

TİCARİ SATIM, TALİKİ ŞART, KUSURSUZ İMKÂNSIZLIK VE BİR HUKUK GENEL KURULU KARARI

Mehmet AYAN (*)

§ 1. GİRİŞ

I — OLAY

Toprak Mahsulleri Ofisi (TMO), Bunge S.A. ile 50.000 tonluk buğday alım -satımı konusunda, 10.11.1974 tarihinde bir sözleşme yapmıştır. Bu sözleşmenin 8 nci maddesi gereğince yükleme 1 - 30 Haziran 1975 tarihleri arasında gerçekleştirilecek; 5 nci maddesine göre de ödeme, satıcı lehine ilk yüklemenin başlangıç tarihinden 15 gün öncesine kadar açtırılacak (gayrıkabili rücu, teyitli ve kısmi yüklemeye müsait, kabili devir) akreditifle, sözleşmede belirtilmiş belgelerin ibrazında yapılacaktır.

TMO, Maliye Bakanlığının «satın alınan kadar buğdaya ihtiyaç olmadığı ve sözleşmedeki fiyatın çok pahalı bulunduğu» gerekçeleriyle döviz tahsis etmemesi yüzünden, yüklemeden önce akreditif açtırma (semeni ödeme) borcunu yerine getirememiştir. Bunun üzerine Bunge S.A., 13.6.1975 tarihinde, semeni ödemede temerrüdü nedeniyle tazminat istediğini belirterek yazı ile TMO'ne başvurmuş, daha sonra da Ankara Üçüncü Asliye Ticaret Mahkemesinde dâva açmıştır.

I — DEĞERLENDİRMEDE İZLENECEK USUL

Hukuk Genel Kurulu'nun kararı değerlendirilirken, önce olaydaki hukuki ilişki belirlenip kısaca hükümlerine işaret edilecek ve olayla bağlantısı kurulacaktır. Daha sonra, yine olayla bağlantılı olarak davacının iddiası ve davalının savunması ele alınacak, en sonra da olayın hukuki çözümü (değerlendirmesi) yapılacaktır.

(*) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

§ 2. OLAYDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

I — TİCARİ SATIM

A) KAVRAM

Ticari satım, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte olan 865 sayılı Eski Ticaret Kanunu (ETK) tarafından özel olarak düzenlenmişti (ETK. m. 685 - 721). Dolayısıyla o dönemde, «ticari satım»a öncelikle Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanununun ticari hükümleri uygulanıyor, Borçlar Kanununun ticari olmayan hükümlerine ise tamamlayıcı olarak başvuruluyordu (1).

Ancak, her ne kadar Eski Ticaret Kanunu zamanında ticari satım özel olarak düzenlenmişse de, bir satımın «ticari satım» sayılması için gerekli unsurların (şartların) neler olduğu açık bir şekilde gösterilmemişti. Hangi satımın ticari satım olarak nitelenmesi gerektiği belirlenirken Eski Ticaret Kanununun genel hükümlerinden hareket ediliyordu (2). Buna göre de, aşağıdaki kıstaslardan (ölçütlerden) birine giren satım «ticari satım» sayılırdı :

— Satım akdinin konusunun Eski Ticaret Kanununun 20 (3) ve 21 nci (4) maddelerinde sayılan ticari işlemlerden kaynaklanması.

Buna göre, satım akdinin konusu 20 ve 21 nci maddede sayılan ticari işlemlerden kaynaklanıyorsa, satış, tarafların sıfatı ne olursa olsun ticaridir. Ancak, 21 nci maddede sayılan işlemler (akitler) tarafların sıfatına ve niyetlerine bakılmaksızın kesin bir şekilde ticari sayıldıkları

(1) Bu konuda bk., Arslanlı, Halil, Ticari Bey', 4. Bası, İstanbul 1955, s. 5.

(2) Arslanlı, 7.

(3) ETK. m. 20:

«1 — Her nevi emvali menkule itası taahhüdatı ve alefümüm imalât ve inşaat tekabül ve iltizamı;

2 — Fabrikacılık, tezgâhçılık, matbaacılık, fotoğrafçılık, litoğrafçılık, naşirlik, gazetecilik, ilâncılık ve kitapçılık;

3 — Tiyatro, sinema ve sair temeşagâh ve otel ve han ve lokanta gibi umumi mahaller ve iş idarehaneleri ve müzayedede mahalleri küşadı;

4 — Karada, nehir ve göllerde ve havada yolcu ve hayvanat ve eşya nakliyatı;

5 — Su ve gaz ve elektrik tevzii ve telefon ile muhaberât tesisi muamelâtı ticariyedendir.»

(4) ETK. m. 21 : «Zirde tatad olunan muamelât sureti mutlakada yani akidin niyet ve sıfatı nazarı itibara alınmıyarak ticaridirler:

1 — Komisyonculuk;

2 — Tellâhlik;

halde, 20 nci maddede sayılan durumlarda satımın ticari olmadığı (adi olduğu) iddia ve ispat edilebilir. İspat yükü, satımın ticari olmadığını iddia edene aittir (5).

— **Satımın, «mübadele niyetiyle» yapılmış bir taşınır mal alım - satımı olması.**

Burada akit, tarafların niyetinden (düşüncesinden) hareketle ticari sayılmaktadır. Eski Ticaret Kanununun 15 (6) ve 18 nci (7) maddelerine göre, «mübadele niyetiyle» yapılan taşınır mal (8) alım - satımlarının ticari olması asıldır. Ancak, bu kesin bir kanuni karine olmadığı için aksi iddia ve ispat edilebilir. İspat yükü, karinenin aksini iddia edene düşer (9).

Mübadele niyeti, akdin kuruluşu anında mevcut olmalıdır. Mübade-

- 3 — Poliça ve emre ve hâmiline muharrer senetlerle çekler;
 - 4 — Kambiyo muamelâtı;
 - 5 — Hususî ve umumî bankalar muamelâtı;
 - 6 — Hesabî carî mukavelât ve muamelâtı;
 - 7 — Umumî mağazalara ve bunlara mevdu emval mukabilinde verilen makbuz ve rehin senedatına mütedair muamelât;
 - 8 — Ticaret şirketleri teşkilî ve ticaret şirketlerine ait esham ve hisse menafî beyi ve şırası;
 - 9 — Merakibi bahriye beyi ve şırası ve icar ve isticarı ve inşa ve tamiri;
 - 10 — Merakibi bahriyenin teçhizine mahsus alelümüm levazımat ile mekûlat ve meşrubat ve mahrukat beyi ve şırası;
 - 11 — Seyrisefaine, bahren ve tahtelbahir her nevi nakliyat ve sevkiyat ve seyahate ve alelülak ticareti bahriyeye müteallik muamelât;
 - 12 — Merakibi bahriye hizmetinde müstahdem kaptan ve çarkçı ve taife ve kılavuz ve sair eşhasın maaşat ve ücretatına ve eşhası mezkûrenin sefaini ticariyedeki hidematına müteallik her nevi ukut ve mukavelât;
 - 13 — İkrâz ve istikrazı bahri;
 - 14 — Berrî ve bahri her nevi muhatarata karşı gerek ücretli gerek müteakabil her nevi sigortalara ve hayat sigortaları.»
- (5) Arslanlı, 9.
- (6) ETK. m. 15: «Tacir olan ve olmıyan eşhasın emvali menkuleyi âhare beyi ve icar niyetile iştira etmeleri ve bu niyetle iştira edilen emvali menkuleyi halile veya şekli âhare kalbettikten sonra beyi veya icar eylemeleri muamelâtı ticariyeden maduttur. İştiranın beyiden ve icardan mukaddem veya muahhar olması müsavidir.»
- (7) ETK. m. 18: «Tacir olan ve olmayan eşhasın âhare beyi veya ferağ ederek temini temettü kastile emvali gayrimenkule iştira veya teferruğ ettikleri emvali gayrimenkuleyi beyi veya ferağ eylemeleri muamelâtı ticariyeden maduttur.»
- (8) Eski Ticaret Kanunu zamanında, ticari satıma ilişkin hükümlerin taşınmazlara uygulanamayacağı kabul edilmekteydi (bk., Arslanlı, 8).
- (9) Arslanlı, 8.

le niyetine dayanmaksızın satın alınan bir malın daha sonra başkasına devri (satılması), işlemi ticari hale getirmez (10).

— **Taraflardan en az birinin tacir (tüccar) olması.**

Eski Ticaret Kanununun 22 nci maddesine göre (11), bir tacirin borçlarının ticari olması esastır. 23 ncü maddesine göre ise (12), taraflardan birisi için ticari olan sözleşmeye Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır. Dolayısıyla, satım akdinin tarafları tacir sıfatına sahip buldukları takdirde, satım sözleşmesi de kural olarak ticari sayılır. Ancak, taraflardan sadece biri tacir ise, sözleşmenin ticari olmadığı iddia ve ispat edilebilir (13).

— **Satım akdinin, Eski Ticaret Kanununun 15 vd. maddelerinde sayılmış olan ticari işlemlerden (muamelelerden) birine bağlı olması veya onun icrasını teşkil etmesi (ETK. m. 25) (14).**

— **Satım akdinin bir ticari işletme faaliyetinden kaynaklanması.**

Satım akdi bir ticari işletme faaliyetinden kaynaklanıyorsa, yine ticari satım sayılacak ve Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi tutulacaktır (15).

Eski Ticaret Kanununun ticari satım'ı düzenleyen hükümleri (ETK. m. 685 - 721) 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa alınmamıştır. Ancak, özellikle uygulanacak bazı hükümler (meselâ, TK. m. 25; BK. m. 187, 212)

(10) Arslanlı, 8, 22 - 23.

(11) ETK. m. 22: «Bir tacirin akit ve borçlarında sıfatı asliye ticarettir. Binaenaleyh bir tacirin muamelâtı adiyeye taallûku sabit olmayan akit ve borçları muamelâtı ticariyeden maduttur.»

(12) ETK. m. 23: «Bir akit tarafeynden yalnız biri için ticari olsa dahi hilâfına kanunda sarahat olmadıkça bircümle âkitlerin akti mezburdan mütevellit borçları hakkında Kanunu Ticaret ahkâmı tatbik olunur.»

(13) Arslanlı, 8 - 9.

(14) ETK. m. 25: «Bu fasılda (m. 15 vd.) tadat olunan muamelâta mürtebit olan veya bunların icrasını teşkil eden bircümle muamelât dahi muamelâtı ticariyeden maduttur.»

(15) ETK. m. 19: «Bir sahibi arzın veya çiftçinin mahsulâtını ve bir maden sahibinin çıkarılmış cevherleri beyi etmeleri umuru adiyedendir. Bir çiftçinin sanatı ziraiyesine tebaaen bir tezgâhta mahsulâtı arziyesinin şeklini tebdil etmesi ve bir san'atkârın gerek bizzat, gerek ameile istihdam veya makine istimal ederek asarı sanatını vücude getirmesi ve bu asarı bey etmesi ve bir müellifin eserini tab, neşir ve beyeylemesi keza lik umuru adiyedendir. Şu kadar ki bir kimse mahsulâtı arziyesini veya çıkarılmış cevherleri şekli âhare ifrag veya beyi için sınai ve ticari bir müessesese şekil ve ehemmiyetini haiz daimi bir müessesese küşat etmiş ise bu müesseseseye ait muamelât, muamelâtı ticariyededir.»

açısından, bugün de adı-ticari satım ayırımı önem taşımaktadır (16). Fakat, Eski Ticaret Kanunu zamanında olduğu gibi, 6762 sayılı yeni Ticaret Kanununda da ticari satımı adi satımdan ayırdetmeye yarayacak unsurları gösteren özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda, yani «Hangi satım ticari satımdır?» sorusuna cevap ararken, «ticari iş»i belirleyen düzenlemelerden hareket edilmesi isabetli olacaktır (17). Zira, ticari iş olarak nitelendirilecek işlem ve eylemlere ilk olarak Ticaret Kanunu ve öteki kanunların ticari hükümleri uygulanır. Başka bir söyleyişle, Ticaret Kanununun uygulama alanının sınırları «ticari iş» kavramına göre belirlenir (18).

Bir işin «ticari iş» olup olmadığını belirlemede göz önünde tutulacak ölçü ise, Ticaret Kanununun 3 ncü maddesinde düzenlenmiştir. Ancak, söz konusu düzenlemenin Ticaret Kanununun 21 nci maddesinde yer alan «ticari iş karinesi» ile tamamlanması gereklidir (19).

Şu halde, bir satım sözleşmesinin «ticari iş» olarak nitelenmesi, onun «ticari satım» vasfını kazanması açısından yeterlidir. Dolayısıyla günümüzde bir satımın ticari olup olmadığı, Ticaret Kanununun 3 ve 21 nci maddelerinde ticari iş için öngörülmüş bulunan üç ayrı kıstasa (ölçüte) göre belirlenebilir :

— Satımın Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş olması.

Ticaret Kanununun 3 ncü maddesine göre, Ticaret Kanununda düzenlenmiş olan hususlar ticari iş sayılır. Bu nedenle, Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş bulunan satım sözleşmeleri, başkaca bir kıstas aramaya gerek olmaksızın (20) ticari satım sayılırlar ve ticari satıma has hükümlere tabi olurlar.

Bunlara örnek olarak «boşaltma yerinde teslim şartı ile satış» (TK. m. 1133 - 1137), FOB satış (TK. m. 1138) ve CIF satış (TK. m. 1139 - 1158) gibi denizaşırı satışlar gösterilebilir (21).

(16) Edis, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 37.

(17) Kalpsüz, Turgut, Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara 1960, s. 1.

(18) İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 5. Bası, İstanbul 1979, s. 17.

(19) İmregün, 17 - 18.

(20) Kalpsüz, bunlar için «doğrudan doğruya ticari olan satışlar» ifadesini kullanmaktadır (bk., Kalpsüz, 1).

(21) Karayalçın bunları «muayyen ticari satışlar» şeklinde isimlendirmektedir. Gerçekten, Karayalçın'a göre ticari satışın iki türü vardır: 1) Muayyen ticari satışlar: Bunlar Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş bulunan boşaltma yerinde teslim şartı ile satış (TK. m. 1133 - 1137), FOB satış (TK. m. 1138) ve CIF satış (TK. m. 1139 - 1158) gibi denizaşırı satış-

— Satımın bir ticari işletmeyle ilgili olması.

Ticaret Kanununun 3 ncü maddesine göre, «... bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir.»

Şu halde, bir ticari işletmeye (22) ilişkin satış sözleşmesi de ticari satım'dır ve ticari satıma ilişkin hükümlere tabi olur (23).

— Satım sözleşmesinin taraflarından en az birinin tacir olması.

Ticaret Kanununun 11 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine, göre, «Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır.» Tüzel kişi tacirler açısından bu karine kesindir. Gerçek kişi tacirlerde ise bu karinenin aksi iddia ve ispat edilebilir (24). Gerçekten, yine Ticaret Kanununun 21 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, «...hakkı şahıs olan bir tacir, muameleyi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele, fiil veya işin ticari sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç adı sayılır.»

İşte, taraflarından en az birini bir tacirin oluşturduğu satım akdi (sözleşmesi), o tacir açısından (25) ticari sayılacağı için (TK. m. 21/1) (26), ticari satım olarak nitelendirilecek ve ticari satıma ilişkin hükümlere tabi

lardır. 2) Mevsuf ticari satış (ve trampa): Bir satışın mevsuf ticari satış sayılabilmesi için, «a) ticari sayılması yani bir ticari işletmeyle ilgili olması, b) bu satış akdinin tacirler arasında yapılmış bulunması lâzımdır (TK. 25)» (bk., Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 544). Aynı yönde yapılmış açıklamalar için bk., Özdemir, Necdet, Türk Ticaret Hukuku, Ankara 1971, s. 71; Önen, Turgut, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975, s. 5; Edis, 37. Kanaatimce, Karayalçın'ın, Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş bulunanlar dışındaki bir satış sözleşmesinin ticari satım sayılabilmesi için sözleşmenin her iki tarafının da tacir olmasını şart koşması (araması) isabetli değildir. Ticari satımın bulunup bulunmadığı belirlenirken «ticari iş»e ilişkin kıstaslar yeterli olmalı, ancak Kanunun açıkça belirttiği hallerde (meselâ, TK. m. 4, 20/III, 25, 82/II) her iki tarafın da tacir olması aranmalıdır.

(22) Maddede sözü edilen «ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müessese»den kasıt «ticari işletme»dir. Ticari işletme kavramı konusunda bk., Poroy, Reha, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1983, s. 27 vd..

(23) Kalpsüz, 2.

(24) İmregün, 18.

(25) Kalpsüz, 2.

(26) Zira, burada söz konusu olan para borcu olmayıp edim borcudur (bk., Poroy, 61).

tutulacaktır (27). Zira, «... Taraflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır» (TK. m. 21/II) (28).

Yukarıda yer alan açıklamalarımızdan sonra diyebiliriz ki, bir satım akdinin (sözleşmesinin) ticari satım olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu üç ayrı kıstasdan birine dahil olması yeterlidir. Başka bir söyleyişle, Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş bulunan veya bir ticari işletmeye ilişkin olan ya da taraflarından en az birini bir tacirin oluşturduğu satım sözleşmesi «ticari satım»dır.

Bu nedenle, ticari satım kavramı belirlenirken, yukarıdaki üç kıstas yanında ayrıca, Eski Ticaret Kanunu zamanında olduğu gibi «tarafların niyetinden (düşüncesinden)» hareketle sonuca ulaşmaya gerek yoktur. Bu konuda Ticaret Kanununun 12 nci maddesinin birinci bendi örnek gösterilmektedir. Söz konusu bende göre, «Menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere tedariki ve bunların aynen veya başka bir şekle sokularak satılması yahut kiraya verilmesi» amacıyla kurulan müesseseler ticari işletme (ticarethane) sayılır. Ancak, Ticaret Kanununun 12 nci maddesinin birinci bendi, bu haliyle tarafların niyetinden hareket eden sübjektif ölçüye değil, «satımın bir ticari işletmeyle ilgili olması» kıstasına (ölçütüne) dayanak teşkil edebilir (29).

(27) Şüphesiz, yukarıda 21 sayılı dipnotunda da belirttiğimiz gibi, iki tarafın da tacir olmasını şart koşan hükümler (meselâ, TK. m. 4, 20/III, 25) saklıdır. Bunların uygulanabilmesi için satımın ticariliği tek başına yeterli olmayacak, ayrıca tarafların tacir sıfatına sahip bulunmaları da aranacaktır.

(28) Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, İstanbul 1977, s. 106; Kalpsüz, 2. 15. HD. 4.3.1980, E. 1980/338, K. 1980/537, «... taraflar arasındaki uyumsuzluk, istisna sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. TTK.nun 12/3 maddesine göre her çeşit imal ve inşaa işleri ile uğraşan müesseseler ticarethane sayılmaktadır. Yine aynı Yasanın 21. maddesinin son fıkrasına göre ise, taraflardan biri için ticari iş mahiyetinde olan mukavelelerin, diğeri için de ticari iş niteliğinde olacağı belirtilmiştir. Anılan Yasanın 9/son maddesi uyarınca da, ticari işlerde temerrüt faizinin %10 olacağı açıkça kabul edilmiştir.» (YKD, C. 7, S. 5, 1981, s. 619 - 620).

