

TİCARİ BEY'DE HASAR

Doçent Dr. Halil ARSLANLI

A. Hasar, mücbir sebep, fevkalâde hal, kaza, imkânsızlık mefhumlarının tarifi:

Akdin inikadından sonra, taraflara isnat olunamıyan haller münasebetiyle edim mevzuuna âriz olan hasarın âkitlerden hangisine ait olacağını tayin eden maddelerde Ticaret ve Borçlar Kanununun muhtelif terimler kullandığı göze çarpmaktadır.

«Hasar» terimine gerek Ticaret gerek Borçlar Kanununda tesadüf edilir. Lâkin her iki kanunun bir çok yerlerinde «kazara», «kazaen», «mücbir sebep», «fevkalâde hal», «bahri hasar» gibi mefhumlar da istimal edildiği görülmektedir. Gerçi mücbir sebep, fevkalâde halden bâhis maddeler mesuliyetle ilgili olmakla beraber, tahlil neticesi, bu kabil hükümlerin de edim mevzuuna âriz olan zararın taraflardan birine tahmili ile alâkadar olduğu anlaşılır. Kanun, âkitlerden birinin, meselâ mücbir sebepten doğan zarardan mesul olmadığını beyan etmekle, hakikati halde burada da doğan hasarın aidiyet cihetini tanzim etmiş olmaktadır. Bu itibarla âkitlerde bilhassa bey' akdinde hasar problemini şöyle de vazedebiliriz: Aktin inikadından sonra taraflara isnat olunamıyan haller münasebetiyle edim mevzuuna âriz olan bir zarar borcun ifasına veya lâyıki ile ifasına engel olursa, bu zarar kime ait olacak veya bundan kim mesul tutulacaktır? [1]. Bir tarafın zarardan mesul olması zararın karşı tarafa ait olması demektir. Meselâ Ticaret Kanununun 829 uncu maddesine göre «vekil, müvekkil hesabına yeddi hıfzında bulundurduğu eşyaya âriz olan hasarattan — ahvali fevkalâde veya esbabı mücbireden, zatında veya mahiyetindeki ayıplardan ileri gelmemişse — mesuldür». Bu madde ile Ticaret Kanununun 696 ve Borçlar Kanununun 183 üncü maddesi arasında hüküm bakımından fark yoktur. Ticaret ve Borçlar Kanununun vazeylediği hasar hükmünü şöyle de ifade edebiliriz: «Akit tamam olduktan sonra mebie âriz olan hasardan bayi mesuldür».

[1] Walter Egl, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, Dissertation, 1926, s. 7. Buradaki tarifi de tetkik ediniz.

İmdi gerek izah ettiğimiz mânada mesuliyeti gerek hasarın intikal ve aidiyetini tanzim eden muhtelif hükümleri tetkik ettiğimiz takdirde, bunların bir kısmının umumî bir mahiyet taşıdığını, diğerlerinin ise, zararın doğumuna âmil olan sebebin mahiyetini tayin etmek suretiyle, hududunu çizdiği görülür. Meselâ Borçlar Kanununun 91, 183, 216, 368, 435, 468, 472; Ticaret Kanununun 698, 726, 746, 909. 2, 904. 1, 930 uncu maddelerinde sadece hasardan, Borçlar Kanununun 420 nci maddesinde zarardan bahsedilerek umumî bir ifade kullanılmış, buna mukabil bir çok yerlerde kazaen, kazara, bahrî hasar, fevkalâde hal, mücbir sebep gibi terimler istimal edilerek zarara âmil olan sebebin hududu da tespit edilmiştir [2]. Yukarıda da temas edildiği veçhile sayılan hükümlerin bir kısmı doğrudan doğruya hasar ile ilgili olmamakla beraber muayyen sebeplerden mütevellit zararın mesuliyetini tayin eden hükümler de bizi ilgilendirmelidir. Bunun için evveleminde hasarın doğum sebebinin tayin eden terimler üzerinde durmak gerekir. Kanunların muhtelif tâbirler kullanmış olmaları bunların muhtelif mânalar taşıdığına delâlet eder [3]. Mücbir sebeple kaza veya fevkalâde hal arasında her halde bir fark bulunmalıdır. Bu farkı tayin etmenin mühim faideleri vardır. Taraflardan biri yalnız mücbir sebeplerden doğan zararlardan berî kılınmışsa, hatıra kazara vukua gelen zararlardan mesul tutulabilip tutulamıyacağı gelir. Bu itibarla ilk vazifemiz mezkûr terimler arasında fark olup olmadığını araştırmak ve umumî olarak hangi sebeplerden doğan zararların intikal etmiş olacağını tespit etmek olmalıdır.

I. Nazarî ve tatbikat sahasında mücbir sebep halinin tarifi münakaşalıdır. Eskiden sübjektif nazariye revaçta iken halihazırda Alman doktrininin tesiri ile bilhassa Exner tarafından müdafaa edilen objektif nazariyeye meyledilmektedir. Sübjektif nazariyede, bir hâdise âzamî ihtimarı ile bertaraf edilemediği takdirde, mücbir sebep kabul edilirdi. Âzamî ihtimam ölçüsü ister istemez mücbir sebep telâkkisine kusur mefhumunu ithal eder. Diğer bir söyleyişle hâdisede taraflara isnat edilebilecek hiçbir kusur yoksa bu fikre göre mücbir sebep vardır. Zira muhtemel ve halin icaplarının istilzam ettirdiği bütün tedbirlerin ittihazına rağmen bertaraf edilemeyecek bir hâdisede bu tedbirleri alacak tarafın hareket tarzı rol

[2] Borçlar Kanununun 102, 204, 300, 370, 382, 383, 465 kazara, 251, 293, 478, 481 mücbir sebep, 438 de hususî bir kıstas; Ticaret Kanununun 696, 697 nci maddelerinde kazara, 903. 3, 904. 1., 829, 930 da mücbir sebep, fevkalâde hal, 745 de bahrî hasarat.

[3] Oser, Das Obligationenrecht, 1915, s. 848 e de bakınız.

oyunar. Alınan tedbirlerde ufak bir ihmal mevcut değilse hâdise mücbir sebeptir [4]. Hakikati halde bu tarifte mücbir sebebin kaza ve tesadüf halinden tefriki müşkül, daha doğrusu mücbir sebep kaza ve tesadüften pek farklı değildir. Halbuki objektif nazariyede, bir halin mücbir sebep telâkki edilebilmesi için, hâdise müessesenin işletme muhiti dışında vukubulmalı ve alelâde kazayı aşacak şiddet ve kuvvette tezahür etmelidir. İtiraf etmek lâzımdır ki Oser tarafından müdafaa edilen bu tarif de kat'î olmaktan uzaktır. Oser'e göre de mücbir sebep, kaza ve tesadüf halinden farklı bir mefhum olarak tecelli ettiğinden ancak objektif nazariyenin kabulü ile tatmin edici bir neticeye varılabilir. Mücbir sebep olarak İsviçre Kanununun ayrı ayrı terimler kullandığı ileri sürülmektedir. Kezalik İsviçre Federal Mahkemesi de mücbir sebebi kaza ve tesadüf halinden ayırmak suretiyle objektif nazariyeye meylettiğini ihsas etmiştir[5-6].

Buna mukabil Staub, Alman Temyiz Mahkemesinin Ticaret Kanununun 456 ncı maddesine müsteniden ittihaz ettiği muhtelif kararlardan şöyle bir tarife varmaktadır: «Hariçten gelen ve istenebilen bütün tedbirlerin ittihazına rağmen önüne geçilemeyen ve fevkalâde sayılan hâdiseler mücbir sebeptir». Bu tarife göre üç unsur ehemmiyetlidir.

a) Hâdise hariçten gelmeli, harici bir âmil tesiri altında vukubulmalıdır. Hariçten gelen hâdisenin yangın, tuğyan, yıldırım, fırtına, zelzele,

[4] Müller-Erbach, Deutsches Handelsrecht, 1928, s. 627. P. Oertmann, Recht der Schulverhältnisse, II. s. 1119. Bir işin normal seyrinde beklenemiyen hâdiseler mücbir sebeptir (Sübjektif nazariye). Objektif nazariye hakkında verilen izahatı da tetkik ediniz.

[5] Oser, zge., s. 848, Müller-Erbach, zge., s. 627.

[6] Flick, Das Schweizerische Obligationenrecht, s. 221, 15. Bu müellife göre, mücbir sebep halin icaplarına göre düşünülebilen âzami ihtimam ve gayrete rağmen önlenemiyen, doğusunun şiddet ve kuvvetine göre hayatın normal seyrinde beklenemiyen tesadüfleri açıkça aşan zarar verici bir hâdisedir. Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, I. s. 116 da bakınız. von Tuhr-Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, s. 562. «Alelâde tesadüften farklı olarak, mücbir sebep altında, bugünkü içtihatlarla göre hâkim olan objektif nazariyeye nazaran, borçlunun işletmesi ile ilgisi olmayan, mâni olunamayacak bir kudretle hariçten gelen bir hâdise anlaşılır.

