

MAHKEME KARARLARI KRONİĞİ

BORÇLAR HUKUKU

1 — Dâvacı haksız fiil tarihinden itibaren faiz istememiş ve dilekçesinde faiz başlangıcını göstermemişse, faize, dâva tarihinden itibaren hükmolunmak gerekir, (Y3HD, 26.5.1958 - 3777/3197 - Ad. Der. 1962, Sy. 1, 58/59 dan).

Yukardaki Yargıtay kararına göre, bir haksız fiil sonucu zarara uğrayan kimse açtığı tazminat dâvasında istediği faizin başlangıç tarihini göstermemişse, faize, dâva tarihinden; mahkeme kararına göre ise, haksız fiil tarihinden itibaren hükmolunmak gerekir. Kanaatimizce Yargıtayın kararı yanlış, mahkemeninki ise doğrudur. Çünkü haksız fiil tazminatlarında faiz, tazminatın bir parçasını meydana getirir ve bu faizin haksız fiilin yapıldığı, yani zararın doğduğu andan itibaren hesaplanması zaruridir. Eğer faiz daha sonraki bir tarihten hesaplanacak olsaydı, tazminat derhal ödenmemiş olduğu için, zarara uğrayanın bütün zararını karşılaması imkânsızlaşacaktı. İşte buna engel olmak için haksız fiil tazminatlarına eklenecek faizin daima fiilin yapıldığı tarihten başlattırılması zaruridir. — Şayet dâvacı, incelediğimiz bu karar da olduğu gibi, faiz istemiş ve fakat bunun başlangıç tarihini göstermemişse, yargıç bu halde de faizi, fiil tarihinden başlattırmak zorundadır. Çünkü BK. 43/I e göre, hal ve durumun icabına ve kusurun ağırlığına göre tazminatın şekil ve çevresini tayin bizzat yargıcın işidir ve onun haksız fiil tazminatının çevresini isabetli bir şekilde tayin edebilmesi için de buna fiil tarihinden itibaren faiz eklemesi şarttır. — Eğer dâvacı dilekçesinde faiz istememişse, yargıç faize de hükmedemez, zira onun dâva dilekçesinde açıklanmış istekler dışına çıkma yetkisi yoktur. Fakat böyle bir halde tazminatı bizzat tayin edecek olan yargıcın onun miktarını yüksek tutması kanaatimizce şarttır. Aksi halde, hükmedeceği miktar daima gerçek zararın altında olacaktır. Maamafih sonuncu halde dâvacının açacağı ayrı bir dâva ile faiz istemesi ve geriye

kalan zararını bu suretle tazmin ettirmesi de düşünülebilir. Zaten Yargıtayımız da uzun ve dolambaçlı olan bu yolu seçmiş görünmektedir, (bk. Y4HD, 22.10.1957 - 2230/6228, 31.12.1953 - 7401/5573, Y3HD, 7.12.1953 - 2329/1576 - Olgaç, Türk Borçlar Hukuku, N. 1127, 1128 ve 1129 dan). Fakat Yüksek Mahkememizin hükmedilen alacağın ihtirazî kayıtsız kabulü sebebiyle açılan ayrı faiz dâvalarını reddeden ~~yanlış~~ kararları da vardır, bk. YTD, 18.5.1953 - Ad. Der. 1954, Sy. 2, 203 den.

2 — (Para faizsiz ve tarla icarsız) olmak üzere yapılmış bir borç senedinde dâvacının tarladan faydalanması, dâvalıya ödünç verdiği paranın faizine karşılık teşkil eder. Dâvacı, paydaşların (hissedarların) müdahalesi yüzünden tarladan faydalanamamışsa, dâvalıdan sadece faiz ödenmesini isteyebilir; yoksa vâde tarihinden önce ödünç verdiği paranın geri verilmesini isteyemez, (Y3HD, 10.7.1958 - 4888/4180 - Ad. Der. 962, Sy. 1, 60/61 den).

Yargıtayımız bu kararında, ödünç verilen belli miktarda bir para için ödünç alanın arsasının ödünç verence kullanılmasına dair anlaşmayı, (para faizsiz, tarla icarsız) olmak üzere yapılmış bir borç senedi şeklinde tavsif etmiş ve verilen para için tarlanın terhin olduğu iddiasını reddetmiştir. İncelediğimiz olayda belli bir para karşılığında bir arazinin terhini bulunmadığı meydandadır. Çünkü Yargıtayımızın da belirttiği gibi, adi bir senedle rehin tesisi imkânsızdır. Üstelik resmi bir sened söz konusu olsaydı da yine rehin tesis edilmiş olmazdı; zira rehin doğması için, kaideten, bu senede dayanılarak tapu siciline tescil yapılması zaruriydi. Diğer taraftan, burada teslimi meşrut bir rehin bulunduğu da iddia edilemez. Çünkü gayrimenküllerin teslim yolu ile rehnedilebilmeleri imkânsızdır. — Sonra, Yargıtayımızın olayı, «*para faizsiz, tarla icarsız olmak üzere yapılmış bir borç senedi*» şeklindeki tavsifi, yani tarladan dâvacının faydalanmasının paranın faizine karşılık teşkil ettiğini söylemesi doğrudur. Fakat diğer paydaşların (hissedarların) karşı koyması yüzünden tarladan faydalanamaması halinde ödünç verenin vâde tarihi olan 1960 yılından önce parasını geri isteyemeyip, sadece bir faiz talep edebileceği hakkındaki fikri isabetli sayılamaz. Çünkü adi borç senedinde kullanılan ifadeler, karardan anlaşıldığına göre, açık ve kesin değildirler; bu yüzden onların yorumlanması, tarafların gerçek iradelerinin tesbit olunması gerekir, BK 18. Sözü edilen senet

ve tarafların daha önceki konuşmalarını bilmediğimiz için, bu konuda kesin bir şey söyleyemeyiz. Yalnız taraf iradelerinin, hiç değilse ödünç verenin iradesinin tarladan faydalanamama halinde faiz istemeye değil de, parasının geri verilmesini istemeğe yönelmiş bulunduğunu kabul bize daha isabetli görünmektedir.

3 — İş sahibinin (istihdam edenin) BK. 55 e göre sorumlu tutulabilmesi için kendisinin veya yardımcısının (müstahdeminin) kusurlu olması gerekmediği gibi, bu ikisi arasında bir hizmet akdinin bulunması da gerekmez. Bu sorumluluk için iş sahibi ile yardımcısının bir tâbiyet münasebeti içinde bulunması yetiştir, (Y3HD, 11.9.1958 - 5036/4508 - Ad. Der. 1962, Sy. 1, 61/62 den).

İncelediğimiz kararın konusunu teşkil eden olay, bir kimsenin tamir ettirmek üzere bıraktığı arabasını bizzat tamircinin tecrübe etmek üzere kullandığı ve kendisinin de arabada bulunduğu bir sırada yaptığı kazadan doğan sorumluluktur. Yargıtay kararı olayı BK. 55 açısından incelemiştir. Fakat aslında olaya 18.5.1953 tarih ve 6085 sayılı Trafik Kanununun 50. maddesinin uygulanması gerekirdi. Çünkü (otomobil, otobüs gibi) motorlu taşıt, (paletli veya maden tekerlekli traktör, yol makinesi, tank gibi) müteharrik makineler ve lâstik tekerlekli traktörlerin kullanılmasından doğacak zararların tazmini özel bir kanun olan Trafik Kanununa tâbidir. Fakat nedense mahkemelerimiz yukarda sözü edilen vasıtaların bir zarara sebebiyet vermesiyle ilgili dâvalarda daima BK. 55 i uygulamışlar ve ancak BK. 60 daki bir yıllık sürenin dolması halinde Trafik Kanununun 50. maddesine dayanmak lüzumunu hissetmişlerdir. Yargıtayımız da henüz mahkemelerin bu yanlış tutumuna karşı bir cephe almış değildir. Maamafih bu iki maddede yer alan hükümlerin birbirlerine çok benzemesi sebebiyle mahkemelerin az önce işaret ettiğimiz tutumundan bir zarar doğmuş değildir. Fakat şimdiki hukukî durum eskisinden farklıdır; zira 232 sayı ve 5.1.1961 tarihli kanun, Trafik Kanununun bazı maddelerini, bu arada 50. maddesini değiştirmiş ve sigorta hadleri içinde BK. 55 den ayrılmıştır. Yalnız bu değişiklikle BK. 55 dekinden daha hafif bir sorumluluk mu, yoksa daha ağır bir sorumluluk mu yaratıldığı hususu münakaşalıdır. Çünkü «*Motorlu taşıt, müteharrik makina veya lâstik tekerlekli traktör sahibi, zararın mücbir sebepten veya kazazedenin veya üçüncü şahsın ağır kusurundan ileri geldi-*

