

1. BORÇLAR HUKUKUNUN TANIMI, KONUSU, SİSTEMİ VE KAYNAKLARI

BORÇLAR HUKUKUNUN TANIMI, KONUSU VE ÖNEMİ

Borçlar Hukuku, kişiler arasındaki özel borç ilişkilerini düzenleyen bir hukuk dalıdır.

Konusu, özel borç ilişkileridir. Özel borç ilişkileri tarafların özgür irade ve girişimlerine, yani irade özerkliği, sözleşme özgürlüğü ve özel yararlarına dayandığı için, taraflar arasında **eşitlik ilkesi** geçerlidir. Borçlar hukuku her türlü borç ilişkilerini düzenleyen bir hukuk dalı değildir. Medeni Kanunda düzenlenmiş olan ilişkiler Borçlar hukukunda yer almaz. Kaynağını borçlar hukukunun dışında bulan bütün borç ilişkilerine, bunları düzenleyen kanunlarda özel bir hüküm bulunmadıkça, borçlar hukukundaki hükümler doğrudan doğruya veya kıyas yoluyla uygulanır. TBK genel bir model, çerçeve bir kanun niteliğini taşır.

Borç ilişkisi, iki veya daha çok kişi arasında kurulan ve bunlardan birine, diğerinden belirli bir edimi isteme yetkisi veren, diğerini de böyle bir edimi ifa ile yükümlü kılan hukuki bir ilişkidir. Borçlu, alacaklıya karşı belirli bir borç altına girerken, alacaklı da borçludan belirli bir alacağı isteme hakkını elde eder.

Borç ilişkisi: * Borçlu için yükümlülük * Alacaklı için hak (alacak hakkı) ifade eder	Borç ilişkisi: * Hukuki işlem den * Kanundan Sözleşmeden Haksız fiilden Kusursuz sorumluluk hallerinden Sebepsiz zenginleşmeden veya Vekâletsiz iş görmeden doğar
---	---

- Borçlar hukuku, kişilerin ihtiyaç duydukları **malların mülkiyetinin devrine imkân sağlar**, malların kişiler arasında değişim ve dolaşımına hizmet eder.
- Bazen bir malı, ona **malik olmadan da kullanmak**, ondan yararlanmak (örneğin kira) mümkündür.
- Borç ilişkisi kuran sözleşmelerin bazıları da bir **iş görme edimini** (örneğin hizmet, eser, vekâlet) içerir.
- Borçlar hukuku, kişileri mal ve şahıs varlıklarına kusurlu ve hukuka aykırı davranışlarla **haksız fiillere karşı korumayı amaçlar**. Zarar verilmesi halinde zarar verenle gören arasında bir borç ilişkisi kurar.
- Hukuk düzeni haksız fiillerin yanında belirli olgu ve olaylara da hukuki sonuç olarak tazminat yükümlülüğü bağlamıştır. Bunun kaynağı **kusursuz sorumluluktur (sebebe sorumluluğu)**. Hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olmak üzere üçe ayrılır. Adam çalıştırmanın, hayvan bulunduranın, yapı malikinin, ev başkanının, taşınmaz malikinin sorumluluğu özen sorumluluğudur. Kusursuz sorumlulukta tazminat yükümlülüğü için, zarar verenin kusuru aranmaz.
- Hukuki bir **sebebe dayanmadan** veya hukuki sebebi geçerli olmadan elde edilen her edim, her kazandırma, soyutluluk ilkesini kabul eden hukuk sistemlerinde bir **sebepsiz zenginleştirme oluşturur**. Borçlar hukuku, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden sebepsiz olarak zenginleşen kişiye karşı zenginleşmenin **geri verilmesini isteme hakkı** tanımıştır.
- Borçlar hukukunun **asli işlevleri**:
 - ** Hukuki işlemler (özellikle sözleşmeler) kanalıyla ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin kişiler arasında serbestçe değişim ve dolaşımına imkân sağlamak
 - ** Üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı, kişilerin mal ve kişi varlıklarını korumak

TBK'NUN KABULÜ VE SİSTEMİ

6098 sayılı TBK, 11 Ocak 2011'de kabul edilmiş ve 01 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmiştir.

İlk kısım 1-206. maddeler Genel Hükümler, ikinci kısım 207-645. maddeler Özel Borç İlişkilerine ayrılmıştır.

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Yazılı kaynaklar (asli kaynaklar): En önemli yazılı kaynak TBK'dur. Diğer başlıca kanunlar anayasa, MK, TTK, İş Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Noterlik Kanunu gibi kanunlardır. Borç ilişkilerini düzenleyen kararnameye 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında KHK ile 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK örnek olarak gösterilebilir. Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması da yazılı kaynaklardan sayılır.

Yazılı olmayan kaynaklar (yardımcı kaynaklar):

- * Örf ve adet hukuku (ürün kirası ile ortakçılık kurumu)
- * Bilimsel görüşler ve yargı kararları (bağlayıcı değil)
- * Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları (bağlayıcı)
- * Hâkimin hukuk yaratma yetkisi

2. BORÇLAR HUKUKUNUN DİĞER HUKUK DALLARIYLA İLGİSİ

MEDENİ HUKUK İLE İLİŞKİSİ

6098 sayılı TBK ve 4721 sayılı MK şekli yönünden birbirinden bağımsız kanunlardır. Bu kanunların bağımsız olma nitelikleri sadece şekli açıdan olup maddi ve organik açıdan birbirlerini tamamlayan kanunlardır.

TBK, MK'un beşinci kitabı olup onun tamamlayıcısıdır. Bu iki kanunun maddi-organik birlik ve bütünlük ilişkisini belirtmek amacıyla **MK md. 5:** "Bu kanun ve BK'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır." hükmünü taşımaktadır.

TİCARET HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

Ticaret hukuku borçlar hukukundan bağımsız bir hukuk dalıdır. Ticari işler sürat, güven, basitlik ve kolaylık ister. Ticaret hukuku, borçlar hukukunun aksine, hacim yönünden çok büyük miktarda mal ve hizmeti konu edinir. Genel borç ilişkilerinde, ticari ilişkilerde olduğu kadar sürat ve kolaylığa gerek duyulmaz.

Ticaret hukuku borçlar hukukuna oranla daha az şekilcidir. Esasen ticaret hukuku; medeni ve borçlar hukukunun formalizmine tepki olarak doğmuştur.

Hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verilir. Böylelikle borçlar hukuku ile ticaret hukuku arasında bağlantı kurulmuştur.

ANAYASA HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

Borçlar hukuku, her ülkenin anayasal hukuk ve ekonomi düzeninin ayrılmaz bir parçasıdır. Borçlar hukuku, anayasal hukuk ve ekonomi düzeninin izin verdiği ölçüde fonksiyon ifa eder.

1982 anayasası özel mülkiyet, sözleşme özgürlüğü ve girişim özgürlüğünü kabul etmiştir. Anayasa sonuçları borçlar hukukunu etkileyecek temel bir kişi hak ve özgürlüğünden hareket etmiştir. **AY mad. 38:** "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz." hükmü ile özgürlükçü bir borçlar hukuk anlayışı sergilemiştir.

3. BORÇLAR HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER

- | | |
|--|------------------------------|
| a. İrade özerkliği ilkesi | 1) Sözleşme özgürlüğü ilkesi |
| | 2) Eşitlik ilkesi |
| | 3) Şekil özgürlüğü ilkesi |
| b. Nisbilik ilkesi | |
| c. Dürüstlük ilkesi | |
| d. Kusurlu sorumluluk ilkesi | |
| e. Üçüncü kişi aleyhine borç kurulamaması ilkesi | |
| f. Sözleşmelerde ivazlılık ilkesi | |
| g. Borçlunun yerleşim yerinde ifa ilkesi | |
| h. İllilik ilkesi | |

İrade Özerkliği İlkesi: Hukuk düzeninin bireylere kişisel ilişkilerini özgür iradelerine göre diledikleri gibi düzenleme hususunda tanımış olduğu yetkidir.

- İrade özerkliğine işlerlik sağlayan en önemli hukuki araç hukuki işlem ve özellikle sözleşmedir.
- Bu ilke kişileri, kendi özel hukuk ilişkilerini düzenlerken her türlü dış baskıdan ve özellikle devletin baskısından korumayı amaçlar.
- İrade özerkliği sınırsız değildir. TBK mad. 27 ile bazı sınırlamalar getirilmiştir.

a. Sözleşme özgürlüğü ilkesi (TBK mad. 26):

- ✓ Bir sözleşmeyi yapıp yapmama,
- ✓ İstenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma,
- ✓ Sözleşmenin karşı tarafını seçme,
- ✓ Kurulmuş bir sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüdür.

b. Eşitlik ilkesi: Kanunda taraflar arasında ayırım yapılmamıştır. Borç ilişkilerinde alacaklı ve borçlu aynı derecede korunmaktadır.

c. Şekil özgürlüğü ilkesi: Borç doğuran sözleşmelerin geçerliliği, özel bir şekil şartına tabi değildir. Şekil mecburiyeti (kefalet, devir ve taşınmaz satım sözleşmesi resmi şekilde yapılır) istisnadır.

Nisbilik İlkesi: Alacak hakkı nispi bir haktır. Sadece borçluya karşı ileri sürülebilir, istisnai haller dışında üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

Dürüstlük İlkesi: Alacaklı borçludan alacağını talep ederken, borçlu da borcunu ifa ederken makul, orta zekâda, doğru ve dürüst bir kişi gibi hareket etmelidir. Borç ilişkisinin taraflar arasında güven duygusuna dayalı olduğu hiçbir zaman unutulmamalıdır. Dürüstlük ilkesinin **dört fonksiyonu vardır:**

- a. **Somutlaştırma fonksiyonu:** Tarafların yükümlülüklerinin açıkça belirlenmesi amacını güder.
- b. **Tamamlama fonksiyonu:** Borç ilişkisindeki çeşitli yan yükümlülüklerin temelini oluşturur.
- c. **Sınırlama fonksiyonu:** Her hakkın özünde bir sınır içerdiğini ifa eder.
- d. **Düzeltilme fonksiyonu:** Borç ilişkisi temelinden çökmüşse yeni duruma uyarlanmalıdır.

Kusurlu Sorumluluk İlkesi: Sorumluluk hukukunda hâkim ilke kusur sorumluluğudur.

Üçüncü Kişi Aleyhine Borç Kurulamaması İlkesi: Hiç kimse iradesi dışında, külli halefiyet hali (miras gibi) hariç, sözleşme veya başka bir sebeple borç altına sokulamaz. Taraflar isterlerse, üçüncü kişi yararına yaptıkları sözleşmede, onun lehine alacak hakkı kurabilirler.

Sözleşmelerde İvazlılık İlkesi: Karşılıksız sözleşmeler istisnai niteliktedir.

Borçlunun Yerleşim Yerinde İfa İlkesi: Yerleşim yeri, borçlunun borcun doğumu anındaki yerleşim yeridir.

İlillik İlkesi: Tasarruf işleminin geçerliliğinin taahhüt işleminin geçerliliğine bağlı olmasıdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BORÇLAR HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

4. BORÇ VE BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMLARI

Borç ilişkisi **dar anlamda** “borç” kavramını, **geniş anlamda** “borç ilişkisi” kavramını karşılamaktadır. Dar anlamda borç kavramı ise para borçlarını ifade etmektedir.

Borç: Alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda bulunduğu bir tek edimi, yani bir tek alacak veya borcu içeren hukuki ilişkiye borç veya dar anlamda borç ilişkisi denir. **Tek bir edim yükümlülüğünü** içerir.

Borç ilişkisi: Alacaklı ile borçlu arasında **bir veya daha çok alacak hakkı ile bazı ikincil (tali) hakları** ve borçları içeren bir hukuki ilişkidir. **Alacak hakları**, ilke olarak asıl alacak hakkı ile yan alacak haklarıdır. **İkincil haklar** ise yenilik doğuran haklar ile def'i haklarıdır. **Borçlar** da asıl borçlar, yan borçlar ve yan yükümler olarak üçe ayrılır. Asıl borç asli edim yükümlülüğünü, yan borç yan edim yükümlülüğünü, yan yükümlülük de koruma yükümlülüğü ile ifaya yardımcı yükümlülükleri ifade eder.

Yani borç ilişkisi; asıl alacak hakkı ile yan alacak hakkını, tali hakları ve asli edim yükümlülüğü ile yan edim yükümlülüğünü ve yan yükümlülükleri içeren bir hukuki ilişkidir.

Borç ilişkisi alacaklı ile borçlu arasında mevcut hukuki durum **ilişkiler bütünü**nü ifade eder. Bir tek alacak ve borçtan ibaret geniş anlamda borç ilişkisi ancak istisnai durumlarda olabilir. Örnek olarak haksız fiillerden doğan tazminat alacağı, bağışlama sözverisi, faizsiz ödünç sözleşmesini gösterebiliriz.

Borç ilişkisi **ikincil hakları** (düzenleme hakları) da kapsar. Bu ikincil haklar arasında özellikle yenilik doğuran haklar (fesih, geri alma, dönme, seçimlik haklar) ile def'i haklarını (ödemelik def'i, zamanaşımı def'i) saymak gerekir.

Borç ilişkisi alacaklı ile borçlu arasında mevcut **“sürekli bir çerçeve ilişkisi”**dir. İçerdiği yükümlülüklerden, yani borçlardan biri ifa edilse, bir yenilik doğuran hak kullanılmak suretiyle sona erdirilse, bir def'i hakkı ileri sürülse bile borç ilişkisi varlığını sürdürür.

Borç ilişkisinin **içeriği veya tarafları değişebilir**. Borç ilişkisi bir bütün olarak bir **başkası tarafından üstlenilebilir**, başka bir kişiye **devredilebilir**, asli yükümlülükler sona erse bile **sözleşme sonrası yükümlülükleri devam edebilir**.

Borç ilişkisi istenilen **amaçla sınırlıdır**. Amaç asıl borçların tam ve doğru olarak yerine getirilmesi, böylece alacaklının tatmin edilmesidir.

BORÇ İLE BORÇ İLİŞKİSİ ARASINDAKİ FARKLAR

Doğum anı yönünden: Borç, borç ilişkisiyle **aynı anda** veya **daha sonra**, bazı hallerde borç ilişkisinin **sona erdiği anda**, bazen de borç ilişkisinden sonra, belirli **bir unsurun eklenmesiyle** doğar.

Kapsam yönünden: Borç ilişkisi, kural olarak birden çok alacak ve borcu kapsar. Oysa borç her zaman bir tek alacak hakkı ile bir tek edim yükümlülüğünü içerir. İstisnai de olsa borç ilişkisi bazen bir tek alacak hakkından ibaret olabilir.

Borç ilişkisi asli hakların yanında ikincil hakları da kapsayabilir. Edim yükümlülüğünün yanında yan ve özellikle koruma yükümlülüklerini kapsar. **Borç ilişkisinin kapsamı borca oranla daha geniştir.**

Devir yönünden: Karşı tarafın rızası olmadan **borç ilişkilerinin**, özellikle sözleşmenin devri mümkün değildir. Ancak bu ilke mutlak değildir. Buna karşılık, **bir tek alacağın**, karşı tarafın rızasına gerek kalmadan bir başkasına devri mümkündür.

Sona erme yönünden: **Borç; ifa, ibra, yenileme, takas, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ifanın sonradan kusursuz olarak imkânsız hale gelmesi ve zamanaşımı** gibi sebeplerle sona erer. **Borç ilişkisi** ise ancak; **bozma, ortadan kaldırma sözleşmesi, taraflardan birinin ölmesi, ayırt etme, gücünü kaybetmesi, iflas etmesi, öngörülen sürenin gelmesi, fesih, dönme, geri alma, iptal ve bütün bireysel borçların ifa edilmesi** ile sona erer.

5. BORÇ İLİŞKİSİNİN İÇERDİĞİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER

Hak sahibi ile yükümlüyü birbirine bağlayan hukuki bağa, **hukuki ilişki** denir. **Hukuki bağ**, hukuki ilişkiye katılan taraflardan biri veya bir kısmı için bir hakkı, diğer taraf için de bir yükümlülüğü ifade eder. Böylece her hukuki ilişki kural olarak **bir hak ile** bu hakka tekabül eden **bir yükümlülükten oluşur**. Hukuki ilişkinin kendisine hak verdiği kişiye **hak sahibi**, yükümlülük yüklediği kişiye de **yükümlü** adı verilir.

Hukuki ilişkinin içerdiği **hak**, hukukça korunan ve kullanılması hak sahibinin iradesine bırakılan menfaati ifade eder. Hakkı, sahibine hukuk düzeninin diğer kişilere karşı tanımış olduğu ayrıcalık olarak tanımlamak mümkündür. **Hukuki yükümlülük** ise, hukuk düzeninin kişilere yönelttiği ve uyulması zorunlu emirlerdir. **Hukuki yükümlülük** ilke olarak başka bir kişinin hakkına tekabül eder. Bununla birlikte, hukuk düzeni bazen istisnai de olsa bir hakka tekabül etmeyen hukuki yükümlülükler de koyabilir. Bir kişinin özel hakkına tekabül etmeyen hukuki yükümlülükler de (örneğin trafik normları) hukuk normlarından doğar.

BORÇ İLİŞKİSİNİN İÇERDİĞİ HAKLAR

- Asli haklar:** Borç ilişkisinin içerdiği asli hak **alacak hakkı**dır. Alacaklıya, borçludan borçlanmış olduğu **edimi talep yetkisi** verir. Alacak hakkında alacaklının **muhatapı sadece borçludur**. Alacaklı üçüncü kişilere karşı alacak hakkını, ilke olarak ileri süremez. Bu özelliği nedeniyle alacak hakkı **nisbi** bir haktır. Borç ilişkisinin alacaklıya sağladığı ilk ve asli hak olan alacak hakkı, yararlanma hakları arasında yer alır.
- Yan haklar:** Alacak hakkının **amacına hizmet eden**, ancak bu haktan ayrı özel nitelikteki haklardır. Yan haklar, alacak hakkının bir **parçası değildir**. Alacak hakkını **genişleten** (*faiz, gecikme tazminatı, ifaya ekli cezalar*) ve **garanti eden** (*kefalet, rehin, hapis hakları*) yan haklar olarak ikiye ayrılır.
- İkincil haklar (tali haklar):** Düzenleme haklarıdır. Yararlanma haklarını etkileyen (*onları kuran, değiştiren, devreden veya ortadan kaldıran*) haklardır.
 - * **Yenilik doğuran haklar**
 - * **Def'i hakları** ve
 - * **Yönetim haklarından** ibarettir.

BORÇ İLİŞKİSİNİN İÇERDİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLER

Borç ilişkisinin diğer hukuki ilişkilerden farkı, hak sahibi sıfatını taşıyan alacaklı karşısındaki yükümlü kişinin, yani borçlunun sayısal olarak belirli ve sınırlı olmasıdır.

Borçlunun, alacaklı karşısındaki asli yükümlülüğü edim yükümlülüğüdür. Edim yükümlülüğü, borçlunun alacaklı yararına borçlandığı, gerçekleştirmek zorunda olduğu bir menfaat, bir davranıştır. Borç ilişkisi, edim yükümlülüğü yanında diğer bazı yan yükümlülükleri de içerir. Yan yükümlülükler ya asli edimin tam ve doğru olarak ifasına yardım ederler ya da alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin muhtemel bir zarardan korunmasına hizmet ederler.

1. Sözleşmeden doğan ilk yükümlülükler – ikincil yükümlülükler:

İlk yükümlülükler; sözleşmeden doğan her türlü yükümlülüklerdir. Borç ilişkisi ile aynı anda doğar.

İkincil yükümlülükler; asli edim yükümlülüğünün, yan edim yükümlülüğünün ve yan yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi hallerinde (*özellikle kusurlu ifa imkânsızlığı, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt halleri*) ödenmesi gereken tazminat yükümlülüğüdür. Borç ilişkisi ile aynı anda değil, daha sonra doğar. İkincil yükümlülük asıl borç ilişkisine dayanır, asıl borç ilişkisinin içeriğini değiştiren veya genişleten bir yükümlülüktür. Asıl borç ilişkisi ortadan kalkmaz.

İlk yükümlülükler:	1. Asli yükümlülükler	2. Yan yükümlülükler
	a. Asli edim yükümlülükleri	
	b. Yan edim yükümlülükleri	(Yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlülükleri karıştırmayınız)

2. Edim yükümlülükleri (asli ve yan edim yükümlülükleri) - yan yükümlülükler:

a. Asli edim yükümlülüğü:

Sözleşmenin **türünü, tipini, özellik ve niteliklerini belirleyen**, sözleşmeden beklenen asıl amacı simgeleyen yükümlülüktür, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borçtur. Asli edim yükümlülükleri, borç ilişkisinin birinci derecedeki içeriğini oluşturan, yan edim yükümlülüklerinden bağımsız, **doğrudan doğruya ifası dava edilebilen** yükümlülüklerdir. Asli edim yükümlülükleri, iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı yükümlülükleri oluştururlar.

b. Yan edim yükümlülüğü:

Asli edim yükümlülüğü asıl borcu ifade ederken, yan edim yükümlülüğü de yan borcu ifade eder. Sözleşmeden doğan yükümlülükler yalnız asli edim yükümlülüklerinden ibaret değildir, bazı yan edim yükümlülükleri de mevcut olabilir. Kanundan doğan yan edim yükümlülüklerinin yanında taraflar da sözleşme özgürlüğüne dayanarak bazı yan edim yükümlülükleri koyabilirler. *Örneğin kira sözleşmesinde kira parasını ödeme borcu yanında yaz aylarında bahçeye bakmasını kararlaştırabilirler.* Bu yan edimler asli olmayan yani **sözleşmenin tipini belirlemeyen, asli edime bağlı, ikinci derecede** bir nitelik ve amaç taşıyan edimlerdir. İkinci derecede nitelik taşıyıcılar bile borçlu yönünden bir borcu, alacaklı yönünden de bir hakkı ifade ederler. Bu nedenle alacaklı, yan edim yükümlülüklerini gerektiğinde asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak talep edip, bunun **ifasını dava edebilir**.

Yan edim yükümlülüğü içeren sözleşmeler **karma sözleşmelerle karıştırılmamalıdır**. Karma sözleşmelerde tarafların kararlaştırdıkları edimler, çeşitli sözleşme tiplerine ait asli edimlerdir. Oysa taraf iradeleriyle herhangi bir sözleşmeye konulan yan edim yükümlülükleri, başka bir sözleşme tipinde asli edim yükümlülüğü olsalar bile, bizzat tarafların iradeleriyle asli edime tabi ve ikinci derecede bir edim, dolayısıyla bir yan edim yükümlülüğü haline getirilmiştir. Yan edimlerin başka sözleşmelerde asli edim olması o sözleşmeyi karma sözleşme yapmaz.

Yan edim yükümlülükleri, iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı yükümlülükleri oluştururlar. Karşılıklı veya denk yan edim yükümlülüğü de denilir.

Sözleşme ilişkisinde yan edim, ancak asli edimle birlikte söz konusu olur. Asli edimin olmadığı bir sözleşmede yan edim de olmaz.

Yan edim yükümlülüklerinin **doğuş kaynakları**:

1) **Kanundan doğan yan edim** yükümlülükleri:

Örnekler: Satış sözleşmesinde “devir ve taşıma giderleri” başlıklı **211. mad**; *ölçme ve tartma gibi devir giderleri satıcıya, satılanı devralmak üzere yapılan giderler alıcıya aittir.* Bu devir giderleri, kanunun alıcı ve satıcıya yüklemiş olduğu yan edim yükümlülüğüdür. **226. mad**; satılanın başka yerden gönderilmesi alıcıya bir koruma yükümlülüğü öngörmektedir. *Alıcı, ayıplı olduğunu ileri sürdüğü satılanın korunması için gerekli önlemleri almaksızın onu satıcıya geri gönderemez.* Bu koruma yükümlülüğü yan edim yükümlülüğüdür. **317. mad**; *kiralananın olağan kullanım giderlerini ödeme borcu*, kiracıya kanundan dolayı düşen yan edim yükümlülüğüdür. **426. mad**; işverenin işçiye hizmet belgesi verme borcu yan edim yükümlülüğüdür. **553. mad**; rekabet yapma yasağı yan edim yükümlülüğüdür.

417. mad; işverene yüklenen **işçinin kişiliğinin korunması yükümlülüğü** bazı yazarlara göre yan edim yükümlülüğüdür. **Bizce** bu yükümlülük, hizmet sözleşmesinin sosyal içeriğini oluşturan bir **asli edim yükümlülüğüdür**.

Taraflar isterlerse, kanuni yan edim yükümlülüğünü asli edim yükümlülüğü haline getirebilirler. Bu takdirde söz konusu sözleşme, karma sözleşme değil, birden çok asli edim yükümlülüğünü içeren tek, yalın sözleşme niteliğini korur.

2) **Sözleşmeden doğan yan edim** yükümlülükleri: Taraflar sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne dayanarak hukuk düzeninin sınırları içinde sözleşmeye diledikleri yan edim yükümlülüklerini koyabilirler. Örneğin satıcı, *satılan makinenin kurulması ve bakım, kontrol borcunu* yan edim yükümlülüğü olarak üstlenebilir. Örneğin *hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra rekabet yasağı* taraflarca düzenlenmiş bir yan edim yükümlülüğüdür. Örneğin satıcının *satılanı alıcıya gönderme yükümlülüğünü üzerine alması veya ambalaj ve paketleme yükümlülüğünü alması* bir yan edim yükümlülüğüdür.

3) **Dürüstlük kuralından doğan yan edim** yükümlülükleri

c. Yan yükümlülükler:

Bağımlı yan yükümlülükler veya diğer davranış yükümlülükleri de denir.

Yan yükümlülüklerin **en büyük özelliği**, bunların edim ve özellikle **asli edim yükümlülüklerine bağımlı** bir nitelik taşımaları, bu sebeple de **bağımsız bir varlığa sahip olmadıkları** için, borçlunun bunlara aykırı davranması halinde, alacaklının, bağımsız bir **ifa davasıyla bunların yerine getirilmesini talep edememesidir**, sadece **doğan zararın tazminini dava edebilir**. Yani, alacaklıya edim (ifa) davası değil, sadece tazminat davası açma imkânı veren yükümlülüklerdir.

Yan yükümlülükler; **ifaya yardımcı** yan yükümlülükler ve **koruyucu** yan yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılır. **İfaya yardımcı yan yükümlülükler**; asli edimin sözleşmenin amacına uygun olarak tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet ederler.

İfaya yardımcı yan yükümlülükler:	Hazırlama, Muhafaza, Sağlama,	Aydınlatma (açıklama), Borçlunun/alacaklının işbirliği
--	--------------------------------------	---

Örneğin satış sözleşmesinde satılan malın temin edilip hazır bulundurulması (**hazırlama**), kütüphane memurunun istenilen kitabı arayıp bulması (**sağlama**), satılanın alıcıya teslim edilmesine kadar muhafaza edilmesi (**muhafaza**), bir makinenin satımında alıcıya bilgi verilmesi (**aydınlatma**) yardımcı yan yükümlülüklerdir. **Borçlunun/alacaklının işbirliği yükümlülüğü** de yardımcı yan yükümlülüktür.

Yan yükümlülükler dürüstlük kuralından, güven ilişkisinden doğar. Örneğin aydınlatma dürüstlük kuralının bir gereğidir.

3. Edim yükümlülükleri - Koruma yükümlülükleri

Koruma yükümlülükleri ayrımını savunan Alman hukukçu Stoll olmuştur.

İfa menfaati yanında yer alan bir diğer menfaat, alacaklının **korunma menfaatidir (bütünlük menfaati)**.

Tarafların borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve kişi varlığı değerlerine zarar vermeme, bunların korunması yükümlülüğüne **koruma yükümlülüğü** denir.

Koruma yükümlülükleri; sözleşme kurulmadan önce ve özellikle sözleşme görüşmeleri esnasında, edimin ifası sırasında ve hatta sözleşme sona erdikten sonra da söz konusu olabilir. Sözleşme kurulamamış ya da sonradan geçersiz hale gelmiş olması halinde de bu yükümlülükler uyulmalıdır.

Koruma yükümlülükleri **doğuş anlarına göre**; Sözleşme **öncesi** koruma yükümlülükleri
Sözleşme **esnası** koruma yükümlülükleri
Sözleşme **sonrası** koruma yükümlülükleri üçe ayrılırlar.

Koruma yükümlülükleri; edim yükümlülüklerinden bağımsız, otonom varlığa sahip yükümlülüklerdir. Bunların sözleşmeden doğan asli veya yan edim yükümlülükleriyle hiçbir ilgileri yoktur. Koruma yükümlülüklerinin dayanağı dürüstlük kuralı yani güven ilkesidir.

Koruma yükümlülükleri, aslında nitelikleri itibarıyla yan yükümlülükler içinde yer alırlar. Bu nedenle borçlunun bu yükümlülükleri ihlali halinde, koruma yükümlülüklerinin bağımsız olarak ifası, ilke olarak **dava edilemez, ancak tazminat davası açma imkânı vardır**.

EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİ

Birbirleriyle sözleşme görüşmelerine veya sosyal temas ya da işlem yapma temasına giren kişiler arasında içeriği sadece koruma yükümlülüklerinden oluşan bir borç ilişkisi doğar. Bu ilişkiye katılanlardan biri koruma yükümlülüklerini ihlal ederse, diğer taraf aleyhine doğan zararı tazmin etmek zorunda kalır. Bu tazmin yükümlülüğü, niteliği itibarıyla ikincil (tali) edim yükümlülüğüdür. İkincil (tali) edim yükümlülüğü ilk yükümlülüklerin (edim ya da yan yükümlülük) ihlali halinde söz konusu olur. Koruma yükümlülükleri, yan yükümlülükler içinde yer alırlar. Sonuç olarak **edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinde borç**, henüz edim yükümlülükleri doğmadan sırf sosyal temasa geçmiş olmaları nedeniyle taraflar arasında kurulmuş bulunan **koruma (yan) yükümlülüklerinin ihlalinden doğmaktadır**.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri; **sözleşme görüşmelerinden doğan** borç ilişkileri (örneğin, mağazaya alışverişe giden kişiyi mağazada yaralanması) ile **üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerden doğan** borç ilişkilerinde (örneğin A, B'nin evine kitaplık yapıyor, ama kötü monte sebebiyle kitaplık raflarının düşmesi ile oğlu C yaralanıyor) söz konusu olur. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinin doğması için daima, asli nitelikte bir borç ilişkisinin mevcut olması gerekir.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin **kaynağı, dürüstlük kuralıdır**. Bu tür borç ilişkileri sözleşmeye dayalı olmayıp, **kanuni borç ilişkisidir**. Görüşmeler sonunda sözleşme kurulursa, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi akdi borç ilişkisine mi dönüşür yoksa öncesinde olduğu gibi

kanuni borç ilişkisi niteliğini sürdürecektir midir? Doktrinde iki görüş vardır. İlk görüş; bu niteliğini korur. İkinci görüş; edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi sözleşmeye dâhil olur ve akdi borç ilişkisine dönüşür

YÜKÜMLÜLÜK İÇERMEYEN DAVRANIŞ: KÜLFET

Hukuk düzeni diğer kişiye, külfet yükümlüsüne karşı, külfeti oluşturan davranışı yerine getirmeye ilişkin bir **talep ve dava hakkı tanımamıştır**. Külfet yükümlüsü bu davranışı yerine getirmediği takdirde ya elde etmesi mümkün olan bir hakkı kazanamaz ya da böyle bir hakkı kaybeder (*örneğin alıcının, satın aldığı bir maldaki ayıbı satıcıya bildirmesi*). Zarar gören, zararın doğmasını veya artmasını önleyici şekilde davranmak zorundadır. Bu davranış da bir külfettir. Bu davranışı yapmayan zarar gören ya tazminattan yoksun kalır ya da daha az tazminat alır.

6. HAK KAVRAMI, HAKLARIN ÇEŞİTLERİ VE ALACAK HAKKI

HAK KAVRAMI

- Hak, hukuk düzeninin bireylere tanıdığı irade veya irade kuvvetidir (**irade teorisi**).
- Hak, hukuk düzenince korunan menfaattir (**menfaat teorisi**).
- Hak, bireyin hukukça korunan menfaat veya değerlerin gerçekleştirilmesine veya korunmasına ilişkin irade kudretidir (**karma teori**).
- Hak, hukuki ilişkinin bir unsuru olup, sahibi lehine imtiyazlı bir durum yaratırken, diğer kişiler için de bir kısıtlama, yükümlülük oluşturmaktadır (**hukuki ilişki kavramı ile tanım**).
- Hak, sahibine yetkiler verirken bazı yükümlülükler de verir (**hukuki müessese kavramı ile tanım**).

HAKLARIN ÇEŞİTLERİ: YARARLANMA VE DÜZENLEME HAKLARI

Yararlanma Hakları: Doğrudan doğruya hukuki bir değer veya menfaate yönelmiş haklar olup **sahibine, bu değer ya da menfaatten yararlanma yetkisi** vermektedir. Hukuk düzeni, yararlanma haklarında hak sahibine tanıdığı bu yetkiye karşılık, **üçüncü kişilere de bazı yükümlülükler** yüklemektedir.

Düzenleme Hakları: Yararlanma hakkı sahiplerine, üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkilerini biçimlendirme, onlara belirli bir şekil verme yetkisi tanımaktadır.

YARARLANMA HAKLARININ ÇEŞİTLERİ

Asli haklar yararlanma haklarıdır. **İkincil haklar** düzenleme haklarıdır.

Yararlanma Hakları: (asli, birincil haklardır)	a. Alacak hakları b. Hâkimiyet hakları c. Kişilik hakları d. Topluluk veya grup hakları	: Nispi hak, özel haktır. : Mutlak hak, genel haktır. : Mutlak hak, genel haktır. : Nispi hak, genel haktır.
Düzenleme Hakları: (ikincil haklardır)	a. Yenilik doğuran hakları b. Def'i hakları c. Yönetim hakları	

ALACAK HAKKI: Borç ilişkisinde **asli hak alacak hakkı, asli yükümlülük borçtur**. **Hukuki niteliği:**

- Alacak hakkı bir **yararlanma hakkıdır**.
Alacaklıya bir edim menfaati sağlar. Alacaklı bundan çeşitli maddi ve manevi yararlar sağlar. Klasik doktrin alacak hakkını hâkimiyet hakkı olarak nitelemektedir. Buna katılmıyoruz. Böyle bir anlayış, hem kişilik hakkı kavramıyla, hem de borçlar hukukunun temel ilkesi olan taraflar arasındaki eşitlik ve özgürlük ilkesi ile bağdaşmaz. Alacaklının hakkı, edim üzerinde bir hak değil, sadece borçludan borçlanmış olduğu edimi istemekten ibarettir.
Borçlunun şahsı üzerinde alacaklıya hâkimiyet hakkı tanımak, borçluyu borç ilişkisinin objesi haline getirmek olur. Oysa borçlu da alacaklı gibi borç ilişkisinin süjesidir.
Alacak hakkı, alacaklıya edim konusu mal üzerinde de hâkimiyet hakkı sağlamamaktadır.
- Alacak hakkı bir **malvarlığı hakkıdır**.
Malvarlığı, bir kişinin ekonomik değer ve hukuki birlik arz eden, para ile ölçülebilen hak ve borçlarının toplamıdır. Borç ilişkisinin konusu, bazen ekonomik bir değer taşımayan bir edimden de (*örneğin gürültü yapmama*) ibaret olabilir.
- Alacak hakkı **geçici** bir haktır.
İhtiyaç giderildiğinde borç ilişkisi sona erer.
- Alacak haklarının **sayısı**, içeriği belirli tip ve konularla **sınırlı değildir** (TBK mad. 26'daki sınırlar içinde).