Becker, Kommentar, IV, s. 482, «kaza ve mücbir sebep borçlunun hareketine bağlı olmayan önceden keşif ve önlenemiyen ve ifayı imkânsız kılan hâdiselerdir... Hâdise keşfedilemiyorsa önlenemez. Aktin yapıldığı sırada keşfedilebildiği halde önlenemiyorsa, bu halde borçlu akti yaparken halin icaplarına göre tedbir almalıdır...»

dağ çökümü gibi tabii veya harp, yabancı işgali ve neticeleri, isyan, yağma, işletme ile ilgili olmıyan şahısların cinaî fiilleri, çocukların şursuz hareketleri gibi ferdin âmîl olduğu bir sebebe ircaı şart değildir. Yegâne şart hâdisenin hariçten gelmiş olmasıdır. Burada hariç mekân mânasında kullanılmış olmayıp maksat vukubulan hâdise ile işletme veya tesisleri arasında bir irtibatın bulunmamasıdır. Seyir halinde bulunan trenden yolcunun attığı silâh mücbir sebep olup demiryolu müstahdeminin veya tesisat yahut işletme vesaitinde mevcut noksanların sebep olduğu dahili bir kaza değildir. Tren, aksın kırılması yüzünden, raydan çıkmış veya ray parçalanmış, yahut kasıt ve kusur olmaksızın yük demiryolu işçileri tarafından emin olmıyan bir vaziyete sokulmuşsa işletme mesuldür. Demiryolu işletmesinin işletme olarak yarattığı tehlike zararın doğumuna müessir olmuşsa meselâ tren bir toprak çöküntüsüne çarpmış veya trenler arasında çatışma olmuşsa hariçten gelme bir hâdise yoktur. İşletme her bakımdan memurlarının ef'al ve harekâtından mesul olduğundan işçilerin grevi de dahili bir hâdise olarak kabul edilmiştir.

Exner'e göre bir hâdisenin «hariçten gelme» sayılabilmesi için işletme muhiti dışında vukubulmuş olması lâzımdır. Burada işletme muhiti en geniş mânada işletme vasıtalarının muhiti tarzında tarif olunmuştur. Müller-Erzbach bu tarifi tenkit ederek, işletme muhiti yerine «hâkimiyet sahası mefhumunu» ikame eder. Hâdise müessesenin hâkimiyet sahası dışında vukubulmuşsa yani müessesenin hâkim olamayacağı bir sahada husule gelmişse mücbir sebep vardır. Bizce her iki tarif aynı şeyi kastedmektedir.

b) Hâdiseye, müesseseden ittihazi istenebilen bütün tedbirlerin alınmış olmasına rağmen, mâni olunamamalıdır. Bu ölçünün hududu bir müesseseden mantıkan ve iktisaden istenebilen tedbirlerin heyeti mecmuasıdır. Bir tehlike mantikî ve iktisadî addedilebilen tedbirlerle bertaraf edilebiliyorsa mücbir sebep yoktur [8]. Meselâ Demiryolları İdaresinden muhtemel yangınlara karşı her katarda hususî bir itfaiye teşkilâtı bulundurması istenemez. Lâkin gereken emniyet tedbirlerinin alınmış olmasına rağmen tren bir suikasta kurban gitmişse, işletme mesul değildir.

c) Nihayet, hâdise fevkalâde mahiyette olmalıdır. Az çok muayyen ittiratla tekerrür eden bir hâdise fevkalâde sayılamaz. Meselâ havanın muayyen zamanlarda ika ettiği zararlar [9]. Kezalik Exner de hâdisenin

[7] Müller-Erzbach, zge., s. 628.

[8] Müller-Erzbach, zge., s. 628.

[9] Staub, Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, IV. s. 825 ve müt.

zuhur ettiği şekil ve vaziyete göre normal hayat seyrinden beklenebilen tesadüfleri açıkça aşar mahiyette olmasını ister [10]. Staub'e göre hâdisenin önceden keşfolunamayacak mahiyette olması şart değildir. Çünkü fevkalâde ve gayrı kabili içtinap olmak şartıyla evvelce keşfolunabilen bir hâdisede de pekâlâ mücbir sebep vasfı bulunabilir [11].

Türk Temyiz Mahkemesinin mücbir sebep telâkki ettiği muhtelif hâdiselerden umumî bir tarif istihracına imkân yoktur. Temyiz Mahkemesi mücbir sebebin mahiyeti üzerinde pek durmamış, maddî hâdisede takdir hakkının hâkime ait olduğunu kabul ederek mücbir sebebi kabul veya red ile iktifa etmiştir. Bizce, Temyiz Mahkemesinin H.U.M.K. nun 428 inci maddesinin 5 numaralı bendine tevfikân asliye mahkemelerinin mücbir sebep saydığı hâdiseleri tahlil ederek mücbir sebep unsurlarını belirtmesi çok faydeli olurdu [12]. Maddî hâdiseye malûm olmak şartıyla tasdik veya red keyfiyetinden bir ipucu teminine çalışılabilirse de hâdiselerin çoğu asliye mahkemesince de tahlil edilmeden karara bağlandığından bu bakımdan da tatmin edici bir neticeye varmak imkânı bulunamamıştır.

Evveleminde şunu tebarüz ettirelim ki, Temyiz Mahkemesinin tetkik ettiği ekseri kararlar Ticaret Kanununun 645 inci maddesi, yani borcun mücbir sebep yüzünden ifa edilememesi hali ile ilgilidir.

Temyiz Mahkemesinin 645 inci maddeye müsteniden mücbir sebep olarak kabul ettiği hâdiselerin bir kısmı harp sebebine dayanır [13]. Harp hali eskidenberi mücbir sebep telâkki edildiğinden bunlar üzerinde durmağa mahal yoktur. Buna mukabil Şahap Arıç'ta zikredilen hâdiselerin mühim bir kısmı mücbir sebepten ziyade «imkânsızlık müessesesine» daha yakın görünmektedir. Meselâ taahhüt edilen samanların tedarik edilen mahalden çıkarılmasının askerî makamlarca yasak edilmesi ve teslim mahal-line taşınması için vagon verilmemesi [14], ihraç edilmek üzere satın alınan malın ihracının menedilmesi [15], Hükûmetçe buğdaya vaz'iyed edilmesi sebebiyle bulgur taahhüdünün yerine getirilememesi [16], verilmesi taahhüt edilen mevadın satışının Hükûmetçe menedilmesi sebebiyle taah-

[10] Müller-Erzbach, s. 628 aksi kanaattedir.

[11] Staub, zge., IV. s. 825. Aynı kanaatte Fick, zge., s. 301, No. 19.

[12] Reşat Atabek, İstanbul, Baro Mecmuası, 7.XXI.1947, aynı kanaatte. Şahap Arıç, Yargıtay İçtihatlarına göre Hâsiyell Ticaret Kanunu, s. 274, No. 511, s. 277, No. 518, s. 281, No. 524.

[13] Şahap Arıç, zge., No. 514, 529, 530, 532, 533.

[14] Şahap Arıç, z.g.e., No. 527.

[15] Şahap Arıç, zge., No. 542.

[16] Şahap Arıç, zge., No. 540.

hüdün yerine getirilememesi [17], Devlet Demiryollarına verilmesi taahhüt edilen hasarat öldürücü mayi in imalinde kullanılan petrolün ofisce verilmemesi sebebiyle taahhüdün ifa edilememesi gibi [18] halleri de Temyiz Mahkemesi 645 inci madde delâletiyle halletmiş yani mücbir sebep saymıştır. Bizce bunlar mücbir sebep sayılan bir hâdise, meselâ harp yüzünden ittihaz edilen tedbirler neticesinde hâsıl olan hukukî imkânsızlıklardır. Haddizatında maddî bir vakıa olan mücbir sebepte aranılan vasıflar bu misallerde yoktur. Aktin ifasına engel olan objektif imkânsızlıklara mücbir sebep dahil ise de imkânsızlık halleri mücbir sebepten çok daha geniştir [19]. Mücbir sebep imkânsızlık halini doğurabilir, lâkin her imkânsızlık halî mücbir sebep değildir. Yukarıki tarif ve içtihatlardan anlaşılacağı vechile mücbir sebep ancak muayyen şartların mevcudiyeti halinde kabul edilmiştir. Bu itibarla mücbir sebebi imkânsızlıktan tefrik etmek lâzımdır [20].

A. İmkânsızlık bilindiği gibi akitten evvel ve sonra olmak üzere ikiye ayrılır. Akitten evvel veya aktin yapıldığı sırada mevcut olan objektif imkânsızlık mevzuumuzu ilgilendirmeyiz. Kezalik hasar probleminin tetkikinde de aktin inikadından önce mevcut olan bir zararı ayrı esaslara göre mü-

[17] Şahap Arıç, zge., No. 541.

[18] Şahap Arıç, zge., No. 547.

[19] Oser, zge., s. 82 ve müt., Planiol, Traité Élémentaire de Droit Civil, II, s. 86, No. 231. «Medeni Kanununun 1148 inci maddesi kaza ile mücbir sebebi ayrı ayrı mefhumlar gibi telâkki eder görünür. Her iki mefhumu tefriğe çalışan nazariyelerin doğumuna rağmen Fransız Mahkemeleri haklı olarak bu yola girmemiştir. Zira borçlunun mesuliyetten kurtulması için iki şartın tahakkuku lâzımdır.

1) Hâdise borçluya isnat olunamayan haricî bir sebepten neset etmeli,

2) Haricî sebepten doğan mâni aşılamiyacak mahiyette olmalıdır.

Bu esaslardan anlaşılacağı vechile her iki tâbir arasında mantıklı bir ayırma yapılmak icap eder. Borcun ifasına mâni olan hâdisenin haricî mensel tebarüz ettirilmek isteniyorsa, kaza terimi kullanılmalıdır. Buna mukabil mâni aşılamiyacak mahiyeti gösterilmek isteniyorsa, mücbir sebep tâbirleri istimal edilmelidir. Bu itibarla her iki terim ayrı ayrı fikirleri ifade ettikleri için her ikisinin istimali yerindedir. Her iki tâbir aynı vakıa için birlikte istimal olunabilir, yalnız bu halde vakıa doğum bakımından kaza ve netice bakımından da mücbir sebep mahiyetini taşımaktadır.»

Görülüyor ki Fransız hukukunda her iki tâbir arasında hukukî bakımdan bir fark gözetilmemektedir.