ğini veyahut kendisinin veya ef'al ve harekâtından mes'ul olduğu kimselerin kusurunun bulunmadığını isbat ederse mes'uliyetten kurtulur» şeklindeki değiştirilmiş 50. m. lâfzen uygulanacak olursa, birinci ihtimal gerçekleşir. Gerçekten BK. 55 kurtuluş beyyinesiyle hafifletilmiş bir kusursuz sorumluluk tesis etmişken, Trafik Kanununun 50. maddesinin yeni şekli sigorta hadleri içinde kusur karinesine, (yani kusur var farzolunup, onun bulunmadığını isbatın dâvalıya bırakılması esasına), bu hadler dışında genel hükümlere (yani BK. 55 e) dayanan bir sorumluluk koymuştur. Bu ise kanunda yapılan değişiklikle güdülen gayeye tamamen zıttır. Yok eğer Trafik Kanununun 50. maddesindeki «veyahut» kelimesi, «ve» şeklinde anlaşılır ve madde ona göre yorumlanırsa, ikinci ihtimal gerçekleşir. Çünkü sonuncu halde bu madde ile bir tehlike sorumluluğu yaratıldığını (yani araç sahibinin sorumluluktan kurtulabilmesi için sadece kendisinin veya fiillerinden sorumlu bulunduğu kimselerin kusursuzluğunu isbatlaması yetmeyecek, buna ek olarak zararın mücbir sebepten veya bizzat zarara uğrayanın yahut üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini isbatlaması icabettiğini) kabul gerekir ve doğrusu da budur. Şu halde ya maddenin değiştirilmesi veya değişiklik yapılınca kadar Yargıtayımızın bu yolda bir içtihat tesis etmesi zaruridir kanaatindeyiz. (Bk. K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku I. İst 1961, 318/319 ve orada gösterilen Tandoğan, 71 vd).

Bu genel düşüncelerden sonra şimdi kararı incelemeye başlayabiliriz. Kararda önce BK. 55 deki sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu ve bu itibarla iş sahibinin (istihdam edenin) veya yardımcısının (müstahdemin) kusurunu aramağa ihtiyaç bulunmadığı belirtilmiştir. Bu görüş gerek adı geçen maddenin ifadesine, gerekse 27.3.1957 tarih ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklanan fikre tamamen uygundur, (Bk. K. Tunçomağ, 321 N. 11 ve orada gösterilen müellifler). Artık bu konuda son yıllarda yayınlanmış Yargıtay kararları arasında bir istikrar doğduğu söylenebilir. — Sonra, yine aynı kararda, yardımcı teriminin dar alınmaması, kendisine iş verilen herhangi bir kimsenin de bu terim içine sokulması ve bu konuda önemli olanın iş sahibi ile yardımcısı arasında bir «hizmet akdi» bulunması değil, bir «tâbi olma münasebeti»nin bulunması olduğu çok isabetle belirtilmiştir. Fakat kanaatimizce kararda açıklanan bu isabetli fikirler olaya doğru bir şekilde uygulanmamış ve arabasını tamir edilmek üzere birine bırakan kimse ile tamirat sonunda tecrübe maksadiyle arabayı kullanan tamirci arasında bir tâbiyet münasebetinin kabulüyle hataya düşülmüştür.

Çünkü araba sahibiyle tamirci arasındaki hukukî münasebet bir istisna akdidir ve istisna akitlerinde her zaman taraflar arasında bir tâbiiyet durumu meydana gelmez. Nitekim incelediğimiz olayda da tamirci, tamir (ve onun devamı mahiyetinde olan tecrübe) işinin ifası hususunda araba sahibinin emri altında bulunmamakta; kendi hesabına ve kendi sorumluluğu altında iş görmektedir. Böyle bir durumda bulunan kimsenin diğerinin emrinde olduğu söylenemez. Tamircinin tecrübe için arabasını kullanmasına araba sahibinin razı olması da hukukî durumu değiştirmez; zira araba sahibi razı olmakla, kendisi olmasaydı da tamircinin yapacağı ve yapması normal olan bir fiile izin vermektedir. Adeta bir bakıma konusu olmayan böyle bir rıza sebebiyle tamircinin, araba sahibinin emrinde kabul edilmesi bize doğru görünmemektedir.

4 — Aynı zamanda bir suç olan haksız fiile uygulanacak cezaî yıllanma süresi dolmadan zarara uğrayan dâvaya karışmış (müdahale etmiş) ve böylelikle yıllanmayı kesmişse, mahkûmiyet kararından itibaren yürüyecek aynı süre içinde tazminat dâvası açabilir, (Y3HD, 23.9.1958 - 5523/4781 - Ad. Der. 1962, Sy. 1, 62/63 den).

Haksız fiile dayanan tazminat dâvalarına uygulanacak cezaî yıllanma (mürur-u zaman) süresi ile ilgili olan bu karara konu teşkil eden olay açık değildir; bu itibarla Yargıtay kararını kesin şekilde değerlendirebilmek imkânsızdır. Eğer zarara uğrayan ceza dâvasına karışarak (müdahale ederek) şahsî haklarının da hüküm altına alınmasını istemişse, bu takdirde karışma sonucu cezaî yıllanma süresi kesilir (BK. 133/II) ve süre, iki tarafın her usulî muamelesi ve yargıcın her emri ve hükmüyle yeniden yürümeğe başlar, BK. 136/III. Hal böyle ise, Yargıtayımızın beş yıllık cezaî yıllanma süresinin dâvalının ceza dâvasına karışmasıyla kesildiğini söylemesi ve bu beş yıllık süreyi en son mahkûmiyet kararından itibaren yeniden yürütmesi doğrudur. Yok eğer dâvalı ceza dâvasından şahsî haklarının hüküm altına alınmasını istememişse, bu takdirde sırf ceza dâvasına karışma ile cezaî yıllanma süresi kesilmez. Çünkü hukuk dâvalarında uygulanacak yıllanma sürelerini kesen dâva, hukuk dâvası veya ceza mahkemesinde açılmış şahsî hak dâvasıdır, (Bk. K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku II, 757). Yoksa Ceza Kanunu 104 e göre ceza dâvasının kesilmesi değildir. Kanaatimizce BK. 60/II de yer alan hüküm sadece süre konusunda Ceza Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanmasını gerektirip, bunun dışında kalanların

meselâ, yıllanmanın kesilmesine dair hükümlerin hukuk dâvalarına uygulanmalarını asla gerektirmez. Bu sebeble Yargıtay kararını bu ikinci yönde ise hatalı saymak gerekir ve kanaatimizce karar bu ikinci yönde verilmiştir.

5 — Ceza Mahkemesi, fiilin sonradan çıkarılan Af Kanunu ile bir ilgisi olmadığını tesbit ederek fâili mahkûm etmişse, bu karar açılacak tazminat dâvalarında hukuk yargıcını bağlar, (Y3HD, 5.6.1959 - 3754/3235 - Ad. Der. 1962, Sy. 1, 70 den).

Yargıtayımızın bu kararına göre dâvalının 2.7.1958 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 7132 sayılı Af Kanununa rağmen ceza mahkemesince 17.10.1958 tarihinde mahkûm edilmiş olması halinde, hukuk yargıcı bu kararla bağlıdır. Çünkü bu durumda ceza mahkemesinin işlenen suçun Af Kanununa girip girmediğini incelediği ve sonunda fiilin Af Kanununun dışında kaldığına karar verdiğini kabul gerekir. Eğer dâvalı aksi görüşde ise, hakkın CUMK. undaki yollarla araması ve o zamana kadar da hukuk yargıcının mahkûmiyet kararıyla bağlı kalması zaruridir. Bize göre de, bu görüş isabetlidir. Yalnız mahkûmiyet kararının hukuk yargıcını bağlanmasının sebebinin bu kararda da kesin hüküm «*muhkem kaziye*» esasına bağlanmış olmasını ve bu bağlılığın mutlak olarak ifade olunmasını doğru bulmuyoruz. Nitekim aynı dairenin 13.1.1961 tarih ve 623/275 sayılı nisbeten isabetli bir kararı vardır ve biz bu karar hakkında yazdıklarımızı burada tekrar hatırlatırız, (Bk. K. Tunçomağ, Mahkeme Kararları Kroniği, İst. Huk. Fak. Mec. 1963, Sy. 3/4, 845/846).

