

## B. BORÇLAR HUKUKU

1 — Tapu kütüğünde adına haksız olarak kayıtlı bulunan gayrimenkulü üçüncü kişiye satan dâvalıya karşı, dâvacı haksız fiil hükümlerine dayanarak bir dâva açabilir ve bu dâvanın yillanma süresi dâvacının üçüncü kişiye karşı açtığı dâvanın reddine dair hükmün kesinleştiğini öğrendiği tarihten başlar, (Y4HD, 11.5.1959 - 1166/3740 - Ad. Der. 961, Sy. 6, 605/606).

Bu kararda söz konusu edilen birinci mes'ele, tapu iptali dâvası dâvacı lehine son bulduğu halde, dâvalının adına yapılmış kayıttan faydalanmak suretiyle gayrimenkulü üçüncü kişiye devretmesi sonucu doğan zararın tazminidir. Eğer üçüncü kişi suiniyetli bulunsaydı hiç şüphesiz asıl hak sahibi (dâvacı) tapu iptali dâvasını (aynî dâva) ona karşı da açabilecek ve mahkemeden hakkını tesbit eden bir karar alabilecekti. Nitekim dâvacı da üçüncü kişiye karşı tapu kaydının düzeltilmesi dâvası açmış; fakat bu dâva üçüncü kişinin iyi niyeti yüzünden reddolunmuştur, MK. 931. Hâdisemizde üçüncü kişinin iktisabı tam ve kesin olduğuna göre, gerçek hak sahibi (yani dâvacı da) mülkiyet hakkını kesin olarak kaybetmiştir. Bu suretle bir zarara uğramış bulunan gerçek hak sahibinin başlıca hakkı, kendisine ait olmayan gayrimenkulü tapudaki haksız kayda dayanarak üçüncü kişiye devreden kimseye (zâhiri mâlike) veya MK. 917 deki şartlar mevcutsa devlete karşı şahsi mahiyette bir dâva açmaktır. (Başlıca diyoruz; zira gerçek hak sahibinin hüsnüniyetli üçüncü kişiye karşı şahsi mahiyette bir talep öne sürebilmesi imkânsız değildir. Yalnız kararda böyle bir durum sözkonusu edilmemiş olduğundan, bu nokta etrafında durmayı lüzumsuz sayıyoruz.) Devredene karşı açılacak dâvanın hukukî dayanağına gelince, bu, haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşme olabilir, (Bk. Homberger (çev. S. Bertan), Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1950, md. 973, N. 22). Devredenin gerçek hak sahibinin hakkını kasden veya ihmâlen zarara uğratması halinde sorumluluk haksız fiile; devredenin yaptığı ivazlı bir akitle gerçek hak sahibinin malvarlığının sebepsiz fakirleşmesi halinde, sorumluluk sebepsiz zenginleşme vakasına dayanacaktır. Kanaatimizce hâdisemizde her iki nev'i sorumluluğun da

şartları gerçekleşmiş olduğundan Yargıtayımızın hâdiseyi haksız fiil hükümleri yönünden mütalâa etmesi yerindedir.

Haksız fiile dayanan tazminat dâvasının yıllanma (müruruza-man) süresinin dolup dolmadığı mes'elesine gelince, kanaatimizce Yüksek Mahkememizin kararı bu noktadan da isabetlidir. Çünkü BK. 60 da söz konusu edilen bir yıllık yıllanma süresinin dolmuş sayılması için zararı ve fâilini öğrenme ânından itibaren bir yılın dolmuş olması zoruridir, (Aynı mahiyetteki başka bir karar için, bk. K. Tunçomağ, Mahkeme Kararları Kroniği, İst. Huk. Fak. Mec. 1962, Sy. 1, 273/274). Dâvacı fâili önceden bilmekle beraber zararı, yani mülkiyet hakkının kaybını, ancak üçüncü kişiye karşı açılmış dâvayı reddeden mahkeme kararının kesinleştiği tarihte öğrenmiştir. Bu itibarla bir yıllık sürenin, Yargıtayımızın yaptığı gibi, sözü geçen kararın kesinleştiği tarihten itibaren hesap edilmesi, bize de doğru görünmektedir.

2 — Mümeyyiz olmayan bir kimsenin yaptığı satış akdi sonucu tapu siciline yapılan kaydın düzeltilmesi için açtığı dâva satış bedelini önceden yatırmamış olması yüzünden reddolunamaz. Buna karşılık, alıcı ödediği satış bedelini BK. 61 e dayanarak açacağı ayrı bir dâva ile geri isteyebilir, (Y1HD, 20.2.1960 - 959-5887/960-1205 - Ad. Der. 1961, Sy. 9/10, 984/985 den).

Birinci Hukuk Dairesinin bu kararı bir kaç yönden düzeltilmeğe muhtaç görünmektedir. Önce, mümeyyiz olmayan bir kimsenin yaptığı alım-satım akdi bâtıldır ve alım-satımda butlan hükmünün doğması için herhangi bir şekilde irade açıklanması gerekli değildir. Bu itibarla, Yargıtayımızın «mümeyyiz olmayan Mahmed'in gayri-menkul satış akdinin feshiyle kaydın tashihi talebinden...» söz etmesi doğru değildir. Sonra akit bâtıl olduğuna göre, her iki taraf ça edimlerini karşılıklı olarak geri istemeğe yetkilidirler. Acaba bu karşılıklı edimlerin geri verilmesinde bir sıra var mıdır? Yoksa geri verme karşılıklı ve aynı anda mı yapılmak gerekir? Yargıtayımız bu iki kararında da satıcının kaydın düzeltilmesini isteyebilmesi için önce kendi edimini ifa veya ifasını teklif zorunda olmadığını; alıcının ödediği semeni geri olmak için BK. 61 e dayanan bir dâva açması gerektiğini içtihat etmiştir. Değişik bir söyleyişle, Yargıtayımız satıcının aynı hakkını, satış bedelini geri verip vermediği hususundan bağımsız saymakta ve buna bakılmaksızın tapu kaydının düzeltilmesine dair karar verilmesini doğru bulmaktadır. Üçüncü Hukuk Dairesinin 1.6.1951 tarih ve 3005/268 sayılı kararı

