

TİCARET KANUNUNUN UMUMİ HÜKÜMLERİNE GÖRE BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN HUKUKİ NETİCELERİ

Prof. Dr. Halil Arslanlı

[A. Tazminat, B. Kazaya karşı mesuliyet]

A. I. Kusur :

1. İfa için verilecek munzam mehlin faidesiz mururunu müteakip veya kat'î yahut mehilsiz akidlerde vadeden sonra alacaklının iktisap edeceği haklar dışında, temerrüdün ilk neticelerinden biri tazminattır. Bu hüküm Borçlar Kanununun 102 nci maddesinde açık ifadesini bulduğu gibi Ticaret Kanununun 645 inci maddesinde de mütemerrid borçlunun alacaklının duçar olduğu zararlar mahrum kaldığı kârı tazmine mecbur olduğu tasrih edilmiştir.

2. Ticaret Kanununa göre borçlu (T. K. 645) temerrüdün «mücbir sebepten» veya alacaklının «hile ve hatasından» doğduğunu ispat ederek bu mesuliyetten kurtulabilir. Burada müteahhidin mesuliyeti Borçlar Hukukuna nisbetle daha ağır takdir edilmiştir. Borçlar Hukukunda kusursuzluk, bazı haller müstesna, umumî bir beraet sebebi iken¹ Ticaret Kanunu ancak borçlunun irade ve hakimiyet sahası dışında bulunan fevkalâde bir halin mesuliyeti bertaraf edebileceğini kabul etmiştir. Bununla beraber 645 inci maddede geçen mücbir sebep mefhumu, Yargıtayın da meyil ettiği gibi, tahfif edilerek yorumlanırsa Borçlar Hukuku ile gereken ahenk sağlanmış olur². Bu görüş zaviyesi altında Ticaret

1) Fransız Hukukunda borçlunun iradesi dışında bir sebep mesuliyetten beraetini intaç edebilir. Borçlar Hukukunda böyle bir tahdid yoktur. Kaide olarak kusursuzluk tazminat borcunu bertaraf eder. Yalnız istisnal hallerde borçluya daha ağır bir ölçü tatbik edilmiştir. Borçlar Kanununun 293, 478, 481, 300, 2, 102, 411, 2, 465 inci maddelerine bakınız. Becker, I. s. 485, 90, Oser, zge. s. 320.

2) Ticaret Kanununun 645 inci maddesinde geçen «Mücbir sebep» mefhumunun muhtelif tefsir imkânları hakkında Ticari Bey' s. 173, 290 ve müteakip tetkik

Kanununa göre de borçlunun bir gûna kusuru olmaksızın tehhürde bulunmuş olduğunu isbat ederek tazminat mükellefiyetini bertaraf edebileceği kabul edilebilir. Lâkin haksız fiillerden farklı olarak mücbir sebebin mevcudiyetini veya kusursuzluğu isbat külfeti borçludadır³.

3. Gerek Ticaret gerek Borçlar Kanununundaki hükümlerin mefhumu muhalifinden zahir olacağı veçhile temerrüdde tazminat borcunun doğumu için ademî ifa veya tehhürle ifa borçluya kabili isnad bir halden neşet etmelidir. Kusursuz olduğunu isbat edebilen borçlu mesuliyetten kurtulabileceğine göre, temerrüdün bu neticesinde kusur esası bir unsurdur.

Tazminat bakımından temerrüdde aranan kusur esasları imkânsızlıkta hâkim olan prensiplerin aynı⁴ olup ifayı kusuru ile imkânsız kılan borçlunun hukukî durumu ile kusuru ile ifayı geçiktiren borçlunun hukukî durumu arasında fark yoktur. Her ikisinde kusur veya kasıd aynı ölçülere göre takdir edilir.

Kaideten her mukavele borçlunun sıfatına bakılmaksızın ifa mükellefiyeti doğurur. Bu itibarla borçlu deruhde edeceği mükellefiyeti ifa edebilip edemeyeceğini tetkik ederek, ifa edebileceğinden emin ise taahhüde girişmelidir. Zira akdın inikadından sonra ifa mükellefiyeti objektif esaslara göre doğar ve borçlu borcun ifasına muktedir sayılır. İşte borçludan borcun ifası hususunda müteamil ölçülere göre istenebilecek ihtimamın heyeti umumiyesi onun ihtimam borcunu tayin eder⁵. Kusur bu borcun kusur ikaina ehil⁶ bir şahıs tarafından ihlâlidir. Borçlu akdın ifası için lüzumlu sayılabilen tedbirleri almamış, meselâ gereken

ediniz. Bununla beraber Ticaret Kanununun da bazı hükümlerde mesuliyeti tesdid ettiği müşahede edilebilir. Meselâ 904. 1. maddede vaziyet böyledir.

3) Becker, zge. I. s. 488. 96. v. Tuhr. zge. II. s. 558. I. Staub, zge. III. s. 755. 13.

4) v. Tuhr, zge. II. 585; Becker, zge. I. s. 534. 2. bu fikirde.

5) Zimnen aynı kanaatte: Ryk, Schuldverhältnisse, 384; Becker, zge. I. s. 478. 59 da zikredilmiştir. Aynı eserde 480. 70, 500, 479. 61inci sahifelere de bakınız. v. Tuhr, zge. I. s. 555, 556 aynı fikirde. İstimal ehliyetini haiz olmıyan bir borçlu ademî ifadan mesul olmaz. Çünkü borcun ifası kanunî mümessile terettüp eden bir vazifedir. Lâkin kanunî mümessile terettüp eden borcun ifasını imkânsız kılmaşa, meselâ mebli imha ederek, mesul tutulabilir.

6) Mümeyyiz olan mahcur ve küçükler de akda aykırı hareketlerinden mesul tutulabilirler. v. Tuhr'a göre M. K. 16ncı maddesinin 2ncı fıkrası akdiara da şamildir. Kezalk 54 üncü madde de akdiara kabili tatbiktir (zge. II. s. 337. IV.).

ihzaratı yapmamış veya borcun ifasına engel olabilecek hareketlerden sakınmamışsa kusurlu addedilir. Borcun ifasını geçiktiren sebeplerin akıddan sonra doğmuş olması veya bunlara borçlunun akıddan sonra vukufu bir rol oynamaz⁷. Ademi ifa veya tehhürle ifa borçluya kabili isnad bir hal yani hafif bir ihmalden doğmuş olsa bile mesuliyet vardır⁸.

Biraz evvel işaret edildiği gibi ihtimam borcu bakımından adki vecibelerine riayet etmeyen borçluya tatbik edilecek ölçü objektiftir, yani borçlu gibi aynı sınıfa dahil müddebbir ve muktedir bir tacirin aynı vaziyette sarf edebileceği ihtimam, ölçü vazifesini görür. «Bir ticari taahhüdün ifasında müteahhidin basiretkâr bir tacir gibi hareket etmesi lâzımdır» [T. K. 644]. Basiretkâr bir tacirin de bazen hata edebileceği ihtimalinden borçlu istifade edemez. Örnek bu kabil hallerde arızı inhiraflar bahis mevzuu olmaksızın basiretkâr bir tacirin hareket tarzıdır⁹. Lâkin ölçünün objektif oluşu ihtimamın işin mahiyetine ve tarafların sıfatına göre derecelendirilmesine mâni değildir. Kezalik âkıdalar kanununun tayin ettiği hudutlar içinde¹⁰ ihtimam borcunun bir mukavele ile tahdid veya teşdid edebilecekleri gibi kusuru da tarif ve tesbit edebilirler¹⁰.

7) Bu meyanda borçlu tahmin edilemeyecek hallerin tahaddüsü imkânı da hesaba katmalıdır, (v. Tuhr, zge. II. 585), ve ifa için ihzaratını son dakikaya tenir etmemelidir. Akdın inikadı sırasında enfüsl bir iktidarsızlık da mesuliyetini bertaraf etmez, (Becker I. s. 482, 77).

Ifa imkânı şüpheli iken borcun kaydı ihtirazi dermeyan edilmeksizin kabulü, meselâ bir fabrikatörün grev tehdidi karşısında bir siparişi alması mes'uliyeti bertaraf etmez (BGE 29. 2. 516; E3, 27. 2. 218). Üçüncü bir şahsa ait bir malın ferahında satıcı malın sahibi ile bir mukavele yaparak devri teminat altına alması, üçüncü şahıs akdi ifa etmemişse ademi ifadan yine satıcı mes'uldür. Zira bayi bu rizikoyu alıcısına tahmil edemez (Bern, ZBJV 39, 709). Borçlunun haliz olduğu imkân ve zamanı takdir edememesi de bir kusurdur. BIHE 7. 321. Borçlu borcunu akda aykırı olarak teklife kalkışmışsa zarardan mesuldür (BGE 26. 2. 138).

Borçlu akdın ifası için lüzumlu olan tedabiri ittihaz etmiş olsa dahi malli iktidarsızlık kusuru bertaraf etmez. Borcunu tediyeye muktedir olmıyan bir borçlu bizaatihi bu hal sebebiyle kusurlu addedilir. Staub, zge. III. s. 755. 13; v. Tuhr, zge. 586, 538. Yukarıda zikredilen kararlar Becker'in eserinden alınmıştır. I. s. 534. 486 71 de bakınız.

7a) Zimnen bu kansatte Becker, zge. I. s. 477. 57.

8) Becker, I. s. 481. 71 bakınız.

9) B. K. 99, 104, 161.

10) Oser, zge. s. 320. b; v. Tuhr, zge. II. s. 569. VI; Becker, zge. I. s. 479, 61.

Umumiyetle borçlu temerrüdde her kusurundan mesuldür (B. K. 98)¹¹⁾. Ancak bu mesuliyetin vüsatı kusurun ağırlığına [B. K. 43], işin mahiyetine hususiyle temin edilecek faideye göre çok veya az olabilir^{11a)}. Meselâ alıcı tarafından reddedilen bir malı muhafaza eden satıcının bu sıradaki mesuliyeti daha hafif takdir edilir¹²⁾. Borçlu kendi kusurundan mesul olduğu gibi borcun ifasını tevdi ettiği¹³⁾ muavin şahıslarının kusurundan da Borçlar Kanununun 100 üncü maddesine tevfikân sorumludur. Aynı kaide, bir mümessilin yaptığı maddelerde¹⁴⁾ veya muavin şahıslar kullanılmayıp borcun tamamının veya bir kısmının borçlu yerine kaim olmak üzere üçüncü bir şahsa bırakıldığı hallerde de caridir (B. K. 400). Burada borçlunun üçüncü şahsı veya mümessili intihapta gereken ihtimamı göstermiş olması mesuliyeti bertaraf etmez. Muavin şahıs mefhumuna borçluya tâbi olmayıp müstakilen icrayı faaliyet eden kimseler de dahildir. Meselâ satıcı teslim anına kadar muhafaza edeceği bir malı bir anbara tevdi etmişse, anbarın yaptığı zararları zamindir. Ancak borçlu kendine terettüp eden borcun ifasını tevdi ettiği şahısların fiillerinden mesul olup borcunun nihayet bulunduğu yerde mesuliyeti de sona erer [T. K. 691]. Meselâ sevk mükellefiyetini üzerine alan bir satıcı bu borcunu mebbii irsal etmekle ifa etmiş olur. Borcu mebbii irsalden ibaret olduğundan kusuru olmaksızın nakliyatın geçikmesi mesuliyetini intaç etmez. Zira sevk borcu irsal ile tamam olmuştur. Nakliyat kaideten alıcının

11) Temerrüd ile ilgili olmamakla beraber bazı hallerde bilhassa tekeffüle mütedair hükümlerde Ticaret ve Borçlar Kanunu borçluyu yalnız kasıdden mesul tutmuştur. T. K. 718, B. K. 195, 200. Bazı hallerde kasid veya ağır kusur aranmıştır; B. K. 189. III, 190. II. T. K. 909, 637, 889, 921 inci maddelere de bakınız.

11 a) Borçlunun hafif kusuru varsa hâkim zararın bir kısmını tazmin ettirebilir. Kezalik hafif bir kusur fevkalâde ağır neticeler doğurmussa bu halde de tenkise cevaz verir. v. Tuhr, zge. I. s. 96 III.

12) v. Tuhr, zge. II. s. 556 bu fikirdedir.

13) Borçlar Kanununun 67 nci maddesindeki hal dışında borçlu borcu muavin şahıslar vasıtasıyla ifa edebilir. Demek oluyorki hilâfı tasrih edilmedikçe muavin şahıs istimaline kanunen cevaz vardır. Lâkin borçlu haklı olmadığı halde muavin şahıs istihdam etmişse akda muhalif hareket etmiş ve bizatihi bu sebebe binaen mesul olur.

14) Kanunî mümessiller Borçlar Kanununun 100 üncü maddesinin şümülüne girmemekle beraber, v. Tuhr bu maddenin kıyasen tatbikine taraftardır. v. Tuhr zge. II. s. 568, aynı fikirde Becker, zge. I. s. 516. 2; Staub zge. III. s. 755. 13.

rizikosu altında ceryan eder¹⁵. Bu itibarla nakliyecî muavin şahıs vasfında değildir. Lâkin satıcı mebli alıcının bulunduğu mahalde teslim etmeği taahhüd etmişse nakil işine de deruhde etmiş sayılacağından borcun bu kısmını bir nakliyecîye tevdi etmişse fiilinden mesuldür¹⁶.

4. a. Bazı hallerde borçlunun borcun mevcudiyetine vakıf olamaması kusuru bertaraf edilebilir¹⁷⁻¹⁸. Bilhassa borçlunun mirasçı sıfatıyla borca dahil olduğu veya muavin şahıs vasfında olmıyan ticarî bir vekilin haberi olmaksızın yaptığı bir akıd sebebiyle mesul tutulduğu hallerde kusursuz sayılabilir. Lâkin borçlunun bizzat yaptığı akıdlarda ademi vukuf iddiası mesmu olmaz¹⁹. Kezalik akdın tefsirinde hata da borçluyu mesuliyetten kurtarmaz, meğer ki hata mütemail ölçülere göre basiret-kâr bir taciri de tereddüde sevkedebilecek mahiyette olsun²⁰.

b. Ticaret Kanununun 645 inci maddesinde tanzim ettiği mesuliyet prensibi de Borçlar Kanununun 99 ve 100 üncü maddesinin 2 nci ve 3 üncü fıkralarına tevfikân bertaraf veya tahfif edilebilir²¹.