[20] Hasar ile imkânsızlık arasında hukukî bakımdan yakınlık bulunduğundan kısaca imkânsızlığa temas etmeği faydalı bulduk.

talâa etmek lâzımdır. Borçlar Kanununun 20 nci maddesine göre aktin inikadından önce mevcut olan objektif imkânsızlık akti iptal eder [21]. Aktin inikadından sonra doğan imkânsızlık ise Borçlar Kanununun 117 nci maddesinde tanzim edilmişse de imkânsızlık mefhumu bu halde de 20 nci maddenin çerçevesi içinde mütalâa edilmek gerekir.

Borçlar hukukunda imkânsızlık bir de sübjektif ve objektif olmak üzere ikiye ayrılır. Türk borçlar hukukunda gerek objektif gerek sübjektif imkânsızlıkta kaideten kusur prensibi hâkimdir, yani aktin ifasına mâni olan engel borçlunun hafif veya ağır herhangi bir kusurundan doğmuş olmamalıdır. Ufak bir ihmal borçluya isnat edilebilen herhangi bir hal imkânsızlığın kabulüne mânidir [22]. Demek oluyor ki Borçlar hukukuna göre imkânsızlık borçlunun bir gûna kusuru olmaksızın veya mesuliyetini intaç eden bir hal bulunmaksızın aktin inikadından sonra doğan maddî veya hukukî engellerdir. Bu engeller, yukarıda işaret edildiği veçhile objektif ve sübjektif olmak üzere iki grupta mütalâa edilmiştir.

Objektif imkânsızlık fiilî veya hukukî olabilir [23]. Meselâ ifaya mâni

[21] Oser, z.g.e., madde 20, II, 4a (istisnası). «Borçlu, imkânsız bir edimin mümkün olacağını bir garanti vaadî ile taahhüt etmişse ifa ile sağlanacak menfaatlerden mesuldür. Borçlunun bilerek imkânsız bir edimi taahhüt etmesinde halin icabına göre böyle bir garanti taahhüdü mündemîç olabilir». Egli, zge., s. 8 de bakınız. von Tuhr'u da tetkik ediniz. zge., s. 244 ve müt.

Becker, VI. 1. 2. nci bası, s. 110, 18. «Gayri mevcut olan bir alacağın bey'i: Bu aktin muhtevası imkânsız bir edim olmakla beraber, bâtil değildir». Borçlar Kanununun 171-173 (169-171) üncü maddelerinin tatbiki icap eder. Muayyen vasıfların vaa-dinde vaziyet böyledir.

[22] Borçlar Kanununun 96 ve 117 nci maddelerini tetkik ediniz.

Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweiz, Zivil. und Obligationenrecht. No. 4823. Imkânsızlıkta borçlu ancak kusuru yoksa kurtulur.

V. Tuhr, zge., s. 561. Borçluya kabilli isnat haller kaideten kendi veya muavin şahısların kusurundan doğar.

Staudinger, Schuldverhältnisse, I, s. 280, 3. Imkânsızlık veya iktidarsızlığı tevliht eden haller borçluya kabilli isnat olmalıdır. Kaideten bir halin kabilli isnat olup olmadığı ya kusur veya üçüncü bir şahsın kusurundan mütevellit mesuliyet esasına dayanır. Lâkin isnat imkânı bir garanti taahhüdünden veya doğrudan doğruya kanundan doğan illi bir mesuliyet hükmünden de doğabilir.

[23] Staudinger, zge., II, s. 250 ve müt. «Imkânsızlık mefhumu felsefidir. Imkânsızlık demek menfi zaruret demektir. Imkânsızlık fikir veya tabiat kanunlarına dayanabilir, yani mantıki veya maddidir. Sözü geçen tariften anlaşılacağı veçhile im-

olan objektif engel tabiat kanunlarından neşet edebileceği gibi bir main

kânsızlık mefhumu bir bakımdan pozitif zaruretın esaslı rol oynadığı kotalite mefhumunun aksıdır. Felsefe mefhumu olarak kotalite hukuk için ne kadar elverişsiz ise felsefenin yarattığı imkânsızlık mefhumu da hukuka yaramaz. Hukuk nazarında mantıkî veya maddî bakımdan imkânsız olan her edim imkânsız telâkki edilmek icap etseydi, bu halde borçluya adalet ve nasafet duygularımızın tahmiline muarız olduğu edimler tahmil edilmiş olurdu. Denize düşmüş olan bir yüzüğü çıkarmak mantıkî veya maddî bakımdan mutlak surette imkânsız değildir. Lâkin felsefe bakımından mevcut olan imkân o kadar uzaktır ki bu halde de edimi hayat telâkkilerine göre imkânsız saymak ilâzımdır. Burada olduğu gibi kotalitede de ehemmiyetli olan cihet hukukun hayatın nâzımı olmasıdır. Bu itibarla hukuken imkânsızlık yalnız mantıkan veya maddeten imkânsızlık değildir. Nazarî bakımdan mümkün olup hüsnüniyet kaidelerine ve hayat telâkkilerine göre borçluya tahmil edilemeyen engellerle karşılaşan edimler de imkânsızdır. Bu suretle elde edilen imkânsızlık mefhumu felsefedeki imkânsızlık mefhumuna nispetle üç bakımdan tevsiye uğrar:

a) Maddeten müşkül olup hayat telâkkilerine göre imkânsız sayılan bir edim de hukuken imkânsızdır (fiilî imkânsızlık). Yukarıki misal buraya girer. Edimin karşılaştığı müşkülün takdirinde iktisadî meseleler de mühim rol oynar. Fevkalâde nispet-siz, hak ve nasafet bakımından borçluya tahmil edilemeyen masraflar ihtiyarı ile mümkün olan edim de imkânsız addedilmelidir. Lâkin her adaletsizlik edimi imkânsız saymak için kâfi değildir. Karşılaştığı müşküller bakımından bilhassa hususî ve fevkalâde haller bir edimi imkânsız kılabilir.

b) Yasak olan veya ahlâka âdaba aykırı olan da hukuken imkânsızdır (Hukukî imkânsızlık).

c) Bir şeyi yapmama borcu da hukuken imkânsız olabilir. Felsefe bakımından bu halde bir imkânsızlıktan bahsedilemez. Lâkin hukukta edim bir şeyi yapmamak borcundan da ibaret olabileceğine göre hukuk bakımından bir imkânsızlıktan bahsedilebilir. Bir şeyi yapmama borcu borçluya hüsnüniyet kaidelerine tevfiқан tahmil edilemeyecek engellerle karşılaşmışsa bu halde de imkânsızlık vardır.

P. Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, s. 139. Edimde imkânsızlık tabiat kanunlarından neşet edebileceği gibi hukuk nizamından da doğabilir.

S. 139. Objektif imkânsızlık. İki telâkki karşı karşıya bulunmaktadır. Daha kat'î, daha dar olan telâkkiye göre imkânsızlık mantıkî bir mefhumdur. Burada imkânsızlıkla, zaruret neticesi, « ifa edememe » tev'emdir. Diğer telâkki mantığa dayanandan farklı spesifik hukukî veya nisbî bir mefhum istimal eder. Mantıkan mümkün olan bir edimin ifasına engel olan mâniler, borçludan edimin ifasını istetemiyecek vüs'atte ise hukuk nizamı bu halde de imkânsızlığı kabul etmelidir. Hangi hallerin bu mahiyette olduğu umumî olarak tayin edilemez.

Becker, zge., s. 106. 3. «İmkânsızlık mefhumu bir yandan mantığa dayanan ve mutlak olan imkânsızlığı..... diğer yandan hukukî veya nisbî imkânsızlığı ihtiva eder.»

ihracının veya satışının menedilmiş olmasından da doğabilir. Birinci halde engel maddî, ikinci halde hukukidir. Objektif imkânsızlık telâkkisi zamanla tahfif edilmiştir. Meselâ ifanın istenemeyecek derecede güçleşmesi de objektif imkânsızlığı tevlit edebilir. Bu telâkkiye göre imkânsızlığın başlangıcı beşerî iktidardır. Borçludan beşerî iktidarı aşana bir fedakârlık istenemez [24]. Yalnız bu kabil hallerde tarafların kasıt ve niyetleri mühim rol oynar. Âkitler ifadaki güçlüğü gözönünde tutarak mukavele yapmışlar veya borçlu mevcut veya ileride zuhuru muhtemel müşküllere rağmen ifayı üzerine almışsa imkânsızlıktan istifade edemez.

Mutlak objektif imkânsızlığı sübjektif mahiyet arzeden âmillerle tevsi arzusu zaman bakımından da mevcuttur [25]: Eskiden ifaya mâni hâdise hiçbir suretle bertaraf edilemediği takdirde objektif imkânsızlık kabul edilirdi. Meselâ muayyen bir çiftlik mahsulü tamamen yanmış veya satılmışsa yahut ifaya mâni engel mukavele müddetince devam ediyor ve tarafların rızalarına göre borcun bu müddet içinde ifası icap ediyorsa imkânsızlığa cevaz verilirdi. Alman müelliflerinden Staub'a göre [26], satıcıyı yalnız bu hallerde mesuliyetten kurtarmak taraf rızalarına uygun düşmiyeceği gibi ticarî ihtiyaçlara da aykırıdır. Bu yüzden bir çok hallerde muvakkat imkânsızlık daimî imkânsızlığa muadil tutulmalıdır. Bilhassa ifaya mâni olan hâdisenin bertaraf edilmesi ihtimali son derecede şüpheli veya pek uzaksa muvakkat bir imkânsızlık daimî sayılarak gereken hü-

[24] Oser, zge., s. 82-83.

v. Tuhr-Siegwart, zge., s. 244. «İktisadî sebepler yüzünden de imkânsızlık kabul edilmektedir. Edim için lüzumlu olan gayret ve masraflar edimin değerini, edimin ifasını hayat telâkkilerine göre mânasız gösterecek derecede aşıyorsa, ve bu sebeple borçluya hüsnüniyet kaidelerine tevfiқан tahmil edilemiyorsa imkânsız var sayılır.»