6 — Dâvalının ödünç aldığı 3000 lira karşılığında bir noter senediyle bilârdo hasılatının yarısını vermeği taahhüt etmesi halinde, bilârdo hasılatının yarısını ödünç alınan paranın faizi saymak ve bunu gerek yüksekliği ve gerekse temlike dahil bulunması yönlerinden faizle ilgili kaidelere tâbi tutmak gerekir, (Y3HD, 3.7.1959 - 4050/3821 - Ad. Der. 1962, Sy. 1, 70/71 den).

Bu Yargıtay kararında, ödünç verilen 3000 lira karşılığında bir noter senediyle bilârdo hasılatının yarısını vermeği taahhüt etmenin faiz olarak tavsif edilmesi kanaatimizce doğru değildir. Çünkü faiz belli miktarda paranın kullanılmasının, kullanılma ile geçen zamana ve paranın büyüklüğüne göre hesaplanan karşılığıdır. Halbuki burada dâvacı, ödünç verdiği 3000 lira karşılığında ödünç miktarına

ve süresine göre hesaplanan bir para istemek hakkına sahip bulunmayıp; sadece bilârdo hasilâtının yarısına; yani belli bir ölçüde kâra katılabilmekde, üstelik bu kârın miktarı da tamamen belirsiz bulunmaktadır. Böyle miktarı belirsiz ve ödünç verilen paranın kullanılma süresine göre hesaplanmayan bir kâra katılmayı faiz hükümlerine tâbi tutmak imkânsızdır. Bu yüzden Yargıtayımızın, olaya faiz hükümlerini uygulaması ve bu arada 3000 liranın başkasına devri halinde, bilârdo hasilâtının yarısına dair talebin de, BK. 168' e göre, devrolunana geçeceğini ve bu yarı hasilâtın Murabaha Nizamnamesi gereğince % 9 miktarını geçemeyeceğini söylemesi doğru değildir.

7 — Tapulu yerin ifrazı yapılmadan satılan (mebi) belirli olmayacağından böyle bir yerle ilgili alım-satım vaadi muteber sayılamaz. Bu alım-satım vaadine eklenen cezaî şartı tesbit eden noter senedinde icap ve kabul bulunmadığı için ortada borç doğurucu bir muamele bulunmadığı gibi, cezaî şart, satış vaadinin icra edilme-
mesi hali için kararlaştırılmış olduğundan, teşkil dâvası açarak satış vaadinin icrasını isteyen ve dâvası hâlen görülmekte olan dâvacı ayrıca cezaî şartın ödenmesini isteyemez, (Y3HD, 4.1.1961 - 321/72 - Ad. Der. Sy. 1, 73/74 den).

Bu kararda iki nokta üzerinde durulmuştur. Önce tapulu bir yerin ifraz edilmemiş (taksim edilmemiş, parsellenmemiş) bir kısmına dair yapılan alım-satım vaadi hükümsüz sayılmıştır. Çünkü Yargıtayımıza göre, ifrazı yapılmamış bir yerin satılması halinde satılan (mebi) muayyen değildir. Halbuki gayrimenkul alım-satım vaadinin muteberiyeti için satılanın belirtilmiş olması şarttır. Bu mütalâa tamamen isabetli sayılamaz; zira gayrimenkül alım-satım vaadinin muteberiyeti için satılanın belirli (muayyen) olması şart olmayıp, belirtilebilir (kabili tayin) olması da yetiştir. Şu halde alım-satım vaadine konu teşkil eden kısım ifrazı yapılmamış olmakla birlikte, açıkca tayin edilmişse, vaad muteber; fakat henüz ifrazı yapılmayan kısmın bütünü neresinden ayrılacağı tesbit edilmemişse, alım-satım vaadi hükümsüz sayılmalıdır. Zaten Yargıtayımızın da bu yönde verilmiş kararları vardır, (Bk. Y1HD, 1.11.1951 - 6868/4663; 9.3.1954 - 9369/2193; 4.10.1956 - 4578/4687 - N. Kocayusufpaşaoğlu, Gayrimenkul Satış Vaadi, İst. 1959, 77/78 den). — Diğer taraftan, ifraz edilmemiş bir yerin alım-satım vaadi, yer açıkca tayin edilmiş olmasına rağmen onun akidde gösterilmiş surette ifrazı mümkün değilse, vaad yine muteber sayılamaz. Yalnız bu halde hükümsüzlüğü doğuran sebep satılanın belirsiz olması değil

de, 6785 numaralı İmar Kanununun 39. maddesine aykırılıktır. Gerçekten adı geçen maddeye göre, belediye hududu içinde yapılacak ifrazların İmar Mevzuatına uygunluğu Belediye Encümeni veya varsa, İmar İdare Heyetince, tasdik edilmeden tapuya tesçil edilemez ve bu yüzden imar mevzuatına aykırı ifrazı gerektiren alım-satım vaadleri imkânsızlık sebebiyle bătıldır. — Eđer cezaî şartı tesbit eden noter senedi, icap ve kabulü ihtiva etmiyorsa, böyle bir noter senediyle cezaî şart doğamaz; bu halde, Yargıtayımızın zannı aksine, cezaî şart taahhüdünün muteberliği değil de, yokluğu söz konusudur. Bu itibarla, muteber bir cezaî şartın doğmadığını kabul eden Yargıtayımızın «...hadisede cezaî şart ödenmesi taahhüdü, satış vaadinin icra edilmemesi haline müteferri olup BK. nun 158. maddesi uyarınca bu gibi hallerde ancak ya akdin icrasının veya cezanın tediyesinin talep edilmesi gerektiği halde dâvacının tescil talebiyle dâva açtığı ve bu suretle satış vaadinin icrasını istediği ve bu hususdaki dâvanın da halen derdest bulunduğu anlaşıldığından dâvacının ayrıca şart edilmiş cezanın ödenmesini talep...» edemeyeceğini söylemesi, yani meydana gelmemiş bir cezaî şartın hükümlerinden bahsetmesi, kanaatimizce tamamen yersizdir. Çünkü ya cezaî şart doğmuştur ve muteberdir, o zaman Yargıtayımızın cezaî şartın hükümleri konusunda söyledikleri doğrudur. Yahutta cezaî şart, incelediğimiz olayda olduğu gibi hiç doğmamıştır; bu takdirde onun hükümlerinden bahsetmeye sebep yoktur.

8 — Gayrimenkullerin ihale şartnamelerine konulan, satış bedelinin onbeş gün içinde ödeneceği, aksi halde bedele, geçecek her gün için 20 lira gecikme zammı ekleneceği yolundaki şart muteberdir. Pey süren her şahsın şartnameleri gördüğü ve hükümlerini kabul ettiği farz olunur, (Y3HD, 6.2.1961 - 979/919 - Ad. Der. 1962, Sy. 1, 74/75 den).

Devlet işlerinde suiistimalleri önlemek gayesiyle 2490 sayılı Arttırma ve Eksiltme Kanunu kabul edilmiştir. Devlet daireleri namına alma, satma, yaptırma, kiralama vs. işler bu kanun hükümlerine göre yapılır. Bu kanunun gayesi işlerin ilânı suretiyle ilgilelerin durumu öğrenmelerini ve serbest rekabet yardımıyla idare için en elverişli fiatın elde edilmesini sağlamaktan ibarettir. Bu kanunun altıncı maddesinin «c» bendi, ihale şartnamelerine satış bedelinin belli süre içinde ödenmemesi halinde beher gecikme günü için bir gecikme zammı ekleneceği yolunda bir şart konulabileceği belirtmiştir. Bu

yüzden, Yargıtayımıza göre, Belediyenin ihale şartnamesine koyduğu, «satis bedelinin 15 gün içinde Belediyeye ödeneceği ve aksi halde geçen her gün için buna 20 lira gecikme zammı» ekleneceği yolundaki şart muteberdir ve arttırmaya katılan herkesin şartnameyi gördüğü ve hükümlerini kabul ettiği farzolunur. Yargıtay kararında bu 20 lira tavsif edilmemiştir. Kanaatimizce her gecikme günü için ödenecek bu parayı cezaî şart ve idarenin ilânla yaptığı teklifi «*icaba davet*», ihaleye katılan her şahsın sürdüğü peyi «*icap*» ve ihaleyi de «*kabul*» olarak tavsif gerekir. (Halbuki bazılarına göre, ihale ile birlikte karşılıklı bir takım borçlar doğar; fakat mukavelenin kendisi teşekkül etmez, bk. S. S. Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, İst 1952, 1161 vd.). Şu halde incelediğimiz olayda, ihale şartnamesinde yer alan ve her gecikme gününde ödenecek olan 20 liranın «*cezaî şart*» olarak tavsifi isabetli olacaktır, bu konuda fazla bilgi için, bk. K. Tunçomağ Cezaî şart, İstanbul 1963, § 2, II ve § 8, I, 1.