(29) Ancak, Eski Ticaret Kanunu zamanında yapılan açıklamaların etkisiyle olacak, ticari satımın belirlenmesinde tarafların amacını (mübadele niyetini) göz önünde tutan yazarlar mevcuttur (bk., Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 50; Önen, 5).

B) UNSURLARI

Gerek Ticaret Kanununda gerekse Borçlar Kanununda «ticari satım»ı özel olarak tanımlayan bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla, ticari satımın unsurlarını belirlerken de, Eski Ticaret Kanunu zamanında olduğu gibi (30), Borçlar Kanununun genel (adi) satım akdini (sözleşmesini) düzenleyen hükümlerinden hareket etmek gerekecektir.

Borçlar Kanununun 182 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, «Satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder.»

Bu tanımdan hareketle, geçerli bir ticari satım sözleşmesinin ortaya çıkabilmesi (doğabilmesi) için, yukarıda açıkladığımız ayırıcı kıstaslar dışında, üç unsura ihtiyaç bulunduğu söylenebilir: 1) Satımın konusu mal, 2) semen (satış bedeli - parası) ve 3) malın ve semenin karşılıklı olarak değiştirilmesine yönelik anlaşma (31).

1 — Satımın Konusu Mal

Genel (adi) satım sözleşmesinde olduğu gibi, ticari satım sözleşmesinin birinci unsuru «mal»dır.

Borçlar Kanununun 182 nci maddesinin birinci fıkrasında geçen «mal» sözcüğü, ilk bakışta, sadece maddi - cismani varlığı olan şeylerin satıma konu teşkil edeceği sonucunu yaratabilir. Ancak öğretide, sadece özel mülkiyet konusu olmaya elverişli taşınır ve taşınmaz eşyaların değil, parasal değere sahip hakların da satım akdine konu teşkil edileceği, yani Borçlar Kanununun 182 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan «mal» sözcüğünün geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir (32).

Bu açıdan, kural olarak, adi satımla ticari satım arasında fark yoktur. Eski Ticaret Kanunu zamanında ise, ticari satımı düzenleyen hükümlerin sürekli olarak «teslim»den söz etmelerinden hareketle, ticari sa-

(30) Eski Ticaret Kanunu zamanında da ticari satım sözleşmesinin tanımı ve unsurları belirlenirken Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulmakta idi (bk., Arslanlı, 11 vd.).

(31) Bu üç unsur, geçerli bir satım sözleşmesinin ortaya çıkabilmesi için varlığı zorunlu (temel) unsurlardır. Söz konusu unsurlardan biri eksik olursa, satım sözleşmesi ortaya çıkmaz (bk., Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, Ankara 1984, s. 21).

(32) Bilge, 26 - 27; Tunçomağ, II, 45 vd.; Zevkliler, 21; Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 3. Bası, Ankara 1984, s. 76 - 77.

tıma ilişkin hükümlerin sadece taşınır satımına uygulanabileceği, buna karşılık taşınmaz satımlarında uygulanmayacağı kabul ediliyordu (33). Eski Ticaret Kanununun ticari satımı düzenleyen hükümleri bugün yürürlükte olmadığına göre, artık taşınmaz mallar da ticari satıma konu teşkil edebileceklerdir.

Ticari satımın konusunu misli veya gayrimisli bir eşya oluşturabileceği gibi, ferden veya nev'en (çeşidiyle) belirlenmiş eşyalar da oluşturabilir (34).

Satımın konusunu oluşturan malın, sözleşmenin kurulduğu (in'ikad ettiği) anda mevcut olması zorunlu değildir (35). Aynı şekilde, sözleşmenin kuruluşu anında satıcının malvarlığında yer almayan bir mal da satıma konu oluşturabilir (36).

Ticari satımın konusu, münferit eşyalar yanında, pul koleksiyonu gibi fiili bir eşya topluluğundan ibaret de olabilir (37).

2 — Semen (Satış Bedeli - Parası)

Satım sözleşmesinin ikinci ayırdedici (temel) unsuru semen (satış bedeli)'dir. Bir satım sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için, mal ile paranın değişimi söz konusu olmalıdır (38). Mal ile para değişimi değil de diğer bir malın değişimi söz konusu ise, artık satım değil trampa sözleşmesi var demektir (39).

Taraflar semeni (satış bedelini), Borçlar Kanununun 19 ve 21 nci

(33) Arslanlı, 22 - 23.

(34) Arslanlı, 26 - 27; Tunçomağ, II, 45; Zevkliler, 22; Tandoğan, I/1, 80; Doğanay, İsmail, Ticari Menkul Mal Alım - Satım Akdinin Unsurları ve Alıcının Mal Bedelini Ödeme Borcu, Batider, C. 5, 1969, s. 197.

(35) Arslanlı, 24; Tunçomağ, II, 45; Zevkliler, 22; Tandoğan I/1, 77; Doğanay, 197. Bu durum, Eski Ticaret Kanununun 688 nci maddesinde, «Zamanı akitte mevcut olmayıp vakti teslimde tedarik ve ihzarı kabil olan emvali ticariyenin beyi sahihtir» şeklinde ifade edilmiştir.

(36) Arslanlı, 24; Tunçomağ, II, 47; Bilge, 26; Zevkliler, 22; Tandoğan, I/1, 78; Doğanay, 197. ETK. m. 686: «Bayi gayrin malını satmış ise müşteri mebia malik olmaz. Fakat bayi mebi temellük ederek müşteriye teslim mecburdur. Bayi bu malı temellük etmediği veya buna muktedir olmadığı takdirde müşteriye zarar ve ziyana itasına mecburdur.»

(37) Arslanlı, 25; Doğanay, 197.

(38) Tunçomağ, II, 48; Doğanay, 197. ETK. m. 699: «Semenin nakit olması şarttır. Semen olarak nakit ile beraber diğer bir şeyin ifası da meşrut olduğu surette o şeyin kıymeti naktin kıymetine müsavi veya ondan ziyade ise muamelei vâkie hakkında bey'i ticari ahkâmı cari olmaz.»

(39) Arslanlı, 18; Zevkliler, 23.

maddesinin çizdiği sınırlar içinde serbestçe belirleyebilirler (40). Ama bu, yani sözleşmenin kuruluşu anında semenin belirlenmiş olması, zorunlu değildir; sonradan belirlenebilir olması kaydıyla sözleşme kurulmuş sayılır (BK. m. 182/III) (41). Böyle bir durumda, satış bedelini tesbit yetkisi taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakılmış olabilir. Üçüncü kişiye bırakılmışsa, o, bu yetkisini hakkaniyet esasları çerçevesinde kullanmak zorundadır (42).

Cari fiyatı bulunan mallar açısından ise, Borçlar Kanununun 209 ncu maddesi bir karine öngörmüştür. Buna göre, «Alıcı kat'î sipariş yapmış, fakat semeni tayin etmemiş ise satım siparişin yapıldığı gün ve mahalde cari fiyat üzerinden yapılmış sayılır» (43).

3 — Anlaşma

Satım sözleşmesi, alıcı ile satıcının satım konusu şeyle semenin (satış bedelinin) değişimi konusunda anlaşmalarıyla birlikte (44) kurulmuş olur (45). Bu durum, satımın rızai bir sözleşme olmasının normal sonucudur.

Değişime ilişkin anlaşma, taşınır malları konu alan satım sözleşmelerinde herhangi bir şekilde tâbi değildir. Buna karşılık, taşınmazları konu

(40) Bilge, 28; Zevkliler, 23; Tandoğan, I/1, 83; Doğanay, 201.

(41) Bilge, 29; Tunçoğlu, II, 51; Zevkliler, 23; Tandoğan, I/1, 87; Doğanay, 202 - 203. Taşınmaz mallarda ise, satış bedelinin resmi senet içinde yer alması zorunlu olduğu için sonradan belirlenmesi mümkün değildir (bk., Zevkliler, 24). ETK. m. 700: «Semenin muayyen tayin edilmemiş olduğu halde mebi teslim edilmemiş ise zaman ve mahalli akitteki fii rayiç semen itti haz edilmiş addolunur. Mezkûr zaman ve mahaldeki fii rayiç müteaddit ise müşteri vasatisini ödemeğe mecburdur.»

(42) Tunçoğlu, II, 51. ETK. m. 701: «Semenin tayini hakkının mukavelename ile üçüncü bir şahsa tefizi caizdir. Üçüncü şahıs herhangi sebeple semeni tayin etmeyecek olursa müşteri mebiin satış günündeki rayiç fiyatını ve o günkü fiat müteaddit ise vasatisini tediyeğe mecburdur.

Rayiç fiat bulunmadığı halde bedeli misil mahkemece tayin olunur.» (43) Ancak, burada siparişin yapıldığı günün değil, sözleşmenin hükümlerini meydana getirdiği zaman ve yerin ifade edilmek istendiği belirtilmiştir (bk., Bilge, 29 - 30; Doğanay, 203). Tandoğan'a göre ise, ifa günü ve yerindeki cari fiyatın esas alınması isabetli olur (bkz., Tandoğan, I/1, 89).

(44) Satım sözleşmesinin bu unsuru için «mübadele taahhüdü» (bk., Arslanlı, 11; Tunçoğlu, II, 59), «mülkiyetin nakli taahhüdü» (bk., Bilge, 30) ifadesini kullananlar da vardır.

(45) Tunçoğlu, II, 60; Tandoğan, I/1, 90; Doğanay, 196. ETK. m. 685/I: «Mebi ve semende tarafeynin rızaları birleşince beyi mün'akit olur.»

alan satımlarda resmi şekil (BK. m. 213); alacak haklarını konu alan satımlarda ise yazılı şekil (BK. m. 163/1) zorunludur (46).

Ancak, sadece tarafların anlaşmaları, mülkiyetin alıcıya intikali için yeterli değildir. Anlaşma ile, alıcı için semeni ödeme, satıcı içinse mülkiyeti nakil borcu doğar. Mülkiyet, satımın konusunu oluşturan şey taşınır ise alıcıya teslim edilmesi (zilyedliğinin nakli); taşınmaz ise, alıcı üzerine tescilin yapılması; alacak ise, kural olarak, temlik belgesinin düzenlenip imzalanması ile intikal eder (47).

II — HÜKÜMLERİ

Ticari satımın hükümleri incelenirken, «satıcının borçları» ve «alıcının borçları» olmak üzere ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Ancak, daha önce, «yarar (nef'i)» ve «zarar (hasar)»ın intikali üzerinde durmak isabetli olacaktır.

Yarar (nef'i), satım sözleşmesinin kurulmasından satım konusu malın alıcıya teslimine kadar geçen süre içinde, malda tabii yapısı gereği (kendiliğinden) meydana gelen fazlalıkları; zarar (hasar) ise, yine aynı süre içinde, satıcıya yüklenemiyen nedenlerden dolayı malın tümüyle yok olması veya değerini azaltacak derecede kötüleşmesini ifade eder (48). Zarar'da, ya malın tümüyle yok olması nedeniyle teslimi imkânsız hale gelmiştir, ya da sözleşmede kararlaştırılandan daha az değerde bir malın teslimi söz konusudur (49).

Yarar ve zararın intikalinden (geçmesinden) kasıt ise, meydana gelen bu fazlalıkların kime ait olacağı ve zarara kimin katılacağıdır (50).

Halen yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda, Eski Ticaret Kanunundan farklı olarak (51), yarar ve zararın intikaline ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla, bu konuda da Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Ferdiyle belirlenmiş satımlarda yarar ve zararın intikali, Borçlar Kanununun 183 ncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir (52). Bu

(46) Şüphesiz, kıymetli evrakta şekillenmiş alacaklar, bunların devrine ilişkin esaslara tabi olacaktır.

(47) Tunçomağ, II, 62; Bilge, 31 - 32; Tandoğan, I/1, 91; Doğanay, 196.

(48) Zevkliler, 25.

(49) Zevkliler, 25.

(50) Bilge, 33; Tandoğan, I/1, 101 - 102.

(51) Eski Ticaret Kanunu, ticari satımda hasarın intikalini üç ayrı madde ile düzenlemişti: ETK. m. 696 - 698.

(52) ETK. m. 696/I: «Akit tamam olduktan sonra mebie arız olan hasar kazanın vukubulsa bile müşteriye aittir.»

düzenlemeye göre, «Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder.» Maddenin açık ifade şeklinden de anlaşıldığı gibi, satım konusu mala ilişkin yarar ve zararlar, kural olarak, sözleşmenin kuruluşuyla birlikte alıcıya intikal eder (53). Bu açıdan, malın henüz alıcıya teslim edilmemiş olmasının önemi yoktur. Dolayısıyla, mal henüz alıcıya teslim edilmezden önce satıcının herhangi bir kusuru bulunmaksızın(54) yok olmuşsa, satıcının teslim borcu ortadan kalkacak, alıcının semeni ödeme borcu ise devam edecektir. Hukukumuzda, mülkiyetin intikali için taşınırlarda teslim (zilyetliğin nakli) ve taşınmazlarda tapu siciline tescil zorunlu olduğundan, Borçlar Kanunundaki düzenlemenin (BK. m. 183/I) tutarsız, eşitliğe aykırı ve adil olmadığı ileri sürülmüştür (55).

Çeşidiyle (nev'en) belirlenen mallarda ise, yarar ve zararın intikali, malın ifa yerinden başka bir yere gönderilecek olup olmamasına göre değişmektedir. Mal, alıcıya ifa yerinde teslim edilecekse, ölçme, tartma veya sayma yoluyla benzerlerinden ayırt edilmesiyle birlikte (56); ifa yerinden başka bir yere gönderilecekse, satıcının, benzerlerinden ayırdettiği malı göndermek için elinden çıkarmasıyla birlikte (57) yarar ve zarar alıcıya intikal eder (BK. m. 183/II) (58). Buradaki elden çıkarmadan

-
- (53) Kural, sözleşmenin kuruluşuyla birlikte yarar ve zararın alıcıya intikal etmesi ise de, bu kuralın yine Borçlar Kanununun 183 ncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan iki istisnası vardır. Birincisi, «hususî şartlardan mütevellit istisnalar»dır. Bundan kasıt, tarafların, malın tesliminden önce zararın alıcıya intikal etmeyeceğini kararlaştırmış olmalarıdır (bk., Zevkililer, 26; Tandoğan, I/1, 107). İkincisi, «halin icabından... mütevellit istisnalar»dır. Bunlara örnek olarak, malın tesliminin satıcı yararına geciktirilmiş olması, satım konusu malın henüz satıcının elinde olmaması, satıcının temerrüde düşmüş olması vb. gösterilmektedir (bk., Bilge, 35 - 36; Tandoğan, I/1, 107 vd.; Zevkililer, 26 - 27).
- (54) Buna karşılık, malın yok olması veya değerini azaltacak bir zarara maruz kalması satıcının kusurlu bir davranışından ileri gelmişse, artık zarara o katlanacaktır (bk., Bilge, 36; Zevkililer, 27).
- (55) Bilge, 37; Zevkililer, 26; Tandoğan, I/1, 106 - 107.
- (56) Eşyanın benzerlerinden ayırdedilmiş olduğunun alıcıya bildirilmesinin gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır (bk., Bilge, 37 - 38; Tandoğan, I/1, 111).
- (57) Bu açıdan aynı kent içindeki bir alıcıya teslimi için elden çıkarılan mallar açısından da «başka yere gönderme»nin söz konusu olduğu kabul edilmektedir (Bk., Bilge, 38; Zevkililer, 28; Tandoğan, I/1, 112).
- (58) Bu durum, Eski Ticaret Kanununda olumsuz şekilde ifade edilmiştir. ETK. m. 697: «Zirde gösterilen ahvalde akit tamam olduktan sonra mebie arız

kasıt, malın, nakil ile yükümlü olana (taşıyıcıya) teslim (tevdii) edilmesidir (59).

Taliki (geciktirici - erteleyici) şarta bağlı satım sözleşmelerinde yarar ve zarar, şartın gerçekleşmesi anından itibaren alıcıya intikal eder. Gerçekten, Borçlar Kanununun 183 ncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, «Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefii ve hasarı ancak şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene geçer.» Taliki şarta bağlı bir sözleşme şartın gerçekleşmesinden itibaren hükümlerini doğuracağı için (BK. m. 149/II), Borçlar Kanununun düzenlemesi mantıklıdır (60).

A) SATICININ BORÇLARI

Satıcının borçlarını, 1) teslim ve mülkiyeti alıcıya geçirme borcu, 2) ayıba ve zapta karşı tekeffül borcu ve 3) diğer borçları olmak üzere üç ayrı başlık altında ele alıp inceleyebiliriz.

olan hasar kazaen vukubulsa bile bayie attir :

1 — Mebi muayyen ve müşahhas olmamakla beraber mahiyetini ispat ve aynı cins diğer eşyadan tefrik ve temyiz edilebilecek alâmetler konarak tayin edilmemiş ise;

2 — Tartma, sayma veya ölçme ile teslimi lâzım gelen mebi tartılmızdan, sayılmızdan veya ölçülmezden evvel telef olmuş veya tegayyür etmiş ise; (şu kadar ki satış götürü olarak vâki olmuş veyahut müşteri, ihtarı vâkia rağmen tartma, sayma ve ölçme ameliyatında bulunmamış veya adamını göndermemiş ise hasarı vâki müşteriye racidir);

3 — Mebiin teslimi hususunun tehiri şart edilmiş ise;

4 — Müşteri, mebi tesellüme hazır olduğu halde bayi ihtarı vâkie rağmen mebi teslim etmemiş ise (şu kadar ki mebi müşterinin yedinde bulunmuş olsaydı dahi telef olmuş bulunacağı muhakkak ise hasarı vâki müşteriye ait olur.)»

ETK. m. 698: «Mebii müşteriye irsal edilmek üzere nakliyat komisyonuna veya nakliyeciyeye veyahut emtiayı nakle memur olan diğer bir şahsa tesliminden itibaren hasarı müşteriye aittir. Şu kadar ki mebiin sureti nakline dair bir şart var ise bayi zaruret bulunmadıkça bu şarta riayete mecburdur. Aksi takdirde bu yüzden müşteriye terettüp edecek zarardan mes'ul olur.

Tarafeynin maksadına nazaran emtianın gönderileceği mahal, mahal-li teslim addolunmuş ise esnai nakilde vukua gelen hasar bayie aittir. Mamafih bayiin, mücerret mebiin masarifi nakliyesini deruhte etmesile naklolunacağı mahallin mahalli teslim addi lâzım gelmez.»

(59) Bilge, 38; Tandoğan, I/1, 112.

(60) İnfisahi (bozucu) şarta bağlı satım sözleşmelerinde ise, sözleşmenin kuruluşuyla birlikte yarar ve zarar alıcıya geçer (intikal eder) (BK. m. 152/I, 183/I - II) (kk., Bilge, 39; Tandoğan, I/1, 114).

1 — Teslim ve (Mülkiyeti Alıcıya Geçirme Borcu

Borçlar Kanununun 182 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, «... satıcı, satılan malı ... alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakletmek borcunu tahammül eder.»

Maddenin ifadesinden de anlaşıldığı gibi, satıcının aslı (temel) borcu, satım konusu şeyin mülkiyetini alıcıya geçirmektir (devretmektir) (61). Teslim borcu ise, mülkiyetin devri borcunun yerine getirilmesinin (ifasının) bir yoludur ve bu borç açısından tamamlayıcı nitelik taşımaktadır (62).