da aynı anlamdadır, (bk. Son İçt. 951, 1367 den). Bize kalırsa, karşılıklı bir akdin hükümsüzlüğü yüzünden doğacak geri verme borçlarına, BK. 81 in kıyasen uygulanarak taraflardan karşılıklı ve aynı anda ifayı aramak daha âdil ve doğrudur. Zaten karşılıklı akitlerde ifayı düzenleyen EK. 81 in böyle bir akdin hükümsüzlüğünden doğacak karşılıklı geri verme borcuna da kıyasen uygulanması doktrinde genel olarak kabul edilmektedir, (Bk. Tuhr/Sieghart, II, § 64, N: 8; Becker, md. 82, N. 3; Kaniti, Akdin ifa edilmediği def'i, İst. 962, 87). İsviçre Federal Mahkemesi de 5.2.957 tarihli bir kararında aynı görüşü benimsemiş bulunmaktadır, (BGE, 83, II, 25). Eğer bu görüş kabul edilecek olursa, satıcının kaydın düzeltilmesini dâva etmesi halinde alıcı ödediği semenin geri verilmesini def'an öne sürebilecek ve mahkeme de «şimdilik» kaydı ile dâvayı reddedebilecektir. Çünkü dâvacı kendi edimini ifa veya ifasını teklif etmeden dâva açmakla acele etmiştir. Bilâhare satıcı edimini ifa ettikten sonra dâva açmışsa, mahkeme kararı alıcının mahkûmiyetine; yok eğer satıcı semeni geri vermediği teklif etmişse karar karşılıklı ve aynı anda ifaya müteallik olacaktır (Tuhr/Sieghart, § 64, IV; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, II, 449; Kaniti, 171. Değişik fikir, Üstündağ, Tapu Kütüğünün Tashihi Dâvası, İst. 959, 138). Fakat eğer alıcı, semen alacağını def'i olarak öne sürmemişse, elbette ki BK. 81 uygulanamaz ve dâvacının kaydın düzeltilmesine dair dâvası semen cihetinden bağımsız olarak karara bağlanmak gerekir.

3 — Ceza Mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının hukuk dâvasına tesiri, (Y3HD, 17.10.1958 - 6256/5277 - Ad. Der. 1961, Sy. 11/12, s. 1173 den).

Yukardaki kararda, BK. 53 e dayanılmak suretiyle Ceza Mahkemesinden verilen mahkûmiyet kararının hukuk yargıcını bağlayacağı ve eğer Ceza Mahkemesi henüz sona ermemişse ceza dâvasının sonucunu beklemek gerekeceği belirtilmektedir. Bu karar iki yönden düzeltilmek gerekir. Önce ceza mahkemesince verilmiş mahkûmiyet kararı mutlaka hukuk yargıcını bağlamaz. Çünkü BK. 53 e göre hukuk yargıcı kusur bulunup bulunmadığını ve failin temyiz kudretini serbestçe takdir yetkisine sahiptir. Şu halde hukuk yargıcı mahkûmiyet kararının sadece bazı kısımları ile, yani bilhassa fiilin hukuka aykırılığı ve o fiilin dâvalı tarafından işlendiğinin tesbiti ile bağlı ve bunun dışındaki hallerde kendi takdirine göre harekete yetkilidir, (Fazla bilgi için, bk. K. Tunçomağ, İst. Huk. Fak. Mec. 1962, Sy. 1, 270/271, N. 2).

Sonra, Yargıtayımızın ceza mahkemesindeki dâva bitinceye kadar hukuk dâvasının bekletilmesi gerektiğini söylemesi; değişik bir söyleyişle bir fiil hakkında açılmış ceza dâvasının aynı fiil hakkındaki hukuk dâvası için bekletici mes'ele (mes'ele-i müstehire) teşkil ettiği hakkındaki fikri hiçbir suretle kabul edilemez. Çünkü bekletici mesele bir dâvada, dâvalı tarafından öne sürülmüş bir iddianın dâvayı gören mahkemenin görevi dışında kalması halinde söz konusu olabilir. Halbuki incelediğimiz kararda bir haksız fiil söz konusudur ve haksız fiil sebebiyle açılacak tazminat dâvalarını çözme tamamen hukuk yargıcının görevi içindedir. Kaldı ki, haklı bir bekletici mesele iddiası karşısında kalan dâva yargıcının bile, görevi dışındaki bu iddianın mutlaka görevli mahkemede çözülmesini beklemek mükellefiyeti yoktur. Pekâlâ, kendisi de birçok hallerde, bu iddiayı karara bağlayabilir. HUMK. mızda bekletici mes'ele hakkında hiçbir hüküm bulunmamasına karşılık, Adalet Bakanlığınca hazırlatılan son tasarıda yukarıda açıklanan şekilde bir hüküm vardır (bk. Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku Dersleri, İst. 1959, 100/103).

4 — Ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının hukuk dâvasına tesiri, (Y3HD, 17.2.1961 - 1665/1275 - Ad. Der. 1961, Sy. 11/12, s. 1178 ve Y3HD, 27.1.1961 - 951/658 - Ad. Der. 1961, Sy. 11/12, 1177 den).