- Alacak hakkı **nispi** bir haktır:

Borç ilişkisi alacaklı ve borçlu arasında hüküm ve sonuç doğurur. Alacak hakkı üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Borç ilişkisine üçüncü kişiler alacaklı veya borçlu olarak sokulamaz. Bunun tek **istisnası üçüncü kişi yararına sözleşmedir** (TBK mad. 129).

Aynı hakların mutlak hak, alacak haklarının ise nispi hak olma niteliği, bu hakların sadece üçüncü kişilere karşı doğurduğu hüküm ve sonuçlar yönündendir.

Alacak haklarının nispiliğinden doğan sonuçlar:

- ✓ **Sadece borçluya karşı ileri sürülebilir**, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.
- ✓ **Yalnız borçlu tarafından ihlal edilebilir**, üçüncü kişiler ihlal edemez.

Üçüncü kişi, alacaklıya kasten ve ahlaka aykırı bir fiille zarar vermişse, alacaklı o kişiden bu zararın tazminini isteyebilir (TBK mad. 49). Ancak tazminat davasının açılabilmesi için fiilin **kasten olması yeterli değildir, aynı zamanda ahlaka aykırı olmalıdır. ÖNEMLİ!!!!**

Ü, A'nın S'den satın aldığı radyoyu, teslim edilmeden intikam duygusuyla kırmışsa; A, Ü'ye karşı zararın tazmini davası açabilir. Ü, intikam duygusuyla S'yi, A'ya karşı satış sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmemeye ikna etmişse, bu halde de A, Ü'nün kasıtlı ve ahlaka aykırı bir fiiliyle zarara uğradığı gerekçesiyle S'ye karşı tazminat davası açabilir.

- ✓ Borçlu tarafından ihlal edilmesinden **üçüncü kişiler hiçbir hak iddia edemez**.
- ✓ Maddi edimlerde **alacaklıya, şey üzerinde dolaylı yetki verir**. Alacak hakkı, alacaklıya borç konusu şey üzerinde doğrudan doğruya bir hâkimiyet vermez. Alacaklının hakkı, borçludan sadece belirli bir davranışı istemekten ibarettir. Alacaklı, o şeye ilişkin üçüncü kişilerin ihlallerinin durdurulmasını veya önlenmesini isteyemez.
- ✓ Alacak hakkının **nispiliği, borçlunun iflası halinde de görülür**. İstisnası TBK mad. 509; aynı hak sahibi, bu hakkı, iflas masasına karşı da ileri sürebilir, masadan ayırma hakkına sahiptirler.

Bir hakkın nispi hak olarak kabulü bir hukuk politikası sorunudur. Fransız hukukunda taşınır mala ilişkin satış sözleşmesi yapılır yapılmaz, mal alıcıya teslim edilmeden, onun mülkiyetine geçer. Türk hukukunda aynı hakkın doğabilmesi için, taşınır mala ilişkin aynı sözleşme yapıldıktan sonra bunun zilyetliğinin alıcıya devredilmesi gerekir.

Kuvvetlendirilmiş kişisel haklar – Eşyaya bağlı borçlar:

Kanun koyucu bazı alacak haklarını (*arsa payı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi, alım, önalım ve geri alım hakları, adi kira ile hâsılât kirası*) kuvvetlendirmiştir. Bu alacak hakları **tapuya şerh edildiği zaman** kuvvetlendirilmiş alacak hakkı niteliği kazanmaktadır. Tapuya şerh edilmiş alacak hakkını hak sahibi, üçüncü kişilere karşı ileri sürebildiği için bu tür alacak haklarına **kuvvetlendirilmiş kişisel haklar** denilir.

Tapuya şerh sonucu kuvvetlendirilen bu haklardan doğan borçlarla diğer bazı borçlara **eşyaya bağlı borç denilmektedir**. Eşyaya bağlı borç ilişkisi nispi nitelikte borç ilişkisidir. Tapuya şerh edilenler hariç, eşyaya bağlı borç ilişkisinin borçlusu dışındaki kişilere karşı ileri sürülemez.

Bir şey üzerindeki mülkiyet veya sınırlı aynı hak ya da zilyetlik ilişkisi nedeniyle bir kişiyi, bir şey yapmaya, bir harekete veya bir tasarrufa, kısaca olumlu bir edimde bulunmaya yükümlü kılan borca **eşyaya bağlı borç denir**.

Eşyaya bağlı borçların konusu, sadece müspet bir edimden, yani bir yapma veya verme fiilinden ibarettir. Oysa olumlu edim yükümlülükleri, hiçbir zaman aynı hakların konusunu oluşturamaz. Bu suretle eşyaya bağlı borçlar aynı haklardan içeriği itibarıyla ayrılmaktadır. Yapmama edimleri şeklindeki menfi edimler de eşyaya bağlı borçların konusu olmaz.

Eşyaya bağlı borçlarda da aynı haklarda olduğu gibi **sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri geçerlidir**. Eşyaya bağlı borçlar **kanundan veya hukuki işlemten doğabilir**. Tapuya şerh edilmiş kişisel haklar hukuki işlemten doğan eşyaya bağlı borç ilişkilerinin en belirgin örneklerini oluşturmaktadırlar.

Eşya, kimin mülkiyetine veya zilyetliğine geçerse, eşyaya bağlı borç da o kişiye geçer. **Borcun, eşyadan ayrılması söz konusu değildir**. Alacaklı, eşyaya bağlı borç ilişkisinden doğan alacağını eşyayı kazanan yeni maliklere karşı da ileri sürebilir.

Nispilik ilkesinin istisnaları:

Bu istisnalarla üçüncü kişiler borç ilişkisine dâhil olur ve bunlar hakkında da hüküm ve sonuç doğurur.

TBK mad.129 (üçüncü kişi yararına sözleşme): Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü ölçüde, edimin ifasını isteyebilirler.

MK mad. 1009 (önalım hakkının üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmesi): Tapuya şerh edilmiş sözleşmeden doğan bir önalım hakkı sahibi, önalım borçlusunun önalım hakkı konusu malı üçüncü bir kişiye satması halinde önalım hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürebilir.

TBK mad. 509 (vekâlet veren ile vekilin durumu): Vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer.

TBK mad. 83 (borcun üçüncü bir kişi tarafından ifası): Borcun üçüncü bir kişi tarafından ifası mümkündür. Ancak, bunun için borç, borçlu tarafından şahsen ifası gerekli bir borç niteliğinde olmamalıdır.

DÜZENLEME HAKLARI (TALİ, İKİNCİL HAKLAR)

Sahibine belirli bir davranıştan veya hukuki değerden yararlanma hakkı vermez. Sadece asli, birincil hakları yani yararlanma haklarını etkiler; onları, bu hakkı kullanan kişi veya üçüncü bir kişi adına **kurma, değiştirme veya ortadan kaldırma yetkisi** verir.

Bu haklar sayesinde hak sahibi, **tek taraflı bir irade açıklamasıyla, başka bir kişinin hukuki alanını etkilemekte**, yeni bir hukuki durum yaratmakta veya mevcut hukuki durumu değiştirmektedir. Hukuki durumu değişen kişi, düzenleme hakkını kullanan kişinin, bu şekilde kendi özel hukuki alanına yapmış olduğu etkiyi kabul etmek zorundadır. **Düzenleme hakları üçe ayrılır.**

1. Yenilik doğuran haklar
2. Yönetim (temsil) hakları
3. Def'i hakları

1. YENİLİK DOĞURAN HAKLAR

Bunu ilk kullanan yazar Alman hukukçusu Seckel'dir.

Bir hukuki yetkiye dayanarak, bir kimsenin varması gerekli **tek taraflı irade beyanıyla yeni bir hukuki durum yaratmasına veya hukuki bir ilişkiye şekil vermesine imkân veren haklara** denir.

Bu haklarla tanınmış olan yetki, bir başkasının hukuki durumunun, ancak onun da katılması ile değişebileceği ilkesine bir istisna getirmiş olmaktadır. Bu yetkini kullanılması ile istenilen sonuç kendiliğinden meydana gelir.

a. Yenilik doğuran hakların ÇEŞİTLERİ

1) Doğuş nedenlerine göre

- a) Kanundan (*önalım, iptal, takas hakkı*)
- b) Sözleşmeden (*alım, önalım, geri alım hakkı*)
- c) Hem kanundan hem de sözleşmeden (*önalım, fesih, dönme, geri alım hakkı*)

2) Kişiyeye veya başka bir hakka bağlı olup olmamalarına göre

- a) **Kişiyeye sıkı sıkı bağlı yenilik doğuran haklar** (*boşanma, evliliğin butlanı ve iptali, bağışlamayı geri alma*)
- b) **Bağımlı yenilik doğuran haklar** (*dönme, iptal, fesih, geri alma, takas, seçimlik borçlarda seçme hakkı*)
- c) **Bağımsız yenilik doğuran haklar** (*alım, önalım, geri alım*)

3) Etkilerine göre

- a) **Müdahale hakları:** Üçüncü kişiyi etkiler. (*fesih, iptal, dönme, takas hakları*)
- b) **Öz yenilik doğuran haklar:** Sadece hak sahibini etkiler. (*miras reddi*)

4) İçeriklerine göre

a) Kurucu yenilik doğuran haklar (olumlu yenilik doğuran haklar)

Kullanılmalarıyla yeni bir hukuki ilişki kuran veya bir hakkı kazandıran haklara denir. (*Alım, önalım, geri alım, evlilik dışı bir çocuğun tanınması, sahipsiz bir taşınır mala el koyma (ihraz), sahipsiz bir taşınmaz malı işgal etme*)

b) Değiştirici yenilik doğuran haklar

Mevcut bir hakkı veya hukuki ilişkiyi değiştiren haklardır, yeni bir hukuki durum yaratmaz. (*Seçimlik borçlarda seçim hakkının kullanılması*)

c) Bozucu yenilik doğuran haklar (olumsuz yenilik doğuran haklar)

Kullanılmalarıyla bir hakkı veya hukuki ilişkiyi ortadan kaldıran haklardır. (*Sözleşmenin iptali, fesih, dönme, öneri veya kabulün geri alınması, üyelikten çıkarılma, mirasın reddi, takas beyanı*). Fesih geleceğe etkili, dönme ise geçmişe etkilidir.

- I. Bir hakkı ortadan kaldıran haklar: *Mirasın reddi*
- II. Bir hukuki ilişkiyi ortadan kaldıran haklar: *İptal, fesih, dönme*
- III. Bir statüyü ortadan kaldıran haklar: *Derneğin kendini feshetmesi (veya hâkim kararıyla)*

5) Sonuçlarına göre

a) Özel yenilik doğuran haklar

Hakkın kullanılması için, hak sahibinin irade beyanı yeterlidir, ayrıca dava açma gerekmez.

b) Yenilik doğuran dava hakları

Bazı yenilik doğuran haklar, ancak dava yoluyla kullanılabilir. Hakkın kullanılacağı dava yenilik doğuran davadır. *Ölüme bağlı tasarrufların iptali davası, boşanma*

b. Yenilik doğuran hakları kullanım şekli

Hak sahibinin **tek taraflı irade beyanı**yla ya da **yenilik doğuran bir dava ile** kullanılır. İrade beyanı karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda varmış sayılır. İrade beyanı şekil koşuluna tabi değildir. Ancak yenilik doğuran davalarda, irade beyanının mahkemeye yöneltilmiş olması gerekir.

İrade beyanının muhataba varması ile yenilik doğurucu **sonuç kendiliğinden** (muhatabın beyanı kabul etmesi şart değil) meydana gelir. Bu bakımdan yenilik doğuran haklar, icraları için dava açılmasını gerektirmezler. Yenilik doğuran hakkın usulüne uygun kullanılıp kullanılmadığı konusunda uyuşmazlık olursa **tespit davası açılabilir**. Eğer hâkim, kararında hakkın usulüne uygun kullanıldığını tespit ederse, istenilen sonuç kararın verildiği anda değil, hakkın kullanıldığı anda meydana gelmiş olur.

Yenilik doğuran haklar istisnai hallerde dava yoluyla kullanılır. Yenilik doğuran davalar, bir edim veya tespit davası değildir. Hükümlerin icra ve infazına gerek yoktur. Böyle bir hüküm kesinleştiği anda etki ve sonuçlarını kendiliğinden meydana getirir.

c. Yenilik doğuran hakların ÖZELLİKLERİ **ÖNEMLİ!!!!**

1) Bir defa kullanılmakla tükenen, sona eren haklardır.

2) Alacak hakkı olmadıkları, yani bir edimi kapsamadıkları için ilke olarak zamanaşımına bağlı olmayıp, **hak düşürücü süreye tabidirler**.

Hak düşürücü süreler zamanaşımına oranla daha kısadır. Bu süre içinde kullanılmayan yenilik doğuran haklar düşer, bir daha kullanılmaz (*sözleşmede esaslı yanılğıya düşenin 1 yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi, mirasın reddinin 3 ay içinde yapılması*). Yenilik doğuran hakların kısa bir süreye bağlı olması, karşı tarafın hukuki durumunun çabuk aydınlığa kavuşması, sonra da hakların sürekli haklardan olmaması ile açıklanabilir. **Hukuki öngörülebilirliği sağlamak için kısa süreli haklar hak düşürücü süreye, uzun süreli haklar zamanaşımına bağlanmıştır**.

Hiçbir süreye tabi olmayan yenilik doğuran haklar da mevcuttur (*sürekli borç ilişkileri önemli ve haklı sebeplerle en kısa süre içinde feshedilebilir*).

3) Kullanıldıktan sonra **dönmek (geri almak) mümkün değildir**. Bir defa kullanılmış olmakla tükenen bir haktan dönmek, artık hak mevcut olmadığı için, söz konusu olamaz.

4) **Şarta bağlanamaz**. Bunlar kesinlik ve açıklık isteyen, bu nedenle şarta yabancı haklardır.

5) **Dürüstlük kurallarına uygun** olarak kullanılmalıdır.

6) Engelleyici şartlar olmadıkça **devredilebilen** haklardandır. Örneğin yasal önalım hakkı paylı mülkiyette paydaşlar arasında söz konusu olduğundan üçüncü kişilere devredilemez. Örneğin kişiye sıkı sıkıya bağlı yenilik doğuran haklar miras yoluyla geçmeyeceği gibi, sağlar arası devre de konu olamaz. Örneğin bağımlı yenilik doğuran haklar da bağlı oldukları haktan veya hukuki ilişkiden bağımsız olarak devredilemez.

d. Yenilik doğuran hakların SONA ERMESİ

1) **Kullanılmakla** sona erer.

2) Hak **düşürücü süre içinde kullanılmamakla** sona erer.

3) Hak sahibinin bunları kullanmaktan **feragat etmesiyle** sona erer.

4) Kullanılması sonradan **imkânsız hale gelmesiyle** sona erer.

2. YÖNETİM VEYA TEMSİL HAKLARI (YETKİ, KUDRET HAKLARI)

Burada hak sahibi, yani yönetim hakkının kullanan kişi, bir sözleşme veya tek taraflı bir hukuki işlem yaparak **üçüncü kişinin hukuki alanına etkili olmakta**, o alanda hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Hak sahibi, yenilik doğuran haklarda genellikle kendi yararına hareket ederken, yönetim haklarında **başkası yararına hareket eder**. Bu nedenle **“başkası yararına haklar”** da denilmektedir.

Düzenleme haklarının bu türü, olağan temsil hakları (kanuni temsil, iradi temsil, dolaylı temsil) ile organ haklarını (tüzel kişilerin organları temsilci değildir) kapsar.

3. DEF'İ HAKLARI (KARŞI HAKLAR)

Hak sahibine, bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, belirli oranda **etkisiz kılma** veya sonuçlarını **tamamen ya da kısmen sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma imkânı veren haklardır**. Borçluya tanınmış savunma aracıdır. **En önemli türü**, borçlanılan edimden veya bir borcun ifasından kaçınma hakkı olarak adlandırılan **def'i hakkıdır**.

Başkasına ait bir hakka karşı kullanılan ve bu hakkı sürekli veya geçici olarak engelleyen ya da sınırlayan karşı hakka **def'i hakkı** denir.

Def'i hakkının mutlaka **dava yoluyla kullanılması gerekli değildir**. Yenilik doğuran hak kullanılmakla sona erer, oysa def'i hakkı kullanılsa bile, borçlu bundan geri dönebilir.

Def'i hakkının kullanılması, başkasına ait olan bir hakkı ortadan kaldırmaz, engel olur. Böylece borçlu, alacaklı tarafından edimin yerine getirilmesi talep edildiğinde, bunu reddetme, bundan geçici veya sürekli kaçınma hakkını elde eder. Buna teknik anlamdaki def'i hakkı (dar anlamda def'i hakkı) denir.

İtiraz, bir hakkın doğumunu, meydana gelmesini veya devamını **inkâr eden bir vakıanın ileri sürülmesi** olduğu halde, **def'i**, ileri sürülen bir hakka karşı, bu hakkı engelleyen veya sınırlayan **karşı bir hakkın kullanılmasıdır**.

İtirazda bulunma, bir hakkın doğumuna engel olan veya doğmuş bir hakkı ortadan kaldıran bir olayın ileri sürülmesidir. İleri sürülen itiraz sebebi gerçekleşmişse, iddia olunan hak, hiçbir zaman mevcut olmamış veya ortadan kalkmış demektir. Oysa **def'i hakkının ileri sürülmesinde**, diğer tarafın hakkı mevcut olmakla birlikte, hukuk düzeni, davalıya borcunu ifa etmeme hakkını tanımaktadır.

TBK mad. 166/2; kusur def'idir, itiraz değildir.

Karşılıklı borçları içeren sözleşmelerde davacının kendisine düşen borcu yerine getirmemiş olması def'i (**ödemezlik def'i**) ile satış sözleşmesinde, bağışlamada, kefalette ileri sürülebilen teknik anlamdaki def'iler TBK'da öngörülmüştür. Teknik def'ilerin en önemlisi **zamanaşımı def'idir** (*kanun koyucu, benim tanıdığım süre içinde hakkını ileri sürmezsen hakkından vazgeçmiş sayılırsın, demektedir*).

Borcu zamanaşımına uğrayan borçlunun, aleyhine dava açılması halinde, alacaklıya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürmesi, bir def'i hakkının kullanılmasıdır.

a. Def'i hakkının ÇEŞİTLERİ

- 1) **Kesin (sürekli) def'iler:** Karşı hakkı **tamamen engeller**, felce uğratırlar, **sürekli engel olurlar**. Def'i hakkı sahibine, edimi sürekli olarak yerine getirmeme yetkisini verir. *Örneğin zamanaşımı def'i*. Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi, alacak hakkını değil, sadece dava hakkını engeller. Alacak hakkı, eksik bir borç olarak varlığını sürdürür. Borçlu isterse, borcunu ifa edebilir.
- 2) **Geciktirici def'iler:** Hak sahibinin hakkının kullanılmasını **bir müddet için önlerler**. *Örneğin ödemezlik def'i*.
- 3) **Bağımsız def'iler:** Başka bir hakka dayanmayan def'ilerdir. Bir **ana hak yoktur**, def'i hakkı kendiliğinden mevcuttur. *Örneğin adi kefalet sözleşmesinde kefilin önce asıl borçluya başvurmasını isteme hakkı (tartışma def'i)*.
- 4) **Bağımlı def'iler:** Ayni veya nispi hakka bağlı olan def'ilerdir. Bir temel ilişki (**ana hak**) mevcuttur. Temel hak ortadan kalkarsa def'i hakkı da ortadan kalkar.
- 5) **Tam def'iler:** Def'i hakkı sahibine, edimin **tamamını reddetme**, onu bir bütün olarak yerine getirmekten kaçınma yetkisi verir.
- 6) **Tam olmayan (kısmi) def'iler:** Def'i hakkı sahibi, edimin belirli **bir kısmını yerine getirmekten kaçınma** hakkına sahiptir.

b. Kullanma şekli:

Mahkeme dışında edimi yerine getirmemekle, mahkemede ise bunu def'i olarak ileri sürmek suretiyle kullanılır. Def'i hakkının cevap süresi içinde bildirilmesi, ileri sürülmesi gerekir.

c. İtiraz

Geniş anlamda def'i; dar anlamda def'i ile itirazı kapsar. Dar anlamda def'i bir hakkın ileri sürülmesi olduğu halde, **itirazın konusu bir olayın ileri sürülmesidir**. İtiraz, karşı tarafın hakkının mevcut olmadığını, **borcun doğmadığını** ileri sürmektir. Borcun doğmadığını değil de, o anda ileri sürülemeyeceği def'idir. **Hakkın doğumuna engel olan itiraz** ve **hakkı yok eden itiraz** olmak üzere ikiye ayrılır. Sözleşmenin **geçersizliğinin** ileri sürülmesi hakkın **doğumuna engel** olan itirazdır. İddia edilen alacağın **ifa, ibra veya imkânsızlık** sebebiyle sone ermiş olduğunu ileri sürmek hakkı **yok eden** itirazdır.

d. Def'i ile itiraz arasındaki FARKLAR **ÖNEMLİ!!!!**

- 1) Def'i bir haktır, itiraz ise bir olaydır. Borçlu tek taraflı iradeyle def'i hakkını kullanmaktan vazgeçebilir, borçlu itirazdan vazgeçemez (olaylar tek taraflı bir vazgeçme iradesiyle ortadan kalkamaz).
- 2) İtiraz hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulur. Def'i hâkim tarafından taraflara hatırlatılamaz, borçlunun bunu ileri sürmesi gerekir.
- 3) Def'i sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilir. İtirazı menfaati olan herkes ileri sürebilir.
- 4) İtiraz hakkın doğmadığını veya sona erdiğini ifade eder. Def'i hakkı sona erdirmez, sadece o hakkın ileri sürülmesini geçici veya sürekli olarak engeller.
- 5) Def'i cevap süresinde ileri sürülebilir, itiraz davanın her aşamasında dikkate alınır.

7. ALACAK VE TALEP KAVRAMLARI

Alacak hakkı alacaklının, borçludan borçlanılan edimi talep etme hakkıdır. **Talep yetkisi**, alacak hakkının özünü oluşturur. **Talep**, bir başkasından bir şey yapmayı veya yapmamayı isteme hakkıdır. Alacak ve talep kavramları ayrı kavramlardır. Zira bazı hukuki ilişkilerde bir alacak hakkı mevcut olmadığı halde, bir talep hakkı vardır. Talep hakkı bir alacak doğurmadan da ileri sürülebilir.

Talep hakkı, yöneldiği hukuki ilişkiler itibariyle alacak hakkından daha **geniştir**. Kapsam itibariyle alacak hakkından **daha dar** olup, bu anlamda sadece borçludan borçlanılan edimi isteme hakkını ifade eder. Oysa alacak hakkı talepten başka diğer bazı hak ve yetkileri de kapsar. Talep hakkı ile alacak hakkı tek bir durumda (muaccel alacakta) aynı şeyi ifade eder. Muaccel bir alacak hakkı, aynı anda bir talep hakkıdır.

KONULARI YÖNÜNDEN

Talep hakkı, genel olarak herhangi bir hak sahibinin **üçüncü bir kişiden** belirli bir davranışta bulunmasını **isteme hakkıdır**. Alacak hakkı, bir borç ilişkisinden doğduğu için burada borçlunun davranışı söz konusu iken, herhangi bir borç ilişkisinden doğmayan dar anlamdaki talep hakkında, edim, yani **borçlunun davranışı dışında kalan bir davranış**, hakkın konusunu oluşturmaktadır.

Dar anlamda talep hakkı, başka bir hakkın, özellikle mutlak hakların koruma ve gerçekleştirilmesine hizmet ettiği için, bunlara **"bağımlı talep hakkı"** da denilmektedir. Bağımlı talep hakkı aynı haklar, aile, miras ve kişilik hakları, fikri ve sınai haklar ve birlik haklarından doğar. Örneğin malikin mülkiyetinde bulunan bir malın üçüncü bir kişi tarafından alıkonulması veya ihlal edilmesi halinde; **istihkak, elatmanın durdurulması ya da önlenmesini talep etme hakları** tanınmıştır. Kişilik haklarının ihlalinin doğan **saldırıya son verilmesi veya saldırının önlenmesi talepleri** de nitelikleri itibariyle bir alacak hakkı olmayıp, dar ve teknik anlamda bir talep hakkıdır. Mutlak haklardan doğan talep hakları, ancak bunların ihlal edilmesi veya ihlal edilme tehlikesine maruz bulunması halinde doğacakları için yalnız bu takdirde kullanılır.

Dar anlamda talep hakkı, alacak hakkından farklı olduğu için, bunlara, alacak hakkına ilişkin kurallar ve özellikle zamanaşımı süreleri uygulanmaz. Örneğin aynı talepler zamanaşımına tabi değildir.

Geniş anlamda talep hakkı ise, hem borçlunun, hem de borçlu dışında kalan üçüncü kişilerin belirli bir davranışta bulunmalarını istemeye yönelik bir haktır. Geniş anlamda talep hakkı, dar anlamda talep hakkıyla birlikte alacak hakkını da kapsamaktadır.

DOĞUŞ ANLARI YÖNÜNDEN

Alacak hakkı borçlunun edimi alacaklıya **borçlandığı anda** doğduğu halde, **talep hakkı** ancak **alacağın muaccel olmasıyla doğar**. Ancak vade kararlaştırılmamışsa, borç doğumu anında muaccel olur, alacak ve talep aynı anda doğarlar. *TBK mad. 90: İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.* Alacaklı henüz muaccel olmayan bir alacağı borçludan talep edemez.

KAPSADIKLARI YETKİLER YÖNÜNDEN

Alacak hakkı, alacaklı yararına birçok yetkileri kapsar. **Talep** bu yetkilerden biri ve en önemlisidir.

- | | |
|-------------------------------|---------------------|
| 1. İcra yoluyla takip yetkisi | 4. Def'i hakları |
| 2. Tazminat isteme hakkı | 5. Tasarruf yetkisi |
| 3. Yenilik doğuran haklar | 6. Yan haklar |

- **İcra yoluyla takip yetkisi**, hukuki niteliği itibariyle bir talep hakkı değildir. Alacaklı lehine devlet organlarınca işlem yapılmaktadır, burada borçlunun bir davranışı söz konusu değildir.

- Borçlunun kusurlu olması ve alacağın icra yoluyla aynen elde edilmesinin mümkün bulunmaması veya icra yoluyla takip istememesi halinde, alacaklı dilerse borçludan uğramış olduğu zararın tazminini isteyebilir. **Tazminat isteme hakkı** da hukuki niteliği itibariyle bir talep hakkı değildir.
- Alacak hakkı, bazı **yenilik doğuran hakları** da kapsar. Yenilik doğuran haklarda alacaklı borçludan bir davranışta bulunmasını, bir edimi yerine getirmesini istemektedir, yani bir talep hakkı değildir.
- Alacak hakkı, borçluya bir takım **def'i hakları** da sağlar. Def'i niteliği itibariyle bir talep değildir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin diğer taraftan edimi isteyebilmesi kendi edimini yerine getirmiş olmasına veya yerine getirmeye hazır olduğunu bildirmesine bağlıdır. Bunu yapmayan alacaklı, diğer taraftan edimi istediği zaman, önce kendi edimini yerine getirmesi def'iyle karşılaşır. Buna **ödemezlik def'i** denir. **ÖNEMLİ!!!!**
- Alacak hakkı, ilke olarak bu alacak üzerinde tasarruf etme yetkisini de verir. **Tasarruf yetkisi** de hukuki niteliği itibariyle bir talep hakkı değildir.
- Alacak hakkı faiz, ceza koşulu, rehin, kefalet, hapis hakkı gibi bazı **yan hakları** kapsar. Talepte ise böyle yetki ve haklar yoktur.

8. BORÇ VE SORUMLULUK

Borcun konusu, borçlunun alacaklıya borçlanmış olduğu edimdir. **Borç**, borçlunun borçlanmış olduğu edimi yerine getirme yükümlülüğünü ifade eder. Alacaklı, edimini kendi rızasıyla ifa etmeyen borçluyu zorlayacak bazı imkânlarla sahip olmalıdır. Modern hukuk düzenleri, ilke olarak her borç ilişkisinde borç yanında bir de sorumluluk unsurunun varlığını zorunlu görmüştür. **Sorumluluk, borcun yaptırımıdır.**

Sorumluluk, edimini ifa etmeyen **borçlunun malvarlığının** devlet organları aracılığıyla **alacaklının el koymasına tabi tutulmasıdır.** Burada borçlu, borçlanmış olduğu edimin ifasını, alacaklıya karşı malvarlığıyla garanti etmektedir.

Borçlunun, edimin ifası için alacaklıya karşı malvarlığıyla sorumlu olması, **gerçek ve teknik anlamda sorumluluktur.** Ancak, sorumluluk kavramı diğer bazı anlamlarda da kullanılmaktadır. Bunların başında belirli bir zararı tazmin yükümlülüğü gelir. Sorumluluk hallerini (sözleşme sorumluluğu, sözleşme dışı kusur sorumluluğu, sebep sorumluluğu) düzenleyen hukuk dalına "**sorumluluk hukuku**" denilir. Kefilin sorumluluğu, satıcının satılan şeyin ayıbından doğan sorumluluğu da teknik anlamda sorumluluk değildir.

Teknik anlamda sorumluluğa "**....ile sorumluluk**", diğer sorumluluğa ve özellikle tazmin yükümlülüğünü gerektiren sorumluluğa ise "**....den sorumluluk**" denilebilir.

"**....ile sorumluluk**"ta borçlunun alacaklıya karşı "**malvarlığı ile sorumluluğu**", "**....den sorumluluk**"ta ise zarar verenin bir haksız fiilden, özen borcunun ihlalinden veya tehlike halinden ya da sözleşmenin ihlalinden doğan **zararın tazmini yükümlülüğü** mevcuttur.

SORUMLULUĞA HÂKİM OLAN İLKELER

1. Bireysel sorumluluk ilkesi

Borçlu, birey olarak sorumludur. Üçüncü bir kişinin, bir aile üyesinin sorumlu olması söz konusu değildir.

2. Ayni sorumluluk ilkesi

Borçlu edimi ifa etmezse, alacaklı sadece onun malvarlığına başvurabilir. Alacaklının, borçlunun şahsına el koyması mümkün değildir. Borçlunun hapsedilmesi veya borcu için çalıştırılması söz konusu olmaz.

3. Tam sorumluluk ilkesi

Borçlu ilke olarak bütün malvarlığıyla sorumludur. Malvarlığının paraya çevrilen kısmının tamamı ile sorumluluktur, ama bazı mallara haciz konulamaz, şahsi ihtiyacı için kullanılan eşyalar haciz edilemez.

4. Kıymet itibariyle sorumluluk ilkesi

Alacaklı, borçlunun malvarlığının aktif kısmı paraya çevrilerek tatmin edilir. Alacaklı, alacağını icra organlarınca satılan malların satış bedelinden alır. Buna, kıymet itibariyle sorumluluk ilkesi denir. Alacaklı borçlunun mallarını aynen kazanamaz.

SORUMLULUK TÜRLERİ

1. Şahıs ile sorumluluk

Alacaklının, borçlunun şahsına el koymasıdır. Bu tür sorumluluğa ilkel hukuk sistemlerinde rastlanır. Türkiye'de 1929 yılında kaldırılmıştır. Bugün borç için hapis, istisnai hallerde uygulanmaktadır.

2. Malvarlığı ile sorumluluk

Burada sorumluluğun konusu, borçlunun şahsi değil, malvarlığıdır.

Genel rehin yani gelmiş ve gelecekteki tüm malvarlığına rehin koymak **yasaktır**.

a. Sınırsız malvarlığı ile (tam) sorumluluk

Burada alacaklı, ilke olarak borçlunun bütün mallarına el koyabilir. Kanun koyucu, bazı ekonomik ve sosyal düşüncelerle tam sorumluluğu sınırlı bulmuştur. İcra İflas Kanunu, borçlunun mesleği ve ibadeti, yatması ile ilgili mallarla bunlara benzer diğer bazı malları haciz dışı bırakmıştır.

b. Sınırlı malvarlığı ile sorumluluk

1) **Konu itibarıyla sınırlı malvarlığı ile sorumluluğu:** Burada borçlu, belirli bir konuda sorumludur. Örneğin devlete intikal eden mirasta, devlet sadece aktiflerden sorumludur, borçtan değildir.

2) **Miktar itibarıyla sınırlı malvarlığı ile sorumluluğu:** Borçlunun sorumluluğu borcun miktarı ile sınırlanmıştır. Örneğin kefilin sorumluluğu, kefalet sözleşmesindeki miktar kadardır.

9. EKSİK (TABİİ) BORÇLAR

TANIM: Hukuk düzeni bazı alacaklarda alacaklıya, borçlusunu dava ve cebri icra yoluyla zorlama hakkını vermemiştir. Gerçi, bu hallerde de borçlu isterse borcunu ifa edebilir. Ancak, borçlu borcunu yerine getirmediği takdirde, alacaklı, onun malvarlığına devlet organları aracılığıyla el koyamaz. Bu tür borçlara **eksik (tabii) borç** denir.

Hukuk düzeni, eksik borçların ifasını, tamamen borçlunun iradesine bırakmıştır. Aslında burada da bir borç ilişkisi vardır. Ancak, alacaklı, sadece borçlu, kendi isteğiyle borcunu ifa ettiği zaman, alacağını alma hakkına sahiptir. Eksik borçlarda borcun müeyyidesi ve borçlunun sorumluluğu yoktur.

AMAÇ: Hukuk düzeninin alacaklıya talep hakkı tanımaması; emeksiz kazanç sağlamayı yasaklama, toplum barış ve düzenini koruma, adalet ve genel ahlak gibi düşünce ve nedenlere dayanmaktadır.

EKSİK BORÇLARIN ÖZELLİKLERİ

- **Alacaklı tarafından dava edilemez**, dava açarsınız ama olumlu sonuç doğurmaz, reddedilir.
- Bir borç mevcuttur, ancak sorumluluk (takip ve dava hakkı) mevcut değildir. Borcun **müeyyidesi ve borçlunun sorumluluğu yoktur**.
- Borçlu dilerse bu tür borçları yerine getirebilir, **ifası mümkün borçlardır**.
- **Ödenebilir, fakat dava edilemez borçlar** denilir.
- İsteyerek borcunu ifa eden borçlu, **ifanın iadesini talep edemez**, sebepsiz zenginleşme teşkil etmez. Borçlu, borcun eksik olmadığını düşünüp, kendisini borçlu zannederek, yanılma sonucu ifada bulursa bile, durum aynıdır.

EKSİK BORÇLARIN ÇEŞİTLERİ

1. **Doğuştan** eksik borçlar

a. **Kumar ve bahisten doğan borçlar**

Kumar ve bahisten doğan borçlar, alacaklıya dava hakkı vermez, bu husus hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. **TBK mad. 604:** Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz.