Gerçekten, satım sözleşmesinin konusu taşınır bir mal ise, mülkiyetin alıcıya geçirilebilmesi için onun alıcıya teslimine ihtiyaç vardır (MK. m. 687). Ancak, karşılıklı anlaşmaya dayanmak kaydıyla, buradaki teslimi «zilyedliğin devri» olarak anlamak lâzımdır. Dolayısıyla, mülkiyetin devri açısından, fiilî (maddi) bir teslim kadar zilyedliğin öteki devir yolları (meselâ, hükmen teslim, kısa elden teslim, zilyedliğin havalesi, eşyayı temsil eden senetlerin teslimi) da yeterli olabilecektir.

Taşınmazlarda ise, sadece teslim mülkiyetin alıcıya intikali için yeterli değildir. Satıcının (malikin), alıcı üzerine tescilin yapılması için tapu memuruna talepte bulunması ve tapu memurunun da buna dayanarak tescil işlemini yapması gereklidir (MK. m. 633, 629) (63).

Satımın konusunu bir alacak hakkı oluşturuyorsa, artık satıcının alacağın temliki beyanında bulunmasıyla birlikte hak alıcıya intikal edecektir (64).

2 — Ayıba ve Zapta /Karşı/ Tekeffül Borcu

a) Ayıba /Karşı/ Tefekkül Borcu

«Ayıp», satımın konusunu oluşturan malın niteliklerine ilişkin bir eksikliği ifade eder (65). Ya malda normal olarak bulunması gereken veya satıcı tarafından taahhüt edilmiş olan bir kısım özellikler yoktur, ya da malın değerini azaltan bir kısım aksaklıklar vardır.

(61) Zevkliler, 42.

(62) Tandoğan, I/1, 114.

(63) Geçerli bir satım sözleşmesine rağmen satıcı tapu memuruna tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, alıcı, bir dava açarak mahkemeden mülkiyetin kendisine aidiyeti yönünde karar vermesini isteyebilir (MK. m. 642).

(64) Tandoğan, I/1, 114.

(65) Edis, 8.

Ayıp, maddî (fizikî) olabileceği gibi, hukuki de olabilir (66).

Ayıba karşı tekeffül borcu ise, «satılan şeyde satıcı tarafından zikir ve vaad edilen vasıfların bulunmamasından veya satılan şeyin değerini yahut akit gereğince ondan beklenen faydaları azaltan veya kaldıran noksanları bulunmasından satıcının sorumlu tutulması»dır (67).

Genel olarak (adi satımlar için) ayıba karşı tekeffül borcu Borçlar Kanununun 194 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir (68). Söz konusu hükümler, Ticaret Kanununun 25 nci maddesinde düzenlenmiş olan istisnalar dışında, ticari satımlara da uygulanacaktır (TK. 25/1).

Borçlar Kanununun 194 ncü maddesinin birinci fıkrasına göre, «Satıcı, alıcıya karşı zikir ve vaadettiği vasıfları mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir.»

Sorumlu olma açısından, satıcının maldaki bu ayıpları bilme zorunluluğu yoktur (69). O, maldaki ayıplardan hiç haberdar olmasa dahi sorumludur (BK. m. 194/II) (70).

Ancak, satıcının ayıp dolayısıyla sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, alıcının, sözleşmenin yapılması anında bunlardan haberdar olması lâzımdır. Şayet alıcı, ayıbın mevcudiyetini eskiden beri biliyorsa, artık satıcı bu ayıptan sorumlu olmaz (BK. m. 197). Aynı şekilde, satıcı, normal bir muayene ile anlaşılacak ayıplardan da, sadece bunların mevcut olmadığını taahhüt etmişse sorumlu olur (BK. m. 197).

Hayvan satımlarında ise, satıcı, ancak yazılı şekilde taahhüt etmişse veya alıcıyı iğfal etmişse maldaki ayıplardan sorumlu olur (BK. m. 195); bunların dışındaki ayıplardan sorumlu tutulmaz.

Satıcının maldaki ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için, yukarıda

(66) Bilge, 74; Zevkliler, 43.

(67) Edis, 7; Bilge, 73; Zevkliler, 42; Tandoğan, I/1, 157 -158.

(68) Borçlar Kanununun 149 ncü maddesi ile, iradeyi sakatlayan sebeplerden «akdin lüzumlu vasıflarında hata»yı düzenleyen 24 ncü maddesinin 4 ncü bendi arasında yakın bir ilişki vardır. Alıcı, somut olayın özelliklerine göre, 194 ve devamı maddeleri yanında 24 ncü maddenin 4 ncü bendine de dayanabilir (bk., Bilge, 74).

(69) Satıcı, malın ayıpsız olduğunu alıcıya karşı açıkca taahhüt etmiş de olabilir ki, böyle bir durumda «akdi tekeffül»ün varlığından söz edilir. Ancak, satıcının ayıp dolayısıyla sorumluluğu için bu zorunlu değildir (bk., Bilge, 75).

(70) Bu durumda, «lüzumlu vasıflardan dolayı tekeffül (kanuni tekeffül)» adı verilmektedir (bk., Bilge, 76).

belirtilmiş olanların yanında, alıcı, muayene ve ihbar yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmalıdır. İhbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi, ayıbın normal (olağan) bir muayene sonucu belirlenebilir olup olmamasına göre değişmektedir. Normal (olağan) bir muayene sonucu anlaşılabilir ayıplarda alıcı, malın kendisine tesliminden itibaren, mahalli örf ve âdete göre (71) imkân bulur bulmaz malı muayene etmek (72), satıcının tekeffülü altında bir ayıbın var olduğunu görürse bunu derhal satıcıya bildirmek mecburiyetindedir (BK. m. 198/I) (73). Alıcı bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, malı ayıplı haliyle kabul etmiş sayılır (BK. m. 198/II). Buna karşılık ayıp, normal (olağan) bir muayene ile anlaşılabilir nitelik taşıyorsa, alıcı, ileride ortaya çıktığı andan itibaren satıcıyı haberdar etmelidir (BK. m. 198/II, III). Aksi takdirde, yine malı bu ayıplı haliyle kabul etmiş sayılır (BK. m. 198/III).

Konusu hayvan olan satımlar için özel düzenleme getirilmiştir. Buna göre, «Hayvan alım satımında kefalet müddeti tahriren tayin edilmiş olup da kefalet hayvanın bir vasfına müteallik (74) değil ise satılarda keşfedilen ayıptan satıcının mes'uliyeti, teslim vâki olduğu veya alıcının kabızda temerrüdü tahakkuk ettiği günden itibaren dokuz gün içinde satıcıya ihbar edilmekle beraber hayvanın ehli-vukuf marifetiyle muayenesini icrası yine bu müddet zarfında merciiinden talep olunmasına mütevakıftır» (BK. m. 199).

Alıcının ayıbı ihbar yükümlülüğüne ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri, adi satımlar yanında, sadece bir tarafı tacir olan ticari satım sözleşmelerinde de uygulanır. Her iki tarafı da tacir olan (yani tacirler arasındaki) ticari satım sözleşmelerinde ihbar yükümlülüğü ise, Ticaret Kanunu tarafından özel olarak düzenlenmiştir (75).

- (71) Muayenenin bu süre içinde yapılmış olup olmadığını yargıç belirleyecektir (bk., Bilge, 80).
- (72) Muayene masrafları kural olarak alıcıya aittir. Ancak o, ayıba karşı tekeffül davasını kazanırsa bunları da isteyebilir (bk., Bilge, 81; Tandoğan, I/, 173).
- (73) İhbar, herhangi bir şekli tâbi tutulmamıştır. «Derhal» sözcüğü ile ifade edilmek istenen süreyi de yargıç belirler (MK. m. 2, 4) (bk., Bilge, 82).
- (74) «Hayvanın bir vasfına müteallik» deyiminin, «hayvanın gebeliğine ilişkin olmamalı» şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir (bk., Bilge, 79; Tandoğan, I/1, 173, 177).
- (75) Gerçekten, Ticaret Kanununun 25 nci maddesi, «...tacirler arasındaki satış ve trampalarda da...» diyerek, söz konusu hükmün sadece iki tarafı tacir olan ticari satımlarda uygulanacağını açık bir şekilde belirtmiştir. Domanıç'e göre de 25 nci madde, «sadece ve münhasıran tacirler arasındaki ticari satış ve trampalara kabili tatbik»tir (bk., Domanıç, Hayri, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul 1976, s. 116).

Tacirler arasındaki ticari satımlarda, malın ayıplı olduğu teslimi sırasında açıkça görülebilir bir nitelik taşıyorsa, alıcı, durumu iki gün içinde satıcıya bildirmek mecburiyetindedir (TK. m. 25/3, c. 1). Bu yükümlülüğe aykırı hareket eden alıcı, malı ayıplı haliyle kabul etmiş sayılır (TK. m. 25/3, c. 3; BK. 198/II) (76).

Buna karşılık, malın ayıplı olduğu teslimi esnasında açıkça anlaşılabilir bir nitelik taşımıyorsa, alıcı, malı teslim alınmasından itibaren sekiz gün içinde muayene etmek veya ettirmek ve bu muayene sonunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa yine aynı süre içinde durumu alıcıya bildirmek zorundadır (TK. m. 25/3, c. 2) (77). Aynı şekilde, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen alıcı da, malı, ayıplarıyla birlikte kabul etmiş sayılır (TK. m. 25/3, c. 3; BK. m. 198/III) (78).

Alıcı, mal başka bir yerden gönderiliyorsa, muayene ve ihbar yükümlülüğü yanında bir takım tedbirleri de almak mecburiyetindedir (79). Buna göre, başka yerden gönderilen malın ayıplı olduğunu gören (iddia eden) alıcı, bulunduğu yerde satıcının bir temsilcisi yoksa, malın korunması için gerekli tedbirleri geçici olarak almakla yükümlüdür. Malı, korunması (muhafazası) için gerekli tedbirleri almadan alıcıya geri gönderemez (BK. m. 201/I). Ayrıca, zaman kaybetmeden malın ayıplı durumunu bir mahkeme kararıyla tesbit ettirmesi de gerekir. Bu yükümlülüğe aykırı hareket ederse, iddia ettiği ayıbın malın kendisine ulaşması ânında var olduğunu ispatlamak durumunda kalır (BK. m. 201/II).

(76) Domaniç, 122.

(77) Tacirler arasındaki ayıp ihbarlarının ise noter aracılığıyla, telgrafla veya iadeli taahhütlü mektupla yapılması zorunludur (TK. m. 20/III) (bk., Domaniç, 118). Mimaroglu'na göre ise, gizli ayıpların süresinde satıcıya bildirilmesi Ticaret Kanununun 25 nci maddesinde şekle bağlı tutulmamıştır (bk., Mimaroglu, 150). Aynı yönde, bk., Tandoğan, I/1, 174.

(78) Domaniç, 122. ETK. m. 716: «Tüccar arasındaki ticari satışlarda mebiin bir ayıp ve kusuru veya kanuna veya mukavele şeraitine veyahut nümuneye ademi tevafuku hini tesliminde zahir ise müşteri iki gün zarfında keyfiyeti bayie bildirmeğe mecburdur. Zahir değil ise, müşteri mebi tesellüm ettikten sonra sekiz gün zarfında muayene etmeğe veya ettirmeğe mecburdur. Bu muayene neticesinde mebide bir ayıp zahir olur veya mebiin mukavele veya kanun ile muayyen şeraiti cami veya nümuneye muvafık olmadığı tebeyyün ederse müşteri hakkı rücuun muhafaza için keyfiyeti mezkûru sekiz gün içinde bayie bildirmeğe mecburdur. Aksi takdirde mebi halile kabule razı olmuş addolunur. Şu kadar ki usulü veçhile yapılan muayene neticesinde zahir olmiyan ayıplar keşfedildikleri zaman bayie derhal bildirilmek lâzımdır. Ancak müşteri mebi usulü dairesinde bilmuayene kabul ettikten sonra şeraiti kanuniye veya şeraiti mukaveleye mugayir (bir ayıp) zuhur ettiği iddiasile hakkı rücuunu istimal edemez.»

(79) Ancak, «bu yükümlülükler muayene ve ihbar gibi tekeffülden yararlanmanın şartı» değildir (bk., Tandoğan, I/1, 178).

Mal kısa zamanda bozulacak bir nitelik taşıyorsa, alıcı, onu bulunduğu yerde mercii aracılığıyla sattırmaya yetkili ve hattâ satıcının çıkarları bunu gerektiriyorsa mecburdur. Söz konusu işlemleri yaparken, mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde satıcıyı durumdan haberdar edecek, etmediği takdirde satıcının bu nedenle uğradığı zararları tazmin etmek durumunda kalacaktır (BK. m. 201/III) (80).

Borçlar Kanunu, yukarıda açıklandığı şekilde muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş olan alıcıya, aa) sözleşmenin feshini isteme, bb) semenin indirilmesini (tenzilini) isteme ve cc) malın ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesini isteme olmak üzere üç seçimlik hak tanımıştır. Alıcı, şartları mevcut olmak kaydıyla, bu üç yoldan dilediğine başvurabilir (81). Fakat seçim hakkı bir defa kullanıldıktan sonra artık dönülemez, yani seçilen yoldan başka bir yola başvurulması mümkün değildir (82).

aa) Sözleşmenin Feshini İsteme

Ayıp, malın kendisinde kalmasını gereksiz kılacak bir nitelik gösteriyorsa, alıcı, sözleşmenin feshini isteyebilir. Satıcı bu talebi kabul ederse sözleşme ortadan kalkar (83).

Satıcı sözleşmenin feshi yolundaki talebini kabul etmezse (84), alıcı, dava açarak mahkemeden fesih kararı vermesini ister (BK. m. 202/I). Mahkeme (hâkim) feshe karar verirse, alıcı, malı ve ondan elde ettiği bütün yararları (semelerleri) geri vermekle yükümlüdür (BK. m. 205/I).

(80) ETK. m. 720: «Tüccar beynindeki satışlarda mebi müşteriye âhar mahal-den irsal olunduğu surette müşteri 716 ncı madde hükmüne tevfiikan bayie müracaat etmiş olsa bile mebi kâffei masarif ve hasarı bayie ait olmak üzere hüsnü suretle muhafazaya veya 712 nci maddeye tevfiikan yediadile tevdi mecburdur.

Mebi mahiyeten kabili tevdi olmaz veya mütesariülfesat bulunur veya hut muhafazası kıymetine nazaran fazla masarif veya ardiye ücreti tediyesine mütevakıf ise müşteri 712 nci madde hükmüne tevfiikan mebi satırabilir.»

(81) Bilge, 84; Zevkililer, 43; Tandoğan, I/1, 180.

(82) Bilge, 84; Zevkililer, 44; Tandoğan, I/1, 181.

(83) Bilge, 85. Tandoğan'a göre, alıcının feshe ilişkin irade açıklaması «yenilik doğurucu» olduğu için satıcıya vardığı anda hükümlerini doğurur ve sözleşmeyi ortadan kaldırır. Satıcının feshe ilişkin şartların gerçekleşmediği itirazı üzerine açılacak dava sonucu verilen karar yenilik doğurucu değil, açıklayıcı (beyan edici) nitelik taşır (bk., Tandoğan, I/1, 183-184).

(84) Feshe ilişkin talep satıcı tarafından kabul edilirse, mahkeme kararıyla fesihteki sonuçlar aynen doğar, yani, bu açıdan fesih talebini satıcının kabul etmesi ile mahkeme kararıyla fesih arasında fark yoktur (bk., Bilge, 85).

Birden fazla şeyin birlikte satımı söz konusu olup da bunlardan bir bölümü ayıplı çıkmışsa, kural olarak sadece ayıplı çıkanlar için dava açılır (BK. m. 206/I). Ancak, ayıplı bölümün diğerlerinden ayrılması alıcı veya satıcıya önemli bir zarar gelmeksizin mümkün olamıyorsa, fesih davasının bütün mallar için açılması gerekir (BK. m. 206/II). Satım konusu mallar arasında aslı - fer'î ilişkisi varsa, ayrı ayrı semen kararlaştırılmış olsa bile, asıl eşyaya ilişkin satım sözleşmesinin feshi fer'î eşyaya ilişkin satımı da etkiler. Buna karşılık, fer'î eşyaya ilişkin satımın feshi asıl eşyanın durumunu etkilemez (BK. m. 206/III).

Malın ayıp nedeni ile veya bir kaza sonucu yok olması ya da hasara uğraması hallerinde de fesih için dava açılabilir. Ancak, böyle bir durumda alıcı elinde kalanı geri vermekle yükümlü olur (BK. m. 204/I).

Satıcı ise, sözleşme feshedilince semeni faiziyle birlikte geri ödemek mecburiyetinde olduğu gibi, satılanın tümüyle zaptındaki hale paralel olarak, yargılama masraflarını ve alıcının mal için yaptığı masrafları da ödemek mecburiyetindedir (BK. m. 250/II, c. 1). Satıcı, bunların yanında, doğrudan doğruya ayıplı mal tesliminin yol açtığı zararları da ödemekle yükümlüdür (BK. m. 205/II, c. 2).

Satıcı, hiç bir kusuru bulunmadığını ispatlamadıkça, alıcının bu nedenle uğradığı diğer (dolaylı) zararları da tazmin edecektir (BK. m. 205/III).

bb) Semeninin (Satış Bedelinin) İndirilmesini İsteme

Alıcı, ayıplı haline rağmen malın elinde kalmasında yarar görüyorsa, sözleşmenin feshi yerine semenin indirilmesini (tenzilini) isteyebilir (BK. m. 202/I); yani her halükârda alıcı için satımın feshini isteme zorunluluğu yoktur (85).

Ancak, istisnaen ayıp nedeniyle ortaya çıkan kıymet eksilmesi malın satış bedeline (semene) eşit ise, o, artık satımın feshini istemek mecburiyetindedir (BK. m. 202/III). Yargıç da, sözleşmenin feshi için açılmış bir davada feshi hakkaniyete aykırı bulursa, semenin indirilmesi yönünde karar verebilir (BK. m. 202/II) (86). Buna karşılık, «Satılan alıcının takdiri yüzünden telef olmuş yahut alıcı onu başkasına temlik veya şekli taşıyıcı etmiş ise ancak kıymet noksanına mukabil semenin tenzilini dava edebilir» (BK. m. 204/II).

(85) Böyle bir durumda, fesih'ten farklı olarak sözleşme varlığını devam ettirir (bk., Bilge, 86).

(86) Buna karşılık, sadece semenin indirilmesine yönelik olarak açılan bir davada yargıç sözleşmenin feshine karar verememelidir.

Semenden indirilecek miktar, taraflar bu konuda anlaşamazlarsa, yargıç tarafından belirlenir. Mutlak yöntem, nisbî yöntem ve tazminat yöntemi olmak üzere bu konuda göz önünde tutulabilecek üç ayrı yöntem vardır. Mutlak yöntem, şeyin ayıplı değeri ile ayıpsız değeri arasındaki farkın hesaplanması ve bu farkın satış bedelinden indirilmesidir (87). Nisbî yöntem, ayıpsız değerle ayıplı değer arasındaki fark oranının (nisbetinin) hesaplanması ve bu oranın satış bedeline uygulanması sonucunda indirilecek miktarın bulunmasıdır (88). Tazminat yöntemi ise, şeyin ayıplı değerinin hesaplanması ve bu değer satış bedelinden indirildikten sonra ortaya çıkan farkın alıcıya geri ödenmesidir (89).

