

MUNZAM ZARAR

Doç. Dr. Akar ÖÇAL

I. GİRİŞ :

Borçlar Kanunumuzun 103/I. (CO 104/I) maddesine göre, «bir miktar paranın tediyesinden temerrüt eden borçlu mukavele ile daha az bir faiz tayin edilmiş olsa bile geçmiş günler için senevî yüzde beş hesabı faiz tediyesine mecburdur». Kanun koyucu, paranın özelliklerini göz önüne alarak, para borçlarının söz konusu olduğu hallerde genel esaslardan (BK. 101 vd; CO 102 vd.) ayrılmış ve «gecikme faizi» ismiyle anılan bir tazminat vasıtasıyla, zarar miktarını önceden tesbit etmek yolunu tutmuştur (1).

Zarar, gecikme faizinden fazla olduğu takdirde, zu munzam zararın hangi şartlar dahilinde tazmin ettirileceği de, BK. 105. (CO 106) maddesinde hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu hükme göre, «alacaklının düçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir. Bu munzam zarar derhal takdir olunabilirse hâkim, esasa dair karar verirken bu zararın miktarını da tayin edebilir».

BK. 105. (CO 106) maddesi, munzam zararın karşılanabilme imkânını açıkça hükme bağladığı için, Türk/İsviçre hukukunda, gecikme faizini aşan zararların karşılanması gerekip gerekmediği, daha doğru bir ifade ile, munzam zararın giderilmesinin kanuni olup olmadığı meselesi, münakaşa edilmiş değildir. Halbuki, bu konuyu Fransız ve İtalyan (2) hukuklarında bir «münakaşa sahası» olarak vasıflandırmakta bir hata yoktur.

(1) «Gecikme faizi» hakkında daha fazla bilgi için bkz; AKAR ÖÇAL : Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, Eskişehir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Yayınları, No : 26/3, İstanbul 1965.

(2) 1865 tarihli eski İtalyan Medeni Kanunu zamanında.

Niyetimiz, konuyu Türk/İsviçre hukukunda incelemek olmasına rağmen, araştırmamızın bütünlüğünü sağlayabilmek için, tarihî ve mukayeseli açıklamalara da girmeye gerekli görmüş bulunuyoruz. Bu sebeple, Türk/İsviçre hukukuna geçmeden evvel, konunun tarihî gelişmesine bir nazar atfetmeyi faydalı bulduk.

II. MUNZAM ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN PRENSİBİN GELİŞME SEYRİ :

Jüstinyen Pandektlerinin Hermojenien'e ait bir ibaresinde, satış bedelinin ödenmesinde temerrüt halinde bulunan alıcının, borçlanılmış olan parayı zamanında alan satıcının kazanacağı her şeyi ödemeğe mecbur olmadığı, fakat sadece faiz ödemekle borçlu olduğu ifade ediliyordu (3). Bu hükme dayanan bazı eski hukukçular, temerrüt halinde bulunan borçlunun borcunu ödememesi sonucu maruz kalınan zarar ne olursa olsun, para alacaklısının zarar ziyan olarak, ancak, borçlanılmış olan paranın kanunî faizini talep edebileceği şeklinde ifade edilebilen genel bir prensibi ortaya koymuşlardı (4). Bu prensip, kanun koyucuları tarafından da benimsendiğinden, Napolyon Kod'unun 1153. ve İtalyan Kod'unun (5) 1231. maddelerine dahil olmakta gecikmedi (6).

Söz konusu prensibe hakim olan düşünceleri şöylece özetlemek mümkündür (7) : Borcu bir miktar para ödemekten ibaret olan borçlunun durumu, akdi mahiyette olan diğer bütün borçlarından tamamen farklıdır. Gerçekten, bir bina inşa etmek borcu ile yükümlü olan borçlu, önceden mesuliyetinin genişliğini ölçebilir ve gecikmenin neticelerini takdir edebilir. Halbuki, bir para borcunun söz konusu olduğu hallerde durum böyle değildir. Paradan faydalanma alanı sınırsızdır. Bu bakımdan, alacaklı zararını tesbit ve ta-

(3) GEORGE BALIS : Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1934, C. LIV, No : 1 - 4, sh. 97.

(4) BALIS, sh. 97.

(5) 1865 tarihli eski İtalyan Madeni Kanunu.

(6) BALIS, sh. 97; M. ALBERTO MONTEL : Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1932, sh. 1017, No : 1.

(7) BALIS, sh. 98.

leplerinin şumulünü takdir etmede çok geniş bir alana sahiptir. Borçluyu, önceden sezmesine imkân olmayan ve üstelik mutlak bir şekilde tesadüflere bağlı olan bu gibi talepler karşısında bırakmak, hiç şüphesiz ki, hakkaniyete aykırıdır (8). Diğer taraftan, bu düşünce zararın miktarını tayin edecek olan hakim bakımından da isabetli görünmektedir. Zira, hakiki zararı farazî ve sunî zararlardan ayırmak kolay bir iş değildir (9).

Munzam zararın telâfisini önleyen bu esastan kurtulmak imkânını verecek çarelerin aranmasına başlanması uzun sürmedi. Hiç olmazsa, kusura dayanan ademi ifa hallerinde gecikme faizini aşan zararın tazminini sağlayabilmek amacını hedef tutan bu düşüncenin dayanaklarını, şöylece belirtmek mümkündür (10): Kanun yalnızca **gecikmeden** bahsetmekte ve fakat ademi ifadan bahsetmemektedir. Bu sebeble, istisnaî hüküm sadece bu hale uygulanmalıdır. Diğer taraftan, kanun, gecikme faizi ile karşılanamayan zararın tazmin edilemeyeceğini değil, fakat borçlunun, alacaklının bir zarara uğradığını isbata lüzum kalmaksızın, kanuni faiz tediyesine mecbur olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu bakımdan, munzam zararın söz konusu olduğu hallerde, genel hükümlere müracaat imkânı ortadan kaldırılmış değildir. Nihayet, bütün bunlara, munzam zararın tazminini önleyen uygulamanın hakkaniyete uygun olmadığı da ilâve olunabilir (11), (12).