Piyango ve diğer şans oyunlarından doğan borçlar da eksik borçtur. Kumar ve bahisten doğan borç borçlu tarafından ifa edilirse, bu ifa geçerlidir. Bu ödeme, sebepsiz bir zenginleşme oluşturmadığı gibi, bir bağışlama da oluşturmaz. Bu nedenle borçlunun tekrar geri istemesi mümkün değildir.

b. **Evlenme simsarlığından doğan ücret borçları**

Hukuk düzeninin onaylamadığı eksik borçlardır. Kişilerin evlenmelerine aracılık yapmak, hukuka aykırı değildir. Ancak bu, bir ücret karşılığında yapılırsa, ahlaka ve hukuka aykırı olur. **TBK mad. 524:** Evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz.

c. **Ahlaki ödevlerden doğan borçlar**

Eksik borçlardır, ifa edilebilir, fakat alacaklı tarafından dava ve icra yoluyla takip edilemez. Bir ahlaki ödevin yerine getirilmesi için üstlenilen borçların ifası amacıyla verilen şeyler geri istenemez.

d. **Malikin, iyiniyetli zilyet karşısındaki borcu**

Malikin, iyiniyetli zilyedin, kendisine iade etmek zorunda bulunduğu mal üzerinde yapmış olduğu zaruri ve faydalı masraflardan doğan borcu, eksik bir borçtur. Zilyet, bu masraflardan doğan alacak hakkı, malik tarafından kendisine ödenmedikçe, malı iade etmez. Zilyedin malı elinde tutması basit bir alıkoymadır, rehin hakları ile ilgili değildir. Malik, bu borçları ödemediği malı zilyetten almışsa, zilyet, yaptığı masrafların kendisine ödenmesini dava yoluyla talep ve takip edemez. Malik, malı aldıktan sonra masrafları ödemişse, bu ödeme bir bağışlama sayılmaz. Sebepsiz zenginleşme yoluyla da iadesi istenemez. Çünkü malik, eksik de olsa mevcut bir borcunu ödemiştir.

e. Sözleşmeden doğan eksik borçlar

Bir alacak hakkının dava ve cebri icra yoluyla takip edilemeyeceğinin sözleşme konusu edilmesi, usul hukuku yönünden tartışmalıdır. Kanımızca, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerine göre, taraflara, dava ve icra takibinden vazgeçme yetkisini tanımak gerekir.

2. Geçici eksik borçlar

Anne/baba veya büyük anne/babasıyla yaşayan ergin altsoy, emek ve kazancını, aileye özgülemişlerse, bunlardan dolayı uygun bir bedel isteyebilir. Bu alacak, borçlunun sağlığında dava edilemez.

3. Sonradan eksik borçlar

a. Zamanaşımına uğramış borçlar

Zamanaşımına uğramış bir alacak, borçlu tarafından ifa edilebilir. Ancak borçlu ifa etmezse, alacaklı tarafından borcun ifası için açılan davaya karşı cevap süresi içinde mahkemede zamanaşımı def'ini ileri sürerse, hâkim davayı reddeder. Bu zamanaşımı def'i üzerine borç, eksik borç niteliğini kazanır.

Borçlu, zamanaşımı def'ini ileri sürmediği veya cevap süresi dışında ileri sürüp de alacaklı buna muvafakat etmediği takdirde, (tam borç niteliğinde olacağından) hâkim borcun ödenmesine karar verir. Zamanaşımı def'inin kullanılıp kullanılmaması, borçlunun takdirine bırakılmış olup, hâkim bunu kendiliğinden dikkate alamaz.

Zamanaşımı def'i ile karşılaşan bir borç, eksik borç niteliğini kazanır. Borçlu tarafından ifa edildiği takdirde, geri istenemez. Böyle bir borcun ifası, bir bağışlama da teşkil etmez.

Borçlu, zamanaşımına uğramış bir borcu ifayı vaat edebilir. Bu takdirde borç, gerçek ve tam bir borç halini alır. Bu vaat ile borçlu, kullanmış olduğu zamanaşımı def'inden zımnen feragat etmektedir.

Rehinin etkisi:

Alacağın, bir **taşınır rehiniyle** teminat altına alınmış olması, bu alacağın zamanaşımına uğramasına engel olmaz. Ancak, bu gibi teminatlı alacaklarda, alacak zamanaşımına uğrasa bile, alacaklı, hakkını rehin edilen taşınır maldan alma yetkisine sahiptir.

Bir **taşınmaz rehini** ile teminat altına alınmış alacaklarda ise, alacak zamanaşımına uğramaz. *MK mad. 844: Rehin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlemez.*

Zamanaşımına uğramış bir alacağın takası da mümkündür.

b. Konkordato dışında kalan borç

Konkordato sonunda borcun ortadan kalkan kısmı eksik bir borçtur. Borçlu, bunu öderse, geri isteyemez, ayrıca yapılan ödeme bir bağışlama da teşkil etmez. Fakat alacaklı konkordato dışında kalan alacak tutarını da dava edemez.

Konkordato sadece tacirler için geçerlidir. Borçları malvarlığını geçmişse, tacir mahkemeye konkordato talebinde bulunur. Mahkeme alacaklıları çağırır. Alacaklıların malvarlığını geçen borcun miktarında kimin ne kadar vazgeçeceğini kararlaştırmalarına konkordato denir.

Konkordatoda öncelikli olan bir tek şey rehin hakkıdır.

10. BORCUN KONUSU: EDİM

TANIM: Borcun içeriğini ve konusunu oluşturur. Borç ilişkisine dayanarak alacaklının borçludan talebe yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda bulunduğu davranışa denir.

Borçlunun, alacaklı lehine gerçekleştirmek zorunda olduğu bu yarar, **maddi** nitelikte bir menfaat, yani bir malvarlığı değeri olabileceği gibi, **manevi** nitelikte bir menfaat da olabilir.

EDİM FİİLİ – EDİM SONUCU

Edim kavramı, çift anlamlı (**edim eylemi** ve **edim sonucu**) bir kavramdır. Bu konuda somut olayda özellikle sözleşme tipine bakmak gerekir.

Kişisel veya dar anlamda **yapma ya da yapmama edimlerinde** borçlunun alacaklıya karşı borçlanmış olduğu şey, **edim eylemidir** (örneğin hizmet ve vekâlet sözleşmeleri). Hekim ameliyatta, avukat davada gerekli dikkat ve özeni göstermişse, sonuç başarılı olmasa bile, edimlerini yerine getirmiş olurlar.

Verme edimlerinde ise, **edim sonucu** önem taşır. Borçlu, edim sonucunu borçlanmış bulunmaktadır. Borç ilişkisinin sona erebilmesi, dolayısıyla borçlunun borçlanılan edimi ifa, alacaklının ise tatmin edilebilmesi için, edim sonucunun sözleşmeye uygun olarak, doğru bir biçimde sağlanması gerekir. Borçlu, borçlandığı edim sonucunu gerçekleştirmedikçe, her türlü edim fiilini tam olarak yerine getirmiş olsa bile, ifade bulunmuş olmaz (örneğin kira ve eser sözleşmeleri).

BORCUN KONUSU DIŞINDAKİ EDİMLER

Edim kavramı, daha geniş bir kavram olup, her zaman borç ve alacağın konusu davranışla, yan, teknik ve dar anlamdaki edim kavramıyla aynı anlama gelmez. Her edim alacağın konusunu oluşturmaz.

Borç konusunu oluşturmeyen edimler, teknik anlamdaki talep hakkının konusunu oluşturan edimler ile elden işlemlerdeki edimler de olabilir. Borçlanılmamış bir edimin ifasına, batıl bir sözleşmeden doğan edimin ifası örnek olarak gösterilebilir. Ahlaka aykırı sözleşmeler, batıl sözleşmeler söz konusu olduğunda zaten ortada bir geçerli sözleşme yoktur.

EDİM İLE KAZANDIRMA ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kazandırma; bir kişinin, başka bir kişiye belirli bir malvarlığı değerini sağlamasıdır.

Kazandırma, kazanan kişinin malvarlığının **aktifinin artması** şeklinde olabileceği gibi, **pasifinin azalması** şeklinde de olabilir. Bu durumda edim ile kazandırma aynı anlama gelir.

Edim, bazen kazandırma kavramından daha geniştir. Zira edim bazı hallerde, alacaklıya sadece manevi bir yararın sağlanmasından ibaret olabilir. Oysa kazandırma, daima bir malvarlığı değerinin sağlanmasını amaçlar. *Örneğin müzik konseri, bir edim olduğu halde, dinleyicinin malvarlığını artırmadığı için, bir kazandırma değildir.*

Bazı hallerde kazandırma kavramı daha geniş bir anlam taşır. *Örneğin gelecek bir edimin vaat edilmesi bir kazandırmadır. Zira bu suretle vücut bulan alacak hakkı, alacaklının malvarlığında aktif bir değer olarak yer alır, oysa edim ancak ileride ifa edilecektir.* Ayrıca, kazandırma edim yoluyla olabileceği gibi, edim dışında da maddi bir fiille, örneğin iki malın birleşmesi veya karışması yoluyla da olabilir.

EDİMİN UNSUR VE ŞARTLARI

1. Edim, hukuken korunan bir menfaat olmalıdır.

Edim borç ilişkisinden doğan bir alacağın (borcun) konusu olmalı, hukuki bir nitelik taşımalıdır. Görgü veya yaşam kuralları gereği yapılan bir davranış hukuki anlamda bir edim olarak tanımlanamaz. Baş sağlığı mektubu, doğum günü kutlama telgrafı edim değildir. Edim, alacaklıya hukuken korunan bir menfaat sağlamalıdır.

Edimin hukuken korunabilmesi için, alacaklıya makul bir **menfaat sağlaması, dürüstlük kuralına uygun** olması gerekir. Hakkın kötüye kullanılmasını yani hiçbir menfaat sağlamayan veya sırf başkasını zarara sokmak amacıyla kullanılan bir hakkı, hukuk düzeni korumaz. Kötüye kullanmanın başladığı yerde hak sona erer. Alacak hakkı, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmaması ilkeleriyle sınırlıdır.

2. Edim imkânsız olmamalıdır.

Edim, **borç ilişkisinin doğduğu anda** imkânsız olmamalıdır. Borç ilişkisinin doğduğu anda edim imkânsız ise, TBK mad. 27/1'e göre borç ilişkisi **kesin hükümsüzdür**. Burada sözleşmenin kurulması sırasındaki (başlangıçtaki) imkânsızlık vardır. İmkânsızlık bir taraftan maddi ve hukuki, diğer taraftan objektif ve mutlak olmalıdır. Edim **herkes tarafından imkânsız** olmalıdır, borçlunun şahsındaki ekonomik sıkıntılar imkânsızlık değildir, temerrüde girer.

3. Edim emredici hukuka aykırı olmamalıdır.

TBK mad. 27/1'e göre **kesin hükümsüzdür**.

4. Edim genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır.

TBK mad. 27/1'e göre **kesin hükümsüzdür**.

5. Edim, belirli veya belirlenebilir olmalıdır.

Edim, **borcun doğumu esnasında belirli** veya hiç olmazsa **ifa anında** zaman, yer ve konu itibarıyla objektif olarak **belirlenebilir nitelikte** olmalıdır. Belirli olmayan ve belirlenemeyen edimlerin ifası, dava ve cebri icraya konu olamaz, çünkü sözleşme yani borç doğmaz.

Parça edimlerinde, edim her yönüyle bellidir. Borsada kayıtlı tüm mallar belirlenebilir edimlerdir.

Edimi, anlaşmaya göre taraflardan biri belirleyebileceği gibi, yetki üçüncü kişilere (*bilirkişi veya hakem sıfatıyla hareket etmesi gerekir*) de bırakılabilir.

EDİMİN ÇEŞİTLERİ

1. Konularına göre

a. Yapma (olumlu) ve yapmama (olumsuz, kaçınma) edimleri

- 1) Olumlu edim (verme ve yapma):** Olumlu edim, bir yapma edimi olduğu için, verme veya yapmaya ilişkin edimler buraya girer. Borç doğuran sözleşmelerin konusu, çoğunlukla olumlu edimleri içerir. *Hizmet, vekâlet, çıraklık ve eser sözleşmeleri, bu sözleşmelere örnek gösterilebilir.*

- 2) **Olumsuz edim (yapmama ve katlanma):** Borçlu, hukuk kurallarına göre yapmaya yetkili olduğu bir işi yapmamayı veya başka bir kişinin davranışına katlanmayı vaat etmektedir. Sözleşme ve kanundan doğabilir. Ekonomik ve ticari hayatın önemli bir kısmı, olumsuz edimlere dayanır. **İrtifakların tamamı olumsuzdur**, irtifaklar ancak katlanma ve kaçınma olur, olumlu edim olmaz.

Yapmama edimi: Borçlu, hukuken yapabileceği bir eylemi veya işlemi yapmamayı taahhüt eder. Bu tür edimler daha çok ekonomik faaliyetin sınırlandırılması sonucunu doğurur. *Örneğin rekabet yasağı, işçinin işverene karşı borçlandığı edim bir yapmama edimidir.* Sözleşme ile kabul edilen yapmama edimlerinin, kişilik haklarını, TBK mad. 27'ye girecek ölçüde sınırlamaması gerekir. Bununla birlikte borçlu, yapmamayı vaat ettiği edimlere aykırı hareket ederek hukuki işlem yaptığı takdirde, bu işlemler geçerlidir. Zira yapmama edimleri, borçlunun tasarruf yetkisini sınırlamamaktadır.

Katlanma edimi: Borçlu, hukuken yetkili olmasına rağmen, başkaları tarafından hukuki hâkimiyet alanına yapılacak bir davranışa katlanmayı, ona karşı koymamayı üstlenir. İzin verme edimleri de katlanma edimlerinin bir türüdür. *Kira örneğinde, kiralanan şeyin kiracıya teslimi bir verme, yapma edimini; kiracının kiralananı kullanmasına katlanma, katlanma edimini; kiralayanın ise kiralananı kullanmaması, yapmama edimini oluşturmaktadır. (MK mad. 737)*

b. Kişisel edim – maddi edim

- 1) **Kişisel edim (iş görme edimi):** Edimin ifasında borçlunun kişiliği önemlidir. Borçlunun bedeni veya fikri bir güç ve emek sarf etmek suretiyle yerine getirmek zorunda olduğu edimdir. Borçlunun kişiliğine bağlı kişisel edim ve borçlunun kişiliğine bağlı olmayan kişisel edim olarak ikiye ayrılır. Borçlunun **kişiliğine bağlı kişisel edim**, borçlu tarafından (*doktor, müzisyen, ressam, mimar gibi*) yerine getirilir. Borçlu edimini şahsen yerine getiremeyecek duruma düşerse imkânsızlık nedeniyle borç sona erer. Sonraki imkânsızlık, borçlunun kusuruna dayanıyorsa, tazminat ödeme borcu doğar. Borçlunun **kişiliğine bağlı olmayan kişisel edimlerde** borçlunun şahsen yerine getirmesi şart değildir. Kişisel beceri, yetenek ve özellik gerektirmeyen borç ilişkilerinde durum böyledir. Yapmama edimleri kişisel edimlerdir.
- 2) **Maddi edim (eşyaya ilişkin edim):** Borçlu, edimi, malvarlığından bir şey vermek suretiyle yerine getirir. Borçlunun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı edim, borçlu tarafından yerine getirilir. Buna karşılık maddi edim, **üçüncü bir kişi tarafından da yerine getirilebilir.** Bu tür edimlerde borçlunun kişiliği önemli değildir. Kişisel edimde borç, borçlunun kişisel yeteneği ile sınırlıdır. Oysa maddi edimde borçlu, malvarlığının durumuna bakılmaksızın borçlandığı edimin tamamını ifa etmek zorundadır. Müteahhidin edimi kendi kapasitesiyle sınırlı değildir, tacirdir. Kişisel edim, borçlunun ölümü üzerine mirasçılara geçmez. Maddi edimler mirasçılara geçer.

2. Sürelerine göre

a. Sürekli edimler:

Edim zaman içinde **sürekli bir davranışla** yerine getirilebiliyorsa, sürekli edimdir. *Örneğin hizmet sözleşmesinde işçinin edimi, kira sözleşmesinde kiralayanın borçlandığı edim böyledir.*

Süreklilik, edimin, zaman yönünden hiçbir kesintiye uğramadan, aralıksız ifası anlamında değil, davranışın fiili ve hukuki yönden bütünlük teşkil edecek şekilde uzun bir zaman süresi içinde yerine getirilmesi şeklinde anlaşılmalıdır. İfa hazırlıkları uzun sürse bile ifa alacaklı yönünden bir anda ve bir defada gerçekleşiyorsa, sürekli edim söz konusu olmaz.

b. Ani (bir defalık) edimler:

Edimin zaman içinde **bir defada, bir tek davranışla** yerine getirilmesidir. Bir edimin yıllara yayılmış olması ani edim olmasına engel değildir. Müteahhidin edimi, eser sözleşmesi ani edimlidir. Kat karşılığı inşaat ani – sürekli karmaşığı bir sözleşmedir.

c. Dönemli edimler:

Edim, zaman içinde **belli aralıklarla, düzenli veya düzensiz** olarak tekrarlanmaktadır. Borçlu, borçlanmış olduğu edimi belirli dönemlerde yerine getiriyorsa, dönemli bir edim vardır. Kiraya verenin edimi ani edimdir, kiracının ödemesi dönemlik edimdir.

3. Bölünmelerine göre

Bölünebilir edim: Edim konusunu oluşturan şey, niteliğinde bir değişiklik veya değerinde esaslı bir azalma olmaksızın, parçalara bölünebiliyorsa, buna bölünebilen edim denir.

Bölünebilen edimlerde, edimlerden yalnız bir kısmının ifasının imkânsız olması halinde, sadece o kısım için imkânsızlık söz konusu olur.

Bölünemeyen edim: Edim konusu itibariyle aynı olan birden çok kısmi edimlere bölündüğü zaman, niteliğinde bir değişme, değerinde esaslı bir azalma meydana geliyorsa, buna bölünemeyen edim denir.

Bölünemeyen edimlerde, edimlerden bir kısmının imkânsız olması, edimin tamamının imkânsızlaşması sonucunu doğurur.

4. Doğurdukları sonuçları türüne göre

Fiili edim: Doğurduğu sonuç itibariyle sadece dış dünyada bir değişiklik meydana getirir. *Bedensel hizmet edimleri örnek gösterilebilir.*

Hukuki edim: Edim sadece hukuki bir sonuç doğurmaktadır. *Alacağın devri, bir haktan feragat örnektir.*

Fiili ve hukuki edim: Fiili ve hukuki edim, bir arada bulunmaktadır.

5. Bir ferde veya bir topluluğa yapılan edimler

Ferde yapılan edim: Edimin muhatabı tek bir kişi ise, ferde yapılan edim söz konusudur.

Bir topluluğa yapılan edim: Burada edim, aynı tür ve biçimde olmak üzere birçok kişinin yararına gerçekleşir.

PARÇA VE TÜR BORÇLARI

TANIM: Edimin konusu, sözleşme yapılırken, taraflarca diğer şeylerden tam olarak ayırt edilmişse, bu tür borca, **parça borcu** denir. Parça borçlarında edimin konusu taraflarca bireysel nitelik ve özellikleriyle sözleşmede tam olarak belirlenir.

Taraflar sözleşmede edimin konusunu, sadece genel nitelikleriyle, belirlemiş olabilirler. Edimin konusu bireysel nitelik ve özellikleriyle sözleşmede kesin olarak gösterilmemişse, bu tür borca, **tür, cins veya çeşit borcu** denir. Tür borçlarının konusu, genel olarak misli şeyler, yani nitelikleri itibariyle birbirinin aynı olan veya biri diğerinin yerine konulabilen ve böylece sayılabilen, ölçülebilen ya da tartılabilen taşınır şeylerdir.

Bireysel nitelikleri itibariyle diğer şeylerden farklı olan, birbirinin yerine konulamayan eşyaya misli olmayan eşya denir. Misli olmayan şeyler, genel olarak parça borçlarının, misli şeyler ise cins borçlarının konusunu oluşturur. Misli şeyler de bazen parça borçlarının konusunu oluşturabilirler.

Parça-cins borcu ayrımı **tarafların iradelerine bağlı sübjektif bir ayrımdır**. Taraflar cins borcunu parça borcu haline getirebilirler. Misli-misli olmayan mal ayrımı **malın niteliğine bağlı** olduğu için **objektif bir ayrımdır**.

SEÇİMLİK BORÇ

TANIM: Birden çok edimi içine almakla birlikte, borçlunun bunlar arasından seçeceği bir tek edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu borç türüne denir. Hangisini ifa edeceğine alıcı veya satıcı karar verir.

Yetkili kişi, seçim hakkını kullanmakla bu edimlerden biri kesin olarak borcun konusunu oluşturur, diğer edimler ise ortadan kalkar. Borçlu seçilen edimi yerine getirirse, borç sona erer.

Seçim yetkisi yenilik doğuran bir haktır, çünkü diğer edim borç ilişkisinin dışında kalır. Seçim hakkının dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerekir.

TBK mad. 86: Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz.

NOT:

2012'den önce, sözleşmenin kurulmasında hasar alıcıya intikal ediyordu.

2012'den sonra, hasarın intikali **taşınırlarda** zilyetliğin nakliyle,
taşınmazlarda tescille alıcıya geçiyor.

NOT:

Kelepçeleme sözleşmeleri: Sözleşmelerdeki hükümler sebebiyle kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılmasıdır. Kelepçeleme sözleşmeleri, satım sözleşmesi ya da kira sözleşmesi gibi bir sözleşme tipi veya tipleri değil, birçok sözleşmede ortaya çıkabilen **bir ihlâl halidir**.

İKİNCİ BÖLÜM BORÇ İLİŞKİSİNİN DOĞUMU

11. BORÇ İLİŞKİLERİNİN KAYNAKLARI

“Borç ilişkisini kuran sebepler” denilebilir.

TBK: 1-48 md. sözleşmeden doğan borç ilişkileri

49-76 md. haksız fiillerden doğan borç ilişkileri

77-82 md. sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri olmak üzere üç kısımdan oluşur.

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri deyimi yerine, “**hukuki işlemlerden doğan borç ilişkileri**” deyimini kullanmak daha doğru olur. Çünkü borç ilişkisi, sadece iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmeden değil, vasiyetname, ilan yoluyla ödül vaadi gibi tek taraflı hukuki işlemlerden de doğabilir.

Bazı borç ilişkileri kişiler hukukundan, bazıları aile hukukundan veya miras hukukundan doğabilir. Borç ilişkilerinin kaynaklarını sınırlamak doğru değildir. İkiye ayırmak daha uygun olur. “**Hukuki işlemlerden doğan borç ilişkileri**” ile “**doğrudan kanundan doğan borç ilişkileri**”. Bu tasnif borç ilişkisinin, tarafların hukuki işlem yapma iradesinden kaynaklanıp kaynaklanmamasına dayanır. Tarafların hukuki işlem yapma iradesine dayanan borç ilişkileri **hukuki işlemlerden doğan borç ilişkileridir**. Tek taraflı hukuki işlem, sözleşmeden ve karardan doğan borçlar hukuki işlemlerden doğan borçları oluşturur. Buna karşılık, borç ilişkisi, taraf iradesinden tamamen bağımsız olarak kanunda öngörülen şartların, yani belirli bir olgunun unsurlarının somut olayda gerçekleşmesinden doğmaktaysa, bu tür borç ilişkilerine de **doğrudan kanundan doğan borç ilişkileri** denir. Haksız fiil, kusursuz sorumluluk, hakkaniyet sorumluluğu, fedakarlığın denkleştirilmesi, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme, nafaka vb. doğan borçlar doğrudan kanundan doğan borç ilişkileridir.

BİRİNCİ KISIM HUKUKİ İŞLEMDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ 12. HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI

Hukuki işlem: Bir veya birden çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukuki sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklamalarından oluşan hukuki bir olgudur. İrade açıklamasının yönelmiş olduğu **hukuki sonuç**, bir hakkın veya hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi, devredilmesi veya ortadan kaldırılması olabilir.

Hukuki işlem **iki kısımdan oluşur**: **Hukuki işlemin unsurları** ve **hukuki işlemin sonuçları**

Hukuki işlemin kurucu unsurları yanında geçerlilik ve etkinlik unsurları da vardır. **Kurucu unsur**; hukuki işlemi meydana getiren, ona varlık veren unsurdur. **Geçerlilik ve etkinlik unsurları**; hukuki işlem kurulduktan sonra, ondan beklenen sonuçların geçerli ve etkili olarak doğması için gerekli unsurlardır.

HUKUKİ İŞLEMİN UNSURLARI

Hukuki işlemin kurucu unsurları:

- İrade Açıklaması:** Temel kurucu unsurdur. İradenin hukuki işlem ile istenen sonucu meydana getirmesi için, bunun dış dünyaya iletilmesi, bildirilmesi yani açıklanması gerekir. İrade açıklaması bazı hukuki işlemlerde (örneğin fesih veya dönme) tek kurucu unsurdur. Ancak, bu istisnai durum dışında, hukuki işlem, sadece irade açıklamasından ibaret olmayıp, ondan farklı bir kavramdır.
- Diğer kurucu unsurlar:** Bazı hallerde, açıklanan iradeye belirli bazı dış unsurların da kurucu unsur olarak eklenmesi gerekir. Örneğin bir sözleşmenin meydana gelmesi, sözleşme kurma önerisinin karşı tarafça kabul edilmesine bağlıdır. Kabul açıklaması diğer kurucu bir unsurdur.

İrade açıklamasına eklenmesi gereken kurucu unsur, bazen resmi bir fiil olabilir. Örneğin taşınmaz mülkiyetini geçirme işlemi iki unsurdan oluşur. İlk unsur tescil talebi, ikinci unsur ise tapu memurunun tescil işlemidir. Bu hukuki niteliği itibarıyla resmi bir fiildir.

Bir hukuki işlemin kurulması iki kurucu unsuru gerektiriyorsa, bunlara “**hukuki işlemin çift kurucu unsuru**” veya “**çift olgusu**” denir.

Hukuki işlemin meydana gelmesi için kurucu unsur olan irade açıklamasına bazen resmi bir makamın katılımı gerekli olabilir. Örneğin evlenme sözleşmesinin resmi memur önünde yapılması

Hukuki işlemin geçerlilik unsurları:

Bu unsurlar, hukuki işlemin meydana gelmesi için gerekli unsurlar değildir. Bunlar sadece meydana gelmiş hukuki işlemin **geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurması için gerekli unsurlardır**.

Geçerlilik unsurları, bir hukuki işlemin geçerli olarak kurulmasını sağlar. İstenilen hukuki işlemin geçerli olarak kurulabilmesi için hukuki işlemi, hukuk düzeninin onaylaması şarttır. Hukuk düzeninin onaylamadığı bir hukuki işlem geçerli olarak kurulamaz, geçerli sonuçlar doğuramaz. İlke olarak, kesin hükümsüzlük (butlan) müeyyidesine tabi olur. Hukuki işlemin hukuk düzenine uygunluğundan amaç; hukuka ve ahlaka uygunluktur. Ayrıca, geçerlilik şartları arasında fiil ehliyetini, şekil koşulunu, işlemin içeriğinin mümkün olmasını da saymak gerekir.

Hukuki işlemin etkinlik unsurları:

Bu unsurlar olmasa da, hukuki işlem meydana gelir, ancak istenilen sonuçları doğurmaz. **Kanuni temsilcinin izin vermesi, vasiyetçinin ölmesi, hâkimin izin ve onay vermesi**, bir hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurmasının belirsiz bir olayın gerçekleşmesi **şartına bağlanması** örnek gösterilebilir.

HUKUKİ İŞLEMİN SONUÇLARI

Hukuki işlemin sonucu, iradelerini açıklayanların, açıkladıkları iradeyle gerçekleştirmek istedikleri sonuçtur.

Açıklanan iradeye uygun olarak meydana gelmesi istenen **sonuç**, bir hakkın veya hukuki ilişkinin **kurulması, değiştirilmesi, devredilmesi** veya **ortadan kaldırılması**dır.

Hukuki işlemle meydana gelen sonuç, aslında beyan sahibinin iradesi böyle bir sonuca yönelmiş olduğu, yani bu sonuç onun tarafından **istenmiş olduğu için** doğmaktadır.

Bireylerin yapmış oldukları hukuki işlemlerden doğacak hukuki sonuçları bütün ayrıntılarıyla tam ve açık olarak bilmeleri şart değildir. İşlem iradesinin mutlaka belirli bir hukuki sonuca yönelmesini, tarafların iradelerini yönelttikleri hukuki sonucu kesin ve ayrıntılı olarak bilmelerini savunan “**hukuki sonuç teorisine**” katılmak mümkün olmadığı gibi, sadece maddi, ekonomik ve sosyal sonucu bilme ve istemenin yeterli olduğunu belirten “**temel sonuç teorisine**” de katılmak mümkün değildir. İradesini açıklayan kişinin işlem yapmakla güttüğü ekonomik, sosyal amaç yanında, doğacak hukuki sonuçları da istemesi, bunların niteliği hakkında az çok bir bilgiye sahip olması ve özellikle bağlanma, borç altına girme bilincinde olması yeterlidir.

- TBK, hukuki işlem kavramını tanımlamış değildir. **Hukuki işlem**, özü itibarıyla **soyut bir kavramdır**.
- 1985 İçtihadı Birleştirme kararı: Muhtarın kendi köyü dışında yaptırdığı evlilik geçerlidir.

13. İRADE AÇIKLAMASI

İrade açıklaması, hukuki işlemin temel kurucu unsurunu oluşturur. İrade açıklaması, irade beyanına oranla daha geniş bir kavramdır. İrade açıklaması, irade beyanından başka irade faaliyetini de içerir.

İrade açıklaması: Bir kişinin bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya ortadan kaldırma iradesini, söz, yazı veya işaretlerle dış dünyaya bildirmesi ya da bunu doğrudan doğruya yerine getirmesi, yürürlüğe koymasısıdır.

İRADE AÇIKLAMASININ TÜRLERİ: İRADE BEYANI ve İRADE FAALİYETİ

İrade beyanında iradeyi açığa vurma fiili her zaman **söz ve yazıyla ya da belirli bir işaretle veya iradeyi gösteren fiillerle bildirme** şeklinde olur.

İrade faaliyetinde irade, dış dünyaya ve özellikle sözleşmenin **diğer tarafına bildirilmez**, burada işlem iradesi, bildirme fiil ve kastı olmadan **maddi-fiili hareketlerle doğrudan yerine getirilir**.

İrade beyanında irade karşı tarafa beyan edilmekte, irade faaliyetinde ise doğrudan icra edilmektedir, işlem iradesi muhataba bildirilmemektedir. Bu nedenle **irade faaliyetinde beyan iradesi mevcut değildir**.

İRADE BEYANININ UNSURLARI: İRADE ve BEYAN

İrade unsuru (sübjektif unsur): Fiil İradesi, İşlem İradesi ve Beyan İradesi

1. Fiil İradesi:

Dış bir **davranışın yapılmasına yönelik bilinçli bir irade** fiildir. Beyan sahibi, beyan fiilini bilerek isteyerek yapmalıdır. Beyan sahibinin iradesi dışında yapılan beyanlarda fiil iradesi mevcut olmadığı için, irade beyanı da yoktur. Uyku ve bilinç kaybı halleriyle narkoz alma ve ipnotize edilme hallerinde yapılan beyan, iradeden yoksun olduğu için, fiil iradesi mevcut değildir. Bir kimsenin fizik zorlama altında iradesini beyan etmesi halinde de durum aynıdır.

2. İşlem İradesi:

Hukuki sonuç iradesi de denilir. **Hukuki bir işlem yapma iradesidir.** Beyanda bulunanın, belirli bir hukuki sonucu doğurma iradesine sahip olmasını ifade eder. İşlem iradesiyle beyan sahibi, kendi iç dünyasından çıkıp dış dünyaya, hukuk âlemine girmek istemektedir. Bu nedenle beyan sahibi, hukuki bir niyet ve kasta sahip olmalı, hukuk dışı kast ve niyetlere, örneğin öğrenme, şaka gibi niyetlere sahip olmamalıdır. Hukuk dışı niyetler işlem iradesi olarak nitelendirilemez. İşlem iradesi, hukuki bir sonucun doğmasını ve böylece beyan sahibinin bağlanmasını, borç altına girmesini gerektirmektedir. **Hatır işinde** bu iş için iradesini açıklayan kişide, yükümlülük altına girme, yani bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme, ortadan kaldırma iradesi yoktur.

3. Beyan İradesi:

Beyan iradesi, beyan sahibinin işlem iradesini belirli bir davranışla **muhataba beyan etme, bildirme iradesidir.** Bu nedenle beyan sahibi, yapmak istediği işlem iradesini bir fiille dış dünyaya yansıtmak, muhatap veya üçüncü kişilere bildirmek hususunda bir karara varmış olmalıdır. Beyan iradesi, beyan sahibinin kesin olarak bağlanma, istediği hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması kararını muhataba bildirme, bunu yürürlüğe koyma iradesidir.

Mevcut olmayan bir işlem iradesinin **aldatma, şaka, övünme veya öğretme** kastıyla muhataba bildirilmesi ya da beyan sahibinin herhangi bir davranışının muhatap tarafından beyan iradesi olarak yorumlanması, acaba sadece geçersiz bir beyan iradesi niteliği mi taşır, yoksa duruma göre böyle bir davranış, beyan sahibine **beyan iradesi olarak yükletilebilir mi?**

- **Bir görüşe göre;** beyan iradesi ve beyan bilincinden yoksun bir davranış, irade beyanı olarak **kabul edilemez.** Beyan sahibi yapmış olduğu fiilin, bir beyan iradesi olduğunu bilmeli, bununla belirli bir hukuki sonucu gerçekleştirmek kastında olmalıdır. Böyle bir bilinç yoksa davranış, irade beyanı sayılmaz.
- **Diğer bir görüşe göre;** güven teorisinden hareketle bir fiilde bulunan kişide bu fiil ile iradesini beyan etme niyeti olmasa, yani beyan bilinci bulunmasa bile, durum gerektiriyorsa, söz konusu fiil, ona bir irade beyanı olarak **yükletilebilmelidir.** Ancak, **iki şartın** gerçekleşmesi gerekir. Önce muhatap, dürüst ve makul bir kişi gibi davranıp bildiği ve bilmesi gereken bütün durumları göz önünde tutarak dürüstlük kurallarına göre böyle bir fiille irade beyanı anlamını vermeli veya vermek zorunda bulunmalıdır. **Muhatap** kendisine yöneltilen fiili, irade beyanı olarak saymakta **haklı olduğu takdirde,** bu güveni korunur. İkinci olarak, fiilin beyan sahibine irade beyanı olarak yükletilebilmesi gerekir. Bunun için de **beyan sahibinin** şartların ve dürüstlük kuralının gerektirdiği dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, bu fiilin muhatap tarafından bir irade beyanı olarak kabul edilebileceğini **anlayacak durumda olması** gerekir.

Beyan unsuru (objektif unsur):

Beyan, işlem iradesini dış dünyaya yansıtan, muhataba bildiren **söz, yazı ve işaretten** oluşan maddi bir fiildir. Beyan fiili, anlatım araçları, özellikle beyan işaretlerinden oluşur.

Beyan fiilinin bazı şartlar altında pasif bir davranış, yani **susma** olması mümkündür. Beyan fiili, iradeyi gösteren **her türlü hareket ve davranış** olabilir.

Buna karşılık irade faaliyetinde işlem iradesi, her zaman maddi bir fiille açığa vurulur. Söz, yazı ve işaret söz konusu olmaz. Maddi fiiller kullanma ve tüketme, özellikle de sahiplenme ve ifa fiillerinden oluşur.