Yargıtayımızın Üçüncü Hukuk Dairesinin verdiği bu kararda, ceza mahkemesinden verilmiş mahkûmiyet kararının hukuk yargıcını bağlayacağını mutlak bir surette ifade etmiş olması yönünden isabetli sayılamaz. Bu itibarla aynı dairenin yukarıda (No. 3 de) incelenen başka bir kararı vesilesiyle söylediklerimizi burada tekrar hatırlatırız.

Bu kararda temas edilen ikinci husus, 34 sayılı kanunun 2. maddesiyle 113 sayılı Af Kanununun 2. maddesine eklenen fıkrayı ilgilendirmektedir. Acaba adı geçen fıkra Orman İdaresinin ormandan tarla açan kimseden tazminat istemesine engel midir? Kararda da isabetli olarak belirtildiği gibi, Orman İdaresi ormandan tarla açan kimseden tazminat istemeğe yetkilidir. Çünkü 134 sayılı kanunla 113 sayılı Af Kanununun 2. maddesine eklenen fıkra sadece adı geçen maddede anılan suçlardan zarar gören Hazinesinin dâva açamayacağını belirtmektedir. Hazine kelimesi ise bütün âmme hukuku hükmi şahıslarını çevresi içine almaz. Bu kelime ile ifade olunmak istenen, sadece Maliye Bakanlığı, yani bütçenin uygulanması ile ilgili ameli-

yeleri yapan ve diğeri taraftan âmme masraf ve gelirlerinin zaman itibariyle uygunluğunu sağlayan teşekküldür. Kaldı ki, Ceza K. muzun 120. maddesi şahsi hakları açıkça saklı bulundurmakta ve istisnai olarak bu şahsi haklar içinde sadece Hazinenin mahkeme masraflarıyla ilgili hakkının ceza ile birlikte düşeceğini tesbit etmektedir. Şu halde, Umumi Af Kanununda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, kime ait bulunursa bulunsun bütün şahsi haklar saklıdır. Bunun tek istisnası Hazinenin sadece mahkeme masraflarına müteallik talebidir. Şu halde, İktisadi Devlet Teşekkülü olan Orman İdaresinin şahsi hakkı da Af Kanunundan müteessir olmamak gerekir.

5 — Ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının hukuk dâvasına tesiri, her zaman ve mutlaka dâvalının hukuk mahkemesinde de mahkûm edilmesi sonucunu doğurmaz, (Y3HD, 13.1.1961 - 623/275 - Ad. Der. 1961, Sy. 11/12, 1175 den).

Y3HD. nin bu kararı yukarıda incelediğimiz aynı konuyla ilgili kararlarına nisbetli daha isabetlidir. Çünkü kararda «ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararlarının hukuk hâkimini takyit eylemesi gerekmekte bulunmuş ise de bu husustaki muhkem kaziye fiilin sübutuna müessir...» olduğu belirtilmekte ve böylelikle ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararlarının hukuk dâvasındaki mutlak tesiri reddolunmaktadır. Yalnız kararın bu kısmı iki yönden tamamlanmağa muhtaçtır. Önce ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı hukuk yargıcını sadece fiilin kararda tesbit edilen kimse tarafından işlendiği hususunda değil ve fakat o fiilin hukuka aykırı (haksız) olduğu hususunda da bağlar, (Bk. Tuhr/Sieewart, Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, § 48, III; K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku I, İst. 1960, 314). Sonra, hukuk yargısının ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı ile bağlı olmasının sebebi, hâdisede kesin hüküm (muhkem kaziye) bulunması yüzünden değildir. Çünkü hâdisede kesin hükümden bahsedilmek için gerekli şartlardan «dâvanın konusunda ayniyet şartı» gerçekleşmiş değildir. Kanaatimizce, Hukuk yargısının buradaki bağlılığı, maddî vakianın bir mahkemede incelenmiş ve tesbit edilmiş olmasının tabii bir sonucudur.

Kararda asıl isabetli bulduğumuz kısım, mahkûmiyet kararının sadece fiilin o kimse tarafından işlendiğinin (bize göre, haksız oluşunun da) tesbiti yönünden hukuk hâkimini bağladığının; yoksa ceza mahkemesinde mahkûm edilmiş kimsenin hukuk mahkemesinde

de mutlaka mahkûm edilmesi gerekmediğinin belirtilmesidir. Gerçekten, Yüksek Mahkememiz, olayda bir kadının kocasının cezaî takibattan kurtulması için adli mercilere vermek üzere kendisinden 700 lira alan kimseye karşı açtığı, hukuk dâvasının (sebepsiz zenginleşme dâvasının) reddi gerektiğini; zira BK. muzun 65. maddesine göre, hukuka veya ahlâka aykırı bir maksadın sağlanması için verilen şeyin geri alınmayacağını; parayı alanın ceza mahkemesince dolandırıcılıktan mahkûm edilmiş olmasının BK. 53 karşısında hukuk hâkîmini bağlamayacağını içtihat etmiştir. Bu görüş tamamen yerindedir; zira BK. 53 hukuk yargıcını, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı ile sadece fiilin ve bunun haksız oluşunu tesbit yönünden bağlar, daha ileriye gidemez. Böylece sabit olan bir fiile dayanılarak açılacak bir hukuk dâvasında yargıç elbette ki Borçlar Kanununu, daha doğrusu bu kanunun 65. maddesini uygulayacaktır. Adı geçen maddeye göre ise, hukuka veya ahlâka aykırı bir gayeye ulaşmak için verilen şeyler geri alınmazlar, (Bu konu ve ilgili diğer Yargıtay kararları için bk. K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku I, 365).