Bu düşünceler (13) mahkeme içtihatları ile de teyid edilmiş olduğundan, Fransa'da kusurlu hareketlerin söz konusu olduğu

(8) MONTEL, No : 2.

(9) BALIS, sh. 98.

(10) MONTEL, No : 2; AMBROISE COLIN - HENRI CAPITAN : *Traité de Droit Civil*, C. II, Paris 1959, sh. 504 - 505.

(11) GABRIEL MARTY - P. RAYNAUD : *Droit Civil*, C. II, Paris 1962, sh. 570; RENE SAVATIER : *Cours de Droit Civil*, C. II, 2. Basım, Paris 1949, sh. 182.

(12) Bilhassa, alacaklının *iflâsın* söz konusu olduğu hallerde, bu haksızlığın açık olduğu ifade edilmektedir : MARTY - RAYNAUD, sh. 570; SAVATIER, sh. 182; Ayrıca bkz; ZAHİT ÇANDARLI : *Zarar Ziyanın Takdiri, Adalet Dergisi*, 1950, S. 5, sh. 613.

(13) İtalyan Medeni Kanununun (eski) 1231. maddesine istinad eden MONTEL, bu görüşü şiddetle tenkit etmektedir. Yazara göre, metinde *daima* zarfı kullanıldığı için bir istisna söz konusu olamaz. Kaldı ki, kanun daha fazla tazminin caiz olduğu balleri saymış bulunmaktadır. Bu hususlar için bkz; MONTEL, No : 2.

hallerde, hiç olmazsa mahkeme içtihatları sayesinde, munzam zararın tazmini imkânı elde edilmiş oldu (14), (15).

7. Nisan 1900 günlü kanun bu içtihatları devam ettirerek (16), borçlunun, gecikmeden müstakil olarak, alacaklıya suiniyetle verdiği zararı tazmin etmekle mükellef olabileceğini hükme bağlamış bulunmaktadır (Mad. 1153/IV) (17). Bununla beraber, eski içtihatlar ile yeni metin arasında bir fark vardır : Eski içtihatlar **bir kusur** (faute) ile iktifa etmekte olmalarına rağmen, 1153/IV. madde, **suiniyetten** bahsetmektedir (18). Bu sebeble, bundan böyle, hafif bir kusur artık yeterli sayılamaz (19).

(14) MART - RAYNAUD, sh. 570.

(15) BALIS, bu içtihatları tenkit etmektedir (sh. 99 - 100) : «Borçlu, gecikmenin kendisine isnat olunamayan bir sebepten doğduğunu isbat edememişse (Mad : 1147), diğer bütün borçların ifasındaki gecikme hallerinde olduğu gibi, 1153, maddenin şumulü dahilinde de olsa, gecikme tazminatı ödemekle mükellefti. Bu gecikmenin hatasından, hilesinden veya suiniyetinden neşet etmiş olmasının ehemmiyeti yoktu. Binnetice, bize göre, 1153. maddenin tahdidi hükmününün, gecikmenin hatadan, hileden veya borçlunun suiniyetinden neşet ettiği hallere ilişkin olmadığını kabul eden ... içtihatlar, kanun hükmü ile uyuşmuyordu. Bunun için bu içtihat, 1153. maddenin borçlu için sahip olduğu tahdidin çok müsamahakâr neticelerini hafifletmek yolundaki bir temayülün neticesi olarak mütalâa edilmelidir...».

(16) MARTY - RAYNAUD, sh. 570; COLIN - CAPITAN, sh. 504 - 505; SAVATIER; sh. 182; GEORGES RIPERT - JEAN BOULANGER : *Traité de Droit Civil*, C. II, Paris 1957, sh. 314.

(17) Fransız hukuku için şu eserlere başvurulmalıdır : MARTY - RAYNAUD, sh. 569 - 570; C. AUBRY - C. RAU : *Cours de Droit Civil Français*, 6. Basım, C. IV., Paris, sh. 162; COLIN - CAPITAN, sh. 504 - 505; SAVATIER, sh. 182; HENRI LALOU : *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, 6. Basım, Paris 1962, sh. 422 - 423; RIPERT - BOULANGER, sh. 314; HENRI et LEON MAZEAUD - JEAN MAZEAUD : *Leçons de Droit Civil*, C. II, 2. Basım, Paris 1962, sh. 594; JEAN CARBONNIER : *Droit Civil*, C. II, Paris 1962, sh. 537; MARCEL PLANIOL - GEORGES RIPERT : *Traité Pratique de Droit Civil Français*, C. VII, 2. Basım, Paris 1954, sh. 210 - 212; HENRI et LEON MAZEAUD - ANDRE TUNC : *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, C. III, 5. Basım, Paris 1960, sh. 468 - 472.

(18) MARTY - RAYNAUD, sh. 570.

(19) MARTY - RATNAUD, sh. 570; PLANIOL - RIPERT, sh. 211.

III. MUNZAM ZARARI KARŞILAYAN ÖDEMENİN MAHİYETİ :

Munzam zararı, başka bir ifade ile, **para borcu alacaklısının gecikme faizi ile karşılanamayan zararını** (20) gideren ödeme, bir «tazminat» niteliğindedir (21). Fakat, bu tazminat, sadece gecikme faizinin kapatamadığı zarara ilişkin bulunduğu için bir «ek» tazminat durumundadır. Kanun koyucu böyle bir ek tazminat kabul etmekle, BK. 96 (CO 97) ve BK. 101/I. (CO 102/I) maddeleriyle bir uygunluk kurmak istemiştir. Bu bakımdan, BK. 105. (CO 106) maddesi hükmünü, BK. 96. (CO 97) ve BK. 101/I. (CO 102/) maddeleri hükümlerinin bir sonucu olarak kabul etmekte, hata yoktur (23).