İRİADE BEYANININ ÇEŞİTLERİ

1. **Kullanılan araca göre:** Doğrudan doğruya ve dolaylı irade beyanı
2. **Açık veya örtülü olmalarına göre:** Açık ve örtülü irade beyanı
3. **Yazılı ve sözlü olmalarına göre:** Yazılı ve sözlü irade beyanı
4. **Muhataba varması gerekıp gerekmemesine göre:** Varması gerekli ve gerekmeyen irade beyanı

Doğrudan doğruya irade beyanı:

Beyan sahibi ile muhatap yüz yüze, doğrudan bir bağlantı içinde olup iradenin beyan sahibi tarafından bildirilmesi ile muhatap tarafından öğrenilmesi aynı zamana rastlamaktadır. Hazırlar arasında beyan da denir. Beyan, bir aracı vasıtasıyla yapılmamaktadır. *Normal konuşmalar, telefon konuşmaları, görüntülü internet konuşmaları doğrudan irade beyanlarıdır.*

Dolaylı irade beyanı:

Beyan sahibinin beyanı değil de bu beyanın doğurduğu olaylar muhatapın bilgisine ulaşır ve muhatap bundan az çok beyan sahibinin işlem iradesini çıkartabilir, anlayabilirse, bu beyana dolaylı beyan denir.

Hazır olmayan kişiler arasındaki irade beyanıdır. Beyanın yapılmasıyla bunun muhatap tarafından öğrenilmesi arasında bir aracı bulunmaktadır. İradenin beyan edilmesiyle bunun muhatap tarafından öğrenilmesi arasında az veya çok zaman farkı bulunmaktadır. *Bir kişi, telgraf, faks, ses bandı, gazete, radyo, tv ilanı, e-mail, sms mesajı olabilir. Beyan sahibi adına üçüncü bir kişinin yazdığı mektup dolaylı irade beyanı aracı olarak düşünülebilir.*

Açık irade beyanı:

Beyanın anlam ve konusu hiçbir yoruma ve karışıklığa meydan vermeyecek şekilde beyan araçlarından anlaşılıyorsa bu, açık irade beyanıdır.

Örtülü irade beyanı:

Dar veya gerçek anlamda örtülü irade beyanı pasif bir davranıştan, bir susmadan ibarettir. Susmanın örtülü irade beyanı olarak nitelendirilebilmesi için sözleşmede susmanın açık bir irade beyanı sayılacağı kararlaştırılmamış olmalıdır. Sözleşmede kararlaştırılan susma açık bir irade beyanı sayılır. Aslında susma bir irade beyanı, özellikle bir kabul beyanı olarak kabul edilemez. Ancak kanun, dürüstlük kuralı, işin özelliği veya durumun gereği bazı hallerde susmaya hukuki bir sonuç bağlanabilir.

Geniş anlamda örtülü irade beyanı, iradenin varlığını gösteren davranışı ifade eder. Bu anlamda açık olmayan her türlü irade beyanı, örtülü irade beyanıdır.

Örtülü irade beyanlarında beyan sahibinin davranışı, işlem iradesini dolaylı ifade eder. Örtülü irade beyanlarındaki beyan araçları eksik veya kapalı, muğlâk sözler olabileceği gibi, maddi fiiller de olabilir.

TBK bazı hallerde **susmayı**, örtülü bir irade beyanı saymaktadır. Bağışlamada karşı taraf susmuşsa, avukata yapılan vekâlet önerisi avukat tarafından derhal reddedilmemişse susma örtülü kabul beyanıdır.

Örtülü irade beyanı **maddi bir fiil ve hareketler** şeklinde de ortaya çıkabilir.

İradeyi gösteren bazı tip davranışlar, özellikle Alman hukukunda **sosyal tipte davranış teorisinin** doğmasına yol açmıştır. Bu teori, işlem iradesinden bağımsız, sırf fiili bir davranışla da bir sözleşmenin kurulabileceğini, böylece irade beyanı olmaksızın da hukuki işlemin meydana gelebileceğini savunmaktadır. Türk hukuku yönünden bu görüş reddedilmelidir. Zira kabul irade beyanı, öneri irade beyanına uygun olmadıkça, sözleşme kurulamaz. Kabul bir irade beyanı olmalıdır, sırf fiili bir davranış kabul olarak nitelendirilemez.

Susmanın kabul beyanı sayıldığı bir diğer hal de **teyit mektubudur**. Teyit mektubu yazılı bir irade beyanı olup bununla beyan sahibi muhataba mektupta konu ve unsurları belirtilen sözlü bir sözleşmeyi kurmuş olduklarını bildirir. Ticari hayatta teyit mektubuna 8 gün içinde itiraz edilmemesi, yani susma, kanun gereği kabul irade beyanı sayılmaktadır. Teyit mektubu yazılı bir ispat aracı olup hukuki niteliği itibarıyla ilke olarak bildirici niteliktedir.

Örtülü irade beyanını irade faaliyetinden ayırmak gerekir. İrade faaliyetinde işlemi yapan kimse, sonuç (işlem) iradesini söz, yazı, işaret veya hareket ve fiillerle muhataba bildirme iradesine sahip değildir. İrade faaliyetinde beyan iradesi mevcut değildir, burada irade beyan edilmez, doğrudan icra edilir. Oysa örtülü irade beyanlarında beyan iradesi mevcut olup beyan sahibi, eksik de olsa söz, yazı veya işaret, susma ya da maddi fiillerle işlem iradesini muhataba bildirmek ister.

Yazılı irade beyanı: Cisimlendirilmiş irade beyanları denir.

Sözlü irade beyanı: Cismani olmayan irade beyanları denir.

Varması gerekmeyen irade beyanı:

Varması gerekli olmayan irade beyanlarında irade beyanı yapılmakla, hukuken etkili olur, sonuçlarını doğurur. Bunun ayrıca muhataba varması gerekli değildir.

Sadece bazı tek taraflı hukuki işlemlerde mevcut olup, orada da istisnayı oluşturur. *Vasiyetname, vakıf kurma beyanı, ilan yoluyla söz verme gibi.*

Varması gerekli olmayan irade beyanlarının bir kişiye yöneltilmesi gerekir. Zira hukukta hiçbir kimseye yöneltilmeyen bir irade beyanı söz konusu olamaz. Buradaki yöneltme somut bir yöneltme değildir. Bazen yöneltme belirli bir kişiye de yapılmaz, ilan yoluyla söz vermede durum böyledir.

Varması gerekli irade beyanı:

İradenin beyan edilmesi beyan sahibinin, beyanın varması muhatabın hukuk alanını ilgilendirir.

Çok taraflı hukuki işlemlerle bir taraflı hukuki işlemlerin birçoğunda irade beyanının etkili olması, istenilen hukuki sonuçları doğurması için, bunun belirli bir veya birden fazla muhataba somut olarak, fiilen yöneltilmiş ve onun hukuki alanına varmış olması gereklidir, muhataba varması koşuluna bağlıdır.

Taşınır terk edilir,

Taşınmaz terkin edilir.

- **Hazırlar arasında;**

Sözlü irade beyanı sözlü ifade edildiği anda muhatap tarafından duyulmuş ve öğrenilmiş sayılır. Sözlü beyanlarda beyanın yapıldığı an ile muhataba vardığı an, **aynı andır**. Beyan sahibi iradesini tam olarak açıklamış ve şartlar da muhatapın bu beyanı doğru olarak anladığını kabule elverişli ise, beyan, muhatap bunu anlamasa bile varmış sayılır.

Hazırlar arasında **yazılı irade beyanının** vardığı an, beyanın içerdiği şeyin (mektup, belge, senet) muhataba veya muhataba ait bir yere veya kimseye verildiği, **teslim edildiği andır**. Muhatap, bu andan itibaren olayların normal akışına göre her an beyanı öğrenme imkânına sahiptir. Ancak beyan, muhataba öğrenme imkânını verecek bir şekilde teslim edilmelidir. Gizlice bırakılan beyan varmış sayılmaz.

- **Hazır olmayanlar arasında;**

Sözlü beyanlar hazır olmayanlar arasında da olabilir. Muhatap, haberci aracılığıyla beyanı kabul ediyorsa beyan **haberciye ulaşır ulaşmaz, muhataba da ulaşmış sayılır**. Habercini ayrıca muhataba, irade beyanını nakletmesi, beyanın ulaşmış sayılması yönünden gerekli değildir. Sözlü beyanlarda yazılı beyanlara oranla haberci yönünden daha titiz davranmak gerekir. Bir kişiyi sözlü beyanlarda kabul habercisi sayılabilmesi için bunun iş hayatındaki telakkilere göre, haberi muhataba iletmeye ehil ve elverişli olması (*sekreter, ev hanımı, çocukları gibi*) gerekir.

Yazılı beyanlarda varma anı, beyanın muhatapın hukuk, yani **hâkimiyet alanına vardığı andır**. Muhatabın, kendisine yöneltilmiş bir beyanın içeriğini öğrenebilecek durumda olması, beyanın hâkimiyet alanına ulaşması demektir. Varmadan amaç, muhatapın söz konusu beyanı fiilen öğrenmesi demek değildir. İktidar alanına ulaşmış bir beyanı her zaman öğrenme imkânı varken muhatap bunu öğrenmemişse, bunun sonucuna katlanmak zorunda olup risk ve sorumluluk kendisine aittir. Yazılı bir irade beyanını içeren mektubun posta kutusuna atılması veya yetkili bir yardımcısına (eşine, sekreterine) teslim edilmesi yahut işyerinde masasının üzerine konulması halinde söz konusu beyan muhataba ulaşmış sayılır. Süreye bağlı beyanlarda **sürenin geçip geçmediği varma anına göre** hesaplanmalıdır. Muhatap, iktidar alanına ulaşan irade beyanını hastalığı, seyahatte olması, sarhoşluğu, okuma yazma bilmemesi gibi sebeplerle fiilen öğrenmese bile, beyan sonuçlarını doğurur.

Muhatabın irade beyanını kabulden kaçınması veya beyanın hâkimiyet alanına ulaşmasını geciktirmesi ya da engellemesi mümkündür. Beyanı kabulden kaçınmada muhatap haklı sebeplere dayanmaktaysa beyan ulaşmamış sayılır, haksız ise beyan hâkimiyet alanına ulaşmış sayılmalıdır. Beyanın ulaşması muhatap tarafından engellenmiş ve bu engellemeye karşı, beyan sahibi beyanın muhataba ulaşması için kendisine düşen her türlü tedbiri almışsa, burada da muhatap beyanı vaktinde öğrenmiş sayılmalıdır.

14. İRADE BEYANLARININ YORUMU

Bir irade beyanının anlamının hâkim tarafından araştırılarak tespit edilmesine **yorum** denir. Yorum, tarafların birbirine zıt menfaatleri arasında adil bir denge kurmak amacıyla yapılır. Beyan sahibi beyanının istediği biçimde anlaşılıp yorumlanmasını, muhatap ise bu beyanı nasıl anlamışsa o şekilde yorumlanmasını ister.

YORUM TEORİLERİ: İRADE TEORİSİ, BEYAN TEORİSİ ve GÜVEN TEORİSİ

1. İrade Teorisi:

Bu teorinin en ateşli savunucusu Savigny'dir. Bu teoriye göre **beyan sahibinin iradesi esas alınmalı**, bu irade araştırılarak bunun gerçek anlamı bulunmalıdır.

İrade teorisi, insanın iç dünyasına, psikolojik alanına giren iradeyi hukuki işlemin asli kavramı haline getirdiği için sübjektif bir teoridir. Bu teoriye göre yorumun görevi, beyan sahibinin kullandığı söz ve kelimelere vermek istediği anlamı tespitten ibarettir. Bu teori eleştirilmiştir, muhatapın beyan sahibinin gerçek irade ve arzusunu her zaman bilmesi fiilen mümkün değildir. **TBK** tarafların sübjektif iradelerini esas almamış, **irade teorisini kabul etmemiştir**.

2. Beyan Teorisi:

Buna göre, beyan sahibinin gerçek iradesi değil, **beyanın kapsadığı söz ve deyimler** göz önünde tutulur.

- **Sübjektif beyan teorisine göre**, muhatapın beyana verdiği fiili, sübjektif anlam önem taşır. Burada önemli olan **muhatabın beyanı nasıl anladığı**, ona nasıl bir anlam verdiğidir.
- **Objektif beyan teorisi**, muhatap yerine **objektif bir tipi, üçüncü bir kişiyi** koymaktadır. Buna göre muhatapın beyana verdiği anlam, üçüncü bir kişinin böyle bir beyana vereceği objektif bir anlam niteliğinde ise hukuken önem taşır.

Sübjektif beyan teorisi yalnız muhatabın menfaatini göz önünde tuttuğu, beyan sahibinin gerçek iradesini bir tarafa bıraktığı için eleştirilmiştir. Muhatabı ve beyan sahibini bir tarafa bırakarak, üçüncü bir kişinin objektif anlayış ve yorum tarzını esas alan objektif beyan teorisi de tatmin edici olmaktan uzaktır. **TBK beyan teorisini de kabul etmemiştir.**

3. Güven Teorisi:

Bu teorinin kaynağını dürüstlük kuralında bulmak mümkündür. TMK md. 2/1: Herkes haklarını kullanırken, borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uygun hareket etmek, yani makul ve dürüst bir kişi gibi davranmak zorundadır. Güven teorisi dürüstlük kurallarını, hukuki güven ve istikrar ilkesini, hakkaniyet düşüncesini esas almaktadır. Bu teori ile her iki tarafın haklı menfaatleri korunmakta, tarafların çıkarları arasında adil bir denge kurulmaktadır.

- **Klasik güven teorisi:** Muhatabı esas alır, beyan sahibi bu teoride belirli ölçüde ihmal edilmiştir. Burada irade beyanı yorumlanırken somut olaydaki muhatabın sübjektif durumu değil, benzer çevre, meslek ve iş âleminde makul ve dürüst, objektif bir kişinin bilebileceği şartları da dikkate alarak, dürüstlük kuralları içinde ona verebileceği anlam esas alınmaktadır.

Böylece irade beyanının anlamı makul ve dürüst üçüncü bir kişinin objektif, farazi bir muhatabın her türlü özeni göstererek, dürüstlük kuralları doğrultusunda bu beyana verdiği veya vermesi gereken anlama göre belirlenmelidir.

- **Yeni güven teorisi:** Taraflar arasında daha adil bir menfaat dengesi kurmak amacıyla yeni bir güven teorisi geliştirilmiş ve böylece makul ve dürüst üçüncü kişi yerine makul ve dürüst muhatap tipi teoriye sokulmuştur. Muhatabın beyan sahibini fiilen doğru olarak anlaması halinde, beyanın gerçek iradeye göre anlaşılması ilkesi kabul edilerek bu gibi hallerde TBK md. 19 esas alınmış ve güven teorisinin uygulanmasına gerek olmadığı ileri sürülmüştür.

Bu teori, hem muhatabın beyan sahibinin irade beyanını makul ve **dürüst bir şekilde anlayacağına**, hem de muhatabın beyan sahibinin iradesini makul ve **dürüst bir şekilde ifade edeceğine** ilişkin **güvenlerini koruma amacı** gütmektedir.

Yeni güven **teorisinin amacı**; bir yandan tarafların menfaatlerini eşit bir şekilde korumak, diğer yandan da iş hayatında ve işlemlerde hukuki güven ve istikrarı sağlamaktır.

Yeni güven **teorisinin özellikleri**; ** belirli bir davranışın, **irade beyanı sayılıp sayılmayacağı**
** irade beyanının **muhatabının kim olduğu**
** bu beyanın **anlamının ne olduğu** sorunu çözümlemektedir.

Hâkim, kendisini muhatabın yerine koyacak ve muhatabın makul ve dürüst bir muhatabın yapacağı gibi iradenin beyan edildiği yer ve zamanda bildiği veya bilmesi gereken bütün şartları da dikkate alarak söz konusu irade beyanını, dürüstlük kurallarına göre, ne şekilde anlamaya mezon ve mecbur olduğuna karar verecektir.

Yeni güven teorisi muhatap açısından ele alınmakta ve irade beyanına makul ve dürüst bir muhatabın vereceği anlam esas alınmaktadır. Bu teoriye göre **muhatap, beyan sahibinin gerçek iradesini tespit edebilmek için** dürüstlük kuralı içinde bildiği veya bilmesi gereken bütün şartları da göz önünde tutmak zorunda kalacaktır.

Yeni güven teorisi, hukuki işlemin muhatabında **sübjektif (somut) muhatap ile objektif (soyut) muhatabı birleştirmekte**, somut olaydaki muhatabın fiilen bildiği şart ve durumlarla soyut, objektif üçüncü kişi durumundaki bir kişinin muhatap olarak bileceği genel şart ve durumları aynı anda göz önünde tutulmaktadır.

Yeni güven teorisi, somut olaydaki fiili muhatabın bilgisini göz önünde tutmakla klasik güven teorisinden ayrılmaktadır.

Yeni güven teorisi, tabii bir yorum teorisi olmayıp, normatif bir yorum teorisidir. Bu nedenle, somut olayda taraflar birbirlerini fiilen doğru olarak anlamışlarsa, sözleri farklı olan bir beyana aynı anlamı vermişlerse, beyan bu doğru anlayışa göre değerlendirilir, dolayısıyla artık burada yorum teorisi olarak güven teorisi uygulanmaz. Tarafların somut olayda birbirlerinin gerçek iradelerini fiilen doğru anlamaları halinde yanlış beyan e sözlere itibar edilmeyeceği ilkesi, daha Roma hukukundan beri geçerli bir ilkedir.

Güven teorisi ancak, taraflar somut olayda birbirlerini fiilen doğru anlamadıkları takdirde uygulama alanı bulacaktır. Bu teoriye göre böyle bir halde beyan, taraflardan birinin gerçek iradesine, diğerinin ise farazi iradesine göre yorumlanmalıdır.

- **Birinci ihtimalde:** muhatap, beyan sahibinin gerçek iradesini somut olayda doğru bir şekilde anlamamışsa fakat dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklenen dikkat ve **özeni göstermiş olsaydı bunu anlayabilecek idiyse**, bu halde beyan, muhatabın beyana verdiği sübjektif anlama göre değil, **makul ve dürüst bir muhatabın beyana verebileceği anlama göre** yorumlanmalıdır. Bu ihtimalde yorum, **beyan sahibinin gerçek** iradesine, **muhatabın farazi** iradesine göre yapılmaktadır. Bu halde **hukuk düzeni, muhatabı korunmaya layık görmemektedir.**
- **İkinci ihtimalde:** muhatap her türlü dikkat ve çabayı, gerekli **özeni göstermesine**, makul ve dürüst bir muhatap gibi davranıp bildiği veya bilmesi gereken bütün durum ve şartları göz önünde tutmasına **rağmen**, somut olayda beyan sahibinin gerçek iradesini **anlayamamıştır.** Beyan, **muhatabın beyana verdiği anlama göre**, başka bir deyişle, **beyan sahibinin farazi** iradesine, **muhatabın gerçek** iradesine göre yorumlanacaktır. **Hukuk düzeni, muhatabı korunmaya layık görmektedir.**

15. HUKUKİ İŞLEMLERİN DİĞER HUKUKİ FİİLLERDEN AYRILMASI

Hukuki olay: Hukuk düzeninin kendisine hukuki sonuç bağladığı olaylara denir. Hukuk düzeninin kendilerine önem verdiği olaylar, hukuki sonuç olarak bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurar, değiştirir veya ortadan kaldırır.

HUKUKİ FİİLLER

Hukuki fiil: Hukuk düzeninin kendisine hukuki sonuç bağladığı iradi fiile denir.

Hukuka aykırı fiil: **Haksız fiil** ve **borca aykırılık** olmak üzere ikiye ayrılır.

Hukuka uygun fiil: Hukuk düzeninin onayladığı ve kendilerine hukuki sonuç bağladığı fiillerdir. Üçe ayrılır:

1. **İrade açıklamaları:** İradeyi açığa vuran, dış dünyaya bildiren fiillerdir.

- Hukuki işlemler:** Bir veya daha çok kişinin, hukuk düzeninin sınırları içinde hukuki sonuç doğurmaya, yani bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye ya da ortadan kaldırmaya yönelmiş irade açıklamasına denir. Hukuki işlemlerde irade doğrudan hukuki bir sonucun doğmasına yöneldiği, hukuki sonuç irade beyanının içeriğini oluşturduğu ve beyan sahibi tarafından bu sonuç istendiği için hukuk düzeni beyana bu sonucu bağlamıştır.
- Hukuki işlem benzeri fiiller:** İrade mutlaka bir hukuki sonuç doğurmak için açıklanmamıştır. Hukuk düzeninin öngördüğü sonuç, irade açıklamasının içerik ve konusunu oluşturmamaktadır. Hukuki sonuç iradenin değil, hukuk düzeninin öngördüğü sonuçtur. *En tipik örneği ihtardır. Alacaklı ihtarın hukuki sonuçlarını istememektedir, sadece borcun ifasını istemektedir.*
- Maddi fiiller:** Hukuk düzeninin fiile bağladığı hukuki sonuç, irade açıklamasına değil, maddi sonuca yönelmiştir. Maddi fiilde bulunan kişinin fiil ehliyetine sahip olması şart değildir.

2. **Bilgi açıklamaları:** Bir kişinin bir olay veya bir konu ya da bir olayın varlığı hakkında bir görüş, fikir, bilgi beyan etmesidir. *Örneğin borcu ikrar, bildirme ve ihbarlar gibi.*

3. **Duygu açıklamaları:** Hukuki bir sonuca yönelmediği için hukuki bir işlem değildir. Kanun duygu açıklamalarından yalnız birine hukuki sonuç bağlamıştır. Bu da **aftır**. Eşlerden birinin, zina yapan veya hayata kasteden ya da pek kötü davranışta bulunan diğer eşi affetmesi, mirastan yoksunlukta mirasbırakanın mirasçısını affetmesi örnek gösterilebilir.

16. HUKUKİ İŞLEMLERİN ÇEŞİTLERİ

HUKUKİ İLİŞKİNİN İÇERİĞİNE GÖRE

Borçlar hukuku, eşya hukuku, kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku işlemlerine ayrılır.

KATILANLARIN SAYISINA GÖRE

Tek taraflı hukuki işlemler: Bir tek kişinin irade açıklamasıyla meydana gelip, hukuki sonuçlar doğuran hukuki işlemlerdir. *Vasiyetname, fesih, iptal, sözleşmeden dönme, takas, vakıf kurma, mirasın reddi, ilan yoluyla ödül sözü verme, temsil yetkisi verilmesi, sahiplenme, işgal ve mülkiyet hakkından feragat gibi.*

Bir taraflı hukuki işlemlerde numerus clausus (sınırlı sayı) ilkesi hâkimdir. Kanunun öngörmediği bir taraflı bir hukuki işlemi, beyan sahibi kuramaz. Oysa sözleşmelerde sınırsız sayı ilkesi geçerlidir.

İki veya çok taraflı hukuki işlemler: Bir hukuki işlemin meydana gelmesi, hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, birden çok kişinin irade açıklamasına bağlı ise, bu tip hukuki işlemlere denir.

Genel olarak sözleşme ve karar arasındaki ilişkiler:

1. Sözleşmelerde irade açıklamaları taraflar arasında **karşılıklıdır**. Oysa kararlarda irade açıklamaları **aynı yönde**, tek bir kişiye, **başkana karşı** yöneltilmiştir.
2. Sözleşmelerde irade açıklamaları taraflar arasında **birbirine uygun** olması gerekir. Kararlarda irade açıklamaları **birbirine uygun olmayabilir**, ittifak şart değil, çoğunluk yeterlidir.
3. Sözleşmelerde aykırı davranan zararı tazmin eder, kararlarda karara uymayan muhalif üye sayılabilir veya dernek söz konusuysa ihraç edilebilir.
4. Sözleşmeler **sınırsızdır**, kararlar kanunda öngörülen hallerde (**sınırlı sayıda**) alınabilir.

İVAZLI İVAZSIZ OLMALARINA GÖRE

Bağışlama sözü verme, vasiyetname, ücretsiz vekâlet sözleşmesi ivaz karşılığı yapılmayan **ivazsız** sözleşmelere; *satış, kira, hizmet ve eser sözleşmesi* ise ivaz karşılığı (karşı edim) yapılan **ivazlı** hukuki işlemlere örnek gösterilebilir. İvazlı işlemlerde edimlerin objektif olarak birbirine eşit değerde olması gerekmez, örneğin *karma bağışlamada* bağışın yarısı ücret karşılığı, diğer yarısı da bağış şeklinde olabilir.

Sebebe bağlı borçlandırıcı işlem ivazlı ya da ivazsız borçlandırıcı işlemdir. Soyut işlemler sebepten ayrılmış işlemler oldukları için ivazsız işlemlerdir.

İvazsız hukuki işlemlerde kazandırma yapanın göstereceği özen yükümlülüğü ve sorumluluğu, ivazlı işlem ile kazandırma yapana oranla daha hafifi düzenlenmiştir.

HUKUKİ SONUÇLARINI MEYDANA GETİRDİKLERİ ANA GÖRE

Ölüme bağlı tasarruflar: Hukuki hüküm ve sonuçlarını işlemi yapan kişinin terekesinde, onun ölümünden sonra meydana getirirler. Vasiyetname ve miras sözleşmesi olarak ikiye ayrılır. Ölüme bağlı tasarruflarda tip mecburiyeti vardır, sınırlı sayıdadır. Ölüme bağlı tasarruflar şekle tabi hukuki işlemlerdendir, şekle uymama iptal sebebidir. Kişiye bağlı hukuki işlemlerdendir, temsil söz konusu olmaz.

Sağlar arası hukuki işlemler: Hukuki hüküm ve sonuçlarını işlemi yapan kişinin hayatında, onun mal varlığında meydana getirirler.

MAL VARLIĞINA YAPTIKLARI ETKİLERE GÖRE

Borçlandırıcı işlem:

Hukuki işlemi yapan kişinin mal varlığının pasif kısmını artıran işlemlere denir. Bu işlem ile borçlu, alacaklıya karşı borçlanılan yükümlülüğe uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı, ona maddi veya manevi bir yarar sağlamayı üstlenir. Borçlandırıcı işlemler, alacaklı ile borçlu arasında borç ilişkisi kuran, yani borç doğuran işlemlerdir. Borçlandırıcı işlemlerin ilk ve en önemli hukuki sonucu, asli edim yükümlülüğü içeren bir borç ilişkisi kurmaaktır.

Borçlandırıcı işlemler borçlunun mal varlığının aktifini **doğrudan etkilemezler**, bu işlemler **taahhüt işlemidir**, tasarruf işlemi ise doğrudan etkiler.

Bir sözleşme veya tek taraflı hukuki işlem ile bir borç altına giren için bu işlem bir borçlandırıcı işlem iken, bir alacak hakkı elde eden karşı taraf için bir kazanma işlemidir.

Borçlu, borcun konusunu teşkil eden şeyi, başka bir borçlandırıcı işlemle bir diğer kişiye devretmeyi taahhüt edebilir ve şeyin zilyetlik ve mülkiyetini ikinci alıcıya geçirebilir. İlk alıcı, ikinci alıcıdan şeyin mülkiyetini talep ve dava edemez. Borçlu **aynı mal üzerinde birden çok borçlandırıcı işlem** yapabilir. Zira borçlandırıcı işlem, borçlunun mal varlığının aktifini doğrudan azaltmaz, bir hakkı veya malı karşı tarafa geçirmez. Alacak hakkı, satıcının tasarruf hak ve yetkisini sınırlamaz. Alıcı, sadece satıcıya karşı, uğramış olduğu zararın tazmini davasını açabilir.

Borçlandırıcı işlemlerde borçlunun borçlandığı anda borçlanılan edime sahip olması şart değildir. **İfa anında sahip olması yeterlidir**.

Borç konusu şey, birden çok borçlandırıcı işlemle ayrı tarihlerde birden çok kişiye taahhüt edilmişse, söz konusu işlemlerin **yapılış tarihleri alacaklılara bir öncelik hakkı vermez**.

Tasarruf işlemi:

Bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, içeriğini sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işleme denir. İşlemi yapan kişiye ait olan bir hakkın varlık veya içeriğini bir başka kişi yararına doğrudan ve kesin olarak değiştirir. Bu işlemi yapan kişinin mal varlığının aktif kısmı azalır. Eski durumun yeniden kurulması istenirse, tarafların yeni bir tasarruf işlemi yapması gerekir.

Satış sözleşmesi borçlandırıcı işlemi, zilyetliğin devri anlaşması (aynı sözleşme) ile birlikte zilyetliğin teslimi (devri) tasarruf işlemi oluşturur. Taşınmazlarda tescil talebi, taşınırlarda aynı sözleşme ile birlikte zilyetliğin devri, alacak hakkında alacağın devri birer tasarruf işlemidir.

Tasarruf sahibi, bir hakkın devri veya ortadan kaldırılması sonucunu doğuran tasarruf işlemlerini **yalnız bir defa yapabilir**. Tasarrufla hak sona erdiği için, aynı hak üzerinde **ikinci bir tasarruf işlemi yapılamaz**. Tarih itibarıyla ilk yapılan işlem, **öncelik ilkesi** gereğince geçerli olur.

Tasarruf işlemi yapabilmek için tasarruf edenin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Bir kimsenin bir hakka doğrudan tesir edebilme, bir hak üzerinde tasarruf etme yetkisine **tasarruf yetkisi** denir.

İstisnai hallerde hukuk düzeni, hak sahibinden tasarruf yetkisini tamamen veya kısmen almış olabileceği gibi, bazı hallerde de hak sahibi olmayan bir kişiye, başkasının hakkı üzerinde tasarruf etme yetkisi tanımış olabilir (örneğin iflas masasına dâhil olmuş bir mal veya hak üzerinde malikin yetkisi yoktur). Tasarruf yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması üçüncü kişileri korumak amacıyla korunmuştur.

Mal ortaklığında eşlerden biri, diğer eşin rızası olmadan tasarruf yetkisine sahip olamaz.

Tasarruf yetkisi borçlandırıcı işlemin yapıldığı anda değil, tasarruf **işleminin yapılacağı anda olmalıdır**.

Tasarruf işlemlerinde **belirlilik ilkesi** geçerlidir. Tasarruf işleminin hangi konuyu, hangi şeyi içerdiği somut olarak belirlenmiş olmalıdır.

Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasındaki farklar:

Tasarruf işlemi, genellikle borçlandırıcı işlemlerden doğan borcu yerine getiren, ifa eden bir işlemidir. Borçlandırıcı işlem, tasarruf işlemine atılmış ilk adımdır. **Borçlandırıcı işlem**, daima **tasarruf işleminden önce** yapılır. Bununla birlikte **elden işlemlerde** borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi **aynı anda** yapılır.

Bu iki işlemin **geçerlilik ve özellikle şekil şartları** birbirinden farklıdır.

- 1. Tasarruf yetkisi:** Tasarruf yetkisinin hüküm ve sonuç doğurması için, tasarruf edenin tasarruf anında tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Borçlandırıcı işlemlerde işlemi yapan kişinin böyle özel bir yetkiye sahip olması şart değildir.
- 2. Öncelik ilkesi:** Bir kişi ayrı tarihlerde birden çok kişiye borçlandırıcı işlem yapmışsa, bu işlemlerin yapıldığı tarihleri alacaklılara bir öncelik hakkı vermez, **eşitlik ilkesi** geçerlidir. Tasarruf işlemlerinde **öncelik ilkesi** geçerlidir.
- 3. Belirlilik ilkesi ile açıklık ilkesi:** Genel rehin hukukumuzda yoktur.

SEBEBE BAĞLI OLUP OLMAMALARINA GÖRE

Sebebe bağlı işlem: Kazandırmanın hukuki sebebi, işlemin kurucu bir parçası olan, onun içeriğine dâhil bulunan işlemlerdir. Geçerliliği, sebebin varlık ve geçerliliğine bağlı olan hukuki işlemlerdir. *Örneğin, sebebe bağlı bir tasarruf işlemi olan taşınmaz mülkiyetinin devrinin geçerli olması için, onun hukuki sebebini teşkil eden satış sözleşmesinin de geçerli olması gerekir.* Türk hukuk sistemi, sebebe bağlılık ilkesini kabul etmiştir.

Soyut işlem: Hukuki sebebi, kazandırıcı işlemin içeriğine dâhil olmayan, onun dışında kalan işlemlerdir. Hukuki sebebin yokluğu veya geçersizliği bu işlemi etkilemez, geçersiz kılmaz.

Her ülke hangi işlemin sebebe bağlı, hangisinin soyut olduğunun tespitinde yetkilidir.

17. KAZANDIRMA VE SEBEP KAVRAMLARI

Kazandırma (kazandırıcı işlem): Bir kimsenin başka bir kimseye bir malvarlığı değeri sağlamasıdır.

- Bu artış, kazananın **aktifinin çoğalması** veya **pasifinin azalması** şeklinde olabilir.
- Kazandırma, **kazandırmanın** mal varlığından mameleki **bir değer**in çıkması şeklinde olabileceği gibi, çalışma gücünün **kazananın mal varlığını artırması** şeklinde de olabilir.
- Kazandırma, bir **ivaz karşılığında** veya **ivazsız** olabilir.
- Kazandırma, **doğrudan** veya **dolaylı kazandırma** (arada üçüncü bir kişinin olması) şeklinde olabilir.

KAZANDIRMA ÇEŞİTLERİ

Kazandırma ya bir hukuki işlem ile ya da maddi fiille gerçekleştirilir. Hukuki işlem ile yapılan kazandırmalar, tasarruf işlemi veya borçlandırıcı işlem ile olur.

1. Tasarruf işlemi ile yapılan kazandırmalar:

Her tasarruf işlemi bir kazandırıcı işlemidir. *Aynı sözleşme ile birlikte zilyetliğin devri veya tescil talebi ile birlikte tescil fiili, alacağın devri, borcun ibrası, aynı bir haktan feragat gibi.*

2. Borçlandırıcı işlem ile yapılan kazandırmalar:

Borçlandırıcı işlem ile borçlu, alacaklıya bir alacak hakkı sağlamaktadır.

3. Maddi fiiller ile yapılan kazandırmalar:

Örneğin karışma, birleşme ve işlemede durum böyledir. Örneğin ihraz, işgal maddi fiildir.

KAZANDIRMANIN (KAZANDIRICI İŞLEMİN) SEBEBİ

Tarafların hukuki işlem ile doğrudan doğruya ulaşmak istedikleri amaca **sebepe** denir. Saik kavramını sebepten ayırmak gerekir. **Saik**, bir kişiyi hukuki işlem yapmaya sevk eden düşünce, duygu ve güdülerdir. Saik, hukuki işlemlerde önem taşımaz. TBK md. 32: Saikte yanılma esaslı yanılma sayılmaz. Saik iki yerde (ölüme bağlı tasarrufların iptali davası ve sözleşmenin temelinde yapılan yanılma halleri) dikkate alınır.

Sebepe, hukuki işlemin tip ve niteliğini gösterdiği için, bu hukuki işleme uygulanacak kuralları da belirler. Bir hukuki işlemin, özellikle sözleşmenin geçerli olarak meydana gelebilmesi için, tarafların hukuki sebepe üzerinde anlaşmış olmaları gerekir.

Hukuki işlemin temelini oluşturan hukuki sebebin TBK md. 26-27'deki şartlara uygun olması gerekir.

Roma hukukunda hukukta sebepe üçe (ifa, alacak ve bağışlama sebebi) ayrılır. Modern hukukta kazandırma sebepleri, genellikle dörde (**ifa, alacak, bağışlama ve teminat sebebi**) ayrılmaktadır.

1. İfa sebebi:

Kazandırma ile ulaşılmak istenilen amaç, bir borcun ifası ise, bu sebebe ifa sebebi denir.

