

# HUSUSI HUKUK

## SENEDLE İSPATA İMKÂN BIRAKMAYAN MÜCBİR SEBEB VE FEVKALÂDE HALLER

Yazan: Prof. Dr. Necmeddin M. BERKİN

Sened alınması mümkün olmayan veya fevkalâde müşkül olan, yangın, deniz kazası, düşman istilâsı gibi bazı haller senedle ispat mecburiyeti kaidelerini daraltmış ve bu hallerin mevcut olduğu zamanlarda yapılan muamelelerin veya senedin bu haller dolayısıyla ibraz edilemediğinin isbatı hususunda şahit ikamesine müsaade edilmiştir (bkz. HUMK. m. 293, b. 3). Gerçekten, kanun, normal şartlar altında sened alınmış olduğu halde beklenmeyen «nâgihani» bir hâdise veya mücbir sebep ile senedin sahibi yedinde veya alacaklının elinde bulunmaması yahut her ne suretle olursa olsun usulen tevdi edilmiş olduğu resmî memurun nezdinde kaybedilmiş olduğunun anlaşılması halinde dahi davanın şahitle ispatına cevaz vermiştir (bkz. HUMK. m. 294) (1). Böylece, «mücbir sebep ve fevkalâde haller» hukukun tekmil dallarında olduğu gibi, medenî usul hukukunda da önemli bir konu teşkil etmektedir. Ancak, derhal işaret edelim ki, bu konu medenî usul hukukunda yalnız sened alınması mümkün olmayan hallerde yapılan veya senedin ibraz edilemediği

---

(1) Bk. N. M. Berkin, Senedle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları, İHFM, 1950, C. XVI, Sy. 3-4, shf. 799.

Bu halde Yargıtay, yemin tevcihini de isabetli saymaktadır. Yargıtaya göre, sened ibrazı hususunda imkânsızlık yaratan nâhigânî veya beklenmeyen hâdisenin ispatı için şahadete müracaat edilemiyorsa yemin teklif edilebilir.

Davalı tarafından verilmiş olan senedin aynı senedle ilgilenen bir üçüncü şahıs tarafından ansızın yırtılması hâdisesinde Yargıtay, «sened muhteviyatı durumuna göre yemin tevcih edilmesinin doğru» olduğunu mülâhaza etmiştir (Y. III. HDK. 27.9.1951, E. 12441, K. 4574; T. Atasayan, Hukuk Muhakemeleri Usulü İçtihatlar Külliyyatı, İst. 1954, shf. 459).

muamelelerin isbatı yönünden değil, hemen tekmil usulî muameleler açısından tedkike değer bir bahis teşkil etmektedir. Bu cümleden olmak üzere, meselâ dava ikame edildiğinin her türlü delil ve bilhassa şahitle isbat olunabilmesi için, davanın ikame edilmiş olduğuna delil teşkil eden belgelerin, ezcümle esas defterindeki kaydın, hâkimin havale tarihini ihtiva eden meşruhatı taşıyan dava dilekçesinin veya harç pulları üzerine vaz'edilmiş olan tarihlerin mücbir sebeple kaybolmuş veya hasara uğramış olması lâzımdır (2).

Gene medenî usul hukukuna ilişkin diğer bir örnek olarak, cevap lâyihasının davalının iradesi dışında kalan fevkalâde bir hal sebebiyle tayin olunan müddet içinde tanzim edilememesinin davalıya usulî bir sorumluluk yüklediği gösterilebilir. Kanun, bu halde, davalıya cevap lâyihasını tanzim edebilmesi için hâkim tarafından yeni bir müddet verilmesini uygun görmüştür (bkz. HUMK. m. 197) (3). Esasen, umumiyetle usulî muamelelerin tâbi olduğu müddetlere fevkalâde hal sebebiyle riayet edilememesinde alâkalıya sorumluluk yüklenmemiştir. Gerçekten, kanunî süreye riayet edilmediği için sâkıt olan bir usulî muameleyi yapabilmek hakkının *eski hale getirme yolu* ile tekrar kullanılabilmesi için kanunen aranan şartlardan başta geleni, muayyen mühlet içinde muameleyi yapmaya mecbur olan kimsenin veya vekilinin tutuklanmış yahut işlerini göremeyecek derecede hastalanmış olması gibi arzu ve ihtiyarı dışındaki bir sebeple muameleyi yapamamış olmasıdır (4).

Takip hukukunda da, mücbir sebep dolayısıyla müddeti içinde itiraz edemeyen borçlunun itiraz hakkı mahfuz tutulmuştur (bkz. İİK. m. 60, b. 3; m. 65); şöyle ki, itiraz hakkının tâbi olduğu yedi günlük müddet amme intizamından olduğu ve müddetin geçmesile bu hakkın düşmesi gerektiği halde (bkz. İİK. m. 20), mücbir sebebin mevcudiyeti halinde, vazı kanun, *gecikmiş itiraz yolunu* açmış ve kusuru olmaksızın bir mâniî sebeple müddeti içinde itiraz edeme-

(2) Bkz. N. M. Berkin, Medenî Usul Hukuku Esasları, İst. 1969, shf. 89.

(3) Bkz. N. M. Berkin, s.g.e., shf. 93.

(4) Bu konuda Yargıtay, taraflardan birinin yolculuk ettiği trenin gecikmesi dolayısıyla muhakeme celsesine yetişememesini bir mücbir sebep sayarak buna dayanan eski hale getirme talebini kabul etmiştir (bkz. 7. HDK. 30.4.1956 17780/5042; R. Ersoy, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1966, shf. 169-170; B. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü. Ankara 1968, shf. 693/94, Not 2.

miş olan borçlunun paraya çevirme muamelesi bitinceye kadar itirazda bulunabileceğini kabul etmiştir (5).

Bu yola mücbir sebeple yedi günlük şikâyet müddetine riayet edilememesi, meselâ icra memuru tarafından gereken araştırmada bulunulmaksızın yapılan ilânen tebligatın iptali için yedi günlük kanunî müddet içinde icra tedkik mercii nezdinde şikâyet hakkının kullanılamaması halinde de gidilebilir (6).

Burada, akla bir soru gelebilir: Madem ki, mücbir sebep ve fevkalâde hal, sürelerle riayetsizliğin sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır, acaba işlemekte olan zamanaşımı süresini de durdurabilir mi?

Bu hususta kanunda sarahat yoktur. İsviçre Borçlar Kanununun 134 üncü maddesinin karşılığı olan Borçlar Kanunumuzun 132 nci maddesi zamanaşımı süresini durduran sebepleri tahdidî olarak saydığından, bunların ve Medenî Kanunda zikredilen diğer hallerin kıyasen genişletilmesi mümkün değildir. Halbuki, Alman Medenî Kanununda kabul edildiği gibi, buna imkân verilmesi, ezcümle mücbir sebebin zamanaşımı süresini durduracağına kabul edilmesi adalete ve bu müessesenin anlamına daha uygundur (bkz. AMK. m. 203).

Mücbir sebep ve fevkalâde haller çok kere davanın görülmesine de mâni olur ve Yargıtayın merci tayinine veya davanın Adalet Bakanı tarafından nakline sebep teşkil eder (bkz. HÜMK. m. 25) (\*).