IV. TÜRK/İSVİÇRE HUKUKUNDA MUNZAM ZARARIN ŞARTLARI :

Munzam zararın söz konusu olabilmesi için şu şartların tahakkuku gerekir :

1. **Bir para borcunun mevcudiyeti** : Munzam zararın söz konusu olabilmesi için, her şeyden evvel, **bir para borcunun** (BK. 83; CO 84) **mevcudiyeti aranır** (24). BK. 105. (CO 106) maddesi, her

-
- (20) YUSUF ZİYA BİNATLI : Borçlar Hukuku, I. Borçların Umumi Hükümleri, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, No : 4, Eskişehir 1960, sh. 242.
- (21) «Borçlar Kanununun 105. maddesi hükmünce para borcunda temerrüt halinde borçludan istenebilecek *tazminat* ancak faizle karşılanamayan zarara ait *tazminattan* ibarettir...», Y4HD. 6/III/1958 gün ve E. 8762/K. 1191 sayılı kararı, SENAI OLGAÇ : Kazai ve ilmi İhtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunlar, C. 1., İstanbul 1959, sh. 962, No: 1661.
- (22) Bkz. KENAN TUNÇOMAĞ : Borçlar Hukuku Dersleri, II., İstanbul 1962, sh. 548.
- (23) ALİ SAJIT YÜKSEL : Gecikme Faizi, İstanbul Barosu Dergisi, 1961, S. 5 - 7, sh. 167; HUGO OSER - WALINE SCHÖNENBERGER : Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Kısım (Çev. : Recai Seçkin), 2. Basım, Ankara 1950, Mad. 106, sh. 768; SABRİ ŞAKİR - FUAT HULUSİ : Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Umumi Hükümler, İstanbul 1927, sh. 253.
- (24) CEVAT ABDÜRRAHİM GÜCÜN : Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, II. Menkul Mallar ve Borçlar, İstanbul 1946, sh. 410; ŞAKİR BERKİ : Borçlar Hukuku, Kitap I. Umumi Hükümler, 2. Basım, Ankara 1958, sh. 191; VIRGILE ROSSEL : Borçlar Kanunu Şerhi ve Nazariyeleri, İstanbul, Mad. 106, sh. 172; YHÜH. 16/VII/1936 gün ve 48 sayılı kararı; «*Nakde müteallik*

ne kadar bu şartın aranması gerektiğinden açık olarak bahsetmiyorsa da, bu maddede kullanılan ifadeden, munzam zarar talebinde bulunabilmek için bir para borcunun mevcudiyetinin gerektiğini çıkarmak mümkündür. Gerçekten, BK. 105. (CO 106) maddesi, bu hususta şu hükmü kapsamaktadır: «Alacaklının düçar olduğu zarar **geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette...**».

Görülüyor ki, BK. 105. (CO 106) maddesi, munzam zararı giderebilme imkânını, uğranılan zararın gecikme faizi ile karşılana-maması şartına bağlamaktadır. Gecikme faizi, para borçlarında, borçlunun temerrüdünün alacaklıya verdiği (vereceği) zararı karşılayan bir nevi tazminat olduğuna göre, munzam zararın ancak para borçlarında tahakkuk edebileceği bu suretle, kendiliğinden ortaya çıkmış olur. Zira, paradan başka borçlarda, borçlunun temerrüdü halinde zarar -ziyan olarak gecikme faizi talep olunamayıp, bu gibi borçlarda, alacaklının zararını giderebilmesi için BK. 102. (CO 103) yahut BK. 108. (CO 109) maddelerine müracaatı gerekir (25).

2. Zararın gecikme faizinden fazla olması : Munzam zararın söz konusu olabilmesi için ikinci şart, para borcunun geç ödenmesinin meydana getirdiği **zararın, gecikme faizinden fazla olması (26)**, başka bir deyişle, gecikme faizinin mevcut zararı karşılaya-

bir borcun ifasının gecikmesinden dolayı Borçlar Kanununun 103 ve 105. inci maddeleri mucibince faiz ve alacaklı mutazarrır olmuş ise munzam zarar lâzımı gelir...», KAMİL TEPECİ : Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, 3. Basım, Ankara 1959, sh. 321.

- (25) GÜCÜN, sh. 410; BERKİ, sh. 191 dipnot (320); ROSSEL, Mad. 106, sh. 172.
- (26) FERİT HAKKI SAYMEN - HALİT KEMAL ELBİR : Türk Borçlar Hukuku, I. Umumi Hükümler, C. II, İstanbul 1958, sh. 747; BİNATLI, sh. 243; HALÜK TANDOĞAN : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, sh. 489; YÜKSEL, sh. 167; ÇANDARLI, sh. 613; HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU - REŞAT KAYNAR : Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, 2. Basım, 1957, sh. 196; KEMALETTİN BİRSEN : Borçlar Hukuku Dersleri, K. I, Borçların Umumi Hükümleri, 3. Basım, İstanbul 1954, sh. 589; YTD. 1/IV/1954 gün ve 53 - 1567/2751 sayılı kararı : «Alacaklının düçar olduğu zarar gecikmiş günler faizinden fazla bulunduğu takdirde...», H. HALİS SUNGUR - KAMİL BORAN : Türk Ticaret Kanunu Şerhi ve Tatbikatı ve İlgili Mevzuat, I, Ticari İşletme, İstanbul 1957, sh. 236; YTD. 27/II/1934 gün ve E. 655/K.602 sayılı kararı, H. HALİS SUNGUR : Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, C. I, İstanbul 1943, sh. 267; YTD. 20/V/1954 gün ve E. 54 - 6132/K.5713 sayılı kararı, OLGAÇ, sh. 963, No : 1665; YTD. 26/X/1963 gün ve E.1311/K.5502 sayılı kararı, OLGAÇ, sh. 967, No : 1668; JdT 1957 I. 54.

mamasıdır (27). Şayet alacaklının düçar olduğu zarar gecikme faizi miktarından az veya ona eşitse munzam zarar söz konusu olmaz (28). Zira, bu gibi hallerde, gecikme faizi mevcut zararı telâfi edebilecek durumdadır. BK. 105. (CO 106) maddesi, bu hususu şöyle hükme bağlanmıştır: «Alacaklının düçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu... bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir».