2. Alacak sebebi:

Kazandıran, kazandırmayı, karşı tarafın da kendisine bir kazandırma yapması amacıyla yapmışsa, bu sebebe alacak sebebi denir. **Alacak sebebi üçe ayrılır:**

a. İade alacağına sahip olma amacı

Ödünç verme sözleşmesini, kazandıran (ödünç veren), karşı tarafın bir edimde bulunması ve özellikle verdiği parayı iade borcu altına girmesi amacıyla yapar. Kullanma ödöncü, saklama sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin çoğu iade alacağına sahip olma amacıyla yapılır.

b. Rücu alacağına sahip olma amacı

Burada kazandıran uğradığı mali kaybın giderilmesi, zenginleşen yararına yaptığı masrafların para ile ölçülen karşılığının ödenmesi hususunda bir rücu alacağı elde etmektedir.

c. Bir karşı edim alacağına sahip olma amacı

Kazandıran, kazandırmayı, borçlandığı edime karşılık olarak, diğer taraftan sözleşme ile kararlaştırılan bir karşı edim alacağına sahip olmak amacıyla yapmış olabilir. İki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde durum böyledir.

3. Bağışlama sebebi:

Burada yapılan işlem ile güdülen doğrudan doğruya amaç, sadece karşı tarafın mal varlığının karşılıksız olarak çoğaltılmasıdır. Vakıf, karşılıksız ölüme bağlı kazandırmalar gibi.

4. Teminat sebebi:

Burada kazandırıcı işlem alacaklıya bir teminat sağlamak amacıyla yapılır. Kefalet, garanti sözleşmeleri, rehin hakkı kurma taahhüdü gibi.

5. Karma sebepler:

Örneğin karma bağışlama, hem bağışlama sebebi, hem de alacak sebebi ile yapılır.

6. Yenileme sebebi:

KAZANDIRICI İŞLEMİN SEBEBE BAĞLILIĞI SORUNU

Her hukuki işlemin (her kazandırmanın) mutlaka bir hukuki sebebi vardır. **Sebepe**, kazandırmayı, işleme katılan kişiler yönünden, özellikle kazanan yönünden **haklı göstermeye yarar**.

Kazandırıcı işlemlerde **sebepe**, ilke olarak muhatap ile anlaşmak suretiyle **kazandıran tarafından**, bazı hallerde ise yalnız kazandıranın bir taraflı irade beyanıyla **belirlenir**.

İki taraflı hukuki işlemlerde irade beyanları, hem hukuki işlem, hem de sebepe üzerinde bir bütün olarak birbirine uymalıdır.

Kazandırıcı işlemler, tasarruf işlemi veya borçlandırıcı işlem olarak ikiye ayrılır.

Bazı kazandırıcı işlemlerde hukuki sebep; işlemin zorunlu bir unsur ve parçası olup, kazandırmada açıkça belirtilir. *Örneğin borçlanılan edimin satış bedeli olarak mı, ödünç paranın geri verilmesi şeklinde mi veya bağışlama olarak mı vaat edildiği işlemde gösterilir.*

Tasarruf işlemlerinde ise hukuki sebep, ilke olarak borçlandırıcı işlemdir. Tasarruf işlemleri genellikle borçlandırıcı işlemlerin ifasına hizmet eder. *Örneğin taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan tasarruf işlemi, tescil talebiyle birlikte tescil fiilidir. Mülkiyet hakkını bir kişiye geçiren tasarruf işleminin mutlaka bir sebebi vardır. Bu sebep, borçlandırıcı işlemi oluşturan satış sözleşmesi veya bağışlama sözleşmesi olabilir.*

- Soyutluk ve sebebe bağlılık tercihi hukukun kimi koruyacağı tercihidir. Maliki korumak istiyorsa sebebe bağlılık, karşı tarafı korumak istiyorsa soyutluk tercih edilir.
- 1804 Fr. Code civile, 1811 Avusturya, 1900 Almanya, 1942 İtalya, 1992 Hollanda medeni kanunları

Sebebe bağlı (illi) işlemler: Geçerliliği hukuki sebebin varlık ve geçerliliğine bağlı olan kazandırıcı işlemlerdir. Bu işlemlerde taraflar, sebep üzerinde mutlaka anlaşmış olmalıdırlar. Kazandırma, sebepsizse veya geçerli bir sebep olmaksızın yapılmışsa, hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. *Örneğin taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlı bir işlemdir. Eğer satış sözleşmesi, ehliyetsizlik, şekil noksanlığı gibi herhangi bir sebeple geçersiz ise, hukuki sebepteki bu geçersizlik, taşınmaz devrini, yani tasarruf işlemin de aynı şekilde etkileyerek onu da geçersiz kılar.*

Hukuki sebebi oluşturan **borçlandırıcı işlemdeki sakatlık, tasarruf işlemi de sakat kıldığı için**, devredilmek istenilen **aynı hak veya alacak hakkı, karşı tarafa geçmez.** Mülkiyet hakkı kazandırmayı yapan ilk malikte kalır. Aynı haklarda eski malik, **mülkiyet (istihkak) davasıyla** veya **tapu sicilinın düzeltilmesi davasıyla** devredilen aynı hakkı talep eder.

Soyut işlemler: Hukuki sebebini içermeyen, sebepten bağımsız hale gelmiş kazandırıcı işlemlerdir. Bu işlemlerde hukuki sebep, kazandırmanın zorunlu veya tamamlayıcı bir unsuru değildir.

Sebebe bağlı olmayan, soyut bir tasarruf işlemi, mevcut olmayan veya **geçersiz bir sebebe binaen yapılmış olsa bile, hak karşı tarafa geçmiş olacağından**, onun mal varlığı artmış olur. **Sebepteki geçersizlik tasarruf işlemi etkilemez.** Hakkını sebepsiz kaybeden kimse, bu durumda sadece **sebepsiz zenginleşme davası açar**, hak karşı tarafa geçtiği için mülkiyet (istihkak) davası açmak mümkün değildir.

- Hukuki kayıtlar maddi vakayı değiştirmez.

Sebepsiz zenginleşme davası, şahsi nitelikte olduğundan, dava yalnız sebepsiz iktisapta bulunan kişiye karşı açılabilir, **üçüncü kişiye karşı açılmaz.** Oysa aynı nitelikteki **mülkiyet davası üçüncü kişilere de**, iyi niyetli olmaları halinde **açılabilir.**

Türk hukuk sistemi taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemlerinde **sebebe bağlılık ilkesini kabul** etmiştir. Aynı sonuç taşınır mallar yönünden de savunulmaktadır. İsviçre hukukunda bir görüş, alacak haklarının devrine ilişkin tasarruflarda da sebebe bağlılık ilkesini savunmaya başlamıştır.

Tasarruf işlemindeki sakatlık ve geçersizlikler, borçlandırıcı işlemi etkilemez, tam bir **bağımsızlık ilkesi** geçerlidir. Tasarruf işlemi geçersiz olsa bile borçlandırıcı işlem geçerli ise, geçerliliğini korur. Bu takdirde yeni ve geçerli bir tasarruf işlemi yapmak gerekir.

BORÇ SÖZLEŞMELERİNDE HUKUKİ SEBEP: SOYUT BORÇ TANIMASI

Borç sözleşmelerindeki kazandırmaların hukuki sebebi; ifa, alacak, bağışlama, kefalet ve diğer sebepler olabilir. Borçlandırıcı işlemler ve özellikle borç sözleşmeleri sebebe bağlı işlemlerdir, geçerliliği hukuki sebebi oluşturan temel işlemin geçerliliğine bağlıdır.

TBK md. 18'e göre, borç tanınması, borçlanma sebebini göstermese bile geçerlidir. Taraflar bir borç sözleşmesinde bunu sebebini göstermeyebilirler. **"Şekli anlamda soyut borç sözleşmesi veya tanınması"** denir. *Örneğin A, televizyondan söz etmeden B'ye 2000 TL borçluyum demişse şekli anlamda soyut borç tanınmasıdır. Şekli anlamda soyut borçta, sadece borcun sebebi gösterilmemekte, borç sebebi, borç sözleşmesinin içeriğine sokulmamaktadır. Soyut borç tanınması, borçlunun, sebebini göstermeden alacaklıya karşı belirli bir miktar borcunun mevcut olduğunu ikrar ve beyandan ibarettir. Hukuki sebebi açıkça gösterilen borç sözleşmelerine "şekli anlamda sebebe bağlı borç sözleşmesi veya tanınması" denir. Örneğin A, televizyon bedeli olarak B'ye 2000 TL borçluyum demişse şekli anlamda sebebe bağlı borç tanınmasıdır.*

Maddi anlamda soyut borçta ise, borcun hukuki sebebi borçlandırıcı işlemin dışında bırakılmaktadır. Kazandırmanın geçerliliği, sebebin geçerliliğine bağlı değildir. Hukuki sebep geçersiz olsa bile, soyut borç tanınması geçerlidir.

Soyut borç sözleşmelerinin çeşitleri:

Soyut borç vaadi: *Sana 10 bin TL ödeyeceğim, 10 bin TL ödemeyi vaat ediyorum.*

Soyut borç tanınması: *Sana 10 bin TL borçluyum, 10 bin TL borcum olduğunu kabul ediyorum.* TBK sadece soyut borç tanınmasını (şekli anlamda soyut borç tanınmasını) hükme bağlamıştır.

Soyut borç tanınmasının şartları:

1. **Bir sözleşme bulunmalıdır:** Borç tanınmasında bulunanın irade beyanı karşı tarafça kabul edilir edilmez sözleşme meydana gelir.
2. **Sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir:** TBK md. 18 şekil şartı aramamaktadır.
3. **Sözleşmede borç tanınmasının sebebi gösterilmemelidir:** Sebebi gösterilen bir borç tanınması, şekli anlamda sebebe bağlı bir borç tanınması niteliğini kazanır.

Soyut borç sözleşmelerinin hukuki niteliği ve sonuçları:

Fransız hukukuna hâkim olan görüşe göre;

- Soyut borç tanınması, maddi yönden yeni bir borç doğurmaz.
- Soyut borç sözleşmesi, ispat aracından başka bir şey değildir.
- Alacaklı, borçluya karşı dilerse sadece soyut borç tanınmasına dayanarak dava açabilir.
- Alacaklı, alacak hakkını ve bunun sebebini ispat zorunda değildir.
- Soyut borç sözleşmesi, alacağın varlığı ve geçerliliği lehine bir karine oluşturur. Oysa sebebe bağlı bir borç sözleşmesi söz konusu olsaydı, alacaklı, alacağını, alacağının sebebini ve bu sebebin geçerliliğini ispat etmek zorunda kalacaktı.
- Şekli soyutlukla davada ispat yükü tersine çevrilmektedir. Borçlu, hukuki sebebi ispat etmek zorundadır.
- Borçlu bunu ispat ettiği takdirde her türlü def'i ve itirazları, sözleşmede vazgeçmiş olmadıkça, öne sürmek hakkına sahip olur.
- Hâkim kesin hükümsüzlüğü tespit ederse res'en dikkate alır, davayı ret eder.

Alman hukukuna hâkim olan görüşe göre;

- Soyut borç tanınması, maddi anlamda soyut borç sözleşmesidir, maddi yönden yeni bir borç kurar.
- Soyut borç sözleşmesi, ispat aracı olarak da kullanılabilir.
- Soyut borç sözleşmesinde hukuki sebep olmasa veya geçerli bir sebep bulunmasa bile borç doğar.
- Temel ilişkideki geçersizlik soyut borcu etkilememektedir.
- Alacaklı, soyut borç tanınmasıyla temel ilişkideki alaktan ayrı yeni bir alacak hakkı kazanır.
- Soyut borç sözleşmesinin alacaklıyı sebepsiz zenginleştirmesi halinde, hukuk düzeni borçluya iki imkân tanımıştır. Sebepsiz zenginleşme davası açabilir (zamanaşımı 2 yıl) veya sebepsiz zenginleşme def'ini (sebepsiz alacak var olduğu sürece devam eder, zamanaşımına uğramaz) ileri sürebilir.
- Bu görüşe göre de ispat yükü tersine çevrilmektedir. Borçlu, borcun bir sebebi bulunduğunu ve bunun geçersiz olduğunu ispat eder (*şahit deliline dayanılmaz, ispat kesin delil veya senetle olur*) ve sebepsiz zenginleşme def'inde bulunursa, soyut kazandırma geçerli olmasına rağmen, alacaklının açacağı alacak davası, sebepsiz zenginleşme nedeniyle ret olunur.
- Hâkim kesin hükümsüzlüğü dosyadan tespit etse bile dikkate alamaz, davayı ret edemez.

Hukuki sebep, hukuka ve ahlaka aykırı olduğu zaman borçlu, bunu ispat ederek, soyut borç vaaadinin TBK md. 27/1'e göre hükümsüz olduğunu hüküm altına alabilir.

Kanun koyucu TBK md. 604 ile adi borç senetleri ve poliçeler yönünden kumar ve bahis ile ilgili soyut borç tanınmasına dayanarak dava açılmayacağını açıkça hükme bağlamıştır.

Üçüncü karma görüşe göre;

- TBK md. 18 renksizdir. Sözleşme hürriyeti çerçevesinde istenildiği gibi bir sözleşme yapılabilir. İster ispat soyutluluğu, isterse yeni bir borç kaynağı kabul edip maddi bir soyutluluk getirebilirler.

İspat sorunu:

Sebebin ispatı, maddi hukuk ve usul hukuku hükümlerine tabidir. 2500 TL'yi geçerse senetle ispat gerekir. Senet yoksa tek çare yemin teklifidir.

18. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR

SÖZLEŞME KAVRAMI

Borçlar hukukunda sözleşme denildiği zaman borç sözleşmesi, yani taraflardan birisi veya her ikisi için borç doğuran sözleşme kavramı anlaşılmalıdır.

Sözleşme kavramı da hukuki işlem kavramı gibi genel ve soyut bir kavramdır. Hukuk düzeninin kabul ettiği bireysel nitelikte çeşitli sözleşme türleri vardır. Kişiler hukuki ilişkilerini bu çeşitli sözleşmelerle düzenlerler.

✓ Sözleşme, bir **hukuki işlemdir**.

Sözleşme, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan hukuki bir işlemdir. Bu tanım hukuki sonuç unsurunu da kapsamaktadır. **TBK. md.1/1: Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.**

Sözleşmenin kurucu unsurları:

Sözleşmenin kurucu unsuru "Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları"dır.

İrade açıklamaları üç alt unsura ayrılır: **iradelerin açıklanması**, **karşılıklılık** ve **birbirine uygunluk**

Bir sözleşmenin kurulması için en az iki irade açıklamasının mevcut olması gerekmektedir. Sözleşmenin kurulmasına katılan tarafların irade açıklamaları mevcut değilse sözleşme kurulamaz.

Bazen sözleşmenin bir tarafında birden çok kişi taraf olarak bulunuyorsa, bunların irade açıklamaları tek bir irade şeklinde karşı tarafa yönlendirilebilir.

Sözleşmeler, genellikle iki taraflı oldukları için, iki tarafın da irade açıklamasına ihtiyaç vardır.

İrade açıklamalarının uygunluğuna **konsens**, uyuşmazlığına **dissens** denilir.

Kurucu unsur olan irade açıklamaları dışında eşyanın teslimi, zilyetliğin devri, şekil koşuluna uymak, konunun mümkün olması, hukuka ve ahlaka aykırı olmaması, sözleşme ehliyeti gibi bazı etkinlik ve geçerlilik unsurları da öngörülebilir.

Sözleşmenin hukuki sonuçları:

** Sözleşmenin **kurucu sonucu**: Beyan edilen iradelere uygun meydana gelen hukuki sonuçtur.

** Sözleşmenin **bağlayıcı sonucu (sözleşmeye bağlılık ilkesi)**: Ancak taraflar isterlerse tekrar birbirine uygun irade beyanlarıyla daha önce kurmuş oldukları sözleşmeyi ortadan kaldıracırlar (bozma sözleşmesi, ikale).

✓ Sözleşme, bir **hukuki ilişkidir**.

Sözleşme ilişkisi, geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin taraflar arasında meydana getirdiği hukuki durum ve sonuçlardır.

SÖZLEŞME TÜRLERİ

A. Hukuki sonuçlarına göre sözleşme türleri

1. **Borç sözleşmeleri (borçlandırıcı)**: Taraflar arasında bir borç ilişkisi kurar.
2. **Tasarruf sözleşmeleri**: Taraflardan biri diğeri yararına bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kesin olarak devreder, değiştirir, kısıtlar veya ortadan kaldırır. Aynı tasarruf sözleşmeleri ve alacak hakkına ilişkin tasarruf sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır.
3. **Statü sözleşmeleri**: Sürekli bir sosyal ilişki kurmak, değiştirmek veya ortadan kaldırmak amacıyla yapılan sözleşmelerdir.

B. Bağımsız olup olmamalarına göre sözleşme türleri

Sözleşmeler ilke olarak bağımsız kurulur. Buna karşılık başka bir sözleşmeye bağlı olan sözleşmelere bağımlı sözleşme denir. *Değiştirme sözleşmesi, bozma sözleşmesi, ceza koşulu sözleşmesi, hizmet sözleşmesine bağlı rekabet yasağı sözleşmesi* bağımlı sözleşmelerdir.

C. Hukuk alanlarına göre sözleşme türleri

Kişiler, aile, miras, eşya ve borçlar hukuklarına giren sözleşmelerdir.

BORÇ SÖZLEŞMELERİ (BORÇLANDIRICI SÖZLEŞMELER)

Bir borç ilişkisi kuran sözleşmelere borç sözleşmesi denir. Borç sözleşmeleri ile borçlar hukukuna sözleşmeleri birbirinden ayırmak gerekir. Borçlar hukuku sözleşmeleri daha geniş bir kavramdır. Sadece

borç sözleşmelerini değil, bir borç ve alacağın kurulmasına, devrine ve ortadan kaldırılmasına ilişkin her türlü sözleşmeyi ifade eder.

BORÇ SÖZLEŞMELERİNİN TÜRLERİ

A. Kanunla düzenlenmiş olup olmamaları göre

1. İsimli sözleşmeler

Kanunda düzenlenmiş borç sözleşmeleridir. **Tipik sözleşmeler** de denir. İş hayatında en çok rastlanan sözleşmelerdir. Sadece isminin kanunda geçmesi yetmez, zamanaşımı edimleri, müeyyideler vb. birçok konunun belirtilmiş olması gerekir, unsurları, şartları, sonuçları ihtiva etmelidir.

2. İsimsiz sözleşmeler

TBK özel borç ilişkileri kısmında veya özel bir kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmelere denir.

İkiye ayrılır. Karma sözleşmeler ve kendine özgü sözleşmeler

Karma sözleşmeler: Tarafların kanunda düzenlenmiş isimli sözleşme tiplerinden iki veya daha fazlasının içerdiği unsurları, özellikle asli edimleri, kanunun öngörmediği bir biçimde kısmen veya tamamen bir araya getirdikleri sözleşmelerdir. **Dörde ayrılır:**

a. Çift tipli karma sözleşmeler: Yasada düzenlenmiş iki tipik sözleşmenin asli edimlerinin kanunda öngörülmemiş bir biçimde taraflarca karşılıklı olarak yüklenilmesiyle meydana getirilen sözleşmelerdir. *Kapıcılık sözleşmesi hizmet ve kira sözleşmesini içerir.*

b. Kombine sözleşmeler: Taraftardan hiç olmazsa birisi, yasada düzenlenmiş iki veya daha çok isimli sözleşmeye ait asli edimleri üstlenirken, diğer tarafın para ödeme borcu altına girdiği sözleşmelerdir. *Pansiyon, otelcilik, yatılı okul veya hastaneye kabul sözleşmesi örnek olarak gösterilebilir. Pansiyon sözleşmesinde kira (oda verme), satış (yemek verme), hizmet (oda temizliği) sözleşmesi pansiyon sahibinin üstlendiği edimlerdir, müşterinin yüklendiği asli edim ise para ödemektir.*

c. Eklemlı karma sözleşmeler: Yasada düzenlenmiş çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların birbirine karıştığı sözleşmelerdir. *(Karma bağışlama)*

d. Kendisine yabancı yan edimleri ihtiva eden sözleşmeler

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler: Taraflar kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içermeyen, bunlar dışında kendilerinin öngördükleri yeni unsurları yeni bir sözleşme yaratmak amacıyla bir bütünlük içinde bir araya getirirler.

Bileşik sözleşmeler: İki veya daha çok bağımsız sözleşmenin tarafların anlaşmaları ile bu niteliklerini koruyarak kanunun öngörmediği bir biçimde aynı sözleşme içinde varlık ve geçerliklerini birbirine bağlı olacak şekilde bir araya getirilmesiyle meydana gelen sözleşmeye denir. *Birahaneyi kiraya vermek ama biraların kendi şirketinden satın alınması şartıyla.*

B. Edim ilişkisine göre borç sözleşmesi türleri

1. Bir tarafa borç yükleyen sözleşmeler

Sözleşmenin kurulabilmesi için iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunması gerekir. Ancak, burada taraflardan yalnız biri borç altına girmekte, diğer tarafın yerine getireceği herhangi bir borcu bulunmamaktadır. O, sadece borç altına giren tarafın irade beyanını kabul etmekte ve böylece alacaklı sıfatını kazanmaktadır. Tek taraflı hukuki işlemlerle bunları karıştırmamak gerekir. *Bağışlama taahhüdü, kefalet sözleşmesi, karşılıksız bir şey yapma/yapmama taahhüdünü içeren sözleşmeler tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Karşılıksız alacağın devri, borcun ibrası, def'i dermeyanından feragat ve süre verme sözleşmeleri tek taraflı tasarruf sözleşmeleridir.*

2. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler

Taraflardan her biri, diğer tarafın aynı zamanda hem alacaklısı, hem de borçlusudur.

a. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler: Her iki taraf da birbirine karşı asli bir edim yüklenmektedir. Edimler arasında tam anlamıyla karşılıklılık ilişkisi vardır (gabin/aşırı sömürme ve kelepçeleme sözleşmesi olmayacak). Bu tip sözleşmelerde edimler birbiriyle değiştirilmektedir. Bu değişim ilişkisine **synallagma** denir. *Satım, kira, hizmet ve eser sözleşmeleri örnekleridir.*

Edimler arasındaki karşılıklılık; genetik (doğuş yönünden) karşılıklılık, kondisyonel karşılıklılık ve fonksiyonel karşılıklılık olarak üçe ayrılır.

Genetik (doğuş) karşılıklılık: Bir edimin doğuşu, diğer edim yükümlülüğünün doğuşuna bağlıdır.

Kondisyonel karşılıklılık: Edimlerin devamı yönünden bağıllık karşılıklılık söz konusudur. Edimlerden biri ortadan kalktığı zaman, diğer edim de ilke olarak ortadan kalkar.

Fonksiyonel karşılıklılık: Her iki edimin asli ifaları yönünden birbirine bağıllıkları söz konusu olur.

b. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler: Bu tür sözleşmelerin farkı, tarafların yüklendikleri edimlerin birbiriyle değiştirilmesi amacını taşımamasıdır. Bu sözleşmeler de karşılıklı borç doğururlar. Ancak edimlerin değiştirilmesi yoktur. Edimler birbirine bağlı olmayıp, birbirinin sebep ve karşılığını teşkil etmezler. *İvazsız vekâlet sözleşmesi, kullanım ödücü sözleşmesi, saklama sözleşmesi, faizsiz ödünç sözleşmesi.*

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, önce taraflardan biri için karşılıksız bir asli edim borcu doğar, sonra bu borç nedeniyle, fakat ondan bağımsız olarak diğer tarafın tali edim borcu doğar.

Taraflar, irade özerkliği gereğince eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeyi, tamiki tarafa borç yükleyen sözleşme haline getirebilirler.

3. Çok taraflı sözleşmeler

Ortaklık sözleşmeleridir. Çok taraflı borç doğuran sözleşmelerdir, taraflardan her biri borç altına girer. Ancak, bu sözleşmeler, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerden değildir. Edimlerin birbiriyle değiştirilmesi, yani synallagma ilişkisi söz konusu olmaz.

C. Zaman yönünden sözleşme türleri

- Ani sözleşmeler:** Borçlunun asli edim yükümlülüğünü zaman içinde bir defada yerine getirdiği borç sözleşmeleridir. Edimin bir defa icra edilmesiyle sözleşme sona erer. *Peşin satış sözleşmesi. Eser sözleşmesi normalde ani edimlidir. Yargıtay ise ani sürekli edimli karmaşık bir sözleşme olarak tanımlamıştır.*
- Dönemli sözleşmeler:** Borçlanılan edim zaman içinde dönemsel olarak birden çok defada yerine getirilir. *Konusu her ay belirli bir gelir ödeme olan sözleşmeler.*
- Sürekli sözleşmeler:** Asli edim, sözleşme sona erinceye kadar zaman içinde devamlı olarak ifa edilir. *Hizmet sözleşmesinde işçinin, kira sözleşmesinde kiralayanın edim yükümlülükleri sürekli.*

Ani edimli sözleşmeden dönme (geçmişe yönelik), sürekli edimli sözleşmeden fesih yoluyla (ileriye dönük) vazgeçilebilir.

D. Özel sözleşme türleri

- Çerçeve sözleşmeler:** Burada taraflar önce bir genel, çerçeve sözleşme kurarlar, daha sonra da özel, tekil sözleşmelerle bu genel çerçeveyi doldururlar. *Tek temsilcilik, tek satıcılık, toplu sözleşmeler örnekleridir.*
- Üçüncü kişi yararına sözleşmeler:** Taraflar üçüncü bir kişi yararına da sözleşme yapabilirler. Üçüncü kişi yararına tam sözleşme ve üçüncü kişi yararına eksik sözleşme olarak ikiye ayrılır. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi, borçludan doğrudan doğruya edimin kendisine ifasını talep edebilir.
Taraflar üçüncü kişi aleyhine borç doğurucu bir sözleşme yapamazlar. Çünkü sözleşmeler ilke olarak, sadece taraflar arasında borç ve alacak doğururlar.
- Katımlı (iltihak) sözleşmeler:** Taraflar, sözleşmenin içeriği veya şartları üzerinde görüşüp tartışmazlar. Sözleşmenin içeriğinin ya tamamı ya da belirli bir kısmı, daha önce düzenlenmiştir. Sözleşmenin bir tarafı için tek alternatif vardır; ya sözleşmeyi kabul edecek ya da vazgeçecektir. Bu sözleşmelerin içerdiği hizmetler su, elektrik, doğalgaz vb genellikle kamu hizmeti niteliğindedir.
- Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler**

TANIM: TBK md.20/1: Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.

GİK'NİN FONKSİYONLARI:

- Sözleşmelerde **standardizasyon ve rasyonelizasyon** sağlar.
- Zaman yönünden sözleşmelerin **çabuk yapılmasını** sağlar.
- İş hayatında **modernleştirme** veya **uzmanlaştırma fonksiyonu** vardır.

KLASİK SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

✓ Genel işlem koşullarının sözleşmelere alınmasıyla tarafların görüşme ve tartışma yoluyla kurdukları tekil, bireysel yani klasik sözleşme sistemi, büyük ölçüde önemini kaybetmekte ve

standart sözleşme tipine geçilmektedir. Kanun koyucu güçlü durumdaki girişimci ve kuruluşlara karşı tüketicileri korumak için genel işlem koşullarını düzenleme zorunluluğunu duymuştur.

✓ Ülkemizde genel işlem koşulları **TBK md. 20-25'te** hükme bağlanmıştır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) "haksız şartlar" adı altında genel işlem koşullarını düzenlemiştir. Ayrıca TTK md. 55'te de düzenlenmiştir.

✓ Bazen özel ve genel koşullar aynı sözleşme içinde birlikte bulunmakta, bazen de genel işlem koşulları sözleşmenin eki olarak karşı tarafa ayrı bir metin halinde sunulmaktadır.

✓ Türk hukukunda genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerin geçerli ve bağlayıcı olabilmesi için bunların karşı tarafça kabul edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin kurulması, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi için karşı tarafın sözleşmeyi üstlenmesi (üstlenme sözleşmesi) gerekir.

GİK'NIN HUKUKİ NİTELİĞİ

✓ Sözleşme teorisine göre, GİK'nın sözleşmenin kapsam ve içeriğine girmesi, bunların karşı tarafça kabul edilmesine bağlıdır.

✓ Üstlenme antlaşmasıyla kabul açık bir şekilde olabileceği gibi örtülü de olabilir. Bir diğer kabul çeşidi global kabuldür.

✓ Kabul tek başına yeterli olmadığından ayrıca, düzenleyenin karşı tarafa GİK'nın varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi ve içeriğini öğrenmesine imkân vermesi gerekir.

✓ GİK yalnız bunu kabul eden tarafı, kurulan sözleşme yönünden bağlar, diğer kişi ve sözleşmeleri bağlayıcı etkileri yoktur. Bunun sebebi, GİK'nın hukuki niteliğinin sözleşme niteliğinde olması, norm teorisinin kabul edilmemesidir.

✓ GİK sözleşme niteliğindedir. Objektif ve soyut değildir. Kabul edildiği takdirde bağlayıcı sonuç doğurur. Kabul eden tarafı sadece o sözleşme için bağlar.

GİK'NIN UNSURLARI

❖ GİK, ileride **çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla** hazırlanmalıdır. *Banka, sigorta, seyahat, taşıma, iletişim, ulaştırma veya elektrik, doğalgaz, su, telefon, internet veya dayanıklı tüketim mallarına ilişkin taksitli satış sözleşmeleri bu tür sözleşmelerdir.*

❖ GİK, sözleşmenin yalnız bir tarafınca **önceden tek yanlı hazırlanıp** karşı tarafa sunulmalıdır. *Düzenleyen taraf, bunları müzakere etmek, tartışmak amacıyla değil, konuşulmadan kabul edilmek amacıyla karşı tarafa sunmaktadır.*

❖ GİK, **soyut ve genel nitelikte hazırlanan hükümler** olmalıdır. *Genellik karşı tarafın belli olmamasını, soyutluk zaman ve yer bakımından belirsiz olmayı ifade eder.*

❖ GİK, sözleşmenin kapsamı içinde yer alan **genel hükümler arasında** bulunmalıdır. *GİK'nın içerdiği metinlerin mutlaka özdeş olması şart değildir.*

❖ GİK'te **önemli olmayan hususlar**:

a. Sözleşme metninde veya ekinde yer alması

b. Kapsamı, yazı türü, şekli

c. Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metnlerinin özdeş olmaması

d. Sundukları hizmeti kanun veya yetkili makam tarafından verilen izin ile yürüten kişi ve kuruluşların sözleşmelerine niteliklerine bakılmaksızın uygulanması

GİK'NIN DENETİMİ

❖ GİK'nı düzenleyen kurallar emredici hukuk kurallarıdır, bu kuralların aksi kararlaştırılmaz.

❖ Emredici hukuk kurallarına aykırı GİK, **YOK** ya da **GEÇERSİZDİR**.

❖ Taraflar düzenleyici hukuk kurallarına aykırı GİK kararlaştırabilirler, ancak karşı tarafın açıkça bilerek isteyip kabul etmiş olması gerekir.

❖ GİK'nın yargısal denetimi üçe ayrılır: **Uygulama (yürürlük), yorum ve içerik denetimi**.

1) Uygulama (yürürlük) denetimi

Karşı tarafın menfaatine aykırı GİK'nın sözleşme kapsamına girebilmesi, yürürlük imkanı kazanıp sonuç doğurabilmesi **üç şartın** birlikte gerçekleşmesine bağlıdır.

- Düzenleyen taraf sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa GİK'nın varlığı hakkında açıkça bilgi vermelidir.
- Düzenleyen taraf karşı tarafa GİK'nın içeriğini öğrenme imkânı sağlamalıdır.
- Karşı taraf bu koşulları GİK olarak kabul etmiş olmalıdır.

Bu kurallara uyulmadığı takdirde GİK, **YAZILMAMIŞ** sayılır. Ayrıca sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı GİK da yazılmamış sayılır. "Yazılmamış sayılma" "**YOKLUK**"tur.

Sözleşmenin yazılmamış sayılan GİK dışındaki hükümleri, geçerliliğini korur. Dolayısıyla "**KİSMİ YOKLUK**" yaptırımı söz konusudur. Sözleşmeyi düzenleyen, diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bunu sadece sözleşmenin zayıf tarafı olan karşı taraf ileri sürebilir.

Geçersizlik, hukuk âleminde olan bir işlem için söz konusudur. Yokluk bir geçersizlik türü değildir. Geçersizlik türleri; **eksiklik, butlan ve iptal kabiliyetidir**. **Nisbi butlan terimi Borçlar Hukukunda kullanılmaz**, bunun yerine iptal kabiliyeti vardır.

2) Yorum denetimi

TBK md. 23: GİK'da yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.

Sözleşmeyi yazan aleyhine yorum kuralı genel kabul gören bir yorum kuralıdır.

3) İçerik denetimi

TBK md. 25: GİK'na, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.

Dürüstlük kurallarına aykırı ve karşı tarafın durumunu ağırlaştıran GİK da geçersizdir.

Sözleşmenin içeriğini oluşturan hükümlere "şartlar, unsurlar, kayıtlar veya noktalar" da denilmektedir, üçe ayrılmaktadır. **Esaslı (asli), tabii ve arızı hükümlerdir**.

Asli hükümler, mutlaka taraf iradelerinden kaynaklanmalıdır. Tabii ve arızı hükümler sözleşmenin ikinci derecedeki hükümleri yan hükümleridir.

Tabii hükümler, düzenleyici hukuk kurallarına göre, taraflarca kararlaştırmaya gerek olmadan kanunlarda mevcut olan ve taraflar aksini kararlaştırmadıkları takdirde uygulanan sözleşme hükümleridir. Borcun ifa zamanı veya ifa yeriyle ilgili hükümler, yasal faizi düzenleyen hükümler düzenleyici hükümlerdir.

Arızı hükümler, sözleşmenin içeriğinde yer alan, esaslı hükümlerle herhangi bir ilgileri bulunmayan, nitelikleri itibariyle yan hükümlerdir. Arızı noktalar tabii noktalardan yapılan sapmaları ifade ederler ya da bu noktaları tamamlarlar. Arızı hükümler, tabii hükümlerin değiştirilmiş ya da tamamlanmış şeklidir.

GİK da hukuki nitelikleri itibariyle sözleşme hükümleridir. Ancak, bunlar asli hükümler değil, yan hükümlerdir, hatta arızı hükümlerdir. Dolayısıyla, bir sözleşmenin asli hükümlerinin GİK olarak düzenlenmesi mümkün değildir. Çünkü asli hükümler, müzakere edilmeden sözleşmeye konulamaz.

Kanunlarda yer alan hükümler, tarafların değiştirme yetkisine sahip olup olmamalarına göre düzenleyici ve emredici hükümler olarak olmak üzere ikiye ayrılırlar. **GİK, düzenleyici** hukuk hükümleridir.

Genel içerik denetimi:

Her hüküm öncelikle TBK md. 27'de içerik özgürlüğünü sınırlayan genel hükümlere göre denetime tabidirler. **TBK md. 27: Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.**

Bu genel sınırlamalara aykırı olan GİK zaten hükümsüz olacakları için bunların TBK md. 25'e göre dürüstlük kuralına aykırı olup olmadıklarını denetlemeye de gerek yoktur.

Özel içerik denetimi:

TBK md. 25'e göre yapılır. **Özel içerik denetiminin şartları:**

- Bir koşulun GİK olarak özel içerik denetimine tabi tutulması için her şeyden önce sözleşme hükmü haline gelmiş olması gerekir.