Klâsik kusur nazariyesine göre medenî sorumluluğun doğması, zarar, hatâ veya kusur ve kusur ile zarar arasında sebebiyet ilişkisinin bulunmasına, yani zararın davalının kusurlu fiilinden ileri gelmesinden ibaret üç ayrı unsurun birlikte tahakkuk etmesine bağlıdır. Şayet zarar davalının fiilinden değil de zarar görenin veya üçüncü bir şahsın fiilinden ileri geliyorsa, bu takdirde sebebiyet ilişkisi mevcut olmadığından, sorumluluk söz konusu olamaz. Fakat, sebebiyet ilişkisinin mevcut olmayışı, yalnız zararın davalılardan gayri diğer bir şahsa atfedilmesi mümkün olduğu hallere münhasır değildir. Zararın hiç kimsenin fiili olmayan bir sebepten ileri gelmesi de mümkündür. Bu halde, zararın sebebi herhangi bir kimseye olduğu gibi davalıya da yabancı olduğu için, fevkalâde hal veya mücbir sebebin mevcudiyeti kabul edilir ve davalı tazminat ile sorumlu tutula-

(5) Bkz. N. M. Berkin, İcra Hukuku Dersleri, İst. 1969, shf. 38-B shf. 41, No. 71, shf. 164, No. 331, 332.

(6) Bkz. N. M. Berkin, s.g.e. shf. 160, No. 319.

(\*) Bkz. 45 Sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanunu (RG. 25.4.1962) madde 96; N. M. Berkin, s.g. Usul Kitabı, shf. 85, No. 2.

maz; zira, medenî sorumluluğun mevcut olması için sâdece davacının bir zarara mâruz kalması değil, fakat aynı zamanda bu zararın diğer bir şahsa (mutazarrıra veya üçüncü bir şahsa) veya bir mücbir kuvvet hâdisesine isnad edilmemesi gerekir.

Çok defa, mücbir kuvvet hâdisesi zararın birinci sebebi (cause première) ise, davalının fiili bunun ikinci sebebini (cause seconde) teşkil eder ve bundan dolayı zarar gören şahıs davalıya müracaat etmektedir (7). Bir evi yıkan yer sarsıntısı, ağaçları deviren fırtına, ekinleri mahveden su baskını gibi mücbir kuvvet hâdiseleri bir kimseye doğrudan doğruya zarar verirse, tabii zarar gören şahıs kimse-den tazminat talep edemez.

Demek oluyor ki, tatbikatta sorumluluk meselesi, ancak bir kimsenin mücbir kuvvet hâdisesi sebeble başka bir şahsa zarar ika ettiği takdirde söz konusu olabilir. Şüphesiz ortada birinci şahsın bir fiili mevcuddur, fakat bu şahıs kadere âlet olmuştur, fiil hakikatte onun fiili değil, mücbir kuvvetin fiilidir. Zararın hakikî sebebi ve netice itibarile medenî sorumluluk bakımından yegâne nazarı itibara alınacak sebep, mücbir kuvvet hâdisesidir. Zarar davalıya yabancıdır, binaenaleyh sebebiyet ilişkisi mevcut değildir. Bir borçlunun mücbir sebep dolayısıyla taahhüdünü ifa edemediği her halde durum böyledir. Şüphesiz ki, borçlu borcunu ifa etmemekle alacaklıya bir zarar iras etmiştir, fakat borcun ademi ifası borçlunun kusurundan ileri gelmemiştir. Haksız fiil alanında da durum aynıdır.

Mücbir kuvvet tesiri altında hareket eden kimsenin sorumluluktan kurtulmasının zarurî olduğu eskidenberi kabul edilmiştir. Maa-mafih, bu zaruret ancak zarar gören şahsın davalının kusurunu ispat etmeden tazminat talep edebileceğinin kabulü ile açıkça belirlemiştir. Gerçekten, zarar gören şahsın, kendisinden tazminat talep ettiği kimsenin kusurunu ispatla mükellef olduğu hallerde, mücbir kuvvet meselesinin önemi ilk nazarda anlaşılabilir. Madem ki, davacı diğer tarafın kusurunu ispat edecektir, edemezse bir talepte bulunamaz, denilebilir. Bilâkis, akdî sorumlulukta, başkasının fiilinden dolayı cürmî sorumluluk hallerinde olduğu gibi, bir sorumluluk karnesinin mevcut olduğu ve davalının kusuru olmadığını isbat ederek sorumluluktan kurtulamıyacağı hallerde, mücbir kuvvet kavramının önemi belirlemiştir.

(7) Mazeaud (H. et L.) *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris 1949, 4 e éd. T. II, p. 466.

Her şeyden evvel, mücbir kuvvetin ne zaman mevcut olduğunu tesbit etmek gerekir. Bu hususta bir çok kanunda boşluklar vardır. Kanunlarımızda da fevkalâde hal ve mücbir sebepten bahsedilmekle beraber bu terimlerin ifade ettikleri anlamlar üzerinde durulmamış ve bunların tarifleri verilmemiştir. Bu sebeple, mücbir kuvvetin vasıflarının içtihadlardan çıkarılması gerekmektedir. Fakat, bu vasıfları tesbit etmeden önce önemli bir soru hatıra geliyor:

Mücbir kuvvet veya fevkalâde hal birbirine bağlı veya birbirini tamamlayan «müteradif» kavramlar mıdır, yoksa davalıyı sorumluktan kurtaran iki ayrı olayı mı ifade etmektedir?

Bu iki terim, muhtelif modern kanunların bazılarında müteradif, yani birbirine bağlı veya birbirini tamamlayıcı, bazılarında ise birbirinden müstakil ayrı iki kavram gibi görünüyor. Meselâ, Alman Medenî Kanunu bu terimleri birbirinden ayırmıştır, bazı maddelerinde mücbir sebepten (Höhere Gewalt), diğer bazı hükümlerinde ise yalnız fevkalâde halden (Ausnahmezustand) bahsetmektedir. Keza, İsviçre Borçlar Kanununun Almanca metninde bu iki terim birbirinden ayrı olarak kullanılmıştır; fakat, mehzamız olan bu kanun etrcüme edilirken ıstılâhlardaki yeknesaklık muhafaza edilmiyerek (Höhere Gewalt - force majeure) bazen mücbir kuvvet, mücbir sebep veya esbabı mücbire ve hattâ bazen Almanca metnin (Aussergewöhnliche Umstände) terimi karşılığı olmak üzere «ahvali fevkalâde» diye tercüme edilmiştir; (Zufall — cas fortuit) terimleri de bazen mücbir sebep (bkz. BK. m. 252), bazen kaza veya kazara yahut kazaen (bkz. BK. m. 102, 204, 268, 300; 370; 382; 411/3; 465/2; 505/2) ve nihayet bazen de fevkalâde haller, ahvali fevkalâde, borçluya isnad olunamayan haller (bkz. BK. m. 117) diye dilimize çevrilmiştir.

Fransız Medenî Kanununa gelince, bazı hükümlerde her iki terim birlikte (Code Civ. Fr. m. 1148, 1348, 1733), bazen de yalnız mücbir kuvvet (Code Civ. Fr. m. 1302, 1631, 1647, 1722, 1730, 1754 - 55) terimi kullanılmıştır.

Fransada kanun vazınının bu konudaki amacı hukukçular arasında tartışma konusu olmuştur. Hukukçulardan bazıları bu iki terimin aynı şeyi ifade ettiklerini kabul ederek vazı kanunun da bunu kastedtiğini söylemişler, diğer bazıları ise bunların kesinlikle birbirinden ayrıldığını iddia etmişlerdir. Bu hususta hukukçular arasında ihtilâf olmasına rağmen jürisprüdansta blâkis birlik bulunduğu söy-

lenebilir. Nâdir kararlardan sarfınazar, mahkemeler mücbir kuvvet ile fevkalâde hal arasında bir ayırım yapmamakta, bu iki terimi birbirine muadil ve birbirinin müteradifi telâkki ederek kararlarında bunlardan herhangi birini kullanmaktadırlar (8).