6 — Haksız fiile dayanan dâvalarda yıllanma (müruruzaman) süresinin dolduğunu isbatın iddia edene düşmesi, (Y3HD, 17.1.1961 - 772/361 - Ad. Der. 1961, Sy. 11/12, 1175/1176 dan).

Yukarıki Yargıtay kararında önce yol tamiri münasebetiyle Belediyenin dâvacı arsasına toprak yığılması haksız fiil şeklinde tavsif edilmiş; sonra da bu haksız fiile dayanılarak açılan tazminat dâvasına karşı yıllanma def'i öne süren Belediyenin, iddiasını isbat zorunda bulunduğu belirtilmiştir. Aslında burada söz konusu olan MK. 896 anlamında zilyetliğe tecavüzdür. Çünkü Belediye dâvacının arsasına toprak dökmekle dâvacının arsa üzerindeki zilyetliğini kısmen ihlâl etmekte, yani tecavüz etmektedir. Aynı madde zilyetliğe tecavüze uğrayan kimseye zararını tazmin ettirme yetkisini de tanımakta ve fakat bu tazminat dâvasının hangi süre içinde açılabileceği sorusunu cevapsız bırakmaktadır. Müellifler bir haksız fiilden bahsetmemekle beraber, burada da BK. 60 daki yıllanma sürelerinin uygulanmasını ittifakla kabul etmektedirler, (Bk. Homberger (çev. S. Ertan), Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1950, md. 928, N. 23 ve 929, N. 4; Saymen/Elbir, Türk Eşya Hukuku, İst. 954, 91).

Yüksek Mahkememiz ayrıca yıllanma (müruruzaman) def'ini öne süren Belediyenin bu iddiasının, yani yıllanma süresinin dolduğunu isbat etmesi gerektiğini, mucip sebep göstermeksizin, bildir-

miştir. Bu görüş de def'in mahiyetine ve MK. 6 da yer alan isbatla ilgili genel kaideye uygundur. Çünkü «def'i», bir kimsenin diğerine karşı borçlu bulunduğu edimi yerine getirmekten çekinmesine imkân veren bir haktır. Böyle bir hakka sahip olduğunu iddia eden MK. 6 ya göre, bu hakkını dayandırdığı vakıayı, yani yılanma süresinin dolduğunu isbat zorundadır.

7 — Ceza mahkemesindeki hakaret dâvasından vazgeçmesi karşılığında, dâvalılarca dâvacıya (ev sahibine) verilen tahliye taahhüdü muteberdir ve dâvalı tehiri icra kararı getirmemişse icra takibatı yapılması gerekir, (Y. İc. İf. D, 23.10.1961 - 8766/9477 - Ad. Der. 1961, Sy. 11/12, 1187 den).

Yukarki Yargıtay kararında söz konusu edilen ve Borçlar Hukukunu ilgilendiren husus, Sulh Ceza Mahkemesindeki hakaret dâvasından vazgeçilmesi karşılığında verilen tahliye taahhüdünün muteber olup olmadığıdır. Yüksek mahkememiz, «bir hakkın veya kanunî salâhiyetin isteneceği ve kullanılacağı tahdidi ile müzayakaya düçar olan kimsenin yaptığı hukukî muamele, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmiyorsa, ortada bir ikrah bulunmaması sebebiyle muteberdir» şeklindeki ifadeyle ve başkaca bir mucip sebep göstermeden borçlular tarafından verilmiş tahliye taahhüdünü muteber saymıştır.

Bize göre de bu sonuç doğrudur. Çünkü incelediğimiz olayda BK. 30/II yer alan şartlar gerçekleşmemiştir. Birinci şart, bir hakkın kullanılmasıdır. BK. 30/II anlamında «hak» deyince, alacak hakları, yenilik doğuran haklar ve hattâ ceza ihbarları anlaşılır. Hakaret dâvasından vazgeçme hakkı da yukarıda sözü edilen haklar arasında yer alır. İkinci şart, korkutulanın zor durumundan (müzayaka halinden) istifade edilmiş olmasıdır. Bununla anlatılmak istenen, aşırı faydalanmadakine (gabin, BK. 21) benzer bir zor durum değildir. Buradaki zor durum sadece korkutma ile korkutulanın içine düşürüldüğü hali ifade eder ki, bu zaten alelâde korkutmanın şartlarındandır. Hâdisemizde bu şartın gerçekleştiği de kabul edilmelidir. Çünkü aleyhine hakaret dâvası açılmasıyla kiracı ağır ve derhal vukubulacak bir tehlikeli durum içine düşmüş olur. Nihayet sonuncu şart, korkutmanın bu suretle aşırı (fahiş) menfaatler elde etmesidir. Aşırı menfaat, kaide olarak, korkutmanın, hakkını dermeyeranla elde edebileceğinin çok üstünde bir edim elde etmesi halinde söz konusudur. Şüphesiz bu aşırılığı tesbit ve takdir yetkisi yargıca bırakılır.

mıştır; tıpkı bir cezaî şartın aşırı olup olmadığının tayininde olduğu gibi. Kaide bu olmakla beraber, istisnaen BK. 30/II in bir hakkın kullanılmasının kullanana bir menfaat (kazanç) sağlamasına imkân bulunmayan hallerde de uygulanacağı kabul edilmektedir; tıpkı hâdisemizde olduğu gibi. Gerçekten, ev sahibi hakaret dâvası açmakla malî bir menfaat elde etme gayesi gütmeyiz; şahsiyet haklarına ağır bir tecavüz bulunması hariç bu dâva böyle bir sonuç doğurmaya elverişli de değildir. Ev sahibinin hakaret dâvasına devam etmekle elde edeceği şey (kiracının cezalandırılması ve istisnaen manevî tazminat) ile kiracıdan elde ettiği şey (tahliye taahhüdü) arasında mahiyet farkı mevcuttur ve bu yüzden ikisinin kıyaslanması kolay değildir. Fakat her ikisinin objektif yönden karşılaştırılması halinde, ev sahibinin dâvadan vazgeçmek karşılığında elde ettiği şeyin aşırı derecede yüksek olmadığını kabul gerekir. Şu halde sonuncu şart hâdisemizde gerçekleşmemiştir ve bu yüzden kiracılar tarafından verilmiş tahliye taahhüdünü kanaatimizce de muteber saymak yerinde olur.