- Bir koşulun GİK olarak özel içerik denetimine tabi tutulması için düzenleyici bir hukuk hükmünü değiştirmiş veya onu tamamlamış olması gerekir.
- Bir koşulun GİK olarak özel içerik denetimine tabi tutulması için karşı taraf aleyhine konulmuş olması gerekir.
- Sözleşme kapsamına alınan GİK'nun özel içerik denetimine tabi tutulması için dürüstlük kuralına aykırı olması gerekir. TBK md. 25'te öngörülen iki şart (dürüstlük kuralına aykırılık/genel şart ve karşı taraf aleyhine olma/özel şart) birlikte gerçekleşmesi gereken iki şarttır. **Genel işlem koşulları:**

- Kanuni düzenlemenin temel düşüncesinden farklılaşmış, bununla uyumsuzsa
- Sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri, onun amacına ulaşmasını tehlikeye sokacak derecede sınırlıyorsa
- Açık ve anlaşılabilir değilse veya birden çok anlama geliyorsa dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine konulmuş hükümler sayılır.

5. Rızai ve real sözleşmeler:

Rızai sözleşmeler: Sözleşmenin kurulması, sonuçlarını meydana getirmesi için sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olduğu sözleşmelerdir. *Satış, bağışlama, kira, kullanım ve tüketim ödöncü, hizmet, eser, vekâlet, kefalet sözleşmeleri*

Real sözleşmeler: Sözleşmenin kurulması, sonuçlarını meydana getirmesi için tarafların birbirine uygun irade beyanlarının yeterli değildir. Bu unsuru ayrıca tamamlayıcı bir unsurun, maddi bir fiilin eklenmesi gerekir. Bu maddi fiil eşyanın teslimidir. *Taşınır mülkiyetinin devri*

6. Görüşmeli sözleşmeler

Katılmalı sözleşmelerin tam aksini oluştururlar. Taraflar içerik ve koşullar üzerinde serbestçe görüşebilirler.

7. İnançlı sözleşmeler:

İnanan, inanılana bir hakkı yalnız belirli bir amaçla kullanması ve talebi halinde aralarındaki inanç anlaşmasına göre tekrar kendisine devretmesi kayıt ve şartıyla devretmektedir.

E. Elden sözleşmeler

- Basit edim ilişkisi doğururlar.
- Örnek olarak elden bağışlama veya elden (peşin) satış gösterilebilir.
- Alacaklı ve borçlunun edimleri aynı anda gerçekleşir. Zaman yönünden tek safhalı işlemlerdir.

F. Şekle bağlı ve bağlı olmayan sözleşmeler

Şekle bağlı sözleşmeler: Kanunun, şekil koşuluna tabi tuttuğu bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin öngörülen şekil içinde beyan edilmiş olmasına bağlıdır. *Taşınmaz satış sözleşmesi, taşınıra ilişkin bağışlama taahhüdünün geçerli olması, taşınmazlara ilişkin bağışlama sözverisi.*

Şekle bağlı olmayan sözleşmeler: Türk hukuku sözleşmeler yönünden (TBK md. 12) şekil serbestisini esas almıştır. Bu sözleşmeler yalnız tarafların birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulabilirler. Şekil, bir ispat şartı olarak öngörülebilir.

G. İvazlı ve ivazsız sözleşmeler

İvazlı sözleşmeler: Tarafların bir karşı alacak elde etmek sebebiyle yaptıkları sözleşmelerdir. *Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, çok taraflı sözleşmeler, faizli ödöncü sözleşmesi*

İvazsız sözleşmeler: Bu sözleşmelerde borçlu, bir karşı edim elde etmez, genellikle bağışlama sebebiyle hareket eder. Borçluya bir yarar sağlamadığı için borçlunun sorumluluğunda hâkim, daha yumuşak davranmak zorundadır. *Bağışlama sözü verme, ücretsiz vekâlet sözleşmesi, kullanım ödöncü veya faizsiz tüketim ödöncü, ücretsiz saklama sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler*

H. Kesin ve tesadüfî sözleşmeler

Kesin sözleşmeler: Edimlerin kapsamı, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren kesin olarak öngörülebilir niteliktedir.

Tesadüfî sözleşmeler: Edimlerden birinin kapsamı, belirsiz ve şüpheli bir olaya bağlıdır. *Sigorta sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi*

19. SÖZLEŞMENİN KURULMASI

Sözleşme: Tarafların belirli bir hukuki sonuca, yani bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik karşılıklı birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan iki veya çok taraflı hukuki işleme denir. Bir sözleşmenin kurulabilmesi için **gerekli unsurlar:**

Sözleşmenin **tarafları** ve birbirine uygun, karşılıklı **irade açıklamalarıdır.**

SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

TBK mad. 1/1: Sözleşme tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.

- ✓ Sözleşmede, en az iki irade açıklamasının bulunması gerekir. Yani, bir sözleşmede iki taraf bulunmalıdır. Sözleşmenin tarafları **alacaklı** ve **borçlu** adını taşır.
- ✓ Sözleşme iradesi taraflarca açıklanabileceği gibi, temsilcileri tarafından da açıklanabilir.
- ✓ Bir borç sözleşmesinin meydana gelmesi için, en azından iki tarafın, yani bir alacaklı ve bir de borçlunun bulunması gerekir. Bunun tek istisnası, temsilde görülür. Temsilci bazı hallerde sözleşmenin **her iki tarafını temsil** ederek kendi kendisiyle sözleşme yapabilir. “**Çift temsil**”de durum böyledir. Ayrıca, **bir tarafın temsilcisi** ve **diğer tarafta da kendisi adına** olmak üzere kendi kendine sözleşme yapabilir. Örneğin temsilcisi olduğu kişinin taşınmazını kendisi kiralayabilir. **İki şart** gerekir:

- Temsil ettiği kişinin menfaati zarar görmemeli ve
- Ayrıca temsil yetkisi (vekâlet) verilmiş olmalıdır.

- ✓ Alacaklı veya borçlu tarafını oluşturan kimseler, birer kişi olabilecekleri gibi, birden çok kişi de olabilirler.
- ✓ Sözleşmede taraf olabilmek için hak ehliyetine, yani gerçek ve tüzel kişiliğe sahip olmak şarttır. Ayrıca, fiil ehliyetine de (ayrıt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmamak) sahip olmaları gerekir. Taraflardan biri veya her ikisi fiil ehliyetine sahip değilse ve sözleşmeyi yapmışlarsa, sözleşme geçersiz (batıl) olur. **İstisnaları vardır:**

- Ayrıt etme gücüne sahip ve kısıtlıların yaptıkları sözleşmelerin geçerli olması için, kanuni temsilcilerinin rızası gerekir. Rıza olmadan bu kişilerin yaptığı sözleşmeler, onları bağlamaz.
- Kanuni temsilci, sonradan böyle bir sözleşmeye onay verebilir. Sözleşme başından itibaren geçerli olur.
- Karşı taraf, onay için bir süre belirler veya bunu hâkimden isteyebilir. Bu sürede kanuni temsilci onay vermezse, karşı taraf da sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulur. Fiil ehliyeti olmayan kişi ile yapılan sözleşme, karşı taraf iyiniyetli olsa bile, geçerli olmaz. Ehliyetsizliğe karşı iyiniyet korunmaz.

NOT: Kanuni temsilci rızası

1. **İzin:** İşlemden önce
2. **İcazet:** İşlemden sonra
3. **İşleme katılma:** İşlem anında

İRDE BEYANLARININ BİRBİRİNE UYGUNLUĞU

İrade beyanlarının uygunluğundan amaç, beyanların anlam (içerik) itibarıyla birbirine uygun olmasıdır. Uygunluk sözleşmenin kurucu unsurları arasında yer alır.

“**Gerçek, tabii uygunluk**” ve “**hukuki, normatif uygunluk**” olmak üzere ikiye ayrılır. Taraflar, sözleşme yapılırken birbirlerinin gerçek iradelerini fiilen doğru olarak anlamışlar, beyan sahibi ve muhatabın beyana verdiği anlam birbirinin aynısı ise buna **gerçek, tabii uygunluk** denir. Tabii uygunluk beyanların değil, tarafların gerçek iradelerinin birbirine uygunluğudur. TBK bu uygunluğa öncelik tanımaktadır. Tabii uygunluk taşınmaz mal satımlarında tarafların taşınmazın parsel ve ada numarasını yanlışlıkla karıştırmaları halinde de söz konusu olur.

Hukuki, normatif uygunluk, güven teorisine göre yorum yoluyla tespit edilen uygunluktur. Buna göre, taraflardan her birinin davranışı, beyanı diğer tarafın dürüstlük kuralı içinde bildiği veya bilmesi gereken durumları da göz önünde tutarak anlamaya mecbur olduğu şekilde yorumlanır. Güven teorisine göre, irade beyanlarının hukuki uygunluğu kabul edilerek sözleşme kurulmakla birlikte, sözleşme, taraflardan birinin gerçek iradesine uymadığı için, bu taraf, sözleşmeyi her zaman yanıltma sebebiyle iptal edebilir.

İrade beyanlarının birbirine uygunluğu, sözleşmenin objektif ve sübjektif bütün esaslı noktalarını içermelidir. **Objektif esaslı noktalar**, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinin tarifinde yer almışlardır. **Sübjektif esaslı noktalar** ise, taraflarca birlikte konulan veya karşı tarafın bilgisi altında yalnız bir tarafça sözleşmeye sokulması mutlaka istenilen noktalardır.

Sözleşmenin içeriği ve özellikle **esaslı noktaları**, tarafların birbirine uygun irade beyanlarına göre ya **belirli** ya da **belirlenebilir olmalıdır**. *TBK mad. 233/1: Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, maşî alacağını kesin olarak belirtmişse*

satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır. Kanun koyucu, hizmet ve vekâlet sözleşmelerinde de ücret ve bedelin objektif kriterlere göre belirlenebilir olmasını yeterli görmüştür.

Uygunluk sözleşmenin bütün noktalarını kapsıyorsa **tam uygunluk**, bazı noktalarını kapsıyorsa **kısmi uygunluk** söz konusu olur. Esaslı noktalar üzerinde tam uygunluk sağlanmazsa, sözleşme kurulamaz.

Uygunluğun (konsens) kapsamı:

Uygunluk sözleşmenin bütün esaslı noktalarını kapsamalıdır. **TBK mad. 2/1:** Taraflar, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. Tarafların irade beyanlarındaki uygunluk sözleşmenin bütün noktalarını kapsamak zorunda değildir.

O halde, sözleşmenin içerdiği noktalar **esaslı noktalar** ve **yan noktalar** (tabii ve arızı) olmak üzere ikiye ayrılır ya da **esaslı noktalar** ve **tabii noktalar** ve **arızı noktalar** olmak üzere üçe ayırabiliriz.

Esaslı noktaların olağan sonucu sayılan noktalar, **tabii noktaları** meydana getirirler. Bunlar taraflarca kararlaştırmaya gerek olmadan vücut bulurlar. *Örneğin satış parasının nakit ödenmesi, borçlunun temerrüdü halinde faiz, kusuru halinde tazminat ödeme borcu tabii bir noktadır.*

Arızı noktalar da sözleşmenin muhtevasında yer almakla birlikte, bunların esaslı noktalarla herhangi bir ilgileri yoktur. Arızı noktalar tabii noktalardan yapılan sapmaları ifade ederler ya da tabii noktaları tamamlarlar. *Örneğin taraflar satış parasını poliçe veya çekle ödemeyi kararlaştırmışlarsa, bu bir arızı noktadır ve tabii noktayı (nakit ödemeyi) değiştirmektedir. Taraflar, temerrüt halinde bir cezai şart kararlaştırmışlarsa, bu halde de arızı nokta, tabii noktayı tamamlamaktadır.* Borçlunun kanuni sorumluluğunun ağırlaştırılması veya hafifleştirilmesi, bir rücu hakkının tanınması, şart veya süre konulması hallerinde de arızı nokta söz konusu olur.

A. Objektif esaslı noktalar: (Kanunda belirlenir)

Sözleşmenin **kanunda** yapılan tanımında yer alan zorunlu noktalardır. Bu noktalar, herhangi bir sözleşmeye, o **sözleşmenin tipini verir (sözleşmenin tipik unsurları)** denir). *Örneğin satış sözleşmesinde satılan şey ile semen, kira sözleşmesinde kiralanın şey ile kira parası esaslı noktalardır.*

B. Sübjektif esaslı noktalar: (Taraflar belirler)

Taraflar anlaşmak suretiyle yan noktaları esaslı nokta haline getirebilirler. Objektif yönden esaslı olmayan bir noktayı taraflardan biri, sübjektif yönden esaslı bir nokta olarak öngörüyorsa, bu hususu açık olarak karşı tarafa bildirmek zorundadır. Aksi halde, bu nokta, yan nokta sayılır ve sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez. **Taraflarca** sözleşmenin esaslı noktaları haline getirilen bu noktalara sübjektif esaslı noktalar adı verilir. *Örneğin bir satış sözleşmesinde, yan nokta olan malı ambalajlama ve gönderme şekli, taraflarca esaslı nokta haline getirilebilir. Yine bir satış sözleşmesinde ifa zamanı yan bir noktadır, taraflar bunu anlaşma koşuluna bağlamışlarsa sübjektif esaslı nokta haline gelir.*

Tarafların irade beyanları sözleşmenin objektif ve sübjektif yönden bütün esaslı noktaları üzerinde mutlaka birbirine uygun olmalıdır. Bunların tamamı veya biri üzerinde anlaşma olmaz ya da anlaşma koşulu ileriye bırakılırsa, sözleşme kurulmaz.

C. Yan noktalar:

Objektif ve sübjektif yönden esaslı olmayan noktalar yan noktalardır. *İfa zamanı, ifa yeri, faiz miktarı sözleşmenin yan noktalarına örnek gösterilebilir.*

Objektif yan noktalar ve **sübjektif yan noktalar** olmak üzere ikiye ayrılır. Tarafların görüşmeler sırasında üzerinde hiç durmadıkları, tartışma konusu yapmadıkları yan noktalar, kanun icabı **objektif yan noktalardır**. *Örneğin ifa zamanı, ifa yeri, faiz miktarı, taraflar bu noktalar üzerinde hiç durmamışlarsa, objektif yan noktalardır.* Taraflar, objektif yan noktaları görüşmedikleri için sözleşmede bir boşluk söz konusu olduğundan, ihtilaf halinde hâkim konuyla ilgili düzenleyici hukuk kurallarını uygulayarak sorunu çözer. Böyle bir halde TBK mad. 2 uygulanmaz.

Tarafların görüşmeler sırasında üzerinde konuşup tartıştıkları, fakat asli nokta haline getirmedikleri yan noktalara da **sübjektif yan noktalar** denir. Tarafların sübjektif yan noktalar üzerinde anlaşamamaları, sözleşmenin kurulmasını engellemez.

Sübjektif yan noktalar üzerinde anlaşamama iki şekilde kendini gösterir. Birinci halde; taraflar, objektif bir yan noktayı görüşmüşler ve bu nokta sübjektif yan nokta niteliğini almış, fakat bir anlaşmaya varamayacaklarını anlamaları üzerine bundan vazgeçmişlerdir. Sözleşme meydana gelmiş olmakla birlikte söz konusu noktada bir boşluk ihtiva etmektedir. Hâkim bu boşluğu düzenleyici hukuk kurallarını uygulayarak doldurur. İkinci halde; taraflar, yan noktalar üzerinde görüşmüşler, ancak olumlu bir sonuca varamayacaklarını anlamaları üzerine bu noktalara ilişkin uyuşmayı saklı tutarak ileriye bırakmışlardır. Yan noktaların saklı tutulması, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Ancak tarafların **ileriye bırakma anlaşması** yapmış olmaları gerekir. Tarafların, saklı tuttukları yan noktalar üzerinde ileride

anlaşamamaları halinde de sözleşme geçersiz olmaz. Bir boşluk söz konusu olur ki, hâkim bu boşluğu düzenleyici hukuk kuralları ile değil, işin niteliğini esas alarak (hakkaniyet ve nesafet-nısfet kurallarına göre) doldurur. Geçerlilik koşulu olan **kanuni şekil koşulu** yerine getirilmedikçe taraflar bütün asli noktalarda anlaşmış olsalar bile sözleşme kurulamaz. Bu tür şekli, taraflar **ileriye bırakıp saklı tutamazlar**. İradi şekil yönünden de durum aynıdır.

Uyuşmazlık (dissens) ve türleri:

Tarafları irade beyanlarının anlam (içerik) itibarıyla birbirine uygun olmamasıdır. Uyuşmazlık hali de irade beyanlarının yorumu sonunda hâkim tarafından tespit edilir. Burada da güven teorisine başvurulur. Sözleşmenin asli noktalarında uyuşmazlık halinde sözleşme meydana gelmez.

A. Açık uyuşmazlık:

İrade beyanları sözleşmenin **esaslı noktaları üzerinde birbirine uygun değildir**. Sözleşmenin her iki tarafı da **uyuşmazlık bilinci içinde** bulunmaktadır. Sözleşme meydana gelmez.

B. Gizli uyuşmazlık:

Taraflar uyuştuklarını zannetmekle birlikte, gerçekte uyuşmamışlardır. **Tek taraflı ve iki taraflı gizli uyuşmazlık** olmak üzere ikiye ayrılır. **Tek taraflı gizli uyuşmazlıkta**, taraflardan sadece biri, yanlış bir uyuşma bilincine sahip olmakta ve sözleşmenin her iki tarafın anlaşmasıyla kurulmuş olduğunu sanmaktadır. **İki taraflı gizli uyuşmazlıkta ise**, her iki tarafta da yanlış bir uygunluk bilinci bulunmakta ve her iki taraf da sözleşmenin birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulduğunu zannetmektedir. *Örneğin satıcı 500 TL demiş, alıcı 100 TL anlamış ve teklifi kabul etmişse bu bir gizli uyuşmazlıktır.*

Hâkim, dosyadan, tarafların **esaslı noktalar üzerinde anlaşamamış olduklarını tespit ettiği zaman**, bu durumu **re'sen göz önünde tutmak** ve sözleşmenin kurulmamış olduğuna karar vermek zorundadır. Özellikle objektif esaslı noktalarda tarafların irade beyanları birbirine uygun değilse, hâkim TBK mad. 1/1 ile 2/1' re'sen uygulamakla yükümlüdür.

İRADE AÇIKLAMALARININ KARŞILIKLI OLMASI

İrade açıklamalarının karşılıklı olması, sözleşmenin iki tarafının irade açıklamalarının birbiriyle değiştirilmesi anlamına gelir. Birbiriyle değiştirilen bu irade açıklamaları, yapıldıkları zamana ve taraflara göre, **ÖNERİ** (ilk irade açıklaması) ve **KABUL** (ikinci irade açıklaması) adını alır.

ÖNERİ:

TANIM: Sözleşmenin yapılması **teklifini kapsayan** ve bu amaçla zaman itibarıyla **daha önce yapılan**, muhataba **varması gerekli, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı** bir nitelik taşıyan, **muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran** irade açıklamasına denir.

Öneri sahibi, öneriyle hem belirli bir süre bağlanmakta, hem de muhataba sözleşmenin kurulması hususunda bir yetki vermektedir.

Önerinin Özellikleri:

a. Öneri, karşı tarafa varmalıdır.

Önerinin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, muhatabın hâkimiyet alanına ulaşması gerekir. Öneri, muhatabın posta kutusuna, evine veya işyerine ulaşmakla ya da yetkili personeli, aile üyeleri tarafından kabul edilmekle hâkimiyet alanına varmış sayılır.

- **Bireysel öneri:** Belli bir kişi veya kişilere yöneltilmiş öneridir.
- **Herkese açık öneri:** Belirli olmayan kişilere yöneltilen öneridir. Bir malın üzerine fiyatı konularak vitrinde sergilenmesi, otomatik satış makinelerinde mal satılması herkese açık öneridir.

b. Öneri, sözleşmenin objektif ve sübjektif yönden esaslı bütün noktalarını kapsamalıdır.

- Öneri, sözleşmenin tüm esaslı noktalarını içermelidir. Bir satış sözleşmesinde satılan mal ile satış parası objektif esaslı noktalardır ve öneride açıkça belirtilmesi gerekir.
- Öneren sözleşmenin kurulmasını bazı yan noktalar üzerinde anlaşma sağlanmasına bağlamışsa, bunlar sübjektif esaslı noktalardır ve öneride açıkça belirtilmesi gerekir.
- Kesin ve belirli olmayan, öneri olarak nitelendirilemez.
- Öneren, sözleşmenin içeriğini daha ayrıntılı ve kesin olarak belirleme yetkisini muhataba veya üçüncü bir kişiye de bırakabilir.

c. Öneri, hukuki sebebi içermelidir.

d. Öneren önerisinde ciddi ve önerisiyle bağlanmak niyetinde olmalıdır.

Önerinin Şekli:

İlke olarak özel bir **şekle tabi değildir, şekil özgürlüğü ilkesi geçerlidir**. Ancak, kanun ya da öneren, sözleşmenin geçerliliğini, bir şekle tabi tutmuşsa, öneri beyanının da bu şekil içinde yapılması gerekir.

Öneri ve Öneriye Çağırma:

Öneride öneren, sözleşmenin içermesi gereken tüm esaslı noktaları irade açıklamasında bildirmektedir. Oysa **öneriye çağırma**da beyan sahibi sözleşme iradesini, kesin bir şekilde açıklamamakta, sadece muhataba belirli bir sözleşmeyi yapmaya hazır olduğunu bildirmektedir.

Önerinin özelliği, muhatapın kabulü ile sözleşmenin kurulması iken, **öneriye çağırmanın özelliği**, karşı tarafın öneride bulunmasını sağlamaktır.

Öneriye çağırma, öneri olmadığı için **çağırda bulunanı (A) bağlamaz**. Muhatap (B) öneriye daveti olumlu karşılayıp, beyan sahibine karşı çağrı doğrultusunda bir öneride bulunabilir. Böyle bir halde öneriye çağrı A'yı bağlamadığı için, muhatapın karşı önerisini kabul zorunluluğu olmayıp, sadece onu **ret yükümlülüğü** vardır. A uygun bir süre içinde açık olarak reddetmek zorundadır. Aksi halde, dürüstlük kuralı gereği, örtülü olarak kabul etmiş sayılarak sözleşme kurulur.

Bazı hallerde **önerenin önerisiyle bağlı olmak istemediği**, işin özelliğinden veya durumun gereğinden anlaşılır. Öneri sahibinin bir duyuruda, satılacak malın miktar itibarıyla sınırlı olduğunu bildirmesi halinde, onun önerisiyle bağlı olmak istemediği, **işin özelliğinden anlaşılır**. Bir AŞ. yönetim kurulunun belirli bir sözleşmeyi yapması için genel kurultan onay alması gerekiyor ve bunu da muhatap biliyorsa, bu halde de yapılan önerinin bağlayıcı olmadığı **durumun gereğinden anlaşılır**.

TBK mad. 8/2: Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır. Burada herkese yapılan açık öneri söz konusudur.

Bir malın üzerine "satılmıştır" veya "örnektir" ya da "stok tükenmiştir" şeklinde kayıtlar konulmuşsa öneri sayılmaz. Fiyat konulmadan vitrinde mal sergileme öneri değildir. **Fiyat göstererek mal sergilenmesi** yoluyla topluma yapılan öneri **miktar yönünden sınırlı bir nitelik taşır**.

Önerinin Hüküm ve Sonuçları:

Öneri kural olarak **önereni bağlar**. Öneren önerisini **değiştiremez**, öneri **kesindir**. Muhatap öneriyi kabul etmek suretiyle **sözleşmenin kurulmasını sağlar**. Kurulan sözleşme, istenile hukuki **sonuçlarını doğurur**.

a. **Sürelî öneri:** Öneren tarafından bağlılık süresi açık olarak belirtilmiş öneriye denir. TBK mad. 3'e göre, öneren kabul için bir süre belirlemişse, bu sürenin sonuna kadar önerisiyle bağlı kalır. Öneren, süreyi kısa veya uzun tutabilir. Ancak, uzun sürelerin kişilik haklarıyla ilgili MK mad. 23'e aykırı olmaması gerekir. **MK mad. 23:** Kimse, hak ve ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.

Önerenin verilen süreyle bağlı olması, onun bu süre içinde kural olarak önerisinden dönmemesi anlamına gelir. Kabul, önerenin belirlediği süre içinde kendisine ulaşmazsa, önerisiyle bağlılıktan kurtulur. **TBK mad. 10:** Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır. Bu kural, kabulün geri alınmasında da uygulanır.

b. **Süresiz öneri:** Önerenin bağlılık süresi koymamış olduğu öneriye denir.

1. **Hazır olanlar arasında süresiz öneri:** Kabul için açık veya örtülü bir süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneriye denir. Doğrudan doğruya öneri de denir. Burada öneri ile sahibi ile muhatap arasında bir aracı yoktur.

Tarafların temsilcileri veya vekilleri tarafından doğrudan doğruya yapılan bir öneri de hazırlar arası öneri sayılır. Tarafların telefonla veya görüntülü ve konuşmalı internet ile yaptıkları öneri de hazırlar arasında yapılmış bir öneridir.

Hazır olanlar arasında yapılan bir öneri, muhatap tarafından **derhal kabul edilmediği takdirde**, önerenin önerisi ile bağlılığı sona erer. Öneri ret edilirse ya da muhatapın düşünme süresi istemesi halinde doğrudan doğruya temas kesildiği için, önerenin bağlayıcılığı sona erer.

2. **Hazır olmayanlar arasında süresiz öneri:** Öneren ile muhatap arasında bir aracı bulunmaktadır. Aracı, bir kişi olabileceği gibi mektup, telgraf, teleks, faks, mesaj veya e-mail ya da ses bandı olabilir.

Öneren normal bir süre beklemek zorundadır, bu süre içerisinde önerisi ile bağlıdır. Önerinin muhataba varması için bir süre, muhatapın düşünmesi için süre ve kabul haberinin önerene varması için geçecek süre birlikte hesaplanır (**gitme + düşünme + geri gelme süreleri**).

Kabul haberi geç ulaştığı takdirde, öneren kural olarak önerisi ile bağlı olmaktan kurtulur. Ancak, zamanında gönderilen kabul haberi öneren geç ulaşır, öneren de artık önerisi ile bağlı olmak istemezse, durumu hemen kabul edene bildirmek zorundadır; ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde sözleşme kurulmuş olur. İhbar derhal yapılırsa sözleşme kurulamaz. Diğer taraftan gecikmiş bir kabul haberi yeni bir öneri olarak değerlendirilip kabul edilebilir.

Gecikmenin sebebi öneri sahibi ise (yanlış adres vermiş ya da adresini değiştirmiş olabilir, tatilde olabilir) kabul haberi vaktinde ulaşmış sayılır.

Önerinin Reddi:

Muhatap, öneriyi kabul zorunda değildir, reddedebilir. Bu durumda öneri geçerliliğini ve bağlayıcılığını kaybeder. Muhatap reddetmiş olduğu bir öneriyi sonradan kabul edemez. Ret öneriyi ortadan kaldırır. Muhatabın öneriyi retten sonra kabulü, yeni bir öneri sayılır.

KABUL:

TANIM: Öneriye uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesine kesin bir şekilde imkân sağlayan, **varması gerekli, tek taraflı** irade açıklamasına denir.

Kabul tek taraflı, kurucu yenilik doğuran bir haktır. Kabul beyanı, yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır. Muhatabın kabul beyanını, öneri sahibine yöneltmesi gerekir. Kabul, sözleşmenin kurulması yönünden zaman itibarıyla ikinci irade beyanını oluşturur.

Kabul beyanının içeriğinin öneriye uygun olması gerekir. Kabul, önerinin içerdiği esaslı noktaları genişletiyor, daraltıyor veya değiştiriyorsa, bu önerinin reddi ya da yeni bir öneri sayılır.

Kabul beyanı önerene, kabul süresi içinde varmalıdır. Süre geçmişse, kabul beyanı yeni bir öneri olarak değerlendirilebilir. Şartlı kabul de yeni bir öneri sayılabilir. Kabul beyanı, önerinin içerdiği yan noktalardan sapmakta ise, yeni bir öneri olarak değerlendirilmez, farklılıklar düzenleyici hukuk kuralları uygulanmak suretiyle giderilir, sözleşme kurulmuş olur.

Açık ve Örtülü Kabul Beyanı:

Açık kabulde, kabul iradesi muhatabın tereddüdüne ve yoruma yer vermeyen açık bir beyan ile yapılır. **Örtülü kabulde**, kabul beyanı ya kabul iradesini gösteren aktif bir fiil ve davranışla ya da pasif bir susma fiiliyle yapılır. Belirli bir gazeteciden her gün belirli bir gazeteyi alan kimsenin gazeteciye yaklaşırken gazetenin kendisine verilmesi, kendisinin de parayı tezgâhın üzerine koyarak gazeteyi alması örtülü kabule örnek gösterilebilir.

Susma fiili, ilke olarak kabul şeklinde yorumlanamaz. Hukuken cevap vermek zorunda kalan muhatabın susması, kabul sayılır. Örnek olarak vekâlet sözleşmesi gösterilebilir. **TBK mad. 503:** Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sığa sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu hüküm, komisyoncu ve havale işlerinde de aynen uygulanır.

Taraflar aralarında yapmış oldukları bir sözleşmede susmanın kabul sayılacağını kararlaştırmışlarsa, bu halde muhatabın susması, örtülü değil, açık kabul sayılır.

Kabulün Tabi Olduğu Şekil:

Kabul beyanı ilke olarak hiçbir şekle tabi değildir, şekil serbestisi geçerlidir. Sözleşmenin geçerliliği için şekil şartı öngörülüyorsa, kabul beyanının da bu şekil içinde yapılması gerekir, söz konusu maddeler kabul beyanı için özel bir şekil koşulunu öngörmelidir. Aksi halde, bazı sözleşmelerde öneri şekle tabi olduğu halde kabul iradesi şekil koşuluna uyulmadan beyan edilebilir. Örneğin kefalette alacaklının kabul beyanı şekle tabi değildir. **NOT:** Kefil okudum diyerek her sayfayı imzalar. Kefalet 10 yıl ile sınırlıdır.

Kabulün hüküm ve Sonuçları: Kabul, kurucu sonuç doğurur, sözleşme meydana gelir.

ÖNERENİN VEYA KABUL EDENİN ÖLMESİ, EHLİYETİNİ KAYBETMESİ:

- **Önerenin, bağlama süresi içinde ölmesi**, ehliyetini kaybetmesi önerinin geçerliliğini etkilemez. Muhatap öneriyi kabul ederse, kişiye sıkı sıkıya bağlı edimi içermeyen sözleşme önerenin mirasçılarıyla kurulur.
- **Muhatabın öneriyi kabul etmeden ölmesi**, ehliyetini kaybetmesi halinde mirasçılar öneriyi kabul edebilir.
- **Muhatap, kabul haberini** gönderdikten sonra, fakat haber henüz önerene ulaşmadan önce ölmüşse, kabul haberi muhatabın mirasçılarını bağlar.
- **Öneren kabul haberinin ulaşmasından önce ölmüşse** sözleşme muhatap ile önerenin mirasçıları arasında kurulmuş olur.

SÖZLEŞMENİN KURULDUĞU AN

Teoriler:

- a. **Açıklama teorisi:** Muhatabın kabul beyanını açıklamasıyla (mektup yeterli),
- b. **Gönderme teorisi:** Muhatabın kabul beyanını öneri sahibine gönderdiği anda,
- c. **Varma teorisi:** Kabul beyanının öneri sahibinin hâkimiyet alanına vardığı anda,
- d. **Öğrenme teorisi:** Öneri sahibi kabul beyanını öğrendiğinde sözleşme kurulur.

TBK'nın Kabul Ettiği Teori:

a. Hazırlar arasında:

TBK, hazırlar arasındaki öneriye, derhal kabul cevabı vermeyi öngördüğü için, öneriyi müteakip, muhatabın kabul beyanında bulunduğu anda sözleşme meydana gelir.

b. Hazır olmayanlar arasında:

Varma teorisi kabul edilmiştir. Kabul beyanı önerenin hâkimiyet alanına vardığı anda, sözleşme meydana gelir. Açık kabule ihtiyaç duyulmayan hallerde, öneri muhatabın hâkimiyet alanına ulaştığı anda sözleşme kurulur.

SÖZLEŞMENİN HÜKÜM VE SONUÇLARINI DOĞURDUĞU AN

a. Hazırlar arasında:

Kabul iradesinin açıklandığı, yani sözleşme kurulduğu anda hüküm ve sonuç doğurur.

b. Hazır olmayanlar arasında:

Gönderme teorisi kabul edilmiştir. Kabul haberinin muhatap tarafından öneri sahibine gönderildiği anda sözleşme hükümlerini doğurmaya başlar. Açık kabule ihtiyaç duyulmayan hallerde, önerinin muhataba ulaştığı andan itibaren sözleşme hükümlerini doğurur.

Sözleşmenin meydana gelmesi yönünden varma teorisi, sözleşmenin hükümlerini doğurması yönünden gönderme teorisi kabul edilmektedir. Kabul haberi öneri sahibine vardığı anda kurulan sözleşme, hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili olarak gönderme anından itibaren meydana getirmektedir.

Kabul beyanının gönderildiği an, posta pulundaki tarih ile ispatlanabilir. Kabul haberinin gönderildiği anda, muhatap ifaya hazır olmalıdır. Borç, bu andan itibaren muaccel olur. Faiz bu andan itibaren işlemeye başlar. Zamanaşımının başlangıç anı da bu andır.

20. SÖZLEŞMELERDE ŞEKİL

TANIM: Bir iradeyi dışa açıklamak üzere kullanılan kalıp veya araca **şekil** denir.

Her sözleşmenin, hukuki işlemin ve hatta irade açıklamasının bir şekli vardır. Şekilsiz bir irade açıklaması ve beyanı olmaz. Şekle bağlı olmadığından söz edildiği zaman “**şekil özgürlüğü**” kastedilir. “**Şekil şartı**” denildiği zaman hukuki işlemin geçerli olması, sonuçlarını meydana getirmesi için mutlaka kanun veya taraflarca öngörülen, şekil içinde yapılması söz konusu olur. Şekil zorunluluğunu öngören hukuk normunun amacı, tarafların (özel koruma) ve üçüncü kişilerin (genel koruma) menfaatini korumak ve hukuk güvenliğini sağlamaktır.

ŞEKLİN FAYDALARI

- a. **Sözleşmeye kesinlik sağlar:** Tarafların işlem iradelerinin ciddiyetini gösterir, sözleşmenin kesin olarak yapılmak istendiğini belirler.
- b. **Sözleşmeye açıklık sağlar:** Birden çok anlama gelebilecek belirsiz ve şüpheli noktalar önlenir.
- c. **İspat güvenlik ve kolaylığı sağlar.**
- d. **Tarafları düşünmeye sevk eder:** Ayrıntılı düşünme, acele karar vermekten kaçınma, uyarma imkanı sağlar. Sözleşmenin resmi bir makam önünde yapılması halinde dikkat ve düşünme payı daha da artar.
- e. **Açıklık ve güven sağlar:** Aleniyet sağlar, üçüncü kişilere işlemden haberdar olma imkanını verir.
- f. **Sözleşmelerin yorumunu kolaylaştırır:** Uyuşmazlık halinde, belirli bir şekil içinde yapılmış olan irade beyanlarını yorumlama imkanı bulur.

ŞEKLİN SAKINCALARI

- a. Zaman yönünden hukuki işlemin yapılmasını **geciktirir**.
- b. Ekonomik yönden **pahalıdır**.
- c. **Esası şekle feda etme tehlikesini taşır**.

TBK'NIN KABUL ETTİĞİ SİSTEM

Şekil özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir. **TBK mad.12/1:** Sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunun özel bir hükümle şekil mecburiyeti koyduğu irade beyanları, yani hukuki işlemler bu ilkenin dışındadır. **Şekil özgürlüğünün amacı;** hukuki işlemlerin ve bu arada sözleşmelerin, ihtiyaca göre, mümkün olduğu kadar süratle yapılıp sonuçlandırılmasıdır.

