

SATICININ MÜTEMERRİT BORÇLUYA KARŞI DERMEYAN
EDEBİLECEĞİ HAKLAR

ve

Fark nazariyesinin ticarî olmayan satışlara tatbiki (x)

Çeviren :

Dr. Kemal Tahir Gürsoy
Ankara Hukuk Fakültesi Medeni
Hukuk Doçenti

Yazan :

Roger Secrétan
Lozan Hukuk Fakültesi
Profesörlerinden

I. Kaideten alacaklıya açık olan üç yol:

1) 1881 tarihli borçlar kanununun 122 ve 124 üncü maddeleri (ki 1911 tâdilinde şimdiki 107 ve 109 - TBK 106 ve 108 - ci maddeler oldular) şu hükümleri ihtiva ediyorlardı:

Madde 122. "Karşılıklı taahhütleri muhtevi olan bir akitte âkitlerden biri mütemerrit ise; diğer taraf, tayin edeceği veya selâhiyetli bir mercie tayin ettireceği münasip bir müddet zarfında borcun ifa edilmesi lüzumunu ve bu müddetin hitamında borcun ifa edilmemiş olması halinde aktin münfesihi olacağını mütemerrit âkide bildirmek hakkını haizdir."

Madde 124. "122 ve 123 üncü maddelerde mevzubahis olan hallerde, akitten vazgeçen taraf, yapmış olduğu edanın iadesini, diğer tarafın kusurunu ispat ettiği takdirde de, ilâveten, bu yüzden uğradığı zarar ve ziyanı talep edebilir."

İşte 1881 tarihli kanunun sistemi, ancak iki tarzı halli ihtiva eylemektedir: Alacaklı ya akdin ilk hali ile, cebrî olarak, icrasını ister veyahut da mukavelenin feshi cihetine gider. Şüphesiz, bu borçlunun mütemerrit olduğu ahvalde mevzubahis olacaktır. (1).

(x) Bu yazı, evvelce F. Arif Aras tarafından tercüme edilmişti (Adliye Dergisi yıl 1947 S. 231) ilmi değeri göz önünde tutularak yeniden tercüme ve dergimizde yayınlanmasında fayda görülmüştür.

Yazının Fransızca aslı *Journal des Tribunaux* dergisinde (Yıl 1947 s. 34) yayınlanmıştır.

(1) Temerrütü husule getiren 102 (T; B; K; 101) nci maddenin ihtariyle 107 (TBK 106) cı maddenin derpiş ettiği münasip mühlet birleştirilerek birden yapılabilir (RO 15 868; Jdt 1904 I 163)

Mukaveleyi feshedebilmek için alacaklı (şimdi de olduğu gibi), ifaya imkân verebilmek maksadile, borçluya, münasip bir mühlet vermedir. Bu mühlet tayinine, zarurî olarak, mukaveleyi fesih tehdidi de refakat eder. Bunun haricinde alacaklı için seçilecek başka bir yol yoktur. Eğer, bu muayyen mühletin hitamında, borçlu, borcunu yine ifa etmezse, mukavele, hiç bir ihbara lüzum olmadan, kendiliğinden münfesih olur. Bundan sonra, artık geçikmiş bir ifa mevzubahis olamaz ve taraflar, karşılıklı olarak, aldıklarını iade eylemekle mükelleftirler.

Bundan başka, eğer alacaklı tarafından kusurlu olduğu da ispat edilirse (ki bunu ispat ona aittir.), borçlu bundan mütevellit zarar ve ziyana da sorumlu olur. Tazminat, bugünkü 109 (TBK 108) nci maddenin "akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zarar" adını verdiği miktarla da asla mahdud değildir. Bu tazminat, "ifa menfaati" (= L'interet positif à l'exécution = Erfüllungsinteresse) adını verdiğimiz, zararı ihtiva ettiği kadar, menfi zararı (= negatives Vertragsinteresse) i da ihtiva eder. Akti fesheden alacaklı, borçlunun sözünü yerine getirmemiş olmasından dolayı, mahrum kaldığı her şeyi, ezcümle, mahrum kaldığı kârlarıda (2) tazmin ettirmek hakkını haizdir. Basit ve mantıki olan bu sistem - bu son noktada, umumî hatları itibarile Fransız sistemi de böyledir - esas itibarile, tatmin edici ve hiç bir kimse tarafından ciddi olarak değışiklik arzu edilmemekte idi.

2) Fakat, 1881 tarihli borçlar kanununun tadilinde, projeyi hazırlayanlar, mukavele feshedilmeden ifa yerini tutmak üzere bir zarar ziyana talebini meşru gören, Alman Medenî Kanununun tesiri altında kaldılar. (3)

Bilindiği gibi, 1911 tarihli borçlar kanunu, 109 (TBK 108) nci maddesinde, mukavelenin feshi halinde talep edilecek tazminatı, sadece "akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zarar" (negatives Vertragsinteresse) a hâsretti. Fakat, bunu yaparken, mütemerrit borçlunun kusurlu olduğunu farzyledi (TBK 96 - İBK 97). Diğer taraftan, 107 (TBK 106) nci madde münasip müddetin hitamında, alacaklıya şu haklardan birini kullanma imkanını verdi. a) Teehhürden mütevellit zararla birlikte akdin aynen ifasını (TBK 102-, 105, İBK 103-106) ki bu şikkin ihtiyar olunduğu karine kabul edilir b) yukarıda söylendiği üzere akdin feshini ve c) alacaklının, ifa halinde elde edeceği menfaate tekabül ede-

2) Martin. ZSR 33 1910 p. 106 - 107

3) 1905 projesi mad. 1131 f.I ve 1134; Message p. 15; 1909 projesi mad. 1131 ve 1134; Message p. 12

cek bir tazminatı (erfüllungssintresse), bu tazminat esas borcun (edanın) yerini tutar (4).

Alacaklının, prensip itibarile, akdin feshinde değil, ifa menfaatini talep de kâri vardır. Zira, yalnız birinci yol, ona, mikavelenin temineylediği menfaati sağlayabilecektir. Bununla beraber, satışta, mütemerit olmayan tarafın, akitten kurtulmakta menfaati vardır: Mukavelenin akdinden berri mebiin fiyatı tenezzül etmiş ise alıcı, bilâkis mebiin fiyatı yükselmiş ise satıcı, akdi feshetmek isteyecektir.

3) Bu etüdün esas mevzuunu teşkil edecek olan “ âdemi ifa halinde zarar ziyân” ın tetkikine girmeden önce, müddetin (mehlin) tayinine ve müddet bittikten sonra da ihtiyar olunacak şekli harekete göre tatbik edilecek bazı prensipleri kısaca hatırlatalım. (5):

a) Evvelâ, hatırda tutmak, için daha önceden münasip mühletin tayinine lüzum olmaksızın alacaklıya, esasen açık olan hallerde işaret edelim. (TBK 107 - İBK 108, satışta TBK 188, 211 İBK 190 ve 214)

b) Borçlu henüz mütemerit kılınamazsa, 107 (TBK 106) ci madde mucibince, yapılacak ihtar tesirsizdir. (Meselâ birçlu edasını yerine getirmek için henüz bir mehilden istifade ediyorsa). Bundan, borçlunun vadeden önce borcunu ifa etmeyeceğini kati olarak söylemiş olması hali müstesnadır (ZR. 1941 No. 92 ve 114, R. O. 69. II. 243; J.d. t 1944 I 136). Buna mukabil, eğer, temerrüt haline koyma mümkün ise, 102 (TBK 101) ci madde mucibince yapılacak ihtar -ki bu ihtar temerrüdü intaç edecektir- ile aynı zamanda 107 (TBK 106) ci maddenin münasip mühleti de tayin edilebilir. (bak: yukarıda not 1 ve RO. 15 868; 29 II 265: Jdt 1904 I 163)

Bu, 107 (TBK 106) inci maddede mevzubahis ihtar, bir şekli mahsusâ tâbî değildir. Mektupla, telgrafla veya mahkeme marifetile yapılabileceği gibi (RO 26 II 123) muayyen terimlerin kullanmasına da lüzum yoktur. Burada mühim olan, alacaklının, borçluya borcunu yerine getirmesi için, son bir mühlet verme kasdı ve şimdilik de ifayı talep eylesidir.