Semenin indirilmesini (tenzilini) isteyen alıcı, varsa öteki zararlarının tazmini için de Borçlar Kanununun 96 ncı maddesine dayanarak dava açabilir (90).

cc) Malın Ayıpsız Çeşidiyle Değiştirilmesini İsteme

Alıcı, satım konusu mal misli bir eşya ise, sözleşmenin feshi veya semenin indirilmesi yolları yanında malın ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesini de isteyebilir (BK. m. 203/I).

Borçlar Kanununun 203 ncü maddesinin ikinci fıkrası, malın ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesi konusunda satıcıya da bir imkân tanımıştır. Buna göre, satıcı, satım konusu mal başka bir yerden gönderilmiyorsa (91), derhal alıcıya ayıpsız çeşidini (mislini) teslim etmek ve ayıp nedeniyle alıcının uğramış olduğu zararları da ödemek suretiyle, iptal veya semenin tenzili davası açılmasına engel olabilir (BK. m. 203/I).

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan kaynaklanan davalar, maldaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, alıcıya teslim edildiği tarihten itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrar (BK. m. 207/I) (92). Ancak, satıcı daha uzun bir süre için taahhütte bulunmuşsa (BK. m. 207/I) veya alıcıyı iğfal etmişse (BK. m. 207/III) artık bu bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaz.

Zamanaşımı süresini geçirmiş olan alıcıya bir def'i hakkı tanınmıştır. Buna göre, malın kendisine tesliminden itibaren bir sene dolmadan

(87) Bilge, 86, dn. 35; Zevkliler, 44; Tandoğan, I/1, 188.

(88) Bilge, 86, dn. 35; Zevkliler, 44; Tandoğan, I/1, 189 - 190.

(89) Bilge, 86, dn. 35; Zevkliler, 44; Tandoğan, I/1, 189.

(90) Bilge, 87; Tandoğan, I/1, 190.

(91) Buna karşılık mal başka bir yerden gönderiliyorsa, misli dahi olsa, artık satıcının bu hakkı yoktur (bk., Bilge, 88).

(92) Borçlar Kanununun 207 nci maddesinin birinci fıkrasında «sakıt olur» ifadesi kullanılmışsa da, burada hak düşürücü süre değil, zamanaşımı süresi bulunduğu kabul edilmektedir (bk., Tandoğan, I/1, 193).

önce bildirdiği ayıpları (93), bir yıllık süre geçtikten sonra satıcı tarafından aleyhine açılacak davalarda def'i olarak ileri sürebilir (BK. m. 207/II).

Borçlar Kanununun 207 nci maddesinde düzenlenmiş olan zamanaşımı süresi, adi satımlarda ve bir tarafı tacir olan ticari satımlarda uygulanır. Tacirler arasındaki ticari satımlarda ise, zamanaşımı süresi özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, «Borçlar Kanununun 207 nci maddesindeki müruruzaman müddeti tüccarlar arasındaki ticarî satışlarda altı aydır» (TK. m. 25/4). Ayrıca, yine Borçlar Kanununun 207 nci maddesinden farklı olarak, tacirler arasındaki ticari satımlara ilişkin bu altı aylık zamanaşımı süresinin karşılıklı anlaşmayla kısaltılması mümkündür (TK. m. 25/4) (94).

Ancak, ister adi ister ticari satım söz konusu olsun, daha önce de belirttiğimiz gibi satıcı alıcıyı iğfal etmişse, artık ayıba ilişkin zamanaşımı süreleri uygulanmaz (BK. m. 207/III; TK. m. 25/1, c. 1) (95); Borçlar Kanununun 125 nci maddesinde öngörülmüş bulunan on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır (96).

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran anlaşma yapılabilir. Ne var ki, satıcı, satılanın ayıbını hile ile gizlemiş olursa, artık bu anlaşma etkili olmaz (BK. m. 196 (97)).

b) Zapta Karşı Tekeffül Borcu

Ticaret Kanununda, satıcının zapta karşı tekeffül borcuna ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla, Eski Ticaret Kanunu zamanında olduğu gibi (98), ticari satımlarda da Borçlar Kanununun zapta karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümleri (BK. m. 189 - 193) uygulanacaktır (99).

(93) Ancak, burada da ayıpların bildirilmesi Borçlar Kanununun 198 nci maddesine uygun olmalıdır.

(94) ETK. m. 717: «Mebide ayıp zuhur etmesinden veya mebiin mukavele veya kanun ile muayyen şeraiti cami veya numuneye muvafık olmamasından dolayı müşterinin bayi aleyhine haiz olduğu hakkı dâva mebiin teslimi tarihinden itibaren altı ay sonra sakıt olur.

Bu müddetin mukavele ile tezyit veya tenkisi caizdir.»

(95) ETK. m. 718: «Mebiiin kanun veya mukavele ile muayyen olan şerait veya numuneye ademî muvafakati bayiin hilesinden naşi anlaşılammış ise, 716 ve 717 nci maddeler ahkâmı cereyan etmez.»

(96) Tandoğan, I/1, 195.

(97) Bilge, 78.

(98) Arslanlı, 249 vd.

(99) Ancak, zapta karşı tekeffül hükümleri yanında, Borçlar Kanununun 96 nci maddesine dayanan bir dava açılması da mümkündür (bk., Bilge, 65; Tandoğan, I/1, 143).

Zapta karşı tekeffül borcu, üstün hak sahibi olduğunu iddia eden üçüncü bir kişinin malı alıcının elinden alması veya kullanılmasına engel olması karşısında satıcının sorumlu tutulmasıdır (100).

Tanımından da anlaşıldığı gibi, zapt'ın «tam zapt» ve «kısmi zapt» olmak üzere iki çeşidi vardır. Tam zapt, malın bütünüyle alıcının elinden alınması; kısmi zapt ise, malın kısmen alıcının elinden alınması veya onu kullanılmasına engel olunmasıdır (101). Satıcı, kural olarak, her iki tür zapttan da sorumludur (BK. m. 189/I).

Ancak, Borçlar Kanununun 198 ve devamı maddeleri anlamında bir zaptın varlığından söz edilebilmesi için, her şeyden önce mal alıcıya teslim edilmiş olmalıdır. Mal henüz alıcıya teslim edilmemişse, zapttan söz edilemez (102). İkincisi, üçüncü kişinin malı alıcının elinden tümüyle veya kısmen almasına ya da kullanılmasını engellemesine dayanak olarak gösterdiği hak, satım sözleşmesinin yapılmasından önce doğmuş ve o anda mevcut olmalıdır (BK. m. 189/I); ayrıca, aynı hak veya şerhedilmiş kişisel hak niteliğine sahip bulunmalıdır (103). Üçüncüsü, alıcı, zamanında satıcıyı durumdan haberdar etmiş (ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş) olmalıdır (BK. m. 190 - 191) (104). Nihayet, üçüncü kişi üstün hakkına dayanarak zapta girişmiş olmalıdır (105).

Satıcının, zaptın yol açtığı sonuçlardan tümüyle sorumlu tutulabilmesi için, alıcı ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş olmalıdır. Alıcı bu yükümlülüğü zamanında yerine getirmemişse, satıcı, dava kendisine zamanında bildirilmiş olsaydı sağlayabileceği elverişli sonucu ispatlayarak bu oranda sorumluluktan kurtulur (BK. m. 190/III).

Alıcı tarafından kendisine ihbarda bulunulan satıcı, olayın özelliklerine göre, ya alıcı lehine davaya katılmak (müdahale etmek), ya da alıcı yerine geçip üçüncü şahsa karşı savunmada bulunmak mecburiyetindedir (BK. m. 190/I).

Ihbar, satıcının davaya katılmasına veya alıcının yerini almasına imkân verecek bir süre içinde yapılmışsa, alıcı aleyhine verilecek hüküm,

(100) Bilge, 64; Zevkliler, 48; Tandoğan, I/1, 143.

(101) Zevkliler, 48.

(102) Bilge, 66; Zevkliler, 48; Tandoğan, I/1, 144, 146.

(103) Bilge, 67; Zevkliler, 49; Tandoğan, I/1, 146 - 147. Ancak, taşınır satımında alıcı iyiniyetli olmak kaydıyla mülkiyeti kazanacağı için (MK. m. 687, 901), zapta karşı tekeffül borcu, teslim ile mülkiyetin alıcıya geçmeyeceği istisnai hallerde söz konusu olacaktır (bk., Bilge, 65; Tandoğan, I/1, 145).

(104) Bunlardan ilk ikisi «zapta karşı tekeffülün maddi şartları», üçüncüsü ise «şekli şartları» başlığı altında incelenmektedir (bk., Bilge, 66 - 67).

(105) Tandoğan, I/1, 148 vd.

alıcının hilesi veya ağır kusuru bulunduğu ispatlanmadıkça satıcı açısından da etkili olur (BK. m. 190/II).

Satıcı, zamanında yapılan ihbara rağmen davaya katılmamış veya alıcının yerine geçmemişse, alıcının iyiniyetle üçüncü kişinin ileri sürdüğü hakkı tanınması veya onunla sulh anlaşması yapması durumunda bile zapttan sorumlu olur (BK. m. 191) (106).

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, satıcı, tam veya kısmî kural olarak her türlü zapttan sorumludur. Fakat istisnaen alıcı, zapt tehlikesinden satım sözleşmesinin kuruluşu esnasında haberdar idiye, artık satıcı sadece yazılı olarak taahhüt etmiş ise sorumlu tutulur (BK. m. 189/II).

Zapt durumunda alıcıya tanınmış olan haklar, zaptın tam veya kısmî oluşuna göre değişmektedir :

aa) Tam Zapt Durumunda

Tam zapt durumunda sözleşme kendiliğinden ortadan kalkar (münfesh olur) (BK. m. 192/I) ve alıcı satıcıdan

- maldan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereler indirildikten sonra kalan satış bedelini (semeni) (BK. m. 192/I - 1);
- mal için harcadığı fakat malı zapteden üçüncü şahıstan isteyemeyeceği masrafı (BK. m. 192/I - 2);
- aleyhine üçüncü şahıs tarafından açılan davayı satıcıya ihbar etmesi halinde kaçınılabilecek olanlar dışındaki bütün yargılama masraflarını ve yargılama dışı masrafları (BK. m. 192/I - 3);
- doğrudan doğruya satılanın zaptı nedeniyle uğradığı zararları (BK. m. 192/I - 4) (107)

isteyebilir. Bunların yanında satıcı, hiç bir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, satılanın zaptı nedeniyle alıcının uğramış olduğu diğer (dolaylı) zararları da ödemekle yükümlüdür (BK. m. 192/II) (108).

(106) Buna karşılık alıcı, aleyhinde henüz dava açılmadan malı üçüncü şahsa teslim ederse, artık zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanmaz (bk., Bilge, 69).

(107) Burada, geçerli olacağına inanılan bir sözleşmenin ortadan kalkmasının yol açtığı zararın (menfi zararın) söz konusu olduğu kabul edilmektedir (bk., Bilge, 71).

(108) Burada ise olumlu (müspet) zararın tazmini söz konusudur (bk., Bilge, 71).

bb) Kısmî Zapt Durumunda

Kısmî zapt söz konusu ise, yani mal bir bölümüyle alıcının elinden çıkmış veya kullanmasına engel olunmuş ise, artık sözleşme kendiliğinden ortadan kalkmayacağı (münfesiî olmayacağı) gibi, alıcı da feshini isteyemez (BK. m. 193/I). Satıcının aynı bir teminat gösterdiği hallerde de sonuç yine aynıdır.

Böyle bir durumda alıcı, kısmî zapt nedeniyle uğradığı zararlarının tazminini isteyebilecektir (BK. m. 193/I).

Ancak, her ne kadar kısmî zapta sözleşme kendiliğinden ortadan kalkmaz ve alıcı tarafından feshi istenemezse de, istisnaen, olayın özelliklerinden «alıcı malın bu kısmî zapt durumunu bilseydi onu satın almıyacaktı» sonucuna varılabiliyorsa, feshi için dava açılabilir (BK. m. 193/I). Böyle bir durumda sözleşmenin feshi için dava açan alıcı da, malın zaptedilmeyen bölümünü, o ana kadar elde ettiği semereleriyle birlikte satıcıya geri vermekle yükümlü olur (BK. m. 193/III).

Borçlar Kanununda, zapta karşı tekeffül borcundan kaynaklanan davalara ilişkin bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Öğretide, bu konudaki sürenin on yıl olduğu kabul edilmektedir (109).

Satıcının zapta karşı tekeffül borcunu tümüyle kaldıran veya sınırlandıran anlaşmalar yapılması mümkündür. Ancak satıcı, üçüncü kişinin mal üzerindeki hakkını bilerek gizlemiş (alıcıyı iffal etmiş) ise, sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran bu anlaşma geçersiz olur (BK. m. 189/II).

3 — Satıcının Diğer Borçları

Satıcının, yukarıda kısaca incelediklerimiz yanında, satılanı teslimi-ne kadar saklama ve koruma (MK. m. 2) (110), tartma ve ölçme giderlerine katlanma, malı teslim yerine gönderme, taşıma giderlerine katlanma gibi ikinci derecede borçları vardır (111). Bu konularda da, SIF ve FOB satış gibi Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenenler dışındaki ticari satımlarda yine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

B) ALICININ BORÇLARI

Ticari satımda alıcının borçlarını da, genel (adi) satım sözleşmesi-ne paralel olarak 1) semeni (satış bedelini) ödeme borcu, 2) malı teslim

(109) Zevkliler, 50; Tandoğan, I/1, 157.

(110) Bilge, 47.

(111) Bu konuda bk., Tandoğan I/1, 117 vd..

alma (kabz) borcu ve 3) diğer borçları olmak üzere üç ayrı başlık altında inceleyebiliriz.

1 — Semeni (Satış Bedelini) Ödeme Borcu

Semeni (satış bedelini) ödeme, alıcının temel (asli) borcunu oluşturur ve satıcının mülkiyeti nakil borcu karşısında yer alır.

Alıcı, sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olarak satıcıya semeni ödemek mecburiyetindedir (BK. m. 208).

Taraflar, semeni (satış bedelini) serbestçe tayin ederler. Bu konuda bir kararlaştırma yapılmamışsa, semen, siparişin yapıldığı gün ve yerdeki cari (normal) fiyata göre belirlenir (BK. m. 209/I). Semen, malın ağırlığına göre tesbit ediliyorsa, ticari teamüller saklı kalmak şartıyla (BK. m. 209/III) toplam ağırlıktan darası düşülür (BK. m. 209/II) (112).

Semen, sözleşmede kararlaştırılan zamanda, bu yönde bir kararlaştırma yoksa mal alıcının eline geçince ödenir (BK. m. 210/I).

Semenin nerede ödeneceği de sözleşmede serbestçe kararlaştırılabilir. Kararlaştırılmamışsa, ödeme zamanında satıcının ikametgâhının bulunduğu yerde ödenir. (BK. m. 73/I).

2 — Malı Teslim Alma (Kabz) Borcu

Alıcı, sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olarak mal kendisine sunulunca onu teslim almak (kabz etmek) mecburiyetindedir (BK. m. 208/I) (113). Zira, malın teslim alınması, alıcı için bir hak olduğu kadar bir yükümlülüktür de (BK. m. 208/I).

Aksine anlaşma veya âdet yoksa, malı teslim alma borcu derhal yerine getirilir (BK. m. 208/II).

Sözleşme şartlarına uygun bir şekilde mal kendisine sunulmuş olan alıcı teslim alma borcunu yerine getirmezse, alacaklı temerrüdünü dü-

(112) ETK. m. 703: «Mebii veznine göre tayini semen meşrut ise hilâfına mukavele veya örfü âdet bulunmadığı surette dara tenzil olunur.

Daranın mebiin vezni hakikisine yahut muayyen bir mikyas ve mik-tara göre tesbiti veya mebiin vezninden miktarın tenzili yahut teslim edilen emtiamın bozulan veya işe yaramıyacak bir hale gelen kısmı semenin tenkisi lâzım gelip gelmiyeceği mukavele-name ile ve mukavele-name olmadığı halde mahalli teslimde cari olan örf ile tayin olunur.»

(113) ETK. m. 712/I: «Beyi mukavelede gösterilen şeraite muvafık ve mukavelede sarahat olmadığı surette şeraiti kanunîyeyi cami ise müşteri mukavele veya örf ile muayyen müddet zarfında mebiî tesellüme mecburdur.»

zenleyen hükümlere (BK. m. 91 - 93) başvurulabileceği gibi, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere de (BK. m. 106 vd.) başvurulabilir (114). Çünkü, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, malın teslim alınması, alıcı açısından hem bir hak (BK. m. 182/1) hem de bir borçtur (BK. m. 208/1).

Tacirler arasındaki ticari satımlarda alıcının malı teslim alma borcu ise özel olarak düzenlenmiştir (TK. m. 25/2) (115).

3 — Alıcının Diğer Borçları

Alıcının, yukarıda incelenenler yanında, faiz ödeme (BK. m. 210/II), malı saklama (BK. m. 201/1), ambalaj, senet ve tescil giderlerini ödeme (BK. m. 185) gibi ikinci derecede borçları da vardır (116).

III — OLAYIMIZA BAKIŞ

Hukuk Genel Kurulu kararına konu teşkil eden olayda, TMO, 10.11.1974 tarihinde Bunge S.A. firması ile 50.000 tonluk bir buğday alım-satım sözleşmesi yapmıştır.

Sözleşmenin taraflarından birini (alıcı-ithalâtçı tarafını) oluşturan TMO, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.11.1979 gün ve 1979/4030 - 5444 sayılı kararında açık olarak ifade edildiği gibi, «... 3461 sayılı Yasayla kurulan ve 440 sayılı Yasaya tabi, sermayesinin tamamı Devlete ait bir Kamu İktisadi Teşebbüsüdür. Kamu İktisadi Teşebbüsleri, 440 sayılı Yasanın 1/1. maddesi gereğince ticari esaslara göre faaliyet gösterirler. Yine aynı Yasanın 1/2 ve 3461 sayılı Kuruluş Yasasının statü bölümünün ilk fıkrasına göre, davalı TMO, özel hukuk hükümlerine tabidir. Görevi itibarıyla da geniş miktarda hububat vs.nin alım - satımını yapmaktadır. O halde, davalı TMO., Türk Ticaret Yasasının 12/1, 14/1 ve 21/1. maddeleri gereğince tacir niteliğini haiz bir kuruluştur. ...» (117).

Dolayısıyla, davacı Bunge S.A. ile davalı TMO arasında yapılmış olan buğday alım - satım sözleşmesi, hem bir ticari işletmeye ilişkin bulunması (TK. m. 12/1) hem de tarafların tacir olmaları (TK. m. 18/1, 21) nedeniyle ticari bir satım sözleşmesidir. Bu nedenle de, sözleşmenin tacirler arasındaki ticari satım hükümlerine tabi tutulması gerekecektir.