15) Satıcı malın irsalini bir nakliye komisyoncusuna tevdi etmişse, fiilinden mesuldür. Aynı kanaatte v. Tuhr, zge. II. s. 563 - 567. 481. BGE 29. 2. 264 de bakınız. Staub, zge. III. s. 755. Ticarî Bey' s. 50 de bakınız.

16) Satıcı nakliyeciyi intihapta serbest olmayıp malın sevki için Devlet Demir veya Deniz Yollarından istifade zorunda ise, bu müesseselerin ika ettiği zararlara muhattap olamaz. Bu fikirde v. Tuhr, zge. II. s. 567.

17) v. Tuhr, fesih beyanı vasil olmakla beraber ittila kesb edememişse borçluyu kusursuz addeder (zge. II. 557). Vusulü muktezî irade beyanları vusul ile hüküm ifade etmekle beraber, herhangi bir ihmali olmaksızın bu beyana vakıf olmıyan borçluya kusur isnad edilemeyeceği cihetle doğan zarara muhattap olamaz. Aynı eserin 160, 171, 366 ncı sahifelerine de bakınız. Becker, zge. s. 534 de tetkik ediniz.

18) Meselâ mirasçı bilmiyerek akda mevzu teşkil eden malı ahere satmışsa. Becker, zge. I. s. 486. 91.

19) v. Tuhr, zge. II. s. 557, nadiren olmakla beraber borçlunun kusursuz sayılabileceğini kabul eder. Alman Hukukunda alacaklının bulunduğu mahalde ifa edilecek bir borçta haber verilmeksizin ikametgâh değiştirilmişse borçluya kusur isnad edilemez. Staub, zge. III. s. 755. 13. İsviçre Hukukunda borçlu üçüncü bir şahsın hilesi neticesinde borcunu vaktinde ifa edememişse kusursuz sayılmıştır. Becker, zge. I. s. 486. 91.

20) Staub, zge. III. s. 756, 13a, bu fikirdedir.

21) Emlin Ali Durusoy'un, Deniz nakliyatında mesuliyetli ref veya tahdid eden şartlar adlı eserini tetkik ediniz.

c. Temerrüdde borçlunun veya fiillerinden mesul olduğu kimselerin kusuru yoksa ademi ifa veya tehhürle ifadan dolayı tazminat istenemez. Şahsen tacire isnad edilemeyecek bir hal mesuliyetini bertaraf ettiği gibi kullandığı şahısların kusursuz olması halinde de ika edilen zarar borçluya tahmil edilemez. Borçluya tatbik edilen mesuliyet ölçüsü borcun ifasını haklı olarak tevdi ettiği muavin şahıslara tatbik edilecek ölçüden ağır olamaz. Aksi takdirde borçlu şahsen ifa halinde mesul olmadığı bir zararla ilzam edilmiş olur²².

d. Tehhürle ifa veya ademi ifa alacaklının hata veya hilesinden doğmuşsa borçlu tazminata mahkûm edilmez. Hattâ kusuru bulunmasa dahi alacaklıya kabili isnad olan haller borçluyu tazminat bakımından temerrüd neticelerinden kurtarabilir. Ezcümle alacaklının alacaklı sıfatıyla temerrüdü borçlu temerrüdünü ifna, hiç olmazsa tazminat borcunu tahfif eder²³. Meselâ alacaklı temerrüdünde mebi borçlunun kusuru ile telef olmuşsa, mesuliyeti daha hafif takdir edilir. Kezalik alıcı akdî fesih etmişse, bu beyanı muvacehesinde ifa satıcıyı çok ağır tehlikelere maruz bırakacağından tehhürden mesul tutulamaz²⁴. Alacaklının gönderilecek bir borçta haber vermeksizin ticarethane veya ikametgâhını değiştirmesi yahut aldırılacak bir borçta edimi gelip almaması yüzünden borç zamanında ifa edilememişse bu halde de geçikmeden doğan zarar istenemez. Bu kabil vaziyetlerde kusurlu olmasa dahi borcun ifasına alacaklıya kabili isnad bir hal engel olduğundan borçlunun mesuliyeti ortadan kalkar²⁵. Nihayet borcun ifası için alacaklının iştirakine ihtiyaç varsa,

22) Muavin şahıslar delâletiyle ifa edilen borçlarda Borçlar Kanununun 100 üncü maddesi, 55 inci madde olduğu gibi kusurun aranmayacağını israp eden bir ibare kullanmakla beraber bu hüküm haklı olarak v. Tuhr tarafından tenkid edilmektedir. zge. II. s. 569 - 570.

Hastalık yalnız şahsen ifa edilecek borçlarda bir mazeret sebebi olabilir. Lâkin bazı hallerde hastalık gereken tedbirleri almağa mâni olmuş meselâ borçlu mümessil dahi tayin edememişse zarara muhattap olamaz. Staub, zge. III. s. 755. 13.

23) Alacaklı temerrüdünde kusur şart değildir. Staub, zge. III. s. 709. 9. Becker, zge. I. s. 509. 51.

24) Bu fikirde Staub, zge. III. s. 755. 13.

25) Esasen haksız fiillerde de Borçlar Kanununun 44 üncü maddesindeki hallerde mutazarrır olan şahsın kusuru aranmamıştır. Aynı fikirde Oser, zge. s. 193. b. v. Tuhr bu kabil ahvalde de kusurun aranması lâzım geldiği kanaatindedir. v. Tuhr, zge. I. s. 100.

25a) Becker, zge. I. s. 246. 9 da zikredilen kararlara da bakınız. v. Tuhr'a

meselâ teslim veya semeni irsal tarihini tesbit alıcı veya satıcıya terk edilmişse, iştirak borcunu yerine getirmekten imtina eden alacaklı, borçludan tazminat istiyemez. Ancak, alacaklıyı iştiraktan imtinaa sevkeden amillere borçlu sebebiyet vermemiş olmalıdır.

Borçlunun bir gûna kusuru bulunmaksızın alacaklının kusurlu veya kusursuz ifaya engel olduğu haller pek nadirdir. Ekseriyetle hâdisede her iki tarafın kusuru vardır. Teehhürle ifaya veya ademi ifaya âkıdaların müşterek kusuru sebebiyet vermişse Ticaret Kanununun 645inci maddesine tevfikan alacaklının hatasına binaen borçluyu mesuliyetten ibrahine gidilemez. Bilâkis Borçlar Kanununun 44 üncü maddesinde ifadesini bulan prensip dairesinde (B. K. 98, 2) her iki tarafın kusuru tartılarak mesuliyet hududu tayin edilmelidir. Alacaklının kusuru çok daha ağır ise borçlu mesuliyetten kurtulur, müsavi ise zarar taraflar arasında paylaşılır. Bu fikir Deniz Ticaret Kanununda da açık ifadesini bulmuştur. «Çatma gemi adamlarının müşterek kusurundan ileri gelmişse, her bir taraf kusurun ağırlığı nisbetinde zarara iştirak eder.» Bu itibarla Ticaret Hukukunda da alacaklının hatası, ademi ifa veya teeühüre sebep olmuşsa, borçlunun kusursuz olduğu sabit olmadıkça mesuliyeti de ortadan kalkmaz.

II. Illiyet rabitası :

1. Alacaklının temerrüd sebebiyle tazminat isteyebilmesi için diğer bir şart temerrüd ile zarar arasında illiyet rabitasının bulunmasıdır²⁶. Mütemerrid borçlu *temerrüdün intaç* ettiği zararı tazmin ile mükelleftir. Bu itibarla mesuliyeti doğuran temerrüt ile tazmini istenen zarar arasında sebep ve netice bakımından bir bağıllık bulunmalıdır. Borçlar Kanunu

göre kusurun müsavi olduğu ahvalde de hâkim taraflardan birine zararın bir kısmını tahmil edebilir. zge. I. s. 102.

26) Becker, zge. II. s. 476. 54. Bu bağıllığın mevcudiyetini isbat dâvacıya attır.

Ticaret Kanununun 678nci maddesinde ifadesini bulan prensibe binaen hâkim bağıllığı tesisde tereddüt ettiği takdirde dâvayı reddetmelidir.

v. Tuhr'a göre hâkim Borçlar Kanununun 42nci maddesine tevfikan yalnız zarar miktarını değil dâvacının bir zarara duçar olup olmadığını da takdir eder zge. I. s. 91. atıf 59. Lâkin bu bağıllığın isbatında pek ağır ölçüler tatbik edilememelidir. Mübrez delâil zararın doğumunu tahmin edecek derecede kâfi istinad noktaları veriyor ve bu netice ikna edici bir kudretle tezahür ediyorsa zarar isbat edilmiş addolunmalıdır. B. G. E. 40. II. 534. Guhl, zge. I. s. 46.

bu bağılığa imkânsızlığı mütedair 96 ncı maddede sarahaten işaret etmiştir²⁷. Aynı kaide temerrüde cari olduğu gibi, fikrimizce Ticaret Kanununun 645 inci maddesinde geçen «duçar» terimi de bu mânada tefsir edilebilir.

İllyet rabitası yani sebep ve netice arasındaki bağılılık «tabiat hâdiselerine hâkim olan kanunlara dayanır, ve mantıkî mülâhazalara göre takdir edilir²⁸».

2. Tazminat borcunun doğumu için münhasıran temerrüdün, yani tek bir sebebin zarara amil olması şart değildir. Çünkü hayatta her hâdiseye başka amiller de tesir icra eder. Bazen zarar bir çok sebeplerin mahsulüdür. Tazminat borcunun doğumu için mütemerrid borçlunun bu sebeplerden birini yaratmış olması kâfidir²⁹. Borçlu diğer sebeplerin de zararı ihdas ettiğini iddia ederek mesuliyetden kurtulamaz³⁰. Yalnız bu sebepler temerrüden önce mevcut ise, tazminat borcu sebebin arzettiği tehlike nisbetinde tenkis edilir.

3. Borçlar Hukukunda mesuliyet doğrudan doğruya veya bilvasıta yahut başkaca hâdiselerin imzimamı ile doğan zararlara şamil olduğu gibi,³¹ borçlu önceden tahmin edemediği neticeleri hattâ temerrüde kusuru varsa kazara vukua gelen zararları da tazmin ile mükelleftir (B. K. 102). Ancak borçlunun tazminat mükellefiyeti illiyet rabitasının nihayet bulduğu, inkitaa uğradığı yerde sona erer. Temerrüdün muhtemel olarak intaç edeceği zarar hakikatı halde diğer bir amil neticesinde hasıl olmuşsa, bu zarara borçlu muhatap olamaz³². Zira temerrüd zararı intaç

27) Borçlu, «ademi ifadan mütevellid zararın» tazminine mecburdur. Diğer maddelerde de mümasıl hükümler mevcuttur. B. K. 41, 48, 52, 54.

28) v. Tuhr, zge. I. s. 80. Hırş, zge. s. 871 de bakınız.

29) Oser, zge. s. 184. 3., v. Tuhr, zge. I. s. 80. 1. atıf 5, s. 98 atıf 95.

30) Oser, zge. 184. 3.

31) Arsebük, zge. s. 64., v. Tuhr, zge. I. s. 80. 2, 3. Fransız Hukukunda Code Civil'in 1151 inci maddesine tevfikân borçlu yalnız doğrudan doğruya hasıl olan zararlardan mesul tutulmuştur. Madde 1151.: «Akdin ademi ifası borçlunun hilesinden doğmuş olsa dahi, alacaklının duçar olduğu zarar ve mahrum kaldığı kâr bakımından zarar ziyanı ancak ademi ifanın bizzat ve doğrudan doğruya doğurduğu neticelere şamildir.» PlanioI, II. s. 91.

32) Meselâ satıcının malı zamanında teslim etmemiş olması fabrikayı muhtemel olarak bir müddet atıl bırakacak mahiyette iken henüz bu hal tahakkuk etmeden fabrikada diğer bir arıza faaliyetin tatilini mucib olmuşsa, bu zararın tazmini istenemez. Becker, zge. I. s. 211, 212. 34. Oser, zge. s. 184. 3; v. Tuhr, zge. I. s. 82.

etmeden araya diğer bir hâdise girmiş ve zararı bu hâdise doğurmuştur. Lâkin zarar temerrüdün bir neticesi olarak doğduktan sonra, aynı zararın temerrüd olmasa dahi diğer bir hâdise sebebiyle doğacağı iddiası mesmu değildir. Meselâ borçlu mütemerrid olduktan sonra, kusurlu temerrüdü alacaklının imalâtını sekteye uğratmışsa, bilâhare makinelerde vaki olacak bir arızanın aynı neticeyi tevlid edeceği ileri sürülemez. Yalnız bazı hallerde, kusurlu temerrüdün bir neticesi olmamak şartıyla, ileride vuku bulan hâdiseler zararı artırmış veya bu hâdiseler henüz tahakkuk etmiş olmasa dahi zarar tehlikesi makable irca olunabiliyorsa, bunlar tazminat borcuna müessir olabilir. Birinci vaziyette temerrüd ile zarar arasında bir nevi inkita vardır, ikinci vaziyette ise şeyin zarar tehlikesine esasen maruz bulunuşu kıymetini tenkis etmiş bu itibarla tazminat borcu da aynı nisbette azalmıştır. Yukarıki misalde temerrüdün bir neticesi olmamak üzere makinedeki arızanın yarattığı munzam zararları satıcı tazmin ile mükellef değildir. Kezalik nakliyecinin taşıdığı mallar ayıp sebebiyle esasen bozulmağa mahkûm ise, nakil sırasında vukua gelen zararlardan mütevellid mesuliyet de aynı nisbette tenkis edilmelidir³³.