Eski borçlar kanununun 122 inci maddesine mugayir olarak, bu ihtarda, alacaklının, ademi ifanın neticeleri üzerinde, borçlunun nazarı dikkatini celbetmesi zarurî değildir. Filvâki, müddetin hitamında alacaklı, her hangi bir şekli halli seçmekte tam bir serbestiyete maliktir. Fakat, isterse o, ihtarında, bunun neticesiz kalması takdirinde, önceden

4) RO 41 II 248; Martin, op. cit. p. 110, 111; A. Comment'in tezi, De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux p. 7 à 14

5) Cf. Blass, Zum Wahlrecht nach OR Art. 107 (SJZ 1917/18, p. 81).

bu hıyarını istimal edebilir. Alacaklı, borcun mevzubahis müddet zarfında yerine getirmemesi halinde, muteber bir surette, şu veya bu yolu seçebilir: Ya akdi fesheder veyahut da bilâkis ifa yerine kaim olan zarar ve ziyan talebinde bulunur (RO 43 II 170: Jdt 1917 I 584; RO 43 II 352: Jdt 1917 I 636; RO 44 II 172; JDT 1919 I 295). Bu takdirde, alacaklı seçme hakkını kullanmış demek olacağından, sonradan bu hakkını tekrar bir defa daha kullanamaz (ZBJV. 1942 P. 362)

Alacaklı, müddeti ya bizzat tayin eder veyahut da onu selâhiyetli mercie (borçlunun ikametgâhındaki RO 21 II 241, Vaud kantonunda sulh mahkemesi marifetile) tayin ettirir. Bununla beraber, "münasip" müddetin vasfı hakkında bir ihtilâf vukua gelirse, mahkeme, bu müddeti hakim tarafından tayin edilmiş olsa bile, gayrı kâfi telâkki ederek (RO 42 II 224) temdit edebilir.

Müddet (Mehil) ne çok uzun ne de çok kısa olmalıdır. Borçlunun borçunu ifa eylemesine imkân verecek kadar olmalıdır. (meğer ki ifa için lüzum eden zamanın o kadar uzun ve bundan sonra da ifa, 108 (TBK 109) cu maddenin iki numaralı bendi mucibince, alacaklı için artık faydasız olan Fakat alacaklı da, kendi ihtiyaçlarının nazarı itibare alınmasını talep edebilir. Alacaklının ifaya ihtiyacı olduğu nisbette müddet de kısa olacaktır. Zira, mühlet tayini, her ne kadar borçlu lehine müesses ise de, alacaklıya zarar verecek şekilde de tayin edilmemelidir. (Von Tuhr II. Sem. Judi. 1946. 61).

Vazii kanun borçlu tarafından ifa için, bir başlangıç yapılmış olduğunu ve hiç olmazsa onun bazı ihzaratta bulunmuş olacağını düşünerek 107 (TBK 106) ncı maddede mevzubahis müddetin kısa olmasını arzu etmiştir. Bu itibarla, burada mevzubahis mühlet mevcut bir mühlete ilâveden başka bir şey değildir. (6)

Eğer merci, kısa olduğuna kani olursa, icabı hale göre, müddeti uzatabilir. Fakat, her halde geçmiş olan zaman nazarı itibare alınmalıdır. (bak. Sem. Judi. 1946. 61).

4) a. *Müddet devam ederken* borçlu mütemerrit bulunmakta berdevamdır. Bu itibarla, kazadan ve ifa halinde de geçikmeden dolayı zarar ziyan itasile mükelleftir. (bir meblâğın tediyesi mevzubahis değilse 103-102-ci maddenin teahür tazminatı, eğer bilâkis, borç bir miktar pa-

(6) 107 inci maddenin anladığı manada mühlet vermek borçluya, bidayette teslim için derpiş edilmiş olan bütün zamanın temin edilmesi demek değildir. Mehlin gayesi, alacaklının, aynen ifadan birdenbire vaz geçmek suretiyle, borçlunun biraz sonra yapabileceği ifasına mâni olmamaktır.

radan ibaret ise, 104 ve 106-103, 105 - ci maddelerin geçmi ş günler faizi ve icabında da munzam zarar ziyandır).

Fakat alacaklı, borçluya bir müddet tayin etmiş ise bu, onun borcunu yerine getirmesi içindir. Bu müddet ceryan ettiği kadar borçlu da edasını yerine getirmek hakkına maliktir ve alacaklı böyle bir ifayı reddedemez. (Teehhürden dolayı zarar ziyandır talebi bunun dışındadır.)

b, Alacaklının temerrütten sonra *seçeceği yollar* bu mühletin (müddet) hitamından itibaren başlar veya, alacaklının 107 (106) cı maddenin ihtarından muaf olması hallerinde, temerrüt derhal başlar;: (Bak yukarıda No; 3. a) hatırlatalım ki, seçilecek yol, önceden ihtarla birlikte tebliğ edilmiş olabilir. (yurakıda 3, b. 3)

Bu intihap (yani ihtiyar olunacak yollardan birini seçme) derhal yapılmalıdır. Vazii kanunun bundan maksadı, alacaklının, borçlunun zararına olarak, fiyat temevvüçleri üzerinde spekulasyon yapmasına mâni olmaktır. Bir fikir vermiş olmak için zikredelim ki, mehlin hitamından 14 gün sonra bildirilen bir karar geç telâkki edildi. (RO. II 44. 172: Jdt 1919 295) Bu, daha ziyade şartlara göre değişir. Mukavelenin mevzuunu teşkil eden şeyin fiyat temevvüçlerine tâbi bulunduğu nisbet ve derecede kararın bildirilmesi de ona göre çabuk olmalıdır. (RO 44 II 172: Jdt 1919 I 295; RO 69 II 243: Jdt 1944 I 136 c. 5) Bir hadisede, borcunu ifa etmeyeceğini önceden, katî olarak beyan ettikten sonra, borçlu aleyhine açılan dâvada, alacaklının bu hususta kararını henüz bildirmediğini ileri sürdü. Bunun üzerine federal mahkeme şu içtihatla bulundu: Kararını derhal bildirme mecburiyeti, ancak müsmir bir surette onun icra edileceği ümidi mevcut ise mevzubahis olabilir. Binaenaleyh, hâdisede alacaklı, bu hususta ne karar verdiğini diğer tarafa bildirmekten pekalâ vazgeçebilir ve başka hiç bir şeye lüzum olmadan, kanunun derpiş ettiği hal tarzlarından birine göre, dava ikame edebilir (RO 48 II 220: Jdt 1922 I 458). Fedaral mahkemenin bir kararına göre, kararın bildirilmesi, bir uzlaşma teşebbüsü yüzünden, teehhür etmiş ise, beyan, ihtilâf hakime arzedilir edilmez yapılmış ise muteberdir. (RO 69 II 243: JDT 1944 I 136).

Bu beyan şartsız ve kayıtsız olmalıdır. (bir şartı ihtiva edemeyeciği gibi tâli bir beyanı da ihtiva edemez). Bu karardan rücu olunamaz.

Alacaklı kararını derhal bildirmezse, onun mukavelenin aynen ifasını talep eylediği kabul olunur ve artık başka bir hal tarzını seçemez. (RO 44 II 172: Jdt 1919 I 295). Borçluya gelince, teerhhürden mütevelit zarar ziyanı vermek şartıyla, mehil esnasında da, borcunun muteber bir surette ifa edebilir. Bu karine, haklı olarak, tenkit olundu ve eski

borçlar kanununun daha mantıkî olduğu söylenildi; eğer alacaklı, 107 inci maddenin mevzubahis ettiği mühleti tayin etmiş ise, bu, kendisi için daha bu formaliteyi yapmadan önce de açık bulunan bir hal tarzını seçmek için değil, belki de, aksine, onun maksadı, ademi ifadan mütevellit zarar ziyarı talep veyahut da mukaveleyi feshetmek idi. Böylece, bir çok hukukçular, 107 (TBK 106) inci maddenin, buna ters olan bir karineyi ihtiva eder şekilde, tadil edilmesini, yani, ticarî satışlarda, satıcının temerrüdüne mütedair olan 190 (TBK 187) ci maddede, alıcının, 107 (TBK 106) ci maddede olduğu gibi, akdin icrasını talep ettiği karinesi değil, bilâkis, ademi ifadan mütevellit zarar ziyarı talep eylediği karinesini ihtiva eder şekilde tâdilini tavsiye etmektedirler.