8 — Kiralayanın icraya başvurduktan sonra kiracısından kira parası alması cezaî şartı istemekten vazgeçme anlamına gelmez. Ancak olaya eski TK. nun 647. maddesi uygulanmak gerektiğinden ödenmiş kiraların cezaî şart miktarından düşülmesi gerekir. Bundan başka Ticaret K. nun Mer. ve Tat. Şekli hakkındaki Kanunun 3. maddesi, Yeni TK. nun indirme hakkını sadece ticarî bir mukavelenin tacir olmayan tarafına tanıyan 24. maddesinin 1.1.1957 den önce yapılmış cezaî şart anlaşmalarına da uygulanmasını emretmekte olduğundan kiracı tacir değilse aşırı görünen cezaî şartın indirilmesi gerekir. (Y4HD, 21.5.1959 - 1256/3960 - Ad. Der. 1961, Sy. 6, 608/609 dan).

Bu Yargıtay kararının ilk kısmı «... kira akdinin müddeti bittikten sonra bir ay içinde dâvacının icraya başvurmuş olduğu... anlaşılmaktadır. Bu duruma göre dâvacının kira parası adı altında para almış olması, cezaî şartı isteme hkkından vazgeçme mânasına alınmaz. Zira dâvacı icra takibine başlanmasına göre akdin devam etmediği iradesini yeter derecede açık olarak diğer tarafa bildirmiş bulunmaktadır. Mukavelede hem ceza şartının hem de kira parasının istenebileceği yollu bir hüküm mevcut olmadığı için Eski TK. nun 647. maddesi hükmünce ancak ceza şartını isteyebilir. Bu bakımdan ödenmiş olan kiraların hüküm altına alınacak para şartından indi-



rilmesi kaydiyle dâvacının ceza şartı isteğinin esas itibariyle haklı görülmesi...» gerekeceği şeklindedir. Bu mütalâa çeşitli yönlerden tenkit edilebilir. Her şeyden önce, Eski TK. 647/II ye göre, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, sadece cezai şartın istenebileceği fikri doğru değildir. Çünkü adı geçen fıkrada Yargıtayımızca iddia edilen fikrin tamamen aksi ifade edilmiştir. Gerçekten, bu fıkra göre, aksi kararlaştırılmamışsa alacaklı (müteahhit) taahhüdün aynen ifası yerine cezai şartla yetinmeğe zorlanamaz; yani alacaklı aksi kararlaştırılmamışsa, hem ifayı ve hem de cezai şartı istemeğe yetkilidir. Bu tip cezai şartların doktrinindeki adı ise, «ifaya eklenen cezai şart» (kumulative Konventionalstrafe) tir, (K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku II, 519/520). Sonra, Yargıtayımızın «dâvacının kira parası adı altında para almış olması cezai şart isteme hakkından vazgeçme mânasına alınmaz. Zira dâvacı icra takibine başlanmasına göre akdın devam etmediği iradesini...» açıkça karşı tarafa bildirmiş bulunmaktadır tarzındaki iddia sonuç itibariyle doğru, fakat mucip sebebi yanlıştır. Çünkü karardan anladığımıza göre cezai şart gayrimenkulün zamanında tahliye edilmemesi hali için kararlaştırılmıştır. Değişik bir söyleyişle, cezai şartla takviye edilen asıl borç, tahliye borcudur; yoksa kira parasını ödeme borcu değildir. (Eğer takviye edilen borç kira parası olsaydı, o zaman sonradan ödenmiş kira parasının ihtirazi kayıtsız kabulü cezai şarttan vazgeçme anlamına gelebilirdi; fakat kiracıyı çıkarmak üzere icraya müracaat bu halde de bir rol oynamazdı. Çünkü icraya müracaatla alacaklının akdın devam etmediği iradesini açıklamasının cezai şart münasebeti yönünden önemi yoktur.) Bu sebepten kira parasının alınması cezai şarttan vazgeçme anlamına gelmez, (BK. 158/II); yalnız kiralayan aldığı kira miktarını cezai şart alacağına mahsup etmek zorundadır.

Sonra aynı Yargıtay kararında, Eski TK. 647 yi değiştiren TK. 24 e göre, ancak bir ticari mukavelenin tacir olmayan tarafının indirim hakkından faydalanabileceği ve Tatbikat K. nun 3. maddesine göre bu hükmün 1.1.1957 den önce yapılmış mukavelelere de uygulanabileceği belirtilmiştir. Eski TK. muzun yürürlükte bulunduğu devrede BK. 161/III deki indirme (tenkis) hakkının ticari muamelelerdeki cezai şartlara da uygulanabilip uygulanamayacağı münakaşalı idi. Müelliflerin çoğunluğu haklı olarak ticari muamelelerdeki cezai şartların indirilemeyeceğini iddia ederlerken, bazıları bunlarda dahi indirmenin mümkün olduğu fikrinde idiler. Maamafih, 19.6.1940 tarih ve 71 sayılı bir içtihadı birleştirme kararı daha o zamanlar bu münakaşalara hiç değilse tatbikat yönünden bir son vermiş ve ticari