Alacaklı, gecikme faizinden fazla bir zarara uğradığını isbat etmeğe mecbur olduğundan (29), beyyine külfeti ona düşmektedir (30). Ancak, alacaklı zararın mevcudiyetini isbat eder de miktarını isbat edemezse, hâkim BK. 43. (CO 43) maddesinin kendisine verdiği selâhiyete binaen bunu tayin eder (31).

-
- (27) ANDREAS VON TUHR : Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. II (Çev. : Cevat Edege), İstanbul 1953, sh. 665; TUNÇOMAĞ, sh. 548; HÜSEYİN AVNİ GÖKTÜRK : Borçlar Hukuku, Ankara 1946, sh. 263.
- (28) BİNATLI, sh. 243.
- (29) SAYMEN - ELBİR, sh. 747; OSER - SCHÖNENBERGER, Mad. 106, sh. 768; ÇANDARLI, sh. 613; BİNATLI, sh. 243; TANDOĞAN, sh. 498; VON TUHR, sh. 665; SABRİ ŞAKİR — FUAT HULUSİ, sh. 253; ESAT ARSEBÜK : Borçlar Hukuku, C. II, 2. Basım, İstanbul 1943, sh. 857; BERKİ, sh. 191; BİRSEN, sh. 589; VELİDEDEOĞLU — KAYNAR, sh. 189; A. SCHNEIDER — H. FICK : Commentaire du Code fédéral des Obligations, C. I, (Fransızcaya çeviren: Max - E. Porret), Neuchâtel 1915, Mad. 106, sh. 234; YTD. 27/II/1934 gün ve E. 655/K. 602 sayılı kararı, SUNGUR, sh. 267; YTD. 26/X/1953 gün ve E. 1311/K. 5502 sayılı kararı : «...Ancak faizden fazla zarar ve ziyân *usulen isbat edilmesi lâzımdır*», OLGAÇ, sh. 967, No: 172.
- (30) SAYMEN — ELBİR, sh. 747; ROSSEL, Mad. 106, sh. 172.
- (31) SAYMEN — ELBİR, sh. 747; YTD. 5/III/1965 gün ve E. 64—1115/K. 65 - 752 sayılı kararı : «...Ancak mahrum kalan kârın, hakiki miktarını isbat edilemek, hadiselerin pek çoğunda mümkün olmadığından bunun miktarının takdirinde Borçlar Kanunu'nun 98/II nei fıkrası delâletiyle akte aykırı hareketten doğan tazminatlara ve bu arada temerrüt tazminatlarına da kabili tatbik olan aynı Kanun'un 42 nei maddesi hükmüncé, hâdisenin mutat cereyanı şekline veya halin hususi icaplarına ve hususiyle yapılan hazırlıklara ve alınan tedbirlere nazaran elde edilebilecek bir kâr miktarının esas alınması zaruridir. Herne kadar mahrum kaldığı kârın hesabında bazı faraziyelere dayanılması gerekli ise de, çok mübalâğalı ve mesnetten mahrum hesaplara dayanılarak tesbit edilen kâr mahrumiyeti de kabul edilemez. Ancak elde edileceği galip bir ihtimal ile anlaşılan menfaat karşılığı olarak kârdan mahrum kalma tazminatına hükümlenbilir... davacı şirketin faaliyette bulunduğu yerdeki bakkalardan hadise tarihindeki ticari kredi faiz hadleri ile 277 günlük geç ödemeden doğacak komisyon ve gider vergisi vesair masraflar tutarı tahkik...», Batider, 1966, C. III, S. 3, sh. 570.

BK. 105. (CO 106) maddesinde bahsi geçen gecikme faizi, her şeyden evvel, **kanunî gecikme faizini kapsamaktadır** (32). Mukavele ile kanunî gecikme faizi nisbetinden farklı bir faiz nisbeti kabul edildiği hallerde, acaba yine BK. 105. (CO 106) maddesinden istifade etmek imkânı mevcut mudur?

Kanaatimize göre, bu suale müsbet cevap vermek gerekir. Bir kere, gecikme faizi nisbetinin artırılması, munzam zarar talebinden feragat edildiği manasına gelmez. Kaldı ki, kanunî gecikme faizi nisbetinin mukavele ile yükseltilmesi ile, bu faize bir nevi **cezaî şart** mahiyeti verilmiş olduğundan (33), bu sonuca BK. 159/II. (CO 161/II) maddesi yolu ile de erişmek mümkündür. Gerçekten, sözü geçen madde, cezaî şart ile giderilemeyen zararın talebine cevaaz vermiş bulunmaktadır (34). Aynı sonuca kanunî gecikme faizi nisbetinden daha az bir faiz nisbetinin mukavele edilmesi halleri için de ulaşılabilir. Bu bakımdan, BK. 105. (CO 106) maddesindeki gecikme faizi ifadesi, hem **kanunî ve hem de akdi gecikme faizini kapsamaktadır** (35).