Karar bildirme işi, gerek muhtelif hal tarzlarından birini seçme ve gerek kararın ifadesi bakımından, nazik bir muameledir. Alelâde bir fert hatta bir hukukçu kendisine açık olan yolların manasını idrakte zorluk çeker. Ve o, ihtarla, 107 (TBK 106) ci maddenin ihtarını birbirine karıştırır. Dies interpellat pro homine (102 I 2 - TBK 101 f 2) ile "Fixgeschäft" (108 No. 3 - TBK 107 No. 3) halini birbirinden tefrik edemez. Kâhinane bir ifadeyi ihtiva eden "ademi ifadan mütevellit zarar ziyarı'nın neyi ifade ettiğini her zaman iyi anlayamaz. Müsbet zarar ile menfî zarar arasındaki esaslı fark hakkında iyi bir bilgisi yoktur. Eğer, mümerrit borçludan, temerrüt yüzünden mahrum kaldığı kârın yerine kâim olacak tazminatı talep etmek istiyorsa, mukaveleyi fesihden (ki ekseriya bunu yapar), ihtimamlı bir surette, içtinap etmek mecburiyetinde olduğunu anlamakta zorluk çeker.

Federal mahkeme içtihatları, haklı olarak, sekilden âri bir takım tefsir kaideleri kabul etti. Alacaklının beyanı, kullanılan ifadeye göre değil, fakat, bu ifadeye, bütün diğer vakıalar gözönünde tutulmak suretile, verilmesi lâzım gelen makul manaya göre anlaşılmalıdır (RO 44 II 505, 54 II 313; Jdt 1929 I 98). Hakim, bütün hadisatı nazarı itibare alarak, alacaklının açık olarak ne söylemek istediğini ve borçlunun hüsnü niyetle neyi anlamak mecburiyetinde olduğunu arayacaktır (RO 49 II 35; Jdt 1923 I 370). Bilhassa, alacaklının, mukaveleyi "fesih = Resilier" ettiğini beyan eylediği şeklindeki ifadesine, bu terimin dar manasını izafe eylemelidir (Ro 44 II 505). Bir ihtilâfta alacaklının "emri iptal" ettiğini bildirmesine ve borçluyu zarardan mesul tutmasına, federal mahkeme, mukavelenin fesih olduğunu ve alacaklının mukavelenin hükümsüzlüğünden mütevellit tazminatı talep ettiği manasının verilmesi lâzım geldiği içtihadında bulundu (RO 41 II 679 c 7). Eğer, hadisât, alacaklının mukavelenin feshini değil de, borçlunun borcunu geç

ifa etmesine mâni olmak ve asıl borç yerine, Borçlar kanununun 215 (TBK 212) maddesinin ikinci fıkrasında mevzubahis, zarar ziyanı talep etmek arzusunda olduğunu gösteriyorsa, kullanılan "fesih" kelimesine bu kelimenin teknik manasını izafe etmemelidir. (RO 49 II 35: Jdt 1923 I 370).

İlâve edelim ki, alacaklının kararı (intibahı) bitirici vakalardan da anlaşılır. Böylece mahrum kaldığı kârı istemek demek, akdin aynen ifasını talepten vaz geçmek demektir (Ro 69 II 243: Jdt 1944 I 136). Bilâkis, alacaklı tarafından semenin bir kısmının kabulü, sonradan ifayı talepten vaz geçme hakkını bertaraf eder. (ZBJV 1942 P. 362).

II Satıcı, mütemerrit alıcıdan "ademi ifadan mütevellit zarar ziyân" (Erfüllungsinteresse) i talep edebilir mi?

5) Yukarıda (1, 2) işaret ettiğimiz gibi, eğer aynen ifanın gayri kabili tahakkuk olduğu anlaşılırsa, alacaklının, sureti umumiyede - alıcının borcunu ifa etmemesi halinde satıcı, ve aksi halde alıcı - akdin feshini (ancak 109 - 108 ci maddenin ikinci fıkrasının menfî zararını temin eder.) değil, 107 (TBK 106) ci maddenin ikinci fıkrasının hükme bağladığı "akdin ademi ifasından mütevellit zarar ziyânı" talep etmekte daha fazla menfaati olacaktır. Zira, bu tazminat, akdin mutabık kaldığı şekilde ifa olunması takdirde, alâkadarın bu yüzden elde edebileceği kârı da ihtiva edebilecektir. İşte şimdi bu son hal tarzı üzerinde düşüncelerimizi teksif etmek istiyoruz.

6) 107 (TBK 106) ci maddenin bu baptaki sükûtuna rağmen, evveleminde şuna işaret edelim ki, mevzubahis tazminatın itası, mütemerrit olan tarafın kusurlu olmasına mütevakıftır. Bununla beraber, 97 (TBK 96) ci maddenin prensibine göre, mütemerrit borçlu aleyhine bir kusur karinesi mevcut olup, bundan dolayı, borçlu, kendi kusuru haricinde mütemerrit hale düştüğünü ispat etmek şartıyla, bu mesuliyetten kendini kurtarabilecektir. (Bak. V. Tuhr § 73 No. 88, Becker art 107, Rem 21, Oser - schönemberger art 107 rem. 24) Filvaki, kaza halinde böyle bir beyyinenin getirilmesile 106 f. I (TBK 105 f. I) 109 f 2 (TBK 108 f. 2) ci maddelerin mevzubahis ettiği tazminatlardan kurtunulduğu halde, borçlunun, kusursuzluğuna ve bunu da ispat eylemesine rağmen, miktarı daha fazla olacak olan 107 f. 2 (TBK 106 f. 2) nin derpiğ ettiği zarar ziyandan mesul olması gayri mantıki olurdu (7). Böyle, kusur olmadan bir mesuliyet kabul edilmiş olsa idi, akdî tazminata müteallik hususlarda, bütün kanunun sistemine mugayir bir şey yapılmış olurdu.

Fakat, 107 (TBK 106) ci maddede neden bu bariz boşluk mevcuttur? Bazılarına göre vazii kanun, 97 (TBK 96) ci maddenin umumî prensibini nazarı itibare alarak mesuliyetten kurtuluş beyyinesinin getirilmesini gayet tabii gördü de ondan (7). Fakat, biz, Von Tuhr'la birlikte, bu ihmalin sebebinin B. G. B. nin 326 ıncı paragrafının çok sıkı bir surette kopye edilmiş olmasından mütevellit olduğu kanaatindeyiz. Filvaki, mezkûr kanunun 326 ıncı maddesinde kurtuluş beyyinesinin getirilebileceği mahfuz bulundurulmamıştır. Alman Medenî Kanununun mezkûr maddesinde bu hususa dair bir hüküm olmayışının sebebi, orada kusur olmadan temerrüdün de mevzubahis olmayacağından (BGB 285) ileri gelir. Vazii kanun, 107 (TBK 106) ci maddeyi alırken, bu noktayı gözden kaçırdı. B.G.B. ye göre, borçlu kendisine atfi kabul bir kusur mevcut olmadığını isbat ederse mütemerrit sayılamaz. Bizim borçlar kanunu bu sistemi kabul etmedi. Bizde, borçlu, kusursuz da olsa, mütemerrit hali mevcuttur ve bu takdirde de, temerrüdün bazı neticeleri husule gelir (104, 105 - TBK 103, 104 ci maddelerin geçmiş günler faizi, 107 106 ci maddenin son fıkrasında mevzubahis akdin feshi). Fakat buna mukabil kazadan mesuliyet (103 f 2 - TBK 102 f. 2) ve zarar ziyân ile sorumluluk 97, 106, 107 son f. 109 son f - TBK 96, 105, 106 son f. 108 son f.) bir kusurun varlığını tazammun eder. Bu kusurun mevcudiyeti de, karine ile kabul olunur, ademi mevcudiyetini her borçlu ispat edebilir. Bu da, borçlunun mütemerrit bulunmasına rağmen, mesuliyetten kurtulmasını intaç eder.