[25] Staudinger, zge., s. 254. Hakikati halde hukukî bakımdan objektif imkânsızlık da nisbî ve sübjektiftir. Hukukî bakımdan objektif imkânsızlık her zaman mutlak imkânsızlıkla bir olamaz. Hukuk nazarında objektif imkânsızlık edimin hüsnüniyet kaidelerine tevfiқан borçluya tahmil edilemeyecek kadar müşküllerle karşılaşmasıdır. Hukuk nizamı objektif imkânsızlık mefhumu altında feisefenin yarattığını değil hukukun objektif imkânsızlığını gözönünde tutar.

[26] Staub, zge., III, s. 787.

Weiss, zge., No. 4819. «Malın tedarikinde harp sebebiyle doğan geçici imkânsızlık satıcının tamamen beraetini muhik kılmaz. Alıcının ifa talebi normal vaziyetlerin avdetine kadar reddedilmelidir.»

Daimî ve muvakkat imkânsızlık hakkında P. Oertmann, zge., s. 144, 5. Kısmî imkânsızlık hakkında aynı müellifin eserini tetkik ediniz. s. 143, 4. Becker, zge., s. 109. 15 de bakınız.

kümler tatbik edilmelidir. Meselâ malın teslimi, yanmış olan fabrikanın inşasından sonra mümkünse, veya akitle takip edilen gayeye göre, alıcıya malların kısa bir zamanda teslimi ile hizmet edilebiliyorsa, veya satılan mallar muayyen bir inşaatta kullanılmak üzere alınmışsa veya alıcının işletme ihtiyaçlarını karşılayacaksa bu hallerde imkânsızlık muvakkat bir mahiyet arzetsen de daimî sayılmalıdır. Yukarıda izahına çalıştığımız mahiyette akitten sonra doğan imkânsızlık Borçlar Kanununun 117 nci maddesi gereğince borcu daha doğrusu karşı tarafın alacak hakkını iskat eder [27].

Sübjektif imkânsızlık yani borçlunun, borcunu, şahsına ait engellerden dolayı ifa edememesi hali de iki bakımdan tetkik edilmelidir [28].

a) Akitten önce mevcut olan engele rağmen borçlu ifaya muktedir olmadığı bir borcun edâsını vaadetmişse, şahsî iktidar ve kabiliyeti hususunda karşı tarafa telkin ettiği itimada binaen borcun ifa edilememesinden mesuldür [29]. Zira borçlu akte girişmekle sübjektif ifa imkânsızlığını da üzerine almış sayılır. Bu itibarla akti ifa ile mükelleftir. İfa ya hiç bir veçhile muktedir değilse yani iktidarsızlığı mutlak bir mahiyet taşıyorsa, aynen ifa yerine tazminat kaim olur.

b) İfadaki iktidarsızlık akitten sonra doğmuşsa borçlu hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe ademi ifadan mütevellit zararı tazmin eder. Kusursuz olduğunu ispat edebilirse, borç, 117 nci maddede olduğu gibi sakıt olur [30, 31].

[27] İsviçre Borçlar Kanununun 117 (119) nci maddesinin almanca metnini tetkik ediniz.

[28] İmkânsızlıktaki müskül borçlunun şahsı dışında ise imkânsızlık objektif şahsında mevcut ise sübjektiftir. Staudinger, zge., s. 254.

[29] Oser, z.g.e., s. 83 b.; Kisch, Krit. Vierteljahrschr. 44, s. 551. Oser'de zikredilmiştir. Staub, z.g.e., III, s. 784, 46 a. Staudinger, z.g.e., s. 254. «İptidaen imkânsızlık, iptidaen iktidarsızlık akitten önce mevcut ise iptidaen iktidarsızlık mesuliyetini muciptir. Akitten sonra iktidarsızlık ve imkânsızlık aynı hükme tâbidir».

[30] Oser, zge., s. 158 b.

[31] Gerek objektif gerek sübjektif imkânsızlıkta borcun sakıt olması için imkânsızlık hali ifade mevcut olmalıdır. İmkânsızlık alacaklı tarafında ise, meselâ alacaklı malı tesellüme muktedir değilse, ifa bakımından imkânsızlık yoktur. Yabancı bir memlekete teslimi kararlaştırılan bir malın ihracı menedilmiş olmasına rağmen alacaklı aynı malın memleket dahilinde teslimini talep ediyorsa, borçlu imkânsızlık dermeyan edemez. Staub, zge., III, s. 784, 46 a.

Becker, z.g.e., madde 119, s. 620. «İfade imkânsızlığa ne alacaklı ne de borçlu

Gerek objektif gerek sübjektif imkânsızlık hallerinin lâıyıkı ile anlaşılabilmesi için mevzu bakımından da bir tefrik yapmak lâzımdır.

a) Bir kısım müellifler nev'en muayyen eşyada imkânsızlık telâkkinin iktisadî zaviyeden tetkikini isterler. Mıslî eşyanın tedarikinde imkânsızlık bahis mevzuu olamayacağına göre buradaki engel iktisadî bir mahiyet taşımalı yani borcun ifası mevcut şartlar altında iktisaden aşınmayacak kadar güç olmalıdır. Doktrinin bu sahada vazettiği ölçü şudur: Borçlu, malın tedarik ve ihzarı için, taraflarca aktin inikadında, gözönünde tutulan şartların tamamen dışında kalan ve hüsnüniyet kaidelerine tevfikan istenemiyen gayretler sarfına mecbur değildir [32].

sebebiyet vermelidir... İmkânsızlığa alacaklı sebebiyet vermişse, borcun ifa edildiği farzolunarak borçlu mukabil ivaz üzerinde hakkını muhafaza eder.»

[32] Meselâ borçlu, sattığı malı imal eden fabrikanın faaliyetini tatil etmiş olması yüzünden normal ticaret dışına çıkmış olan mobil iç ve dış piyasalarda aramak mecburiyetinde değildir. Lâkin ifanın sadece güçleşmesi kâfi sayılmamıştır. Mahsulün fena olmasına rağmen, satılan malın pazarı mevcutsa, imkânsızlık yoktur. Alıcının malı piyasadaki tedarik edememesi ifanın imkânsız olduğunu ispat etmez. Kezalik satıcı para sıkıntısını da ileri süremez. Buna mukabil nakit darlığı, mücbir sebep, banka memurlarının grevi, isyan gibi sebeplerden doğmuşsa, ve satıcı halin icaplarına göre lüzumlu tedbirleri alamamış veya sözü geçen sebeplerden dolayı konsimentoları çekememişse, vaziyet değişir. İşletmede aksaklık nakliyecinin kusuru, siparişlerin çokluğu, gayri müsait konjonktür, ikinci müteahhitlerin tehhürü, susuzluk, yangın, mal fıkdanı, ilâhîri, gayri mahdud nevi borçlarında borçluyu mesuliyetten kurtarmaz. Çünkü borçlu bu malı kaideten başka bir yerden tedarik edebilir, ve etmeğe mecburdur. Hattâ işletmede kat'i bir engel mevcut olsa bile ademî ifa halinde mütemerrit vaziyete düzer, meğer ki bu kabil hallerden de mesuliyetten beraetini şart kılmış olsun, veya hilâfinin kastedildiği akitten zâhir olsun. Meselâ malın semeni, dere yolu ile nakliyat gözönünde tutularak tayin edilmiş ve dere yolu ile nakliyat imkânsız bir hale gelmişse böyle bir kaskın bulunduğu kabul edilebilir. Staub, zge., III, s. 785. 47.

V. Tuhr, zge., s. 51. «Nev'en muayyen eşyada borçlu, nev'e dahil her parçayı ifa edebildiğinden, ifa için hazırladığı eşyanın kabili isnat olmıyan bir hal sebebiyle telef olması, mükellefiyetten kurtarmaz. Borçlanılan neviden diğer bir parçayı tedarik imkânı mevcut oldukça 119 uncu madde mânasında bir imkânsızlık yoktur. Yalnız istisnaen bütün bir nev'in mevcut olmaması kabildir. Bu kabil hallerde nev'en muayyen esya borçlusu da mesuliyetten imkânsızlık sebebiyle kurtulabilir.

Nev'en muayyen eşyada İsvicre Federal Mahkemesinin içtihatlarını da tetkik ediniz. Weiss, zge., 4792 ve müt.

b) Mahdut nevi borçlarında teslimatın mahdut olan neviden ierasının mümkün olup olmadığı tetkik edilmelidir. Burada imkânsızlık ölçüsünde bir fark yoktur. Yalnız nev'in imkânsızlık hududu ile mukayyettir. Bu itibarla mahdut nevi borçlarında imkânsızlığın tayininde ikinci unsur nev'in hududu, yani borcun tahdide uğramış olup olmadığıdır [33].

c) Aktin mevzuu muayyen bir mal ise bu halde satıcı kusuru olmaksızın objektif veya sübjektif bir imkânsızlık neticesinde akti ifa edememişse mesuliyetten kurtulur [34]. İktidarsızlığın kabulü için satıcının hüsnüniyet kaidelerine tevfikan istenebilen bütün tedbir ve vasıtalarla malı tedarik edememesi veya malı istenen şekilde teslim muktedir olmaması lâzımdır. Burada da muvakkat bir imkânsızlık daimi imkânsızlığa muadil tutulabilir.

