "elde edilmesi savsaklanmış semere"den ötürü kişisel kusurundan, verdiği zarardan ve kendi zenginleşmesinden bağımsız benzer sorumluluğu (MK 908) aynen onun kazadan ötürü ağır sorumluluğu gibi, "fur semper in mora" (hırsız her zaman mütemerrittir) anlayışına ve kötü niyetli zilyede bir tür ceza verme düşüncesine dayanıp, ayrı bir bağlamda ele alınmalıdır.

Dahası var; para, alacaklının ayağına "götürülecek" bir borç olarak (BK 73 I.1) borçlusu hesabına ve hasarına yolculuk eder; paranın kaybolması ve gecikmesi riski borçlunun sırtında kalır (1).

Bu ana kuralların boyutları tartışmalı istisnaları şunlardır: Zenginleşmenin eksildiği (elde kalmadığı) savunması, para alacaklısının alacaklı temerrüdüne düşmesi, postadaki gecikmeler ve alacaklının bankasının kaydi parayı alacaklının hesabına geçirmesindeki savrukluğu. Bu olasılıkların tümünde, para borçlusu, paranın yitirilmesi veya geciktirilmesi risklerini alacaklısına yansıtabilir (2).

Görüldüğü gibi, istisnalar dışta bırakılacak olursa, para borçlusunun durumu hiç de parlak değildir; para borcu ağır ve riskli bir borçtur. Gelgelelim, borçlu için bu şanssızlığı örtüp kapatabilecek önemli bir avantaj vardır ki o da şudur: Para borcu çeşit borcundan ayrımlı özellikler taşıyan bir "soyut değer sağlama" (Wertbeschaffung), daha doğrusu "soyut alım gücü sağlama" borcudur; ama kural olarak, dar ve teknik anlamda bir "değer (valör) borcu" (Wertschuld) değildir; salt saymaca (nominal, itibari) bir "tutar (meblağ) borcu"dur (Summenschuld). Bu soyut ifadeyi somutlaştıralım: 19 Nisan

1994'te bir milyar TL borçlanmış olan kişi 19 Nisan 1995'te de yine bir milyar TL öder. Varsın bir milyar TL'nin alım gücü yarı yarıya düşmüş olsun; yani 1994'te bir milyara tıka basa doldurulabilen alışveriş torbası 1995'te aynı paraya ancak yarı yarıya doldurulabilsin.

Yüzyıllardır alışveriş yaşamının ve özel hukukun temelinde yatan, köklü ekonomik ve hukuki isterlere yanıt veren "nominalizm" ilkesinin doğal sonucudur bu. Satış parası, önalım (şufa) bedeli, kira parası, ödünç parası, kefalet parası, iş edimi ücreti ve akla gelebilecek tüm sözleşmesel para borçları açısından "lira liradır." Borçlu, paranın efektif alım gücü enflasyon ve devalüasyon yüzünden düşmüş olsa bile, başlangıçta kararlaştırılmış olan saymaca (nominal) tutardan fazlasını ödemek zorunda kalmaz. Demek ki enflasyon ve devalüasyon para borçlusuna yarar; tarihin çarkı ondan yana döner; sözün özü, paranın alım gücünün zamanla düşmesinin ceremesini para alacaklısı çeker. Aynen parasızlığın, borçluyu kurtarmayışı gibi, enflasyonun borçluya yarayışı da özel hukukumuzun yüzyıllardır kökleşmiş temel ilkesidir.

Yadırganmamalıdır bu. Kimin ne zaman ne kadar, hangi endekse göre (kaç para) ödeyeceğinin belli olmadığı bir alışveriş ve hukuk yaşamı düşünülemez. Böyle bir ortamda piyasada ne lira kalır ne de hukuksal güven. İçinden çıkılmaz bir kargaşa, bir kavgaya egemen olur topluma (3).

Şu da var ki paranın nominal tutar borcu sayılıp efektif değer (valör) borcu sayılması yolundaki temel kuralın istisnaları da yok değildir. Gerçekten de işlevleri gereği, kimi yasal para borçları düpedüz "değer borçları" sayılırlar. Yargılama sürecinin en son aşamasında saptanan tüm tazminat borçları böyledir. Bireyin geçinmesine özgülünen nafaka benzeri irat borçları da (krş. MK 145, 307, İsv. MK 286) paranın güncel, efektif alım gücüne (davayla veya davasız) uyarlanırlar.

Ama sarsmaz alışveriş dünyasını bu istisnalar. Hepsi de yargıcın denetiminden geçer zaten.

Öte yandan, ortaklık payı, miras payı ya da saklı pay konusundaki oransal paylaşım borçları da nitelikleri ve işlevleri gereği, tutar borçları olmayıp, değer borçlarıdır (4).

Bu işlevsel yaklaşım ışığında, tenkis davalısının tenkise tabi taşınmazın miras bırakanın ölümü günündeki düşük değerini ödeyip taşınmazın terekeye iadesinden kurtulma yetkisi de söz konusu olamaz. MK 506 kuralı çevresinde koparılan fırtına, "değişmez tenkis oranı" ölçütünde kendiliğinden yatışıp, diner (4a).

Bu arada, para borçlusunun temerrüde düştükten sonra, temerrüt zararını eksiksiz giderme yükümü (BK. 105) dolayısıyla, olağan sözleşmesel para borcu da temerrüt sonrasında düpedüz bir "değer borcuna" dönüşmüş sayılabilir. Sözleşmesel para alacaklısından yana bu olguyu ileride özel olarak ele alacağız. Zaten ana konumuz da budur.