7) Şimdi, pratik ehemmiyeti pek büyük olan bir mesele kendini göstermektedir: Satış akdinde, müşteri, edasını yerine getirmeyi reddeder ve meselâ semeni mebbi tediye etmezse, satıcı, akdin aynen ifa edilmiş olması takdirinde, kendisine temin edilecek olan bütün menfaatleri de ihtiva etmek ve böylece ifa yerine kâim olmak üzere, zarar ziyânını alıcıdan talep edebilir mi?

İlk bakışta mesele biraz garip gelmektedir. 107 (TBK 106) cı madde satışa mütedair olan hususî hükümler hakkında da kabili tatbik değildir. Zira, satış akdine müteallik olan hükümlerde, üzerinde durduğumuz mesele hakkında, umumî hükümlere muhalif istisnaî bir hüküm yoktur.?

Mesele bu kadarlık değil biraz daha mühimdir. Filvaki, satıcının zararının tam bir surette tazmin edilmesi, tamamen doktriner bir mahiyet arzeden, şu soruya verilecek cevaba bağlıdır; *Mübadele* mi yoksa

(7) Becker, aynı fikirdedir, art 107 rem. 21

(8) § 73 Not. 88

fark mı? Erfüllungsinteresse ademi ifadan mütevellit zarar ziyan, karşılıklı edaların mübadelesinin bir neticesi midir, yoksa, mütemerrit olanın borçlu bulunduğu eda ile diğer âkidin borçlu olduğu ede arasındaki farktan mı ibarettir?

Eskiden İsviçre müelliflerinin ekserisinin, işaret ettiğimiz birbirine zıt nazariyelerden, birincisine tarftar oldukları malûmdur. Bu noktâî nazara göre, alacaklının “ademi ifadan mütevellit zarar ziyan” lehinde seçim hakkını kullanmış olması keyfiyeti, borcun, sadece borçlu nezdinde, tahavvülünü mucip olur ve borçlu şimdi ilk edasını vermekle değil, bir tazminat vermekle mükelliftir. Alacaklı ise ilk edasını ifa ile mükellef bulunmakta berdevamdir. O, kendi edasını alacağı tazminatla *mübadele* etmektedir. Fark nazariyesine göre, bilâkis, borçlu tarafından verilecek tazminat, bizzat ilk borçlu olunan edayı temsil etmeye, borçlunun edasının mâlî değeri ile alacaklının edasının mâlî değeri arasındaki farktan ibarettir. Alacaklı da, edasını yerine getirmekten, artık, muafıtır. O, sadece kendi borcunu, alacağı tazminata mahsup edecek ve neticede sadece bir farkı tahsil (8 mükerrer) eyleyecektir.

Burada görülen münakaşa sadece “Akademik” bir mahiyeti haiz gibidir. Fakat, bunun halli sonunda varılacak netice, daha az ehemmiyette değildir. Çünkü, hiç değilse, ticarî satışlarda, satıcının maruz kaldığı zararın tam olarak tazminin mümkün olması veya olmaması bu ihtilâfa verilecek hal tarzına bağlıdır.

Filvaki, Mübadele mi, fark mı? şeklindeki ihtilâfın, *satıcının temerrüdü* (190 TBK 187) halinde, pratik bir kıymeti yoktur. Farzedelim ki, A, B den 1000 Frank mukabilinde bir şey satın almıştır. B şeyi teslim etmemektedir. Halbuki A, şey kendisine teslim edilmiş olsa idi bunu 1200 Franga satabilecekti. A'nın akdin ifasındaki menfaati 1200 Franga yükseliyor demektir. Binaenaleyh, onun, B den, teslim edilmeyen şeyi yerine, isteyeceği meblâğ 1200 frankdan ibarettir en doğru olan nazariye fark nazariyesi ise, A, bu 1200 Franga, kendisinin borçlu olduğu 1000 Frankı mahsup edecek, böylece neticede yalnız 200 frank talep edecektir. Bilâkis, mübadele nazariyesine göre, A, 1000 Frank miktarındaki edasını fiilen ödeyecek, fakat, B nin ilk (teslim) borcu, para borcuna inkilâp etmiş olduğundan, A'nın borcu ile aynı mahiyeti haiz bir borç (para borcu) haline gelmiş, bundan dolayı da, iki eda borçlu olunan meb-

(8) Mükerrer: Ezcümle bakınız: Ennecerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II § 53 IV Entsch des R. G. in Civilsachen, 50. p. 262 ve müteakipteki atıflara bakınız.

lâğ haddine kadar, birbirile takas edilebilecektir. Böylece, mübadele nazariyesi kabul edilmiş olsa bile fark nazariyesinin vardığı neticeye varılacak demektir. Bu itibarla, satıcının mütemerrit olması takdirinde, bu mevzubahis ihtilâf, tamamiyle nazarı kalacaktır.

Alıcının temerrüdünde ise vaziyet tamamiyle başkadır. Bu takdirde, müşteri, bir semen borçlusu olduğu halde, şimdi bir tazmin borçlusu olmuştur. Binaenaleyh onun edası, mahiyet itibarile, bir tahavvüle uğramamıştır. Hiç değilse, prensip itibarile, şumulünde de bir tahavvül yoktur. Zira, satıcının akdin ifasında ki menfaati, hiç değilse, müşterinin kendisine vereceği semene müsavidir. Bu itibarla, alıcı, her hal ve kârda bu semeni veyahut da semeni mebi ile aynı miktarda olan ve onunla aynı mahiyette bulunan, bir tazminatı vermekle mükellef olacaktır. Bilâkis, eğer satıcının talep edeceği tazminat bir *mübadele* neticesinden ibaretse, o, tazminatı, ancak sattığı şeyi, alıcının emrine âmade bulundurmaya kayıt ve şartile, talep edebilecektir. Bu istediği şey de, semeni mebiden ibaret olacaktır ki, bu da bizi mukavelenin aynen ifasına götürür. Halbuki, tazminat, bir farktan ibaret olsa idi, satıcı, mebi üzerinde her hangi bir tasarrufta bulunabilir, ve onu başkasına da satabilirdi. Bu takdirde, sadece şeyin değerini (Meselâ 1000 Frank), ifa menfaati (meselâ 1200 Frank) ne mahsup etmek mecburiyetinde kalacak, neticede de mutasavver kâr olan 200 Frangı diğer âkitten isteyecektir.

Binaenaleyh, mübadele nazariyesi, şeyi alıcının emrine âmade tutmak şartile tam tazminat talebine hak verdiği için, satıcı hakkında mahzurludur. Halbuki, o, şeyi başka birine satabilir, hattâ alıcı da şeyi teslim almak arzusunda bulunmayabilir veya bu imkânâ haiz olmayabilir. (Meselâ mühtaç olduğu otomobili başka bir tacirden satın almış olabilir). Evvelce de işaret ettiğimiz gibi, bu takdirde de akdin, normal ve muntazam ifasının doğurduğu neticelerden başka bir netice hasıl olmamaktadır.

Böylece Profesör Yung'un, nüfuzlu bir yazısında, işaret eylediği gibi (9), mübadele nazariyesinde, bir şekli hallin kabulü ötekinin reddini intaç edecek olan, şu vaziyeti hasıl edecektir: Satıcı, ya şeyi alıcının emrine âmade bulundurmaya devam edecek veyahut da tam olarak tazmin edilmekten vazgeçmek mecburiyetinde kalacaktır.