Sonradan vuku bulan zararlarda Borçlar Kanununun 102 nci maddesi temerrüdde kusurlu olmasına rağmen borçluyu bir halde mesuliyetten kurtarmıştır. Temerrüdden sonra vaki olan zarar bir kazanın mahsulü ise, borç zamanında ifa edilmiş olsaydı kazanın alacaklının zararına olarak ifa olunacak şeye isabet edeceği isbat olunabilirse, tazminat mükellefiyeti sakıt olur³⁴. Ancak bu maddenin tatbiki için zarara bir kazanın sebebiyet vermiş olması lâzımdır. Meselâ temerrüdden sonra zarar borçluda ihmâl neticesinde doğmuşsa, mütemerrid borçlu borcunu vaktinde ifa etmiş olsa dahi, alacaklıda vuku bulacak kaza neticesinde meblin esasen telef olaca-

33) Ticaret Kanununun 904 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına bakınız. Bu fıkrada bahis mevzuu edilen hal münhasıran zararın zikredilen sebeplerden doğmuş bulunmasına matuftur. Zarar nakliyecinin temerrüdünden doğmuşsa, mesuliyeti temerrüd hükümlerine göre doğar. Yalnız bu mesuliyet esyada mevcut olan zarar ihtimali nisbetinde tenkis edilir.

34) Meselâ 1 Martta teslim ile mükellef olan borçlu, borcunu 1 Martta ifa etmediği için Borçlar Kanununun 101 inci maddesine tevfikian mütemerrid olmuştur. Muhafazadaki ihmali yüzünden mebl 6 Martta telef oluyor. 3 Martta alacaklının evi yanıyor. Bu hâdisede borçlu borcunu akıdla mukarrer zamanda yani 1 Martta ifa etmiş olsaydı meblin de ev ile yanacağı ileri sürülebilir. Lâkin zararın bir kere borçlunun kusuru ile doğmuş bulunması, borcun ifası halinde ileride vuku bulacak hâdiseler üzerine yürütülecek faraziyelerle ortadan kaldırılamaz. (Misal v. Tuhr, zge. I. s. 82. 5 den alınmıştır).

ğını iddia edemez. Hattâ zarar borçluda bir kaza neticesinde doğmuş bulunsa dahi mesuliyeti vardır. Ancak borç zamanında ifa edilmiş olsaydı alacaklıda da kazaya uğrayacağı isbat edilebilirse mesuliyeti kalmaz. Lâkin bu şıkda alacaklıda vukua gelecek kaza borçluda vukua gelen kazadan önce olmalıdır³⁵. Kaza evvelâ borçluda zuhur etmiş ve böylece mesuliyeti doğmuşsa, bilâhare alacaklı nezdinde de kazaya uğrayacağı ileri sürülemez. Buna mukabil zararın fikrimizce aynı kazadan neşet etmiş olması şart değildir³⁶. Nihayet borçlu kazanın alacaklının zararına olarak şeye isabet edeceğini de isbat edebilmelidir. Alacaklının şeyi kazanın vukuundan önce elden çıkaracağı kabul edilebilirse, borçlu mesuliyetten kurtulmaz³⁷.

4. Bazı hallerde iki muhtelif borçlunun birbirinden ayrı ve müstakilen taahhüd ettikleri borçlardan birinin ademi ifası zararın tamamını ihdas etmiş olabilir. Meselâ, pamuk ve yün ipliğini karıştırarak kumaş yapan bir fabrikaya A. pamuk ipliği ve B. yün ipliği teslimini taahhüt etmiş ve her ikisi borçlarını zamanında ifa etmemişlerse, vaktinde ifa edilmeyen borçlar başlıbaşına zararı tevliid edecek mahiyette olduğundar A. zararın B. nin temerrüdü neticesinde, B. zararın A. nin temerrüdü neticesinde doğduğunu iddia edebilir. Filhakika bu kabil hallerde zararın hangi tarafın temerrüdü neticesinde doğduğunu hangi sebebin zarara amil olduğunu fiilen tesbite imkân yoktur. Bununla beraber mantıkî mülâhazalar A. nin zararın B. nin temerrüdünden, B. nin zararın A. nin temerrüdünden doğduğunu iddia ve böylece zarar sebebinin birbirlerine atfederek mesuliyetten sıyrılmalarına mânidir. Aksi takdirde her iki borçlu bu iddiayı serdederek mesuliyetten kurtulur ve alacaklı zararını hiç birine tanzim ettiremez. Bunun için her iki borçlunun zararın tamamındar mesul oldukları neticesine varılmalıdır. Lâkin zararı tazmin eden borçlu

35) Alman Hukukunda bu prensip kabul edilmiştir. Ticari Bey' s. 292 atıf 163a.

36) Bu fikirde v. Tuhr, zge. I. s. 83 atıf 24. Aksi kanaatte Becker, zge. II. s. 539, 22. Oser, Ticari Bey' s. 292, 293. Bu müellife göre zarara aynı kazanın amil olması lâzımdır. Borçlar Kanununun 102 nci maddesinin ifade tarzı bu telâkkiyi teyit eder mahiyette ise de geniş bir tefsire de mâni değildir. Meselâ 1 Martta ifa ile mükellef olan borçlu borcunu zamanında ifa etmediği için mütemerrid oluyor. 3 Martta alacaklının nezdinde bir yangın zuhur ediyor. 6 Martta da mebl borçlunun nezdinde zuhur eden bir yangın neticesinde telef oluyor. Kaza ayrı sebeblerin mahsulü olmakla beraber fikrimizce borçlu temerrüd neticelerinden kurtulur.

37) Ticari Bey, 292 b ye bakınız.

diğerine rucu edebilir^{37a}. Buna mukabil zarar yalnız birinin temerrüdünden neşet edebiliyorsa, meselâ A. aynı fabrikaya hususî bir cihazın teslimini, B. de bu cihazda işlenecek mevadî iptidaiyeyi teslim etmeği taahhüt etmişlerse, cihaz vaktinde teslim edilmiş olmadıkça, B. nin temerrüdü bir zararı tevlide müsaîd olmadığından mesuliyeti de bahis mevzuu olamaz.

5. Sebeb ile netice arasındaki bağılılık mantıken bir zaman ile takyid edilemez. Her hâdisenin bu meyanda zarara amil olan temerrüdün tesirleri istikbalde bir çok hâdiseler üzerinde kendini gösterebilir. Ne kadar uzak olursa olsun, bu hâdiseler arasında mantıkla bir münasebet tesis etmek ve böylece temerrüdün doğurduğu neticeyi diğer bir sürü neticelere bağlamak, bu teselsülü ilânihaye tevali ettirmek mümkündür. Meselâ, B. nin borcunu zamanında ödememiş olması alacaklısı bulunan A. nın üçüncü bir şahsa olan taahhüdünü yerine getirmesine mâni olmuş, taahhüdün ademi ifası ticarî itibarını sarsmış, ticarî itibarın sarsılması bankaların krediyi kesmelerine sebebiyet vermiş, kredinin kesilmesi diğer borçların ihdasına ve belki de iflâsına amil olmuş olabilir. Burada ilk hâdiseye ile teselsül eden diğer neticeler arasında uzak da olsa mantık bakımından bir bağılılık bulunduğu inkâr edilemez. Lâkin borçluyu da bütün bu neticelerden mesul tutmanın nasafet ve adalet duygularımıza aykırı düştüğü kabul edilmelidir.

Hususî hukukta felsefenin mutlak imkânsızlık telâkkisini iktisadî dolayısıyla hukukî imkânsızlık fikri ile tahfife lüzum görüldüğü gibi, illiyet rabitasının da mantığın tesis edebileceği neticelere kadar götürülemediği anlaşılmış ve bu sahada da mesuliyetin tahdidine matuf nazariyeler ortaya atılmıştır³⁹⁻⁴⁰.

Alman ve İsviçre hukukunda hâkim olan kanaate göre, bir şahsa fiilinin sebep olduğu zararı tahmil edebilmek için sebep ile netice arasında makul bir münasebet bulunmalıdır⁴¹. Mesuliyeti doğuran hâdiseye, ceryan

37a) v. Tuhr, zge. II. s. 749 aynı kanaatte. v. Tuhr, zge. I. s. 86, Becker, zge. I. s. 211. 33 de bakınız.

38) Ticarî Bey' s. 166 atıf 23.

39) Fransız Hukukunda da mesul olan şahsın kusuru ile zarar arasında bağılılık aranır. Planiol et Ripert Oblig. no. 539-40; Ripert, la Règle Morale no. 117; Becker, zge. I. s. 206. 17 de bakınız.

40) Muhtelif nazariyeleri Becker, zge. I. s. 207 ve müt. tetkik ediniz. v. Tuhr, zge. I. s. 89, 90 atıf 51 bakınız. Oser, zge. s. 182. IV. 2.

Bu nazariyelerin tenkidi hakkında Becker, zge. I. s. 209. 25. tetkik ediniz.

41) Becker, zge. I. s. 210. 30 da zikredilen kararları tetkik ediniz .

tarzı ve vasıfları bakımından, umumî hayat telâkkilerine göre, objektif bir görüşle zararı tevlide müsaîd ise, illiyet yani sebep ile neticeler arasında bağıllık vardır. Diğer bir ifade ile, illiyet rabıtasının kabulü için hâdisenin ceryan tarzına ve vasıflarına vakıf olan üçüncü bir şahıs zarar ihtimalini keşif edebilmelidir. Borçlu hâdisenin afakî ceryan tarzına ve genel tecrübeye göre beklenebilen neticelerden mesuldür. Buna mukabil zarar fevkalâde hallerin inzıمامı ve objektif ihtimaller dışında bulunan amiller neticesinde doğmuşsa bağıllık yoktur. Sebep ile neticeler arasında objektif ihtimal kaidelerine göre bir bağıllık tesis edilebiliyorsa borçlu bu bağıllığın gittiği yere kadar doğan zararları tazmin ile nükelleftir. Bu nazariye her hâdisenin ceryanındaki kanunilikten hareket ederek, tecrübeye müsteniden muayyen bir hâdisenin muayyen bir neticenin doğumuna amil olabilip olamayacağı hususunda objektif ihtimali araştırır. Sebep ile neticeyi bağlayan objektif ihtimaldir⁴². Bu araştırmada borçlunun zararı ika ettiği andaki sübjektif telâkkisi nazara alınmaz. Hâdisenin vukuundan sonra normal bir düşünüşle üçüncü bir şahsın afakî olarak doğumunu tahmin edebileceği neticelere ehemmiyet verilir. Sebep ile netice arasında doğrudan doğruya bağıllık şart değildir. Bununla beraber objektif ihtimali tayinde riyazî ölçüler cari olmayıp hâkimin, icabında celb edilecek müteahhis bilirkişilerin sağ duyusu önemlidir⁴³.

Hakikatı halde bu nazariye de zarar hududunu tayinde kat'î bir ölçü tesis etmiş değildir. Aşağı yukarı her hâdisede hâkim ve mütehassısların sağ duyusuna müracaat zarureti bulunduğundan, takdirî bir faktörün mevcudiyeti inkâr edilemez. Mahrumiyeti kârı tesbitte ise tahmin ölçüsü tam mânası ile farzidir. Müsbet zararlarda alacaklının mamelekinde fiilî bir azalmayı tesbit etmek mümkün iken⁴⁴ kâr mahrumiyetini tesbit kıyasî bir esasa dayanır. Hâkim temerrüd hali bulunmasaydı faraziyesinden hareket ederek muhtemel kârı tahmin etmek zorundadır.

Lâkin ihtimal esasına müstenid olmakla beraber, illiyet rabıtasının tesisinde afakî ve umumî bir ölçünün de cari olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Borçlar Kanunu zarar ve mahrum kalınan kârın tesbitinde, dolayısı ile illiyet rabıtasının tesisinde hâkime geniş bir takdir hakkı tanımıştır (B. K. 42, 43). Lâkin diğer sahalarda olduğu gibi burada

42) v. Tuhr, zge. I. s. 90, Becker, zge. I. s. 208, 22.

42a) Flick, zge. I. s. 104, 71. Oser, zge. s. 183. 2. Becker, zge. I. s. 211, 32,

43) Becker, zge. I. s. 209, 25, 210, 31. Staub, zge. III. s. 68, 27; Oser, zge. s. 182. IV. 1; v. Tuhr, zge. I. s. 90.

44) v. Tuhr, zge. I. s. 90.

da takdir hakkı kullanılırken, mesned vazifesini görebilecek afaki prensiplere ihtiyaç vardır. Aksi takdirde her hâkim illiyet rabitasını, dilediği nazariyeyi esas alarak tesise kalkışır. Bu telekki ise adaletin tevziinde nisbi de olsa zarurî olan istikrarı sağlayamaz⁴⁵. Fikrimizce İsviçre ve Alman Hukukunda kabul edilen nazariye, ihtimal esasına müstenid olmakla beraber, hâkimin eline objektif ölçüler vermektedir. Hilâfına kanunda bir hüküm bulunmadığından aynı prensipler Ticaret Hukuku sahasında da müdafaa edilebilir.

III. Temerrüdde tazminat :

Borçlu mütemerrid olmuşsa, Ticaret Kanununun 645 inci maddesine tevfikân alacaklının duçar olduğu zararlar mahrum kaldığı kârı tazmine mecburdur.

Bu hükümde borçlunun tazminat mükellefiyeti, biri ademi ifa diğeri tehhürle ifa olmak üzere iki bakımdan mütalâa edilmiştir. Kanun vazı her iki şıkda duçar olunan zararlar mahrum kalınan kârın tazminine cevaz vermekle beraber, tazminat borcunun sebep ve şümül sahası birbirinden farklıdır.

Akidlerde zarar ve bu zararın karşılığı olan tazminat borcu ya ademi ifa veya tehhürle ifadan neşet eder. Her ikisinde tazminat ölçüsü alacaklının borcun ifasındaki menfaatleridir⁴⁶. Bu menfaat borçlanılmış olan şeyin alacaklı bakımından halz olduğu değere göre takdir edilir.