Doktrinde, fevkalâde hal ile mücbir sebebi birbirinden ayrı veya birbirine muadil sayan bazı teoriler ileri sürülmüştür:

Mücbir sebebi fevkalâde halden ayıran teoriyi savunan müellifler bu hususta muhtelif kıstaslar kabul etmişlerdir, ezcümle bunlardan bazıları fevkalâde halde, meselâ su basması, yer sarsıntısı, yer kayması gibi «bir zarar iras eden tabiî bir hâdise», mücbir kuvvette ise, «tabiî bir hâdise değil, fakat zarar gören şahsın zararın sorumluluğunu kendisine yüklemek istediği şahıstan başka bir şahsın iradesinden sâdır olan bir hâdise» mahiyeti görmektedirler. Bunlara göre, meselâ kanunun veya kanunî bir otoritenin emri veya yasağı dolayısıyla bir mükellefiyetini yerine getiremeyen kimse, bu duruma kendi kusuru ile değil, başkasının iradesile düşmektedir (9).

Diğer bazı müellifler, hâdisenin önemine değer vererek en önemli hâdiseleri mücbir kuvvet halleri, daha az önemli hâdiseleri ise fevkalâde hal saymışlardır.

Daha başka müelliflere gelince, bunlar da sözü geçen terimlerin tam mânalarını araştırarak «mücbir kuvvet» teriminin davalının mâruz kaldığı zoru (contrainte) gösterdiğine işaret etmişler, «fevkalâde hal» teriminin ise, hâdisenin evvelden tayin edilemeyecek mahiyette olduğunu gösterdiğini kabul etmişlerdir (10).

Beraat sebeplerini çoğaltmak isteyen bazı müellifler mücbir kuvvet teriminin hâdisenin «karşı konulamaz» nitelikte (irrésistible), fevkalâde hal teriminin ise «evvelden tahmin edilemez» (imprévisible) nitelikte olduğunu tazammun ettiklerine dikkati çekerek davalının sorumluluktan kurtulması için bu iki vasfın aynı hâdisede birleşmesi elzem olmayıp, iki terimin «mukavemet edilemeyen veya karşı konulamayan hâdiseler» ve «tahmin edilemeyen hâdiseler» den teşekkül eden ve her ikisi de sorumluluğu kaldıran ayrı iki kategoriye ifade ettikleri neticesine varmışlardır. Bu yolda düşünenler sözü

(8) Bkz. H. Lalou, *Traité de la Responsabilité Civile*, Paris 1942, p. 199; Mazeaud (H. et L.) s.g.e., p. 471.

(9) Bkz. Beudant, *Cours de Droit Civil Français*, Paris.

(10) Bkz. Radouant, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris 1920.

edilen iki terimi birbirine muadil farzetmemekle beraber, fevkalâde halin de mücbir sebep gibi tahmin edilemeyen ve bertaraf olunamayan bir hâdiseye istinad ettiğini kabul etmektedirler.

Bu son görüş gibi, *A. Colin ve H. Capitant* tarafından ileri sürülen ayırım da davalının sorumsuzluğunu gayet geniş bir surette kabul ettirmek sonucuna varmaktadır. Bu müellifler, fevkalâde halde «ifa hususunda nisbî bir imkânsızlık, yani borçlunun ister sırf faaliyetine, ister alelâde bir *bonus pater familiae* gibi hareket etmesine mâni olan, fakat daha iyi teçhiz edilmiş bir iradenin yenebileceği bir imkânsızlık», mücbir kuvvette ise «yenilemeyecek, tahmin edilmeyen ve edilmesi mümkün olmayan bir maniadan ileri gelen yer sarsıntısı, harp hali, tabiî âfetler ve fırtınalar gibi mutlak bir imkânsızlık» bulunduğunu kabul ederler. Mutlak imkânsızlığın elzim olduğu istisnaî bazı hallerden sarfınazar, bunlara göre, nisbî ve mutlak imkânsızlık aynı derecede davalıyı sorumluluktan kurtarır (11).

Bu tezin aksine olarak risk nazariyesi taraftarlarınının teklif ettikleri bir ayırım şekli daha vardır. Bunların amacı da davalıyı sorumluluktan kurtaracak olan hâdiselerin adedini mümkün olduğu kadar azaltmaktır. Bu ayırım, ilk defa Alman hukukcusu *Exner* tarafından «Nakliye Mukavelelerinde Mesuliyet» adlı eserinde teklif edilmiş ve sonradan *Josserand, Saleilles, Chauveau* gibi bir çok tanınmış Fransız müellifi tarafından ele alınmıştır.

*Exner*, mücbir kuvveti bir beraat sebebi saymakla beraber, fevkalâde halin böyle olmadığını açıklamaya çalışarak bunun ancak işletmenin veya teşebbüsün dışında muayyen bir önemi haiz olduğu takdirde mücbir kuvvet teşkil edebileceğini söylemektedir. Bu iki unsurun, yani «işletmenin veya teşebbüsün dışından gelme» ve «önem» unsurlarının birleşmesi, beraat sebebine sorumluluktan kurtarma vasfını verir. Bu iki unsur birleşmediği takdirde, fevkalâde hal belki mevcuttur, fakat davalıyı sorumluluktan kurtarmaz.

Fransa'da *Exner*'in teorisini biraz değiştirerek kabul eden *Josserand*, mücbir kuvvet ile fevkalâde hal arasında bir derece (intensité) farkı değil, bir mahiyet farkı söz konusu olduğunu söylemekte ve mücbir kuvvetin ayırıcı vasfını bilhassa «dışardan gelme»de görmektedir. *Josserand*, bu iki terimi şu şekilde tarif etmiştir: «Mücbir sebep iki hasmın muhitinde dışardan içeriye hücum eden kuvvettir,

(11) Bkz. *A. Colin et H. Capitant, Cours Élémentaire de Droit Civil Français, Paris 1953, T. 2, p. 90, No. 126.*



fırtına, su basması gibi. Fevkalâde hal ise, bilâkis, işletmenin veya teşebbüsün içinde husule gelen anonim bir hâdisedir, yangın, kazan patlaması gibi». Böylece, mücbir kuvvet mukadderata tâbidir; Fevkalâde hal ise, insan ile tabiat kuvvetlerinin, tesadüfün işbirliğinden doğar (12).

Risk teorisi taraftarlarına göre, fert yarattığı bütün risklerden mesul olacağı için yalnız mücbir kuvvet halleri onu sorumluluktan kurtarabilir; sâdece fevkalâde hal varsa, sorumluluk da vardır.

Çok taraftarı bulunmakla beraber, yukarıda esaslarını kısaca belirttiğimiz teoriler şiddetli tenkidlere mâruz kalmışlardır.

Fevkalâde hal ile mücbir sebep ayırımına karşı olanlara gelince, bunlardan *Leon* ve *Henri Mazeaud* bu yoldaki ayırımı tamamen reddederek bunun her şeyden evvel vazı kanunun arzusuna uymadığını iddia etmişlerdir (13). Onlara göre, tahmin olunamamak, mukave-met edilememek, nisbî imkânsızlık, mutlak imkânsızlık gibi başka başka karakterler arzedenden ve birbirinden ayrı mücbir kuvvet ve fevkalâde hal diye sorumluluğu bertaraf edici iki ayrı hâdise kategorisi mevcut değildir.