B. Objektif veya sübjektif imkânsızlık mevcut olmamakla beraber borcun ifası önceden keşif veya tahmin olunamayacak âmiller yüzünden son derece güçleşmiş ise bu hal de muhtelif hukuk çevrelerinde imkânsız-

[33] Mahdut nevi borçlarında aşağıdaki ölçüler ehemmiyetlidir: Mukavele yapılırken, teslimatın imalâtçının mamulâtından olmasına kıymet verilmiş olup olmadığı, imalâtçının aynı zamanda ticaretle iştigal edip etmediği ve buna alıcının vukufu, imal için sarahaten bir mehil verilmiş olması, satışın imalâtçının hususi alâmeti farikası altında yapılmış olması, imalâtçının aynı nevi mallarla iştigali hall müsteana, diğer hallerde mahdut nevi borcu kabul edilmektedir. Satıcının borcu imalâtı ile tahdide uğramışsa, bu malların tesliminde mevcut olan bir imkânsızlık satıcıya mesuliyetten kurtarabilir. Satıcı imalâtçı olmasa da nevi borcu mahdut olabilir. Meselâ satıcı daimi mümessil bulunduğu bir malı sürüyorsa, veya satıcı, malın menşei, müstahsilini tasrih ederek taahhüde girişmişse, veya sarahaten kendi deposundan satış taahhüt etmişse, bundan başka muayyen bir çiftliğin veya mahsulün bey'i, mevcut ve muayyen bir mahsulün satışı, muayyen bir şirket aksiyonlarının muayyen bir fabrikanın bütün mamulâtının bey'i de mahdut nevi borçlarından maduttur. Staub, zge., III, s. 785. 47 a, s. 685.

[34] Imkânsızlık ölçüsü hakkında yukarıda verilen izahatı tetkik ediniz. Misaller: Satılan mal ziyaa uğramış veya diğer bir malla işlenmiş, mukavele şartlarına tevafuk etmeyecek derecede bozulmuşsa, mal mevcut olmakla beraber müsadere edilmiş veya malın mâlikî üçüncü bir şahıs olup satışa muvafakat etmemişse, veya salıcıdan üçüncü bir şahıs malı satın almış ve bu şahıs malı satmak niyetinde değilse, veya diğer bir şahsa satmışsa, son halde satıcı malı fevkalâde yüksek bir fiyatla tedarik etmek mecburiyetinde değildir.

Grev, mal yokluğu, ithalât ve ihracat memnuiyeti ve buna benzer engeller de sübjektif imkânsızlığı doğurabilir. Staub, zge., III, s. 788, 48.

lığın yanında borçlunun mükellefiyetini ıskat eden ayrı bir sebep telâkki edilmiştir [35]. Umumiyetle bu kabil hallerde ifa bakımından tam bir imkânsızlık yoktur. Borçlu borcunu ifa edebilecek durumdadır, ancak değişen şartlar altında ifayı talep borçlu için çok ağır bir fedakârlığı istilzam ettirmektedir. Yukarıda temas edildiği veçhile Alman hukuku bu nevi hallerde de evvelemerde imkânsızlık müessesesinden istifadeye çalışmış, mutlak imkânsızlığın yanında objektif hüsnüniyet prensibine dayanan iktisadî bir imkânsızlık mefhumu ihdas etmiştir. Bu fikre göre borçludan beklenen fedakârlıklar mutlak imkânsızlık derecesine varmadan önce hakkaniyet haddinde sona erer. Bu had, borçludan hüsnüniyet kaidelerine tevfiikan istenebilen âzamî gayret ve fedakârlıktır. Bu suretle mutlak imkânsızlık telâkkisinin hemen yanında daha doğrusu altında hak ve nasafet kaidelerine dayanan iktisadî bir imkânsızlık yer almıştır [36].

Bir kısım müellifler bu hallerde, borçlunun vecibesini ıskat veya durumunu tahfif için «muamelenin temeli», «hukukî muamelede mündemice şartlar», «objektif hüsnüniyet» nazariyelerini ortaya atmışlardır. İsviçre hukuku da az çok Alman doktrininin tesiri altında kalmıştır [37]. En fazla üzerinde durulan hukukî esaslardan biri Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin 2 nci fıkrasının sair akitlere de kıyasen tatbikidir. Bilhassa Profesör Dr. A. Schwarz bu fikri terviç etmektedir. Lâkin bu hükmün yanında Alman hukukunda olduğu gibi Borçlar Kanununun 117 nci maddesini geniş bir surette tefsiri ile nisbî veya iktisadî bir imkânsızlıktan da bahsedilmektedir. Bundan başka ahlâka aykırılık, haksız iktisap hükümlerinden istifadeye çalışan müellifler de mevcuttur [38].

Bilhassa buhranlı zamanlarda ehemmiyet kesbeden bu cereyanların dayandığı hukuk müesseseleri ne suretle tavsif edilirse edilsin bahis mevzuu hâdiselerin imkânsızlık çerçevesine girmedikleri, bunlar altında yer aldığı açıktır. Gerek Alman gerek İsviçre ve gerek sair hukuk çevrelerinde «impvizyon» mefhumu altında toplanan mütenevvi hâdiseleri geniş bir imkânsızlık telâkkisi ile neticelendirmek kabildir [39]. Lâkin yukarıda

[35] Aktin tâdilî halî mevzuumuzun dışında kaldığından zikredilmemiştir.

[36] Polonya Borçlar Kanununun 269 uncu maddesini tetkik ediniz. A. Schwarz, Harbin hususî akitler üzerinde tesiri, Adalet Dergisi 194, s.4 191 ve müt. Karl Oftinger, Cârî akitlerin temellerinde buhran icabı tahavvül, t. ç. Bülent Davran, H. F. Mecmuası, c. VIII, s. 3-4, s. 598 ve müt. Turhan Feyzioğlu, İdare hukukunda empvizyon nazariyesi, s. 3, 7, 13, 19.

[37] T. Feyzioğlu, zge., s. 18.

[38] Zikredilen eserleri tetkik ediniz.

[39] Staub, zge., III, s. 790.

da işaret edildiği gibi ister imkânsızlık müessesesinden istifade edelim ister başka bir nazariye veya hukuk kaidesinden mülhem olalım bunlar maddi hâdisenin mahiyetini tebdil etmez. Varmak istediğimiz netice şudur: Keşif veya tahmin edilemeyen sebepler mefhumu altında toplanan vakıalar tam mânasiyle objektif imkânsızlık mahiyetinde olmamakla beraber buna yaklaşan hallerdir.

Bu izahattan anlaşılacağı veçhile, yukarıda zikredilen Temyiz kararları daha ziyade imkânsızlık mahiyetini taşımaktadır. Yargıtayın imkânsızlık hallerinden bazılarını «mücbir sebep» mefhumu altında toplamasına Ticaret Kanununun 645 inci maddesinin ifade tarzı âmil olmuştur denebilir. Ticaret Kanunumuz Borçlar Kanununun 20, 96, ve 117 nci maddelerine benzer bir hükmü ihtiva etmemektedir. Bundan şu neticelere varılabilir:

1) Ticaret Kanunu, Borçlar Kanununa nispetle müteahhidin mesuliyetini daha ağır takdir etmiştir. Borçlu borcunu ancak «mücbir sebep» yüzünden ifa edememişse mesuliyetten yani alacaklının duçar olduğu zararı tazminden kurtulur [40]. Borçluyu borcun ifasından ve tazminat mükellefiyetinden kurtaran sair haller ticarî muamelelerde bahis mevzuu olamaz. Meselâ kaza, kusursuzluk mücbir sebepten daha hafif mesuliyet halleri olduğundan bunlardan borçlu mesuldür. Velhasıl Ticaret hukukunda yegâne beraat sebebi mücbir sebep veya bunun intaç ettiği imkânsızlıklardır. Ticaret Kanununun 645 inci maddesindeki hüküm aynen ve lâfzen tefsir edildiği takdirde bu neticeyi kabul zarureti doğabilir. Bu tarzı tefsire karşı Ticaret Kanununun 648 inci maddesindeki hüküm ileri sürmek mümkündür. Bu maddeye göre ademi ifa evvelce keşfolunmayan bir sebepten neşet etmişse, borçlu zarar ziyan vermekle mükellef tutulamaz. 645 inci madde ile 648 inci maddenin tanzim ettiği maddi hâdiseler arasında fark olmakla beraber hukukî netice birdir. Her iki halde, yani ademi ifa ister mücbir sebepten neşet etsin ister keşfolunamayan bir halden doğsun, borçlu zarar ziyan itası ile mükellef değildir [41]. Biraz evvel izah edildiği gibi keşfolunamayan hal mücbir sebep ve imkânsızlıktan sonra gelen daha hafif bir beraat sebebidir. Kanun vazı daha hafif olan hallerde borçlunun mesul tutulmıyacağını terviç etmişse daha ağır olan sebepler de evleviyetle kabul etmiş sayılır [42]. Menasse'ye göre Macar Kanununun

[40] Ticaret Kanununun 645 inci maddesinde tanzim edilen diğer haller mevzuumuzu ilgilendirmediği için zikredilmemiştir.

[41] Ticaret Kanununun 648 inci maddesinde tanzim edilen diğer haller zikredilmemiştir.

[42] Resat Atabek bu fikre temayül eder. zge., s. 299.