9 -- Miras bırakanın görünüşte bir satış akdi yapmak ister gibi hareketle gerçekte bir bağışlama akdi yapması halinde, hem satış ve hem de bağışlama akitleri hükümsüzdür. — Dâvacı satış akdinin muvazaalı olduğunu şahitle isbat edebilir. — Satış muteber olmadığına göre, bunun tenkisi de istenemez, (YHGK, 4.5.1960 - 2/2424 - Ad. Der. 1962, Sy. 2, 186/188 den).

Yargıtayımızın bu kararı vardığı sonuçlar yönünden isabetli ve doktrinde genel olarak kabul edilen fikirlere uygun; ancak küçük bir noktada tatminkâr değildir. Bu kararda, adları söylenmemekle beraber, «*adi muvazaa*» (mutlak muvazaa) ile «*mevsuf muvazaa*» (nisbi muvazaa) birbirinden ayrılmış ve olayda ikinci nev'iden bir muvazaanın söz konusu olduğu belirtilmiştir. Gerçekden bu olayda miras bırakan ile dâvalılar aralarında yaptıkları gayrimenkul bağışlama akdini sırf dâvacıları aldatmak için tapuda yaptıkları bir satış akdi altına gizlemişler ve dâvacı da muvazaa sebebiyle bâtıl olan bu akde dayanarak yapılmış tesçilin düzeltilmesini istemiştir. Yargıtayımızın da isabetle belirttiği gibi, bu durumda taraflar gerçekte bir satış akdi yapmak istemedikleri için muteber bir gayrimenkul satış meydana gelmez; yani satım akdi bâtıldır. Bu sonuç Alman Medenî Kanununun 117. pragrafının birinci fıkrasında açıkca belirtilmiş olmasına karşılık, bizim kanunumuz bu yolda bir hüküm koymamış; fakat Yargıtayımız ve müellifler aynı sonucu ittifakla kabul etmiş-

lerdir, bk. T. Esener, Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İst. 1956, 50; K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku I, 203; Saymen/Elbir, Türk Borçlar Hukuku, I/1, 253/254; Birsen, Borçlar Hukuku, İst. 1950, 177; YİBK (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı) 7.10.1953 - 8/7 - Ad. Der. 1954, Sy. 1, 47 den). Diğer taraftan, gizli akit, Yargıtayımızın deyişiyile «gerçekten yapılmak istenen akit» kaide olarak muteberdir. Onun muvazaalı akit altına gizlenmiş olması muteberiyetine tesir etmez. BK. da bu yönde de bir hüküm bulunmamasına rağmen, doktrin ve tatbikat bu görüşü de tamamen benimsemiştir. Ancak bu gizli akdin bir şekle bağlı olması halinde durum farklıdır. Çünkü sonuncu halde ancak gerekli şekle uyulmuşsa, gizli akit muteber sayılacaktır. Şimdi incelediğimiz olayda, gizli akit bağışlama akdidir ve bu, satış akdi altına gizlenmiştir. Yargıtayımız bu kararında der ki, «... bağışlama iradesi resmî surette beyan edilmiş değildir; halbuki MK. nun 634. maddesi gereğince gayrimenkule ilişkin bağışlamanın muteberliği resmî şekle bağlanmıştır. O halde yapılmak istenen bağışlama akdi de şekil şartının gerçekleşmemiş olması sebebiyle meydana gelemez ...». Kanaatimizce Yüksek Mahkememizin dayandığı mucip sebepler tamamen isabetli, yalnız vardığı sonuç, yani söz konusu halde akdin meydana gelmediğini söylemesi isabetsizdir. Çünkü bu halde akit meydana gelir; fakat meydana gelen bu akit muteber değildir. O halde karardaki «meydana gelmez» sözünü «muteber olmaz» şeklinde anlamak gerekir. 7.10.1953 tarih ve 8/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla Federal Mahkeme Kararında açıklanan bu görüş, müelliflerin çoğu tarafından da kabul edilmektedir, (Bk. K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, I, 206 ve N. 31, 32 deki müellifler ve mahkeme kararları). Maamafih bazı müellifler, gayrimenkullerin devrinde resmî şekil konulmasının sebebinin satan ve bağışlayanı korumak olduğunu ve satış akdinde (yani zahiri akitte) şekle uyulmuş olmakla bu gayenin gerçekleşeceğini iddia ederler, (Bk. Postacıoğlu, gayrimenkullerin ferağına müteallik akitlerde şekle riayet mecburiyeti, İst. 1945, 119/120; Feyzioğlu, şüf'a hakkında muvazaa iddiaları, İst. Huk. Fak. Mec, 1950, Sy. 1/2, 273).

— Muvazaa iddiasının isbatına gelince, HUMK. 290 a göre senede bağlı bir tasarrufun hüküm ve kuvvetini azaltmak üzere yapılmış hukukî muameleler yine senet (veya başka bir kanunî delil) ile isbatlanmak gerekir. Bu itibarla, akdin taraflarından biri muvazaa iddiasında bulunuyorsa, bu iddiasını senetle isbat etmelidir, şahit dinletemez. Yargıtayımız da aynı fikirdedir. Ancak muvazaa iddiasında bulunan kimse, üçüncü kişi ise, kendisine şahit dinletmek hakkı

verilmelidir. Çünkü üçüncü kişi akde yabancısıdır ve onun akdin taraflarından, iddiasını isbat edecek yazılı bir delil ele geçirebilmesi imkânsızdır. Bu itibarla şahit dinletme yasağının ancak, akdin tarafları arasında yürüdüğünü ve bu yasağın üçüncü kişilere uygulanamayacağını kabul zarureti vardır. — Fakat acaba taraflardan birinin mirasçısının hukukî durumu nedir? Yargıtayımıza göre, «... Burada mirasçılarının miras bırakandan kendilerine geçen bir hakkı kullanmaları sebebiyle tapuda yapılmış akdin muvazaalı olduğunu Usul Kanununun 290. maddesi gereğince şahitle isbatı caiz olmamak gerekir. Ancak bu akit miras bırakan ile dâvalılar arasında ve dâvacıları zararlandırmak kasdiyle yapılmış olduğundan ve böyle bir halde muvazaaya ilişkin yazılı delilin dâvacıların eline geçmemesi için akdi yapanlarca bütün tedbirlerin alınması tabîi olduğundan ve böyle durumlarda şahit dinletme yasağının tatbiki halinde iddianın isbatı imkânsızlaşacağından Usulün 293. maddesi hükmünce dâvacılar tarafından muvazaanın şahitle isbatı uygundur. Şayet bu dâvayı, miras bırakan veya dâvalı taraf açmış olsaydı, o zaman muvazaanın şahitle isbatı mümkün olmazdı...». Kanaatimizce Yüksek Mahkememizin yukarıya aldığımız sözleri sonuç itibariyle doğru, fakat mucip sebepleri isabetli değildir. Gerçekten mirasçının hukukî durumu bir özellik arzeder. Şöyle ki, bazen mirasçının akdin taraflarından sayılması zaruridir. Çünkü mirasçı, kaide olarak hak ve borçlarda miras bırakanın yerini alır; yani miras bırakan tarafından kurulmuş hak ve borçlar, onun şahsında devam eder, gider. Bu itibarla, miras bırakanın yaptığı bir akdin aksini isbat mes'elesiyle karşılaşan mirasçı, iddiasını elbetteki kanunî delil ile isbat zorundadır, (Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuk Dersleri, 2. Bası, İst. 1962, 417/418). Fakat mirasçı bazen miras bırakanın yaptığı bir muamele söz konusu olmasına rağmen, akdin taraflarından sayılamaz. Çünkü miras bırakan, bir başkası ile yaptığı akit ile doğrudan doğruya mirasçının hakkına tecavüz etmekte, kanaatimizce, bir haksız fiil yapmaktadır; tıpkı incelediğimiz olaydaki gibi. Gerçekden muvazaalı bir akitle mirasçının hakkını zarara uğratan miras bırakanın bu fiili haksız fiilden başka bir şey değildir ve haksız fiiller, HUMK. 293/bent 2 ye göre, şahitle isbat edilebilirler, (Karş. Postacıoğlu, 418; Esener, Muvazaalı muameleler, İst. 1959 111). Demek oluyor ki, mirasçı, miras bırakanın halefi sıfatıyla hareket ederek muvazaa iddiasında bulunursa, iddiasını şahitle isbat edemezken; bunun dışında kalan hallerde, yani kendi hakkı bizzat miras bırakanın üçüncü kişi ile yaptığı akitle zarara uğratılmışsa, bu iddiasını şahitle isbat edebile-

cektir. Bu itibarla, Yüksek Mahkememizin aynı sonuca varmak için gösterdiği mucip sebep, varılan sonucun sadece haklı olduğunu açıklar, yoksa bunu hukuken izah etmez. Sonuç olarak, mirasçı incelediğimiz olaydan muzaayı şahitle isbatlayabilir ve bunu başardığı takdirde yargıcın MK. 933 e dayanarak tapu kaydının düzeltilmesine karar vermesi zaruridir. — Nihayet eğer muvaza iddiası sabit ise, dâvacı söz konusu muvazaalı akdin MK. 507 ye göre tenkisini isteyemez. Çünkü tenkisi istenebilen muameleler, Yargıtayımızın da belirttiği gibi, aslında muteber olan muamelelerdir. İncelediğimiz olayda satış akdi muavazaa sebebiyle hükümsüz (bâtıl) olduğuna göre, tenkisten asla söz edilemez.