Alacaklının bu zararı muhtelif şekillerde meydana gelebilir: Meselâ, alacaklı, borçlunun temerrüdü sebebiyle, muhtaç olduğu

-
- (32) Kanunî gecikme faizi nisbeti adi işler için % 5 (BK. 103/1), ticari işler için % 10 (TK. 9/II) dur.
- (33) NECİP BİLGE: Cezaî Şart (E. Arsebük Armağan'ın dan ayrı basım), Ankara 1959, sh. 65; Ayrıca bkz, ÖCAL, sh. 17; TANDOĞAN, sh. 516; VON TUHR, sh. 823; SAYMEN — ELBİR, sh. 834.
- (34) Buna rağmen alacaklının BK. 105. (CO 106) maddesi yolu ile munzam zararın telâfisi ehitine gitmesi kendi lehinedir. Zira, BK. 105. (CO 106) maddesi hükmü ile BK. 159/II. (CO 161/II) maddesi hükmü arasında fark vardır. Gerçekten, munzam zarar talebinde bulunabilmek için borçlunun kusurlu olduğunu isbata ihtiyac olmamasına mukabil, cezaî şartı aşan zararın tazmini için, borçlunun kusurlu olduğunun isbatı gerekmektedir.
- (35) Ana para faizinin, kanunî gecikme faizi nisbetleri olan % 5 - 10 nisbetlerinden fazla olması sebebiyle, gecikme faizi nisbeti olarak bu ana para faizi nisbetinin uygulanmasının talep edildiği hallerde (BK. 103/II; CO 104/II), zarar gecikme faizi ile karşılanamıyorsa, yine BK. 105. (CO 106) maddesinden yararlanmak mümkündür. Hatta, alacaklının TK. 1461/2. (CO 104/III) maddesindeki inkândan faydalanarak % 10'dan fazla olan banka iskontosu üzerinden gecikme faizi talep ettiği ve fakat yine de bir munzam zararın söz konusu olduğu hallerde, BK. 105. (CO 106) maddesi yolu ile bu zararın telâfisi inkâna mevcut bulunmaktadır.

parayı yüksek bir faizle temin etmiş (36) ve bu suretle füzuli olarak faiz, komisyon gider vergisi ödemek zorunda kalmış olabilir (37). Diğer taraftan, bu temerrüt sebebiyle protesto ve ihtarnamne keşide masrafları, avukata verilen istişare ve takip ücretleri de ortaya çıkmış (38) veya alacaklı daha yüksek faizli bir borcu tedaviyememek durumuna düşmüş (39) olabilir.

Temerrüdün alacaklıya verdiği munzam zararın misalleri yalnız bunlardan ibaret değildir. Gerçekten, alacaklı, borçlunun vaktinde tediyede bulunmaması sebebiyle büyük bir kâr temin edecek bir arttırmaya iştirak edememiş (40) veya bu parayı kendisine büyük bir kâr sağlayacak olan yere yatıramamış ise (41), zararı yine gecikme faizinden fazla demektir. Sonra, bu gecikme, alacaklıyı üçüncü bir şahıs karşısında temerrüde düşürmek suretiyle, onun, daha fazla bir kayba düşürülmesine sebebiyet vermiş de olabilir (42). Kaldı ki, para borçlusunun vaktinde ödememek hatası, alacaklıyı **iflâs** haline sokabileceği gibi (43), onun mallarının haczedilmesi sonucunu da doğurabilir (44). Bilhassa, iflâsın söz konusu

-
- (36) SAYMEN — ELBİR, sh. 747; YÜKSEL, sh. 167; VELİDEDEOĞLU — KAYNAR, sh. 196; FRITZ FUNK: Borçlar Kanunu Şerhi, I, Umumi Hükümler (Çev. Hıfzı Veldet/Cemal Hakkı Selek), İstanbul, Mad. 106, sh. 167; TUNÇOMAG, sh. 548; VON TUHR, sh. 665; ARSEBÜK, sh. 857 dipnot (34); TANDOĞAN, sh. 489.
- (37) YÜKSEL, sh. 168; Ayrıca bkz. YTD. 5/III/1965 gün ve E. 64—1115/K. 65—752 sayılı kararı, Batider, C. III, S 3, sh. 570.
- (38) YÜKSEL, sh. 168; Ayrıca bkz. YTD. 5/III/1965 gün ve E. 64—1115/K. 65—752 sayılı kararı, Batider, C. III, S 3, sh. 570.
- (39) OSER — SCHÖNENBERGER, Mad. 106, sh. 768; ARSEBÜK, sh. 857 dipnot (34); VON TUHR, sh. 665; TUNÇOMAG, sh. 548; FUNK, Mad. 106, sh. 167; SABRİ ŞAKİR — FUAT HULUSİ, sh. 253.
- (40) ÇANDARLI, sh. 613.
- (41) BİNATLI, sh. 243; ÇANDARLI, sh. 613; VELİDEDEOĞLU — KAYNAR, sh. 196; TUNÇOMAG, sh. 548; ALFREDE MARTİN: Borçlar Kanunu Şerhi Umumi Nazariyeleri (Adalet Bakanlığı Neşriyatı), Ankara 1936, sh. 133; MARTY — RAYNAUD, sh. 569; Ayrıca bkz. YTD 5/III/1965 gün ve E. 64—1115/K. 65—752 sayılı kararı, Batider, 1966, C. III, S. 3, sh. 569—570.
- (42) TUNÇOMAG, sh. 548.
- (43) BALIS, sh. 98; COLIN — CAPİTAN, sh. 504 - 505; SAVATIER, sh. 182; MARTY — RAYNAUD, sh. 569; MAZEAUD — TUNC, sh. 470.
- (44) BALIS, sh. 98; MAZEAUD — TUNC, sh. 470.

olduğu hallerde, kanunî gecikme faizi ile giderilmesine imkân olmayan bir zararın bulunduğu açıktır (45), (46).