muamelelerdeki cezai şartların indirilemeyeceğini kabul etmişti. (Fazla bilgi için bk., K. Tunçomağ, Cezai Şart, İst. 1955, 171 vd.). İşte TK. muzun 24. maddesi, az önce dokunduğumuz İçtihadı Birleştirme kararındaki ve Eski TK. 647 deki görüşü kanunlaştırmıştır. Yargıtayımız adı geçen maddedeki «Tacir sıfatını haiz bir borçlu» ifadesinin zıt (mahulif) mefhumundan ticari muamelenin taraflarından tüccar olmayanın indirme hakkından faydalanabileceği sonucunu çıkarmıştır ki, bu çok yerindedir. Çünkü ticari muamelelere konulan cezai şartın indirilmemesinin sebebi, tacirin üzerine aldığı taahhütlerin çevre ve önemini daha başlangıçtan itibaren kestirebilecek durumda olması ve cezai şartın sonradan indirilmesiyle onun içteki ve dıştaki itibarını sarsacak bir durumun ortaya çıkmasına engel olmaktır. Kısaca tacirin özel durumu sebebiyle onun tarafından taahhüt edilmiş cezai şartlarda indirme kabul edilmiyordu. Bu itibarla böyle bir özel durumu bulunmayan karşı tarafın indirmeyi (tenkisi) istemek hakkından mahrum tutulması, yeni TK. muzun 24. maddesinin konuluş maksadına da aykırı düşecekti.

Diğer taraftan, Yargıtayımızın yeni TK. 24. ü 1.1.1957 yılından önce düzenlenmiş ticari muamelelerdeki cezai şartlara da uygulamak istemesi yersizdir. Çünkü bunun için TK. 24 ün kamu düzeni (âmme intizamı) ile ilgili bir hüküm olması gerekirdi. Halbuki bize göre adı geçen hükmün kamu düzeniyle ilgili bir tarafı yoktur. Gerçi «Muhtevası tarafların iradeleri nazara alınmaksızın kanun tarafından tanzim edilen hukuki münasebetler yeni kanun mer'iyetinden önce vücut bulmuş olsalar bile mer'iyetiyle beraber yeni kanuna tâbi olurlar» şeklindeki Tat. K. 3, bütün emredici hükümlerin önceye uygulanacağı intibahı vermekte ise de, bu görünüş yanıltıcıdır. Gerçekte madde emredici hükümlerden sadece kamu düzeniyle ilgili olanların önceye uygulanmasını emretmektedir; madde bu tarzda yorumlanmalıdır. Kaldı ki TK. 24 kamu düzeniyle ilgili bir hüküm olarak kabul edilse dahi bu maddeye dayanarak, olsa olsa, tacirin önceden yapılmış bir cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceği iddia olunabilirdi ki, bu husus zaten 1940 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararıyla da kabul edilmişti. Fakat kararda söz konusu olan tacirin indirmeyi isteyemeyeceği değil de, tacir olmayan kimsenin indirmeyi isteyip isteyemeyeceği olduğuna göre yukarıki maddeden faydalanmak mümkün değildir. Çünkü Tat. K. 3 ile önceye uygulanmak istenen Yeni TK. 24, sadece BK. 161/III te söz konusu edilen indirme esasına tacir yönünden bir istisna koymakla yetinmektedir. Şu halde hâdisemiz kamu düzeniyle konulmuş bir hükmün önceye uygulanmasından

değil de, Ticaret K. nun dışında kalan bir münasebete BK. 161/III ün uygulanmasından ibarettir ve bu konuda Tat. K. 3 herhangi bir şey söylemiş değildir.

Nihayet aynı kararın ikinci kısmında «... yıllık kirası 150 lira olan bir yerin işgali sebebiyle yıllık 3000 lira maktu tazminatın (cezaî şartın) aşırı olduğu gözönünde tutularak» indirme gerektiğinin belirtilmesi de tamamen isabetli sayılamaz. Çünkü bir cezaî şartın aşırı (fahiş) olup olmadığı, sadece alacaklının mevcut menfaatlerine bakılarak tayin olunamaz. Bunun için sözü geçen menfaatler yanında (alacaklının muhtemel menfaatleri ve hattâ manevî (hissî) menfaatleri de bu mefhum içinde incelenmelidir), borçlunun kusuru, tarafların karşılıklı iktisadî durumları ve akde aykırılığın objektif ağırlığı gibi diğer bazı unsurların da dikkate alınması zarurîdir, (Bk., K. Tunçomağ, Cezaî Şart, İst. 1955, 189/196). Ancak cezaî şart miktarının bütün bu unsurlar karşısındaki durumu nisbetsiz derecede yüksek görünürse, o zaman cezaî şartın indirilmesi yoluna gitmek zarurî olacaktır. Yoksa sadece dâvacının mevcut menfaatleri aşırılığın sıhhatli bir şekilde tesbiti için yeter bir ölçü değildir. Diğer taraftan aynı nokta Usul Hukuku yönünden incelendiğinde, Yargıtayın, yargıcın takdir hakkını yerinde kullanmaması yüzünden kararı bozmasını isabetli saymak gerekir. Çünkü mahkeme takdir hakkını, karardan anlaşıldığına göre, belli bazı vakıalara dayanmadan kullanmış görünmektedir. Maamafih, Yargıtayın cezaî şartın aşırılığını takdir konusunda mahkemeye gösterdiği unsurlar da çok eksik olup, bunlara yukarıda belirtilenlerin de katılması zarurîdir kanaatindeyiz.