8) Bu, 1911 tadilinin, bilinerek yapılmamış olan ve fakat, şayanı teessüf bir neticesidir. Bu tādilin fena neticeleri çoktur (bak No. 4 b)

(9) Sem. Jud. 1940, p. ve müteakip

Yukarıda bahsettiğimiz, satıcının iki şıktan birini seçme mecburiyeti, 1881 tarihli borçlar kanununun meriyeti zamanında mevzubahis olmakta idi. O zaman 122, 263 cı maddeler gereğince, akdi fesheden satıcı, bu feshе rağmen, pekâlâ Erfüllungsinteresse (ademi ifadan mütevellit zarar ziyan) i talep edebilirdi. Halbuki, bu gün, eğer mukaveleyi feshediyorsa, 109 (TBK 108) inci maddenin ikinci fıkrasının son bendi mucibince “mukavelenin hükümsüzlüğünden mütevellit zararı” talep etmekle iktifa eylemek zorundadır. Bu da, bu mesfush mukavele dolayısıyla, yapılan masraflardan ibarettir. Bu takdirde de satıcı, mukavelenin kendisine sağlayacağı kârları talep edemeyecektir.

9) Şüphesiz, bu hususda daha âdil olan eski kanunun görüşüne avdet olunmalıdır. Çünkü, kanunun tâdilinde hâkim olan zihniyet, gayri kabili tenkit değildir. Denildi ki, taraflardan birinin hem ademi ifa yüzünden mukavelenin feshini kabul, etmek hem de diğer tarafa, mahrum kaldığı kârı sağlamak, yani mukavelenin meriyeti takdirinde husule getireceği neticeleri, kabul etmekte tenakuz vardır. Bu itiraz tatmin edici değildir. Şüphesiz, batıl bir mukavele hiç bir netice doğurmaz, ve bu takdirde ademi ifadan mütevellit zarar ziyan talep olunamaz. Buna mukabil muteber bir surette bir takım borçların (ki bunlardan bazıları ekseriya ifa edilmişlerdir) doğmasına sebep olmuş fakat, sonradan feshedilmiş olan bir mukavele bahis konusu olduğu zaman, bu hukukî muamelenin ona riayet eden taraf hakkında bazı hukukî neticeler tevhit eylemesi de pekâlâ kabili idraktır. Nitekim vazii kanun, selâhiyetsiz mümessil (39 f. 2) tarafından yapıp da tasdik edilmiş olan bir mukavelede, borçlunun kusurlu olduğu, ve hakkaniyetin de bunu icabettirmiş bulunduğu hallerde, akdin muteber olmaması halinde verilecek tazminattan daha fazla bir tazminatın verilebileceğini hükme bağlamaktan çekinmedi. Keza mukaveleyi hükümsüz bırakmaya imkân veren hata (madde 26) halinde bundan daha ileri gitti. Kaldı ki, burada, tâ bidayetten beri batıl bulunan bir akit değil, sonra feshedilen bir akit mevzubahistir. Bundan maada, taahhütlerine sadık bir kimse tarafından, adalet hissi icabı olarak, istenebilecek bir tazminin, hakikaten, mukavelenin “netice” si olarak tavsifinin mümkün olup olmayacağı da düşünülebilir.

Böyle olmakla beraber, 109 (TBK 108) ci maddenin ikinci fıkrasının sebebiyet verdiği nazarı itiraz ne kadar ciddi olursa olsun, şunu kabul etmek lâzımdır ki, bu maddenin metni, vazii kanunun sarıh bir iradesi mahsulüdür. Fakt, bu, ilk fırsatta tâdil olunmalıdır.

10) No; 7 nin sonlarında işaret eylediğimiz durumdan kurtulmak

için, diğer bir çare, vazii kanun tarafından da 191 (TBK 188) ci maddenin 2 ve 3 üncü fıkralarından, keza 215 (TBK 212) ci maddelerde, zımnen, kabul edilmiş olan, fark sistemini umumileştirmekten ibarettir. Bu işaret olunan hükümler, alacaklıya, yapacağı edadan muaf tutmakla beraber, tam bir tazmin hakkı da tanımaktadır. Fakat bu hükümlerde, ticarî satışları ingilendiren haller mevzubahistir. Eğer alışverişin mevzuu, tarafların ticarî sahalarına girmeyen bir şeye veya tekrar satılmak için değil de alıcı tarafından istihlâk olunmak veya kullanılmak için satın alınmış bir şeye taaluk ediyorsa vaziyet ne olacaktır? diğer bir ifade ile, fark nazariyesi umumî bir tatbika mazhar olacak mı? Bu nazariye, ticari olmayan hususlar hakkında kabili tatbikmidir?

Bu mesele 1928 de ileri sürüldü, fakat, federal mahkemece halledilmedi (RO 54 II 308: Jdt 1929 I 98). Bu hâdisede semeni mebiin te-diyesi zimminda alıcıyı mütemerrit hale korken, satıcının aksi takdirde şeyi üçüncü bir şahsa satacağını, bildirmesi şeklindeki beyanın tefsiri mevzubahis idi. Federal mahkeme, bu hususta ihtilâf mevcut olduğuna fark nazariyesi mucibince, satıcının, mebi alıcının emrine âmade bulundurmakta devam etmek mecburiyetinde olmadan, zarar ziyânı talep edebileceğine, işaret etmekle beraber, hadisede, satıcı tarafından yapılan beyanın menfi zarar adı verilen zarar ziyânla birlikte mukavelenin feshini tezammun ettiği manasına gelmediğine, karar verdi. Zira, fark nazariyesine göre bu beyan, ifa menfaati talebi ile de kabili teliftir. Bu 1928 tarihli kararında federal mahkeme, her iki nazariye için fikir beyan etmiş olan müelliflerin isimlerini saymaktadır. Burada gerek Becker, Oser - scönenberger'in fark nazariyesinin ticarî olmayan satışlara teşmiline muhalif bir durum almış oldukları müşahede olunmaktadır. Diğer tarftan bu kararın zikrettiği iki karara gelince, federal mahkeme, bunların, daha ziyade sözü geçen nazariyenin lehinde olduğu, söylemektedir. Bununla beraber, sözü geçen kararların, birincisinden bu netice çıkarılmayacak gibidir (RO 50 II 20 sem. Jud 1925 213). Çünkü, bu hâdisede bir ticarî iş mevzubahis idi. İşaret olunan diğer karar ise neşredilmiş değildir.

11) Fakat o zamandan beri müellifler ve kanton mahkemeleri tarafından meseleye müteaddit defalar temas edildi. Buna göre, İsviçre hukukunda fark nazariyesinin ticarî olmayan satışlara bile tatbiki yolunda kâfi bir vuzuhu haiz bir inkişaf müşahede olunmaktadır. Bossardt (10), sözü geçen nazariyenin, alacaklı için, 107 (TBK 106) cı maddenin

(10) Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (SJZ 1933/34, p. 81)

getirdiği diğer yeniliklere nazaran, daha büyük bir ehemmiyeti olduğunu, misallerle, ikna edici bir surette ispat etti. Profesör Theo Guhl de (11) şöyle söylemektedir: Fark nazariyesi niçin aynı surette ticarî olmayan muamelât sahasında da tatbik edilmesin. Akdine sadık kalan ve maruz kaldığı bütün zararları müşterisine tazmin ettirmek isteyen bir alacaklı, niçin haftalarca belki de aylarca edasını, ihmalcı müşterisinin emrine âmade tutmak mecburiyetinde kalsın? Tam tazmini, mahrum kalınan kârı istemek hakkı, tarflardan, mukavelesini sadıkane bir surette ifa eylemiş olana aittir (12). Nihayet meslektaşımız Yung, bu meyanda şöyle diyor: Fark nazariyesi, akliselimin icabı olan bir nazariyedir, bunun yalnız ticarî olan bir vasfıda yoktur. (13)

Biz, şu tamamlayıcı düşüncelerle iktifa edeceğiz:

Eğer borçlar kanunu, sözü geçen nazariyeyi, dolayısıyla olmakla beraber, ticarî satışlar (191 f. 2, TBK 188 f. 2, 3: 215 - TBK 212) hakkında şüphe götürmez bir surette kabul ediyorsa bu, kanunun, mezkûr nazariyeyi, diğer hususlarda reddettiğini tazammun etmez. Keza, kanun, hiç bir yerinde ana nazariyenin mübadele nazariyesi olduğunu söylemiş değildir. Dahası da var, madem ki, satış akdinde 107 (TBK 106) ci maddenin derpiş ettiği bir programı tahakkuk ettirmek için, zarurî olarak, fark nazariyesini tatbik etmek mecburiyeti vardır, bundan, mezkûr sistemin, kanun vazii tarafından, zımnen kabul edilmiş olduğu neticesine varmak lâzımdır. Bu itibarla dır ki, müsbet zararın tazminini istemenin, mukavelenin fesh edilmemesini, yani onun iadamesini tazammun eylediğini iddia beyhudedir. Çünkü, akdin feshedilmemiş olması satıcının, mukabil edasını aynen yapmasını icap ettirmez. Satıcının temerrü, dündede, ona terettüp eden teslim borcunun bir tazminat ödeme borcuna inkilâp etmesi halinde bile, mukavelenin icra olduğunu iddia olunmaktadır. Alıcının mütemerrit olması halinde, satıcının mebbii, müşterinin emrine âmade tutmaktan muaf olduğu ve fakat sadece o şeyin bedelini, talep ettiği tazminattan tenzil eylemek mecburiyetinde bulunduğu ahvelde de, mukavele idame ediliyor demektir. Oser - Schönemberger (Art. 107 rem 3), ticarî olmayan mukavelelere, fark nazariyesini tatbik etmek suretile, dördüncü bir hal ihdas edildiğini söyleyerek, itiraz eylemektedir. Bu dördüncü hal de, mukavelenin feshi ile tam tazminat talebidir. Profesör Guhl gibi (Op. cit. p. 145), biz, bilâkis mukavelenin feshedilmediği ve onun idame edil-

(11) Festgale für Carl Wieland. 1934, p. 134

(13) La Sem. Jud. 1940. p. 439 da not.

diği kanaatindeyiz. Fakat bu takdirde, satıcının borcu değişiyor, alıcının borcu ile birlikte, 191 (TBK 188) ci maddede mevzubahis olduğu gibi bir tahavvüle maruz kalmaktadır.

Filvaki, 214 (TBK 211) ci maddede, sarîh olarak iki hal tarzı hükme bağlanmaktadır: Birincisi, akdın zorla icrası, ikincisi de mukavele- nin feshi ile onun hükümsüzlüğünden mütevellit (menfi) zararın taz- minidir. Acaba, bu, vazii kanunun, edaların *mübadelesini* gözönünde bu- lundurmuş olması, mı demektir, ve bundan dolayı da, satıcının, ifa men- faatini talep etmesinin şeyi teslim ile semeni mebi talebetmesine yani, mukavele- nin aynen ifasına tekabül ettiğimizi düşündü - ki bu düşünüş faraziyenin derspiş edilmesini sarahaten zait kılar. Biz, işin hiç de böyle olmadığını zannediyoruz: 214 (TBK 211) ci madde, yerini tuttuğu eski 263 üncü maddenin hemen hemen aynıdır. 263 üncü madde ise, 1881 de, ifa veya mukavele- ni nfeshinden başka bir şekli halli derpiş edemezdi. 1911 tadili sırasında bu madde, alacaklı için yeni bir hak ihdas eden 107 (TBK 106) ci maddenin maruz kaldığı mühim değişikliğe uydurulmalı idi. Bilinmeden yapılmış bir koordinasyon hatasından mada hiçbir şey, 214 (TBK 211) ci maddenin (14) bu günkü metnini tecviz eyleyemez. Bundan başka, yukarıda işaret eylemiş olduğumuz kararın da, borçlar kanununun yetkili tefsircisi olan, federal mahkeme şöyle diyor: "Vazii kanunun bu hususta hangi tarafı tutmak istediğini bizzat kanunun met- ninden öğrenmek kabil değildir." Netice itibariyle, biz, şu kanaatteyiz ki, 214 (TBK 211) ci maddenin muhtevası, ticarî olmayan satışlar hak- kında bile, fark nazariyesinin tatbiki aleyhine ileriye sürülecek bir argü- man olamaz.

Binaenaleyh, bu nazariyenin şumulleştirilmiş bir tatbikine mani o- lacak şey nedir? Yukarıda söylendiği üzere, fark nazariyesi yalnız ticarî olan bir vasfı da haiz değildir, bu nazariye, ticarî muamelât hakkında olduğu kadar, ticarî olmayanlar hakkında da kabili tatbiktir. Borçlar ka- nununun 215 (TBK 212) ci maddesinde kabul eylesinden, fark nazari- yesinin, başka yerlerde menolunduğu neticesi çıkarılamaz. Eğer, bu mad- de, ticarî satışlardan bahsediyorsa bu, "ticarî hususlara" müteallik sa- tışlarda, alıcının emrine âmade tutulan şeyin, eğer ilk alıcı borcunu ifa etmezse, bir başkasına satılması işin mahiyeti icabıdır da ondan. Ne için yalnız ticarî olmayan satışlarda alacaklı o da sadece alıcının mütemerrit olduğu ahvalde- tam tazmin alabilmesi için, alıcının arz uetmediği şeyi, onun emrine âmade bulundurmamak zorunda kalsın? ve ne için alıcı, belki de

(14) Sic Schweizer. Zum Rücktrittsrecht des Verkäufers (SJZ 1912/13, p. 101).

artık hiç muhtaç olmadığı şeyi, beyhude yere almak ve tam bedeli te-diye eylemeğe mecbur olsun. Halbuki bu gibi ahvalde, alıcı daha dün bir tazminat ödemeği arzu edebilir (15). İyice görülüyor ki, fark nazariyesi, aklı selimin icabı olan bir nazariyedir.

12) NOBA - A. G. für Chemische Produkte ihliâfına mütedair 22. Ekim 1939 tarihli (RO 65 II - 171: JDT 1940 I 105) kararında, federal mahkeme, meseleyi bütün etraflı olarak halletmedi. Bununla beraber "fark nazariyesi" nin, yalnız 191 (TBK 188) ci maddenin 2 ve 3 üncü bentleriyle 215 (TBK 212) ci maddede bahsedilen ihtimallere münhasır olmadığını mezkûr hükümlerin ticarî satışların ancak bazı hallerini der-piş eylediğini ve bunların bilcümle ticarî satışlara kabili tatbik olduğu-nu söylemek suretiyle, bir adım ileri attı. Fakat, mezkûr mahkeme, da-ha ileri gitmek suretiyle, fark nazariyesinin ticarî ve gayri ticarî olsun, bilumum satışlara kabili tatbik olup olmadığı meselesini halletmedi. Fa-kat federal mahkeme, mezlûr nazariyenin umumileştirilmesine muha-lefet etmedi. O, meselenin ihtilâflı bulunduğunu hatırlatarak şöyle diyor: Böyle olmakla beraber, 107 (TBK. 106) ve onu takibeden maddeler ba-kımından bir nokta halledilmiştir ki o da, ticarî satışlarda, alıcının borçlu bulunduğu ilk edayi vermekten muaf olmasıdır.