Tazminat borçlarının hüküm gününe göre belirlenen değer borçları oldukları ve bu arada nesnenin değerinin tazmininde nesneden yoksunluk zararının da ayrıca tazmin ettirileceği bir yol kabul edilince, artık tazminat borcuna kural olarak "temerrüt faizi" ve "munzam tazminat" eklemenin yeri ve gereği olmaz. Olsa olsa, hükümden sonraki ödeme geciktirmeleri için böyle bir ek yüküm düşünülebilir.

Sözleşmesel para borcunun ana ilke olarak "tutar borcu" sayılması yüzünden para alacaklısı zararına zamanla ortaya çıkabilecek kimi çarpıcı adaletsizlikler (enflasyon yüzünden edimler arası dengenin altüst olması, örneğin, yüz bin liraya Bebek'te yüz metre-karelik dairede kirada oturabilme düşünölsün) "son ve istisnai çare" olarak "işlem temelini çökmesi" kuramıyla düzeltilebilir. Bu bağlamda ilk akla gelen de, bizatihi; örneğin ima ettiği gibi, kiraya veren yararına benimsenmiş olan uyarlama davalarıdır (5).



**Uyanık para alacaklılarının enflasyon riskine karşı önlemi: Döviz kayıtları**

Nominalizm ilkesine bağlı bu hukuki gerçekler karşısında, uyarılma davasına da pek güvenmeyen uzakgörüşlü, deneyimli, uyanık para alacaklılarının başvurdukları yol, pazarlık gücü zayıf borçlularını, başta da konut ve para kiracılarını dövizle borçlandırmaktır.

1983 sonrasında Türk Parasının Kıymetini Koruma Mevzuatı'nda yapılan bir dizi köklü değişiklikten sonra, bu gibi kayıtların "kambiyo mevzuatı" açısından geçerliliği konusundaki tüm kuşklar ortadan kalkmıştır. Hele 1990'da döviz alacaklıları yararına Borçlar Kanunu mad. 83 kuralına eklenen "temerrüt sonrasında parayı en elverişli kurdan tahvil" ayrıcalığı sayesinde döviz kayıtları adamakıllı yayılmıştır.

Gerçi döviz borcu da aslında bir tutar borcu olup, alacaklısına herhangi bir kur (değer) garantisi sağlamaz. Şöyle ki, dövizin düşmesi (revalüasyon) rizikosuna alacaklı katlanır. Ama ülkemizde kural bu olmayıp, döviz kaydı, oldum olası, liranın alım gücünün düşmesi riskine karşı görece bir değer güvencesi oluşturur.

Döviz borcu, bu özelliğiyle, ülkemizde alacaklı için bir güvence oluşturduğu ölçüde, borçlu için de bir risk oluşturur. Bu durumda, aşırı döviz patlamalarında yıkıma sürüklenen döviz borçlusundan yana uyarılma (emprevizyonda revizyon) olanağı saklı tutulmalıdır. Para alacaklısına tanınan "uyarılma" şansı para borçlusundan esirgenemez. Uygulamada bu konuda konut kiracısından yana pek duraksanmazken para kiracısından (faiz borçlusundan (dövizzedededen) yana duraksanması yadırgatıcıdır doğrusu (6).

Bu arada şu hukuki gerçek de gözden kaçırılmamalı: Türk Parasının Kıymetini Koruma Mevzuatı'ndaki ve BK 83 ile MK 766a kurallarındaki değişiklikler, düşüncesiz ve acele genelleştirme (transitus a dicto secundum quid ad dictum simpliciter) tuzağına düşen hukukçularca sanıldığı gibi, kişiye her önüne gelene döviz kayıtlarını dayatma konusunda açık bir yetki vermiş değildir. Döviz kaydının BK 20 anlamında hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığı her bir somut olayın ve ilişkinin özellikleri ışığında ayrı ayrı değerlendirilip denetlenmelidir.

Taşınmaz kirasında, kefalette, rehinde ve taksitle satımda septik bir yaklaşımla ele alınmalıdır bu gibi döviz kayıtları. İlginçtir, Batı'da bu alanlarda döviz kayıtları açıkça yasaklanmıştır; başkaca alanlarda da ihtiyatla değerlendirilmektedir: çoğu zaman da kamusal izne bağlanmaktadır döviz kayıtları. Sözün özü, soğuk ve mesafeli bir tavır alınır bu gibi kayıtlara karşı. Nedeni bellidir bunun: Bu gibi döviz kayıtları ulusal paraya karşı güvensizlik tohumları serper, üstelik enflasyonu da körükler. Özel olarak korunması amaçlanan kişilerin (özellikle kiracıların, tüketicilerin, kredi borçlularının, kefillerin, başkaca rehinli ve rehinsiz alacaklıların) çıkarlarını da ağır biçimde örseler. Son yıllarda ülkemizde ortaya çıkan tablo bu bakımdan çok çarpıcıdır. İş çığrından çıkmış ve mahkemelerin müdahalesi kaçınılmaz hale gelmiştir. Döviz borçlularının kira ve kredi uyarılma davaları çığ gibi gelmektedir hukukçuların üstüne.

Döviz kayıtlarının asıl göze batıcı yanı, bu kayıtların uyanık alacaklılar tarafından pazarlık ve direnme gücünden yoksun deneyimsiz ve çaresiz borçluları düpedüz dayatılmalarıdır. Kiracılar, kefiller ve tüketiciler açısından çok çarpıcı boyutlarda ortaya çıkar bu olgu (7).