Para alacaklısının, ifasının gecikmesi sebebiyle ihtiyacı olduğu parayı daha yüksek faizle temin etmesi veya vadesi gelmiş daha yüksek faizli bir borcunu ödeyememiş olması hallerinde, talep edebileceği munzam zarar için, faizi sınırlayan hükümlere riayet etmek gerekir. Kanaatimize göre, alacaklı, munzam zarar şeklinde de olsa, faize ilişkin hususlarda, Muhabaha Nizamnamesi veya Ödünç Para Verme İşleri Kanunundaki miktarlardan fazla bir talepte bulunmamalıdır. Meseleyi bir misalle aydınlatmağa çalışalım : (A)'nın (B)'den 2. Ocak 1962 ödenmesi gereken % 5 faizli ve miktarı da 10.000 lira olan bir alacağı vardır. Fakat, (B) vadesinde borcunu ödeyemediğinden mütemerrit olmuş ve bu tarihten itibaren % 5 gecikme faizi işlemeğe başlamıştır (BK. 103; CO 104). (A), 2 Ocakta bu parayı tahsil edeceğinden emin olduğu için, daha önce, 4 Ocakta ödenmek üzere (C)'den 10.000 lira temin etmiştir. (A), alacağını vadesinde tahsil edemediğinden, 4 Ocakta tediye etmeğe mecbur olduğu borcunu ifade müşkül durumda kalmış ve (D)'den % 10 faizle 10.000 lira temin ederek (B)'ye olan borcunu ödemiştir (47). Misalimizde, borçlusundan % 5 gecikme faizi talep edebilecek olan (A), (D)'ye % 10 faiz ödeyecektir. Görülüyor ki, (A) bu olayda, % 5 fazla bir zarara, diğer bir ifade ile, **munzam zarara** maruz kalmış bulunmaktadır. Acaba, (A), (B)'den bu % 5 zararı talep edebilecek midir? Kanaatimize, (A), ancak, % 4 faiz talep edebilir. Gerçekten, Murabaha Nizamnamesine göre (Mad. 1), adi muamelelerde % 9 dan fazla faiz almak yasaktır. Alacaklının munzam zararının tamamı olan % 5 in borçludan tahsiline cevaz verilirse, Mura-

(45) SAVATIER, sh. 132.

(46) SCHNEIDER — FICK şu misali veriyor: «Bir işçinin ücretinin verilmemesi sebebiyle, bu işçi bir yere gidemiyor. Burada işçinin yaptığı masraflar karşılanmalıdır», Mad. 106, sh. 234; BALIS ise şu enteressan misali vermektedir: «alacaklı... hatta altın yüklü Pers donanmasının Salamin Denizinden çıkarılması teşebbüsüne iştirakine mani olduğunu iddia edebilir!», sh. 98.

(47) (A), temerrüt etse bile % 5 gecikme faizi ödeyeceğinden, % 10 faizle para temin edeceği yerde mütemerrit durumuna düşmesinin kendi lehine olacağı akla gelebilir. Böyle bir hareketin alacaklı üzerindeki neticeleri önemli olduğundan, borçlunun yukarıdaki şekilde davranmasında anormal bir durum yoktur. Hele ticaret hayatı göz önüne alırsa, temerrüdün aleyhe olan neticelerini çok daha büyük ve önemli olduğu görülür.

baha Nizamnamesindeki âmir hükmün ihlâl edilmesi neticesi ortaya çıkar. Başka bir deyişle, alacaklının âmir hüküm aksine yapmış olduğu bir muameleye meşruiyet verilmiş olur. İşte, bu sebep dolayısıyla, alacaklı munzam zarar olarak ancak % 9 ile % 5 arasındaki farkı, yani, % 4 ü talep edebilir. Kalan % 1 ise, kanunen himayeye lâyık olmayan bir zarar durumundadır. Aynı sonuca Ödünç Para Verme İşleri Kanununa tabi işler için de varılabilir. Yani bu gibi işlerde de munzam zarar olarak % 9 - 10,5 u (48) aşan miktarlar talep edilemez. Buna mukabil, Ödünç Para Verme İşleri Kanununa tabi olmayan ticari işlerde, munzam zararın miktarını sınırlayan bir hüküm yoktur (49).

Nihayet, munzam zarar, borcun yabancı para ile ödenmesinin söz konusu olduğu hallerde, bu yabancı para rayicinin düşmesinden de hasıl olabilir (50). İsviçre'de hakim görüşe göre, alacaklının yabancı parayı İsviçre parasına çevirmesinin esas olması (51) sebebiyle, bu gibi durumlarda, rayiç farkına eşit bir zararın meydana gelmiş olduğu yolunda bir karine mevcuttur (52). Bu karinenin aksi isabet edilebilir; bunun için bir zarar meydana gelmemiş olduğunun ve meselâ yabancı paranın İsviçre Frangına çevrilmeyeceğinin isbatı gerekir (53). Yabancı memlekette, bu memleket parasıyla ödenecek bir borcun bahis konusu olması halinde ise, böyle bir karine söz konusu değildir (54). Bu gibi hallerde, alacaklının, para zamanında ödenseydi bunu derhal İsviçre Frangına tahvil edeceğini (55) veya başka bir devlet parası üzerinden akdedilmiş

(48) Banka Kredilerini Tanzim Komitesinin 103 sayılı kararına göre; halen, ödünç para verme işlerinde alınabilecek azami faiz % 9 - 10,5 dur (RG: 25/V/1961 gün ve 10812 sayılı).

(49) Ayrıca bkz, TK. 8/III.