9 — Kamulaştırma (istimlâk) bedelini ödemeyen dâvalı bunun için faiz ödemek zorundadır. Ancak dâvacı kamulaştırma bedelini ihtirazî kayıt öne sürmeksizin almışsa, faiz istemek hakkını kaybeder. Bu faiz hakkında da BK. muzdaki genel yıllanma (müruruzaman) süreleri uygulanır, (Y5HD, 1.4.1961 - 377/1537 - Ad. Der. 1961, Sy. 7/8, 789 dan).

Yukarıdaki Yargıtay kararında önce, «hâdisede istenilen faiz istimlâk olunan gayrimenkulün bedeli ödenmediği halde gayrimenkule el konulmuş olması sebebine müstenittir. Bedel ödenmeksizin gayrimenkule el konulmak suretiyle intifadan mahrum bırakıldığı takdirde, sahibinin faiz talebine hakkı vardır...» denmektedir. Halbuki bir para borcunun faiz doğurabilmesi için ya anlaşma, ya mah-

keme kararı veya bir kanun hükmünün bulunması gerekir, (Bk., K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku I, 70 vd.). Kanaatimizce, incelediğimiz olayda faiz, kamulaştırma bedelinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi sebebine dayanmaktadır; yoksa kararda belirtildiği gibi, bunun dayanağı «bedel ödenmeksizin gayrimenkule el konulmak suretiyle intifadan mahrum kalma» değildir. Buna karşılık, Yargıtayımızın faiz istemek hakkının, kamulaştırma bedelinin ihtirazi kayıt öne sürülme-keksizin kabulü halinde sona ereceğini ve bedelin arttırılması dâvasında faiz hakkının saklı tutulmamasının faiz üzerinde menfi bir tesiri bulunmadığını söylemesi isabetlidir. Çünkü bu husus zaten BK. 113/II de açıklanmıştır. Üstelik ihtirazi kaydın kamulaştırma bedelinin ödenmesi anında yapılması gerektiği meydandadır. Bu husus adı geçen fıkrada belirtilmemiş olmakla birlikte, bir çok Yargıtay kararlarında haklı olarak, madde bu şekilde yorumlanmıştır, (Meselâ bk., YHGK, 18.11.1953 - 90/87; Y3HD, 25.5.1958 - 3870/3309 - Olguç, Türk Borçlar Kanunu, İst. 1961, N. 1722, 1716 dan). Eğer faiz dâvası devam ederken, kamulaştırma bedeli ödenmişse, dâva devam ettiğine, yani dâvacının faizi istemek hususundaki iradesi en açık bir şekilde ifade olunduğuna göre, ödeme anında yeniden bir ihtirazi kayıt dermeyanı aramak fazla şekilcilik olur, (Bk., Y5HD, 22.6.1961 - 2155/2711 - Ad. Der. 1961, Sy. 7/8, 792 den).

10 — Yıllanma (müruruzaman) def'i öne sürülmemişse, yargıç bunu kendiliğinden gözönünde tutamaz, (Y3HD, 26.9.1958 - 5701/4878 - Ad. Der. 1961, Sy. 11/12, 1172 den).

Bu Yargıtay kararında «... dâvalı icra takibine karşı müruruzaman def'inde bulunmuş ise de işbu dâvada böyle bir def'i ileri sürmemiş olduğu ve Borçlar K. nun 140. maddesi hükmü gözönünde tutulmadan dâvanın müruruzaman noktasından reddi yolsuz...» görülmüştür. Kanaatimizce yıllanma (müruruzaman) def'i borçlunun dâvadan önce veya dâva sırasında açıklayacağı bir taraflı irade beyanı ile kullanılır; ve şartları mevcutsa, bu def'in öne sürülmesiyle edimin ifası kesin ve devamlı bir şekilde reddolunmuş olur. Hal böyle ise, borçlunun icra takibi sırasında öne sürdüğü yıllanma def'inin, aynı alacağa dayanarak açılan dâvada da hükmünü icra etmesi zaruridir. Ancak sonraki bir muamelede, meselâ dâvada, bu def'in kullanıldığı hususunda bir ihtilâf çıkarsa, mahkeme bu hakkın muteber şekilde kullanılıp kullanılmadığını araştırır. Yoksa sonraki bir dâvada, önceden öne sürülmüş yıllanma def'inin yeniden öne sürülmesi gerekli olmadığı gibi, mümkün de değildir.

11 — Üçüncü kişinin edimini taahhüt (başkasının fiilini taahhüt) bağımsız, şahsî bir borç doğurur ve muteberiyeti şekle bağlı değildir, (Y3HD, 9.3.1961 - 1690/1792 - Ad. Der. 1961, Sy. 11/12, 1179/1180 den).

Yargıtayımız bu çok isabetli kararında, dâvalının kız kardeşine ait hisseyi bizzat veya bir vekil aracılığıyla 1500 liraya tapuda ferâğını sağlamayı ve şayet kız kardeşi daha fazla para istemeğe kalkarsa, dâvacıya 325 lira ödemeği taahhüt etmesini «üçüncü kişinin edimini taahhüt» şeklinde tavsif etmiş; bu taahhüdün muteberiyeti için, taahhüt bir gayrimenkulle ilgili bulunsa da, her hangi bir şekle uyulmanın gerekli bulunmadığını ve bu akitten doğan borcun bağımsız, şahsî bir borç olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkememizin üçüncü kişinin edimini taahhüt yönünden yaptığı bu açıklamalar bize göre de tamamen isabetli ve yerindedir.