Gerçi aynı sakınca alacaklının borçlusuna kefalet, rehin, depozito, mülkiyeti saklı tutma anlaşması, teminaten temlik gibi güvenceler dayattığı durumlarda da söz konusu olabilir. Ama unutulmasın ki bu gibi durumlarda özel koruma kuralları da eksik olmaz. Oysa döviz kayıtlarına karşı, bizde, şimdilik, hiçbir özel koruma öngörülmüş değildir; tersine, yıpratıcı mekanizmalar kurulmuştur.

Eklemeli ki edimi, özellikle kredi faizini sonradan serbestçe tek yanlı artırma yetkisinin saklı tutulmasına bankaların bencil ve haksız genel işlem koşulları arasında pek sık rastlanır. Bu haksız ve keyfi klozlara karşı savaşımında, henüz özel bir genel işlem koşulları yarasından yoksun bulunan ülkemizde, şimdilik pazarlık gücü eksikliğinin istismarına dayanan ahlaka aykırılık butlanı kavramına sarılmaktan (veya yargıcın kredi faizini hakça belirlemesine bel bağlamaktan) başka umar yoktur (8).

Ne yazık ki 1995 yılı "Tüketiciyi Koruma" (aslında "kandırma") Yasası'nda, taksitli ve kampanyalı satışlarda, ayrıca tüketici kredilerinde, tüketici zararına koşulların ağırlaştırılması yasağı akla gelmiştir de dövize endeksleme yasağı akla gelmemiştir (Kırş. 8. 3. 95 günlü RG'de yayımlanan yasanın mad. 6 II ve mad. 10 kuralları).

### **Temerrütten sonra alacaklıdan yana değişen: Ulusal ve yabancı parada farklı temerrüt faizi ödeme yükümü**

Döviz borcunu şimdilik bir yana bırakıp, ulusal para borcuna dönelim: Kural olarak bir "tutar borcu" oluşturan sözleşmesel para borcunda borçlu temerrüde düşünce, bu tutar borcu da "değer borcuna" dönüşmüş sayılabilir. Gerçekten de BK 102-105 kuralları ışığında, temerrütten sonra paranın alım gücünün düşmesi riski alacaklının sırtından borçlunun sırtına aktarılır. Borçlu temerrüdüne kadar enflasyon riskini taşıyan para alacaklısı, bu andan sonra bu riskten kurtulur; onu borçlusuna yansıtır.

Şöyle ki, paranın bir "ödeme aracı" olmanın yanısıra aynı zamanda bir "yatırım aracı" da olduğu kabul edilir. Paranın, işte bu yatırım aracı oluşturma özelliğiyle de her zaman para (faiz) getireceği (paranın parayı çekeceği) var sayılır. Buna bağlı olarak da, paranın kullanma karşılığında yani faizinden yoksunluk zararı, götürü ve varsayılabir nesnel en az zarar kalemi olarak borçludan istenebilir. Üstelik "kusursuz" bir borçludan bile. Adeta MK 908'de elde edilmesi savaşkanmış semerenin değerinin ödenmesi yükümü gibi, somut zarardan ve kusurdan bağımsız, "kesin karine" düzeyinde götürü bir zararın giderimidir bu (3095 sayılı Faiz K. mad. 2).

Aslında bu temerrüt faizinin ülkedeki enflasyon oranına yaklaştırılması gerekirdi. Ne var ki bizde sağlıklı, güvenilir bir uyarılma otomatığı (échelle mobile) kurulamadığı içindir ki, bu faiz oranı hep enflasyon oranının çok gerisinde kalır. Yüzde otuzlarda, bilemediniz yüzde altmışlarda dolaşan temerrüt faizi oranları yüzde yüz elli oranlı bir "dörtünlü enflasyon" sürecinde gerçekçi sayılabilir mi hiç?

Bu açıdan da döviz alacaklısının ayrıcalığı dikkate değer: Döviz alacağına bağlanan temerrüt faizi devlet bankalarının döviz hesaplarına ödedikleri en yüksek faiz oranına göre belirlenir (3095 sayılı Faiz K. mad. 4a). Oysa ulusal para alacaklısının elde edebileceği en yüksek temerrüt faizi, uzak görüşlü ve deneyimli bir alacaklı özel olarak daha yüksek bir faiz oranı öngörmedikçe, Merkez Bankası'nın reeskont, yani kısa vadeli sağlam senet kırmada uyguladığı düşük faiz oranıdır. Kolay kolay değişmeyen ve genel geçer faiz oranlarının altında kalan bir orandır bu.

### **Temerrüt faizinin üstünde kalan zararın giderilmesi: İspat yükünün dar gelirli lere karşı ağır, profesyonel yatırımcılardan yana hafif tutulması: Somut ve soyut zarar hesaplama yöntemleri**

Temerrüt faizi döviz alacaklısını doyursa bile, lira alacaklısını asla doyurmaz. Geride genel olarak herhangi bir ek temerrüt zararı bırakmayan döviz borcundan ayrımlı olarak, ulusal para borcunda para alacaklısının temerrüt faiziyle kapatılamayan ciddi bir



açığı oluşabilir. İşte BK 105 kuralı bu açığın kapatılmasında ulusal para alacaklısına yardımcı olur.