(11) Zevkliler, 52; Tandoğan, I/1, 200 - 201.

(115) Bu konuda bk., ileride «Alıcının Temerrüdü» başlığı.

(116) Bu konuda bk., Bilge, 59; Tandoğan, I/1, 201 vd..

(117) HGK. 16.2.1983, E. 1981/11 - 40, K. 1983/133 (YKD, C. 9, S. 10, 1983, s. 1435).

§ 3. DAVACININ İDDİASI

I — TİCARİ SATIMDA TEMERRÜT

A) KAVRAM

Genel olarak temerrüt, «muaccel ve halen ifası mümkün bir borcun ifasında gecikme»dir.

Bir satım sözleşmesinde, satıcıya terettüp eden borcun ifasında gecikme ortaya çıkmışsa «satıcı temerrüdü»; alıcıya ait borcun ifasında gecikme ortaya çıkmışsa «alıcı temerrüdü»nün varlığından söz edilir.

B) HÜKÜMLERİ

Ticari satımda temerrüt, Eski Ticaret Kanunu tarafından özel olarak düzenlenmişti (ETK. m. 712 vd.) (1). Halen yürürlükte olan 6762 sayılı Ticaret Kanununda, 25 nci madde bir kenara bırakılırsa, ticari satımda temerrüde ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Borçlar Kanununda ise, doğrudan doğruya ticari satımda temerrüdü düzenleyen hükümler vardır. Dolayısıyla, ticari satımda temerrüde önce Ticaret Kanununun 25 nci maddesi ve Borçlar Kanununun ticari satımda temerrüdü düzenleyen özel hükümleri, daha sonra da genel olarak temerrüdü düzenleyen hükümleri uygulanacaktır.

Ticari satımda temerrüdün hükümleri, satıcının ve alıcının temerrüdüne göre değişmektedir :

1 — Satıcının Temerrüdü

Borçlar Kanununun satım sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında, adi satımda satıcı temerrüdüne ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda, genel olarak borçlu temerrüdünü düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulması gerekmektedir.

Satım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Her iki tarafı da borç altına sokan sözleşmelerde borçlu temerrüdü, Borçlar Kanununun 106 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre alıcı, satıcıdan, bizzat belirleyeceği veya yargıca belirlettireceği bir süre içinde (2) borcunu yerine getirmesini ister (BK. m. 106/1). Bu süre içinde

(1) Bu konuda bk., Arslanlı, 370 vd..

(2) Borçlar Kanununun 107 nci maddesinde sayılmış olan hallerden biri varsa, alıcı, herhangi bir süre tanıma yoluna gitmeksizin 106 nci maddedeki hakları kullanabilir (bk., Bilge, 48 - 49; Önen, 60 vd.).

satıcı borcunu yerine getirmezse (malı teslim etmezse), alıcı, seçimlik olarak

- malın teslimini ve gecikme nedeniyle uğradığı zararlarının tazminini veya
- malın tesliminden vazgeçip, malın teslim edilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini ya da
- sözleşmeyi feshedip, sözleşmenin ifa edileceğine inanması nedeniyle uğradığı zararın tazminini

isteyebilir. Ancak, son iki yetkinin kullanılabilmesi için, malın tesliminden ve gecikme dolayısıyla tazminat isteminden vazgeçildiğinin derhal satıcıya bildirilmesi zorunludur (BK. 106/II).

Borçlar Kanununun 106 ncı maddesi, malın teslimi için belirli bir süre öngörülmemiş (kararlaştırılmamış) ticari satımlarda da uygulanır (3).

Buna karşılık, malın teslimi için belirli bir zamanın (vadenin) kararlaştırıldığı (4) ticari satımlarda satıcı temerrüdü, Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenmiştir (BK. m. 187).

Muayyen (belirli) vadeli ticari satımlarda satıcı temerrüde düşerse, Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinden farklı olarak (5), alıcının, malın teslimini istemekten vazgeçerek teslim edilmemesi nedeniyle tazminat isteyeceği farzedilir (varsayılr) (BK. m. 187/I) (6). Şayet alıcı, malın teslimini ve gecikme dolayısıyla tazminat istemek niyetindeyse, bunu, teslim için kararlaştırılan vadenin dolmasıyla birlikte derhal satıcıya bildirir (BK. m. 187/II).

Borçlar Kanununun 187 nci maddesinde, satıcı tarafından mal teslim edilmediği takdirde alıcının sözleşmeyi feshedip edemeyeceği konusuna hiç değinilmemiştir. Bir görüşe göre, Borçlar Kanununun 187 nci maddesi bunu bilerek yani Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinin tanıdığı hakları daraltmak düşüncesiyle yaratmıştır. Dolayısıyla alıcı, sadece ademi ifa (malın teslim edilmemesi) nedeniyle tazminat, ya da -vadenin gelişinde satıcıya bildirmiş olmak kaydıyla - malın teslimini ve

(3) Bilge, 50.

(4) Burada sözü edilen vadenin, Borçlar Kanununun 107 nci maddesindeki kadar kesin (mutlak) olmadığı kabul edilmektedir (bk., Bilge, 51).

(5) Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinde öngörülmüş bulunan karine ise bunun tersidir. Yani, alıcının, malın teslimini ve gecikme dolayısıyla tazminat isteyeceği varsayılr. Ademi ifa nedeniyle tazminat isteyecek olan alıcının bunu derhal satıcıya bildirmesi lâzımdır.

(6) Bilge, 52.

gecikme dolayısıyla tazminat isteyebilir. Sözleşmeyi feshetmesi ise mümkün değildir (7). Öğretiye hakim olan ikinci görüş ise, 187 nci maddenin amacının malın teslimi için belirli bir vade kararlaştırılmış (muayyen vadeli) ticari satımlara «kesin vadeli ticari satım» niteliği kazandırmak olduğunu, bu nedenle alıcının, satıcıya derhal haber vermek kaydıyla sözleşmeyi feshedebileceğini kabul etmektedir (8). Yalnız, adi satımdan farklı olarak burada ayrıca bir mehil tayinine gerek yoktur (9).

Sözleşme şartlarına uygun olarak borcunu yerine getirmeyen satıcı, alıcının bu nedenle maruz kaldığı zararları da tazmin etmek mecburiyetindedir (BK. m. 188/1).

Borçlar Kanunu, ticari satımda alıcının zararının (dolayısıyla tazminat miktarının) belirlenmesinde göz önünde tutulmak üzere iki ayrı yöntem (usul) öngörmüştür (10).

Borçlar Kanununun 188 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, ticari satımda satıcı zamanında borcunu yerine getirmezse (malı teslim etmezse), alıcı, kendisine teslim edilmeyen şey yerine bir diğerini almak (ikame alımı) için ödediği bedel (semen) ile ifa edilmeyen sözleşmedeki bedel

(7) Bk., Tandoğan, I/1, 129, dn. 12'de gösterilmiş olan yazarlar.

(8) Bilge, 53; Tandoğan, I/1, 130. Eski Ticaret Kanununda ise, alıcıya fesih yetkisi veren bir düzenleme mevcuttu. ETK. m. 715: «Bey'i ticaride mukaveledeki sarahate veya mebiin cins ve mahiyetile maksadı iştiraya nazaran müşteri veya bayi mutlaka muayyen bir vakitte veya muayyen bir müddet zarfında ifayı taahhüde mecbur ise muayyen müddetin hitamında ifayı taahhüt etmediği surette diğer taraf ihtar vukuuna lüzum kalmaksızın taahhüdün ademi ifasından dolayı 713 ve 714 ncü maddeler ahkâmına tevfikan akti fesih ve zarar ve ziyan talep edebilir. Şu kadar ki akti feshe salâhiyettar olan taraf taahhüdün aynen ifasını arzu ettiği takdirde muayyen vaktin hulûlünde veya muayyen müddetin inkızasında taahhüdün ifasını derhal talep etmeğe mecburdur. Aksi halde taahhüdün aynen ifasını talep hakkı sakıt olur.»

(9) Önen, 6. Ticaret Kanununun 25 nci maddesinin 1 nci bendi, «kısmi ifa»da fesihî özel olarak düzenlemiştir. Buna göre, «Mukavelelerin mahiyetine, tarafların maksadına veya emtianın cinsine göre satış mukavelesinin kısım kısım icrası kabil veya bu şartların mevcut olmamasına rağmen alıcı kısmen yapılan teslimi, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kabul etmişse, mukavelelerin yerine getirilmemesi yüzünden alıcının haiz olduğu haklar yalnız teslim edilmemiş olan kısım hakkında kullanılabilir»; yani alıcı, sadece teslim edilmemiş kısma ilişkin olarak fesih hakkını kullanabilir.

(10) Ancak, alıcı bu yöntemlerden herhangi birini seçmek mecburiyetinde değildir. O, Borçlar Kanununun 188 nci maddesinin birinci fıkrası ve 106 nci maddesi gereğince olumlu (müspet) zararının tazminini isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek olumsuz (menfi) zararının tazminini de isteyebilir. Aynı şekilde, bu metotlardan birinin seçilmiş olması daha sonra diğerine başvurulmasını engellemez (bk., Bilge, 56; Tandoğan, I/1, 142).

(semen) arasındaki farkın kendisine ödenmesini isteyebilir. Buna, «zararın somut olarak hesaplanması» adı verilir (11).

Zararın somut olarak hesaplanmasında, alıcı, malı satın alırken iyiniyetle yani ifa yeri ve zamanındaki şartlara göre «satıcıya en az zarar verecek şekilde» hareket etmek mecburiyetindedir (12). Satıcı, alıcının iyiniyetle hareket etmediğini iddia ve ispat edebilir (13). Böyle bir durumda, alıcının kötüniyetli davranışı ortak (müterafık) kusur olarak nazara alınır (14).

Borçlar Kanununun 188 nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise, satım konusu mal borsaya kayıt ve kabul edilmiş olan veya cari fiyatı (15) bulunan mallardan ise, alıcı, onun yerine bir diğerini almaya mecbur olmaksızın, satılan şeyin sözleşmedeki bedeli ile teslim için belirlenmiş olan günün fiyatı arasındaki farkın kendisine tazminat olarak ödenmesini isteyebilir. Buna da «zararın soyut (mücerret) olarak hesaplanması» adı verilir (16).

2 — Alıcının Temerrüdü

Alıcı satış bedelini ödemede temerrüde düşerse, «peşin satım»da satıcı, herhangi bir işleme gerek olmaksızın sözleşmeyi feshedebilir (BK. m. 211/I). Ancak, sözleşmeyi feshetmek istediğini derhal alıcıya bildirmelidir (17).

- (11) Bilge, 55; Tandoğan, I/1, 135; Önen, 7. ETK. m. 714/I: «Bayi mebli mukavele veya örf ile muayyen zamanda teslim etmediği surette müşteri resmi bir ihtarname veya taahhütlü bir mektupla bayii münasip bir mehil zarfında mebli teslimine dâvet eder. Bu mehlin inkızasında bayi mebli teslim etmiyecek olursa müşteri mahkemeye müracaatla aktin feshi ve bu yüzden düşer olduğu zarar ile mahrum kaldığı kârı bayiden talep ve dâva edebilir. Maahaza müşteri dilerse ya doğrudan doğruya yahut mahkeme marifetile emtiayı şahsı salisten mübayaa ederek hüsnü niyetle te-diye ettiği bedel, semeni mebliden ziyade ise bu ziyadeyi isteyebilir.»
- (12) Tandoğan, I/1, 135.
- (13) Tandoğan, I/1, 135.
- (14) Tandoğan, I/1, 136.
- (15) «Cari fiyat, borsa dışında, belli bir cins malın, belli bir ticari çevrede muntazaman yapılan alışverişlerde ulaştığı belli fiyattır» (bk., Tandoğan, I/1, 137; Bilge, 55).
- (16) Tandoğan, I/1, 137; Bilge, 55; Önen, 7. ETK. m. 714/II: «Mebliin borsa veya piyasada rayıcı olduğu surette müşteri mebli hariçten iştirâ etmeksizin dahi mezkûr rayıç ile semeni mebli beynindeki farkı bayiden isteyebilir. Gerek bu surette, gerek hariçten mübayaa halinde müşterinin düşer olduğu fazla zarar ve ziyamı 645 nci madde mucibince talep etmek hakkı mahfuzdur.»
- (17) Önen, 8 - 9. Satıcının, Borçlar Kanununun 106 nci maddesi uyarınca hareket etmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir (bk., Bilge, 60-61).

«Veresiye satım»da ise, satıcının sözleşmeyi feshedebilmesi için bu hakkı önceden açık olarak saklı tutmuş (muhafaza etmiş) olması gerekir (BK. m. 211/III).

Satıcı sözleşmeyi feshederse, alıcıdan bu nedenle uğramış olduğu zararların tazminini isteyebilir.

Ticari satımda, tazminat miktarının nasıl belirleneceği satıcının temerrüdüne paralel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, alıcı semeni (satış bedelini) ödemekte temerrüde düşerse, satıcı ondan, sözleşmede kararlaştırılmış olan bedel ile malı iyiniyetle başka bir kişiye satması sonucu elde ettiği bedel arasındaki farkı tazminat olarak isteyebilir (BK. m. 212/I). Bu, «zararın somut (müşahhas) olarak hesaplanması»dır (18).

Buna karşılık, satım konusu şey borsada kayıtlı olan veya cari fiyatı bulunan mallardan ise, satıcı, bunu herhangi bir kişiye satmak mecburiyetinde kalmaksızın sözleşmede kararlaştırılan bedel ile ödeme gününün fiyatı arasındaki farkın tazminat olarak ödenmesini alıcıdan isteyebilir (BK. m. 212/II). Bu da, «zararın soyut (mücerret) olarak hesaplanması»dır (19).

Satıcı, somut veya soyut hesaplama yöntemlerinden herhangi birini seçebileceği gibi, genel hesaplama yoluna gidilmesini de isteyebilir (20). Hattâ, Borçlar Kanununun 106 ncı maddesine uygun hareket edilmesi hallerinde dahi zararın soyut olarak hesaplanması yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir (21).

(18) Tandoğan, I/1, 208; Bilge, 62; Önen, 9. Ancak, satıcı eşyayı satmak mecburiyetinde değildir. O, eşyayı satmadan da Borçlar Kanununun 106 ncı maddesine dayanarak alıcıdan tazminat isteyebilir. Ayrıca bu konuda, tazminatın hesaplanması açısından Borçlar Kanununun 43 ve devami hükümlerinden de yararlanılabilir (bk., Bilge, 62).

(19) Tandoğan, I/1, 209; Bilge, 63; Önen, 9. Adi satımlarda ise zararın soyut olarak hesaplanması yoluna başvurulamaz (bk., Bilge, 63). ETK. m. 713: «Müşteri mukavele veya örf ile muayyen zamanda semeni tediye etmediği surette bayi semeni dava edebildiği gibi alelûsul resmi bir ihtarnâme veya taahhütlü bir mektup ile münasip bir mehil tayin ederek müşteriyi ifayı taahhüde davet eder. Mezkûr mehil zarfında müşteri semeni tediye etmeyecek olursa bayi maddeci sabıkada muharrer usule tevfikân mebiî sattırarak bedelinden semeni istifa ve işbu satış bedeli ile semeni mebiî beynindeki farkı müşteriden istiyebilir. Mebiîin borsada ve piyasada rayiç bir fiyatı var ise bayi mebiî satmağa mecbur olmaksızın semeni mebiî ile berveçhi balâ muayyen mehilin hitamındaki borsa veya piyasa fiyatı beyninde mevcut farkı müşteriden istiyebilir.»

(20) Tandoğan, I/1, 210; Önen, 9.

(21) Bilge, 63.

Alıcı malı teslim almada (kabzda) temerrüde düşerse ne yapılacağı konusunda, adi satımlar açısından Borçlar Kanununda herhangi bir düzenleme yoktur. Bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Genellikle kabul edilen düşünceye göre, burada hem alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümler (BK. m. 90 - 95) hem de borçlu temerrüdünü düzenleyen hükümler (BK. m. 106 vd.) uygulanabilir (22).

Tacirler arasındaki ticari satımlar açınsındansa, Ticaret Kanununda özel bir düzenleme vardır. Buna göre, «Alıcı mütemerrit olduğu takdirde, satıcı, malın satışına izin verilmesini mahkemeden isteyebilir. Mahkeme, satışın açık artırma yoluyla veya bu işe memur edilen bir kimse marifetiyle yapılmasına karar verir. Satıcı talebederse satışa memur edilen kimse, satışa çıkarılacak emtianın vasıflarını bir ekspere tesbit ettirir. Satış masrafları satış bedelinden çıkarıldıktan sonra artan para, satıcının takas hakkı mahfuz kalmak şartıyla, satıcı tarafından alıcı namına bir bankaya ve banka bulunmadığı takdirde notere tevdi olunur ve keyfiyet hemen alıcıya bildirilir» (TK. m. 25/2) (23).

II — OLAYIMIZA BAKIŞ

Bunge A.S. ve TMO arasında yapılmış olan sözleşmenin 8 nci maddesine göre, satım konusu buğdayların Türkiye'ye gönderilmek üzere yüklenmesi 1 - 30 Haziran 1975 tarihleri arasında gerçekleştirilecektir. Ödeme ise, sözleşmenin 5 nci maddesine göre, satıcı lehine ilk yükleme-

(22) Bilge, 59.

(23) Özdemir, 72; Domanıç, 117. Borçlar Kanununun 212 nci maddesinin birinci fıkrası ile Ticaret Kanununun 25 nci maddesinin ikinci bendi arasındaki ilişki konusunda değişik görüşler vardır. 25 nci maddenin ikinci bendinin genel olarak ticari satımda alıcı temerrüdünü düzenlediğini kabul eden yazarlara (bk., Bilge, 63) göre, bu hüküm, Borçlar Kanununun düzenlemesi karşısında gereksiz olduğu gibi, mahkemeden karar alınmasını zorunlu kıldığı için hızlılık (sür'at) isteyen ticari satımlarda iyi sonuç vereceği de şüphelidir (bk., Bilge, 63; Karayalçın, 545). Buna karşılık ikinci görüş, 25 nci maddenin ikinci bendinin, Eski Ticaret Kanununun 712 nci maddesinin yeni Ticaret Kanununa alınmış hali olduğunu ve sadece alıcının malı teslim almada (kabzda) temerrüdünü düzenlediğini kabul etmektedir (bk., Poroy, 121 - 122). ETK. m. 712: «Beyi mukavelede gösterilen şeraite muvafık ve mukavelede sarahat olmadığı surette şeraiti kanuniyeyle cami ise müşteri mukavele veya örf ile muayyen müddet zarfında mebbii tesellüme mecburdur.

Müşteri bu mecburiyeti ifa etmediği halde bayi mümkün ise keyfiyeti müşteriye badelihtar devaii ticariyeyi rü'yetle mükellef olan mahkemeden ve bu mahkemenin bulunmadığı yerlerde sulh hâkiminden masarif

nin başlangıç tarihinden 15 gün öncesine kadar açtırlacak (gayri-kabili rücu, teyitli ve kısmi yüklemeye müsait, kabili devir) akreditifle sözleşmede belirtilmiş belgelerin ibrazında yapılacaktır.