Şüphesiz daha Roma Hukukunda, *vis major* terimi, önüne geçilememek, *casus fortuitis* ise tahmin edilememek vasıflarını belirtiyorlardı; fakat, bir hâdisenin sorumluluktan kurtarılabilmesi için bu iki vasfın birleşmesi aranıyordu. Eski Fransız Hukukunda da durum böyle idi.

*Mazeaud*'lara göre, kanunlarda bu hususta bir tarifin bulunmaması bu vaziyetle izah edilebilir. Bu kavramlar eskidenberi bilindikleri içindir ki, kanun koyucuları bunları ayrıca tarife lüzum görmemişlerdir. Fransada *Lalou*, *Gardenat* ve *Salmon-Ricci* gibi müellifler de aynı fikirlere katılmışlardır. O kadar ki, bu son müellif bu iki kavramı aynı tarif içinde birleştirmiştir. Ona göre, mücbir kuvvet veya fevkalâde hal, tabiat kuvvetlerinden veya sorumlu olmayan şahısların fiillerinden husule gelen hâdiselerdir (14).

Türk doktrininde, bu son mütaleaların aksine, sözü geçen iki kavramın kanunlarda hemen daima aynı hükümlere tâbi tutulmuş olmasına rağmen ayrı ayrı anlamlara geldikleri umumiyetle kabul

(12) L. Jossierand, Cours de Droit Civil Positif Français, T. II, p. 268.

(13) Mazeaud (H. et L.), s.g.e., p. 474.

(14) Bkz. L. Gardenat et Salmon - Ricci, De la Responsabilité Civile, Paris 1927, p. 23.

edilmektedir. Bazı müellifler, Fransız hukukçusu *Josserand*'ın fikrine uygun olarak, mücbir sebebin «işe yabancılığı»ndan, fevkalâde halin ise «faaliyet muhitinin içinde husule gelme»sinden bahsetmektedirler (15).

Diğer bazıları, bu kavramlar arasında bir mahiyet farkından ziyade bir şiddet farkı görmekte ve mücbir kuvvetin «yenilememek» karakterine işaret ederken fevkalâde hali büyük bir gayret sarfile yenilebilecek olan bir hâdise olarak nitelendirmektedirler. Prof. *Göktürk*, bu şiddet farkını şu suretle ifade etmektedir: «Mücbir kuvvet ile fevkalâde hal arasında bir umum ve hususu mutlak vardır, yani fevkalâde hal mücbir kuvvet değildir, fakat her mücbir kuvvet bir fevkalâde haldir» (16).

Gerçekten, mücbir kuvvet ve fevkalâde hal terimlerinin tam mânaları nazara alınacak olursa, mücbir kuvvet terimi bilhassa mâruz kalınan zoru ve imkânsızlığı belirtmektedir. Mücbir kuvvet halinde davalı mukavemet edemediği bir kuvvetle karşılaşmıştır. Buna mukabil, fevkalâde hal terimi, daha ziyade hâdisenin evvelden tahmin edilemeyecek mahiyette ve âdet dışı olduğunu göstermektedir. Prof. *Göktürk*'ün de işaret ettiği gibi, fevkalâde halde bir umumîlik ve yenilebilmek ihtimali vardır. Her fevkalâde hal borçluyu borçtan kurtarmaz. Harp hali veya düşman istilâsı bir fevkalâde haldir (bkz. HUMK. m. 293, b. 3), fakat sorumluluğu ortadan kaldırabilmesi için, borcun, mükellefiyetin edâsını imkânsız bir hale getirmesi lâzımdır. İşte, böyle mukavemet edilemez bir dereceye geldiği ândan itibaren fevkalâde hal bir mücbir sebep mahiyetini iktisap eder ve sorumluluğu ortadan kaldırır. Demek oluyor ki, fevkalâde halin bu neticeyi husule getirebilmesi için bir mücbir kuvvet hâdisesinin unsurlarını arzetmesi gerekir.

Bu tarzda bir ayırım kabil olmakla beraber, bu hususta kesin bir kıstas tespit etmek mümkün değildir. Umumiyetle, kanunlar bu iki kavram hakkında aynı hükümleri vazetmekte ve mücbir kuvvetin veya fevkalâde halin mevcudiyetinin ispatı ile sorumluluğun kalkacağını kabul etmektedirler. Bu sebeptendir ki, böyle bir ayırımın pratik bir faydası olmadığı söylenebilir. Ancak, prensip bu olmakla bera-

(15) N. İ. Poroy, Hukukî Mes'uliyetler Hakkında Bir Tedkik, İBM, 1934/35, Eylül - Ekim. shf. 4449.

(16) H. A. Göktürk, Türk Hususî Hukukunda Mücbir Kuvvet ve Fevkalâde Haller, Adliye Ceridesi, Mayıs 1936, shf. 1164 - 65.

ber, bazı faraziyelerde, istisnaen, mücbir kuvvet sebeble sorumluluktan kurtulan borçlu sâdece fevkalâde bir halin mevcudiyetile borcundan kurtulamaz. Bu itibarla, iki kavramın ayırd edilmesi tamamen faydasız değildir. (17).

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, mücbir kuvvet ve fevkalâde hal kanunlarımızda muhtelif yerlerde söz konusu edildiği halde tarif edilmemiştir. Bu sebeple, bunların unsurları ancak ilmî içtihadlarda yer alan tariflerden çıkarılabilir.

İlk unsur olarak, borcun ifa edilmesine mâni olan hâdisenin *borçluya isnad olunamamasını* kaydedebiliriz (bkz. BK. m. 96, 117). Prof. *Tekinay*'ın haklı olarak işaret ettiği gibi, «mantık kurallarına veya tabiat kanunlarına göre gerçekleşmeyecek olan olaylar»dan ibaret bir imkânsızlığın objektif veya sübjektif, yani herkes hakkında veya yalnız borçlu bakımından ortaya çıkması önemli değildir. Önemli olan, akit yapıldıktan sonra ortaya çıkan imkânsızlığın borçlunun kusuruna dayanmış olmasıdır (18). Aksi takdirde, yani borçlu hâdiseye kendi kusuru ile sebebiyet verdiyse veya hâdisenin vukuuna yardım ettiyse, alacaklının mâruz kaldığı zararın hakikî sebebi odur ve sorumlu olması lâzım gelir.

Hangi hallerin borçluya isnad olunabileceği meselesi Borçlar Kanununun 41 inci maddesi hükmüne tâbidir. Bazı hallerde borcun ifa edilmemesi alacaklıya isnâd edilir. Meselâ, satılan bir eşyayı kaldıracak olan alacaklı bunu ihmal eder ve eşya yanarsa, bu hâdiseye borçluya isnâd edilemez.

Diğer bir misal olarak, bina sahibinin sorumluluğunu ele alırsak, zarara sebep olan binadaki hasar, su basması, yer sarsıntısı, yıldırım düşmesi gibi fevkalâde bir hal veya mücbir bir kuvvetten ileri geliyorsa, bina sahibi sorumlu olmaz; fakat, bu hasardan zarar gören

---

(17) Fransada, mahkemeler, bir iş kazasının fevkalâde halden, bu meyanda işletmeye ait bir rizikodan, meselâ kazan patlamasından, ileri geldiği hallerde patronu kanunun tâyin ettiği tazminatı ödemekle mükellef tutmuşlar; buna mukabil, kazaya bir mücbir kuvvet, meselâ kasırga, yer sarsıntısı gibi bir tabii âfet sebep olmuşsa patronun zarar ziyanla mesul olmadığına karar vermişlerdir.