Bu küçük tazminatın belirlenmesinde ("küçük tazminat" diyoruz, çünkü anapara dahil edilmez bu tazminatın kapsamına) tazminat hukukunun genel ilkeleri geçerlidir. "Zarar" klasik fark kuramına ve öznel-somut zarar kavramına, "nedensellik" uygun nedensellik kuramına ya da normun koruma amacı kuramına, "kusur" da nesnel ölçütlere göre saptanır.

Borçlunun kusurunun varlığı gereği pek üzmez, yormaz alacaklıyı. Borçlunun kusursuzluğunu kanıtlaması para borcu söz konusu olduğunda hemen hemen olanaksızdır. Olsa olsa postanın ya da alacaklı bankasının geciktirmesi kanıtlanabilirse kusursuzluk kanıtı da getirilmiş sayılabilir ki pek ender karşılaşılır böyle olasılıklarla.

Gelgelelim, "zarar ögesi" alacaklının başını ağrıtır. Somut ve öznel zararı ispat yükü ağırdır. Hele parayı tasarruf edip getiri sağlayacak biçimde değerlendirme olanağından yoksun dar gelirliler, kolay kolay kanıtlayamazlar enflasyon zararlarını. Genelde onların paralarını uzun vadeli yatırmayıp elde tuttukları ya da harcadıkları varsayılır. Onlar için, olsa olsa, kısa vadeli, hatta vadesiz tasarruf mevduatı hesabının düşük faizi bir fiili zarar karinesi oluşturabilir.

Oysa profesyonel yatırımcılardan, bankalardan, sigorta kumpanyalarından yana fiili karineler, bu "homo oeconomicus"ların yaşam alışkanlıklarına bağlı "prima facie" kanıtlar (ilk görünüş kanıtları) onların ispat yükünü adamakıllı hafifletir. Bu ayrıcalıklı kişiler yararına somut ve öznel zarar kavramı tipik, soyut ve nesnel bir zarar kavramına dönüştürülür. Bu kişilerin piyasadaki en yüksek getiriyi sağlayacakları varsayılır.

Sözün özü, ödemesi geciktirilen para ne kadar fazla olursa, temerrüt zararının ispatı o denli kolaylaştırılır. Hatta Almanya'da bu konuda beş bin mark sınırı çizilmiştir. Bu sınırın üstünde para alacağı olanlar yararına, onların ortalama faizin çok üstünde bir faizden yoksun kaldıkları karine olarak kabul edilir. Bu paralı kişilerin birikimlerini en verimli biçimde değerlendirip en yüksek getiriyi sağlayacakları varsayılır. Genel yaşam deneyimlerden "homo oeconomicus" için türetilmiş ispat kolaylıkları hep büyük tacirler lehine işler. Sadece onlar için daha yüksek alacak (matlup) faizinden yoksunluk ya da daha yüksek borç (zimmet) faizini yüklenme zararı karine olarak gerçekleşmiş sayılır. Küçükler, paralarını genelde elde tuttukları veya harcadıkları için, somut zararlarını inandırıcı kılabilmek yolunda terlerken, büyükler, tipikleştirilmiş soyut ve nesnel zarar hesabının kolaylıklarında serinler. Yargıtay'ın da kendini bu eğilime kaptıracağı gözlenir. Öğretide de izleri seçilir bu yaklaşımın (9a).

İlginçtir, İsviçre'de de enflasyon zararı paranın nasıl olsa elde tutulacağı veya harcanacağı varsayılarak kolay kolay tazmin ettirilmezken, devalüasyon ve revalüasyon (kur) zararının tazmini döviz alacaklılarından yana fiili karinelerle kolaylaştırılır. Şöyle ki döviz alacaklısının parayı en elverişli biçimde, tam vaktinde tahvil edip değerlendireceği karine olarak varsayılır. Böylece alacaklarını dövize bağlayanlar kayırılmış olur (9).

Tipik, soyut zarar karinesinin sağladığı bu kolaylık ticari satımdaki soyut fark zararının tazminini isteyebilme avantajını andırır (BK 188 III/212 II).

Manevi tazminatın tutarını onuru yaralananın ekonomik ve sosyal gücüyle düz orantılı biçimde artıran BK 49 kuralını anımsatan talihsiz bir uygulamadır bu. Böyle bir yaklaşımla, en yüksek manevi tazminat gibi, en yüksek maddi tazminatı hak edecek olanlar da en büyük finans spekülörleri olacaktır (10).

Oysa zarara uğrayan kişinin zarara özel yatkınlığı ve bu arada büyük yatırımcı niteliği, BK 44 I kuralı (müterafık sebep olma) çerçevesinde tazminat tutarını "düşürücü",

buna karşılık zarara uğrayanın özel sosyal korunma gereksinimi "normatif zarar" kavramı, hatta "manevi zarar" kavramı zorlanarak tazminat tutarını "artırıcı" bir etki yaratmalıdır. Yargıcın BK 98 II aracılığıyla BK 42-44 kurallarının kendisine sunduğu alabildiğine geniş takdir yetkisini sosyal devlet ilkesi ışığında renklendirip biçimlendirmesi gereğinin bir uzantısıdır bu.

Bilindiği gibi, belirli bir nimetten, diyelim özel taşıt aracından yoksunluk zararı, ortada somut bir maddi zarar olmasa bile, "normatif zarar" varsayılarak pekala tazmin ettirilebilmektedir. Öte yandan, manevi tazminat istemi de pekala maddi tazminatı tamamlayıcı, hatta onu düzeltici bir sosyal işlev üstlenebilmektedir (11). İşte temerrüt zararının tazmini alanında küçük tasarruf sahibinden yana yapılması gereken de budur.