(50) OSER — SCHONENBERGER, Mad. 103, sh. 761; Mad. 106, sh. 768; DAEPEN — REYMOND: Le Code Fédéral des Obligations, Zurich 1937, Mad. 103, sh. 193; TANDOĞAN, sh. 489; KEMAL FİKRET ARIK: Borçlar Hukuku, I, Umumî Hükümler, Ankara 1964, sh. 182; GÖKTÜRK, sh. 263. Fransız hukuku için bkz, PLANIOL — RIPERT, sh. 212; CARBONNIER, sh. 537; G. HUBRECHT: Dépréciation monétaire et exécution des obligations, Répertoire Comaille, 1951, S. 1, sh. 1 - 4.

(51) OSER — SCHÖNENBERGER, Mad. 103, sh. 762.

(52) OSER — SCHÖNENBERGER, Mad. 106, sh. 768.

(53) OSER — SCHÖNENBERGER, Mad. 106, sh. 768.

(54) OSER — SCHÖNENBERGER, Mad. 103, sh. 762.

(55) DAEPEN — REYMOND, Mad. 103, sh. 193; JdT 1951 I 393.

diğer bir borcunu ifa etmek için kullanacağını isbat etmesi icab-etmektedir (56).

Munzam zararın muhakkak hükümden evvel tahakkuk etmesine lüzum yoktur (57). Gerçekten, BK. 105/II (CO 106/II) maddesine göre, «munzam zarar derhal (58) takdir olunabilir ise, hâkim, esasa dair karar verirken bu zararın miktarını dahi tayin edebilir».

Bu fıkra ile ifade edilmek istenen husus şudur (59) : Borçlunun temerrüdünün devam etmesi dolayısıyla, munzam zararın, hâkimin hüküm vermesinden sonra daha artması muhtemel ve bu müstakbel zararın miktarının hüküm anında tesbiti kabil ise, hâkim sadece o anda mevcut zararın tazminine değil, kabili tayin olan müstakbel zararın tazminine de karar verebilir (60).

V. BORÇLUNUN MUNZAM ZARARI ÖDEMECTEN KURTULMASI :

BK. 105/I (CO 106/I) maddesindeki ifadeye göre, borçlu kendisine hiçbir zarar kusur isnad edilemeyeceğini isbat edebilirse, munzam zararı ödemekten kurtulabilecektir.

Munzam zarar talebinde bulunabilmek için para borçlusunun kusurlu olduğunu isbata lüzum yoksa da (61), borçluya kusursuz-

(56) JdT 1951 I 393.

(57) SABRİ ŞAKİR — FUAT HULUSİ, sh. 253; GÜCÜN, sh. 410; Ayrıca bkz., OSER — SCHÖNENBERGER, Mad. 106, sh. 769. Aksi düşünce, SCHNEIDER — FICK, Mad. 106, sh. 234.

(58) Mehzadaki «à l'avance» ifadesi «derhal» olarak alınmıştır. Halbuki bu ifadeyi evvelden veya önceden şeklinde tercüme etmek gerekirdi. Bu sebeb dolayısıyla maddeyi «bu munzam zarar önceden takdir olunabilirse...» şeklinde anlamak gerekir. Bu husus için bkz, MARTIN, sh. 133 dipnot (2); OSER — SCHÖNENBERGER, Mad. 106, sh. 769; VELİDEDEOĞLU — KAYNAR, sh. 197; SAYMEN — ELBİR, sh. 747; VON TUHR, sh. 665 dipnot (29); BİRSEN, sh. 589.

(59) TANDOĞAN, sh. 489; Ayrıca bkz, TUNÇOMAG, sh. 548.

(60) BK. 105/II. (CO 106/II) maddesinin tarihi gelişmesi ve misalleri için bkz. OSER — SCHÖNENBERGER, Mad. 106, sh. 769; MARTIN, sh. 133 - 134; SABRİ ŞAKİR — FUAT HULUSİ, sh. 253 - 254; ROSSEL, Mad. 106, sh. 172.

(61) SABRİ ŞAKİR — FUAT HULUSİ, sh. 253; SAYMEN — ELBİR, sh. 747; VELİDEDEOĞLU — KAYNAR, sh. 197; BİNATLI, sh. 243; SCHNEIDER — FICK, Mad. 106, sh. 234.

luğunu isbat ederek munzam zararı ödemekten kurtulmak imkânı verilmiş bulunmaktadır. Meselâ, borçlu, borcunu tam vaktinde ifa edeceği sırada evinin veya yazıhanesinin başkası tarafından ıka edilen bir yangın veya bir yıldırım sebebiyle paralarla beraber yanmış olduğunu (62), vadede tediyede mani olan bir kazaya maruz kalmış olduğunu (63), parasının kusuru olmaksızın kaybolduğunu (65), borca vakıf olmadığını ve bu vukufsuzluğunun mazur bir sebebe müstenit bulunduğunu (66), zamanında göndermiş olduğu paranın, kendisinin mesul olmadığı bir olay dolayısıyla alacaklıya geç vasıl olduğunu (67) isbat edebilirse, munzam zarar talebinden kurtulabilecektir (68). Buna mukabil, borçlunun, parasının olması kaideten kusursuzluk sayılmaz (69).

VI. MUNZAM ZARAR TALEBİ VE HESABI :

Munzam zarar, gecikme faizi ile beraber talep edilebileceği gibi, yalnız olarak da talep edilebilir. Gerçekten, alacaklının, mütemerrit borçlunun gecikme faizini de kapsayan ifasını kabul etmesi, onun munzam zarar talebinden feragat ettiği manasına gelmez. BK. 113/II. (CO 114/II) maddesi hükmü, maddeden de anlaşılacağı gibi, **faiz** hakkında uygulanacağından, faiz mahiyetinde olmayan munzam zarar hakkında uygulanamaz. Diğer taraftan, alacaklı, BK. 113/II. (CO 114/II) maddesinde sayılan hususların bulunmadığı bir durumda sadece ana borcu tahsil etmişse, gecikme faizine