1. Ademi ifa hali yoksa, alacaklı mütemerrid borçludan gecikme yüzünden, gecikilen müddet için duçar olduğu zararlar mahrum kaldığı kârın tazminini isteyebilir. Temerrüdün ilk neticesi budur. Aynı kaide Borçlar Kanununun 102. inci maddesinin 1. inci fıkrasında da ifadesini bulmuştur. Buradaki zarar ziyan hükmü de her iki şıkkı ihtiva eder⁴⁷.

Alacaklının gecikmeden doğan zararı mamelekinin temerrüd neticesindeki hali ile temerrüd bulunmasaydı, alacağı muhtemel vaziyet arasındaki farkdan ibarettir. Diğer bir söyleyişle alacaklı gecikmenin

45) Aynı kanaatte : Becker, zge. I. s. 209, 25.

46) Bu fikirden v. Tuhr, zge. II. s. 78. VI; Becker, zge. I. s. 503, 31, 500. 19.

47) Gecikme sebebiyle zarar ziyan talebi için tehhürle ifanın hukuken mümkün olması lâzımdır. Meselâ munzam mehil zarfında borçlu borcunu ifa etmeği teklif etmişse alacaklı bu talebi reddedemez. Tehhürle ifa imkânı kaınmamışsa, ademi ifa sebebiyle zarar ziyan talep edilebilir. Oser, zge. s. 329; Staub, zge. III. s. 763. 22, 63. 17; Becker, zge. s. 537. 14.

mamelekine iras ettiği kayıpların telâfisini istiyebilir⁴⁸. Gecikme neticesinde alacaklının kayıpları ise mamelekinin azalması veya bir azalma müşahade edilemese bile çoğalma imkânlarının kaybı şeklinde tezahür eder.

a. Alacaklının mameleki doğrudan doğruya geçikmenin bir neticesi olarak azalmış olabileceği gibi, bu azalma bilvasıta veya dolayısıyla de tahassül edebilir⁴⁹. Mütemerrid borçlu bütün zararlardan mes'uldür, meğer ki geçikme ile zarar arasındaki illiyet rabitası makul nisbetin dışına çıksın⁵⁰. Ticaret Kanununun 645.inci maddesi «duçar olunan zarar» hükmü ile bu nevi, müteamil tâbir ile «müsbet» zararları kasd etmiştir. Zira bilvasıta veya dolayısıyla doğan zararlarda da alacaklının mameleki azalmış ve bu suretle bir zarara duçar olmuştur.

Alacaklı geçikme yüzünden bazı ödemeler yapmış, meselâ mebbi aldirtmak için veya taahhüdün vaktinde ifa edileceğini düşünerek yahut başkaca zararları önlemek gayesi ile masraf ihtiyar etmişse, bunlar geçikmenin bilâ vasıta bir neticesi olmak üzere alacaklının mamelekini yapılan sarfiyat nisbetinde tenkis eder.

Alacaklı geçikme yüzünden üçüncü bir şahsa olan borcunu yerine getirememişse, bu şahsa ödediği şartı cezaî bedelleri, tazminat, faizler bilvasıta bir azalma yaratır.

Müsbet zarar, aktif ve pasifler arasındaki muvazenenin bozulması, meselâ geçikme sebebiyle yeni borçların inzimamı, eski borçların artması, yahut hakların kaybı veya değer bakımından azalması şeklinde dolayısıyla de doğmuş olabilir. Meselâ fiyatlar temerrüd devresi içinde düşmüş ise farkın tazmini istenebilir. İmâl edilmek üzere satın alınan emtea da vaziyet böyledir. Fiyat düşüklüklerinin mamul eşya üzerine de in'ikâs edeceği gözden kaçırılmalıdır.

b. Ticaret Kanununun 645.inci maddesinde «mahrum olunan kâr» hükmü ile alacaklının, borç vaktinde ifa edilmiş olsaydı, objektif bir ihtimalle ve ticarî telâkkilere göre işin mahiyeti icabı geçikme müddeti

48) Guhl, zge. s. 45, Becker, zge. I. s. 536. 13, 500. 19. v. Tuhr, zge. I. 76 III., 540 aynı kanaatte

49) Bazı yerlerde, Borçlar Kanunu bilvasıta zararlarla bilvasıta zararlar arasında bir tefrik yapmıştır. B. K. m. 192. 4., 205. 2. Bu tefrik Ticaret Hukukunda yoktur.

50) Borçlu illiyet rabitasının dışına çıkan yani ticarî ve objektif görüşle temerrüdün bir neticesi olarak tahmin edilemiyen zararlardan mesul değildir. Illiyet rabitası hakkında verilen izahata da bakınız.

içinde sağlayabileceği faideler kastedilmiştir. Bunlar da doğrudan doğruya veya bilvasıta yahut dolayısıyla tahassül edebilir. Ancak müsbet zararda her üç şıkta hakikî veya hükmi bir azalmayı tesbit imkânı mevcut iken mahrum kalınan kâr ipotetik bir esasa dayanır⁵¹, kat'i olarak tesbit edilemez. Bunun için hâkim Borçlar Kanununun 42. nci maddesi dairesinde halin mutad ceryanını nazarı itibare alarak afakî bir düşünüşle basiretkâr bir tacirin sağlayabileceği faideleri sabit addetmelidir. Fikrimizce aynı prensip Ticaret Hukukunda da kabul edilmek lâzımdır. Buna mukabil fevkalâde kârlar ve menfaatler alacaklı tarafından isbat edilebildiği takdirde istenebilir. Filhakika mutad kârların da alacaklı tarafından isbatı lâzımsa burada ölçü objektif imkânlardır. Hâkim bu imkânların isbatı ile iktifa eder. Fevkalâde kâr talebinde ise alacaklı müşahhas olarak bu faideleri sağlayabileceğini isbat etmek zorundadır. Meselâ alıcı satın aldığı malı mutadın fevkinde bir fiyatla sattığını iddia ediyorsa, satış meri usul hükümlerine göre sabit olmalıdır.

Mahrum kalınan kâr evveleminde tehhür devresi içinde sağlanan hukukî ve tabii semerlerden terekküp eder. Hattâ borçlunun kusuru olmasa da temin edilen fazlanın iadesi lâzım gelir⁵². Lâkin mütemerrid borçlu temin edemediği faideleri de tazmine mecburdur. Meselâ ticarî bir alım satımda, alıcı, temerrüd müddeti içinde piyasada hasıl olan en yüksek fiyatla, ödediği semen arasındaki farkı istiyebilir⁵³. Zira normal ahvalde bir tacirin menfaatlerini vaktinde idrak ederek zühur eden fırsatlardan istifade edebileceği karinesi caridir. Hilâfını isbat alıcıya değil mütemerrid borçluya aittir. Mütemerrid borçlu alınan malın ahire satılmıyacağını veya bu fiyatla satılmış olmayacağını iddia ve isbat edebilir. Kezalik alıcı gecikmenin bilvasıta mahrum kaldığı menfaatlerin de tazminini talep hakkını haizdir. Meselâ bir makinenin vaktinde teslim edilmemesi yüzünden alıcı elindeki malları işletemezse bu müddet içinde temin edilebilen istifadenin karşılığını talep edebilir^{54 55}.

51) v. Tuhr, zge. I. s. 77, II. 586, II. 92. 10., 92 - 93.

52) Meselâ borçlu bir işletmenin devrini taahhüd etmişse, temerrüd devresi de dahil olmak üzere işletme müddeti içinde temini mümkün olan hasılat ile temerrüden sonra fiilen tahakkuk eden hasılat arasındaki farkın tazmini gerekir. Becker, zge. I. s. 537. 14., de Claparède, 19, bu eserde zikredilmiştir.

53) Aksî kanaatte, Becker, zge. I. s. 537. 16; Oser, zge. s. 3, 29;. Becker'e göre alıcı mebli yüksek fiyatla satacağını isbat edebilmelidir.

54) Aşağıda s. 25 de verilen izahata da bakınız. Oser, zge. s. 329, v. Tuhr, zge. I. s. 80. II. s. 586 da bakınız.

55) v. Tuhr ve Becker'e göre şahsî ihtiyaçları karşılamaya mahsus esyada bu fark istenemez. v. Tuhr, zge. II. 586. Atıf No, 11, Becker, zge. I. s. 537. 15.

Buna mukabil bir tacirin kanun veya ahlâk ve âdaba aykırı olarak yapabileceği kârların tazmini istenemez. Meselâ mahrum kalınan kâra karaborsa rayıcı esas alınamaz.

c. Alacaklının tehhür sebebiyle manevî tazminat istiyebilip istiyemeyeceği şüphelidir. Borçlar Kanununun 49.uncu maddesi daha ziyade haksız fiillere göre tanzim edilmiş olmakla beraber, geçikme alacaklının şahsî menfaatlerini haleldar etmiş, meselâ itibarını sarsmışsa, borçların ademi ifa veya tehhürle ifasında da manevî tazminat talebi mesmudur. Borçlar Kanununun 98.inci maddesinin son fıkrasının yaptığı atıfa binaen 49.uncu maddenin akidlerde de tatbik sahası olmak lâzımdır. Bununla beraber manevî tazminat talebinin doğması için alacaklının şahsî menfaatlerinin haleldar olduğunu isbat etmesi kâfi olmayıp manevî tazminat talebine kanunen cevaz verilen yerlerde hususî ağırlığı mucib bir hal arandığından, alacaklı borçlunun kasd veya ağır kusurunu isbat edebilecek durumda olmalıdır⁵⁶.

2. a. Para borçlarında alacaklının tazminat talebi evveleminde temerrüd faizini ihtiyav eder. Para borçlarından gayri edimlerde alacaklının tazminat istiyebilmesi için kusur şart iken para borçlarında borçlu kusurlu olmasa dahi temerrüd faizini tediye mecburdur⁵⁷. Zira Borçlar Kanununun 105.inci maddesindeki hükmün muhalif mefhumundan borçlunun sadece munzam zararlarda kusursuz olduğunu isbat ederek mes'uliyetten kurtulabileceği anlaşılmaktadır. Demek oluyor ki temerrüd faizi her halde istenebilir⁵⁸. Ticaret Kanununun 652 ve 706.ncı maddelerinde de bu prensip caridir. Hattâ para borçlarında alacaklı henüz tahakkuk etmemiş müstakbel zararlarının telâfisini de talep hakkını haizdir. Borçlar Kanununun 105.inci maddesinin son fıkrası temerrüde veya temerrüd halinin devamı şartına binaen tahakkuk edebilecek zararların da önceden takdirine cevaz vermiştir.

Alacaklı temerrüd faizi dışındaki zararlarının da tazminini istiyebilir. Munzam zararlar hakkında umumî hükümler caridir, yani temerrüd faizini aşan bir zararın isbatı, geçikme ile bu zarar arasında illiyet

Borçlunun temerrüdü neticesinde alacaklı opsiyon hakkını kayıp eymişse, bunun tazmini de istenebilir. v. Tuhr, zge. I. 79, 93.

56) Becker, zge. I. 194. 1; 468. 28., Oser, zge. 321; v. Tuhr, zge. II. 544. Atıf no. 71; BGE, 54 II. 483, Guhl, zge. I. s. 44. bu kanaatte. B. K. 47, 49., M. K. m. 85, 143; 305.

57) Zimnen aynı kanaatte: Becker, zge. I. s. 540. 4. Ticari Bey' s. 136. Atıf no. 100 de bakınız. Becker, zge. I. s. 545. de bakınız.

58) Temerrüd faizinin miktarı hakkında: Ticari Bey' s. 136 ya bakınız.

rabitasının mevcudiyeti. Meselâ alacaklı geçikme sebebiyle üçüncü bir şahsa olan borcunu ödiyememiş, bu yüzden daha yüksek faiz, tazminat yahut ceza şartı tediyesine mecbur kalmışsa, ödediği veya ödeyeceği faiz farkını, tazminat ve ceza şartı bedellerini, bu borcun tevidi, tecili yahut başka yerlerden para tedariki için ihtiyar ettiği veya edeceği masrafları, geçikme sebebiyle borç altına girmiş ve başka bir şahsa borcunu ifa edememişse, temerrüdün mamelekine iras ettiği zararları, geçikme müddeti içinde geçikme sebebiyle mahrum kaldığı sair menfaatlerin tazminini talep edebilir. Borçlu munzam zararların tediyesinden kurtulabilmek için kusursuz olduğunu ispat elebilmelidir.

Alacaklı, yabancı akça üzerinden varid olan borçlarda muayyen şartlar altında, rayic farklarından doğan zararının telâfisini de isteyebilir.

Beynelmîl münasebetlerde alacaklının yabancı akçayı memleket parasına tahvil edeceği karinesi caridir. Meselâ memleket dışı satışlarda, semen borcu Türk lirası veya alacaklının bulunduğu memleketin parasından gayri bir akça üzerinden varid olmuşsa, yabancı memleketteki alıcının bu paraları vadesinde kendi parasına tahvil niyeti ile akda giriştiği kabul edilebilir. Bu kabil vaziyetlerde tahvil niyeti mefruz sayılmak lâzım geldiğinden isbatı alacaklıya tahmil edilemez. Alıcı kur farkından gördüğü zararın tazminini isteyebilir. Borçlu Türk parasının veya yabancı akçanın sukutunda zarar iddiasını reddediyorsa hilâfını isbat etmelidir. Meselâ taraflar arasında yapılan alım satımında takas usulü kabul edilmiş olup yabancı satıcı Türk lirası mukabilinde Türkiyeden mal almak mecburiyetinde ise, geçikme müddeti içinde mal fiatlarında bir yükseliş olmadıkça Türk parasının sukutu bir zarara sebebiyet vermemiş olabilir. Lâkin Türk parasının sukutu neticesinde mal fiatları da yükselmişse, fikrimizce alacaklı geçikme yüzünden bu suretle duçar olduğu zararın tazminini de talep hakkını haizdir.