Ne yazık ki bizde tüketiciyi koruyan düzenlemelerin eksikliği yüzünden, tüketici kredilerinde tüketiciden yana öngörülmesi sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan bankaların tazminat istemlerine ilişkin sınırlamalara da rastlanmaz. Oysa, nasıl temerrüt zararı sosyal adalet şalteriyle, güçlü tazminat alacaklısından yana düşük, buna karşılık güçsüz tazminat alacaklısından yana yüksek ayarlanmalıysa, güçsüz borçlu "tüketicinin" temerrüt zararını giderme yükümü de yine aynı sosyal adalet şalteriyle, bankalara karşı en düşük düzeye indirilmelidir (12).

Temerrüt faiziyle karşılanamayan enflasyon zararı, artısıyla ya da eksisiyle, hüküm gününde saptanınca, "dondurulur". Öyle ki hüküm sonrasındaki olası kayıpların telafisi için BK mad. 105 kuralını ikinci bir davada yeniden seferber etmek gerekir.

Hükümden sonraki ve cebri icra sürecindeki kötü niyetli geciktirmeler için faize faiz yürütülmez (BK 104 III); ama ek temerrüt tazminatı pekala istenebilir. Hatta yargıcın böyle bir olasılığa karşı önceden "tahmini zararın" giderimine hükmetmesi de olanaklıdır (BK 105 II).

### **Döviz alacaklısının temerrüt zararının giderilmesi alanındaki avantajı: Anaparanın ve özel temerrüt faizinin paranın fiilen ödendiği gündeki karşılığını elde etme hakkı**

Döviz borçlusunun temerrüdünde alacaklı BK 105'in yorucu dava sürecinde terlemez; çok elverişli bir hukuki konuma girer. Sadece temerrüt faizi oranı yönünden değil; bundan da önemlisi, paranın alım gücünün düşmesi zararının tazmini yönünden de avantajlı konuma girer döviz alacaklısı. Şöyle ki:

Döviz alacaklısı, elindeki süper "tahvil şalteri"ni ileriye doğru çevirip, dövizin (hem anaparanın hem özel temerrüt faizinin) "fiili ödeme" günündeki yüksek karşılığını isteyebilir borçludan (BK 83 III). Böylece, döviz alacaklısı, temerrüt zararının tazmini için BK 102/105 kurallarının ispat engelleriyle dopdolu engebeli yolunda terlemeden, kolay ve kestirme yoldan kur zararını (ki genelde enflasyon zararına denk düşer; hatta gerçekçi temerrüt faiziyle birlikte onu aşabilir de) bizzat (re'sen) tazmin ettirme ayrıcalığına kavuşur.

Daha bitmedi: Döviz alacaklısının borçlunun fiili ödeme gününde geçerli güncel kurdan tahvili sağlayabilme ayrıcalığı, aynı zamanda, ona, hüküm gününden çok sonraki fiili ödeme gününe kadar ulusal paranın alım gücünün kaybını telafi şansı sağlar. Başka bir anlatımla, temerrüt zararının hesaplanacağı tarih açısından ulusal para alacaklıları hüküm tarihiyle yetinmek ve bu tarihten sonraki olası alım gücü kayıpları için yeniden BK mad. 105 kuralının yokuşunu tırmanmak zorunda kalırlarken, yabancı para alacaklıları çok daha ilerideki cebri ödeme, bilemediniz "cebri icra takibi" günündeki zararı zah-



metsiz ve re'sen tazmin ettirebilmektedirler. Sözün özü, döviz alacaklıları için ne ispat zorlukları vardır, ne de zamansal sınır! Biri yokuş turmanırken, öteki yokuşu iner.

Böylece, döviz alacağının temerrüt öncesinde sağladığı avantaj, temerrüt sonrasında katlanmış olur. Olaya borçlu açısından bakınca, temerrütten önce dövizin sürekli olarak değer kazanması yüzünden borç sarmalına dolanıp bunalan borçlunun başı temerrütten sonra daha da kötü ağrır.

Dövizin temerrüt faiziyle bir arada Türk Lirası'na cebri icra süresinin hangi aşamasında çevrileceği konusunda tereddüt vardır. Şimdilik, takibin ulusal para üstünden yapılması zorunluluğunu öngören İİK 58 III kuralı yüzünden, alacaklının takip talebinde bulunduğu anda tahvili de gerçekleştirmek zorunda kalacağı görüşü ağır basmaktadır. Bununla birlikte, BK 83 III ve İİK 24 kuralları ışığında, alacaklıya, icra memurunun parayı borçludan tahsil etmek üzere borçluya gittiği son günü (cebri ödeme gününü) tahvil günü olarak seçme şansı tanıyanlar da vardır. Bu görüş çerçevesinde icra memuru adeta alacaklının vekili gibi davranacak ya da alacaklı tahvil yetkisini borçlunun vekili icra memuruna karşı kullanacaktır. Şunu da eklemeli ki, uğrayabileceği ek zarar için tazminat isteme olanağı, aynen ulusal para alacaklısında olduğu gibi, ayrıca saklıdır.