Aynı esasa uygun olarak, 13 temmuz 1930 tarihli Kanun da, sigortacıları, harb ve tabii âfetler gibi mücbir sebepler dışında sâdece fevkalâde hallerin doğurduğu zarardan sorumlu tutmuştur (bkz. *Colin - Capitant*, s.g.e., shf. 91, No. 127).

(18) *S. S. Tekinay*, Borçların İfasi, İhlâli, Sona Ermesi ve Özel Nevileri, İst. 1967, shf. 87.

şahıs mücbir sebebe rağmen davalının, yani bina sahibinin binanın bakımında kusuru veya binasında bir inşaat kusuru olmsaydı zararın vuku bulmayacağını isbat ederse, tazminat talebinde bulunabilir (19).

İkinci unsur, borcun ifasına mâni olan *hâdisenin beklenmemesi* veya *tahmin edilememesidir*. Gerçekten, mücbir kuvvet hâdisesinin önceden bilinmesi mümkün olmayan bir hâdise olması lâzımdır. Hâdisenin vukubulacağını tahmin edilebildiği her zaman borçlu sorumludur. Şüphesiz, borçlu bu hâdiseden dolayı borcunu ifa edemeyecek durumda bulunmaktadır, fakat hâdisenin tahmin edilebilmesi ona bu duruma düşmemek imkânını vermiştir.

Tahmin imkânsızlığı unsuru ne zaman mevcut sayılacaktır? Hâdiseyi yalnız borçlunun tahmin edememesi yeterli midir, yoksa borçlunun yerini alacak herhangi diğer bir kimsenin de bunu tahmin edememesi lâzım mıdır? Başka bir ifade ile, tahmin imkânsızlığı nisbî mi, yoksa mutlak mı olmalıdır?

Hâdisenin mutlak surette tahmin edilememesi lâzımdır. Yalnız borçlunun tahmin edememiş olması kabul edilemez. Fakat, tabii burada ifrata gitmemeye dikkat etmelidir. İlk defa vukubulan hâdiseler hariç, tekmil hâdiselerin tahmin edilebileceği söylenebilir. Bir hâdise hakkında «tahmin edilemez» demek, bu hâdisenin vukubulması için hiç bir hususî sebebin bulunmaması demektir. Gayet hafif bir tahmin imkânının mevcudiyeti «tahmin edilememe» unsurunu bertaraf edemez. Bir hâdisenin vukubulacağını değil, ne zaman ve hangi noktada vukubulabileceğini tayin etmek imkânsızlığı yeterlidir.

Ancak, bir hâdisenin mücbir kuvvet teşkil edebilmesi için, tahmin edilememesi de yetmez; bu hâdisenin *borcun ifâsını imkânsız bir hale getirmesi* de lâzımdır. Borcunu ifa etmeyen ve bu hususta mücbir bir kuvveti ileri süren borçlu, söz konusu ettiği hâdisenin kendisi için borcun ifasını imkânsız kıldığını ispat etmelidir.

Burada bir noktayı açıklamak gerekiyor: Her şeyden evvel «*imkânsızlık* ile *güçlüğü* birbirinden ayırmak icab eder. Borçlu sırf borcun ifasının tahmininden fazla güçleşmesi, meselâ daha masraflı olması sebebiyle borcundan kurtulamaz; kurtulabilmesi için, ifa imkânsızlığı, yani yenilemeyecek bir mânia ile karşılaşması lâzımdır. Maamafih, imkânsızlık ile güçlük arasında kesin bir hudud tayin et-

(19) Bu yoldaki Fransız Yargıtayının 1.2.1893 tarihli kararı için, bkz. L. Gardenat et Salmon - Ricci, s.g.e. p. 608.

mek de kabil değildir, her ayrı durumda bir takdir meselesi ortaya çıkabilir. Bu sebeptendir ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, sened alınmasının imkânsız veya *fevkalâde müşkül* olduğu hallerde senedle ispatı lâzım gelen hususlar hakkında dahi şahit ikamesine cevaz vermiştir (bkz. m. 293, b. 3).

Bundan başka, yalnız maddî hâdiselerin mücbir kuvvet mahiyetini iktisab edebilecekleri sonucuna varmak da doğru olmaz. Borçlu için borcunu ifa hususunda maddî bir imkânsızlık bulunması şart değildir, manevî imkânsızlık da yeterli olabilir. Şüphesiz, mahkemelerin vazifesi bu sahada hayli güçleşecektir. Bununla beraber, mahkemeler, bazı manevî nitelikteki hâdiselerin mücbir kuvvet teşkil ettiklerini kabul etmektedirler. Buna misal olarak, Fransada harp başlangıcında gazinoların kapanmasının sebep olduğu davalarda verilen kararlar gösterilebilir. Maddeten hiç bir şey, müdürleri gazinolarını kapatmaya mecbur etmiyordu; demek, bunlar için artistlere karşı olan taahhüdlerini ifa hususunda maddî imkânsızlık yoktu. Fakat, harp vaziyetinin yarattığı manevî bir imkânsızlık vardı ki, mahkemeler buna dayanarak mücbir kuvvetin mevcudiyetini kabul etmişlerdir (20).

Ayrıca, imkânsızlığın *geçici* olması, yani akidden sonra ortaya çıkması lâzımdır. Bir borcun ifasının mukavele yapılırken imkânsız olması mücbir kuvvet veya *fevkalâde* hal teşkil edemez. Böyle bir mukavele esasen bâtıldır (bkz. BK. m. 20).

Geçici imkânsızlığın kaideten daimî de olması gerekir. Bunun daimî olup olmadığını anlamak oldukça güçtür. Prensip itibarile, şayet borcun ifasını imkânsız kılan mania ortadan kalktıktan sonra bu borcu mukavelenin maksadına uygun bir şekilde ifa etmek imkânı varsa, bu maniayı yok farzetmek doğru olur. Fakat, eğer bu mania ortadan kalktıktan sonra borcu mukavelenin maksadına uygun bir tarzda ifa etmek kabil değilse, hakikatte geçici olan bu maniayı daimî imkânsızlık saymak gerekir.

Mücbir kuvvet hâdisesinin mahiyeti birkaç misal ile daha iyi belirilmiş olacaktır. Aşağıda kısaca izah ettiğimiz haller hususî hukukumuzun her alanında, Borçlar Kanununda olduğu kadar Ticaret ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunlarında tesadüf edilen hallerdir.

Mücbir sebebin unsurlarını ihtiva eden en canlı örnekler *tabii*

(20) Mazeaud (H. et L.), s.g.e., p. 482.

*hâdiselerdir.* Meselâ, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, fırtına; kasırga; tufan ve hattâ mûtad olmayan şiddetli sıcak vesaire gibi. Bunlar âdeta tipik mücbir kuvvet hallerini teşkil ederler. Bu hâdiseler ekseriya maddî bir fiili veya hareketi men'ederler ve bu yüzden o fiil veya hareket dolayısıyla yerine getirilecek olan mükellefiyet veya taahhüd ifa edilemez. Meselâ böyle bir hâdise bir malın veya şahsın nakline mâni olursa, borçluya sorumluluk teveccüh etmeksizin mukavele hükümden düşer. Fakat, burada da, diğer hallerde olduğu gibi, umumî bir kaide koymak mümkün değildir. Tahmin ve mukavemet kabiliyetini her hâdisede ayrıca araştırmak lâzımdır. Hava nakliyatını ele alırsak, hava şartlarının evvelden öğrenilmesi bir dereceye kadar mümkün olduğundan, hava bozukluğu nakliyeciyi ancak istisnâen sorumluluktan kurtarabilir (21).