Akıld yabancı memleketteki tacirin parası ile yapılmışsa, kur farkından doğan zararın tazmini için tahvil niyetinin isbatı veya bu memlekette devamlı bir enflasyonun mevcudiyeti şarttır. Tahvil niyeti isbat edilmezse, alacaklının memleket parasını muhafaza edeceği mefruz sayılmak icabeder. Bu itibarla esasen maruz kalacağı bir zararı borçluya tahmile mahal yoktur. Enflasyon devrelerinde, düşen paranın, kıymetini muhafaza eden mallara yatırılması veya yabancı akçalara tahvili aşağı yukarı her yerde görülen bir vaziyettir. Bunun için geç ifanın alacaklının mamelekine değer bakımından bir zarar vermiş olması ihtimali varid olabilir. Bu şıkda hilâfını yani alacaklının parasını muhafaza edeceğini isbat borçluya aittir.

b. Türkiyede yapılan muamelelerde alacaklının kur farkından doğan zararının tazmini için akça nevine göre bir ayırma yapılmalıdır. Türk lirası üzerinden varid olan borçlarda memlekette zahir ve devamlı bir enflasyon hali bulunmadıkça alacaklının ödenecek parayı mutad usullerle kullanacağı mefruz sayılır. Bu itibarla arızî rayic tahavvüllerinde mütevellid zararın tazmini istenemez, meğer ki yabancı bir akçaya tahvil niyetinin borçlu tarafından bilindiği isbat edilebilsin. Mücerret tahvil niyetinin isbatı kâfi addedilemez. Borçluyu uzak bir ihtimale müsteniden doğacak zarara muhattap tutmak makul nisbetin dışına çıkar. Zahir ve devamlı enflasyon hallerinde ise, alacaklı, memleket parası ile yapılan akıdlarda da zararının tazminini yukarıki mülâhazalara binaen isteyebilir.

Yabancı akça üzerinden varid olan borçlarda kur farklarından doğan zararların tazmini için evveleminde yabancı akça ile tediye imkânının mevcut olup olmadığı ehemmiyetlidir. Yabancı akça ile tediye mevzuat cevaz veriyorsa, alacaklı alacağını Türk parasına tahvil edeceğini isbat edebildiği takdirde, yabancı akçanın sukutundan veya Türk parasının yükselişinden mütevellid zararının tazminini talep edebilir⁵⁹. Yabancı akça ile tediye imkânı yoksa akıdda yabancı akça hesabî bir kıymet ölçüsü vasfını haizdir. Vadedeki rayic esastır. Alacaklı ancak Türk parası ile akdedilen borçlarda olduğu gibi kur farkları dışında kalan munzam zararlarının tazminini isteyebilir⁶⁰.

Taraflar arasındaki mukaveleye göre borç Türk lirası veya yabancı bir akça ile ödenecekse bu nevi kayıdlarda âkıdaların niyeti her iki akçanın düşme ihtimallerine karşı alacaklıyı korumaktır. Bu itibarla alacaklı seçimlik bir hakka sahiptir. Halin icabına göre akçelerden birini tercih edebilir⁶¹.

3. Alacaklının tazminat talebi zarar tutarı ile mahduuttur. Tazminat da gaye zararın telâfisi olduğuna göre, borçlunun mükellefiyeti doğrudan doğruya veya bilvasıta yahut dolayısı ile tahakkuk eden zararın tazmininden fazla olamaz. Bundan başka, tazmini istenen zarar tahakkuk etmiş olmalıdır. İleride tahakkuku muhtemel bir zarar için tazminat istenemez, meğer ki hâdisenin seyrine göre bu zararın da tahakkukuna

59) Becker, zge. I. s. 545 aksi kanaattedir. Bu müellife göre tahvil niyeti mefruzdur. Hilâfını borçlu iddia ve isbat etmelidir. Aynı eserde s. 537. 17, 18 de bakınız. Staub, zge. III. s. 765; v. Tuhr, zge. I. s. 114 - 115, II. s. 589, atıf 29 tetkik ediniz.

60) Ticari Bey' s. 118, 119 da verilen izahatı tetkik ediniz.

61) Zimnen aynı kanaatte : Becker, zge. I. s. 538. 18.

muhakkak nazariyle bakılabilsin⁶². Kezalik alacaklı tazminat kisvesi altında başkaca menfaatlerinin telâfisini de istiyemez. Lâkin alacaklının duçar olduğu zararlarla borçlunun tazminat borcu tevem değildir. Tazminat borcunun doğum sebebi gerek temerrüd gerek haksız fiillerde borçlunun kusurudur. Kusurun bulunmadığı hallerde tazminat borcu da sakıt olduğuna göre kusur derecesi tazminata müessirdir. Netelîm haksız fiillerde Borçlar Kanununun 43 üncü maddesi bu prensibi açıkça ifade etmiştir. Haksız fiillerde kusur ile tazminat arasında bir bağılık vardır, kusur hafif ise tazminat borcu daralır, ağır ise genişler. Gerçi aynı maddeye tevfiikan hâkim hal ve mevkiin icablarını da nazarı itibara almak mecburiyetindedir. Bu itibarla kusurdan başka amiller de tazminat borcunun şümulüne müessir olabilirse de esas ölçü kusurdur. Akıd icabı ademi ifa veya tehhürle ifadan doğan tazminat borçlarına gelince, Guhl burada kusur derecesinin talî bir rol oynadığını beyan etmekle beraber, ekseri müellifler, 98 inci madde delâletiyle 43 üncü maddeyi akıdlara da tatbik ederler⁶³. Demek oluyor ki, bu sahada da kusurun mahiyeti, yani borçlunun temerrüde sebep olan ihmali tazminat borcunun şümulüne tesir edebilir.

Ticaret Kanununun ticarî taahhüdler faslında Borçlar Kanununun 98 ve 43 üncü maddelerine mümasil bir hüküm yoktur. Bilâkis 645 inci maddenin ifade tarzı, kusur derecesine bakılmaksızın, borçlunun bilûmum zararlardan mesul olduğu fikrini işrab eder. Ticaret Kanununda bu bakımdan bir boşluk bulunduğu, Borçlar Kanununun 98 inci ve bu madde delâletiyle 43 üncü madde hükmünün kıyasen ticarî muamelelere tatbiki mülâhaza edilebilirse de Ticaret Kanununun münhasıran mücbir sebebi beraet hali olarak tasrih etmesi, tazminat bakımından daha hafif mesuliyet şekilleri için derece farkı gözetilmediğine delâlet eder. Ticaret Hukukunda, borçlunun harekâtına hâkim olduğu telâkkisi esastır, yalnız iradesi dışında bulunan fevkalâde sebepler mesuliyetini bertaraf eder. Diğer bir söyleyişle, Ticaret Kanunu sadece iki hâlî derpiş etmiştir: Mücbir sebep varsa, tazminat borcu sakıt olur, mücbir sebep yoksa borçlu bütün zararlardan mesuldür. Hattâ bu fikri takviye sadedinde denilebilir ki, kusurun hafif veya ağır oluşu zararı tahfif veya teşdid etmediğine göre, tazminat borcunun şümulüne de müessir olmamak lâzımdır, hafif

62) Bu kanaatte: Becker, zge. I. s. 469. 31, 545. 5. v. Tuhr, zge. I. s. 114 - 115, BGE, 33 II 337.

63) Guhl, zge. I. s. 44, 50. BGE 59 II 37, Becker, zge. I. s. 506. 40, v. Tuhr, zge. I. s. 75. I. s. 540, 557. Funk, zge. s. 157. Hirs, zge. Notlu Ticaret Kanunu, madde 645 atif g.

kusurda alacaklının zararının tamamını tazmin ettirememesi gayri adil olup, tazminat talebi iras edilen zarara göre takdir edilmelidir, zira bu zarar, kusur ister hafif ister ağır olsun, birdir. Lâkin Ticaret Kanununda da mücbir sebep mevcut ise, borçlunun tazminat borcundan tamamen kurtulduğu bu halde, bütün zararın alacaklıya yüklendiği, ve ekseri hallerde tazminatın bir ceza gibi tesir ettiği göz önünde tutulursa, hakkaniyet icabı hafif kusuru olan borçlunun ağır kusuru veya hilesi bulunan borçluya nisbetle daha müsamahakâr bir muameleye mazhar olması müdafaa edilebilir⁶⁴. Ticaret Kanununun 679 uncu maddesine tevfi-kan hakkaniyetin icabettiği ahkâm zımnen mukavelede mündemiçtir. Medeni Kanununun 4 üncü maddesine göre de kanunun takdir hakkını verdiği hususlarda hâkim hak ve nasafetle hüküm eder. Tazminat borcunun tayininde ise hâkime geniş bir takdir hakkı tanımak zarureti vardır. İşte bu esaslara dayanarak Ticaret Hukuku sahasında da, hâkime, tazminat borcunu kusur derecesine göre takdir yetkisi vermek muvafık olur. Takdir hakkının istimalinde ise Borçlar Kanununun 42 ve müteakip maddelerinin mesned ittihazı Borçlar Kanunu ile ahengi temine yarar.

Fikrimizce haksız fiillere mütedair hükümlerin ticarî muamelelere tatbiki tecviz edilse dahi akıdlarda Borçlar Kanununun 98 inci maddesinin tayin ettiği sıraya riayet zarureti vardır. Bu maddenin 1 inci fıkrası akıdlarda mesuliyeti evvelemirde işin hususî mahiyetine veya borçlu için bir faideyi mucib olup olmadığına göre takdirini emreder⁶⁵. Bu itibarla tahfif sebebi, kusur derecesinden önce, bu kıstaslara göre tayin edilmelidir. 98 inci maddenin haksız fiillere mütedair atfı bu ölçülerden sonra yer alır. İsviçre Borçlar Kanununda bu telekki, 3 üncü, bizde son fıkranın başına geçirilen «diğer hususlarda» hükmü ile ifadesini bulmuştur⁶⁶. Demek oluyor ki kusuru hafif de olsa hotbehot tazminat borcunun tenkisi cihetine gidilemez. Aksi takdirde akda sadakat prensibi zarar görebilir. Bilâkis adıklar ve bu meyanda ticarî taahhütlerde borçlunun mesuliyeti evvelemirde işin hususî maliyetine, bir faideyi mucip olup olmadığına göre takdir edilmelidir⁶⁷.

64) v. Tuhr, zge. I. s. 97 ye bakınız.

65) Zımnen bu kanaatte : Becker, zge. I. s. 500. 14.

66) İsviçre Borçlar Kanununun 99 (98) uncu maddesinin 3 üncü fıkrası : «Diğer hususlarda, haksız fiillerdeki mesuliyetin derecesine dair hükümler akda aykırı hareketlere kıyasen tatbik olunur.» Funk, Borçlar Kanunu Şerhi, s. 157 de bakınız. v. Tuhr, zge. II. s. 557 yi de tedkik ediniz.

67) Guhl, zge. I. s. 44, Becker, zge. I. s. 506. 40.

4. Alacaklıyı izrar eden temerrüd ona bir menfaat da sağlamış olabilir. Tazminat gaye alacaklının zararını telâfi olduğundan, temerrüd neticesinde temin edilen faideler tazminat talebine mahsub edilmek lâzımdır. Tazminat müessesesi alacaklının haksız mal iktisabına vasıta olamaz. Lâkin temerrüd sırasında bazı faideler temin edilmiş olması borçluya müstakil bir talep hakkı bahşetmez, sadece mahsup selâhiyetini verir⁶⁸. Meselâ nakliyeciyi malı kara yolu ile nakil edeceği yerde akid hilâfına deniz yolu ile taşımış ve bu sırada emtea hasara uğramışsa alacaklının tasarruf ettiği nakliye ücreti zarardan tenkis edilir veya alıcı mebiin zamanında teslim edilmemesi yüzünden ardiye ücretini tasarruf etmişse, bu da tazminat tutarından indirilmek lâzımdır. Burada da temerrüdün illiyet rabıtası çerçevesi içinde sağladığı faideler nazara alınır. İlliyet rabıtasının dışına çıkan yani objektif bir ihtimalle temerrüdün neticesi sayılmıyan faidelerin mahsubu istenemez⁶⁹.

5. Bazı hallerde alacaklının zarara razı olması da tazminat borcunun tenkisini mucib olabilir (B. K. 44). Meselâ bir malın imali sırasında alacaklı imalâtı mürakabe hakkını haiz ise, tehhürü mucib haller karşısında lâkayd kalışı, zarara zımnen muvafakat ettiğine delâlet edebilir, veya nakliyeciyi malı daha ucuz ve fakat daha ağır seyir eden bir vasıta ile taşımayı teklif etmiş olup, alıcı bu teklife muvafakat etmişse gecikmeden dolayı tazminat istenemez⁷⁰.

6. Tazminat borcunun tenkisine amil olan en mühim sebep alacaklının fiilinin de zararın ihdasına veya artmasına sebebiyet vermiş olmasıdır (B. K. 44). Zarar mücerred alacaklının kusuru veya hilesi neticesinde doğmuşsa tazminata mahal yoktur. Fakat ekseriyetle zararı borçlunun temerrüdü intaç etmiş alacaklının fiili bu zararı arttırmış veya zarar müşterek bir kusur neticesinde doğmuştur. Kaldeten zararın doğumunda borçlunun da kusuru varsa başka hâdiselerin intizimamı mesuliye-

68) Staub, zge. III. s. 66, 25, 26. v. Tuhr, zge. I. s. 94; Becker, zge. I. s. 509, 55; Guhl, zge. I. s. 46.

69) Bazı hallerde sigorta tazminatı temerrüdün bir neticesi olmakla beraber, bu tazminatın karşılığını alacaklının ödediği primler teşkil ettiğinden, temerrüd tazminatın sigorta tazminatı ile mahsubu caiz değildir. Kezalk mütemerrid borçlunun tazmin edeceği zararın diğer bir borçlu tarafından tazmini icab ediyorsa, bu halde de tazminatın mahsubuna mahal yoktur. Bu fikirde : v. Tuhr, zge. I. 95, 96, atıf 79 a. BGE 58 II 40.