Ancak, TMO, Maliye Bakanlığı'nın «satın alınan kadar buğdaya ihtiyaç olmadığı ve sözleşmedeki fiyatların çok pahalı bulunduğu» gerekçeyle döviz tahsis etmemesi yüzünden, yüklemeyi önce akreditif açtırma (yani semeni - satış bedelini ödeme) borcunu yerine getirememiş, dolayısıyla temerrüde düşmüştür.

Bunun üzerine Bunge A.S., satış bedelini ödemede temerrüdü nedeniyle tazminat istediğini TMO'ne yazılı olarak bildirmiştir. 8.12.1976 tarihinde Ankara Asliye Ticaret Mahkemesine açtığı bir dava ile de, Borçlar Kanununun 211 ve 212 nci maddelerine dayanarak, sözleşme fiyatı ile temerrüt tarihindeki fiyat arasında meydana geldiğini ileri sürdüğü 16.948.745 İsviçre franklık farkın (dava tarihindeki kur üzerinden Türk parası karşılığı 117.556.495,32 liranın) tazminat olarak ve %10 temerrüt faizi ile birlikte TMO'nden tahsiline karar verilmesini istemiş, döviz kurlarında ortaya çıkabilecek değişikliklerin yaratacağı taleplerini ise saklı tutmuştur.

ve hasarı müşteriye ait olmak üzere mebli muhafaza etmek için hemen bir yediadil iraesini isteyebilir. Bu talep üzerine mahkeme müşteriyi cebetmeksizin derhal bir yediadil tayin eder.

Bundan başka müşterinin mebli tesellümdeki teahhurundan mütevellit zarar ve ziyanı isteyebilir.

Meblin mahiyeti tevdi gayri müsait veya mebli mütesariülfesat yahut muhafazası kıymetine nazaran fazla masarifi veya ardiye ücreti tediyesine mütevakıf olduğu takdirde bayi mümkün ise keyfiyeti müşteriye badehtar mebli firkai anifede zikredilen mahkemeden müşteri davet edilmeksizin istihsal edeceği mezuniyet üzerine memuru mahsus marifetile veya müzayedede aleniye ile sattırabilir.

Meblin borsada veya piyasada rayiç bir fiyatı var ise bayi mahkemenin izniyle müzayedeye lüzum olmaksızın o fiyatla bizzat satmak hakkını haizdir.

Fıkara sabıka mucibince satılan mebliin satış masarifi tenzil edilerek esmanı bayi tarafından müşteri namına bankaya ve banka bulunmadığı halde diğer emin bir mahalle vaz ve tevdi olunmak lâzımdır. Mebli yediadde veya esmanı emin bir mahalle tevdi edildikten sonra keyfiyetin bayi tarafından hemen müşteriye ihbarı muktazidir.»

§ 4. DAVALININ SAVUNMASI

I — TALİKİ ŞART

A) KAVRAM

Teknik anlamıyla şart, hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının bağlandığı, geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olay'ı ifade eder (1).

Şu halde, hukuki anlamda bir şartın varlığından söz edilebilmesi için, hukuki işlemin hüküm ve sonuçları iradi olarak, geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaya bağlanmış olmalıdır.

Şart, iradi - tesadüfi şart, olumlu - olumsuz şart gibi ayırımlara tabi tutulabilmektedir. Bu ayırımlardan bir diğeri de taliki (geciktirici) - infisahi (bozucu) şart ayırımıdır.

Taliki şart, hukuki işlemin (sözleşmenin) hükümlerini doğurmasının bağlandığı, geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaydır. İnfisahi şartta ise, halen hükümlerini doğurmakta olan bir hukuki işlemin (sözleşmenin) sona ermesinin (ortadan kalkmasının) aynı nitelikleri haiz bir olaya bağlanması söz konusudur.

İster taliki ister infisahi olsun bir şartın varlığından söz edilebilmesi için, şart, tarafların iradelerinden kaynaklanmalıdır. Bu konudaki anlaşma açık (sarih) olabileceği gibi, örtülü (zımni) olması da mümkündür (2). Zımni belirlemede, taraf iradelerinin yorumlanmasından onların hukuki işlemin sonuçlarını bir şarta bağladıkları hükmü çıkarılabilmektedir.

B) HÜKÜMLERİ

Taliki şartta, taraflar, sözleşmenin kuruluşu yönünden iradelerini açıklamışlar ve bu açıklamalarıyla birlikte aralarında bir borç ilişkisi doğmuştur. Ancak, onlar, yine kendi serbest iradeleriyle hukuki işlemin (sözleşmenin) hükümlerini doğurmasını geleceğe ilişkin bir olayın gerçekleşmesine bağlamışlardır. Bu nedenle, taliki şartın hükümlerini incelerken, olayın gerçekleşmesinden önceki safha (askı safhası) ile olayın gerçek-

(1) «Şart» sözcüğünün değişik anlamları için bk., Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 2. Basi, İstanbul 1976, s. 991; Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 2. Basi, İstanbul 1977, s. 344.

(2) Tunçomağ, I, 992 - 993.

leşmesinden veya gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak anlaşılmasından sonraki safhayı (askı safhasının bitimini) birbirinden ayırmak zorunludur.

1 — Askı Safhasına İlişkin Hükümleri

Taliki şartta, iradelerin açıklanmasıyla birlikte taraflar arasında bir borç ilişkisi kurulmuş olur. Dolayısıyla, taraflar, tek taraflı iradeleriyle bu borç ilişkisini ortadan kaldıramazlar (ondan dönemezler). Ancak, sözleşmenin hükümlerini doğurması şartın (olayın) gerçekleşmesi anına kadar ertelenmiş olduğu için, borçlu ifa ile yükümlü değildir; alacaklı da ondan ifayı talep edemez.

Borçlu, askı safhasında ifaya zorlanamazsa da, alacaklının ifaya ilişkin beklenen (muntazar) hakkını zarara maruz bırakacak (borcun ifasına engel olacak) davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür (BK. m. 150/I). Bu yükümlülüğe aykırı hareketin müeyyidesi, Borçlar Kanununun 150 nci maddesinin üçüncü fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre, «Şartın tahakkukundan evvel yapılan temlik her tasarruf, şartın hükümlerini ihlâl ettiği nisbette batıldır.» Görüldüğü gibi, söz konusu madde ile yasaklanmış olan, şartın hükümleriyle bağdaşmayan tasarruf işlemleridir. Dolayısıyla, borçlu, serbestçe taahhüt işlemlerinde bulunabilecek demektir.

Borçlar Kanununun 150 nci maddesinin ikinci fıkrası, askı safhası (devresi) içinde, ifaya ilişkin beklenen hakkını koruma açısından alacaklıya da yetki vermiştir. Buna göre, «Şarta bağlı hakkı tehlikeye duçar edilen alacaklı, alacağı mutlak olan alacaklıların haklarını muhafaza için yapmağa selâhiyettar oldukları tedbirleri ittihaz edebilir.»

Askı safhası (devresi) içinde eşya hasara uğrarsa, buna borçlu katlanır (BK. m. 183/III). Yararların kime ait olacağı konusunda ise özel bir düzenleme getirilmemiştir. Sözleşme konusu şey, henüz şart gerçekleşmezden önce alıcıya teslim edilmişse, alacaklı, şart gerçekleştiği takdirde askı süresi içinde elde ettiği semerelerin mülkiyetini kazanır (BK. m. 151/I). Buna karşılık şart gerçekleşmezse, elde ettiği yararları borçluya geri vermekle yükümlüdür (BK. m. 151/II).

2 — Askı Safhasının Bitimine İlişkin Hükümleri

Şartın gerçekleşmesinden kasıt, olumlu (müspet) şart söz konusu ise, sözleşmede kararlaştırılmış bulunan olayın yine sözleşmede yer alan şartlar çerçevesinde meydana gelmesi; olumsuz (menfi) şart söz konusu ise, artık meydana gelmeyeceğinin kesin olarak anlaşılmasıdır.

Borçlar Kanununun 154 ncü maddesinde, bir de hükmî (farazî) gerçekleşme öngörülmüştür. Buna göre, «Şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir hareketle mâni olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur.»

İşte, her ne şekilde olursa olsun, şartın gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmenin hükümleri kendiliğinden etkisini göstermeye başlar. Ancak, bu hükümler, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, ileriye yöneliktir; yani şartın etkisi geçmişe yürümez. Gerçekten, Borçlar Kanununun 149 ncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, «İki taraf hilâfını kasdetmedikleri halde şarta bağlı akit, ancak şartın tahakkuku ânından itibaren hüküm ifade eder.»

Şartın gerçekleşmesiyle birlikte, artık borç muaccel hale gelmiş olacağı için ifa istenebilir, zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

Şartın gerçekleşmemesi halinde de askı safhası ortadan kalkar. Şart için öngörülmüş olan sürenin geçmesi veya dürüstlük ilkesine göre daha fazla beklemenin istenememesi hallerinde şart gerçekleşmemiş olur. Borçlar Kanununun 154 ncü maddesinin zıt anlamından hareketle, şartın iyiniyet kuralına aykırı olarak taraflardan birinin gayretleri sonucu gerçekleştirilmesi durumunda da şartın gerçekleşmediği kabul edilmektedir (3).

Şart gerçekleşmeyince, taraflar arasındaki borç ilişkisi (sözleşme) ortadan kalkar. Sözleşme konusu şey, askı safhası boyunca alacaklının elinde kalmışsa, o, şeyi ve bu süre içinde elde ettiği semereleri borçluya geri verir (BK. m. 151/II).

II — KUSURSUZ İMKANSIZLIK

A) KAVRAM

Kusursuz imkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan sonra fakat borçlunun temerrüdünden önce ortaya çıkan ve herhangi bir kusuru bulunmayan borçluyu sorumluluktan kurtaran imkânsızlıktır. Başka bir söyleyişle kusursuz imkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan sonra ortaya çıkan ve borçluya isnad edilemeyen bir kısım haller nedeniyle ifanın imkânsızlaşmasıdır.

Tanımından da anlaşıldığı gibi, imkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan (in'ikadından) sonra ortaya çıkmış olmalıdır. Sözleşmenin kuruluşu

(3) Feyzioğlu, 368.

anında mevcut imkânsızlığa Borçlar Kanununun 117 nci maddesi değil, Borçlar Kanununun 20 nci maddesi uygulanır. Yani sözleşme öncesi imkânsızlık, borçlunun sorumluluktan kurtulmasına değil, sözleşmenin gersiz (bâtil) olmasına yol açar (4).

Aynı şekilde, imkânsızlığın borçlu temerrüdünden önce gerçekleşmiş olması da zorunludur. Çünkü, temerrüde düşen borçlu kusursuz imkânsızlıktan da sorumlu tutulur (BK. m. 102) (5).

B) KUSURSUZ İMKANSIZLIĞA YOL AÇAN NEDENLER

Kusursuz imkânsızlığı yaratan nedenler, «beklenmeyen hal» ve «mücbir sebep» olmak üzere iki tanedir (6).

1 — Beklenmeyen Hal (Kaza)

Beklenmeyen (olağanüstü) hal, sözleşmenin kuruluşu (in'ikadı anında öngörülmesi mümkün olmayan ve sözleşmenin kaçınılmaz şekilde ihlâline yol açan bir olaydır (7). Şu halde beklenmeyen bir halin varlığından söz edilebilmesi için gerekli unsurlar şunlardır: a) Bir olay, b) öngörülemezlik, c) kaçınılmazlık, d) sözleşmenin ihlâli ve e) illiyet bağı (8).

2 — Mücbir Sebep

Mücbir sebep, borçlunun hâkimiyet (işletme) alanı dışında meydana gelip kaçınılmaz şekilde borcun (sözleşmenin) ihlâline yol açan ve sözleşmenin kuruluşunda öngörülmesi imkânı bulunmayan bir olayı ifade e-

(4) Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 1983, s. 220 - 221.

(5) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 5. Bası, İstanbul, 1985, s. 1339.

(6) Dural'a göre, «... borçlunun, borçtan kurtulması ya da tazminat borcu altına girmesi için, ölçü olarak, fevkalâde hal ya da mücbir sebebi yani borçlunun kusursuz ya da kusurlu olmasını alamayız. Ölçümüz, her ne sebeple olursa olsun, borçlunun sorumlu tutulabilip tutulamayacağıdır. Buysa, mücbir (sebep) ve fevkalâde hali de içine alan, fakat onlardan daha geniş bir kavramdır. Diğer bir deyişle, mücbir sebep ve fevkalâde hal, bazı hallerde borçluyu borçtan kurtarabildiği için, bu kıstasın içine girerler, fakat yegâne ve her zaman borçtan kurtaran bir durum yaratmazlar. Ayrıca bunların dışında kalan haller de vardır» (bk., Dural, Mustafa, İmkânsızlık Kavramı ve Türleri, Batider, C. 7, 1973, s. 54).

(7) Tekinay, II, 1341; Tunçomağ, I, 816; Reisoğlu, 230.

(8) Bu konuda bk., Eren, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 139 vd..

der (9). Mücbir sebebin unsurları ise, a) bir olay, b) işletme dışılık (haricilik), c) öngörülemelik, d) kaçınılmazlık, e) sözleşmenin ihlali ve f) illiyet bağı olmak üzere altı tanedir (10).

Mücbir sebep ile beklenmeyen hal, niteliği itibarıyla aynıdır. Mücbir sebebi beklenmeyen hal'den ayıran özellik, birincisinde «kaçınılmazlık» unsurunun daha şiddetli olması ve ayrıca «haricilik» yani «işletme dışı» olmasıdır(11).

Gerek beklenmeyen hal ve gerek mücbir sebebin öngörülemelik unsurunun belirlenmesinde, tacirler için öngörülmüş bulunan «basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü» (TK. m. 20/II) önem taşır. «Zira mücbir sebep veya beklenmeyen halin mevcut olabilmesi için (imprévisible - önceden keşfolunamıyan, kestirilmesi mümkün olmayan, sezilemiyen...) bir halin sonradan ortaya çıkmış olması lâzımdır. Basiretli iş adamından beklenen ihtimam derecesi dolayısıyla mücbir sebep veya beklenmeyen hal iddiası pek istisnai hallere inhisar eder» (12). Tacirler, sözleşme şartlarını belirlerken ve ifaya yönelik tedbirleri alırken daha dikkatli hareket etmek ve daha fazla özen göstermek mecburiyetindedirler (13).

C) HÜKÜMLERİ

Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, «Borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sâkit olur.»

(9) Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, Ankara 1986, s. 216; Eren, İlliyet Bağı, 176; Tunçomağ, I, 816.

(10) Eren, İlliyet Bağı, 177 vd..

(11) Eren, İlliyet Bağı, 176.

(12) Karayalçın, 219.

(13) HGK. 21.6.1967, E. 1966/T - 1280, K. 309, «... Davalıya karşı yol inşasını taahhüt eden davacının bu taahhüdün ifasında basiretli bir tacir gibi hareket etmesi iktiza eder. Bu taahhüde ait mukavelenin yapılması sırasında müteahhidin bu silindiri temin edebileceği yerlere müracaatla akdin ifası zamanı için bunu temin ettiği takdirde taahhüde girmesi içabederdi» (İKİD, C. 4, 1966 - 1970, s. 1430 - 1432); 13. HD. , E. 1981/2749, K. 1981/3288, «... Döviz transferlerinin zamanında yapılmamasının zorlu neden olduğu da sözleşmede belirtilmiş değildir. Üstelik, böyle bir neden, BK. m. 117 anlamında borcun sönmesine yol açmaz. Türkiye genelinde yıllar yılı döviz sıkıntısının süre geldiği de herkesin bildiği bir gerçektir. Davacının bu gerçeği gözeterik ihaleye girmesi, edimini zamanında yerine getirmesinin önlemlerini alması tedbirli bir tacir olarak davranmasının bir gereğidir» (YKD., C. 7, S. 8, 1981, s. 1024 - 1025).

Bu açıdan, imkânsızlığın beklenmeyen hal veya mücbir sebepten kaynaklanması arasında fark yoktur (14).

İmkânsızlık halinin gerçekleşmesiyle birlikte, taraflar arasındaki borç ilişkisi ve dolayısıyla borçlunun ifa yükümlülüğü ortadan kalkar (BK. m. 117/I). Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme varsa, borçlu, karşılık (mütekabil) edimi isteme hakkını da yitirir (BK. m. 117/II, c. 1). Ancak, sözleşmede bu hükmün aksi kararlaştırılabileceği gibi, bir kanun hükmüyle getirilmiş istisnalar (meselâ, BK. m. 183/I) saklıdır (BK. m. 117/II, c. 3).

Karşı taraf edimini kısmen veya tamamen yerine getirmiş ise, ifa yükümlülüğünden kurtulan borçlu bunları geri vermek mecburiyetinde kalmaz. Geri verme (iade), sebepsiz zenginleşme kurallarına (BK. m. 61 vd.) göre olur (BK. m. 117/II, c. 1). Dolayısıyla, geri vermeye ilişkin davaya da sebepsiz zenginleşme zamanasını uygulanır (BK. m. 66).

III — OLAYIMIZA BAKIŞ

Davalı TMO, Bunge S.A. tarafından açılan davaya karşı iki ayrı esasa dayanarak savunmada bulunmuştur :

A) BİR TALİKİ ŞARTIN VARLIĞI VE ŞARTIN GERÇEKLEŞMEDİĞİ

Sözleşme, akreditifin açılması şartına bağlı tutulmuştur. Akreditifin açılması için gerekli izni verecek merci (makam) ise başkasıdır (Maliye Bakanlığı'dır). Akreditif açılmasına izin verilmediği için (taliki) şart gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla sözleşme, Borçlar Kanununun 149 ncu maddesi gereğince hüküm ifade etmeyecektir (ortadan kalkacaktır) (15).

(14) Tekinay, II, 1343.

(15) TMO'nin savunması, Genel Kurul kararında şu şekilde ifade edilmiştir: «Davalı TMO., davaya karşı iki savunmada bulunmuştur. Bunlardan birincisi; akreditifi açacak, akreditifin açılmasına izin verecek merciin başka olduğu (Maliye Bakanlığı), sözleşmede de ödemenin akreditifin açılması şartına bağlı bulunduğu, bunun bir taliki şart olduğu, yetkili merciin akreditifin açılmasına izin vermemesi nedeniyle taliki şart gerçekleşmediği cihetle sözleşmenin, BK.nun 149. maddesi gereğince hüküm ifade etmediğidir» (bk., HGK. 18.4.1984, E. 1984/11 - 139, K. 1984/426, YKD, C. 11, S. 3, 1985, s. 324).

B) KUSURSUZ İMKANSIZLIK

Türk Hukukunda döviz tahsisatı Maliye Bakanlığı tarafından gerçekleştirilmektedir. Olayda, TMO'nin samimi ve ciddi çabalarına rağmen tahsisat yapılmamıştır. Bunda TMO'nin kusuru yoktur, yani kusursuz imkânsızlık nedeniyle borç ortadan kalkmıştır (BK. m. 117/1) (16).

§ 5. OLAYIN HUKUKİ ÇÖZÜMÜ

I — MAHALLİ MAHKEMENİN RED KARARI İLE HGK'NUN BUNU ONAYAN KARARI

Mahalli mahkeme (Ankara Üçüncü Asliye Ticaret Mahkemesi), davalı TMO tarafından ileri sürülen «taliki şart» savunması üzerinde hiç durmamış, buna karşılık ikinci savunmayı (yani «kusursuz imkânsızlık» savunmasını) yerinde bularak davayı kusursuz imkânsızlık (BK. m. 117) nedeniyle reddetmiştir.