10 — Bir kimsenin mallarını görünüşte başkasına devredip de gerçekte onların sahibi kalması BK. 19 daki akit serbestisi esasına uygundur; böyle bir devir emredici hükümlere ve ahlâka aykırı olmadığından muteberdir. Diğer taraftan, BK. 179 a göre devreden devirden önceki borçlardan devralanla birlikte müteselsilen sorumlu bulunduğu devrin, devreden alacaklılarını zararlandıracağı öne sürülemez, (YHGK, 5.10.1960 - 4/243 - 250 - Ad. Der. 1962, Sy. 3/4, 356/357 den).

Bu karar, 9. no. da incelediğimiz Genel Kurul Kararına kıyasla, çok hatalıdır. Çünkü maddi olayı muvazaa açısından değil de akit serbestisi açısından incelemiştir. Halbuki burada «*adi muvazaa*» veya «*mutlak muvazaa*» adı verilen bir hukukî görünüş söz konusudur. Gerçekten tarafların anlaşarak aslında hiçbir muamele yapmadıkları halde üçüncü kişilere karşı bir muamele yapmış gibi görünmeleri, yani kararın ifadesiyle «...*bir kimsenin görünüşte mallarını başkasına devredip gerçekte o malların sahibi kalması...*» adi muvazaadan başka bir şey değildir. Bu itibarla tarafların gerçek iradelerine uygun olmadığı için devir muamelesi bâtıldır ve bu sonuç kanunumuzda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, hemen bütün müellifler ve birçok Yargıtay kararları tarafından kabul edilmiştir. Hal böyle iken incelediğimiz kararda, bu devrin kanun ve ahlâka aykırı olmadığından ve binnetice, BK. 19 daki akit serbestisi icabı muteberiyetinden bahs olunması isabetsizdir. Çünkü böyle bir devir BK. 18 e tamamen aykırıdır. Gerçekten adı geçen maddeye göre, bir akdin şekil ve şartlarını tayinde iki tarafın gerçek isteklerini gizlemek için kullandıkları tabir ve isimlere bakılmaksızın onların gerçek ve birbirine uygun isteklerini aramak gerekir. Şu halde devir,

devredenin alacaklılarını zararlandırması sebebiyle değil de, sırf BK. 18 e göre ve muvazaa sebebiyle bătıldır. Bu yüzden BK. 179 sebebiyle devredenin alacaklılarının bir zarar görmesi ihtimalinin bulunmaması Yargıtayımızın zannı aksine, devrin hükümsüzlüğüne engel olamaz. — Diğer taraftan, devir muamelesi hükümsüz olduğu için incelediğimiz olaya BK. 179 un uygulanması ve ticarî işletmenin borçlarından devredenin de sorumlu tutulması düşünülemez.

11 — Türkiye Büyük Millet Meclisinin 2.8.1944 tarih ve 1490 sayılı kararıyla Almanya ile siyasî ve iktisadî münasebetler kesilmiş olduğu gibi, aynı karara dayanılarak çıkarılmış Bakanlar Kurulu Kararıyla da Almanlarla her türlü ticarî ve iktisadî faaliyette bulunmak yasak edilmiş bulunmasına göre, dâvalının borcu ifası lâzım bir borç olmaktan çıkmıştır. Binaenaleyh böyle bir borç sebebiyle temerrüt faizi istenemez, (YTD, 5.3.1960 - 730/708 - Ad. Der. 1962, Sy. 2, 207/208 den).

Türkiye Büyük Millet Meclisinin 2.8.1944 tarih ve 1490 sayılı kararının verdiği yetkiye dayanarak hükümetçe, «*Alman devleti ve Alman hukukî (hakikî olacak) ve hükmi şahısları ile Türk hukukî (hakikî olacak) ve hükmi şahısları arasında ve bu gibi şahıslarla devletler arasında asaleten veya vekâleten hiçbir ticarî veya iktisadî faaliyete mesağ olmadığı; bu gibi faaliyetlerin tatıl edileceği; mezkûr hakikî veya hükmi şahıs arasında mevcut akitlerin hiç bir veçhiyle icra edilmeyeceği ve 2.8.1944 tarihinden sonra yapılmış akitlerin keenlemyekûn addolunacağı...*»na dair bir karar alınmıştır. İncelediğimiz olayda ise, dâva konusu mal 1945 yılı sonlarında doğru «*Deutsche Bank İstanbul şubesi*» tarafından dâvalıya satılmış ve dâvalının satış bedeli borcu hukuken bloke edilmiş ve bu para üzerindeki tasarruf yetkisi alınmıştır. Yargıtayımız, bu durumda ifa borcunun «*...dâvalı zimmetinde lüzum ifade eden bir borç olmaktan çıkmış...*» olduğunu; BK. 101 e göre, ancak «*...muaccel bir borcun borçlusunun mütemerrit...*» ve binnetice BK. 103 e göre «*...temerrüt faizi ile mülzem...*» tutulabileceğini söylemiş ve sonuç olarak «*...ortada muacceliyet iktisap etmiş bir borç bulunmadığı için...*» temerrüt faizi ödenmek gerekmediğine karar vermiştir. Kanaatimizce Yargıtayımız burada «*lüzum ifade etmeyen borç*» yerine, «*bătıl borç*»tan bahsetseydi, hem hukukî durumu daha doğru tavsif etmiş, hem de eski ve faydasız bir terimi kullanmamış olacaktı. Çünkü az önce

dokunduğumuz Bakanlar Kurulu Kararı, «...2.8.1944 tarihinden sonra yapılmış akitlerin *keenlemyekûn*...» olacağını bildirdiği halde, taraflar çekişme konusu olan akdi 1945 yılı sonlarında düzenlemişler, yani konusu imkânsız bir akit yapmışlardır. Bu durumda akdi bâtil saymak, hem BK. 20 madde ve hem de yukarda sözü edilen karar icabıdır, (Bakanlar Kurulu Kararındaki «*keenlemyekûn*» terimini, bugünkü hukukumuzda böyle bir hükümsüzlük türü bulunmadığı için, «*butlan*» şeklinde anlamak gerekir). Borç bâtil olunca artık bunun muacceliyetinden de söz edilemez; zira bâtil bir muameleden zaten muteber bir borç doğmaz ve doğmamış bir borcun ifa edilme-
mesi yüzünden temerrüt faizi ödenmesi de düşünülemez. Kanaatimizce bu durumda yapılacak şey, taraflara, teslim ettikleri şeyin geri verilmesini istemek hakkını tanımaktan ibarettir. Dâvacının (satıcının) hakkı ya bir istihkak dâvası veya bir sebebsiz zenginleşme dâvasına konu olacaktır. Menkullerde zilyetliğin devri sebebli bir muamele olarak kabul ediliyorsa, birinci; mücerret bir muamele şeklinde telâkki ediliyorsa, ikinci nevi dâva söz konusu olmalıydı. Buna karşılık, dâvalı (alıcı) hakkını daima bir sebebsiz zenginleşme dâvasıyla geri isteyebilmeliydi. Olayda, satış bedelinin bloke edilmesi ise, hiçbir haklı sebebe dayandırılmaz. Elbetteki sebebsiz zenginleşme dâvasının açılabilmesi için yıllanma (mürur-ü zaman) süresinin geçmemiş olması gerektiği gibi, istihkak dâvalarında da kazandırıcı yıllanma şartlarının gerçekleşmemiş olması zaruridir. — Yok eğer taraflar arasındaki akit 2.8.1944 tarihinden önce düzenlenmiş olsaydı, o zaman durum değişirdi. Çünkü sonuncu halde «*sonradan meydana gelen imkânsızlık*» vardır ve bu imkânsızlığın müeyyidesi 2.8.1944 tarihli kararda «...*mevcut akitlerin hiçbir suretle icra edilmeyeceği*...» şeklinde ifade olunmuştur. Fakat bu ifade pek isabetli değildir. Çünkü bu durumda söz konusu olan, BK. 117 icabı borç münasebetinin sona ermesidir. — Demek oluyor ki, bu Yargıtay Kararı akdin ancak 2.8.1944 tarihinden önce yapılması halinde sonuç itibariyle biraz isabetli sayılabilecekti. Halbuki akit 1945 yılı sonlarına doğru yapılmıştır ve bu sebeble de kararda varılan sonuç ve mucip sebebi tamamen yanlıştır, kanaatindeyiz.