70) Bu fikirde : Becker, zge. I. s. 507, 43, 44.

tini bertaraf etmez, sadece tazminat borcu tenkise uğrar. Esasen bu kabil vaziyetlerde alacaklının fiilinde teknik mânada bir kusur yoktur. Kusur haksız bir hareketin sübjektif unsurudur. Burada ise umumiyetle haksız bir hareketten bahsedilemez. Hukuken bir şahsın kendisini zarardan vika-yeye borcu olmadığından alacaklı zararı ihdas veya arttırmakla hukukî bir mükellefiyete aykırı hareket etmiş sayılamaz. Bunun için zararın doğu-munda veya artmasında alacaklının fiilî kaideten tazminat borcunu tenkis eder nadiren ortadan kaldırır. Ticaret Kanununun 645 inci maddesi de bu mânada anlaşılmalıdır⁷¹. Bu itibarla alacaklının veya muavin şahıs-larının yahut mümessillerinin müşterek kusuru zararı ihdas etmiş yahut arttırmışsa, borçlunun tazminat borcu hatanın derecesine göre azalır. Borçlar Kanununun 44 üncü maddesine kıyasen ticarî muamelelerde de hâkime takdir hakkı tanımak modern telâkkilere ve menfaatler vaziyetine en uygun gelen hal şeklidir. Hâdisede alacaklı ve borçlunun müşterek bir kusuru mevcut ise, borçluyu her türlü tazminat mükellefiyetinden vareste kılmak âdil bir görüş olamaz. Filhakika eski Alman ve İsviçre hukukunda alacaklının hatası borçlunun da hatasını ifna etmekte idi, bugünkü mevzuat ise her iki hukuk çevresinde hâkime geniş bir takdir hakkı tanımaktadır. Borçlar Kanunu ile ahengi sağlamak gayesi ile fikrimizce Ticaret Kanunu 645 inci maddesi hükmü de aynı mânada tefsir edilmelidir.

Müşterek kusur akid icabı alacaklıya da isnad edilebilen hatalı bir hareket tarzıdır^{71a}. Müşterek kusurda taraflara kabili isnad hatanın derecesini takdir edebilmek için âkidler arasında ifa safhasında bir nevi iştirakin mevcudiyeti faraziyesinden hareket edilmektedir. Bu görüş altında tarafların hareket tarzı karşılaştırılarak kusurları zarara ne nisbette tesir icra etmişse tazminat borcu da bu nisbette tenkis edilir. Meselâ tarafların kusur derecesi müsavi ise tazminat borcu akidler arasın-da mütesaviyen taksim olunur. Alacaklı fiilî neticesinde hissesine düşen zarar payına katlanmak mecburiyetindedir. Bu miktar hesaben tesbit edilerek borçlunun tazminat borcundan indirilir. Çünkü esas itiba-

71) Yukarıda s. 6 da verilen izahata da bakınız. Becker, zge. I. s. 244. 2. v. Tuhr, zge. I. s. 101.

71a) Bu esaslardan mülhem olarak Ticaret Kanununda alacaklının zarara iştiraki için hatası yani kusuru şarttır. Bu bakımdan Borçlar Kanunu ile Ticaret Kanunu arasında fark bulunduğu mülâhaza edilebilir. Zira Borçlar Kanununun 44 üncü maddesinde «mutazarrırın fiilinden», İsviçre metninde «mutazarrıra kabili isnad hallerden» bahis edilmiştir. Fakat bu hükümde de kusur prensibinin hâkim olduğu müdafaa edilebilir. v. Tuhr, zge. I. s. 100 de bakınız.

riyle borçlu alacaklının mamelekinde hasıl olan zararın tamamını tazmin ile mükelleftir. Alacaklının hatalı hareket tarzı bu zararın doğumuna veya artmasına müsvi derecede müessir olmuşsa kusurunun amil olduğu zararın tazmini istenemez. Buna mukabil alacaklı veya borçlunun hareket tarzı diğer tarafın kusurunu ifna edecek derecede ağır ise, meselâ alacaklı, bilerek, piyasadaki fiat tahavvüllerinden istifade gayesi ile malın teslimini uzun müddet geciktirmiş veya borçlu malı teslim etmiyeceğini beyan etmiş yahut ahire satmışsa bu halde diğer tarafa isnad edilebilecek hafif kusur nazarı itibare alınmaz. Müşterek kusurun muadelet derecesini tayin için kat'î bir ölçü verilemez. Hâkime geniş bir takdir hakkı tanımak zarureti vardır⁷².

Alacaklının müşterek kusuru muhtelif şekillerde tecelli edebilir : Borçlar Hukuku sahasında müşterek kusur geniş bir tefsire tâbi tutulmuştur. Hattâ alacaklının zararın doğumundan önceki hareket tarzı dahi hesaba katılmaktadır. Meselâ Borçlar Kanununun 438 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre gönderenin eşyanın kıymetini nakliyeciyeye beyan etmemiş olması kusur sayılmıştır⁷³. Bu prensipten mülhem olarak varma zamanına verilen ehemmiyetin açıklanmamış olması da alacaklıya kabili isnad bir kusur olarak izafe edilebilir. Kezalik alacaklı mühim masrafları veya bir tehlikeyi mucib olmadıkça zararın artmasına mâni olacak veya azalmasını intaç edecek tedbirleri almak mecburiyetindedir. Meselâ teslimatın geçikeceğini öğrenmesi üzerine münasip bir fiyatla aynı malı üçüncü bir şahısdan tedarik imkânı varken bu fırsattan, zararını tazmin ettireceği düşüncesi ile, istifade etmemesi kusurlu bir hareket olarak vasıflandırılmıştır⁷⁴. Bazı hallerde alacaklı kusurlu olmasa dahi zarardan mesul tutulmuştur. Meselâ alacaklı temerrüdünde borçlunun kusuru ifayı imkânsız kılmışsa veya geciktirmişse tazminat borcu tenkis edilir. Zira alacaklı temerrüdü bulunmasaydı borçlunun kusuru ile imkânsızlığın doğmayacağı mülâhaza edilmektedir⁷⁵.

72) Aynı kanaatte : Becker, zge. I. s. 244. 3. 5., 246. 9., 507. 46., 506. 40; Guhl, zge. I. s. 50., Staub, zge. III., 58 - 68. 11 ve müt.

73) B. K. m. 479 da bakınız.

74) Alacaklının zararın artmaması veya azalması için aldığı tedbirlerin masrafları borçluya aittir. Hattâ v. Tuhr'a göre gereken netice elde edilememiş olsa dahi alacaklı bu masraflarını, tazminat talebinin bir cüz'ü olarak isteyebilir. v. Tuhr, zge. I. s. 104; Becker, zge. I. s. 505. 37 de bakınız.

75) Bu fikirde : Becker, zge. I. s. 509, 51.

IV. Tazminatın nev'i ve tarzı tayini :

1. Zararın tazmini, izah edildiği gibi, temerrüdün, yani geçikmenin alacaklının mamelekinde iras ettiği kaybın telâfisi demektir. Bu kayıp alacaklının menfaatına göre nakden veya gayri nakdî bir şekilde telâfi edilir. Haksız fiillerde Borçlar Kanununun 43 üncü maddesine tevfikân hâkim tazminatın nev'ini de takdir hakkını haizdir. Mezkûr hüküm 98 inci madde delâletiyle akidlere de teşmil edilebildiğinden temerrüdde de zararın akidden gayri bir şekilde tazmini mülâhaza edilebilir. Lâkin bu sahada daha ziyade nakdî tazmin şekli rol oynar⁷⁶. Zira burada tazminatın hedefi, ademi ifa halî bahis mevzuu olmadığından, borcun zamanında ifa edilmemesi sebebiyle geçikmeden doğan kaybın telâfisidir. Borçlu borcunu sadece geç ifa etmiştir. Bu itibarla taahhüdün mevzuunu teşkil eden borç yerine diğer bir ifa şeklinin ikamesine mahal yoktur⁷⁷. Geçikmeden doğan zararın nakden takdiri daha kolay olduğu gibi nakdî tazmin usulü ifnaz bakımından da şaynı tercihtir. Nakıddan gayri tazmin şekillerinde tazminatın nevi hakkında ileride başkaca ihtilâfların zuhur etmesi mümkündür. Nakdî tazminde ise bu mahzur yoktur. Gerçi geçikmede de alacaklının duçar olduğu kayıpların nakıddan gayri bir şekilde telâfisi hatıra gelebilir. Meselâ geç ifa neticesinde alacaklının zamanla mukayyed bir hakkı sakıt olmuşsa borçlu aynı mahiyette bir hakkın tesisine mahkûm edebileceği gibi alacaklı üçüncü bir şahsa karşı tazminat tediyesine mecbur kalmışsa, üçüncü şahsın muvafakatı ile borçlu bu borcu takabüle de icbar edilebilir⁷⁸. Fakat temerrüdde bu kabil vaziyetler nadirdir. İstisnâî vaziyetler dışında geçikmeden doğan kaybın nakıdla telâfisi her iki

76) Staub, zge. III. s. 799. 58; Becker, zge. I. s. 536. 12, 501. 22 ve müt. v. Tuhr, zge. I. s. 105-106.

77) Ademi ifada vaziyet böyle değildir. Burada zararın, aynı işi görebilecek mümasil bir eşyanın teslimi, taahhüd yerine kalm olabilecek diğer bir edimin ifası, kusurlu eşyanın tamiri gibi, nakdî tazminden gayri şekillerle telâfisi mümkündür. Meselâ borçlu borcunu menkul rehni ile temin etmeği taahhüd etmişse, rehni teslimi imkânsızsa, başka bir teminat şeklinin irasine karar verilebilir. Hâkim kusurlu olarak imâl edilen makinenin borçluda kalmasını ve yerine başka bir makinenin teslimini tensip edebilir. Ticaret Kanununun 169 ve 324 üncü maddelerine göre şirket zarar ziyan yerine serikin yaptığı muamelelerden mütevellid menafin terkini talep edebilir (B. K. m. 455 de bakınız). Hattâ Becker'e göre hâkim, te'ef olan esya yerine kalm olan sigorta bedelinin alacaklıya tediyesine de karar verebilir. Becker, zge. I. s. 501. 22.

78) Becker, zge. I. s. 502. 24, 25 bakınız.

tarafın menfaatlerine daha uygundur. Ticarî taahhüdlerde ise nakdî tazmin şekli izah edilen sebeblere binaen evleviyetle tercih edilmelidir. Bununla beraber Borçlar Kanununun 43 üncü maddesinin 98 inci maddesi delâletiyle Ticaret Hukukunda da tatbik sahası vardır. Ticarî muamelelerde de hâkim tazminatın nev'ini takdir hakkına maliktir⁷⁹.

2. Nakdî tazminat talebinin iki esasa göre tayini mümkündür :

a. Alacaklı geçikmenin mamelekinde fiilen iras ettiği zararlar mahrum kaldığı kârın tazmini talep edebilir. Bu usulde alacaklının kaybı farzî ve kıyasî bir esasa göre hesap edilmez. Tazminat, *müşahhas* olarak, zamanında ifa vaki olsaydı bu tarih ile geçiken ifa arasında fiilen görülen hakikî ve müşahhas kayıplara göre tesbit edilir. Alacaklının temerrüd devresi içinde bilvasıta veya bilâvasıta yahut dolayısı ile duçar olduğu veya mahrum kaldığı fiilî ve hakikî zarar ve kâr ne ise, usulen isbat edilerek tazmin ettirilir. Umumiyetle alacaklı, hal ve vaziyetin veya taahhüdün hususî mahiyeti icabı borsa veya piyasa rayicinin fevkinde bir zarar görmüşse bu usulün tercihi lehinedir. İsbat külfeti alacaklıdadır. Meselâ alacaklı borçlunun temerrüdü neticesinde üçüncü bir şahsa olan borcunun ademi ifası yüzünden cezai şart tediyesine mecbur kalmış veya yüksek bir tazminata mahkûm olmuş, yahut piyasa rayicinin üstünde bir satış imkânını kaçırmışsa, isbat imkânı bulunmak şartıyla bu yolu tercihte fayda vardır.

b. Kaideten bir tacirin zuhur edecek münasip fırsatları kaçırmıyacağı farz olunur. Zararın müşahhas olarak tayini usulüne karşı *mücerred* usulde bu mülâhazadan hareket edilir. Burada alacaklı hakikî zararını bahis mevzuu etmeksizin temerrüd tarihi ile ifanın vaki olduğu zamandaki borsa veya piyasa rayicilerinin mukayesesini neticesinde hasıl olan farkın tazminini ister. Bu fark alacaklının mücerred kaybını gösterir. Zira alıcının malı bu fiatla ahire satabileceği karinesi caridir.

Mücerred tazmin usulünün tatbiki için taahhüd mevzuunun ahire ferağı imkânı ve niyeti ve borsa veya piyasada bir rayici bulunmak lâzımdır.

Bir kısım müelliflere göre, alıcı malı istihlâk için veya sair ihtiyaçlarını karşılamak üzere satın almışsa, mücerred usul tatbik edilemez. Meselâ alıcı fabrikasında imal için mevadî iptidaiye veya yarı mamûl

79) Aynı kanaatte : Hirs, zge. Notlu Ticaret Kanunu, madde 645 atıf g ; Staub, zge. III. s. 798 de bakınız .

eşya mübayaaya etmiş yahut mahrukat ihtiyacını temin için kömür sipariş etmişse, zararını sadece müşahhas usule göre hesap edebilir⁸⁰.