Davacı kararı temyiz etmiş ve karar Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi tarafından 27.11.1979 gün ve 1979/4030 - 5444 sayılı ilâmiyla bozulmuştur.

Mahalli mahkemenin kararında direnmesi üzerine anlaşmazlık Hukuk Genel Kurulu'na gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu, 16.2.1983 gün ve E. 1981/11 - 440, K. 1983/133 sayılı kararıyla, «... Türkiye'de uygulanan kambiyo rejimine göre, akreditif açılması, ancak Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmesine bağlı olup, davalı kendiliğinden akreditif açtırma yetki ve iktidarına sahip bulunmadığına ve akreditif açılması için yasalara göre gerekli bütün girişimlerde bulunmuş olmasına rağmen olumlu bir sonuç elde edilmemesi olgusunun davalıya atfı kabil bir kusur olarak nitelendirilmesi mümkün olamayacağına ve esasen, uluslararası ticaret yapan davalı firmanın Türk Kambiyo Mevzuatını bilerek ve sonuçlarını hesaba katacak sözleşme yaptığını kabul etmek gerektiğine göre, usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması»na karar vermiştir (1).

(6) «Davalı TMO'nin ikinci savunması ise, (... Türk mevzuatı gereğince döviz tahsislerinin Maliye Bakanlığınca yapıldığı, bu halin ise BK.nun 117. maddesindeki imkânsızlık durumunu doğurduğu, bütün samimi ve ciddi uğraşlarına rağmen Maliye Bakanlığının döviz tahsis etmemesinde kendilerinin bir kusuru da bulunmadığı, bu nedenle bu madde hükmü gereğince borcun ortadan kalktığı hususuna ilişkindir.»

(1) YKD, C. 9, S. 10, 1983, s. 1437.

II — ÖZEL DAİRENİN BOZMA KARARI İLE HGK'NUN KENDİ ONAMA KARARINI KALDIRAN VE MAHALLİ MAHKEMENİN DİRENME KARARINI BOZAN KARARI

Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi, 27.11.1979 gün ve 1979/4030-5444 sayılı ilâmiyla mahallî mahkemenin kararını bozmuştur. Özel Daire'nin gerekçesi aynen şöyledir: «... Davalı TMO., 3461 sayılı Yasayla kurulmuş ve 440 sayılı Yasaya tâbi sermayesinin tamamı devlete ait bir kamu iktisadi teşebbüsüdür. Kamu iktisadi teşebbüsleri, 440 sayılı Yasanın 1/1. maddesi gereğince «ticari esaslara göre faaliyet gösterirler.» Yine aynı Yasanın 1/2 ve 3461 sayılı Kuruluş Yasası statü bölümünün ilk fıkrasına göre davalı TMO. «özel hukuk hükümlerine» tabidir. Görevi itibarıyla da geniş miktarda hububat vs. nin alım - satımını yapmaktadır. O halde davalı TMO., TTK. nun 12/1, 14/1 ve 21/1. maddeleri gereğince tacir niteliğini haiz bir kuruluştur. Bu durumda da ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gereklidir (TTK. 20/2).

Sözleşmenin 5. maddesindeki, ödemenin açtırılacak gayrikabili rücu akreditifle yaptırılacağı hususundaki hüküm, bir taliki şart değil, davalı TMO.nin yüklendiği bir vebceden ibarettir. Uluslararası ticarete ödemelerin genellikle gayrikabili rücu ve teyidli akreditifle yapıldığı bilinen bir husustur. Diğer yandan yabancı firmanın Türk mevzuatını bildiği ve ya bilmesi gerektiği de kabul olunamaz. Ancak, bu mevzuatı bilmesi gereken davalı TMO.nin buna uygun tedbirleri alması gerekirken, almadığı, döviz tahsisini sağlayamamasından anlaşılmaktadır. Borca konu olan şey hakkında ithal, ihraç, ticaret yasağı konması bir hukuki imkânsızlık doğurur. ... Davalı TMO.nin akreditif açtırmaması sonradan çıkarılmış bir yasa ve alınan bir hükümet kararıyla da olmadığı (yani borcun ifası bir hukuk kuralı ile yasaklanmadığı...), uyulması gereken bir döviz sınırlaması getirilmediği, dosya münderecatından anlaşılmaktadır. Hatta, Maliye Bakanlığı'nın, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'na yazdığı 3.8.1978 gün ve 52857 (39738) sayılı yazı içeriğinden anlaşıldığına göre, döviz tahsis edilmemesinin nedeni döviz yokluğu da olmayıp sadece sözleşmedeki buğday fiyatlarının pahalı bulunmasından ibarettir. Bu durumda, Borçlar Kanununun 117. maddesinin anladığı anlamda bir imkânsızlıktan da söz etmek olanaksızdır. Bilindiği üzere, imkânsızlık ister objektif, ister sübjektif olsun, eğer borçlunun bunda kusuru varsa, yine de sorumlu olur. ... Borçlu ancak kendisine hiç bir kusurun izafe edilemeyeceğini kanıtlarsa, borçtan kurtulur ve tazminatla sorumlu olmaz (BK. 96). Kusurlu imkânsızlık alıcıyı sorumluluktan kurtarmaz. Bir ifanın yalnız borçlu için değil, genel olarak, başkaları tarafından da erişilmez, başa çıkılmaz veya umulmaz sayılması halinde hukuki anlamda objektif bir imkân-

sızlıktan söz edilir. Ancak, bir malı satan kimsenin, sonradan mal fiyatları yükseldiği için zarar etmesine, ifayı imkânsız kılan bir olay gözüyle bakılamaz. ... Tabiatıyla, aynı görüşten hareketle, bir malın fiyatının, sözleşmedeki fiyattan daha aşağı düşmesi halinde de, alıcı bakımından, malı satın almak hususunda bir imkânsızlıktan söz edilemez. Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi ise sadece bu nedene dayanmaktadır. Oysa, davalı döviz tahsis edecek merciin Maliye Bakanlığı olduğunu bildiği cihetle, ya sözleşmenin imzalanmasından önce Maliye Bakanlığından gerekli tasvibi alması veya uyuşmazlık konusu sözleşmeden sonra yaptığı uluslararası alım - satım sözleşmelerinde yaptığı gibi, (29 Haziran 1977 gününde ihaleye çıkarılan pirinç ithaline ilişkin alım şartnamesinin XVII/2. maddesi), sözleşmeye «yetkili merciler tarafından ithalât için lisans verilmediği takdirde alıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenmeyecektir» şeklinde bir hüküm koyması gerekirdi. Bu halde ancak basiretli bir tacir gibi davranmış olurdu. İsviçre Federal Mahkemesi de, iki kararında yukarıdaki görüşü teyid etmiştir. Birincisinde, davalı satıcı davacıya bir vagon çikolata satmış, ancak satıcının satıcısı çikolataların ihracı için İsviçre mercilerinden gerekli ihrac iznini alamamıştır. Davalı satıcı BK.nun 117. maddesindeki imkânsızlığa dayanarak davanın reddini istemiştir. Federal Mahkeme; nev'iyle tayin edilmiş bir borç olduğunu da nazara alarak savunmayı red ile davayı kabul etmiştir. ... İkincisinde de, davalı içinde kiracı bulunan taşınmazını davacıya kiralamış ve kendi kiracısı hakkında da tahliye davası açmıştır. Ancak açtığı tahliye davası mahkemece reddedilmiş ve bu suretle mecuru kiracıya teslim edememiştir. Davacı da, kira ile tuttuğu başka bir yerin kirası ile davalı ile yaptığı anlaşmadaki kira farkını tazminat olarak istemiştir. Federal Mahkeme burada bir imkânsızlığın varlığını kabul etmekle birlikte, bu imkânsızlıktan davalının sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Gerekçesinde de davalının, halen mecurda kiracının ikamet etmekte bulunduğunu, kiracıları koruyan bir yasanın mevcut olduğunu, kiracının buna dayanarak kendisini savunacağını bildiği ve bilmesi gerektiğini, davalının bu hususları gözönünde tutması lâzımgeldiğini, vecibesini kat'i surette yerine getirebilip getiremeyeceğini önceden inceleyerek taahhüt altına girmesi gerektiğini, bu nedenle BK.nun 117. maddesindeki imkânsızlığa dayanamayacağını ileri sürmüştür. ...

Bütün bu açıklamalardan, davalı TMO.nin bir imkânsızlık ile akti vecibesini ifa edemediği anlaşılmalı birlikte, bu imkânsızlık kendisinin basiretli ve tedbirli davranmaması sonucu olduğundan, bu kusurlu davranışı sonucu doğan imkânsızlığa BK.nun 117. maddesine dayanarak istinat edemeyeceğinden, zamanında akreditifi açtırmamanın sonuçlarına katlanması gerektiğinin kabulü gerekir. Bu itibarla, mahkemece işin esa-

sına girilerek başka nedenlerle davacının tazminat isteme hakkı olup olmadığı, varsa ne nisbette tazminata müstahak olduğu, özellikle BK.nun 96, 106, 107, 108, 212 ve 98. maddeleri de gözönüne alınarak araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır. ...» (2).

Mahalli mahkeme kararında direnince anlaşmazlık HGK'na gelmiş, HGK ise, 16.2.1983 gün ve E. 1981/11 - 440, K. 1983/133 sayılı kararıyla mahallî mahkemenin hükmünü onamıştır.

Bunun üzerine davacı karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Konuyu yeniden görüşen Genel Kurul, önceki onama kararını kaldırarak mahallî mahkemenin direnme kararını bozmuştur.

Hukuk Genel Kurulu'nun düzeltme kararı ise aynen şöyledir: «... Davacı Bunge S.A. (ihracatçı) ile davalı TMO. (ithalatçı) arasında 50.000 tonluk buğday alım - satımı konusunda 10.11.1974 günlü sözleşme düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesi gereğince yükleme 1 - 30 Haziran 1975 tarihleri arasında yapılacak ve 5. maddesine göre de «ödeme, satıcı lehine, ilk yüklemenin başlangıç tarihinden en geç 15 gün öncesine kadar açtırılacak gayrikabili rücu, teyitli ve kısmî yüklemeye müsait, kabili devir akreditifle, aşağıdaki vesikaların ibrazında ..., yapılacaktır.»

Yüklemeden önce akreditif açtırma (semeni ödeme) borcunu davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın 11.4.1975 ve 26.10.1975 günlü yazıları içerdiğinden anlaşıldığına göre; bu Bakanlığın, satın alınan kadar buğdaya ihtiyaç olmadığı ve sözleşmedeki fiyatların çok pahalı bulunduğu, gerekçeleriyle döviz tahsis etmemesi nedeniyle, yerine getirememesi üzerine, davacı, satıcı Bunge S.A., 13.6.1975 günlü yazısı ile, davalı TMO.'nin temerrüde düşmüş olduğunu belirterek tazminat istediğini bildirmiş ve sonrada iş bu davayı açmıştır.

Davacı Bunge, S.A., 8.12.1976 tarihinde açtığı işbu dava ile, BK.nun 211 ve 212. maddeleri hükümlerine dayanarak, sözleşme fiyatı ile temerrüt tarihindeki fiyat arasında meydana geldiğini ileri sürdüğü 16.948.745 İsviçre franklık farkın, dava tarihindeki kur üzerinden Türk Parası karşılığı 117.556.495,32 liranın, tazminat olarak ve %10 temerrüt faizi ile birlikte davalı TMO.'dan tahsiline karar verilmesini istemiş, döviz kurlarında vaki olabilecek değişikliklerden doğacak istemlerini saklı tutmuştur.

Bilindiği üzere, BK.nun 211/1. maddesine göre, satılanın ancak se-

(2) HGK. 16.2.1983, E. 1981/11 - 440, K. 1983/133 (YKD, C. 9, S. 10, 1983, s. 1435 vd.).

menin tediyesinden sonra veya tediyesi akabinde teslim edilmesi gereken hallerde, alıcı tediye den temerrüt ederse, satıcı, hiç bir merasime muhtaç olmaksızın, satımı feshedebilir. Yine, BK.nun 212/2. maddesi hükmü gereğince de «Satılan borsada kayıtlı olan veya cari fiyatı bulunan emtiadan ise, satıcı, bunu diğerine (bir başkasına) satmaya muhtaç olmaksızın, satılanın semeni ile tediye için muayyen olan vade gününün fiyatı arasındaki farkı, zarar ve ziyan olmak üzere, alıcıdan talep edebilir.»

Davalı TMO., davaya karşı iki savunmada bulunmuştur. Bunlardan birincisi; akreditifi açacak, akreditifin açılmasına izin verecek merciin başka olduğu (Maliye Bakanlığı), sözleşmede de ödemenin akreditifin açılması şartına bağlı bulunduğu, bunun bir tâliki şart olduğu, yetkili merciin akreditifin açılmasına izin vermemesi nedeniyle tâliki şart gerçekleşmediği cihetle sözleşmenin, BK.nun 149. maddesi gereğince, hüküm ifade etmediğidir. Ancak, sözleşmenin 5. maddesindeki, ödemenin açılacak akreditifle yapılacağına ilişkin hüküm, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsisi ve bunun üzerine yapılacak döviz transferiyle ilgili olmayıp, uluslararası ticarete genellikle kullanılan vesikalı akreditif işlemi ifade etmekte olup, bu nedenle sadece ödemenin zaman ve şeklini gösteren bir hükümden ibarettir ve bu itibarla tâliki şartla yakından uzaktan bir ilişkisi mevcut değildir.

Öte yandan, döviz transferinin Maliye Bakanlığı'nın müsaadesine bağlı olduğu hususunu yabancı satıcının da bildiği veya bilmesi gerektiği yönü de durumu değiştirmez. Çünkü, bu yabancı satıcının, TMO.'nin buğday ithalatını ihaleye çıkardığını görünce, gerekli döviz transfer müsaadesinin TMO. tarafından alınmış olduğunu düşünmesi gayet normaldir. Esasen ihale ilanının 1. maddesindeki, ihalenin serbest dövizle yapılacağına ilişkin hüküm de satıcıda bu fikrin uyanması için diğer bir nedendir.

Bundan başka, her iki tarafın, buğday bedelinin transferinin Maliye Bakanlığı'nın iznine tâbi olduğunu ve ileride Maliye Bakanlığı'nın, belki de bu izni vermeyeceğini bilmeleri de durumu etkileyecek nitelikte değildir. İşin yapılmama ihtimali olduğunu tarafların bilmeleri, işin kendiliğinden bir şarta muâllak olmasını gerektirmez; taraflardan biri, belki edimini yerine getiremeyeceğini bilerek bir borç altına girerse tehlikeyi üzerine almış olur ve bunun doğal sonucu olarak da, borcun yerine getirilmemesinden sorumlu tutulur.

Bütün bu nedenlerle, davalının tâliki şart savunması gözönüne alınamaz. Nitekim, ne mahkeme, ne de Özel Daire bu savunma üzerinde durmamıştır.

Davalı TMO.'nin ikinci savunması ise, (... Türk mevzuatı gereğince döviz tahsislerinin Maliye Bakanlığı'nca yapıldığı, bu halin ise BK.nun 117. maddesindeki imkânsızlık durumunu doğurduğu, bütün samimi ve ciddi uğraşlarına rağmen Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesinde kendilerinin bir kusuru da bulunmadığı, bu nedenle bu madde hükümü gereğince borcun ortadan kalktığı) hususuna ilişkindir.

Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, özellikle bu ikinci savunma üzerinde yoğunlaşmış; mahkeme bu halin bir «kusursuz imkânsızlık» doğurduğunu kabul etmiş, Özel Daire ise, (... olayda bir imkânsızlığın mevcut olmadığı, olsa bile davalının bu imkânsızlığın doğumunda kusurlu bulunduğu ve bu nedenle, davalının döviz transfer edilmemesinin sonuçlarından sorumlu olduğu ve davacının, diğer koşulları varsa, tazminat isteyebileceği ...) görüşünü benimsemiştir.

Bilindiği ve gerek öğretilerde, gerekse uygulamada oybirliği ile benimsendiği üzere, BK.nun 117. maddesi anlamında bir imkânsızlığın mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için üç koşulun birlikte var olması gerekmektedir. Bunlar da; imkânsızlığı doğuran olay veya durumun sonradan meydana çıkması; bunun önceden tahmin edilemez ve önlenemez olması; bu imkânsızlığın doğumuna borçlunun kendi fiili (kusuru) ile sebebiyet vermemiş bulunması koşullarıdır.

Davalının savunduğu gibi, olay tarihinde, Türk İthalat Rejimi gereği, Maliye Bakanlığı tahsis yapmadıkça döviz transfer edilememektedir. Nitekim, olayda da sözleşmedeki hükme rağmen, Maliye Bakanlığı sonradan ve borcun ifası gerektiği sırada döviz transferine müsaade etmemiştir. Ancak, Maliye Bakanlığı'nın bu yetkisi sözleşmenin yapıldığı tarihte de vardı, ifa zamanında da mevcuttu; ne Maliye Bakanlığı'nın yetkilerinde sonradan bir değişiklik yapılmış, ne de herhangi bir yeni mevzuat buğday ithalatını yasaklamıştır. O halde, olayda, sonradan çıkmış bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır.

Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi beklenilmeyen bir hadise olarak da nitelendirilemez. Gerçekten, davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmesi için büyük çabalar harcamıştır. Ancak, bu yeterli değildir. Türk mevzuatını ve özellikle Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etme veya etmeme hususundaki yetkilerini herkesten daha iyi bilmesi ve basiretli ve tedbirli bir tacir olarak davranması gereken davalı TMO., Bakanlığın yetkisini kullanarak döviz tahsis etmeyebileceğini düşünmek ve sözleşmeye ona göre hüküm koymak durumundadır. Nitekim, bu uyuşmazlıktan sonra yaptığı sözleşmelere davalı TMO., «Türkiye'deki yetkili merciler tarafından ithalat için lisans verilmediği takdirde, alıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenmeyecektir» hükmünü koymuştur.

Sözleşmeye etkili olabilecek bir yetkinin başka bir merci elinde olduğunu bilen bir kimsenin, o merciin bu yetkisini şöyle veya böyle kullanabileceğini bildiği veya bilmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Bu durumda da, o merciin yetkisini şu veya bu yönde kullanması beklenilmeyen, tahmin edilemeyen bir olay olmaktan çıkar. O halde, davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi keyfiyetine, önceden tahmin edilemeyen bir faktör olarak dayanamaz.

Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi bir imkânsızlık olarak kabul edilse dahi, bu imkânsızlığın doğumuna davalı TMO. kendi fiiliyle (kusuruyla) sebebiyet vermiştir. Şöyle ki, yukarıda değinildiği gibi, Türk ithalat rejimi ve Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis edip etmeme hususundaki yetkilerini bilen davalı TMO. buna karşı gerekli tedbirleri alabilir, daha önceki sözleşmelerde olduğu gibi döviz tahsisini daha önceden yaptırabilir veya hiç olmazsa, daha sonraki sözleşmede yaptığı gibi, ithalatı yetkili merciin döviz tahsis şartına bağlayabilirdi. Gerekli tedbirleri almadan borç altına giren kimsenin, alabileceği tedbirlerin önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması, kabul edilebilecek bir durum değildir.