BK 105 tazminatını böylesine katlamalı bir "bizzat ihkak" avantajıyla elde edebilme ayrıcalığı, enflasyonzede ulusal para alacaklılarını (ki bunların çoğu ücret alacaklılarıdır) devalüasyonzede büyük yatırımcılar karşısında eşitsiz bir konuma düşürür. Döviz kayıtlarını borçlularına dayatabilecek güçteki kişilere temerrüt öncesinde paranın alım gücünü geniş ölçüde koruma avantajını sunmak yetmiyormuş gibi, onlara bir de temerrüt tazminatını en rahat yoldan ve en geniş kapsamda sağlama avantajı sunmak, alacaklılarını hiçbir zaman dövizle bağlayamayacak ve bu yoldan böylesine avantajlara asla kavuşamayacak olan geniş kitleler (emeğiyle geçinen büyük çoğunluk) düşünüldüğünde burukluk yaratır. Temerrüt öncesinde konut ve para kiracısından yana uyarılma davalarıyla sözleşme edimlerine müdahalede bulunma zorunluluğunun da gösterdiği gibi, döviz alacaklısı yararına gitgide daha fazla göze batan sivriliklerin temerrüt sonrasında daha da çarpıcı görünümlere bürüneceğini kestirmek "kehanet" sayılmasa gerektir (13).

### **Enflasyonun sosyal adaletsizliğini hukuki düzeyde sivrileştirmekten sakınma gereği**

Enflasyonun kendisi sosyal ve ekonomik planda adaletsizdir zaten; zengini daha zengin, yoksulu daha yoksul yapar; gelir dağılımındaki adaletsizliği büsbütün artırır.

Biz hukukçular, bu sosyal ve ekonomik adaletsizliği hukuki planda daha da keskinleştirmekten kaçınmalıyız. Özellikle de paranın alım gücünün düşmesine bağlı kayıpların örtülüp kapatılmasında zaten maddeten (paraca) ayrıcalıklı sayılan kişilere bir de "hukuki ayrıcalıklar" sunmaktan sakınmalıyız. Tam tersine, güçsüzleri güçlülere karşı, "hukuka ve ahlaka aykırılık butlanı", "işlem temelinin çökmesi" ve "normatif zarar" gibi kavramlarla ve kuramlarla korumalıyız. Salt insani değil, hukuki (anayasal) bir ödevdir bu.



**Dipnotlar:**

- 1) Para borcunun borçlunun konumunu zorlaştırıcı bu özellikleri üstüne bk. Serozan, İfa-İfa engelleri-Haksız zenginleşme, § 8 N 1-3.
- 2) Para borçlusu yararına tanınan bu istisnalar için bk. Serozan, anılan kitapta § 27 N 10/19, § 12 N 7, § 4 N 6
- 3) Para borçlarında geçerli nominalizm ilkesi için bk. Serozan, anılan kitapta § 8 N 2; Merz, Schweizerisches Privatrecht V/1, s. 167 i.s.; Weber, OR 84 N 198 i.s.; Esser/Schmidt, Schuldrecht I, § 13 II, s. 231 i.s.
- 4) Nominalizm ilkesinin istisnalarıyla ilgili olarak bk. Serozan, anılan kitapta § 8 N 2; Weber, Berner Kommentar'da OR 84 N 203 i.s.; Merz, anılan yerde; von Maydell, Münchener Kommentar, § 244 N 9 i.s.; Esser/Schmidt, anılan yerde.
- 4a) Nitekim bk. Yargıtay'ın Resmi Gazete'nin 2.1.1995 günlü sayısında yayımlanmış olan İçtihadı Birleştirme Kararı; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku'na Ek Kitap, s. 35 i.s.
- 5) İşlem temelinin çökmesi kuramı ve kiraya veren yararına uyarlama konusunda açıklamalar için bk. Serozan, anılan kitapta § 20
- 6) Taşınmaz kiracısı yararına uyarlama davaları için bk. Yargıtay 13. HD'nin YKD 1994/12, s. 1939 i.s.'de yayımlanmış kararı. 95 Nisan'ından beri Yargıtay 13. HD'nin dövizde para kiracıları yararına çark ettiği anlaşılıyor.
- 7) Döviz kayıtları konusundaki soğuk ve mesafeli tavır için bk. Gauch/Schlupe, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 2437; Merz, anılan yerde; Weber, Berner Kommentar'da OR 84 N 250 i.s.; Esser/Schmidt, anılan kitapta, § 13 II, s. 234 i.s.
- 8) Bankaların müşterilerine dayattıkları bencil kayıtların geçersizliği konusunda bk. Sungurbey, Türkiye'de bankaların içyüzü, Çorlu, 1994.
- 8a) Bk. Barlas, Para borçlarının ifasında temerrüt, s. 207 i.s.
- 9) Temerrüt faizini aşan zararın ispatındaki bütün bu eşitsizlikler üstüne bk. Barlas, Para borçlarının ifasında temerrüt, s. 210 i.s.; Gauch/Schleup, anılan kitapta N 2433/34; von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht. s. 369; Schenker, Schuldnerverzug, s. 107 i.s.; Weber, OR 84 N 360 i.s.
- 10) Manevi tazminat uygulamalarına ilişkin eleştirel değerlendirmeler için bk. Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 67 i.s.
- 11) Normatif zarar kavramıyla ilgili açıklamalar için bk. Serozan, anılan kitapta § 16 N 6; manevi tazminat yaptırımının sosyal amaçlar için seferber edilebilirliği konusunda bk. Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 86 i.s.
- 12) Alman Tüketici Kredisi Yasası'nda (Verbrauchercredit-Gesetz) tüketicinin bankaya karşı tazminat sorumluluğu özel olarak sınırlandırılmıştır. (Bk. Vollkommer, BGB Kurzkommentar, § 288 N 3)
- 13) BK 83 III değişikliğinin eleştirisi için bk. Serozan, İBD 1991, Sayı 1-3, s. 205 i.s.

## İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMEYE AYNÎ ETKİ TANIYAN İÇTİHADİ ÜZERİNE

Doç. Dr. M. Turgut ÖZ

### I. FEDERAL MAHKEME KARARI BGE 109 II 26 vd.:

A- Intravent A.Ş. 13 Ocak 1965'de Consorzio Gianola Vittori De Vittori'ye bir kazı makinesini 185.513 Fr. fiyatla satmıştır.

B- Züriç Kantonu Yüksek Mahkemesi'nin 1 Kasım 1976 yılında verdiği kararla, alıcının ayıptan dolayı sözleşmeden dönme bildirimini sonucu makineyi bütün teferruatı, bütünleyici parçaları ve yedek parçalarıyla o anda içinde bulunduğu durumyla iade etme borcuna karşılık, satıcı Intravent A.Ş.'nin de satım bedelinin o ana kadar ödenmiş toplam 110.000. Fr. kısmının faiziyle birlikte iade borcu doğacağı kabul edilmiş; Federal Mahkeme de bu kararı 12 Ekim 1977'de onamıştır.

Consorzio Gianola Vittori e De Vittori'nin talebi üzerine, Züriç bölge mahkemesi hakimi 30 Eylül 1981'de, davacının kazı makinesini davalıya iadeyi uygun şekilde (gereği gibi) teklif ettiğini tesbit eden bir tesbit kararı vermiştir. Buna göre, makine bütün teferruat, bütünleyici parça ve yedek parçalarıyla "Manno (TI)"da teslim alınmaya hazır durumdadır.

Davalının bu karara itirazı Züriç Kanton Yüksek Mahkemesi'nin 6 Eylül 1982 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

C- Davalı kararı temyiz etmiştir. Böylece, her iki kararın da iptal edilmesini ve davacının kendi edimini 1 Kasım 1976 tarihli karara uygun şekilde yerine getirmediğinin tesbiti ile yeni bir karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine iadesini istemiştir.

### Federal Mahkemenin İncelemesi:

"1- ... (Bu başlık altında ilgili mahkemelerin görev alanlarına ilişkin açıklamalar, İsviçre usul hukuku ve ardından da icra hukukuna ilişkin tartışmalar yer alıyor.)...

2- Verilen kararda, davacının davalıya yazdığı 8 Kasım 1977 tarihli mektupla makinenin Manno'da hazır olduğunu bildirerek aynı anda bedelin iadesini talep etmesinin, uygun ifa teklifi oluşturduğu kanısına varılmıştır. Davalı ise, 1 Kasım 1976 tarihli karar-



daki sözleşmeden dönmenin hukuki etkisini ihlâl edecek şekilde davacının kararda açıkça belirtilene nisbeten daha az şey vererek (makinenin bütün mütemmim cüzlerini vermeksizin) iade borcunu ifa etmeye kalktığı düşüncesindedir.

a) ..... (Bu başlık altında, usul hükümleri karşısında daha önceki mahkeme safhalarında ileri sürülmemiş bir defî'nin temyiz aşamasında ileri sürülmesinin mümkün olup olmayacağı ve bu gibi defileri ileri sürmenin etkisi tartışılıyor.)...

b) 1 Kasım 1976 tarihli karar satım sözleşmesinden dönme sonucu tarafların karşılıklı taleplerine ilişkindir. Şimdiki sorun ise, yargılama safhasında davalının kendisine iade edilecek makinenin 1976 tarihinden beri değer kaybetmiş olduğu gerekçesiyle davacının iade talebini kabul etmeyerek kendi bedeli iade borcunu ifada temerrüde düşmesine ilişkindir. Sözleşmeden dönmeye ilişkin kararın icrası üzerine ortaya çıkacak sorunlar yeni sorunlardır ve dönme işlemi hakkındaki davada yeri yoktur. İade taleplerinin hukuki niteliklerine ilişkin tartışma burada yer almaz.

3- Alt derece mahkemesine göre; davalı davacının makineyi iade teklifini haksız olarak reddetmiş ve alacaklı temerrüdüne (kabulde temerrüde) düşmüştür. Ayrıca, fesih kararından beri makinenin parçaları, teferruatı ve yedek parçalarının kaybolduğu (elden çıktığı) da anlaşılmıştır. Açıklanması gereken bir husus da; sözleşmeden dönme hükmünden itibaren hasarı davalının taşıyacağı hususudur. Bu süre içinde davacı makinenin hasara uğramasından veya hasara uğrayan parçanın yola geçtiği değer kaybından sorumlu değildir ve davalı buna dayanarak bir hak kazanamaz. Buna karşılık davalı, iade yükümünün davacı tarafından gereği gibi ifasının teklif edilmiş sayılmayacağını zira davacının OR Art. 420 (BK m. 411) hükmü çerçevesinde özenle saklama yükümünü yerine getirmediğini iddia etmiştir.

a) 1 Kasım 1976 tarihli kararın götürdüğü bir sonuç, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelere ilişkin OR Art. 82 (BK m. 81) hükmüne kıyasen iadenin karşılıklı ve aynı anda (Zug um Zug) yapılması gereğidir. Buna göre, kural olarak her bir sözleşme tarafı karşı edimi istemek için kendi edimini ifa etmeli veya ifasını teklif etmiş olmalıdır. İcrahatlar OR Art. 82 (BK m. 81)'nin kıyasen uygulanmasını hatta bazen borç ilişkisel nitelikteki alakoyma (hapis) hakkına kadar genişletmiştir (Karş. BGE 92 II 267 E, 3)