Tabiî veya mûtad dışı hâdiselerde bazen mücbir sebebin vasıflarından bir tanesinin bulunmaması mümkündür. Meselâ, bir bölgeyi tahrip eden kasırga bu bölgede yetişen mahsulün satıcısını, eğer «menşe» satışın bir şartını teşkil etmiyorsa ve bu mahsul başka yerlerde de yetişiyorsa, taahhüdünden kurtarmaz.

Tabiî hâdiselerden başka, harp, düşman istilâsı, grev, Fransızların «fait du prince» dedikleri Devlet emri veya yasağı gibi mücbir kuvvet teşkil edebilecek diğer bazı hâdiseler de vardır. Bunların en önemlilerini kısaca gözden geçirelim:

*Harp hali.* Harp, doğrudan doğruya veya vasıtalı bir surette akidlerin ifası yönünden derin bir karışıklık husule getiren fevkalâde bir hâdisedir. Bir taahhüd altına girenler ekseriya harbi düşünmezler; meğer ki, ihtilâfın zuhuru pek muhtemel olduğu bir zamanda anlaşmış olsunlar. Fakat harp, mutlak imkânsızlık doğurabildiği gibi, daha ziyade ve ekseriya borcun ifasını güçleştirir. Meselâ, harbin neticesi olarak fiyatların yükselmesinden dolayı bir çok borçluların ifası çok masraflı bir hale gelmiş olabilir, fakat imkânsız değildir. Bu itibarla, İsviçre, Alman ve Fransız mahkemeleri, içtihadlarında bizatihî harp halini mücbir kuvvet saymamışlardır. Ancak, borçlu harp hali dolayısıyla borcunu mutlak surette ifa edemeyecek durumda kalmışsa, bunu ispat ettiği takdirde mücbir kuvvetin mevcudiyeti kabul edilebilir. İkinci Dünya Harbinden sonra Fransada bir çok kiracılar oturdukları şehri terketmek mecburiyetinde kaldıklarını ileri sürerek kira borçlarını ödemekten imtina etmişlerdi. Yerlerin-

(21) Bkz. Lemoine, Traité, No. 674.

den ayrılmalarına kesinlikle zaruret bulunduğunu ispat ettikleri takdirde borçlarından kurtulabilmişlerdir (22).

*Grev.* İş ihtilâflarının günden güne çoğalması, bunların akidlerin ifasına tesirleri olup olmayacağı meselesine önem kazandırmıştır. Sık sık müteşebbis veya nakliyeciler işçilerinin veya müstahdemlerinin grevi yüzünden taahhüdlerini yerine getirememekte veya bunların ifasını geciktirmektedir. Bu müteşebbis veya nakliyeciler bundan dolayı tazminat ile sorumlu olmalı mıdır, yoksa bilâkis mücbir kuvveti ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilirler mi?

Grevin bir mücbir sebep veya fevkalâde hal teşkil edip etmiyeceği hususundaki görüşler birbirinden ayrılmaktadır. Fransada olduğu gibi Almanyada da mahkemeler grevi esas itibarile mücbir sebep saymazlar; çünkü, işçisi grev yapan patronun başka yerden işçi tedârik edebileceği düşünülmektedir. Böyle olmakla beraber, öyle haller vardır ki, bu hallerde grevi mücbir sebep saymak ve patronu bu sebeble sorumluluktan kurtarmak hakkaniyet icabı olur. Bu itibarla, hakikat halde, meselenin halli ahval ve şartlara göre değişir. Muayyen şartlar altında grevi mücbir sebep saymak doğrudur (23). Bu şartların şu yolda sıralanması mümkündür:

Evvelâ, grev *umumî*, yani aynı sanat dalında çalışan tek mil işçiye şâmil olmalı veya, grev *umumî* değilse, grev yapan işçi grubu diğerlerinin çalışmasına engel olmalıdır ki, başka işçi çalıştırmak imkânsız olsun.

Ayrıca, grev *âni* bir karakter arz etmelidir. Aksi halde patron, gereken tedbirleri almadığından veya grev ihtimaline rağmen taahhüd altına girdiğinden, sorumlu olur.

Nihayet, greve *borçlu tarafından sebebiyet verilmemiş* olmalıdır.

*Devlet emri veya yasağına* gelince, bir teşriî tasarruf veya idarenin karar ve emirleri de bir mücbir kuvvet hâdisesi teşkil edebilir; Bir istimplâk kararı, milletlerarası bir andlaşmanın imzalanması gibi. Fakat, tabii burada da her mücbir sebep veya fevkalâde halde aradığımız vasıfların mevcudiyetine dikkat etmek gerekir. Bazen böyle bir karar veya emre borçlu sebebiyet vermiş olabilir. Meselâ, kendi fiilinden veya hareketinden dolayı hudud dışı edilen bir kiracı kira bedelini ödememek için mücbir kuvveti ileri süremez.

(22) Mazeaud (H. et L.), s.g.e., p. 489.

(23) H. Lalou, s.g.e., p. 207.

Burada akla gelen bir husus da hastalık veya askerlik hizmetinin mücbir sebep teşkil edip edemiyeceğidir.

Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının men faati bulunmadıkça borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir (bkz. BK. m. 67). Demek oluyor ki, borçlu hastalandığı takdirde, şayet borç başka bir kimse tarafından ifa edilebiliyorsa, taahhüdünden kurtulamaz. Borçlu şahsî fiilini taahhüd etmiş bulunuyorsa, hastalık, kendisi tarafından buna sebebiyet verilmedikçe, mücbir sebep sayılabilir; ancak, borçlunun hastalığı borcunu ifaya mani olacak derecede ağır ve tahmin edilemiyecek vasıfta olmalıdır. Hastalığını veya hasta olacağını bilen bir kimse şahsen yapacağı bir işi taahhüd ederse, sonradan bu durumdan faydalanamaz. Askerlik hizmeti için de aynı şeyler söylenebilir (24).

Borçlar Kanunumuzun kabul ettiği tazminat alanı oldukça geniştir; fakat, aynı zamanda, bunu daraltan tedbirler de alınmıştır. Bunlardan birisi, zararın bir mücbir kuvvet veya fevkalâde halden ileri geldiğini ispat ettiği takdirde davalının sorumluluktan kurtulmasıdır.

Borçlar Kanununun 96 ncı maddesi borcun ifa edilmemesi veya eksik bir surette ifa edilmesi halinde bunun borçluya isnad edilebilecek bir kusurdan ileri geldiğini kabul etmekte, yani borçlu aleyhine bir kusur karinesi vazeylemektedir. Fakat, borçlu ademi ifa veya eksik ifanın kendisine isnad olunamayacağını, bizzat alacaklının kusurundan veya mücbir bir sebepten, meselâ bir kazadan ileri geldiğini ispat ederse, tazminat mükellefiyetinden kurtulur. Bu takdirde 117 nci madde tatbik edilir, yani «borçluya isnad olunamayan haller münasebetile borcun ifası mümkün olmazsa borç sâkıt olur».

Temerrüd halinde, borçlunun durumu daha ağırdır. 102 ci maddede hükmüne göre borçlu borcun gecikme ile ifasından dolayı zarar ziyanla mükellef olduğu gibi temerrüdden sonra kazaen vukua gelecek zarardan da mesuldür. Halbuki, kaideten akdin in'ikadından sonra hasar, nev'en muayyen borçlarda bayie, ferden muayyen borçlarda ise alıcıya aittir (bkz. BK. m. 183) (25). İşte, temerrüd hali bu

(24) Bkz. M. S. Soylu, Mecburî Vatan Hizmetinin Hukuk Nazarında Mücbir Sebep olup olmayacağı İBM, 1944.