275 inci maddesinden iktibas edilmiş olan 648 inci madde aynı kanunun 647 nci maddeye tekabül eden maddenin devamı olup şartı cezaiye müteallik bir hükümdür, ve borçluyu sözü geçen üç yalde mânevî zarar ziyan yani ceza şartının edâsından kurtarır [43]. Kezalik Prof. Hırş de 648 inci maddeyi ceza şartına müteallik bir hüküm olarak tefsir eder [44]. Mezkûr tefsir tarzı lehine muhtelif âmiller ileri sürülebilir: Evveleminde Ticaret Kanununu ihzar eden Komisyonun, hâkimin salâhiyetlerini mümkün mer-tebe tahdide meylederken, kanunun hazırlandığı sıralarda henüz rüşeym çağında bulunan bir nazariyeyi ana kaide şeklinde kanuna ithal etmiş ol-masının pek uzak bir ihtimal olması, hukukî teknik bakımından 648 inci madde hükmü 645 inci maddede yer alması lâzım iken bunun bir kaç mad-de sonra tanzimi, kanun vazınının 645 inci maddede ağır bir hükmü koy-dukdan sonra bu prensibi bilâsebep 648 inci maddede tahfif etmesi. 28/11/1945 tarihli tevhidî içtihat kararında «kanunlarımızı tefsir eder-ken, kendi metinlerimizi gözönünde tutmakla beraber, ilmi içtihatlardan da faydalanılabileceğine göre, bunların asıllarına bakmaktan vazgeçeme-yiz» denilmekle bu kabil âhenksizliklerin mehaz kanunlardaki vaziyete göre bertaraf edilebileceğine işaret edilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla Reşat Atabek'in «güdülüş, maksat ne olursa olsun 648 inci maddeden her halde istifade edilebileceği fikri» bizce son âmilden ziyade doğuracağı âhenksizlik bakımından şayanı kabul değildir. Filhakika bir yazımızda [45], tercüme suretiyle iktisap edilen muhtelif kanun hükümlerinin tefsirinde, teşriî iradenin yalnız yabancı kanun metninin kabulüne müteveccih oldu-ğunu, müracaat edilecek metnin yalnız türkçe metin olması gerektiğini, tefsir kaidesinin mülki bir vasıf taşıdığını müdafaa etmiş olmakla bera-ber, burada, 648 inci maddenin müstakil ve umumî bir hüküm olarak tef-siri gerek ruh gerek teknik bakımından caiz değildir. Esasen 648 inci mad-denin 647 nci maddeye ait olduğu türkçe metinden de zâhir olmaktadır. Bu fikir kabul edildiği takdirde ceza şartı dışında kalan ademi ifa halleri için 645 inci madde Ticaret Kanununda yegâne umumî hükümdür. Bu maddenin koyduğu esasa göre ise borçluyu yalnız mücbir sebep mesuliyet-ten kurtarır. Hattâ Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin tatbiki caiz görülmiyebilir. Mücbir sebepten bahsedildiğine göre yalnız bu kategoriye

[43] Borçlar Kanununun 161 inci maddesinin 2 nci fıkrasına da bakınız.

[44] Hırş, Notlu Ticaret Kanunu, madde 648.

[45] İsviçre Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu veya İsviçre Hukukunun bul-duğu bir tefsir normu Türk Hukukuna müessir olabilir mi? Medeni Kanunun on be-sinci yıldönümünden ayrı bası. Ferit Hakkı Saymen, H. F. Mec., cilt XIII, sayı 1, s. 343 te tetkik ediniz.

giren imkânsızlıklar beraet sebebi sayılmak icap eder. Kezalik borçlu kusursuz olduğunu ispat ederek de mesuliyetten kurtulamaz.

2) Ticaret Kanununun 645 inci maddesi yalnız mücbir sebep halini tanzim etmiştir. İmkânsızlık hali ve neticeleri Borçlar Kanununa göre mü-talâa edilmelidir. Borçlar hukukunda akitten sonra hasıl olan imkânsızlıklar şöyle bir tasnife tâbi tutulabilir. Borçlar Kanununun 96 ncı maddesi borçluya kabili isnat olan imkânsızlık halinin neticelerini tanzim eder. Borçlar Kanununun 117 nci maddesi ise, borçluya isnat olunamıyan imkânsızlık halini düzenler. Lâkin ister 96 ister 117 nci madde delâletiyle amel edilsin, borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edebildiği takdirde bundan mütevellit zararı tazmine mecbur olmadığı gibi 96 ncı maddenin mefhumu muhalifinden de anlaşılacağı veçhile bu maddeye göre de akit sakıt olur [46]. Ticaret Kanununun 645 inci maddesi daha ziyade Borçlar Kanununun 96 ncı maddesine tekabül eder. Yukarıki fikir kabul edilse dahi Borçlar Kanunu mezkûr maddede kusursuzluk beyyinesine cevaz vermiş iken, Ticaret Kanununun 645 inci maddesinin yalnız mücbir sebepten bahsetmesi calibi dikkattir.

3) Üçüncü şık, Ticaret Kanununun 645 inci maddesinde geçen mücbir sebep mefhumunu sübjektif nazariyenin kabul ettiği ölçüler dairesinde geniş bir tefsire tâbi tutarak sair kusursuz imkânsızlık hallerini bu hükme ithal etmektir. Temyiz Mahkemesinin bu yolu takibe meylettiği anlaşılmaktadır.

II. Ticaret Kanunu mücbir sebep yanında «fevkalâde hal» tâbirini de kullanmaktadır [47]. Menasse, muhtelif maddelerde geçen mezkûr tâbiri fransızcaya «cas fortuit» kelimeleriyle çevirmiştir [48]. İsviçre Kanununun fransızca metninde kullanılan «cas' fortuit» tâbiri ise türkçeye «kaza» terimi ile nakledilmiştir [49]. Ticaret Kanununun «fevkalâde hal» tâbiri altında kaza ve tesadüf halini kastedtiği müdafaa edilebilir. Temyiz Mahkemesi bazı kararlarında bu tâbiri mücbir sebeple bir tutmuştur [50].

[46] Funk, zge., s. 153, n. 2, s. 153/4, n. 2. Oser, zge., s. 358, I, 2. b.

[47] Ticaret Kanununun 903. 3. 904. 1 inci maddelerini tetkik ediniz. 829 uncu maddeye de bakınız.

[48] E. Menasse, Code de Commerce, s. 247, madde 829, s. 275, madde 303, s. 275, madde 904. 1.

[49] V. Rossel, Manuel du Droit Fédéral des Obligations, s. 156, No. 218. Fransızca metnin 103. 1. 279. 306. 3. 376. 1. 378. 1. 390. 1. 391. 1. 420. 3. 474, 2, 514, 2 nci maddeleri (B. K. 102 I, 204 I, (274 âriza), 300, 368, 370, 382, 383, 411, 465, 505).

[50] Şahap Arıc, zge., Karar No. 518, 534.

III. Kaza veya tesadüf halinin mücbir sebepten farklı olduğu ekseri müellifler tarafından kabul edilmektedir. Suter'e göre kaza bir şahsın kasdetmediği, istemediği bir zarardır. Federal Mahkemesi içtihatlarına göre borçlunun hiçbir veçhile bilâvasıta veya bilvasıta iştirâki olmaksızın husule gelen hâdise kazadır. Mommsen, kazayı borçluya isnadı mümkün bir kusur olmaksızın husule gelen hâdise şeklinde tavsif eder. Kezalik Heusler de kazayı alâkalının irade ve harekâtına tâbi olmaksızın husule gelen hâdise olarak tarif eder. Glück ise tarifinde kaza için akliselim ile önceden keşfolunamıyan veya olunsa bile beşerî kuvvet ile bertaraf edilemiyen hâdisedir, der [51]. Son tarif müstesna diğer bütün tavsiflerde ölçünün geniş mânada kusursuzluk mefhumu etrafında toplandığı anlaşılmaktadır. Hakikati halde borçlu zararın kendisine isnadı mümkün bir kusur veya hal olmaksızın husule geldiğini iddia etmekle keza def'inde bulunmuş olmaktadır. Kazanın yukarıki tarifleri ile mücbir sebepte aranan vasıflar arasında büyük fark olduğu inkâr edilemez. Esasen kanunda bu iki tâbirin kullanılmış olması da vazın bunlara ayrı ayrı mânalar verdiğine delâlet etmektedir [52].

Demek oluyor ki gerek Ticaret gerek Borçlar Kanununda iki mefhum ehemmiyetlidir: Mücbir sebep - kaza. Mücbir sebep unsurları kazadan daha dar olduğu cihetle, kanunun mücbir sebepten bahsettiği hallerde kazara vukua gelen zararın bu çerçeve içine girmediği bu kabil hasarların borçlunun uhdesinde kaldığı kabul edilmelidir. Bununla beraber mevzuumuzu ilgilendiren hasar probleminde normal hudut kazadır. Bu bakımdan Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanunu arasında fark bulunmadığı iddia edilebilir. Yalnız istisnai bazı hallerde Ticaret ve Borçlar Kanununda mesuliyet hududu daha ağır takdir edilmiştir [53]. Ancak Ticaret Kanununda

[51] W. Egli, zge., s. 8. Atıf 4 de zikredilmiştir.

[52] Staudinger, zge., madde 323. Bir veya diğer tarafa kabilli isnat olmıyan haller dar mânada kazadır. s. 475. Aynı müellife göre, akit taraflardan birine ait olan edimde sonradan hasıl olan imkânsızlık taraflara kabilli isnat değilse, hûkukî mânada kaza mevcuttur ve kanunun 323 üncü maddesi tatbik edilir. 275 inci madde gereğince edim borcundan kurtulan (imkânsız olan edimin) borçlusu mukabil ivaz üzerindeki hakkı talebini kaybeder.

Staudinger, zge., s. 482, Imkânsızlık akit taraflardan ne alacaklıya ne de borçluya kabilli isnat değilse bu halde edim kazaen imkânsız olmuş olur.

V. Tuhr - Selgwart, zge., s. 561. Kusursuz imkânsızlığa hukuk dilinde kaza mânası verilir.

Oser, zge., s. 848 de bakınız.

[53] B. K. madde 478, T. K. madde 829.

mücbir sebep ile birlikte kullanılan fevkalâde hal terimi kaza ile tev'emr addedildiği takdirde bu istisnaların mühim kısmı da zail olur.