13) Son ve ileri adımlar dört kanton mahkemesi kararıyle atıldı. Bunlardan iktisi Züriç iksi de Vaud kanton mahkemesinin kararıdır

Züriç kanton mahkemesi, 1936 tarihli kararında (Bdl. für ZR, 1937, No. 190), şöyle diyor: Eğer, alıcının temerrüdünde, ifa menfaati (müs-bet zarar) mübadele nazariyesinin arzu ettiği gibi, semenin tediyesine karşılık, şeyin teslimini yahut onun alıcının emrine âmade bulundurulma-sını tazammun etse idi, bu takdirde, mukavelenin alelâde ifası hâdisesi muvacehesinde kalınacak ve, 1911 de, 107 (TBK 106) ci maddeye ilâve edilmiş olan imkânın ne için vazedilmiş olduğu anlaşılmayacaktı. 1939 tarihli yeni bir Züriç kanton mahkemesinin kararı, 1936 tarihli ka-rarını tekrar ederek, şöyle diyor: karşılıklı taahhütleri ihtiva eden bir mukavelenin ademi ifasından mütevellit zarar ziyanın esası, bütün akdî münasebetin tahavvülü olup yalnız mütemerri olan borçlunun borcunun de

(15) Şüphesiz alacaklı teslim alınmamış bulunan mebi tevdi edebilir ve sonra onu sattırarak (BK 92, 93-TBK 91 ve 92) bu satış bedelinden kendi alacağını tahsil ede-bilir. Fakat, bu taktirde, bayi, şeyi kendi müşterilerine satmış olması taktirinde eloe edebileceği bedelden ekseriya daha dün bir bedel elde eder. Diğer taraftan, zarar gören zararın miktarını azaltmak için, icabeden bütün tedbirleri ittihazla mükel-leftir (BK 99 f 3, 42 f 2, 44 f 1).

ğişmesinden ibaret değildir. Mukavele, bu nisbette sönmüş olmaz. Fakat, ifa menfaatinin (müsbet zararın) talep edilmesi, müteakıl edaları, doğrudan doğruya, değiştirir. Tarafların ilk borçları yerine, yeni borçlar törer. Satıcının edasını yerine getirme borcu berdevamdır, Fakat, alıcının, satış bedeli ödeme borcu zarar ziyan borcuna inkılât etmesi gibi, satıcının şeyi teslimden ibaret olan borcu da, o şeyin kendisi için irae ettiği değeri, talep edeceği tazminattan tenzil etme borcuna inkılâp eder.

Nihayet, Vaud Kanton mahkemesinin 14.1.1943 tarihli (16) bir kararı ve aynı kaza dairesinin Chambre des Recours nun 10.12.1946 tarihli (17) kararları, aynı sebeplere dayanarak, fark'nazariyesini ticarî olmayan satışlar hakkında da kabul etti. Bu iki kararda da bir garaj tarafından müşterilerine şahsi ihtiyaçları için, satılmış otomobiller mevzubahis idi. Fakat bunlar, akitten sonra şeyi teslim almaktan vazgeçtiler. Bunlardan ikincisinde alıcı, başka bir yerden daha ucuza bir otomobil de satın almıştı. Her halde her iki tarafın arzularına göre, şeyin teslimini istenildiği ihtimali yoktur. Kanton mahkemesi, bu gayri ticarî satışlara, fark nazariyesini tatbik ederken satıcıyı, akdin ifa edilmesi takdirinde elde edeceği kârı (müsbet zararı) talep etme hakkından mahrum etmeden, şeyi alıcının emrine âmade bulundurma mükellefiyetinden muaf tuttu.

Yeni görüşler ve malûm kanton mahkeme kararları, fark nazariyesinin umumî olarak tatbikine mütemayil gözükmektedirler. Bu tekâmül henüz federal mahkemecede teyid edilmiş değildir. Fakat yüksek mahkemenin 1928 ve 1939 tarihli kararları bu zemini hazırladılar. Biz de bunu arzu ile bekliyoruz.

Hülâsa § II nin başlığında vazedilmiş olan soruya cevap olarak diyelim ki, kabul edilmesi icabeden fark nazariyesi sayesinde, satıcı, gayri ticari satışlarda da, alıcının borcunu yerine getirmemesinden mütevellit olarak maruz kaldığı zararın tam tazmini ifade eden "ademi ifadan mütevellit zarar ve ziyarı" talep edebilir.

III. Fark nazariyesine göre alıcının vereceği zarar ziyanın hesabına müteallik bir kaç nokta.

14) Fark nazariyesi şu demektir: Mukaveleye sadık kalmış olan taraf (burada satıcı), edasını yerine getirmek (mebii teslim etmek) mec-

(16) Garage et Ateliers du Kursall - Fédération laiteère du Léman hâdisesi.

(17) Boymond - Garage et Ateliers du Kursaal hâdisesi.

huriyetinde olmayıp, o, teslim ile mükellef olduğu şeyin değerini, isteyeceği tazminattan tenzil eylemekle iktifa edebilir. Bu nazariye, ispat ettiğimiz zanneylediğimiz gibi, doğrudur. Fakat, bu nazariye de, Lucrum cessans ile Damnum Emergens'in miktarını tesbit etmek icabettiği zaman, bazı tatbiki zorluklar kendini gösterecektir. Satıcı, mebi üzerinde tasarruf serbestiyetini haizdir. O, tazmin yolu ile akdin hükümlerini tamamen yerine getirilmesi takdirinde haiz olacağı malî duruma getirilmelidir. Fakat, onun, âkdının borcunu ifa etmemesi yüzünden, evvelce tasarladığı durumdan daha iyi bir duruma getirilmesi de gayri muhuk olacaktır (18). İşte meselenin hudutları bunlardır.

15) 215 (TBK 212) ci madde, satıcının iki halde talep edebileceği tazminatı hükme bağlamaktadır. Bu maddede bahis konusu edilen iki şıkta da, şeyin, ifa için tesbit edilmiş olan günde veya şeyin üçüncü bir şahsa satıldığı bir tarihte, değer veya rayicinin, mukavele tarihinde tesbit edilen değer veya rayice nazaran, bir düşüklük iâe eylediği ihtimali tasavvur edilmiştir. Fakat, federal mahkemenin de işaret ettiği gibi, burada, satıcının istimal eyleyip eylememekte serbest bulunduğu bir hakkı hıyari mevzubahis olup, bu durum onu, vaki zararını, borçlar kanununun 107 (TBK 106) cı icabı hale göre de, aynı kanunun 42-43 (TBK 41-42) ci maddeleri mucibince, telâfisini talep etme hakkından mahur etmez. Satıcı, diğer tarafa kabul ettirmediği mebi, bir başkasına satma mükellefiyetinde, bilhassa, değildir. (19).

Binaenaleyh, biz, mebiin üçüncü bir şahsa ikinci bir defa olarak satılmış olup olmadığına göre iki ihtimali birbirinden tefrik edeceğiz:

16) Birinci ihtimaldeki mebi başkasına satmamış veyahutta satmak istememiş olması halinde satıcı, şeyin elyevm irâe ettiği carî değerini, ne kadar düşük olursa olsun, satış bedeline mahsup edecektir. "Satılan şey borsada mukayyet olan veya carî fiyatı bulunan emtiadan ise" (md 215/2, TBK 212/2) bu kıymet, şüphesiz günün rayicine müsavi olacaktır.

17) Alıcı tarafından teslim alınmamış olan şey, yeni bir satışa mevzu teşkil etmiş ise, prensip itibariyle, birinci alıcının tazminat borcu, bu ikinci satış için ihtiyar olunan masraf tenzil edildikten sonra, elde edilen be-

(18) RO 65 II 171: JdT 11940 I 105 "Şüphesiz... bu mülâhazalar ancak, mukabelelenin ademi ifasının bayii hakikaten tasavvur ettiği kârlarından mahrum bırakmış olması haline münhasırdır. Binaenaleyh, akdin ademi ifası, satıcıyı, zarara sokmadıktan başka, bilâkis, bu hal ona birinci mukavelenin kendisine temin edeceği kârdan daha fazla bir kâr sağlamış. Ve meselâ, akdin inikadı tarihinden beri fiatlarda bir yükselme vukua gelmiş olduğu ispat olunursa, yukarda söylenmiş olan hususlar cari olmayacaktır."

(19) Aynı karar.

del, birinci satış bedelinden dün almadıkça, mevzubahs olamaz. Bu, 215 (TBK 212) ci maddenin f. 1. in derpiş ettiği ihtimaldir (Ekseriya alınmış olan bir avans zararı azaltır). Eğer, ikinci satışta elde edilen bedel, birinci satış bedeline müsavi ise, satıcı, yine prensip itibariyle, zarara maruz kalmış değildir. Eğer satıcı, satışta, yeni alıcıdan daha yüksek bir bedel istihsal edebilmiş ise, bu ikinci satış, onun için bir kârla kapabilir. Sureti umumiyede bu son ihtimalde tazminat borcu mevzubahs olmayacaktır.