12 — HUMK. nun 204. maddesinde takas ve mahsup talebinin mütekabil dâva addolunacağı yazılı ise de, dâvalı mahkemeden lehine bir hüküm verilmesini istemeyerek sadece dâvacının iddiasının reddini istediğine göre bir karşılıklı dâvadan söz edilemez. Dâvalının istediği şey, dâvacıya olan borcu ile alacağının takas ve mahsup edilerek dâvanın reddedilmesinden ibarettir, (Y6HD, 5.3.1960 - 577/1758 - Ad. Der. 1961, Sy. 1/2, 192/193 den).

Bu karara konu olan maddî vakıa, dâvacının ödenmemiş kiralar için açtığı dâvaya karşı, dâvalının kefalet sebebiyle dâvacıdan alacaklı olduğu miktarı takas ettiğini bildirmesinden ibarettir. Yargıtayımızın bu vesile ile «dâvada yapılmış takas» veya kısaca «usulî takas» hakkında yaptığı açıklamalar tamamen yerindedir. Gerçekten Yüksek Mahkememize göre de «... her ne kadar HUMK. nun 204. maddesinde takas ve mahsup talebinin mütekabil dâva addolunacağı yazılı ise de, dâvalının lehine bir iddianın hükmedilmesini istemeyerek sadece dâvacının iddiasının reddini istemesi halinde mütekabil dâvadan bahsedilemez. Hâdisede de dâvalı her hangi bir alacağının dâvacıdan tahsilini istemiş değildir. Sadece dâvacıda olan alacağının dâvacıya olan borcu ile takas ve mahsup edilmesi ile dâvanın reddini istemiştir. Bu da karşılıklı bir dâva olmayıp bir müdafaadan ibarettir...». Daha açık bir söyleyişle, takas beyanı dâva sırasında da yapılabilir; eğer dâva sırasında yapılmışsa, bu, ya bir usul muamelesi içinde veya dışında yer alır. Fakat onun

usuli bir muamele içinde yapılmış olması asla karakterini değiştirmez. Takas beyanı yine Borçlar Hukuku hükümlerine bağlı kalmakta devam eder. Bu yüzden ancak dâvalının mahkemeden kendi lehine bir alacağa hükmedilmesini iddia ve hükmedilecek bu alacağı borcu ile takas etmeyi istemesi halinde karşılıklı dâva zarurî; bunun dışında kalan hallerde, meselâ dâvalının mevcut bir alacağını takas zımında dâvada öne sürmesi halinde ise, karşılıklı dâva tamamen lüzumsuz ve faydasızdır, (Fazla bilgi için, bk. K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku II, İst. 1962; 735).

Buna karşılık, aynı kararda «... Dâvacı taraf ta bu müdafaanın zamanında ileri sürülmediği, müdafaanın tevsiine muvafakatı olmadığı yolunda bir itirazda bulunmamıştır...» denmesi; Yargıtayımızın sonradan yapılacak bir takas beyanını savunmanın genişletilmesi (müdafaanın tevsi) şeklinde kabul ettiğini göstermektedir. Kanaatimizce Yargıtayımızın bu konudaki görüşü de kabul edilebilir. Çünkü HUMK. nun 202. maddesinin kesin ifadesi karşısında karşılıklı yazılar (lâyihalar) alınıp verildikten sonra takas dermeyeran edilebilmesini savunmanın genişletilmesi olarak görmek mümkündür.

13 — Alacaklı tarafından takibe konulan senedin arkasına (... 2000 lirayı 20.8.1958 tarihinde alacaklıya ödeyeceğini...) yazarak imzalayan kimsenin bu suretle asıl borçluyu sorumluluktan kurtarıp kurtarmadığı hususu araştırılmak gerekir, (Y. İç. İf. D, 31.10.1960 - 7211/7728 - Ad. Der. 1961, Sy. 1/2, 198 den).

Yargıtayımız bu kararında yukarıda özetlediğimiz vakıyı hukukten tavsiften kaçınmakla beraber, yaptığı bazı açıklamalardan durumunu borcun nakli açısından incelediği intibayı uyanmaktadır. Kararda maddi vakıa hakkında fazla bir şey söylenmemiş olduğu için, bu konuda kesin bir fikir savunulamaz. Yalnız bize göre, bir kimsenin alacaklı tarafından takibe konulan senedin arkasına (... 2000 lirayı 20.8.1958 tarihinde ödeyeceğini...) yazarak imzalaması «borcun nakli» nden çok «birlikte borç yüklenme» veya «borca katılma» (Schuldmitübernahme oder Schuldbeitritt) yı hatıra getirmektedir. Çünkü alacaklının bir başkasının borçlu yerine geçmesinden çok, borçluya katılmasını, onun yanında yer almasını isteyeceğinden hiç şüphe yoktur. Gerçekten sonuncu halde alacaklı bir yerine iki borçluya sahip olmakta ve her birinden borcun tamamını isteyebilme imkânını elde etmektedir. Halbuki borcun naklinde eski borçlu

borcundan kurtulduğu gibi, onun şahsına sıkı surette bağlı bulunan fer'i haklar, meselâ üçüncü kişiler tarafından tesis edilmiş rehin ve kefaletler de sona ererler. (Bk., K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, II, İst. 1962, 673, 2 ve 679). Tabii bütün bu söylediklerimiz alacaklının elindeki senedin bir poliçe olmaması haline münhasırdır; zira sonuncu halde, pekâlâ bir aval de söz konusu olabilir, TK. 612/614. Maamafih mahiyeti itibariyle birlikte borç yüklenmeden farklı bulunan avalin doğurduğu hükümler, esas itibariyle, birlikte borç yüklenmenin hükümlerine çok benzemektedir.

Doc. Dr. Kenan TUNÇOMAG

---