IV. Beyi' de hasar iptidaen mümkün olan akitten sonra husule gelmiş olup doğumunda borçlunun kusuru mevcut ise zararın Borçlar Kanununun 96 ve Ticaret Kanununun 645 inci maddesi gereğince tazmini icap eder. Bu problem mevzuumuzun dışındadır, çünkü kazara doğmuş bir zarar yoktur. Borçlunun kusuru mesuliyetinin sebebidir. Kusurun mahiyetine göre tazminat borcunun hududu tayin olunur. Buna mukabil zarar borçlunun ağır veya hafif bir gûna kusuru olmaksızın doğmuş veya borçluay kabili isnat sair bir hal de yoksa kanunun anladığı mânada bir hasar problemi ile karşı karşıyayız. Zararın doğumunda her iki tarafa isnat edilecek bir kusur veya hal olmadığına göre hasara katlanacak tarafın üzerine alacağı zararın hududunu tayin için başkaca ölçüler aramak lâzımdır. Kanunun bu sahada kabul ettiği ölçünün tahlili cihetine geçmeden zarara uğrayan menfaatleri üç grupta mütalâa edebiliriz: Egli, bunları şöyle tasnif eder [54]:

a) Edim mevzuunun ziyayı, edimin mevcudiyetine bağlı iktisadî kıymetin ziyayı,

b) Edim mevzuuna bağlı hakların ziyayı, mülkiyet hakkı, mürtehinin rehin hakkı,

c) Akit ifa edilseydi alıcının elde edeceği menfaatlerin ziyayı. Bu menfaatler hasar satıcıya ait olsa da ziyaa uğrar. Çünkü edim mevzuunun kazara telef olması neticesinde, alıcının meblin teslimine mütedair talep hakkı sukut eder (B. K. 117) ve borçlu da teslim borcundan kurtulur. Mal teslim edilebilseydi satıcı bunu âhare devretmek suretiyle başkaca menfaatler de sağlayacaktır. İşte hasar satıcıya ait olsa da alıcı bu menfaatlerini kaybeder. Hasar alıcıda ise böyle bir kayıp satıcı için bahis mevzuu değildir. Hasarın alıcıda olması onun semeni edâ ile mükellef bulunması demektir. Satıcının bilûmum menfaatleri semende mündemiç bulunduğundan hiçbir kaybı yoktur.

Gerek Alman gerek İsviçre hukukunda hasar «periculum» tâbiri muhtelif mânalarda kullanıldığı için bazı iphamlara sebebiyet vermiştir [55]. Bizce hasar probleminde hasarın ciheti aidiyeti ile hasarın hududu ve nev'i birbirinden ayrı mütalâa edilmelidir. Ticaret ve Borçlar Kanununun bilhassa Borçlar Kanununun kabule mütemayıl görüldüğü prensibe nazaran hasarın alıcıya veya satıcıya ait olması zararın hududu üzerinde de bir

[54] W. Egli, zge., s. 10.

[55] W. Egli, zge., s. 10 ve 12.

değişiklik yaratır gibi görünmektedir. Lâkin bu zahiri değişikliğin başlıca sebebi ölçülerin hatalı vazedilmesidir. Bu yüzden, umumi bir tariften çekinerek evveleminde hasarın ait olduğu taraflara göre hududunu tayin faydalı olur.

Hasar hakkında muhtelif maddelerde hususi hükümler bulunmakla beraber ana kaideyi Borçlar Kanununun 117 nci maddesi tayin eder. Bu maddeye göre:

«Borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur.

Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikeyen almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur.

Kanun veya akit ile borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır.»

Mezkûr hüküm üç muhtelif kaideyi ihtiva etmektedir:

a) Borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur. İsviçre Borçlar Kanununun almanca metninde «alacak» sakıt olur denmiştir [56]. Fransızca metin türkçede de olduğu gibi borç «obligation» tâbirini kullanır. Bizce «alacak» tâbirinin istimali kanunun kabul ettiği prensibe daha uygundur. İsviçre hukukunda iki taraflı akitlerde taraf borçları arasında bağlılık olup olmadığı oldukça münakaşalıdır. İsviçre Kanunu da muayyen bir nazariyeyi tercih etmiş görünmemektedir. Bilâkis her iki nokta nazarı terviç ettiği iddia olunabilir. Filhakika taraf borçları arasında bağlılığı ifade eden hükümler bulunduğu gibi 117 nci maddenin üçüncü fıkrasından anlaşılacağı veçhile borçlardan birinin sukut etmiş olmasına rağmen diğer akde ait vecibenin muhafaza edildiğine işaret eden miktarca mühim istisnalar da vardır [57]. Hasar hükümlerindeki istisnalar İsviçre hukukunun bu sahada borçlar arasında bağlılığı kabul etmediğine delâlet eder. Almanca metindeki ifade tarzını da gözönünde tutarsak bu telâkkinin bütün hasar hükümlerine şamil bir prensip olduğu müdafaa edilebilir.

[56] Alman Medeni Kanununun 323 üncü maddesi: Bir veya diğer tarafa kabili isnat olımayan haller münasetiyle iki tarafa mükellefiyet tahmil eden bir akitte bir tarafa terettüp eden borç imkânsız olursa, mukabil edim üzerindeki talep hakkı sukut eder.

[57] Oser, zge., s. 359, III. madde 119 (B. K. S1, 117, 2).

b) 2 nci fıkra ikinci prensibi vazeder. Bu esasa göre berî olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere göre aldığını iadeye mecbur ve henüz ödenmemiş olan şeyi istemek hakkından mahrum olur. İade mükellefiyeti *sakit olan akitten* doğmayıp bu fıkroda sureti mahsusada tasrih edildiği veçhile haksız iktisap kaidelerinden neşet eder [58]. Haksız iktisap kaidelerinde «muteber olmıyan sebep» hükmü imkânsızlık müessesesine teşmil edildiği halde [59], kanun vazınının 117 nci maddenin 2 nci fıkrasında haksız iktisaba mütedair kaideleri tekrar etmesi imkânsızlıkta borç münasebetinin muhafaza edildiğine delâlet eder mahiyettedir [60].

c) Üçüncü prensip 117 nci maddenin son fıkrasından çıkmaktadır. Mezkûr hüküm birinci fıkraya bir istisna teşkil ettiğine göre bu hallerde birinci fıkranın mefhumu muhalifinden alacağın sakıt olmadığı neticesine varmamız lâzımdır, yani borcun imkânsız olmasına rağmen alacaklı borcunu yerine getirmekle mükelleftir, ve ifa etmişse iade talebinde bulunamaz.

İmdi bu esaslar dairesinde muhtelif hasar ihtimallerini tetkik edersek şu neticelere varırız:

1. a) Hasar satıcıya ait iken, taraflar borçlarını henüz ifa etmeden, mebi kazara telef olmuşsa birinci fıkradaki kaideye binaen alacak hakkı sukut eder. Demek oluyor ki alıcı semen borcunu ifaya mecbur değildir. Bu vaziyette satıcının zararı yani katlanacağı hasarın hududu iki suretle mütalâa edilebilir. Denilebilir ki satıcının zararı sadece sattığı malın varlığına bağlı iktisadî kıymetten ibarettir [61]. Bu malın objektif değeri ne ise hasarın hududu da odur. Bizce bu ölçü hatalıdır. Hakikati halde satıcının zararı bu kıymetin fevkindedir. Zira borcunu ifa edebilseydi müşteriden semende malına ilâve ettiği kârı da alacaktı. Bu itibarla zararı malın objektif değerinden ibaret olmayıp ediminin imkânsız hale gelmesiyle kaybettiği kâr payından da terekküp eder. Bu zararın tamamını müşahhas bir kıymet ölçüsüyle ifade edersek zararın semenin tutarına muadil olduğunu görürüz. Esasen kanun vazı birinci fıkrada alacak hakkının sukut edeceğine işaret etmekle zararın nevi ve hududunu da tayin etmiş bulunmaktadır.

Hasar satıcıya ait olduğuna göre, müşterinin hiç bir zarara katlanmaması lâzım gelirken onun da aktin ademi ifası sebebiyle muhtemel kâ-

[58] Oser, zge., s. 339, III, 2b.

[59] Oser, zge., s. 253, III, 1.

[60] Oser, zge., s. 263, s. 359, 2, b. Az çok tezada düşmektedir.

[61] W. Egli, zge., s. 10.

rından mahrum kaldığı göze çarpmaktadır. Zira akit ifa edilebilseydi alıcı bu malı âhara satmak suretiyle de bir menfaat temin edecekti. Kusurlu ifa imkânsızlığında ise bu kârın tazminini talebe cevaz vardır (T. K. 645, B. K. 96).

b) Alıcının borcunu ifa ettiği hallerde de vaziyet aynıdır. Semen borcu ifa edilmişse, satıcı 117 nci maddenin 2 nci fıkrasına tevfikan almış olduğu parayı iadeye mecburdur. Satıcının katlanacağı zararın semen tutarından ibaret olduğu bu şıkta daha açık tebarüz etmektedir. Müşterinin zararı burada da (a) daki gibi mahrum kalacağı muhtemel menfaatten ibarettir.

c) Satıcının borcunu ifa etmiş olduğu hallerde de durumda bir değişiklik olmayacaktır. Meselâ şarta muallâk bir bey' akti yapıp mal teslim edilmiş ve şart tahakkuk etmeden kazara telef olmuşsa hasar Borçlar Kanununun 183 üncü maddesinin son fıkrasına tevfikan satıcıya aittir. Bu halde de satıcı semeni almışsa iadeye mecburdur, henüz almamışsa istemek hakkından mahrum olur. Müşterinin zararı yine mahrum kalacağı muhtemel menfaatten tereküp eder.

2. a) Hasar borcun ifasından evvel alıcıya intikal etmiş ve mebi kazara telef olmuşsa, Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki hüküm delâletiyle birinci fıkradaki kaidenin mefhumu muhalifinden çıkan esasa göre borcun ifası imkânsız olduğu halde satıcının semen alacağı bakidir. Buna mukabil alıcı imkânsız olan borcun ifasını istemek hakkından mahrumdur. Bu şıkta hasar alıcıya ait olduğundan satıcının bir zararı yoktur. Mebi teslim edilebilmiş olsun olmasın talep hakkı daima semen tutarından ibarettir. Semen tutarı ise satıcının akitle elde edeceği menfaatlerin heyeti umumiyesini camidir. Alıcının zararı evvelemirde edâ ile mükellef olduğu ve edâ etmişse istirdat hakkından mahrum kaldığı semenden tereküp eder. Lâkin burada da alıcının munzam bir zararı mevcuttur. Bu zarar diğer bütün şıklarda olduğu gibi aktin ifa edilememesinden mütevellit mahrumiyeti kârdır.

b) Alıcı semen borcunu ifa etmişse iade talebinde bulunamaz. Bu halde de zararı semen tutarı ile mahrum kaldığı menfaatten tereküp eder.