12 — Borçlunun borcunu ithal lisansı alıp, fiilî transferi sağladıktan sonraki dört ay içinde ifa etmeyi taahhüt etmesi, fakat transferi bir türlü sağlayamaması ve bunun ne zaman sağlayabileceğinin de bilinmemesi halinde, akdin, taraflarca «*fiilî transfer*

tarihi hakkında zımnî infisahî bir vâde» ile yapıldığı ve binnetice akdin sona erdiği kabul edilmelidir. Çünkü işin özelliği yönünden bu vâde hiçbir zaman iki yılı içine alamaz; halbuki olayda iki yıllık bir süre de geçmiş bulunmaktadır, (Bk. YHGK, 5.10.1960 - 37/37 - Ad. Der. 1962, Sy. 3/4, 352/353).

Bu olayda, dâvacı ithal lisansı alıp fiilen transferi yaptığı tarihten itibaren dört ay içinde Dizel Elektrojen Gurubunu Almanya'dan getirtip monte etmeyi taahhüt etmiştir. Fakat dâvacı kendisi tarafından yapılması gerekli bütün işlemleri yaptığı halde, fiili transferi sağlayamamış ve hatta Ekonomi ve Ticaret Bakanlığının 18.6.1956 tarihli yazısından bu transferin hangi tarihte yapılacağına şimdi den bilinebilmesinin imkânsız olduğu ortaya çıkmıştır. Yargıtayımız, aradan iki yıl gibi uzun bir süre geçmiş olmasını gözönünde tutarak, bir türlü işe başlama imkânı bulamayan dâvacının işin özelliği ve akdin şartlarının tümü karşısında belli olmıyan pek uzun bir süre akdi ifa zorunda bırakılamayacağı; bu durumda «*fiili transfer tarihi hakkında taraflar arasında zımnî infisahî bir vâde»* bulunduğu (akitlerin yorumlanmasında da uygulanması gereken MK. 2 uyarınca) kabulü ve bu vâdenin geçmesiyle de akdin ortadan kalkmış bulunduğu ve işin niteliği yönünden bu vâdenin asla iki yıl gibi uzun bir süre olamayacağı sonucuna varmıştır.

Kanaatimizce Yüksek Mahkememizin vardığı sonuç doğru, fakat dayandığı mucip sebep, yani akdin fiili transfer tarihi ile ilgili «*zımnî infisahî bir vâde»* ile yapıldığını söylemesi yanlıştır. Gerçi bir akdin vâdeye bağlanması ile de, bir hukukî sonucun başlangıcı «*başlangıç vâdesi-Anfangstermin»* veya son bulması «*bitiş vâdesi-Endtermin»* sonraki bir tarihe atılır. Yalnız vâdede, şarttan farklı olarak, kendisine bir hukukî sonucun bağlandığı zaman parçasının belirli veya hiç değilse belirtilebilir olması zaruridir, (Bk. Oser/Schönenberber, Komm. md. 151/157, N. 20; Becker, Komm., md. 151/157, N. 4; Tuhr/ Siegwart, II, § 62, II, 1; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, II, 405). Halbuki incelediğimiz olayda taraflar ne transferin içinde yapılabileceği belli bir süre tayin etmişler ve ne de böyle bir sürenin tayinine imkân verecek bir kayda yer vermişlerdir. Bu durumda, bize göre, bir «*bozucu (infisahî) şart»*dan söz etmek daha doğru olurdu. Çünkü böyle bir şartın varlığını gösteren üç unsur da olayımızda gerçekleşmiştir. Şöyle ki, tarafların akdin sona ermesini (hukukî sonuç), borçlunun makul bir süre içinde ithal lisansını alıp fiili transferi

sağlayamamasına (müstakbel ve belirsiz vakıa) zımnen bağladıkları (hukukî muamele) meydandadır. Hal böyle olunca, makul süre içinde transfer yapılamadığı yani, bozucu şart gerçekleştiği için akdi sona ermiş kabul etmek yerinde olur. — Diğer taraftan, aynı olay, «aşırı güçlük» veya «beklenmezlik» kavramları açısından da incelenebilir. Hukukçular ifanın sonradan olağanüstü derecede güçleşmesi halini eskiden «*mukaveleinin yapıldığı durumda değişiklik meydana gelmesi şartı*», yaygın adı ile, «*clausula rebus sic stantibus*», şimdi de «*aşırı güçlük*» veya «*beklenmezlik*» terimleriyle ifade etmektedirler. İşte ifanın son derece güçleştiği, fakat henüz imkânsızlaşmadığı bu durumlara bir çare olmak üzere, hukuk edebiyatında sırasıyla «*clausula*», «*tasavvur*», «*iktisadî imkânsızlık*» ve «*muamelenin temeli*» görüşleri ortaya atılmış ve bu görüşler İsviçre ve bilhassa Alman Yargıtayı kararlarında geniş bir akis bulmuştur. Bu gün ifa konusunda karşılaşılan aşırı güçlükleri çözme hususunda muteber tutulan görüş, büyük Alman hukukçusu Oertman'ın «*muamelenin temeli*» görüşüdür. Oertman'a göre, muamelenin temeli, bir tarafın akdin yapılması anında ortaya çıkan ve karşı tarafça bütün önemiyle bilinen ve itiraz olunmayan tasavvuru veya müteaddit tarafların üzerine akit yapma iradelerini dayandırdıkları belli durumların varlığı veya meydana gelmesi hakkındaki müşterek tasavvurlarıdır. İncelediğimiz olayda, tarafların akit yapma iradelerini, ithâl lisansı alıp fiilen transferi sağlama vakıasının gerçekleşmesine bağladıklarında şüphe yoktur. İthâl lisansı alıp fiili transferi sağlama ise, iki yıl içinde yapılamadığı gibi, bunun ne zaman yapılabileceği de tamamen belirsizdir. Nitekim, Ekonomi ve Ticaret Bakanlığının 18.6.1956 tarihli yazısından bu nokta açıkça anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, muamelenin temelini çökmüş kabul ederek, dâvacıya mahkeme hükmüyle akitten dönme yetkisi tanımak dahi mümkündür, kanaatindeyiz. Sonuç olarak, diyeceğiz ki, incelediğimiz olayın, «*bozucu vâde*» yerine, «*bozucu şart*» veya «*aşırı güçlük*» hükümlerine tâbi tutulması daha uygun olurdu. Yalnız «*aşırı güçlük*» müessesesinin memleketimiz hukukçularına kısmen yabancı olması ve olayımızda da kat'i bir zaruret bulunmaması yüzünden, onu tatbikten vazgeçmek ve bu olaya bozucu şart hükümlerine uygulamak kanaatimizce en doğrusudur.

13 — Dâvacı banka okuttuğu dâvalıdan taahhütname gereğince mecburî hizmetin bir kısmını yerine getirmemiş olması halinde

*Davacı banka okuttuğu davalıdan taahhütname
günde mecburi hizmetin bir kısmını yerine getirmemiş olması*
mukavelede kararlaştırılan tazminatın ödenmesini isteyebilir. Yargıç, cezaî şart olarak tavsifi gereken bu tazminatı indirirken iktisadî durumunu, borçlunun kusurunun derecesi ile borca aykırı davranışının ağırlık derecesini, alacaklının menfaatlerini gözünde tutarak ve mecburî hizmetin bir kısmının yerine getirilmesinin indirmedeki ölçülerden sadece birisi olabileceğini düşünerek hareket etmelidir, (YHGK, 8.3.1961 - 4 - 2/10 - Son İçt. 1962, N. 168, 5060 dan).