Türk hukukunda şekil özgürlüğü ilke şekil **mecburiyeti istisnadır. İstisnalardan örnekler;**

- TBK mad. 237/1' göre, **taşınmaz satış** sözleşmesinde
- TBK mad. 288/2' göre, **taşınmaz bir mala ilişkin bağışlama sözü vermede**
- TBK mad. 184/1' göre, **alacağın devrinde** yazılı şekil geçerlilik koşuludur.

Harici satış: Resmi şekle uyulmadan yapılan satışır. Sadece kat mülkiyeti konusunda geçerliliği kabul edilmiştir. Kat mülkiyetine tabi yerlerde taraflar yazılı sözleşme ile edimlerini yerine getirmişse müteahhidin sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 1988)

Şekil mecburiyeti yalnız kanunla veya tarafların iradeleriyle öngörülebilir. Örf ve adet hukuku, hakimın yarattığı hukuk, tüzük ve yönetmelik ile şekil koşulu konulamaz.

SEKLİN TÜRLERİ

a. Amaçlarına göre şeklin türleri

1. Geçerlilik koşulu olarak
 - a) Kanuni şekil
 - b) İradi şekil
2. İspat şartı olarak

b. Yapılış tarzına göre şeklin türleri

1. Adi yazılı şekil
2. Nitelikli yazılı şekil
3. Resmi şekil + 4. Resmi sicillere tescil
5. İlan

Şekil, bir sözleşmenin geçerlilik şartı olarak öngörülmüşse, sözleşmenin **objektif ve sübjektif esaslı noktalarını** kapsamalıdır.

Kanuni şekil: **TBK mad. 12/2:** Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz. **Kanunun,** herhangi bir şekli öngördüğü hallerde, kural, bu şeklin bir geçerlilik şartı olmasıdır. Bu şekle uyulmadan yapılan bir sözleşme geçerli olmaz.

Kanun, geçerlilik koşulu olarak şekli sözleşmenin veya hukuki işlemin ya bütünü için (bağımsız işlem) ya da bir kısmı için (bağımlı işlem) öngörür. Kanun koyucu bazı işlemlerde şekle uyulmamayı geçersizlik sebebi olarak kabul etmemiştir. **Örneğin TBK mad. 155:** Evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış olan bir evliliğin, kanunun diğer şekil kurallarına uyulmaması sebebiyle butlanına karar verilemez.

İradi şekil: Şekli, **geçerlilik şartı** olarak **taraflar kararlaştırmışlarsa** buna iradi şekil denir. Taraflar şekil koşulunu **ispat koşulu** olarak da kararlaştırabilirler. Taraflar, şekle bağlı olmayan bir sözleşmeyi şekle bağlı tutmuşlarsa, bundan karine olarak geçerlilik şartını istedikleri sonucu çıkarılmalıdır. **TBK mad. 17:** Taraflar, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmeyi belirli bir şekilde yapmayı kararlaştırmışlarsa, belirtilen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.

Kanunun sadece **adi yazılı şekli** öngördüğü bir sözleşmeyi, taraflar **nitelikli yazılı şekle çevirebilirler.** Ancak, kanunun **nitelikli yazılı şekli** öngördüğü bir sözleşmeyi, taraflar **adi yazılı şekle çeviremezler.**

İspat şartı olarak şekil: Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. **HMK mad. 200:** Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları zamanki miktar ve değerleri 2500 TL'yi geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma (ibra) gibi herhangi bir sebeple 2500 TL'den aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.

Miktarı 2500 TL'den yukarı olan alacak ve borçlar, istisnai haller hariç, tanıkla ispat edilemez. Borçlu **borcunu tanır**sa iddia edilen alacak hakkı ispat edilmiş olur. Borçlunun hakim tarafından teklif edilen **yeminden kaçınması halinde** senetle ispatı gerekecek alacak hakkı senetsiz de olsa sabit olur.

Senetle ispat zorunluluğunun istisnaları (HMK. mad. 203): **Tanık dinlenebilen hâller:**

- a) Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler.
- b) İşin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler.
- c) Yangın, deniz kazası, deprem gibi senet alınmasında imkânsızlık veya olağanüstü güçlük bulunan hâllerde yapılan işlemler.
- d) Hukuki işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddiaları.
- e) Hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları
- f) Bir senedin sahibi elinde beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğu kanısını kuvvetlendirecek delil veya emarelerin bulunması hâli.

10.000 TL'yi geçen havale banka yoluyla yapılmalıdır. Bu da bir ispat yoludur.

Şekil, ispat şartı değil de **geçerlilik şartı ise** sözleşmenin geçerliliği ancak öngörülen şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Borçlu veya alacaklı yazılı bir şekle tabi sözleşmenin varlığını **tanısa** veya teklif edilen **yemini kabul etse bile**, sözleşme gerekli **şekli içermiyorsa geçerli olamaz**.

Yazılı şekil: Beyan sahibinin, şekle tabi irade beyanının içeriğini yazıyla belgeleyip imzalamasına denir.

Adi yazılı şekil: Yalnız imzanın el yazısı ile olması yeterli görülen yazılı şekildir.

Nitelikli yazılı şekil: Sözleşmenin ya tamamını ya da imza ile birlikte bazı hususları içeren yazılı şekildir. Örneğin el yazısıyla vasiyetnamenin geçerli olması için sadece imzanın değil, bütün vasiyetnamenin baştan sona vasiyetçinin el yazısıyla yazılmış olması gerekir. Kefaletle imzadan başka kefalet miktarını gösteren kısmın ve kıymetli evrakta imza dışında bazı söz ve adların el yazılı olması gerekir.

Metin: Sözleşmede tarafların işlem iradesinin içeriğini yazılı bir şekilde ifade eden belgeye denir. Metnin mutlaka Türkçe olması şart değildir, başka dilde de hazırlanabilir. *Ancak 1926 tarihli ve 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun hala geçerlidir. Buna göre; Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar. Yabancı şirketler Türkçeden başka bir lisanı dahi ilaveten kullanabilirlerse de asıl olan Türkçe olup mesul imzaların Türkçe metinde gösterilmesi mecburdur. 2008 tarihli değişiklikle de aykırı hareket eden kişilere, 100 günden az olmamak üzere adli para cezası hükmü getirilmiştir.*

Metin dayanıklı bir madde üzerine yazılmış olmalıdır. Ses bandı, disket, CD, flash disklere yüklü veriler yazılı metin değildir Elektronik İmza Kanununa uygun elektronik belgeler belge sayılır.

Vasiyetname el ile yazılmaya başlanmışsa tamamı el ile yazılmalıdır. Vasiyetname nerede yazılmaya başlanmışsa orada bitirilmelidir. Noterde başlanmışsa noterde, evde başlanmışsa evde bitirilmelidir.

İmza: Kural olarak imzanın, **el yazısı ile atılması** gerekir. İmza genel olarak, **ad ve soyadları içerir (2525 sayılı Soyadı Kanunu)**. İmza, borçlunun borç altına girme iradesini ve özellikle beyan iradesini kesin olarak açıklar, tamamlayıp ortaya koyar. Paraflar da imza için yeterlidir. Lakap kullanılmaz.

Sözleşmelerde yalnız borç altına giren kişinin, yani borçlunun imzasının bulunması yeterlidir. Örneğin bağışlama sözü vermede, kefalet ve kıymetli evrakta durum böyledir. Sözleşmelerde taraflardan yalnız biri borç altına giriyorsa **“tek taraflı şekil”**, her iki taraf da borç altına giriyorsa **“iki taraflı şekil”** denir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin meydana gelmesi için, diğer tarafın da irade beyanının bulunması şart olmakla birlikte, sözleşmede onun imzası gerekli değildir. Bu tür sözleşmelerde borçlunun imzasını taşıyan belgenin karşı tarafa verilmesi yeterlidir. Bazı tasarruf işlemlerinde de yalnız tasarrufta bulunan kişinin imzası yeterlidir. Örneğin alacağın devrinde, yalnız devreden imzası yeterlidir. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her ikisinin de imzasının bulunması gerekir. Mirasçılar arasında yapılan miras paylaşım sözleşmesi, bütün mirasçılar tarafından imzalanmalıdır. Zira bu sözleşme ile mirasçıların her biri diğerlerine karşı borç altına girmektedir.

İmza sahtekârlığı; bu konuda resmi kurum Adli Tıp Kurumudur. *İmzanın kişiye ait olduğu anlaşılmasın diye omzunun altına yumurta koyma tekniği varmış.*

Temsil veya vekâlet ilişkisi ile yapılan hukuki işlemlerde temsilci veya vekilin senet metninin altına kendi adını koyarak imzalaması yeterlidir. Temsilci olduğu belli olmalıdır ve kendi adına, temsil edilenin hesabına olmalıdır. *Örneğin davacı A'nın vekili sıfatıyla gibi.*

Boşa (beyaza) imza: Boş bir kâğıda atılmış olan imza, daha sonra imza sahibinin beyanına göre üstü doldurulmak suretiyle borçlandırıcı bir işlem, bir sözleşme haline getirilebilir. Ya hiç bilgi olmaz boş kâğıdı imzalarsınız veya yukarıda boş yerler vardır bu şekilde imzalarsınız.

Boşa imzayı içeren belgenin sonradan doldurulması halinde, istenilen hukuki işlem veya sözleşmenin kurulduğunu ve bunun, şekil koşulunu yerine getirdiği için, ilke olarak **geçerli olduğunu kabul ediyoruz**.

Boşa imza, imza edenin karşı tarafa duyduğu **güvene dayanır**. Boşa imza eden, bunun üstündeki metnin, diğer tarafla kararlaştırdıkları **anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu ispat etmedikçe**, borçlandığı edimi **yerine getirmek zorundadır**. Bunun ispatı ise zor ve hatta çoğu zaman imkânsızdır, şahitle ispat edemez, senede karşı ispat ancak senetle olur. Çünkü bu davranışta itimada dayanan bir işlem söz konusudur. Boş kâğıt, aldatma ile alınmışsa tanık dinlenebilir. Haksız fiillere dayanan işlemlerde tanık dinlenebilir. Ancak, gerçekten ileri sürülen olaylar aldatma niteliğinde olmalıdır. Doktrin, boşa imzada yanılma sebebiyle **iptal hakkını ilke olarak kabul etmemektedir**. Ayrıca, boşa imza eden, iyiniyetle

üçüncü kişilere karşı imzasının üstündeki yerin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu da iddia edemez. Risklere katlanmak, **üçüncü kişilerin haklı güvenlerinin korunmasını** kabul etmek zorundadır.

Boşa imza konusunun örneği kira sözleşmelerinde görülebilir. Bu konuda Yargıtay'a göre, kira sözleşmesi ile tahliye taahhüdünün aynı tarihte imzalanması geçersizdir. Çünkü ev sahibinin karşısındaki kişinin bulunduğu zor durumdan faydalandığını yani gabin yaptığını belirtmektedir.

El yazısı ile imza kuralının istisnaları:

- a. **Bir araçla (mekanik) imza atmak:** TBK örf ve adetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında, imzanın bir araçla atılmasını yeterli saymıştır. Ancak, ticari senetlerde (bono, çek, poliçe) mekanik bir araçla imza atılamaz.
- b. **İmza atamayanların el işareti kullanması:** *TBK mad. 16: İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler.* Ancak kambiyo senetlerinde kullanılamaz. El işaretinin, parmak izinin ve mührün imza yerine geçebilmesi için, bunun resmi bir makam (noter) tarafından onaylanması gerekir. *NK mad. 75: İlgililer imza atamadıkları ve imza yerine geçen bir el işareti kullanmadıkları takdirde, varsa mühür kullanılır... Mühür kullanılması halinde, parmağın da bastırılması zorunludur.*
- c. **Görme engellilerin imzası:** Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir, içeriklerini bilmediklerini kendileri ispat etmesi gerekir. **Noter, ilgilinin görme engelli olduğunu anladığı takdirde, işlemler engellinin isteğine bağlı olmak üzere iki şahit huzurunda yapılır.**

Güvenli elektronik imza:

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile hukukumuzda elektronik imza kabul edilmiştir. Alıcı bu sayede metni gönderenin kimliğini ve metnin değişikliğe uğramadan gönderildiği gibi ulaştığını belirleyebilmektedir. **EİK mad. 4'e göre güvenli elektronik imza;** münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan ve nihayet imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır.

Doğuracağı hüküm ve sonuçlar yönünden **güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir.** Bu kuralın **iki istisnası:** Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler (örneğin taşınmaz satışında imza ıslak olmalıdır) ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez.

Elektronik imza ile kefalet, rehin, üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi teminat sözleşmeleri hariç olmak üzere adi yazılı şekilde yapılması mümkün olan diğer sözleşmeler yapılabilir. Evlenme sözleşmesi, el yazılı vasiyetname gibi hukuki işlemler bu tür imza ile yapılmaz.

Güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir ve aksi ispat edilinceye kadar kesin delil teşkil eder. İnternet üzerinden yapılan sözleşmeler de geçerlilik kazanmıştır.

İmzanın yeri:

TBK imzanın konulacağı yer hakkında bir hüküm öngörmemiştir. Bununla birlikte, bütün metni kapsayacak şekil ve doğrultuda metnin sonuna atılması gerekir. Kefilin, yükümlülüğünü artıran her şartın altına okudum diyerek imzalaması gerekir.

Resmî şekil: Amaç, hukuki işlem veya sözleşmenin devlet tarafından bu işle görevlendirilmiş bir kişi (**sulh hâkimi, noter, tapu memuru gibi**) tarafından kanunların öngördüğü usul ve şartlara uyularak yapılmasıdır. Örneğin taşınmaz bir malın satışı resmi şekle tabidir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin geçerliliği de resmi şekle tabidir, yetkili makam ise noterdir. Taşınmaz satışı ile ilgili olarak MK 706, TBK 237/1 ve Tapu Kanunu 26. Maddelerde resmi şekilden söz etmektedir. **MK mad. 706:** Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır. **TBK mad. 237/1:** Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için resmi şekilde düzenlenmesi şarttır. **Tapu Kanunu mad. 26:** Resmi şekli yapmaya yetkili makam, tapu müdürü veya memurudur.

Adi yazılı şekil (özel kişiler düzenler) ile resmi şekil (resmi makam düzenler) arasında bir nitelik farkı yoktur. Ancak, resmi şekil, ispat fonksiyonu yönünden yazılı şekle oranla daha güçlüdür. Resmi şekilde yapılan sözleşmelerde de şekil şartı sözleşmenin objektif ve sübjektif bütün esaslı noktalarını kapsamalıdır.

Resmi şekilde yapılan işlemler: TBK	Resmi şekilde yapılan işlemler: Medeni Kanun	
237: Taşınmaz satışı 288: Bağışlama sözü verme 612: Ölüncüye kadar bakma sözleşmesi 632: Yeni ortak alımı sözleşmesi 545: Komisyoncunun işlemi kendisiyle yapma hakkının düşmesi	102: Vakıfların kuruluşu 205: Mal rejimi sözleşmesi 295: Babalık tanıma koşulları 374: Aile malları ortaklık sözleşmesi 532: Resmi vasiyetname 545: Miras sözleşmesi 677: Miras payı üzerinde sözleşme	706: Taşınmaz mülkiyetinin devri 727: Taşınmazın bir mecra ile aynı hak olarak yüklenmesi 731: Taşınmaz mülkiyetini kısıtlamaları 733: Önalım hakkından feragat 764: Mülkiyetin saklı tutulması 871: Rehin dereceleri arasındaki ilişki

Noter:

Noterler ilke olarak her çeşit resmi senet düzenlemeye yetkilidir. Bunun aksini öngören hüküm Tapu Kanunu 26. Maddede yer almaktadır. Buna göre, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmeler sadece tapu müdürlükleri tarafından yapılır.

Noterler **iki şekilde işlem** yaparlar.

1. Düzenleme yoluyla (re'sen düzenlenen) senet: Burada senedi doğrudan doğruya noter düzenler. *Bu işlemler; tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekâletnameler, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış, taşınmaz satış vaadi, vakıf senedi, evlenme mukavelesi (mal rejimi sözleşmesi), evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi vb. Aksi ispat oluncaya kadar bir mahkeme kararı gibi geçerlidir. Ne içeriğine ne de imzaya itiraz edebilirsiniz. Ancak aksini, bir mahkeme kararı bulursanız ispat edebilirsiniz.*

2. Onaylama yoluyla senet: Noter sadece senet veya sözleşmenin altında bulunan imzayı onaylar.

Tapu müdürü:

Bir taşınmaz malın satışı, taşınmaz üzerinde ipotek veya irtifak tesisi için gerekli resmi senetleri yalnız tapu müdürü veya memurları yapabilir. Tapuda işlem yapabilmek için, talep yazılı olmalıdır.

Diğer resmi makamlar:

Tapu müdürü ve noter dışında yer alan resmi makamlar, sulh mahkemesi (yazı işleri müdürü) ve konsolosluklardır. *Örneğin 532: Resmi vasiyetname ve 545: Miras sözleşmesi (mirasçılık belgesi verme) sulh mahkemesinindir.*

Resmi sicillere tescil: Bazı hukuki işlemlerin geçerliliği, kanun icabı tutulan resmi sicillere tescile bağlı olabilir. Örneğin **taşınmaza ilişkin aynı hakların** kurulması, değiştirilmesi, kısıtlanması veya ortadan kaldırılması tapu sicilinde yapılacak bir tescil işlemine tabi tutulmuştur. **Mal rejimi sözleşmesi** noterlerce tutulan aile malları siciline tescil edilmelidir. **Mülkiyetin saklı tutulma sözleşmesinin** geçerliliği taşınır malı satın alan kişinin yerleşim yerindeki noter tarafından tutulacak özel sicile tescil edilmesine bağlıdır. **Vakıf sicili** (ayrıca merkezi sicile de), **ticaret sicili**, **nüfus sicili** tescili gerekli diğer işlemlerdir.

İlan: Belli bir durumun veya işlemin üçüncü kişilerin bilgilerine sunulması amacıyla, herkesin duyabileceği bir şekilde açıklanmasıdır. *Örnek olarak gaiplik kararıyla kısıtlılık kararının, merkezi sicile kaydedilen vakıfların, karıkoca mal rejiminin, karının temsil yetkisinin sınırlandırılması veya iadesinin, vasi tayininin, yargısal erginlik kararının ilanı gösterilebilir.*

RESMİ SİCİL VE SENETLERİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

MK mad. 7'ye göre resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur.

Düzenleme yoluyla yapılan noter senetleri de sahtelikleri tespit edilinceye kadar kesin delil oluşturur. Resmi sicil ve senetlerin kapsamlarının doğru olmadığını ispat özel bir şekle tabi değildir. Ancak usul hukuku yönünden, sadece yazılı delille ispat yapılabilir.

KANUNİ ŞEKLE BAĞLI SÖZLEŞMELERİN DEĞİŞTİRİLMESİ

TBK mad. 13'e göre kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Buradaki değişiklik, sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin değişikliktir.

Noterlerin yaptığı taşınmaz satış sözleşmesinin aslında bir taşınmaz satış vaadi olduğu anlaşılmalıdır. Resmi şekle bağlı bir sözleşmenin başka bir sözleşmeye dönüştürülmesi işlemine **tahvil işlemi** denir. Ancak böyle olması için işlemin bütün unsurlarının tamamlanmış olması gerekir.

KANUNİ ŞEKLE BAĞLI SÖZLEŞMELERİN ORTADAN KALDIRILMASI

TBK mad. 132'ye göre borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle tabi tutulmuş olsa bile borç, taraflarca **şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle** tamamen veya kısmen ortadan

kaldırılabilir. Bununla birlikte kanun, şekle bağlı **bazı sözleşme veya hukuki işlemlerin** ortadan kaldırılmasını **şekle bağlamıştır**. Örneğin miras sözleşmesinin ortadan kaldırılması, vasiyetnameden dönme şekle tabidir.

SEKLE UYMAMANIN SONUÇLARI

TBK mad. 12/2'ye göre kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz. Şu halde, kanun, **hükümsüzlük (geçersizlik)** yaptırımını bağlamaktadır. Hükümsüzlük konusunda **5 görüş** savunulmaktadır:

Butlan görüşü:

Klasik görüşe göre hükümsüzlükten kural olarak “**butlan**” müeyyidesini anlamak gerekir. Şekil noksanlığı dolayısıyla batıl sözleşme, başından itibaren hiçbir **hüküm ve sonuç, borç ve hak doğurmaz**.

- Hâkim şekil noksanlığını **re'sen** göz önüne almak zorundadır.
- Şekil noksanlığı **zamanla geçerli hale gelmez**, düzelmez.
- Şekil noksanlığı tarafların onayı ve rızası ya da **ifa ile geçerli hale gelmez**. Şekle aykırı bir sözleşme ile borçlanılmış bir edimin ifasına gerek yoktur. Karşı tarafın iyiniyeti göz önünde tutulmaz. İfadan kaçınma, ahlaka aykırılık teşkil etmez.
- Menfaati olan **üçüncü kişiler** de şekil noksanlığını **ileri sürebilirler**.
- Bu bir def'i değil, itirazdır.
- Elde edilen edimler **sebepsiz zenginleşme ile geri** alınabilir.

Butlan; tam butlan (sözleşmenin tamamı) ve kısmi butlan (sözleşmenin bazı kısımları) olarak ikiye ayrılır.

NOT: Mutlak butlan ifadesi Borçlar Hukukunda kullanılmaz, Aile Hukukunda kullanılan bir terimdir.

Kendine özgü geçersizlik görüşü:

Buradaki geçersizlik, tamamen taraflar arasındaki bir geçersizlik halidir. Şekil noksanlığı herkes tarafından değil, **sadece taraflarca def'i olarak** ileri sürülebilir. Hâkim şekil noksanlığını **re'sen** göz önüne almaz. Şekil noksanlığı, sözleşmenin sürekli olarak geçersiz kalması sonucunu doğurmaz. Bilerek ve isteyerek yapılan ifa ile sözleşme geçerlilik kazanır. *Yargıtay 1988 İçtihadı Birleştirme kararında, Kat Mülkiyeti Kanunu açısından geçersiz satış sözleşmesine göre taraflar edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmişlerse şekil noksanlığını ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edeceğini açık olarak kabul etmiştir.*

Kendine özgü geçersizlik görüşü aslında **butlan görüşünün yumuşatılmış halidir**. Zira butlanı çok kati uygularsanız aksi sonuçlar doğurabilir. Çünkü edimlerin ifa edildiği bir yerde uzun süre sonra gelip bu sözleşmeyi geçersiz kılarıysanız bu tarafların yararına değildir.

Şeklin konulma amacı tarafları korumaktır, ancak taraflara rağmen şekli uygulanması lazım demek sözleşme özgürlüğünün yapısına da, tarafların iradesine saygıya da aykırıdır.

Bu nedenle taraflar, sözleşmeden doğan borçlarını bilerek ve isteyerek, hiçbir yanılgıya düşmeden ifa etmişlerse, artık bu korumadan vazgeçmiş sayılmalı, böylece gönüllü ve bilinçli ifa ile geçersiz sözleşme sağlık kazanmalıdır. Özellikle şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırı olduğu bütün hallerde bundan söz etmek mümkündür. Bu görüşü doğrulayan çeşitli hükümler mevcuttur.

** Evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış bir evliliğin, kanunun diğer şekil kurallarına uyulmaması sebebiyle butlanına karar verilemez.

** Şekle uyulmaması nedeniyle geçersiz olan bağışlama sözü verme, bağışlayan tarafından yerine getirildiğinde, elden bağışlama hükmündedir. Ancak, geçerliliği resmi şekle bağlanmış olan bağışlamalarda bu hüküm uygulanmaz.

Şekil noksanlığına, karşı tarafı aldatarak veya bu noksanlığı göze alarak, yani kasten sebep olan taraf, daha sonra bu eksikliğe dayanarak sözleşmenin butlanını dava edemez. Aksi halin kabulü, dürüstlük kuralına ters düşmek olur.

Biz kendine özgü geçersizlik görüşünü savunuyoruz.

Yokluk görüşü:

Keller, Schöbi ve Furrer tarafından ileri sürülen bu görüşe göre şekil, geçerlilik şartı değil, sözleşmenin kuruluş (varlık) şartıdır. Kanunun veya tarafların öngördüğü şekilde yapılmayan bir sözleşmenin meydana gelmesi, kurulması mümkün değildir. **Kanunun öngördüğü şekilde yapılmayan bir sözleşmeden doğan edimleri, tarafların bilerek veya isteyerek ifa etmeleri, kurucu şart olan şekle sağlık kazandırmaz.**

Kurulmamış bir sözleşme ifa ile kurulamaz. Bu nedenle, edimlerin **ifasından sonra şekil noksanlığını ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez.** Bu görüşe katılmıyoruz.

Eksik borç görüşü:

Schmidlin, şekil noksanlığıyla sakat işlemlerde eksik borç görüşünü savunmaktadır. Schmidlin'e göre, mademki sözleşme şekle bağlı, bu şekle uyulmadan yapılan işlem eksik borçtur.

Şekle aykırı bir borçlandırıcı işleme dayanılarak aynı bir hak veya bir alacak hakkı karşı tarafa devredilmişse, amaç kuralı veya hakkın kötüye kullanılması yasağı saklı kalmak şartıyla tasarruf işlemlerindeki sebebe bağlılık ilkesi gereğince bu devir (tasarruf işlemi) de sakat olduğundan, söz konusu haklar karşı tarafa geçmiş olmaz.

Yeni malik veya alacaklı, bunları, iyiniyetli üçüncü bir kişiye **devretmemiş veya tüketmemişse**, eski malike iade etmek zorundadır. İadede kaçınırsa, eski malik, yeni malike karşı **istihkak davası** açabileceği gibi, her türlü **haksız el atmanın önlenmesini de dava** edebilir (MK mad. 683/2). Karşı tarafa geçmiş olmadığı için, tescil edilmiş olsa bile buradaki tescil (MK 1025 anlamında) yolsuzdur. Ne yapılacak, ya yolsuz tescilin düzeltilmesi davası veya tapu iptali veya tescil davası ile eski hale döndürülecektir.

Yeni malik veya alacaklı, bunları, iyiniyetli üçüncü bir kişiye **devretmiş veya tüketmişse**, eski malik, yeni malike karşı ancak **sebepsiz zenginleşme davası** açabilir. 1023'e göre üçüncü kişinin kazanımı korunur.

MK'da dört türlü kazanma vardır: MK mad. 706'ya göre derhal kazanılır. MK mad. 712'ye göre 10 yıllık zamanaşımı ile iyiniyetli olarak, MK mad. 713'e göre 20 yıllık zamanaşımı ile iyiniyet aranmadan kazanabilir. Bir de MK mad. 1023'e göre bir aynı hakkı tapu kütüğündeki kayıtlara dayanarak iyiniyetle iktisap eden derhal kazanır.

Ali Bekir'e sattı, Bekir Cemal'e sattı. Şekil eksikliği olsun. Schmidlin diyor ki, yolsuz tescil vardır, ancak üçüncü kişiye (Cemal'e) satılmışsa 1023 çerçevesinde Cemal mülkiyeti derhal kazanır. Bu durumda ancak sebepsiz zenginleşme ile geri istenebilir. Bu da eksik borç görüşünün izahı olarak karşımıza çıkmaktadır (dava Bekir'e açılır, borç sözleşmesinin nisbiliği ilkesi gereği).

Fiili sözleşme görüşü:

Şekil noksanlığı nedeniyle geçersizliğe fiili sözleşme ilişkisi görüşünün uygulanabileceğini, çünkü fiili sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu ve bu fiili sözleşme ilişkisinin de yaşatılması gerektiği savunulmaktadır.

NOT: Sen hangi görüştesin sorusunda dikkatli cevap vermek önemlidir. Her görüşün bir değeri olduğu ifade edilmeli ve her görüşün olumlu/olumsuz yönleri izah edilmelidir. Bundan sonrası tercih meselesidir denilmelidir.

ŞEKİL NOKSANLIĞIYLA SAKAT SÖZLEŞMENİN BAŞKA BİR HUKUKİ İŞLEME DÖNÜŞMESİ

Şekil noksanlığı nedeniyle geçersiz bir hukuki işlem veya bir sözleşme yerine, bu sözleşmenin gerçekleştirmek istediği amacı veya doğurmak istediği sonucu başka bir hukuki işlem doğurabilecek durumda ise ve söz konusu şekil de bu işlem için yeterliyse, tarafların iradelerinin bu merkezde olması halinde, batıl işlem geçerli işlem yerine geçer. Bu işleme **dönüşme** veya **çevirme (tahvil)** adı verilir.

Batıl işlem yerine geçen işlem tarafların istediklerinden daha kapsamlı sonuçlar doğuruyorsa, hâkim, dönüşüme karar vermemelidir.

Noterde yapılan bir **taşınmaz satış sözleşmesi** geçersizdir. Noterler **taşınmaz satış vaadi** sözleşmesi yapabilirler. Tarafların iradeleri bu yönde olmak şartıyla, böyle bir geçersiz satış sözleşmesinin, geçerli bir satış vaadi sözleşmesine dönüştürülmesi mümkündür. Batıl olan **elden bağışlama, bağışlama sözü vermeye**; batıl olan **miras sözleşmesi, resmi vasiyetnameye** dönüştürülebilir.

21. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

İrade özerkliği

Sözleşme özgürlüğü liberalizm ve **irade özerkliği fikrine dayanır**. Sözleşmenin içeriği o kadar önemlidir ki rejimleri belirler. Gerçekten üç özgürlüğü (**sözleşme hürriyeti, mülkiyet ve miras hakkı**) benimsemeyen rejimler otoriter/totaliter rejimler olarak adlandırılırlar. **Anayasamızın 48. maddesinde** “herkes ... sözleşme hürriyetine sahiptir” denilerek sözleşme hürriyeti ve **35. maddesinde** “herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir” denilerek mülkiyet ve miras hakları tanınmıştır.

Anayasamıza göre hukuk sistemimiz liberal hukuk sistemidir. Türk hukuku, sözleşme özgürlüğünü temel bir ilke olarak kabul etmiştir. **TBK mad. 26:** Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. **TBK mad. 27/1:** Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Bu iki madde sözleşme özgürlüğü ilkesini ve bunun sınırlarını hükme bağlamıştır.

Sözleşme onu yapanların kanunu, birey iradesi de hukukun kaynağıdır.

En geniş anlamda irade özerkliği bireye, hukuki ilişkilerini düzenlemede sınırsız bir özgürlük tanır. Bu anlamda, hiçbir sınır irade özerkliği konulmadan kabul edilmesi gereken bir ilkedir. Ne var ki, modern hukuk sistemleri irade özerkliği ilkesine bazı sınırlamalar koymuştur. TBK da, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünü sınırlı olarak kabul etmiştir. İrade özerkliği ve sınırları kanuna dayanmaktadır. AY 12. madde temel hak ve özgürlükleri düzenlemiş, AY 13. madde de bunun sınırlarını göstermiştir. TBK’da da, irade özerkliği esas, bunun sınırları istisnadır.

Sözleşme özgürlüğü

Bireylerin, özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisine **sözleşme özgürlüğü** denir.

Sözleşme özgürlüğünün çeşitli anlamları

- | | |
|--|---|
| 1. Sözleşme yapma, | 2. Sözleşmenin diğer tarafını seçme, |
| 3. Sözleşmenin içeriğini düzenleme, | 4. Sözleşmenin şeklini seçme, |
| 5. Sözleşmenin içeriğini değiştirme ve | 6. Sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlükleridir. |

Sözleşmeyi ortadan kaldırma sözleşmesinin adı **ikale sözleşmesidir**. Geniş anlamda borç ilişkisini sona erdiren sebeplerden birisi de ikale sözleşmesidir.

Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde istedikleri düzenlemeyi yapabilirler. Bunun iki sebebi vardır. İlki irade serbestisi, ikincisi sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüdür.

- Taraflar kanunda **düzenlenmiş** bir sözleşmeyi yapabilirler.
- Kanunda hiç **düzenlenmemiş** bir sözleşmeyi yapabilirler (isimsiz sözleşmeler).
- Kanunda **düzenlenmiş** bir sözleşmeyi kanunda **düzenlenmemiş** başka bir sözleşmenin şartları ile birleştirerek bir sözleşmeyi yapabilirler.
- Kanunda hiç **düzenlenmemiş** bir sözleşmenin unsurlarıyla yine kanunda hiç **düzenlenmemiş** bir sözleşmenin unsurlarını bir araya getirerek yeni bir sözleşme yapabilirler.

Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünde sadece içeriği belirleme değil **tip hürriyetinden** de bahsedilir. Tabi sözleşme özgürlüğü sınırsız değildir. Unutmayalım ki, yeryüzünde sınırsız bir hürriyet yoktur ve ayrıca hürriyeti yok etme hürriyeti yoktur. AY 14. maddesi bu konuya ilişkin bir düzenleme yapmıştır, bu maddede temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

Anayasamızda belirtilen eşitlik ilkesi (10. madde) herkesin her konuda eşit olması değildir, kanun önünde eşit olmaktır. Eşitliğin gerçek anlamı aynı durumda olanlara aynı muamelenin yapılmasıdır. Bu durumda herkes eşit olduğuna göre, irade özerkliği bakımından da eşit olduğunu kabul etmek gerekir. Sözleşmenin bir tarafı zayıf durumda olabilir. Kanun koyucu bunu gidermek için tedbirler almıştır. Kefalette, tüketicinin korunmasında ve kira sözleşmesinde daima sözleşmenin zayıf tarafı korunmuştur. Tabi, sözleşme yaparken bunun arkasındaki felsefe, herkesin kendi menfaatini en iyi şekilde koruyacağıdır. Bu şekilde yapılan sözleşme ile kurulan düzen onu yapanlar bakımından iyi bir hukuk düzenidir. Kısacası sözleşme tarafların kanunudur.

Engel’e göre anayasada mülkiyet hakkını tanımazsanız, anayasada tanınan diğer haklar sadece kelimelerden ibarettir.

Sözleşme hürriyetinin geçerli olmadığı alanlar; Eşya ve Aile Hukuku alanlarıdır.

- Eşya hukukunda tip mecburiyeti, şekil mecburiyeti vardır. Ancak kanunda öngörülen sözleşmeleri yapabilirsiniz. Sınırlı aynı haklar ancak kanunda öngörülen kadar sözleşmeye konu olabilir, o da sadece içeriğini belirleme açısından.
- Kanun koyucu eşya hukukunda saymıştır: Üç sınırlı aynı hak vardır. İrtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin hakları. Bunun dışında sözleşme hürriyeti var diyerek yeni bir aynı hak türü belirleyemezsiniz.
- Ancak MK'nun tanıdığı olduğu sürelerle ilgili, içerikle ilgili birkaç düzenleme vardır, bunun dışında zaten değiştiremezsiniz.
- Aile Hukukunda ancak kanunun öngördüğü şekilde hareket edebilirsiniz.

1. SÖZLEŞME YAPMA

Bireyin dilediği herhangi bir sözleşmeyi, hiçbir dış baskıya maruz kalmadan yapabilmesi veya böyle bir sözleşmeyi yapmayı reddedebilmesidir. Bireyler hukuken eşit durumda olduklarından (AY mad. 10), borç ilişkilerini diledikleri gibi düzenlerler.

1. İSTİSNA: SÖZLEŞME YAPMA MECBURİYETİ

Tekelci ekonomik güçlerin, haksız kazançlarını veya bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bu dengesizlik ve haksızlığı düzeltmek için, bu işletme ve kuruluşlara, söz konusu madde ve hizmetleri talep eden bireylerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir.