Muhtelif şıklar gözden geçirildiği takdirde hasar ister satıcıya ister alıcıya ait olsun müşterinin herhalde munzam bir zarara maruz kaldığı müşahede edilir. Bazı müelliflerce hasar satıcıya ait iken, zararının hakikatte malın objektif değerinden ibaret olduğu, hasarın alıcıya ait olduğu yerlerde ise müşteri, semen tutarının tamamını edâya mecbur olmakla,

satıcının kâr payını da ödediği, bu bakımdan kanunun âdil olmadığı ileri sürülmektedir. Bilhassa müşteri hususî bazı sebeplere binaen meselâ merak saiki ile malın hakikî kıymetinden çok yüksek bir fiyat vermişse, satıcıya nispetle zararının çok daha ağır olduğu inkâr edilemez. Zira normal şartlar altında satıcının temin edebileceği menfaat muayyendir. Buna mukabil alıcı yüksek fiyatı ancak malın teslimi halinde ödemek istemiştir. Filhakika hasar durumu bu zaviyeden tetkik edildiği takdirde zararın tarzı taksiminde adaletsizlik olduğu zehabı doğabilir. Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin esas gayesi bilâkusur doğan zararın neticelerini tahfif olduğuna göre müşteri de ancak objektif ve fiilî zararı telâfiye mecbur tutulmalı idi [62].

Yukarıda verilen izahattan anlaşılacağı veçhile satıcının zararı malın objektif değerinden ibaret olmayıp mahrum kaldığı semen alacağından terkküp eder. Satıcı borcunu ifa edebilmiş olsaydı semenin tamamına istihkak kesbedeceğine göre mebiin kazara telef olmasından mâmelekinde semen tutarı nispetinde bir azalma hasil olmuştur. Ziyaa uğrıyan menfaat yalnız malın mevcudiyetine bağlı iktisadî kıymetten ibaret değildir. Eğli, hasar hududunu tayinde satıcı tarafında malın objektif değerini, alıcı tarafında ise sukut etmiyen semen borcunu mesnet ittihaz etmiştir. Halbuki sakıt olan veya olmıyan talep haklarını mesnet ittihaz edersek zararın müsavi olduğunu görürüz. Hasar satıcıda ise semeni talep hakkı yoktur. Binaenaleyh zararı bu talebin muhtevasından yani semen tutarından ibarettir. Hasar alıcıda ise zararı sakıt olmıyan semen borcundan diğer bir söyleyişle satıcının semeni talep hakkından ibarettir. Görülüyor ki ölçü tek olduğu takdirde zarar nispetleri de birbirine muadildir. Yalnız kusursuz doğan bir zararda hasarın mümkün mertebe azaltılması müdafaa edilebilir. Lâkin bu neticeyi elde etmek için ölçüyü değiştirmek icap eder. Her iki taraf için objektif zararı mesnet ittihaz edebildiğimiz takdirde müşteri de yalnız bu zararla mülzem tutulabilir. Ancak bu sonuca varmak için, hasarın taksiminde, kanunun kabul ettiği teknik esasları değiştirmek lâzımdır. Borçlar Kanununun 117 nci maddesi halihazır şekli ile geniş bir tefsire müsait değildir.

V. Bu izahattan anlaşılacağı veçhile hasar mefhumunun doğru olarak tespiti için hukukî neticeleri üzerinde durmak lâzımdır. Hakikati halde hasar imkânsızlıkla yakından ilgilidir [63]. Binaenaleyh tarifimize

[62] W. Eğli, zge., s. 16-17.

[63] Wächter, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen. Archiv f. ziv. Praxis Bd. 15 (1832). W. Eğli'de zikredilmiştir. s. 13, 14. Atıflara da bakınız.

mesnet Borçlar Kanununun 117 nci maddesi olmak gerekir. Bundan başka zararın nev'i de tarife müessir değildir. Yukarıda tebarüz ettirildiği gibi gerek satıcı gerek alıcının zararları arasında muadelet vardır. Satıcının zararı malın mevcudiyetine bağlı iktisadî kıymet olmayıp alacak hakkının sukutu neticesinde mâmelekinde hasıl olan azalmadır. Mahrum kaldığı muhtemel menfaat müstesna alıcının da zararı semen tutarından ibarettir. Satıcı alacak hakkının sukutu neticesinde semen talebini kaybetmiş yani semen tutarında bir zarara maruz kalmış, alıcı da mukabilinde bir ivaz almaksızın semeni ödemeğe mecbur tutulmakla semen tutarında bir zarar görmüştür.

Borçlar Kanununun 117 nci maddesi daha ziyade iki tarafa borç yükleyen akitleri istihdaf eder. Bu kabil akitlerde imkânsızlığın daha doğrusu akitten sonra tarafların kusuru olmaksızın doğan tam hasarın [64] hukukî neticelerini tayin edebilmek için muhtelif borç münasebetleri üzerinde icra ettiği tesirler tetkik edilmelidir. İki tarafa borç yükliyen akitlerde dört muhtelif alacak - borç münasebeti tasavvur edilebilir. Misal olarak bey' aktini ele alalım: 1) Satıcının semeni talep hakkı, 2) Alıcının semeni edâ borcu. 3) Alıcının mebiin teslimini talep hakkı. 4) Satıcının mebi teslim borcu. İmdi bu münasebetlerde hasar sebebiyle satıcının mebi teslim borcu imkânsız olmuştur. İfasi maddeten veya hukuken imkânsız olan bir borç hukukî netice bakımından da imkânsızdır. Bu itibarla dörtlü münasebetin bu kısmı üzerinde durmağa mahal yoktur. Zira tahlimimizin hedefi bu kısımda hasıl olan imkânsızlığın diğer münasebetler üzerinde icra edeceği tesirleri araştırmaktır.

Geriye kalan üç münasebet üzerine tam hasarın yani akitten sonra doğan imkânsızlığın yarattığı hukukî neticelere gelince, Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin 1 inci fıkrasına göre «borcun ifası mümkün ol-

[64] (Zarar tam olabileceği gibi, kısmi de olabilir (Kısmi imkânsızlık hakkında, P. Oertmann, zge., s. 143, 4., Becker, zge., s. 109, 15. tetkik ediniz). Kısmi zararlar hasar alıcıya intikal ettikten sonra husule gelmişse, hukukî durumda bir değişiklik yoktur. Müşteri semen borcunun tamamını edâ ile mükelleftir. Hasar satıcıda ise vaziyet o kadar açık değildir. Bu halde kısmi zarar neticesinde borcun tamamının imkânsız olup olmadığı araştırılmalıdır. Bununla beraber borçlu kısmen ifası mümkün olan edimi edâ ile mükelleftir. Bey' aktinde hasarın alıcıya intikalinden önce doğan kısmi zararlar ayıp ahkâmına tâbi tutulmuştur. Hakikati halde burada da bir tefrik yapılmak gerekir. Ayıp aktin inikadında maldaki mevcut olan bir kusurdur. Hasar ise, aktin inikadından sonra satıcının kusuru olmaksızın husule gelen bir zarardır. Binaenaleyh satıcının mesuliyeti de bu esaslar dairesinde mütalâa edilmek icap ederdi. Oser, zge., s. 266, 316, 359. 4., 487. III, 509, 2. b.).

mazsa, alacak sakıt olur» [65]. Mezkûr hükmü misalimize tatbik ettiğimiz takdirde, hukukî neticenin *semeni talep hakkının sukutu* şeklinde tecelli ettiği görülür. Yukarıda da temas edildiği gibi Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin 1 inci ve 2 nci fıkraları hasarın borçluda bulunduğu hali tanzim ederler.

Demek oluyor ki hasar borçlu yani satıcıda ise, hukukî netice, borçlu yani satıcının haiz olduğu *talep hakkının sukutudur*.

Hasar, alıcıya intikal etmişse, aynı maddenin son fıkrası delâletiyle 1 inci fıkranın mefhumu muhalifinden zâhir olan kaideye binaen borçlunun alacak hakkı sakıt olmaz. Misalimize göre *satıcının* semeni talep hakkı sukut etmez. Diğer bir söyleyişle, borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün değilse alacak hakkı bakidir. Buna mukabil alıcı mebiin teslimini talep edemez. Dörtlü münasebetin bu kısmına tekabül eden borcun ifası imkânsız olduğundan imkânsız olan borca karşılık teşkil eden alacağın istifasına hukuken imkân yoktur. Demek oluyor ki bu vaziyette *alıcının mebiin teslimini talep hakkı sukut etmiş* sayılır.

O halde hasar alacaklıda yani alıcıda ise, hukukî netice, alacaklı yani alıcının haiz olduğu *talep hakkının sukutudur*.

Bu neticelere göre, hasarı, akitler arasındaki borç münasebetlerinde, ait olduğu tarafın talep hakkının sukutunu mucip imkânsızlık şeklinde tarif edebiliriz.

Halil Arslanlı

[65] Türk Borçlar Kanununda borç sakıt olur denmişse de, almancada alacak sakıt olur kelimeleri mevcuttur. Bu tarzı ifadenin kanunun kabul ettiği prensibe daha uygun düştüğünü yukarıda izah ettik. 56 sayılı atfa da bakınız: Alman Kanunu bu vaziyeti çok daha iyi ifade etmiştir.