Bu Yargıtay kararında İsviçreli müelliflerden geniş ölçüde faydalanılmış; fakat bu bilgiler olaya kısmen yanlış uygulanmıştır. Gerçekten kararda, «... *taraflar arasındaki mukavelede mecburi hizmetin yerine getirilmemesi halinde okutma masraflarının ödenmesi taahhüdünden sonra yer alan (bankaya hizmet ettiğim seneler varsa bunlar da nazara alınmayacaktır) şeklindeki hükmün masrafın tazmini şartına bir cezaî şart niteliği...*» verdiği yazılıdır. Halbuki aslında bu hüküm masrafın tazmin edileceğine dair taahhüde bir cezaî şart anlaşması vasfı vermez; burada cezaî şart anlaşmasını meydana getiren, yapılan hizmetlerin nazara alınmayacağına dair taahhüt, bizzat cezaî şart ise yapılacak hizmetlerdir. Şu halde Yüksek Mahkememiz, masraf karşılığı borçlu tarafından ödenecek parayı cezaî şart olarak tavsif ve bu miktarın indirilmesini söz konusu etmekle yanılmıştır. Çünkü davalının hesap sonucu bulunacak masraf miktarını ödeme taahhüdü gerçek anlamda bir tazminattan başka birşey değildir ve cezaî şart olmayan bir paranın BK. 161/III e göre indirilmesi de asla düşünülemez. — Yargıtayımızın, cezaî şartın indirilmesi konusundaki düşüncelerine gelince, Yüksek Mahkememize göre, cezaî şartı indirme hakkı yargıca tanınmış istisnaî haklardandır, (Gerçekte burada söz konusu olan hak değil de, bir yetkidir; fazla bilgi için, bk. Kenan Tunçomağ, Cezaî şart, İstanbul 1963, § 16, III). Yargıç bunu kullanırken tarafların iktisadî durumunu, bilhassa borçlunun ödeme gücünü ve onun borcunu yerine getirmemiş olması yüzünden sağladığı menfaatleri; borçlunun kusur derecesini ve borca aykırı davranışının ağırlık derecesini (borcun kısmen ifa edilmesi bir hafifletici sebeptir) ve alacaklının menfaatlerini gözünde tutmak zorundadır. Eğer cezaî şart borçluyu borcunu yerine getirmeğe psikolojik yönden zorlamak üzere konmuşsa o zaman cezaî şartın psikolojik baskı niteliğini ortadan kaldıracak bir miktara indirilmemesi gerekir. Bu düşünce-

lerden sonra Yargıtayımız, yapılan hizmetin hepsinin istenecek tazminattan indirilmesinin kanuna aykırı olacağını; zira mecburi hizmetin bir kısmının yerine getirilmesinin indirmede göz önünde tutulacak unsurlardan sadece biri olduğunu belirtmiş ve indirilecek miktarın bulunmasını mahkemeye bırakmıştır. Yargıtayımız bu kararıyla cezaî şartın indirilmesi konusunda ileri bir adım atmış olmaktadır. Çünkü şimdiye kadar yayınlanmış kararlarda yargıcın takdirini dayandıracığı tek bir unsur belirtilmişti ki, o da borcun kısmen ifa edilmesiydi. Halbuki bu karar ona tarafların karşılıklı iktisadî durumlarını, alacaklının menfaatlerini, borçlunun kusur derecesiyle borca aykırılığın ağırlık derecesine de eklemiş bulunmaktadır, (Bütün bu noktalarla ilgili etraflı bilgi için, bk. K. Tunçomağ, age, § 17 II, 3). — Yukarda masrafı karşılayan tazminatın değil de, yapılmış hizmetlerin cezaî şart olduğunu belirtmiştik. Bu itibarla, Yüksek Mahkememizin zannının aksine üzerinden indirme yapılacak şey, yapılan hizmetlerdir. Yargıç, eğer az önce belirttiğimiz unsurlar karşısında, cezaî şartı (yapılan hizmetleri) aşırı derecede yüksek bulursa, onu makul bir hadde indirecek; yani dâvalı indirilen kısmı karşılayan hizmetler için istemeye haklı bulunduğu paranın, ödeyeceği tazminattan mahsup edilmesini isteyebilecektir. Fakat ilk anda zannedildiğinin aksine, burada indirilen tazminat miktarı olmayıp cezaî şart, yani hizmet karşılığıdır. — Nihayet biraz kapalı şekilde olmakla beraber, bu kararda aşırı cezaî şartın indirilme ölçüsü konusunda da isabetli bir noktaya işaret edilmiştir. Gerçekten, Yargıtayımıza göre, «...burada ceza şartının borçluya borcun yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş olduğu dahi gözden asla uzak tutulmamalıdır ve gerçekten ceza şartı böyle bir amaca ermek için de kabul edilebilir. O halde buradaki ceza şartının indirilmesiyle onun psikolojik baskı niteliğini ortadan kaldıracak bir miktarın kabul edilmesi dahi kanuna uygun olmaz...». Daha açık söyleyişle, yargıç cezaî şartı indireceği münasip miktarı araştırırken cezaî şartın hukukî mahiyetini de gözönünde bulundurmak zorundadır. Eğer alacaklı cezaî şart yanında tazminat hakkını da saklı tutmak suretiyle borçlu üzerinde tazyik yapmak, onu cezaya çarptırmak gayesini gütmüşse, o zaman cezaî şart ile alacaklı menfaatleri (yani zarar) arasında uygunluk sağlamaya çalışmak doğru olmaz. Böyle durumlarda cezaî şart miktarının ya hiç indirilmemesi veya çok az ölçüde indirilmesi gerekir, kanaatindeyiz, (fazla bilgi için bk, K. Tunçomağ, age, § 17, III).

14 — Bir kimse sahibi bulunmadığı gayrimenkul için muteber bir gayrimenkul satış vaadi akdi yapabilir. Eğer satıcı vaadini yerine getirmezse, alıcıya tazminat veya, eğer kararlaştırılmışsa, cezaî şartı ödemek zorundadır. Buna karşılık, satıcının, redde mahkûm bir takım dâvalar yüzünden alıcının uğradığı zararı tazmin mükellefiyeti yoktur, (Y4HD, 18.2.1960 - 59 - 3444/2068 - Son İçt. 1962, No. 168, 5057 den).

Bu kararda önce Noter Kanunununun 44. maddesine uygun surette ve fakat üçüncü kişi tarafından yapılmış bir gayrimenkul satış vaadi akdinin BK. 19 icabı muteber olduğu; zira bu akdin muteberiyetinin satıcının, satış tarihinde veya daha sonra malik olması şartına bağlı bulunmadığı; eğer satıcı vaadini yerine getirmezse kendisinden BK. 96 ya dayanılarak tazminat istenebileceği gibi, kararlaştırılan cezaî şartın ödenmesinin de istenebileceği; fakat malik olmayan satıcıya karşı ifa dâvası, yani MK. 642 ye dayanan teşkil dâvası açılmayacağı; zira bu dâvanın ancak malike karşı açılabileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce de bir kimse başkasına ait gayrimenkulü ilgilendiren bir satış vaadi akdi yapabilir ve bu akit tamamen muteberdir. Eğer satıcı vaadini ifa etmezse, alıcı, onun sattığı gayrimenkulün maliki olup olmamasına göre iki ayrı şekilde hareket edebilir. Satışı vaad eden kimse, aynı zamanda malik ise, alıcı mahkemeden aynen ifayı, yani adına teşkil yapılmasını ister, (Mahkemenin vereceği hükmün ne yolda olacağı konusu münakaşalıdır. Bize de doğru görünen fikre göre, hüküm taraflarca yapılması gereken satım akdinin yerini alır ve hatta aynı dâvada istenmişse, bu suretle meydana gelecek alım-satım akdine dayanarak mülkiyetin dâvacıya geçtiği de tesbit olunabilir, bu noktalarla ilgili geniş bilgi için, bk. N. Kocayusufpaşaoğlu, Gayrimenkul satış vaadi, İst. 1959, 150/174). Eğer satışı vaad eden malik değilse, alıcı mahkemeden mülkiyetin kendisine aidiyetine karar vermesini isteyemez. Çünkü bu yolda bir karar istenebilmesi için satıcının gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkına ve tasarruf yetkisine sahip olması şarttır. Şu halde alıcı mahkemeden, ancak ifasına imkân bulunmayan satış vaadi yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilir, BK. 96. Fakat kanaatimizce bunun için alıcının mahkemeden satış akdinin yapılmış sayılmasını ve bunun ifa edilmemesi yüzünden uğradığı zararının tazminini istemesi gerekmez, (Karş. Kocayusufpaşaoğlu, 174). Çünkü kusurlu olarak ifa edilmeyen satış vaadi de yalnız başına bir tazminat