O halde, olayda, BK.nun 117. maddesi anlamında bir imkânsızlıktan veya kusursuz bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır.

Bu durumda, yukarıda açıklanan ve Genel Kurulca da benimsenen Özel Daire bozma ilâmındaki gerekçelerle yerel mahkemenin direnme kararının bozulması gerekirken, her nasılsa onandığı anlaşıldığından, HUMK.nun 440 ve 442. maddeleri gereğince karar düzeltme isteğinin kabulü ve Hukuk Genel Kurulu'nun 16.2.1983 gün ve 1981/11 - 440 esas, 133 karar sayılı onama kararının kaldırılması ve direnme kararının Özel Daire bozma ilâmında ve yukarıda yazılı nedenlerle bozulması cihetine gidilmiştir» (3).

III — DAVACININ AKDİ FESHİNDE HAKLI OLUŞU

A) ALICININ TEMERRÜDÜ

Bunge S.A. ile TMO arasındaki sözleşme, tarafların tacir sıfatına sahip bulunmaları ve aynı zamanda bir ticari işletmeye ilişkin olması nedeniyle ticari bir satım sözleşmesidir. Dolayısıyla, ticari satımda alıcı temerrüdünü düzenleyen hükümlere tâbi tutulması gerekmektedir.

(3) HGK. 18.4.1984, E. 1984/11 - 139, K. 1984/426 (YKD, C. 11, S. 3, 1985, s. 321 vd..)

Davalı TMO, alıcı temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel olmak (başka bir ifadeyle sorumluluktan kurtulmak) için ileri sürdüğü savunmalarının birincisinde, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsisinde bulunmasının sözleşme açısından bir «taliki şart» niteliği taşıdığını iddia etmiştir. Yani, TMO'ne göre, sözleşmenin hüküm ifade etmesi Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmesi şartına bağlanmıştır. Maliye Bakanlığı ise, döviz tahsis etme yetkisini olumsuz yönde kullanmış yani döviz tahsis etmemiştir. Dolayısıyla şart gerçekleşmemiştir ve Borçlar Kanununun 149 ncu maddesi gereğince sözleşme ortadan kalkmış olduğu için dava reddedilmelidir.

Mahalli mahkeme ve Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi, TMO'nin taliki şart savunması üzerinde hiç durmamışlardır. Hukuk Genel Kurulu ise, onama kararında konuya temas etmemiş, fakat düzeltme kararında burada bir taliki şartın söz konusu olmadığını belirtmiştir. Genel Kurul'a göre, sözleşmenin, ödemenin akreditifle yapılacağına ilişkin 5 nci maddesi, uluslararası ticarete sık başvurulmuş vesikalı akreditif işlemini ifade etmektedir ve sadece ödemenin zaman ve şeklini gösteren bir hükümden ibarettir. Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsisi ve buna dayanılarak yapılacak döviz transferiyle ilgisi yoktur. Tarafların, buğday bedelinin transferinin Maliye Bakanlığı'nın iznine tâbi olduğunu ve Maliye Bakanlığı'nın ileride bu izni vermeyebileceğini bilmeleri de durumu etkilemez. «İşin yapılmama ihtimali olduğunu tarafların bilmeleri, işin kendiliğinden bir şarta muallak olmasını gerektirmez; sözleşme ile bağlı olmak istemeyen taraf bunu açıkça, şart olarak sözleşmeye koymalıdır; taraflardan biri, belki edimini yerine getirmeyeceğini bilerek bir borç altına girerse tehlikeyi üzerine almış olur ve bunun doğal sonucu olarak da, borcun yerine getirilmemesinden sorumlu tutulur. Bütün bu nedenlerle, davalının taliki şart savunması göz önüne alınamaz.»

Daha önceki açıklamalarımızdan da hatırlanacağı üzere, taliki şart, hukuki işlemin (sözleşmenin) hüküm ifade etmesinin (hükümlerini doğurmasının) bağlandığı, geleceğe ilişkin ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaydır. Başlıbaşına ele alınırsa, Maliye Bakanlığı'nın somut bir olayda döviz tahsis edip etmeyeceği vakasının şart olarak kararlaştırılması mümkündür. Ancak, karara konu olayda, Bunge, S.A. ile TMO arasında bu yönde yapılmış bir anlaşma mevcut değildir. Böyle bir durumda, belki zımnî (örtülü) bir kararlaştırmanın söz konusu olup olmadığı tartışılabilir. Nitekim, Genel Kurul kararından anlaşıldığına göre, TMO tarafından bu şekilde bir iddia ileri sürülmüştür. Fakat, Genel Kurul'un da isabetle belirttiği gibi, tarafların sadece bu durumu bilmeleri, zımnen de olsa bir taliki şart anlaşmasının yapıldığını göstermez. Dö-

viz tahsis etme yetkisine sahip bir idari makamın, bu yetkisini olumlu yönde olduğu kadar olumsuz yönde kullanması da normal bir durumdur. Olumlu sonucu sağlamakla yükümlü olan ise TMO'dur. Bunge S.A., normal olarak, kendisine buğday satın almak üzere başvuran TMO'nin gerekli döviz tahsisatını sağladığını düşünecek ve buna göre hareket edecektir. Bu durum, Genel Kurul kararında «... yabancı satıcının, TMO'nin buğday ithalatını ihaleye çıkardığını görünce, gerekli döviz transfer müsaadesinin TMO. tarafından alınmış olduğunu düşünmesi gayet normaldir...» şeklinde ifade edilmiştir.

Şu halde, TMO tarafından ileri sürülmüş olan taliki şart savunması yerinde değildir; Hukuk Genel Kurulu kararında belirtilen düşünce isabetlidir.

TMO'nin ileri sürdüğü ikinci savunma ise, «kusursuz imkânsızlık»tır. Buna göre, Türk Hukukunda döviz tahsis etme yetkisi Maliye Bakanlığı'na aittir. Ancak, TMO'nin samimi ve ciddi çabalarına rağmen tahsisat yapılmamıştır. Bunda TMO'nin herhangi bir kusuru yoktur. Maliye Bakanlığı'nın bu tutumu kusursuz imkânsızlık hukuki durumunu yaratmıştır ve bu nedenle borç ortadan kalkmıştır (BK. m. 117).

Kusursuz imkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan sonra ve fakat borçlunun temerrüdünden önce, borçlunun herhangi bir kusuru bulunmaksızın ortaya çıkan bir olay nedeniyle ifanın imkânsızlaşmasıdır. Kusursuz imkânsızlığın gerçekleşmesiyle birlikte borçlu sorumluluktan kurtulur (BK. m. 117).

Öğretide hâkim olan görüşe göre, kusursuz imkânsızlığa yol açan nedenler «beklenmeyen hal» ve «mücbir sebep» olmak üzere iki tanedir. Beklenmeyen hal, sözleşmenin kuruluşu anında öngörülmesi mümkün olmayan ve kaçınılmaz bir şekilde sözleşmenin ihlâline yol açan bir olaydır. Mücbir sebep ise, borçlunun hâkimiyet alanı (işletmesi) dışında meydana gelip, sözleşmenin kuruluşu anında öngörülmesi imkânı bulunmayan ve kaçınılmaz bir şekilde sözleşmenin ihlâline yol açan bir olayı ifade eder. Beklenmeyen hal ile mücbir sebebi ayırmaya yarayan iki önemli farktan biri, mücbir sebepteki kaçınılmazlığın beklenmeyen hale nazaran daha şiddetli olması; ikincisi ise, mücbir sebebin mutlaka borçlunun hâkimiyet (işletme) alanı dışında meydana gelen bir olay olmasıdır. Beklenmeyen hal, işletme içinden kaynaklanabileceği gibi işletme dışı da olabilir.

Görüldüğü gibi, beklenmeyen halden söz edilebilmesi için, diğerleri yanında, öngörülemezlik ve kaçınılmazlık unsurlarına; mücbir sebepte de, işletme dışılık, öngörülemezlik ve -daha ağır dozda olmak üzere- kaçınılmazlık unsurlarına ihtiyaç vardır.

Bu açıklamalar ışığında olaya dönecek olursak, kanaatimce, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi beklenmeyen hal olarak nitelendirilemeyeceği gibi, mücbir sebep olarak da nitelendirilemez.

Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis talebini reddetmesinden sonra, akreditifle gerçekleştirilecek bir ödemede ifa imkânsızlığının kaçınılmaz olduğu söylenebilir. Ancak, döviz tahsisine ilişkin bir talebin Maliye Bakanlığı tarafından reddedilebileceği ihtimalinin, sözleşmenin kuruluşu anında hiç öngörülemeyeceği iddia edilemez. Zira, Genel Kurul kararında da belirtilmiş olduğu gibi, sözleşmenin kuruluşundan önceki tarihlerde bile döviz tahsis etme yetkisi Maliye Bakanlığı'na ait bulunmaktadır. Maliye Bakanlığı, istenenin aksine, yetkisini olumsuz yönde kullanmış ve döviz tahsisi talebini reddetmiştir. Bu nedenle, olayda, beklenmeyen halin veya mücbir sebebin yol açtığı bir kusursuz imkânsızlık hali söz konusu değildir. Halbuki, döviz tahsis etme yetkisi, Maliye Bakanlığı'na sözleşmenin kuruluşundan sonra çıkarılan bir düzenlemeyle tanınmış olsaydı veya Maliye Bakanlığı, sözleşmenin kuruluşundan önce yaptığı döviz tahsisini sözleşmenin kuruluşundan sonra aldığı bir idari kararla iptal etme yoluna gitseydi, o zaman bir kusursuz imkânsızlığın var olduğu kabul edilebilirdi.

Şu halde, kusursuz imkânsızlık iddiasını kabul eden mahallî mahkeme kararı ile aynı yöndeki direnme kararını onayan Genel Kurul kararı isabetli değildir. Genel Kurulun, Özel Dairenin bozma kararına uygun olarak vermiş olduğu düzeltme kararında ise, «basiretli tacir» kavramından da hareketle, «sözleşmeye etkili olabilecek bir yetkinin başka bir merci elinde olduğunu bilen bir kimsenin, o merciin bu yetkisini şöyle veya böyle kullanabileceğini bildiği veya bilmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Bu durumda da, o merciin yetkisini şu veya bu yönde kullanması beklenilmeyen, tahmin edilmeyen bir olay olmaktan çıkar. O halde, davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi keyfiyetine, önceden tahmin edilmeyen bir faktör olarak dayanamaz» denilerek, açık ve tutarlı bir çözüm tarzı benimsenmiştir.

Sonuç olarak, Bunge, S.A.'nın sözleşmeyi feshi haklıdır ve TMO, düşmüş olduğu «ticari satımda alıcı temerrüdü»nün sonuçlarına katlanacaktır.

B) AKDİN FESHİNİN SONUÇLARI

1 — Alıcının Tazminat Borcu ve Hesaplanması

Daha önceki açıklamalarımız ışığında konuyu ele alacak olursak, semeni (satış bedelini) ödemede temerrüde düşmüş olan TMO, bu nedenle sözleşmeyi fesheden Bunge S.A.'ya tazminat ödemekle yükümlüdür.

Ticari satımda alıcı semeni ödemede temerrüde düşerse tazminat miktarının nasıl belirleneceği Borçlar Kanununun 212 nci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, «somut (müşahhas)» ve «soyut (mücerret)» olmak üzere iki ayrı yöntem öngörmüştür :

a) Somut Zarar

Borçlar Kanununun 212 nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan somut yöntem, satıcının, alıcıdan, sözleşmede kararlaştırılmış olan bedel ile malı iyiniyetle başka bir kişiye satması sonucu elde ettiği bedel arasındaki (olumsuz - eksi) farkı tazminat olarak isteyebilmesidir.

b) Soyut Zarar

Soyut yöntem, Borçlar Kanununun 212 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, satım konusu şey borsada kayıtlı olan veya cari fiyatı bulunan mallardan ise, satıcı, bunu herhangi bir kişiye satmak mecburiyetinde kalmaksızın, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile ödeme gününün fiyatı arasındaki (olumsuz) farkın tazminat olarak ödenmesini isteyebilir.

Olayda Bunge S.A., sözleşmeyi fesih hakkını kullanmış ve soyut yönetime göre TMO'nden tazminat istemiştir. Sözleşme konusu mal semeni ödendikten sonra teslim edileceği (dolayısıyla peşin satım söz konusu olduğu) için, Bunge S.A.'nın fesih hakkını kullanması hukuka uygundur (BK. m. 211/1). Aynı şekilde, satım konusu buğday hem borsaya kayıtlı mallardan olduğu hem de piyasada cari fiyatı bulunduğu için, soyut yönetime göre tazminat talebinde bulunulması da haklıdır.

2 — Tazminatın Hesaplanmasında BK. m. 98/II ve 44/II Hükümlerinin Uygulanması

Borçlar Kanununun 98 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, «Haksız fiillerden mütevellit mes'uliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur.» Dolayısıyla, sözleşmeye aykırı hareket nedeniyle ortaya çıkan sorumluluğun kapsamı belirlenirken, yargıç, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümlerden (BK. m. 41 vd.) de yararlanabilir.

Bu konuda, olayımız açısından özellikle önem taşıyan hüküm Borçlar Kanununun 44 ncü maddesinin ikinci fıkrasıdır. Söz konusu düzenlemeye göre, «Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde, hâkim, hakkaniyete tevfikân zarar ve ziyânı tenkis edebilir.»

TMO'nin, semeni ödememe (ademi ifa) durumunun ortaya çıkmasında kasıtlı hareket ettiği veya ağır ihmali bulunduğu söylenemez. O, Maliye Bakanlığı'nın tahsis iznini alabilmek için elinden gelen gayreti göstermiştir. Kanaatimce burada, «tedbirsizliğin» bulunup bulunmadığını belirlemek gerekir. TMO, tacir sıfatına sahip olması nedeniyle, «basiretli bir işadamı (tacir)» gibi hareket etmekle yükümlüdür (TK. m. 20/II). Dolayısıyla, Maliye Bakanlığı'nın gerekli döviz tahsisini yapmayabileceğini hesaba katması ve bu ihtimale göre icabeden tedbirleri alması gerekirdi. Nitekim, Karar'dan anlaşıldığına göre TMO, söz konusu olayın vukuundan sonra yaptığı sözleşmelere Maliye Bakanlığı'nın tahsis iznini, «Yetkili merciler tarafından ithalat için lisans verilmediği takdirde alıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenmeyecektir.» şeklinde bir şart olarak koymuştur. Bu nedenle, olayda TMO'nin tedbirli hareket ettiği söylenemez ve Borçlar Kanununun 44 ncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanamaz.

Borçlar Kanununun 44 ncü maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri de, zararın tazmin edilmesinin «borçluyu (sorumluyu) müzayakaya bırakması»dır. Halbuki, olayda böyle bir durum hiç söz konusu değildir. Bu sebepten dolayı da 44 ncü maddenin ikinci fıkrasını uygulamak mümkün değildir.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, soyut yönleme göre tazminat talebine muhatap olan alıcının, satıcının gerçek zararının soyut yöntemle hesaplanmış olan miktar kadar olmadığını iddia ve ispat edip edemeyeceğidir. Kanaatimce, alıcının böyle bir imkânı yoktur. Çünkü, sözleşme konusu malın borsa fiyatı herhangi bir değişiklik göstermemiş veya artmış ise, artık satıcı bu esasa göre zaten tazminat isteyemeyecektir. Buna karşılık, malın borsa fiyatı sözleşmede kararlaştırılmış olan fiyata nazaran düşmüşse, ortada bir zararın mevcut olduğu kesindir ve alıcının bu konuda söyleyebileceği herhangi bir şey yoktur.

§ 6. SONUÇ

Bunge S.A. ile bir ticari alım - satım sözleşmesi yapmış olan TMO, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi yüzünden zamanında akreditif açtıramamış (semeni ödeme borcunu yerine getirememiş) ve ticari satımda alıcı temerrüdüne düşmüştür.

Bunun üzerine, satıcı Bunge S.A. soyut yönleme dayanan bir tazminat talebinde bulunmuş, TMO ise, söz konusu talebe karşı iki ayrı savunmada bulunmuştur. Bunlardan birincisi «taliki şartın gerçekleşmediği», ikincisi ise «kusursuz imkânsızlık»tır.

Kusursuz imkânsızlık iddiasını kabul edip davayı reddeden mahallî mahkeme kararı Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi tarafından bozulmuş, bunun üzerine verilen direnme kararı ise Hukuk Genel Kurulu tarafından onanmıştır.

Bunge S.A. karar düzeltme (tashihi karar) talebinde bulununca, Hukuk Genel Kurulu, TMO tarafından ileri sürülen savunmaların her ikisinin de yerinde olmadığını belirterek eski kararından dönmüş ve direnme kararını bozarak Özel Daire kararı yönünde önceki kararını düzeltmiştir.

Gerçekten de, olayda taliki şart söz konusu değildir. Çünkü, taraflar açık ya da örtülü bu yönde bir kararlaştırma yapmamışlardır. Onların, döviz tahsis etme yetkisinin Maliye Bakanlığına ait olduğunu bilmeleri, tek başına bir taliki şartın varlığı için yeterli değildir.

Öngörülemezlik ve kaçınılmazlık unsurları gerçekleşmediği için, olağanüstü hal veya mücbir sebebe dayanan bir kusursuz imkânsızlık da mevcut değildir.

Sonuç olarak, mahallî mahkemenin kararları ile direnme kararını onaylayan Hukuk Genel Kurulu kararı tutarlı olmadığı halde, Özel Daire'nin bozma yönündeki kararı ile Hukuk Genel Kurulu'nun düzeltme kararı, kanaatimce yerindedir.

YARARLANILAN ESERLER

ARSLANLI, Halil : Ticari Bey', 4. Bası, İstanbul 1955.

BİLGE, Necip : Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

DOĞANAY, İsmail : Ticari Menkul Mal Alım - Satım Akdinin Unsurları ve Alıcının Mal Bedelini Ödeme Borcu, Batider, C. 5, 1969, s. 195 - 206.

DOMANIÇ, Hayri : Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul 1976.

DURAL, Mustafa : İmkânsızlık Kavramı ve Türleri, Batider, C. 7, 1973, s. 11 - 58.

EDİS, Seyfullah : Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, Ankara 1986 (Eren, II).

- EREN, Fikret** : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (Eren, İlliyet Bağı).
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul 1977.
- HİRŞ, E.** : Notlu Ticaret Kanunu, Birinci Kitap, Ankara - İstanbul 1946.
- İMREGÜN, Oğuz** : Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 5. Bası, İstanbul 1979.
- KALPSÜZ, Turgut** : Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara 1960.
- KARAYALÇIN, Yaşar** : Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968.
- MİMAROĞLU, Sait K.** : Ticaret Hukuku, I. Cilt - İşletme Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- ÖNEN, Turgut** : Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975.
- POROY, Reha** : Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1983.
- TANDOĞAN, Halûk** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 3. Bası, Ankara 1984.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 5. Bası, İstanbul 1985 (Tekinay, II).
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1976 (Tunçomağ, I).
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1977 (Tunçomağ, II).
- ZEVKLİLER, Aydın** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, Ankara 1984.