18) Sadece, sureti umumiyede; zira, şimdiye kadar yalnız ferdiyle muayyen veya neville muayyen olmakla beraber, satıcının, gayri mahdut miktarda şey teslim eyleme iktidarında olmadığı (ticarî olmayan satışlar için, normal olan) hali nazarı itibara aldık.

Buna mukabil "satıcı da satışın taallük ettiği emtiadan, hem alıcısını tatmin edecek miktarda, hem de aynı zamanda, yapılmış diğer mukavelelerden mütevellit alıcılara karşı olan borcuna yetecek miktarda mevcut bulunabilir. Böyle bir vaziyet karşısında, satıcının ikinci bir satış akdi yapabilmiş olması keyfiyetinin, birinci satışın ademi ifasından mütevellit zararını tazmin ettirmekten, bu şey üzerinden yapacağı kârı temine muvaffak olmuş bulunsa bile, mahrum bırakması sebebi anlaşılabilir. Üzerinde durduğumuz ihtimalde; mütemerrit alıcı ile yapılmış olan mukavelenin, diğer amatörlerle, başka başka mukavele yapmağa mani mevcut olmadığını, karine ile, kabul etmek icabeder. Öyle ki, birinci satıcıya tahsis edilmiş olan şey, müteakip bir satışa mevzu olmuş kaybedilmiş bir kâr telâkki eylemek, yani, aynı mebi üzerinden yapılacak müteakip satışla telâfi edilemeyecek bir kâr telâkki etmek mümkündür" (RO 65 II 171: JdT 1940 1 105; Bl. f. ZR. 1937 No. 190 c. 9). Birinci satıcıya tahsis edilmiş olan şey, müteakip bir satışa mevzu olmuş bulunsa bile, bu, müteaddit müşteriler arasında bir müşterinin kaydedilmiş olmasından başka birşey değildir. Böyle olunca, zararın tazmini, mütemerrit olan taraftan, şeyin, aynı fiyata ve hattâ daha yüksek bir fiyata, ikinci defa olarak satılmış olmasına bakılmaksızın, talep olunabilir. Bu taktirde, maruz kalınan zarar, şeyin satıcıya maliyeti veya onun tarafından ödenen mübayaa bedeli ile ifa olunmayan ilk satışta tesbit olunan fiyat arasındaki farktan ibarettir.

19) Bununla beraber, satıcı için, müşteri bulunduğu nisbette, onun kârlı bir işde yaptığı karine ile kabul olunamaz. Ve hattâ fikrimize göre de, bu imkân, kolay kolay kabul da olunmayacaktır. Filvaki, mukavelenin bir şartı cezai ile mücehhez olmuş bulunması (161-TBK 159) hali hariç olmak üzere, zararın mevcudiyet ve miktarını isbat satıcıya ait

olacaktır (8-TMK 6). Binaenaleyh, zararın unsurlarını bundan önceki numaralarda söylenmiş olan prensiplere göre, ispat dâvada maddei olan satıcıya ait olacaktır. Fikrimize göre, alıcı aleyhine gayri muhik neticelere mani olmak için, bu hususta müşkülpesnet olmak lâzımdır (20). Bununla beraber, eğer önceden verilmiş olan bir meblâğın (21) sebepsiz olarak tediye edilmiş olmasından dolayı, dâvayı alıcı açmış ise, zararın mevcut olmadığını ve ezcümle satıcı için her müşteri zuhurunda bu kadar kâr etme imkânı mevcut bulunmadığını, çünkü satıcının, satılan şeyden gayri mahdut miktarda mali kolmadığını ispat alıcıya ait olacaktır. Filvaki, tevsiye edilmiş olan meblâğın tazminata karşılık olarak alıkonamıyacağını ispat müddeiye düşer. Borç olmadığı halde ödenmiş olan bir meblâğın iadesi dâvasında, vaki zararın en az, satıcının elinde kalan meblâğ miktarına müsavi olduğunu karine ile kabul etmek lâzımdır. Fakat, hem dâvacı hem de alıcı olan taraf, bu kararnamenin aksini ispatı tecrübe edebilirler.

20) Vaki zarar, muhtelif tarzda tesbit edilebilir: Burada hepsini birden tetkik edemeyeceğimiz şekiller arasında gördük ki, zarar, a) mutabık kalınan satış bedeli ile - satılmamış olan - şeyin düşük olan cari değeri arasındaki fark (No. 16) veya b) mutabık kalınan fiyatla - daha dün olan - ikinci satış bedeli arasındaki fark (No. 17) veya nihayet şeyin maliyet veya mübayaa bedeli ile daha yüksek olan satış bedeli arasındaki fark (No. 18 ve 19). Bu üçüncü şekli hesap hakkında birkaç kelime daha söyleyelim.

21) Bir markanın bayii ve büyük iş yapan bir otomobil garajı (acentesi) bir otomobili 5500 franga satın almış ve bunu da müşterisine 8000 franga satmıştır. Fakat sonra müşteri, makbul bir sebep olmaksızın şeyi tesli malmağı red eylemiştir. Sonra bu otomobili aynı ve hattâ biraz yüksekçe bir fiyatla diğer bir müşteriye satmıştır. Garajın, bütün müşterilerini tatmin edecek kadar emtiayı (otomobili) bulmakta hiçbir müşkülâta maruz kalmıyacağı kabul olunmaktadır.

(20) Aynı karar "Şüphesiz, cari fiatı olmayan veya Borsada mukayyet bulunmayan bir şeyin satışı mevzubahs olduğu zaman, satıcının aynı zamanda iki satışta da kâr etmesi ihtimalinin şüpheli olduğunu, sureti umumiyede, maliyet fiyatının hesap edilmiş tarzının başka surette olması lâzımgeldiğini ispat alıcıya aittir" (Bize göre burada sadece satıcının iddialarının alıcı tarafından reddi mevzubahistir. Federal mahkeme, zararın olmadığını veya bunun daha dün bir miktarda olduğunun ispatını alıcıya yüklemiyor. Zararı ispat satıcıya aittir).

(21) Alelhesap verilen bir para; - kabul edilmiş bir poliçe - alıcının itiraz etmeği ihmal eylediği bir ödeme emri v.s.

Garajın gayri safi kârı 2500 franktır. Hakikatte bu kâr, umumi masraflar, bir mutavassıta ve bir satış memuruna verilen komisyon, gazeteler vasıtasıyla yaptırılan ilân masrafları, dağlarda uzun tecrübe çıkışları için sarfedilen benzin ve yağ masrafları yüzünden çok hatalıdır. Bu sebeplerden dolayı, garajın safi kârı 1000 frank raddesindedir. Şimdi burada satıcı akdin ademi fiasından dolayı (müsbet zarar) ne talep edebilir? Kâfi kâr mı, yoksa sâfi kâ mı istiyebilir?

Garajın işin sonunda, ancak, 1000 frank kazanacağı mülâhaza edilecek olursa safi kârı talep edebileceği akla gelebilir.

Fakat, bu şekil hal hatalı olur. Burada safi kârı tesbit edecek değiliz. Biz sadece müşterinin sözünü yerine getirmemiş olmasından dolayı satıcının maruz kaldığı zararı hesap edeceğiz. Binaenaleyh müşteri, karşı tarafı, akdin ifa edilmiş olması halinde haiz olacağı duruma getirmelidir. Umumi masraflar, tecrübe çıkışları, verilen komisyon ve gazetelerle yaptırılan ilânlar yüzünden garaj 1500 frank ödemek mecburiyetinde kalmıştır. Eğer biz garajda yalnız onun bu işten yapacağı sâfi kâr olan 1000 frangı verecek olursak, satıcı tam bir surette tazmin edilmiş olmayacaktır. Binaenaleyh, o, gayri sâfi kârını da talep edebilecektir. Satıcıya, 1000 frank miktarında kârı istihsal eylemek için, yapılması lâzımgelen masraflar da ödenmelidir.