(25) Bu hüküm, Roma Hukukunun *genus non perit* (nevi telef olmaz) kaidesine dayanmaktadır. Roma Hukukunda da imkânsızlık, ferden muayyen (*species*) borçlar için nazara alındığı halde, nev'en muayyen (*genus*) borçlar hakkında söz konusu olmazdı (bkz. T. Rado, Roma Hukuku Dersleri, İst. 1967, shf. 210).



esas kadeye bir istisnâ teşkil etmektedir: Temerrüdden itibaren hasar borçluya ait olur. Maamafih, burada da kanun borçluya bir defi hakkı tanımıştır. Borçlu kendisinin hiç bir kusuru olmaksızın gecikmede bulunduğunu, yani gecikmenin kendi şahsına ilişkin olmayan ve arzu ve iradesi dışında bulunan sebeplerden ileri geldiğini veya borç vaktinde ifa edilmiş olsa bile kazanın gene alacaklının zararına olarak ifa olunacak şeye isabet edeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulmak imkânını haizdir.

Borçlunun temerrüde düşmesi halinde mücbir sebebin sorumluluğu kaldırmaması, dava ikamesi konusunda da uygulanan bir kaidedir; ancak, bunun için, dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmiş olması lâzımdır; zira, bu tebliğ, temerrüdün şartını teşkil eden ihtar mahiyetindedir (bkz. BK. m. 101, f. 1). Böylece, dava dilekçesinin davalıya tebliği suretile husule gelen temerrüd hali, borçlunun, meselâ teslimini taahhüd ettiği malın kazaen hasara uğradığını ispat ederek sorumluluktan kurtulmasını mümkün kılmaz (26).

Bunun gibi, âriyet ve vedianın telef ve ziyayı halinde de âriyet alana ve müstevdie temerrüd halindeki mümasil bir defi hakkı tanınmıştır. Kaideten, âriyet alan onu başkasına kullandıramaz; aksi takdirde, zuhur eden kazadan dahi mesul olur (bkz. BK. m. 300). Keza, müstevdi vediaı yalnız muhafaza ile mükellef olduğundan, kullanılacak olursa, kazara husule gelen zararlardan da mesuldür (bkz. BK. m. 465). Fakat, şayet âriyet alan ve müstevdi bu kaidelere riayet etmiş olsalar bile gene zararın husule geleceğini ispat ederlerse, tazminattan kurtulabilirler.

Bu hallerden başka, mücbir kuvvet ve fevkalâde haller, hâsılat icarında, deftere kaydedilmiş eşyanın telef olması halinde mucirin (bkz. BK. m. 293), nakliye mukavelelerinde eşyanın ziyayından dolayı nakliyecinin mesuliyetinde (bkz. BK. m. 438), otelciler ve hancılara teslim edilen eşyanın telef veya hasara uğramasında (bkz. BK. m. 478), umumî ahırlara ve garajlara konulan veya getirilen otomobil ve hayvan ve koşum vesairenin ziyayı ve hasarında (bkz. BK. m. 481) sorumluluktan kurtaran hâdiseler olarak nazara alınmıştır.

Mücbir kuvvet ve fevkalâde haller, akdî ve cürmî mesuliyet alanlarında da bir «borçtan kurtulma beyyinesi» teşkil ederler. Borçlar Kanunu 55 inci ve 56 ncı maddelerinde istihdam eden ile hayva-

(26) Bkz. N. M. Berkin, Medenî Usul Hukuku Esasları, İst. 1969, shf. 92.

nı idaresinde bulunduran kimse aleyhine bir kusur karinesi kabul etmiştir. Fakat, bu karine red ve cerhedilmesi kabil olmayan bir karine değildir. İstihdam eden kimse, hal ve maslahatın gerektirdiği dikkat ve itinada bulunduğunu, yahut bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat etmekle sorumluluktan kurtulabilir.

Mücbir sebep ve fevkalâde hal ticaret hukukunda da önemli bir rol oynamaktadır. Bu hususta Ticaret Kanununun en ziyade dikkati çeken hükümleri:

Md. 643/1. «Kanunen muayyen olan müddetler içinde poliçenin ibrazı veya protesto keşidesi bir devletin mevzuatı veya herhangi bir mücbir sebep gibi aşılması imkânsız bir mâni yüzünden mümkün olmamışsa, bu muameleler için muayyen olan müddetler uzatılır.»

Md. 723/1. Çekler hakkında da yukarıdaki madde uygulanır.

Md. 759. «Âfet vukuunda varantın hâmilisi, sigorta bedelinden alacağını tahsil eder».

Md. 773. «Taşıyıcı eşyanın gönderilmesinde aldığı emre göre harekete mecburdur. Şu kadar ki, eşyanın mahiyetine, gönderileceği yerlere veya diğer sebeplere göre veya mücbir sebepten dolayı başka bir surette hareket zarurî bulunuyorsa, alınan emre uymıyarak halin gereğine göre hareket edebilir».

Md. 799/3. «Sefer, ölüm, hastalık veya buna benzer diğer bir mücbir sebepten dolayı durmuşsa, mukavele tazminatsız olarak kendiliğinden hükümden düşer».

Md. 1082. Yolculuk başlamadan önce umulmayan bir hal yüzünden gemi veya eşya zâyi olursa, eşya taşıma mukavelesi hükümsüz kalır.

Md. 1084 ve 1087. Yolculuk başlamadan önce olduğu gibi başladıktan sonra da, 1082 nci madde ile söz konusu olan duruma muadil şekilde, eşya taşıma mukavelesinin hükümden düşeceği tasrih edilmiştir.

Md. 1122. Yolcu mücbir sebeple yolculuğa çıkamazsa, taşıma ücretinin ancak yarısını öder.

Md. 1216. Çatma, umulmayan hal veya mücbir sebep yüzünden vukua gelmiş ise, çarpışanlar tazminatla yükümlü olmazlar.

Bütün bu durumlarda, mücbir kuvvet veya fevkalâde haller umumiyetle sorumluluğu kaldırmaktadır; fakat, mukavele ile sorumluluğun her şeye rağmen borçluya tahmil edilmesi mümkündür.