Alman Hukukunda hâkim olan kanaate göre, ahire ferağ imkânı muhal telâkki edilmedikçe ferağ niyeti mevcut farz edilir ve mücerred usul kabili tatbiktir. Sadece istisnai hallerde ferağ niyetinin bulunmadığı neticesine varılmıştır. Meselâ Millî Savunma Bakanlığının ciheti askeriye için mübayaaya ettiği eslahada vaziyet böyledir. Kezalik akdın mahiyeti icabı taahhüd mevzuunun ahire ferağı mutad değilse mücerred usul ile zararın hesaplanmasına mesağ yoktur. Meselâ nakil mukavelelerinde gönderen veya gönderilen zararını ancak müşahhas usul ile tayin edebilir. Zira nakil mukavelesinden mütevellid talep hakkı kabili devir olmakla beraber mutad bir mübadele mevzuu olmadığı gibi nakliyecisi de nakil mukavelesine bağlı menfaatlerin vüsat ve şümülünü takdir imkânına malik değildir. Bu itibarla aldığı nakil ücreti ile kıyas kabul etmeyecek derecede ağır bir riziko altına girmesi munsif telâkki edilemez. Nihayet mücerred usulün tatbiki için taahhüd mevzuunun borsa veya piyasa fiyatı yahut umumî bir satış değeri bulunmak lâzım geldiğinden *muayyen mallarda* da bu usulün tatbikine cevaz yoktur.

Kaideten bir malın piyasa veya borsa rayici mevcut ise ahire ferağ niyeti de mevcut sayılır. Hattâ Alman Hukukunda ticarî borçlarda borsa veya piyasa rayici bulunmasa dahi hilâfı sabit oluncaya kadar ferağ niyetinin mevcut olduğu kabul edilmiştir⁸², velevki alıcı malı kendi ihtiyacı için satın almış olsun. Lâkin borçlu piyasa rayicinin mevcudiyetine rağmen malın ahire satılamıyacağını iddia ve isbat edebilir. Meselâ bazı hallerde piyasa rayici bulınsa dahi malın alıcısı bulunmıyabilir. Ancak ferağ imkânı mevcudsa, borçlu şu veya bu sebeplerle alacaklının fiilen daha az zarar gördüğünü meselâ temerrüd devresi içinde ucuz bir fiatla mal satın aldığını iddia edemez. Zira bu usulde alacaklının münasip fırsatlardan istifade edeceği karineci caridir. Alıcının ucuz fiatla mal satın almış olması teslimi taahhüd edilen mallardan da gereken istifadeyi sağlayacağı ihtimalini bertaraf etmez. Esasen mücerred usulün başlıca gayesi tarafların hususî hal ve vaziyetleri ile alâkadar olmaksızın zararı afakî olarak tesbittir. Bu itibarla alacaklının temerrüdden sonraki hareket tarzı zararın tayini üzerine müessir değildir⁸³.

80) Staub, zge. I. s. 798, 65. 20., 800. 60; Becker, zge. I. s. 511. 61, 502. 44; Düringer - Hachenburg, II. Einleitung s. 362, bu eserde zikredilmiştir.

81) Ticaret Kanununun 904, 908 ve 909 uncu maddelerine bakınız.

82) Staub, zge. III. s. 802. 60a., 801.

83) Oser, zge. s. 478. c.

3. Yukarıda da işaret edildiği gibi bu usulde zarar, borcun ifası lâzım gelen gündeki fiat ile ifa edildiği zamandaki borsa ve piyasa fiatı arasındaki farka göre tayin edilir⁸⁴⁻⁸⁵.

Evveleminde borcun hukuken ifa edilmesi icab eden gün ehemmiyetlidir. Zira ifa tarihi muacceliyet tarihi ile tevem olmayabilir. Bu itibarla borçlu hangi tarihte ifaya icbar edilmek istenmişse o tarih esas alınmalıdır. Borçlunun borcunu hukuken ifaya mecbur olduğu tarih ise temerrüd tarihidir. Ticaret Kanununun 645 inci maddesine binaen de borçlu kendisine ihtar vaki olduktan sonra müteahhidünleyhin geçikme sebebiyle zararını tazmine mecbur olduğundan mukayesede ihtar, yani borçlunun temerrüde vazedildiği tarih önemlidir. Zira borçlu ihtarnamede ifa için tayin edilen tarihten önce borcunu ifa etse idi henüz temerrüd hali tahakkuk etmiş olmayacağından kendisinden tazminat talep edilemezdi^{85a}. Aynı prensip mehilli ihtarnameler hakkında da caridir. Meselâ alacaklı ifa için muayyen bir mehil tayin etmişse mehil geçmedikçe borçlu mütemerrid olmayacağından bu halde de mukayeseye esas mehli takip eden gündür. Demek oluyor ki zarar ziyarı tayin için temerrüd tarihindeki borsa veya piyasa fiatı ile ifa tarihindeki borsa veya piyasa fiatı mukayese edilmek lâzımdır. Aralarında fark alacaklının geçikme müddeti içindeki kaybını teşkil eder. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre bu mukayese akıdda takarrur eden fiatla ifa günündeki borsa veya piyasa fiatı arasında yapılır. Lâkin bu karar daha ziyade ademi ifa halini derpiş eder. Bu itibarla geçikme sebebiyle zarar ziyarı taleplerine hotbehöt teşmil edilemez. Alman Hukukunda bu fikir açık bir ifadesini

84) Staub, zge. III. s. 798. 56. s. 803. 62. a.; Becker, zge. I. s. 511. 61. BGE 33 II 243. Guhl, zge. I. s. 47 c. Federal Mahkemesinin kararı hakkında aşağıda verilen izahata da bakınız.

85) «Borcun ifası lâzım gelen günden» maksad borcun hukuken ifası icab eden gündür. Netekim Yargıtay da 18.10.1943 tarihli bir kararında zımnen bu fikri terviç etmiştir (Y. T. D. K. 1840. Arınc, zge. s. 274). «Dâvacının 2.8.1941 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılan protesto varakasında 24 saat zarfında değirmenin suyu akmadığı takdirde kendisinden zarar ziyarı isteneceği bildirilmiş olmasına göre tazminat için bu 24 saati müteakip günlerdeki zarar ziyarının nazara alınması lâzımdır.» Bu karara göre borcun hukuken ifası lâzım gelen gün 24 saatlik mehlin inkızasını takip eden gündür. Borçlu borcunu hukuken bu günde ifa ile mükelleftir.

Staub, zge. III. s. 803. 62 a, Guhl, zge. I. s. 47 de bakınız.

85a) Yalnız verilen mehil temerrüde matuf olmalıdır. B. K. 106, T. K. 662 nci maddelere göre verilen munzam mehilde borçlu mütemerrittir, bu itibarla mehil tayininin hedefi başka sahadadır. Bazı hallerde ihtar ile bu mehil birleşebilir.

bulmuştur : «Alacaklının geçikme sebebiyle tazminat talebi temerrüd vuku bulunduğu andaki piyasa fiyatı ile ifanın vuku bulunduğu tarihteki düşük fiyat arasındaki farkdan ibaret olup akıdda takarrur eden fiyatla temerrüdün vuku bulunduğu tarihteki piyasa fiyatı arasındaki farkdan ibaret değildir.» Çünkü alacaklı malı geç de olsa tesellüm etmiştir. Bu itibarla muhtel olan menfaatleri teslim edilen malın teslim edildiği tarihteki değeri ile borç vaktinde ifa edilmiş olsaydı elde edeceği fayda arasındaki farkdan tereküp eder. Akıddaki fiyat ne olursa olsun, zararın hesabında mücerred usul tatbik edildiğine göre, alacaklının menfaatleri de objektif piyasa fiyatına göre takdir edilmelidir. Meselâ akıddaki fiyat 100, temerrüd tarihindeki rayiç 90, ifa günündeki rayiç 80 ise, alacaklının zararı 20 değil 10 dur. Borç temerrüd tarihinde takaddüm eden günde ifa edilmiş olsaydı alacaklı esasen 10 lira zarar görmüş olacak ve bu zararı borçluya tahmil edemeyecekti. Kezalik temerrüd tarihinde piyasa akıdda takarrur eden fiyatın üstünde olup bilâhare bu fiyat düşmüşse meselâ sözleşmedeki fiyat 100, temerrüd tarihindeki fiyat 110, ifa günündeki fiyat 80 ise, alacaklının zararı 20 değil 30 dur. Borç vaktinde ifa edilseydi alacaklının mameleki 110 liralık bir artma gösterecekti. İfa günündeki fiyat 80 ise azalma akıdda takarrur eden fiyata göre 20 değil 30 dur. Yalnız burada bir sual var idi hatırlanabilir. Fiyat temerrüd devresi içinde yükselmiş bilâhare düşmüşse alacaklı zararını en yüksek rayiçe göre de hesap edebilir mi ? Bizce alacaklı bu zararını da, malı en yüksek fiyatla satmış bulunacağını isbata lüzum olmaksızın tazmin ettirebilir. Meselâ temerrüd tarihindeki fiyat 110 olup rayiç temerrüd devresi içinde 150 ye yükseldikten sonra ifa tarihinde 80 e düşmüşse, alacaklının zararını 70 olarak kabul etmek lâzımdır. Mücerred usulde alacaklının zuhur edecek fırsatlardan istifade edeceği karinesi cari olduğundan bu zarar da mezkûr prensibin mantıki bir neticesidir.

4. Alman Hukukunda hâkim olan kanaate göre, akda mevzu teşkil eden malın borsa veya piyasa fiyatı yoksa, malın afaki olarak satış değeri esas alınır. Tatbikatta mücerred usul piyasa fiyatı bulunsun bulunmasın ticari mübadeleye konu teşkil edebilecek bütün mallara teşmil edilmiştir. Ticari alım satımında hilâfi isbat edilinceye kadar ahire ferağ imkânının mevcudiyeti kabul edilir. İsviçre Hukuku da zımnın bu prensibe meyil eder. Bu çevrede, aynı neticeye, 188 ve 212 nci maddelerdeki «carî fiyat» tâbiri geniş bir surette tefsir edilerek varılmıştır. Bu maddeler mânâsında «carî fiyat» piyasada fiilen satış imkânı bulan malların fiyatı olmayıp, talep bulunsa idi, malın satılarak sağlıyabileceği fiyatlar da bu hükme girer. Fikrimizce Türk Ticaret Hukukunda da hukuki durum aynı şekilde

mütalâa edilebilir. İsviçre Hukukunda «cari fiat» tâbirinin geniş bir şekilde tefsirine karşı duyulan ihtiyaç bizde de mevcuttur⁸⁶.

5. Muhtelif tarihlerde borsa veya piyasa fiatının Ticaret Kanununun 705 ve Borçlar Kanununun 209 uncu maddelerine kıyasen taahhüdün ifa mahallindeki rayiclere göre tesbit edileceği mülâhaza edilebilir. Alman Medenî Kanununda da 705 inci maddeye mümasil bir hüküm mevcuttur (B. G. m. 453). Buna rağmen tatbikat ifa mahallini esas almamış âkidlerin niyet ve arzularına göre taahhüdün fiilen icra edileceği mahalle meselâ bey akdinde mebiin alıcı tarafından tesellüm edileceği yere ehemmiyet vermiştir. Mebi nerede alıcının fiili iktidar muhitine dahil oluyorsa, bu mahaldeki rayiclere göre zararın takdiri lâzımdır. Zira alacaklı bu mahalde istifade imkânını elde edeceğine göre temerrüdden de bu mahalde zarar görmüştür. Binaenaleyh mukayeseye buradaki rayicler esas alınmalıdır. Meselâ, ifa mahalli değişmeksizin mebiin muayyen bir yere irsalî kararlaştırılmışsa, zarar varma yerindeki rayiclere göre takdir edilmelidir⁸⁷. İsviçre Hukukunda da aynı prensip hâkimdir⁸⁸. Hattâ Avusturya Kanununun kat'î vadeli satışlara mütedair 357 nci maddesinde ifa mahallindeki rayic mesned ittihaz edilmiş iken bu çevrede de tatbikat mebiin alıcıya fiilen teslim edildiği yere ehemmiyet vermiştir. Yukarıki mülâhazalara binaen Türk Ticaret Hukukunda da ifa mahallinden ziyade mebiin fiilen alıcıya teslim edildiği yerdeki rayiclere göre zararın tayini menfaatler vaziyetine daha uygundur. Alıcıya teslim mahallinde borsa veya piyasa fiatı mevcut değilse, nakil masrafları ilâve edilmek şartıyla en yakın ticaret merkezindeki fiat esas alınır⁸⁹.

6. Mücerret usulde de alacaklı temerrüd devresi içinde hüsnüniyet kaidelerine tevfiikan ve basiretkâr bir tacir sıfatıyla borçlunun nahak yere zararını arttıracak vaziyetleri önlemek mecburiyetindedir. Aksi takdirde müşterek kusur esasına binaen zararın tezayüdüne kendisi de bilvasıta yardım etmiş sayılır ve tazminat tutarı ihmali nisbetinde tenkis edilir (B. K. m. 44)⁹⁰. Meselâ fiatlar yükselmekte iken büyük bir zararı münasip bir fırsattan istifade suretiyle önlemek imkânı varken, alacaklı, zara-

86) Becker, zge. I. s. 511. 61., II. s. 37. 6; Staub, zge. III. s. 803, 62, s. 802, 60a. 798, 56.

87) Borsa ve piyasa fiatı hakkında Ticari Bey' s. 39 bakınız. Staub, zge. III. s. 804, 64, IV. s. 117. 16 da bakınız. Staub - Pisko, zge. II. s. 335 b.

88) Oser, zge. s. 477. 3 b, 478. c.

89) Staub - Pisko, zge. II. s. 383. 18., 357. 21; Staub, zge. III. s. 805. 64.

90) Yukarıda verilen izahata bakınız.

rını nasıl olsa tazmin ettireceği düşüncesi ile, yükseliş karşısında lâkayd kalamaz, iktidarı dahilinde olan tedbirleri almalıdır. Kezalik fevkalâde zamanlarda piyasanın hususî vaziyeti anî bir müdahaleyi istilzam ediyorsa, veya alıcıya üçüncü bir şahıs delâletiyle mal teklif ettirilmişse, bu teklifin bilâ sebep reddi veya müdahaleden kaçınma hüsnüniyet kaide-lerine aykırı görülebilir. Mütemerrid borçlu isbat edebilmek şartıyla alacaklısının zarar ziyan taleplerine karşı bu kabil defileri dermeyan hakkını haizdir⁹¹.