Bir satım sözleşmesi sebebiyle mülkiyet geçirimi sebebe bağlı bir hukuki işlemdir (BGE 96 II 150 E, 3; 93 II 375 E, b; 84 III 154; 55 II 302) Bir satım sözleşmesinden dönülünce, satılanın mülkiyeti, alıcıya teslim edilmesinden önce kime ait ise -bu çoğu kez satıcıdır- tekrar ona döner. (CAVIN, In Schweizerisches Privatrecht VII/1, s. 99). Davalı bidayet mahkemesinin kararını bu sonuçlar bakımından eleştirmekte ve satıcılara iade edilecek makinenin iadesi anına kadar göstermesi gerekli önemi göstermediği için doğacak zararlardan davacının sorumlu olması hükmüne yer vermeyen karara itiraz etmektedir. Böylece, hasarın intikali sadece dönme anı ile iade anı arasında tarafların kusuru olmaksızın kaza sonucu gerçekleşecek kayıp ve değer eksilmeleri için sözkonusu olacaktır (CAVIN, a.g.e., s. 27; GIGER, .....)

Eğer satıcı, alıcının malı şartsız olarak iade için sunduğunu ve ZGB Art. 938-940 (MK m. 906-908) hükümlerinin uygulanmayacağını bildiği halde, malı teslim alacak durumda iken bundan kaçınmışsa; alıcıyı hâlâ malı saklamak için gerekli özeni göstermekle borçlu tutmak isabetli görülemez. Eğer alıcı bir hapis hakkını ileri sürdüğü veya aynı anda karşılıklı ifayı istediği için, sadece satış bedelinin kendisine iadesi anında malı iade etmeyi istiyorsa; davalının düşüncesinin aksine, onun vekâletsiz iş görme hükmünden (OR Art. 420=BK m. 411) bir özen borcu doğmaz; sadece, rehinli alacaklının elinde bulunan rehinli mala göstereceği özen borcuna ilişkin hüküm kıyasen uygulanabilir.

(OFTINGER, Art. 895, N. 159; ....) Buna göre, davacı satım bedelinin iadesine karşılık makinenin iadesini teklif ederken, sadece, kendi kusuru yüzünden meydana gelen değer eksilmelerinden sorumlu olur.

.... (Makinenin değer eksikliğini ve bunun niçin olduğunu ispat yükünün kime ait olacağına; yargılama ve temyiz hangi safhasına kadar bunların ispat edilebileceğine ve temyize ilişkin sair usulî tartışmalar yer almaktadır.) .....

b) .... (Gene İsviçre Usul Hukuku, Kanton usul hukuklarının nasıl uygulanacağı vb. tartışmalar yer almaktadır.) ....

4- Davacının makineyi iade borcunu uygun ifa yerinde teklif etmiş olup olmadığı sorununa da değinilmelidir.

a) Davalı OR Art. 74 (BK m. 73) anlamında aranılacak borçlarda alacaklıyı temerrüde düşürmek ve onun kendi borcunu ifaya zorlayabilmek için sadece sözlü bir ifa teklifi yapmasının yeterli olduğu hususuna itiraz edemez.

Gerçekte OR Art. 208 (BK m. 205) iade borçlarının ifa yerini açıkça düzenlememiştir. Fakat bu maddenin 2. Fıkrasının anlam ve amacından, sözleşmeden dönmenin alıcıya bir masraf yüklemesinin istenmediği anlaşılmaktadır. Satıcı, bu hususta saklı tutulan anlaşmalar bir yana bırakılırsa (aksi kararlaştırılmış olmadıkça), nakil masrafını üstlenmelidir. Bu sonucun ne kadar isabetli olduğu sözleşmeden dönme üzerine iadeye konu malın mülkiyetini alıcının kaybettiği durumlarda daha iyi gözlenir. Temyiz mahkemesi davalının iade borcunu aranılacak bir borç saymakta ve Art. 74 Hükümünü kıyasen uygulamakta hatalı görülemez.

b) Taraflar arasındaki 14 Ekim 1977 tarihli telefon görüşmesinde davacının 300 Fr. karşılığı makineyi Zürich'e getireceğinden söz etmiş olması, yukarıdaki bu sonucu değiştirmez.

..... (Bunun niçin aranılacak borcu götürülecek borca çevirdiğinden sözedilemeyeceği açıklanıyor.) ....."

### BÖYLECE FEDERAL MAHKEME:

Yapılan temyiz itirazını red ile Zürich Yüksek Mahkemesi (II. Hukuk Dairesi)'nin 6 Eylül 1982 tarihli kararını onaylamıştır.

## II. İNCELEME

Bilindiği üzere, sözleşmeden dönme hakkı, gerek Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri arasında ve çeşitli sözleşme türlerine ilişkin hükümleri arasında, gerekse bazı özel kanunlarda düzenlenmiş, sözleşme bağına sona erdirmeyi amaçlayan bir yenilik doğuran haktır(1). Uygulamada da sözleşme ihlallerinde yaygın şekilde karşılaşılan bu hakkın kullanılması üzerine doğacak hukuki sonuçlar, öğretilerde eskiden beri derin tartışmalara konu olmuştur.

(1) OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 362 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. bası, İstanbul 1993, s. 962; EREN, Borçlar Hukuku, C. III, Ankara 1991, s. 301; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. bası, İstanbul 1976, s. 951, 1160; FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, İstanbul 1977, s. 415; von TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, 1. 73, VII, s. 155.