Sened alınması veya senedle ispat hususunda ortaya çıkan imkânsızlık, borçlar hukukundaki anlamda bir borcun edasındaki imkânsızlıktan farklı değildir. Bu yolda bir benzerliğin kabul edilmesi halinde ise, tıpkı kusuru olmaksızın borcunu ödeyememiş borçlu gibi elinde olmayan sebeple, ezcümle mücbir kuvvet veya fevkalâde hal dolayısıyla senedle ispat mükellefiyetini yerine getiremeyen alacaklıyı korumak ve ona iddiasını şahitle ispat imkânını tanımak gerekir. Böylece, senedin tanziminde veya muhafazasında kusursuz olduğunu, başka bir deyimle sened almakta yahut alınmış olan senedin kaybında kusuru olmadığını ispat edebilen hak sahibinin senedle ispat mecburiyetini yerine getirememesinin usulî neticelerine mâruz bırakılmaması lâzımdır. Ancak, bu konuda, sened tanziminin imkânsız olduğu hallerle usulen tanzim edilen senedin muhafazasına mâni olan halleri bir arada ve aynı esaslara göre mütalea etmeye imkân yoktur. Nitekim, Kanunumuzun ayrı hükümlerle düzenlenmiş olan (bkz. HUMK. m. 293, b. 3 ve 294) bu hallerden ilkinde, ezcümle 293 üncü maddesinin 3 üncü bendinde sözü edilen imkânsızlık, kanunun verdiği yangın, deniz kazası, düşman istilâsı gibi örneklerden de anlaşıldığı üzere, umumiyetle objektif sebeplere dayanmakta olup, alacaklının şahsî fiili dışında kalan hallerdir. Halbuki, senedle ispata imkân bırakmayan ikinci vaziyette, senedin muhafaza edilememesinde veya kaybedilmesinde daha ziyade alacaklının şahsî kusurunun bulunup bulunmaması söz konusu olabilir. Böylece, bu ikinci durumda kusursuzluğun ispatı üzerine şahitle ispata daha kolay gidilebilecektir. Böyle olmakla beraber, sözü geçen 293 üncü maddenin 3 üncü bendi mehazi olan Fransız Medenî Kanununun 1348 inci maddesile karşılaştırıldığı takdirde, maddenin metni ve muhtevası itibarile Türk Kanun Koyucunun Fransız Kanun vazından farklı olarak sened alınması fevkalâde müşkül olan halleri de kaidenin istisnâları arasına alarak sübjektif imkânsızlığa daha geniş bir yer vermiş olduğu görülür. Maamafih, mehaz Fransız hukuku bakımından şunu ilâve edelim ki, *Code Civil*'in 1348 inci maddesinde tahdidî olarak sayılan haller arasında yer almadıkları halde, sened alınması fevkalâde müşkül olan veya müteamel olmayan haller, tatbikatta bu hükmün kapsamına idhal edilmiştir. Meselâ, pazar yerlerinde yapılan satışların teamül icabı hiç bir zaman senede raptedilmediği nazara alınarak satıcının *manevî bir imkânsızlık* dolayısıyla bu gibi satışları senedle ispat edemiyeceği gözönünde tutulmuş ve ispat bakımından 1348 inci maddedeki istisnâdan faydalanabilmesi ka-

bul edilmiştir (27). Böylece, Fransız mahkemeleri bu yoldaki içtihadlarla Türk Kanununa uyan Türk mahkeme içtihadlarından ayrılmış değildir. Nitekim, Yargıtay Ticaret Dairesi 12/12/1958 tarihli ve 3169/3042 sayılı kararında, alım satım işlerinde şahit dinlenebileceğini, fakat taraflar arasında muamelenin senede raptının müteamel olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir (28).

Netice itibarile, bu konuda Türk ve Fransız Hukuku karşılaştırıldığı takdirde, Türk Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununda, sened alınması «fevkalâde müşkül» olan ve «müteamel olmayan» hallerin metinde zikredilmesi prensibin daha yumuşatıldığı, Fransız Hukukunda ise Kanunumuzun 293 üncü maddesine muadil hükmün metninde bu hallere yer verilmemekle beraber tatbikatta tefsir yolu ile aynı sonuca varıldığı görülmektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 293 üncü maddesinin 3 üncü bendinde sözü geçen imkânsızlık, yukarıda da işaret edildiği üzere, daha ziyade objektif nitelikte olmakla beraber Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12/11/1958 tarihli kararında, senedle ispatı gereken hususlarda imkânsızlığın bilirkişi marifetile tespit edilmesi suretile şahit istimainna gidilebileceğini kabul etmiştir (29).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 294 üncü maddesinin uygulanmasında da, şahit dinlenebilmesi için önce davacının elinde bir senedin bulunduğu ve sonra bu senedin mücbir sebeple kaybedildiğinin isbat edilmesi aranmaktadır. Yargıtay, usulen tanzim edilmiş olduğu anlaşılan senedin bir yangın neticesi kaybolmasını 294 üncü maddenin anlamında bir mücbir sebep saymıştır (30).

Bu esasları uygulayan Yargıtaya göre, meselâ bir kefalet akdi hususunda kardeşler arasında vâki olması dolayısıyla şahit istimai caiz olsa bile, bu akid, kefilin mesul olacağı muayyen bir mikdar para gösterilmek suretile yazı ile tanzim edilmedikçe kanunen sahit ve muteber olamayacağından (bkz. BK. m. 484), kefaletnamenin İs-

(27) Bkz. Trib. civ. de Lorient, 5 juin 1895, D. P. 97.2.52; Pau, 26 févr. 1890, D. P. 91.2.115 (M. G. Griolet - M. H. Bourdeaux, Code Civil, Annoté d'après la doctrine et la jurisprudence, Paris 1930, p. 478).

(28) Yayınlanmamış olan bu karar rahmetli Prof. S. Ş. Ansay tarafından zikredilmiştir (bkz. Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, shf. 292, Not 686).

(29) Huk. Pos. shf. 346, No. 6, Yıl 1 (S. Ş. Ansay, s.g.e., shf. 292, Not 686).

(30) Bkz. YİİDK. 22.11.1956, 5717/5844.

tanbul yangınında yandığı iddiasının ispatında şahadete müracaat olunmadan evvel, usulü dairesinde ve yazılı şekilde tanzim edilmiş olduğunun ispatı lâzımdır: hâdisede, mahkemece dinlenen şahitler davalılardan kefil A'nın mücerret kefalet ettiğine şahadet edip senedi (kefaletnameyi) imza ettiğine ve kefaletin müteselsil olduğuna şahadet etmediklerinden, A'nın kefaletinin şahadetle tebeyyün ettiğinden bahis ile verilen hüküm yolsuz bulunarak bozulmuştur (31).

4473 Sayılı Özel Kanun hükümlerine göre, yangın, yer sarsıntısı, toprak kayması, su basması (seylâp) gibi âfetlerden biri sebeble mahkemelerde veya adliye dairelerinde kaybolan belgelere ilişkin muameleler hakkında da şahit dinlenebileceği kabul edilmiştir (32). Fakat, meselâ senedin bir avukat yazıhanesinde velev mücbir sebeple kaybedildiği hakkında kanaat verici emareler gösterilerek davanın şahitle ispatına gidilemez; zira, avukatlar resmî memur olmadıklarından, bu durumda HUMK. nun 294 üncü maddesi uygulanamaz (33). Buna mukabil, meselâ maliye dairesi (defterdarlık veya mal müdürlüğü) resmî bir daire olması dolayısıyla senedin burada kaybedilmiş olması halinde, davanın sözü geçen 294 üncü madde hükmü dairesinde şahitle ispatı mümkündür (34).

Her halde, senedin alacaklının kusuru ile kaybedilmesi halinde, davanın şahitle ispatına müsaade edilemez (35). Bu itibarla, senedin beklenmeyen bir hâdise veya mücbir bir sebep neticesi kaybedildiği iddiası haklı görülerek şahit istimaina cevaz verilmesi üzerine davalı senedin kaybedilmesinde davacının kusuru olduğunu ispat ederek şahit ikamesine itiraz edebilir.

*Prof. Dr. Necmeddin M. BERKİN*

(31) Y. IV. HDK. 24.4.1936, E. 3324, K. 1024.

(32) Bu Kanun için, bkz. RG. 21.7.1948, Sy. 5461.

(33) YHGKK. 3.10.1962, 7/70-93 (ABD. 1963/1, shf. 87; B. Kuru, s. g.e., shf. 414, Not 114).

(34) Bkz. YİDK. 19.9.1961, 6902/8121 (AD. 1961/9-10, shf. 990; B. Kuru, shf. 414, Not 116).

(35) Adalet Bakanlığı Yargıtay Kararları, 1933, shf. 185, No. 117.