7. Türk Ticaret Kanununda mücerred usul ile tazminat tutarının hesaplanması imkânı 712, 713 ve 714 üncü maddeler gereğince sadece bey' akdine hasredilmiş görünmektedir. Borçlar Kanununun 188 ve 212 nci maddeleri de ticarî alım satıma mahsusdur. Ticaret Kanununun zarar ziyana mütedair sair hükümlerinde sarahat yok gibidir⁹². Yalnız eşya nakline mütedair hükümlerin mâna ve mahiyetinden zararın mücerred usul ile hesaplanamayacağı istidlâl edilebilir⁹³. Ticaret Kanununun temerrüdü tanzim eden umumî hükmü de bu bakımdan sakittir (T. K. 645). İsviçre Hukukunda v. Tuhr mücerred usulün ancak bey' akdine tatbik edilebileceği kanaatindedir. Becker, umumî hükümlerde, alacaklının dilediği takdirde zararını mücerred veya müşahhas usule göre istiyebileceğini beyan ettiğine göre, bu usulü sair akid nevilerine de tatbik eder görünür. Alman Hukukunda bu hesap şekli tüccar olmıyan şahıslar arasındaki münasebetlere de teşmil edilmiştir⁹⁴.

Mücerred usule göre zararın tayini için evvelemirde taahhüde mevzu olan şeyin ahere ferağı imkânı zarurî bir şarttır. Bu itibarla en geniş tatbik sahası bey akıdlarında olmak lâzımdır. Lâkin sair akid nevilerinde meselâ, trampada da bir piyasanın teşekkülü mümkündür. Bu kabil vaziyetlerde de alacaklının zararını mücerred usul ile hesaplamasına bir mâni olmasa gerek. Esasen Borçlar Kanununun 98 inci maddesi delâletiyle Ticaret Hukuku sahasında da tatbik kabiliyeti bulunan 43 üncü maddeye binaen, hâkim zararın tayininde geniş bir takdir hakkını haiz bulunduğundan bu hakkı kullanırken dilediği usulü de tatbik etkilidir. Ancak mücerred usule mütedair hükümlerin her iki kanunda bey' faslında bulunması takdir hakkının tahdid edilmek istendiğine de delâlet edebilir.

91) Borçlu ifa edeceğini vaad ederek alacaklıyı haksız yere oyalamıssa, tazminat talebinin de tenkisine mahal yoktur. Aynı kanaatte Staub, zge. III. s. 802, 61.

92) T. K. m. 127, 129, 137, 849, 860, 824, 826, 830, 831, 843.

93) T. K. m. 904, 908, 909, B. K. m. 438, 439.

94) Guhl, zge. I. s. 47, Oser, zge. s. 477. 3., 475. II., Fick, zge. s. 351; Staub, zge. III. s. 65, 19 - 22a., 800, 60.

8. Alacaklı tazminat talep ederken zararın müşahhas veya mücerret usule göre hesaplıyabilir. Bir hiyar hakkını haizdir. Esasen bu prensip Ticaret ve Borçlar Kanununun 712-714, 188, 212 nci maddelerinde zımnî ifadesini bulmuştur. Hal ve vaziyetin veya akdın mahiyeti icabı müşahhas usulün tatbikine mecburiyet olmadıkça, alacaklı dilediği gibi her iki usulden de istifade edebilir. Hattâ kısmen mücerred kısmen müşahhas usulün tatbikine de bir mâni yoktur. Meselâ alıcı mübayaa ettiği maldan ahire sattığı kısım için duçar olduğu zararlar mahrum kaldığı kârın, eşansı saliseden tedarik zorunda kaldığı kısım için hüsnüniyetle tediye ettiği bedelle semeni mebi arasındaki farkın ve bakiyesi için borsa rayicilerine göre gördüğü zararın tazminini isteyebilir. Alman ve İsviçre Hukukunda hâkim olan kanaate göre alacaklı dâvada seçtiği usule de bağlı değildir. Meselâ zararın müşahhas usulle tesbitinin müşkül olacağı anlaşılırsa, bu yolu bırakarak mücerred usule geçebilir. Alman Hukukunda bu imkân istinaf mahkemesinde de tanınmış ve tebdil tevsî mahiyetinde telâkki edilmemiştir. Türk Ticaret Hukukunda da alıcı veya satıcının iki usulden birini seçebileceğinde şüphe yoktur. Kezalik zararını kısmen mücerred kısmen müşahhas usule göre de talep edebilir. Nihayet Hukuk U. M. Kanununa göre zararın isbatında ihtiyar edilen usulün değiştirilmesi tevsî veya tebdil mahiyetinde telâkki edilemez. Zira dâvacı zararını meselâ mücerred usul ile isbat talebinde bulunmakla ne müddeabihi arttırmış ne de dâva sebebinde değiştirmiştir. Hukuk U. M. Kanununun 244 üncü maddesine tevfikân da dâvacının ikame ve beyan olunan delillerin istimaından sonra da yeni delillerin ikamesini talep etmesine bir mâni yoktur. Bu itibarla Türk Usul Hukukunda da alacaklıya tebdil hakkı tanınabilir⁹⁵.

9. Temerrüdde alacaklının geçikme tazminatı talebi ifa borcuna inzi mam eden ferî bir mükellefiyettir⁹⁶. Alacaklı ifa talebi ile birlikte tehhür sebebiyle tazminat isteyebileceği gibi, ifayı talep hattâ kabul ettikten sonra da ayrı bir dâva ile geçikme tazminatı isteyebilir. Sadece ifanın talep edilmiş olması tazminat hakkını iskat etmez. Zira Ticaret Kanununun 648 inci maddesi ceza şartına müteallik bir hükümdür. Geçikme için taraflar ceza şartı kararlaştırmışlarsa, bu halde taahhüdün kaydı ihtirazi dermeyan edilmeksizin kabulü ceza şartından feragatı intaç eder. Buna mukabil taraflar arasındaki sözleşmede ceza şartı kararlaştırılmamışsa kaideten

95) Staub, zge. III. s. 810. 73 b., s. 774. 33a., 800. 59; Becker, zge. I. 511: 61. II. s. 37. 5; Oser, zge. s. 477. b; Belgesay, zge. C. I. K. 2. s. 413, C. II. K. 1. s. 71.

96) Bu itibarla selâhiyettar ve vazifedar mahkeme ifa talebine göre taayyün eden mahkemedir.

ihtirazî kayıd dermeyan edilmeksizin ifanın kabulü tazminat hakkından feragatı mutazammın değildir. Bununla beraber alıcının tazminat talebini takas yolu ile tevkif etmek imkânı varken semeni bilâ itiraz ödemesi tazminat talebinden vaz geçtiğine delâlet edebilir. Zira alıcı geçikme tazminatı ödenmedikçe ifa teklifini veya ifayı kabule mecbur değildir.

Dâvacı dâvasında ifa talep etmemişse fikrimizce geçikme tazminatı istiyemez. Bir az evvel işaret edildiği gibi, temerrüdde geçikme tazminatı ifa borcuna bağlı ferî bir mükellefiyettir. Geçikmeden doğan tazminat talebinin doğumu için ifa talebi bir ön şart mahiyetindedir. Bu itibarla dâvacı ifa talep etmeden müstakil bir dâva halinde geçikme tazminatı talep etmişse bu dâva reddedilmelidir.

Temerrüd vaki olduktan sonra, mehil tayin edilmiş olsun olmasın alacaklı her zaman borcun ifasını talep ve tehhür sebebiyle tazminat istemek hakkını haiz olmakla beraber ifa talebinin gayri münasip bir şekilde uzatılması halin icabına göre hüsnü niyete aykırı telâkki edilebilir. Filhakika akidden doğan tazminat talebi zaman aşımı ile sakıt olmakla beraber, ticarî muamelelerde asrımızın zarurî kıldığı sür'at alacaklının da bir an evvel takip edeceği yolu beyan etmesini istilzam eder. Bilhassa piyasa vaziyetinden istifade gayesi ile ifanın geçiktirilmesi ticarî dürüstlük prensibine muhalif olduğu gibi mütemerrid borcunun ilâ nihaye bekletilmesi de âdil telâkki edilemez. Gerçi borçlu henüz fesih veya ademi ifa sebeble zarar ziyan talep edilmemişse borcunu ifa ederek temerrüdü tamir imkânını haizdir.

Lâkin alacaklının da fesih veya ademi ifa sebeble zarar ziyan istemeden her zaman borcun ifasını talep ve tehhür sebeble zarar ziyan istemek hakkı vardır. (B. K. 106) Bu vaziyette ifa dâvasının gayri münasip bir zaman uzatıldığı neticesine varılabilirse, halin icaplarına göre alacaklının tazminat talebinden zımnen feragat ettiği kabul edilebileceği gibi, akdi haklarından vazgeçtiği de istidlâl edilebilir⁹⁷.

10. Ticaret Hukukuna göre alacaklı geçikme tazminatı için hot be hot faiz istiyemez. Tazminat talebi hakkında faizin ceryan edebilmesi için borçlunun bu bakımdan da ihtar veya dâva ikamesi ile mütemerrid kılınması şarttır. Yalnız alacaklı borçlunun menfaatine olmak üzere, meselâ mebiin muhafazası için masraf ihtiyar etmişse, sarf tarihinden itibaren faiz talep edebilir (T. K. 653. II). İsviçre Hukukunda

97) Staub - Pisko, zge. II. s. 215. 13., 368. 16., s. 348. 31. s. 361, 32; Staub, zge. III, s. 764, 765. 22. s. 765. 23; 823, 98. 803. 62. a. s. 705, 86, s. 798, v. Tuhr. zge. II. s. 588. T. K. m. 648, B. K. m. 158. II.

v. Tuhr'un müdafaa ettiği fikre göre, zararın takdir edildiği tarihten itibaren tazminat talebi faize tâbidir, aksi takdirde mutazarrır tam olarak tatmin edilmiş olmaz. Bizce borçlu için meçhul bir tarihten itibaren faizin ceryana başlaması Ticaret Kanununun faiz hakkındaki hükümleri ile kabili telif değildir. Türk Ticaret Hukukunda faizin ceryan edebilmesi için kaideten ihtar zarurî bir şarttır. Bundan başka alacaklının takdir edilen zarar tutarını ve talebini borçluya ihbar etmesi lâzımdır. Bu ise borçlunun tazminat bakımından da mütemerrid kılınması demektir.

B. Kazaya karşı mesuliyet :

Tazminattan gayrı, temerrüdün, Borçlar Kanununun 102 nci maddesinin 1. inci fıkrasına tevfikân doğurduğu diğer netice borçlunun, umumiyetle satıcının temerrüd devresi içinde kazara vukua gelecek zararlara karşı da mes'ul olmasıdır. Borçlu teslim veya iade ile mükellef olduğu bir şeyi mütemerrid olduktan sonra çok daha büyük bir ihtimam ile muhafaza mecburiyetindedir. Mücbir sebep, kaza velhasıl kusursuz imkânsızlık bir beraat sebebi iken, borçlunun temerrüde kusuru varsa, şeyin kazara telef olması veya bozulması mes'uliyeti bertaraf etmez, meğer ki borç vaktü zamanı ile ifa edilmiş olsa bile kazanın alacaklının zararına olarak, verilecek şeye isabet edeceği isbat edilebilsin⁹⁸. İsviçre Borçlar Kanununda hâkim olan prensibe göre hasar intikal etsin etmesin, alacaklının kusurlu temerrüdün bilvasıta veya bilvasıta doğurduğu tehlikelere katlanması münsif telâkki edilemez. Borçlunun kusuru temerrüdü ihdas etmiş olduğundan temerrüd anından itibaren doğacak bütün tehlikeler temerrüdün birer neticesidir. Hattâ bizce Borçlar Kanununun 102. nci maddesinin 2. nci fıkrasında kabul edilen beraat imkânı da muhik değildir. Borçlunun temerrüde kusuruna rağmen sözü geçen halde her türlü tazminat mükellefiyetinden kurtulması mes'uliyet prensipleri ile izah edilemez.

102. nci maddenin 2. nci fıkrasında derpiş edilen hal dışında borçluyu mücbir sebep dahi mes'uliyetten kurtarmaz. Meselâ satıcının teslim ile mükellef olduğu mal civarda zuhur eden bir yangın neticesinde yanmış veya bozulmuşsa, zararın kusurlu imkânsızlıkta olduğu gibi tazmini gerekir, veyahut malın muayyen bir tarihte irsalî kararlaştırılmışken satıcı mütemerrid olmuş ve mebli geç sevketmişse, sonradan vaki sevkiyatta kusuru bulunmadan doğacak zararları zamin olur. Borçlu temerrüd

98) Ticari Bey' s. 287 ve müt. mufassal izahat verilmiş olduğundan oradaki bahise atıfla iktifa ediyoruz.

devresi içinde maddî ve hukukî imkânsızlıklar dahil bilumum zararlardan mes'uldür, hattâ zarar lâlettayin üçüncü bir şahsın haksız fiili neticesinde doğmuş olsa bile. Kusurlu temerrüde bilâhare doğan hasar ile temerrüd arasında illiyet rabitasının da mevcudiyetine ihtiyaç yoktur. Yalnız temerrüd devresi içinde temerrüd ortadan kalkmış ve zarar bu sırada doğmuşsa, borçlunun ihmali bulunmamak şartıyla bu mânada mes'uliyeti de nihayet bulur⁹⁹.

Halil Arslanlı

99) Becker, zge. I. s. 535, 36. 8-11; Oser, zge. s. 329, 3., 320. 3 a. Oertman Kommentar, zge. BGB. m. 287; v. Tuhr, zge. II. s. 587. Funk, zge. s. 154.