borcu doğurmaya elverişlidir. Zaten Yüksek Mahkememiz de kararda aynı görüşü açıklamıştır. — Malik olmayan kimse tarafından yapılan satış vaadi muteber olduğuna göre, bunu takviye için konulmuş cezaî şart da muteber sayılmalıdır. Zaten Yargıtay kararı da bu yöndedir. Şu halde, alıcı, olayda seçimlik bir cezaî şart söz konusu olması sebebiyle, cezaî şart veya ifa yerini alacak olan tazminattan birini seçmek zorundadır. Karardan anlaşıldığına göre, alıcı cezaî şartı seçmiştir. Alıcı ayrıca mahkemece reddedilmiş bir takım dâvalar yüzünden uğradığı zararın da tazminini istemiştir. Yargıtayımız, hukukî durumu iyice incelemeden redde mahkûm bir takım dâvalar açarak zarara girmiş olan alıcının, bu zararını tazmin ettiremeyeceği; zira BK. 98/II yoluyla 44/I e göre, bu zarara satıcı kadar, kendisinin de sebebiyet verdiği fikrindedir. Değişik bir söyleyişle, Yüksek Mahkememiz iyice incelemeden redde mahkûm dâvalar açan alıcının zararın doğmasında satıcı kadar kusurlu olduğunu, yani tanınmış adı ile «*müterafik kusur*»u bulunduğunu; bu itibarla dâva masraflarını isteyemeyeceğini içtihat etmiştir. Kanaatimizce Yüksek Mahkememizin bu görüşüne katılamaz. Çünkü önce cezaî şartı aşan zararın tazminini isteyen alıcının, hem satıcının kusurlu bulunduğunu ve hem de zarar miktarının, cezaî şartı aştığını isbat etmesi gerekir. Bu iki noktayı isbat etmeyen alıcı, müterafik kusuru olmasa da, tazminat isteyemez. Halbuki kararda bu noktaya hiç dokunulmamıştır. Demek oluyor ki, ancak bu iki noktayı isbat ettikten, yani tazminat hakkı sabit olduktan sonra müterafik kusurdan söz etmenin bir anlamı olabilirdi. Kanaatimizce de iyice incelemeden redde mahkûm bir takım dâvalar açarak zarara giren alıcının, zararın doğmasında alıcı kadar olmasa bile, bir kusuru vardır. Çünkü dâva açan herkes açacağı dâvanın başarı şansı üzerinde düşünmek zorundadır. Yalnız dâva kazanmanın arzettiği özellik gözönüne getirilirse, bu konuda fazla titiz davranmanın haksızlığı kendiliğinden anlaşılır. Bu yüzden alıcının reddedilmiş dâvalar sebebiyle yaptığı masrafların, hiç değilse yarısının, tazminine imkân tanınmış olsaydı, daha doğru hareket edilmiş olacaktı. Çünkü müterafik kusur halinde tazminatın tamamen reddedilmesi kadar, indirilmesi de câizdir ve kanaatimizce incelediğimiz olayda masrafların kısmen tazminini haklı gösteren hafif bir müterafik kusur vardır.

15 — Eski bir anıtta kullanılacak çinilerin Kütahyada bu gün de yapılagelmekte olan çinilerden çok farklı olması gerektiğinden,

böyle bir anıta kullanılacak çini imâl etmeyi taahhüt eden kimse, akitte bu konuda bir sarahat olmasa da, MK. 2 icabı dayanıklı vasıfta çini teslim etmek zorundadır; zira bir akdin uygulanması sırasında veya yorumunda objektif hüsnüniyet esasları gereğince, akitte bulunması farzedilen şartların dahi akde açıkca konulmuş sayılması gerekir. Diğer taraftan, bilirkişilerin HUMK. 281 e göre işi bir arada görüşüp müşterek bir rapor hazırlamaları, aykırı düşüncede bulunanın da raporun altına veya ayrı bir rapora fikrini yazması zaruridir. Aksi halde mahkeme böyle bir rapora dayanamaz, (YHGK, 5.10.1960 - 4 - 56/248 - Ad. Der, 1962, Sy. 3/4, 355/356 dan).

Bu kararda açık bir ayırma yapılmamış olmakla birlikte, akdin yorumlanması (tefsiri) ve tamamlanması mes'eleleri üzerinde durulmuş ve kanaatimizce isabetli mütalâalar öne sürülmüştür. Bir akdin yorumlanması demek, onun anlamını tesbit demektir. Bu anlam araştırılırken, karşı tarafça (muhatapça) bilinen bütün haller gözönünde tutulmalıdır; meselâ, akdin iktisadî gayesi, taraflarca belli kelimelere verilmiş özel anlamlar, mahallî dil alışkanlığı, içtimâî muhit, bir tarafın koyduğu akdin genel şartları, o zamana kadarki yazışma ve konuşmalar gibi. Bu gün İsviçre'de hâkim görüş, alış-veriş hayatındaki muamelelerin (Verkehrsgeschäft) yorumunda, «objektifleştirilmiş yorum»u esas almaktadır. Buna göre, belli bir hukukî muamele, aynı şartlar altında bulunan makul ve dürüst kimselerin bu muameleye verecek oldukları anlama göre yorumlanmalıdır. Halbuki bir akdin tamamlanması, içinde boşluk bulunan akdin boşluklarının doldurulmasıdır. Bu da aynı esaslara göre yapılır. Çünkü bir akdin tamamlanması, yorumun özel bir halinden başka bir şey değildir. Şu halde akdi tamamlama da, makul ve dürüst kimselerin eksik hükmü dolduracak oldukları şekilde yapılmak gerekir. Kanaatimizce, incelediğimiz olayda söz konusu olan bir istisna akdinin tamamlanmasıdır. Çünkü yüzyılların değerlendirdiği bir anıta kullanılmak üzere çini ismarlanmış, fakat akitte bu çinilerin vasfı açıkca gösterilmemiştir. Karşı tarafın bu çinilerin kullanılacağı yeri bildiği mukaveledeki yazılardan tereddütsüz anlaşılmaktadır. Bu şartlar altında makul ve dürüst bir kimsenin akitteki boşluğu, «*teslim edilecek çiniler Kütahya'da bugün de yapılagelmekte olan çinilerden çok farklı ve böyle bir anıta kullanılmağa elverişli cinsden olacaktır*» şeklinde dolduracağı meydandadır. Nitekim Yüksek Mahkememiz de «...idareden numune istememiş

olan dâvalının bu durumu göz önünde tutarak iyi niyetli bir müteahhit sıfatıyla işe gereken önemi vermesi, dayanıklı vasıfta çini yapmak çare ve esaslarını araştırması gerekirdi...» demek ve sonra da «... bir akdin uygulanması sırasında veya yorumunda afaki iyi niyet esasları gereğince akitte bulunması farzedilen şartların dahi akde açıkca konulmuş sayılması, Medenî Kanununun 2. maddesi hükümlerindedir. Bu esas yazılı akitlerde de, sözlü akitlerde de tamamiyle uygulanır...» fikrine yer vermekle aynı görüşte olduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce bu karar, akitlerin yorumlanması ve tamamlanmasında Yüksek Mahkememizin İsviçre'de hâkim «objektifleştirilmiş yorum»u kabul ettiğini göstermesi bakımından çok önemlidir. — Bilirkişi adedi birden fazla ise, Yargıtayımıza göre, bilirkişilerin işi bir arada görüşüp bir sonuca vardıldıktan sonra, bu sonucu raporla mahkemeye bildirmeleri; eğer bilirkişilerden bazıları aynı fikirde değilse, onların kendi fikirlerini, ya ortaklaşa raporun altına veya ayrı bir rapora yazmaları HUMK. nun 281. maddesi icabı olduğundan, işi bir arada görüşmeyen bilirkişilerin ayrı ayrı verdikleri rapor hükme esas tutulamaz. Kanaatimizce Yüksek Mahkememizin HUMK. nun 281. maddesine bu anlamı vermesi tamamen isabetlidir. Çünkü yargıç maddi mes'elelerin takdirinde özel bir bilgiye ihtiyaç bulunduğu zaman bilirkişiye baş vurur. Eğer bilirkişilerin ayrı ayrı rapor vermelerine izin verilseydi, yargıç, bu müteaddit raporları inceleyip birini hükmüne esas almak, yani ihtisası olmayan bir konuda karar vermek zorunda kalacaktı. Üstelik bu şekilde hareket, yargıcın işini haksız güçleştireceği ve dâvayı uzatacağı için de kabul edilemez.

Doç. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