-
- (62) SABRİ ŞAKİR — FUAT HULUSİ, sh. 253; ROSSEL, Mad. 106, sh. 172; SAYMEN — ELBİR, sh. 747.
- (63) ROSSEL, Mad. 106, sh. 172.
- (64) SAYMEN — ELBİR, sh. 747.
- (65) SAYMEN — ELBİR, sh. 747.
- (66) VON TUHR, sh. 665 dipnot (30); ARSEBÜK, sh. 857 dipnot (36); OSER — SCHÖNENBERGER, Mad. 106, sh. 768.
- (67) VON TUHR, sh. 665 dipnot (30); OSER — SCHÖNENBERGER, Mad. 106, sh. 768.
- (68) Yargıtay da, muhtelif kararları ile BK. 105 (CO 106) maddesindeki hükmü teyit etmiştir: YTD. 20/V/1954 gün ve E. 54—6132/K. 5713 sayılı kararı, OLGAC, sh. 963, No: 1665; YTD. 1/IV/1954 gün ve E. 53—1567/K. 2751 sayılı kararı, SUNGUR — BORAN, sh. 236.
- (69) OSER — SCHÖNENBERGER, Mad. 106, sh. 768; VON TUHR, sh. 665 dipnot (30); ARSEBÜK, sh. 857 dipnot (37).

ilişkin hakkını kaybetmiş olacağından (70), gecikme faizi talep edemezse de, munzam zarar talebinde bulunmasında bir engel yoktur.

Munzam zararın hesabına gelince, munzam zararın miktarını hesap etmek için, paranın geç ifasının alacaklıya verdiği zarardan gecikme faizi miktarını düşmek gerekir. Meselâ borçlunun temerrüdü sebebiyle, kendi borcunu ödeyebilmek için % 9 faizle borç para almak mecburiyetinde kalan alacaklının munzam zararı % 9 % 5 (gecikme faizi) = % 4 dür. Diğer taraftan, temerrüt sebebiyle 1000 liralık bir kâr mahrumiyetine maruz kalırsa ve fakat gecikme faizi miktarı 100 lira olsa, munzam zarar $10000 - 100 = 900$ lira demektir (71).

Alacaklı, şayet hem gecikme faizi ve hem de munzam zarar talebinde bulunmuşsa, hükümde, gecikme faizi ve munzam zarar miktarları ayrı ayrı hesaplanarak gösterilmelidir. Alacaklı yalnız munzam zarar talebinde bulunur veya gecikme faizi talep hakkı düşmüş olursa, yukarıdaki esasa göre yapılacak hesaplamadan sonra, yalnız munzam zarara hükümlenir (72).

VII. S O N U Ç :

Munzam zararın karşılanmasının sakıncalarını belirten görüş (73), şüphesiz ki, bazı hakikatleri aksettirmektedir (74). Fakat,

(70) ÖÇAL, sh. 100 - 101.

(71) Y4HD. 6/III/1958 gün ve E. 8762/K. 1191 sayılı kararı : «...mahkemenin temerrüt faizlerini, mahrum kalan kâra ait tazminattan indirmesi icap eder», OLGAÇ, sh. 962, No: 1661.

(72) Munzam zararın tesbit edilebilmesi için, gecikme faizinin geç ifanın meydana getirdiği zarardan düşülmesi keyfiyeti, bilhassa bu halde önem kazanmaktadır. Gecikme faizi talep hakkının düştüğü hallerde böyle bir işlem yapılmazsa, BK. 113/II. (CO 114/II) maddesi hükmü ihlâl edilmiş olur.

(73) Bkz. (II).

(74) Söz konusu sakıncaları dikkate alan BALIS, bir orta yol olarak şunu teklif etmektedir (sh. 103 - 104) : «Bize göre *müşbet zarar* (dominum emergens) ve *menfi zarar* (lucrum cessans) arasında bir ayırma yapılırsa, mesele çok daha doğru ve âdil bir şekilde halledilmiş olacaktır... Hareket noktası olarak bu fark nazara alınırsa, borçlanılmış paranın ödenmesindeki gecikmenin sebep olduğu « b ü t ü n m ü s b e t z a r a r » m telâfi edilmesinin gerekeceği kabul edilmelidir... Bu halde zararın mevcudiyetinin ve nisbetinin tahakkuku *nisbeten kolay* ve doğrudan doğruya bu zarara sebebiyet veren olaylara bağlıdır... Buna mukabil menfi zararın bahis konusu olması halinde, durum başkadır, burada tazminat ödemedeki gecikmenin hifeli bir manzara arzettiği hal hariç bırakılırsa, kanunî faiz miktarını aşmamalıdır».

mesele Türk hukukunda (75) nazara alındığında, söz konusu sakıncaların korkulacak kadar büyük bir önemi olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Gerçekten, BK. 105. maddesine ilişkin mahkeme kararlarının azlığı, ancak hakiki zarar hallerinde sözü geçen maddeye müracaat edildiği kanaatini uyandırmaktadır. Faize ilişkin sınırlayıcı hükümleri de, hileli hareketlere sapmayı önleyen bir engel olarak mütalâa etmek yanlış olmaz (76). Nihayet, munzam zararı karşılayabilmek imkânının verilmesinin, BK. 96 ve 101. (CO 97 ve 102) maddeleriyle konulan sistemin tabii bir sonucu olduğu da hatırlanmalıdır. Paradan başka borçların ademi ifası veya temerrüdü söz konusu olduğunda, zararın tamamının giderilebilmesi imkânı mevcut oldukça, konusu bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan borçlarda, alacaklıyı, sadece gecikme faizi ile tatmin etmek, başka bir ifade ile, alacaklıyı bu faizin karşılayamadığı zararın tazmini imkânından mahrum bırakmak, isabetli bir düşünce olarak kabul edilemez.

(75) MONTEL, Türk/İsviçre sistemini tenkit etmektedir. Bkz, No: 4.

(76) Bkz, (IV 2).