Sosyal ve ekonomik yönden zayıf durumda olanları korumak için kanun koyucu bazı alanlarda sözleşme yapma özgürlüğünü veya sınırlandırmak veya ortadan kaldırmak zorunda kalmıştır.

İstenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kimseye karşı ya aynen ifa davası açılarak aynen icra yoluna başvurulur ve böylece o kimse istenilen sözleşmeyi yapmaya zorlanır veya tazminat davası ile uğranılan zararın tazmini sağlanır.

Sözleşme yapma mecburiyetinin hukuki **sebebi hukuki bir işlem** veya **kanun hükmü** olabilir.

a. Kanundan Doğan Sözleşme Yapma Mecburiyeti:

1) Özel hukuk kanunlarından doğan mecburiyet

Örneğin miras hukukunda mirasçılar, bir mirasçının istemesi halinde mirasın paylaşılmasını amaçlayan paylaşım sözleşmesini yapmak zorundadırlar.

Örneğin belirli şartların bulunması halinde, taşınmaz maliki, komşusuyla irtifak sözleşmesi yapmak mecburiyetindedir.

Hiç kimse sebebiyet vermediği, bir hukuk normuna göre mecbur olmadığı bir sözleşmeyi yapmak zorunda değildir. Ancak, bazı hallerde ahlak, dürüstlük kuralı veya hakkın kötüye kullanılmaması kuralı, haklı bir sebep yokken teklif edilen sözleşmeyi kurmamak suretiyle diğer tarafa bir zarar vermiş olabilir. Bu takdirde o kişi verdiği zararı gidermek zorundadır.

2) Kamu hukuku kanunlarından doğan mecburiyet

a) **Kamu hizmetlerini ve bazı hayati maddeleri sağlamak için** sözleşme yapma mecburiyeti

Örneğin ulaştırma işlerinde, su, doğalgaz, sosyal güvenlik gibi madde ve hizmet sağlayan kişi ve kurumlar, başvuran herkesle sözleşme yapmak zorundadırlar.

Kamu kuruluşlarıyla yapılan bu tür işlemler sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Uyuşmazlıkların çözüm yeri adli mahkemelerdir. Kamu hukuk ilişkisi sayılsaydı, uyuşmazlıkların çözüm yeri idari mahkemeler olurdu. Yargıtay bu konuda sözleşme olduğu kararını vermiştir.

b) **Güdümlü ekonominin getirdiği** sözleşme yapma mecburiyeti

Bunalım dönemlerinde güdümlü ekonominin bir gereği olarak toplumdaki sosyal dengesizliği gidermek, ihtiyaçları karşılamak için bazı malların satımı veya başkasının hizmetine verilmesi, bu mal sahipleri için mecbur tutulabilir.

c) **Fiili tekel nedeniyle** sözleşme yapma mecburiyeti veya tazminat ödeme borcu

Fiili tekel durumunda bulunan bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınması, hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde, sözleşme yapma yükümlülüğü söz konusu olur.

b. **Hukuki İşlemden Doğan Sözleşme Yapma Mecburiyeti (Önsözleşme)**

TBK mad. 29/1: Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.

Önsözleşme: Tarafların birbirlerine veya yalnız birinin diğerine karşı ileride üçüncü bir kişi ile borç sözleşmesi yapma sözü vermesine denir. Önsözleşmede ileride yapılması üstlenilen borç sözleşmesine **asıl sözleşme** denir. Önsözleşme sadece borç sözleşmeleri hakkında yapılabilir. Tasarruf işlemlerinde önsözleşme olmaz.

Önsözleşme taraflar arasında bir alacak ve borç ilişkisi doğurur. Alacak hakkının üçüncü bir kişiye

devri mümkündür.

İki taraflı önsözleşme; önsözleşme ile asıl sözleşmenin tarafları aynı kişilerdir.

Tek taraflı önsözleşme; önsözleşme ile asıl sözleşmenin tarafları aynı kişiler değildir, asıl sözleşmede taraflardan biri üçüncü kişi olur.

Türk hukukunda önsözleşme uygulamada sadece taşınmaz satış vaadi ile kefalet vaadinde söz konusu olmaktadır.

Üçüncü kişiyle sözleşme yapma borcunu içeren önsözleşme, üçüncü kişiyi bağlamaz. Bu nedenle üçüncü kişi önsözleşmenin borçlusuna karşı hiçbir talep hakkına sahip değildir, aksi kararlaştırılabilir.

Önsözleşmenin şartları:

1) Önsözleşme, borçlandırıcı bir işleme, bir **borç sözleşmesine ilişkin olmalıdır.**

Tasarruf sözleşmelerinde önsözleşme olmaz.

2) Asıl sözleşmenin konusu yeter derecede **belirli veya belirlenebilir olmalıdır.**

Örneğin taşınmazımı satmayı üstleniyorum, demek bir önsözleşme değildir. Taşınmazın açıklaması olmalıdır.

3) Önsözleşme, asıl sözleşmenin bağlı tutulduğu **şekle uygun yapılmalıdır.**

TBK mad. 29/2'ye göre önsözleşmenin geçerliliği, asıl sözleşmenin şekline bağlıdır.

4) Önsözleşme, alacaklıya, borçludan borcunu yerine getirmesini **isteme yetkisini vermelidir.**

Önsözleşmede alacaklı, tek taraflı irade ile asıl sözleşmeyi kuramaz. Asıl sözleşmenin kurulabilmesi, her iki tarafın birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarına bağlıdır.

Taraflar bir sözleşme ile içlerinden birine bir opsiyon hakkı tanıyabilirler. Bir sözleşmede taraflardan birine tek taraflı irade beyanıyla belirli içerikte akdi bir ilişkiyi kurma yetkisi veren hakka, **opsiyon hakkı** veya **opsiyon sözleşmesi** denir, önsözleşmeden farklıdır. Önsözleşmede alacaklının talep ve dava hakkı vardır, opsiyon sözleşmesinde ise talep ve davaya gerek yoktur.

5) Önsözleşmenin konusu **imkânsız, hukuka veya ahlaka aykırı olmamalıdır.**

Önsözleşmenin hüküm ve sonuçları:

1) Önsözleşme, taraflara **asıl sözleşmeyi yapma borcu** yükler.

Borçlu borcunu ifa etmezse, mahkemenin vereceği hükmün sonuçları tartışmalıdır. Bir görüşe göre; alacaklı mahkemeden asıl sözleşmeden doğacak hakkın kendisine geçirilmesini talep edebilir. Bu durumda mahkeme, sadece asıl sözleşmenin kurulmasını değil, aynı zamanda asıl sözleşmenin amaçladığı hakkın alacaklıya geçirilmesini sağlar. Bu görüş pratik yönden uygundur.

2) Önsözleşme alacaklısı, **aynen ifa yerine tazminat davası** da açabilir.

İfa imkânsızlaşmış veya bu, alacaklı için artık bir yarar sağlamıyorsa bu yola başvurulabilir.

2. SÖZLEŞMENİN DİĞER TARAFINI SEÇME

Hiç kimse ilke olarak istemediği kişiyle sözleşme yapmak zorunda değildir. Ama istisnaları vardır. Örneğin önalım davalarının kazanılması halinde, önalım hakkı sahibi yeni malikle satış sözleşmesi yapmak zorunda kalmaktadır.

Kamu hukukunda da bazı hallerde karşı tarafı seçme özgürlüğü olmayabilir. Fiili tekel durumundaki kişi ve kuruluşlarla da yapılacak sözleşmelerde karşı tarafı seçme özgürlüğünden söz edilemez.

3. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME

TBK mad. 26'ya göre tarafların sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde diledikleri gibi özgürce belirleme, düzenleme yetkisi vardır. Bu düzenleme ve tip özgürlüğü yalnız borç sözleşmelerinde geçerlidir. Kişiler, aile, miras ve eşya hukukunda sınırlı sayı kuralı olduğundan sözleşme özgürlüğünden bahsedilemez. Düzenleme özgürlüğü mutlak değildir. TBK mad. 26 ve AY mad. 13 genel sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlar; **imkânsız, hukuka ve ahlaka aykırı olmamasıdır.**

Düzenleme Özgürlüğünün Sınırları:

a. Sözleşmenin içeriğinin **hukuka aykırı** olmaması

Bir sözleşmenin içeriği, hukuk düzeninin emredici bir normuyla çatıştığı takdirde, hukuka aykırılık söz konusu olur. Sözleşmenin içeriğinin hukuka aykırılığı onun **butlanı** sonucunu doğurur. Hukuka aykırılık, içeriğin kamu düzeni, genel ahlak veya kişilik haklarına aykırı olduğu zaman gerçekleşir.

Sözleşmelerde görülen **hukuka aykırılık halleri:**

1) Hukuk düzeni, **bizzat sözleşmenin yapılmasını yasaklamıştır.**

Örneğin taşınmaz rehininde, rehin alacaklısına, borcun ödenmemesi halinde, rehin edilen şeyin mülkiyetinin geçeceğini öngören sözleşme, vasinin vesayet altındaki kişinin mallarını bağışlaması ve onun adına kefalet sözleşmesi yapması veya vakıf kurması, borçlunun ağır kusur veya aldatma halinde sorumluluktan önceden kurtulmasını sağlayan sözleşmeler yapılamaz. TBK mad. 148'e göre zamanaşımı süreleri sözleşmeyle değiştirilemez.

2) Hukuk düzeni, sözleşmede üstlenilen edimi yasaklamıştır.

Edim, Ceza Kanununun suç saydığı bir fiil ise durum böyledir. Sahte para basma eser sözleşmesi

3) Hukuk düzeni, sözleşmenin amacını yasaklamıştır.

Hukuka aykırı amacın, her iki tarafça istenip, izlenmesi gerekir. Yalnız bir taraf hukuka aykırı amacı bilirse ve diğer taraf bundan habersizse, sözleşme hukuka aykırı değildir.

4) Kanuna karşı hile

Emredici bir hukuk normunun yasakladığı bir sözleşme veya edimin, başka bir kanun hükmünden yararlanarak dolaylı bir şekilde elde edilmesidir. Kanun sonucu mutlak yasaklamışsa kanuna karşı hile yoluyla yapılan sözleşme de aynı sonucu doğuracağı için hukuka aykırı olur. İstenile sonuç sadece kanunun yasakladığı sözleşme ile sınırlı olup, başka işlemler yasaklanmamışsa, kanuna karşı hile değildir.

b. Sözleşmenin içeriğinin ahlaka aykırı olmaması

Ahlak kavramı nispi bir kavramdır. Ahlaka aykırılığı hâkim, tarafların subjektif anlayışıyla değil, objektif ölçülere göre belirler ve re'sen dikkate alır.

- Kişi haklarını ihlal eden sözleşmeler
- Ekonomik karşılık ve baskılarla inanç ve karar özgürlüğünün sınırlandırılması veya kaldırılması
- Kişinin özel yaşam alanını ve ekonomik özgürlüğünü aşırı sınırlayan veya kaldıran sözleşmeler
- Ticari etik ve dürüstlüğü aykırı sözleşmeler
- Cinsel özgürlüğe aykırı sözleşmeler
- Evlilik ve aile kurumundan doğan ödevlerin ihlaline yönelik sözleşmeler ahlaka aykırıdır.

Sözleşmelerde görülen **ahlaka aykırılık halleri:**

1) Bizzat sözleşmenin yapılmasını ahlaka aykırıdır.

2) Sözleşmede üstlenilen edimi ahlaka aykırıdır.

TBK mad. 445, ağır edim yükümlülüklerinin geçerli olmadığını hükme bağlamıştır. Sözleşme bütünüyle geçersiz sayılmamalı, normal ölçülere indirilerek geçerliliğini korumalıdır.

3) Sözleşmenin amacını ahlaka aykırıdır.

Amacın, ahlaka aykırı olduğunu her iki taraf da bilmelidir. Yalnız bir taraf ahlaka aykırı amacı bilirse ve diğer taraf bundan habersizse, sözleşme ahlaka aykırı nedeniyle batıl olmaz.

c. Sözleşmenin içeriğinin imkânsız olmaması

Buradaki imkânsızlık, sözleşmenin içeriğinin, yani içerdiği edimin başlangıçtan itibaren objektif ve sürekli imkânsız olmasıdır. Edim, başlangıçtan itibaren objektif ve sürekli imkânsız ise, sözleşme hükümsüz olup batıldır. İmkânsızlık maddi, fiili imkânsızlık ve hukuki imkânsızlık olarak ikiye ayrılır. Örneğin yanmış bir satılması, denize düşmüş bir yüzüğün bağışlanması maddi, fiili imkânsızlıktır.

İmkânsızlığın unsurları:

1) Edim, başlangıçtan itibaren imkânsız olmalıdır.

Sözleşmenin kuruluşu anındaki imkânsızlık daha sonra ortadan kalkmış olsa bile, sözleşme geçerli hale gelmez. Çünkü sözleşme, daha başlangıçta geçerli olarak meydana gelmemiştir. Sözleşme şarta veya süreye bağlanmışsa, süre dolduğunda veya şart gerçekleştiğinde ifa mümkünse imkânsızlıktan söz edilemez.

2) Edim, objektif/mutlak anlamda imkânsız olmalıdır.

Edim sözleşmenin yapıldığı anda borçlu dâhil hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek nitelikte ise, objektif imkânsızlıktır. Sadece borçlu ifa edemiyorsa subjektif imkânsızlık (ekonomik güçsüzlük, kişisel güçsüzlük) vardır. Ekonomik güçsüzlük imkânsızlık değildir. Kişisel güçsüzlük ise farklıdır. Kişisel edim, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edim, yalnız borçlunun yeteneği ile yerine getirilebilecek bir edimse o zaman objektif imkânsızlık söz konusu olup sözleşme batıl olur.

Aşırı ifa güçlüğü imkânsızlıktan ayırmak gerekir. İfa mümkün olmakla birlikte, böyle bir ifa, borçlunun ekonomik durumunu aşırı derecede ağırlaştırmaktadır. Borçlu, dürüstlük kuralına veya irade bozukluğuna dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir veya sözleşmenin şartlara uyarlanmasını veya sözleşmeden dönülmesini isteyebilir.

3) Edim, sürekli olarak imkânsız olmalıdır.

4. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİNİ SEÇME

TBK mad. 12'ye göre sözleşmelerde şekil özgürlüğü geçerlidir.

5. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ DEĞİŞTİRME

6. SÖZLEŞMEYİ ORTADAN KALDIRMA

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN YAPTIRIMI

Yokluk, sözleşmenin kurulmasıyla ilgili bir kavramdır. Kurucu unsurları içermeyen bir sözleşme kurulmaz. **Geçersizlik (hükümsüzlük)**, sözleşmenin kurucu unsurlarıyla değil, geçerlilik unsurlarıyla ilgilidir. Sözleşmenin kurulmasından sonra söz konusu olur.

YOKLUK

Karşılıklı irade beyanları birbirine uygun değilse, borç sözleşmesi kurulmaz. Borç sözleşmelerinde kurucu unsur, irade beyanlarının birbirine uygunluğudur. Tek istisnası real sözleşmelerdir, uygunluktan başka alıcıya söz konusu şeyin teslim edilmesi de gerekir. Ayırt etme gücü ve kanuni şekil kurucu unsur değil, geçerlilik unsurudur.

GEÇERSİZLİK

Bir sözleşmenin istenilen hüküm ve sonuçlarını meydana getiremediği bütün hallere geçersizlik veya hükümsüzlük denilir. Sözleşme kurulmuştur, ama hukuk düzeni istenilen hukuki sonucu engellemektedir. Sözleşme içeriğinin **imkânsız** olması, **hukuka ve ahlaka aykırı** olması, **ayırt etme gücünün** bulunmaması (**fiil ehliyetinin** olmaması), **şekil şartına** uyulmaması, **muvazaa**, gerekli **icazetin (onamanın)** verilmemesi vb. sebepler geçersizlik sebepleridir. **Türleri: Eksiklik, butlan ve iptal**dir.

Eksiklik:

- Kanunun öngördüğü bazı unsurlar noksanıdır.
- Sözleşme kurulmuştur, ama hüküm ve sonuçlarını başlangıçta meydana getirmemektedir.
- Eksik unsurların daha sonra tamamlanmasıyla sözleşme, hukuki sonuçlarını tam olarak meydana getirmektedir. Örneğin ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlının yapmış olduğu bir borç sözleşmesi kanuni temsilci tarafından onanınca kadar eksik bir sözleşmedir.
- Eksik unsur ekleninceye kadar işlem askıda kalır. (**Askıda hükümsüzlük**)

Mutlak Butlan (batıl):

İçeriği imkânsız, hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmeler, fiil ehliyeti olmayanın yaptığı sözleşmeler, şekil şartına uymayan sözleşmeler, muvazaalı sözleşmeler kesin hükümsüzdür.

- Kesin hükümsüz (batıl) sözleşme başlangıçtan itibaren geçersizdir.
- Hiçbir zaman geçerlilik kazanamaz ve hiçbir hukuki sonuç doğuramaz.
- Butlan zamanla ortadan kalkmaz. Butlan sebebi ileride ortadan kalksa bile sonuç değişmez.
- Taraflar onasa veya edimler ifa edilse bile, sağlık kazanamaz.
- Butlan yaptırımı kamu yararı gerekçesiyle düzenlenmiştir.
- Hâkim, re'sen dikkate almak zorundadır.
- Butlan sadece taraflar değil, menfaati olan herkes tarafından ve herkese karşı ileri sürülebilir.
- Herkes tarafından ileri sürülebildiğinden **mutlak butlan** denilir.
- Butlan, geçersizlik sonuçlarını kendiliğinden doğurduğu için dava etmeye gerek yoktur.
- İlgili taraf ancak, batıl bir sözleşmenin butlanının tespitini dava edebilir.
- Butlanı ileri sürmek bir def'i değil, itirazdır.
- Batıl sözleşmenin edimlerini ifa eden borçlu, ya mülkiyet (istihkak) davasıyla veya sebepsiz zenginleşme davasıyla verdiğini geri isteyebilir.
- Aynı haklarda, ifa gerçekleşse bile, borçlandırıci işlemin butlanı sebebiyle tasarruf işlemi de geçersiz olacağından, eski malik tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açabilir. Ancak hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez.
- **MK mad. 23/2 ve TBK mad. 27/1 karşılaştırması:** Kişilik haklarını ihlal eden (MK mad. 23/2) bir sözleşmeye TBK mad. 27/1'deki ahlaka aykırı sözleşmelerden butlan müeyyidesini uygularsak ve sözleşme batıl derse, bundan karşı taraf da faydalanmış olur. Oysa MK mad. 23/2 kişilik haklarını ihlal edilen tarafı korumaktadır. Kişilik haklarını ihlal edilen taraf, sözleşmenin bu haliyle geçerli olmasını isteyebilir. Sonuç olarak MK mad. 23/2'ye giren sözleşmeler TBK mad. 27/1'e tabi olmamalıdır.

Kısmi butlan:

- Sözleşme tümüyle geçersiz değildir. Bazı bölümleri batıl, bazı bölümleri geçerlidir.
- Sözleşmenin bir bölümünün geçerli olmasının sebebi **sözleşme lehine yorum ilkesidir**.
- Taraflar bu bölümler olmadan sözleşmeyi yapmayacak idilerse, sözleşmenin tümü batıldır.

Kısmi butlanın şartları:

- Objektif şart:** Sözleşmenin bazı bölümlerinin hukuka ve ahlaka aykırı olması ya da imkânsız bulunmasıdır. Öncelikle edimin bölünebilir edim, sözleşmenin bölünebilir sözleşme olup olmadığına

bakılır. Bölünemeyen sözleşme ve edimlerde kısmi butlan uygulanamaz. Örneğin tüketim ödöncü sözleşmesinde bileşik faiz yasaktır. Bileşik faiz şartlı bir tüketim ödöncü sözleşmesinde, yalnız bileşik faiz kısmı batıl olur, normal faiz kaydıyla tüketim ödöncü sözleşmesi geçerliliğini korur.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kısmi butlan olmaz, edim ile karşı edim bir bütünlük oluşturur.

Öneri ve kabul de sözleşmenin bölünebilen kısımları değildir.

Bir tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kısmi butlan uygulanabilir.

Süre ve miktar yönünden uzun ve aşırı edimlerin makul süre veya miktara indirilmesi halinde **değiştirilmiş kısmi butlan** söz konusu olur.

Tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlem arasında sebebe bağıllık ilişkisi mevcuttur. Bu sebeple borçlandırıcı işlem batıl ise, tasarruf işlemi de batıl olur. Kısmi butlan uygulanamaz, tasarruf işlemi geçerli sayılamaz.

Örneğin aynı yazılı belge içinde satış, kira, hizmet ve eser sözleşmesi yapılmışsa, bu sözleşmeler bağımsız sözleşmelerdir. Birinin geçerli, birinin batıl olması mümkündür.

- b. Sübjektif şart:** Sözleşmenin sübjektif şartı, taraf iradesidir. Kısmi butlanın kabul edilebilmesi için, tarafların farazi iradelerinin bu yönde olması, yani taraf iradelerinin söz konusu bölüm olmaksızın da sözleşmenin yapılacağı merkezinde olması gerekir.

Kısmi butlanın hüküm ve sonuçları:

Taraflar butlan anlaşmasında, sözleşmenin bir kısmı batıl olduğu takdirde **tamamının batıl** sayılmasını veya **yalnız o kısmın batıl** sayılıp diğer kısımlarının geçerli olmasını kararlaştırabilirler veya batıl kısmın **yedek bir kısımla değiştirilip** sözleşmenin ayakta tutulmasını da öngörebilirler.

İptal:

- Batıl sözleşme gibi kurulmuş bir sözleşmedir.
- Batıl sözleşmenin aksine başlangıçtan itibaren, kurulduğu andan itibaren geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurur.
- İptal hakkı sahibi, isterse sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilir (iptal denir).
- İptal edilebilir sözleşmenin geçerliliği **askıda geçerlilik** halidir.
- İptalde sözleşme irade açıklamasıyla veya mahkeme kararıyla ortadan kaldırılır.
- Bozucu yenilik doğuran bir haktır.
- Şarta bağlı olarak kullanılamaz.
- Kullanıldıktan sonra rücu edilemez.
- Sadece taraflar arasında hüküm ifade eder, sonuç doğurur (be sebeple **nispi butlan** denir).
- İptalin ileri sürülmesi zamanaşımı değil, hak düşürücü süreye tabidir.
- İptali yalnız yetkili taraf ileri sürebilir, hâkim re'sen dikkate alamaz.
- İptalin ileri sürülmesi hakkı bir itiraz değil, bir def'i hakkıdır.
- Tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlem arasında sebebe bağıllık ilişkisi mevcuttur. Bu sebeple borçlandırıcı işlem iptal edilirse, tasarruf işlemi de geçersiz hale gelir. Aynı hak veya alacak hakkı da karşı tarafa geçmez. Aynı haklar istihkak davasıyla geri istenebilir.
- İptal beyanı, sözleşme geçerliliği yönünden şekle tabi olsa bile, hiçbir şekle tabi değildir.
- İptal hakkı, mirasçılara geçebilen haklardandır.

22. İRADE İLE BEYAN ARASINDA İSTENEREK MEYDANA GETİRİLEN UYUMSUZLUK

İstenerek meydana getirilen uyumsuzluk tek veya iki taraflı olabilir.

Tek taraflı uyumsuzluk: Latife beyanı ve zihni kayıt

İki taraflı uyumsuzluk: Muvazaa

LATİFE BEYANI

Beyan sahibi tarafından ciddi olarak istenmeyen, görünüşte, sözde bir beyandır.

- Burada beyan sahibi, irade beyanının muhatapça ciddiye alınmayacağı, onun tarafından bu beyanın ciddi olarak istenmediğinin anlaşılacağı fikrinden hareket etmektedir.
- Şaka, eğlence, övünme, duyurma veya öğretme amacıyla yapılır.

- Latife beyanında bulunanın, zihni kayıta aksine karşı tarafı aldatma niyeti yoktur.
- Latife beyanı sahibi işlem iradesine sahip değildir. Beyan iradesi de mevcut değildir. Beyan sahibi sadece görünüşte bir beyanda bulunmaktadır. Bu nedenle burada mevcut olmayan işlem ve beyan iradesiyle görünürdeki beyan arasında, beyan sahibi bildiği, bir uygunsuzluk söz konusudur.
- Güven teorisine göre beyan, karşı tarafça makul ve dürüst bir muhatap olarak bildiği veya bilmesi gereken durumlar da göz önünde tutularak ciddiye alınmışsa, sahibini bağlar (**kötü latife** denir).
- Karşı taraf, latife beyanının ciddiyetine güvendiği için sözleşme, güven teorisine göre meydana geldiği takdirde, beyan sahibi yanılma hükümlerine dayanarak sözleşmenin iptalini ileri sürebilir.

ZİHNİ KAYIT

Beyan sahibinin, iradesini beyan etmekle birlikte, beyan edilen sonucu istemediğini kendi zihninde gizleyip saklı tutmasıdır. Örneğin A, kiracısı B'yi yılsonu için kira sözleşmesini feshettiğini bildirmekte, ancak asıl amacı kira parasını yükseltmektir. Ne var ki B, feshi ciddiye almış ve yeni bir ev aramaya başlamıştır.

- Zihni kayıta beyan sahibi gerçekte hayır demeyi istediği halde görünüşte evet demektedir.
- Dürüstlük kuralına göre, muhatap, zihni kaydı biliyor ve bilmesi gerekiyorsa, beyan bir değer taşımaz.
- Muhatap, güven teorisine göre zihni kaydı bilmiyor ve bilebilecek durumda da, beyan, sahibini bağlar.
- Zihni kayıt, aldatma kastıyla yapılabilir ya da karşı tarafı veya üçüncü bir şahsı rahatlatmak için yapılabilir.
- Zihni kayıta, beyan sahibinin yanılmasından söz edilemez.

MUVAZAA

İki tarafın iradesi ile beyanları arasında istenerek meydana getirilen bir uygunsuzluk halidir. Gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla yapmalarıdır. Tarafların üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarına **muvazaa** denir.

Tarafların iradeleri ile beyanları arasındaki uygunsuzluk **kasti bir nitelik** taşımaktadır. Örneğin, üçüncü kişilere olan borcu nedeniyle mallarının haczedilmesini istemeyen A'nın mallarını alacaklılarını aldatmak için arkadaşı B'ye devretmesi, muvazaalı bir işlemdir.

Muvazaanın unsurları:

Mutlak muvazaa	Nispi muvazaa
• Görünürdeki (muvazaalı) işlem • Muvazaa anlaşması • Aldatma kastı	• Görünürdeki (muvazaalı) işlem • Muvazaa anlaşması • Aldatma kastı • Gizli işlem
Görünürdeki (muvazaalı) işlem: Tarafların üçüncü kişileri aldatmak için yapmış oldukları işleme denir. Taraflar burada hukuki işlemi sırf görünüşte yapmakta, kendileri hakkında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşmışlardır. Görünürdeki işlem ile muvazaalı işlem aynıdır. Muvazaa anlaşması: Bu anlaşma muvazaanın varlığı için gerekli bir şarttır. Taraflar bu anlaşmayı bizzat veya temsilcileri aracılığıyla yaparlar. Keza, muvazaalı işlemi de temsilcileri aracılığıyla yapabilirler. Anlaşma, görünürdeki işlemin tamamını (tam muvazaa) konu edinebileceği gibi, bir kısmını da (kısmi muvazaa) konu edinebilir. Muvazaa anlaşması görünürdeki işlem ile aynı anda veya daha önce yapılır, daha sonra yapılmaz. Anlaşma yazılı veya sözlü herhangi bir şekilde yapılabilir. Sözleşmenin iki tarafı da birbirinden habersiz olarak zihni kayıta bulunsalar, muvazaa söz konusu olmaz. İki zihni kayıt bir muvazaa teşkil etmez. Aldatma kastı: Zorunlu bir şarttır. Gizli işlem: Yalnız nispi muvazaada söz konusu olur. Görünürdeki işlem arkasına gizlenmiş olan ve taraflarca istenen işlemdir. Örneğin mirasbırakan A, mallarını B'ye bağışladığı halde, satmış gibi gözükmek için B ile satış sözleşmesi yapmış olabilir. Bağışlama sözleşmesi gizli sözleşmedir, satış sözleşmesi muvazaalı, görünürdeki sözleşmedir.	

Muvazaanın çeşitleri: Mutlak – nispi – tam ve kısmi muvazaa

Mutlak muvazaa: Tarafların, gerçekte herhangi bir işleme yapmayı düşünmedikleri halde, sırf üçüncü kişileri aldatmak amacıyla bir işlem yapmış gibi gözükme için görünüşte bir işlem yapmalarına denir.

Nispi muvazaa: Taraflar görünürdeki işlem arkasında gerçek iradelerine uygun gizli bir işlem yaparlar.

Nispi muvazaa çeşitleri:

- Sözleşmenin niteliğini değiştiren muvazaa: Aslında tam muvazaadır. (bağışlama sözleşmesini satış sözleşmesi ile gizlemek)
- Sözleşmenin konusunda veya şartlarında yapılan muvazaa: Kısmi muvazaa denir. (bedeli gerçek bedel olarak göstermemek)
- Tarafların kimliğinde muvazaa: Yararlanacak kişi yerine başka bir kişi gösterilmektedir.

Muvazaanın hüküm ve sonuçları:

1. Görünürdeki işlemin yokluğu:

- Görünürdeki işlem, tarafların, gerçek iradelerine uygun yapmak istedikleri işlem değildir.
- Muvazaalı işlemlerde tarafların sadece görünürdeki beyanları birbirine uygundur.
- Taraflarda işlem iradesi ile beyan iradesi mevcut değildir. Bu nedenle görünürdeki işlem yok hükmünde olup, taraflar arasında sonuç doğurmaz.
- TBK mad. 19'a göre, sözleşme türü ve içeriğinin belirlenmesinde gerçek ve ortak iradeler esas alınır.
- Muvazaalı işleme bağlanan **hukuki sonuç, yokluktur**. Muvazaalı işlem gerçekte kurulmamıştır.
- Kısmi muvazaada, örneğin bedelde muvazaada işlemin tamamı değil, sadece o kısmı muvazaalı olduğu için, muvazaalı kısım geçersiz, diğer kısımlar ilke olarak geçerlidir.
- Muvazaalı işlem kural olarak üçüncü kişiler hakkında da batıl olup, muvazaa onlara karşı ileri sürülebilir. Örneğin muvazaalı satış sözleşmesi ile A, taşınmazını B'ye devretmişse, tescil yolsuz olduğunda mülkiyet B'ye geçmez. B, iyiniyetli bir üçüncü kişiye (Ü) bu taşınmazı kiraya verdiği takdirde, A bu durumu Ü'ye karşı ileri sürülebilir. Böyle bir halde Ü korunmamıştır. Ancak bunun **istisnaları vardır**:

a. Alacak hakkını **iyiniyetle yazılı borç tanınmasına dayanarak** kazanan kimse korunur.

TBK mad. 19/2: Borçlu, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz. İyiniyetli üçüncü kişiler korunmuştur.

- 1) Alacak, hukuken geçerli bir şekilde kazanılmış olmalıdır. Devir işlemi yazılı olmalıdır.
- 2) Alacak, yazılı bir borç tanınmasına güvenilerek kazanılmış olmalıdır. Yazılı olmalıdır.
- 3) Alacak, iyiniyetle kazanılmış olmalıdır. Alacaklının mirasçıları üçüncü kişi sayılmaz. İyiniyet, alacağın devri anında mevcut olmalıdır. Üçüncü kişi, devirden sonra muvazaalı olduğunu öğrenirse, iyiniyet ortadan kalkmaz.

b. **Tapu sicilindeki kayda iyiniyetle güvenerek** aynı hak kazanan kimse korunur. (MK mad. 1023)

c. **Dürüstlük kuralı:** Muvazaa iddiası dürüstlük kuralına aykırı düştüğü hallerde ileri sürülemez.

2. Gizli işlemin hüküm ve sonuçları:

- Gizli işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu için, **geçerlidir**.
- Muvazaalı işlemin geçersizliği, gizli işlemin de geçersizliği sonucunu doğurmaz.
- Gizli işlem, kanunen **öngörülen şekilde yapıldığı takdirde geçerlidir**. Örneğin taraflar taşınır bir malı satış şeklinde göstermekle birlikte, aslında bunu bağışlamak istemektedirler. Burada satış sözleşmesi muvazaalıdır. Buna karşılık gizli işlemi teşkil eden bağışlamada şayet mal teslim edilmişse, bağışlama sözleşmesi yani gizli işlem geçerlidir. Buna karşılık, ortada bir bağışlama sözü verme varsa, bunun yazılı şekilde yapılması gerektiğinden ve taraflar buna uymadığından gizli sözleşme geçersizdir. Burada her şeyden önce, muvazaa değil, şekil noksanlığı sebebiyle gizli sözleşmenin geçersizliği söz konusu olduğundan, muvazaaya değil, geçersizliğe dayanılmalıdır.

Muvazaanın ispatı:

Muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünü ispat yükü, bunu iddia edene düşer.

- **Üçüncü kişiler**, muvazaayı her türlü delille, tanıkla ispat edebilirler. Muvazaalı işlemlerde üçüncü kişiler; saklı paylı mirasçılar, önalım hakkı sahibi ve alacaklılardır. Bunlardan yazılı delil istenmez, çünkü muvazaalı işlemin tarafı değildir.
- **Taraflardan** biri muvazaalı sözleşmenin yokluğunu, bir davada itiraz suretiyle veya bağımsız bir muvazaa davasıyla ileri sürdüğü takdirde, bunun varlığını ispat etmek zorundadır. Yazılı delil getirmek zorundadır, tanık dinlenemez.

Muvazaanın mümkün olmadığı işlemler:

Vasiyetname, hâkime yöneltilen mirasın reddi beyanı, evlenme sözleşmesi, resmi makamın taraf olarak katıldığı hukuki işlemler, evlat edinmede muvazaa söz konusu olamaz.

Muvazaanın benzer işlemlerden farkı:

1. İnançlı işlemlerden farkı

İnançlı işlem ile inanan, inanılana bir hakkı, belirli bir tarz ve amaçla kullanmak ve sonra da bu amaç gerçekleşince iade etmek üzere devreder. İnançlı işlem yalnız tasarruf işlemlerinde söz konusu olur. İnançlı işlem, mülkiyetin ve alacağın devri ve ciro gibi tasarruf işlemlerinde çok görülür.

İnançlı işlemlerde güven, işlemin esasını oluşturur.

Saf inancılı işlemler ve karma inancılı işlemler olmak üzere ikiye ayrılır. Saf inancılı işlemler inanan yararına yapılan işlemler olup, başlıca örneği alacağın tahsil amacıyla devridir. Karma inancılı işlemlerde ise genellikle inanılan yararı esas alınır.

İnançlı İşlem Unsurları:

a. İnanç anlaşması

Inanan tarafla inanılan taraf arasında yapılan ve tarafların hak ve borçlarını belirleyen, inancılı işlemin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın inanılan tarafından kullanılma yönetilme, inana geri verme şartlarını içeren borçlandırıcı bir işlemidir.

Alacağın devri ile taşınmaz malların devrine ilişkin inancılı işlemlerde hukuki sebebi oluşturan inanç anlaşması şekle tabidir, taşınmaza ilişkin inanç anlaşmasının tapuda yapılması gerekir.

İnanç anlaşmasıyla taraflar aralarında bazı borç ve yükümlülükler kurarlar. Bunlardan en önemlisi; inanılanın inananın talimatına uyma, onun aleyhine davranmama, hukuki işlemlerde bulunmama ve kazanmış olduğu hakları inananına tekrar devretme borcudur.

b. Devir işlemi

Mülkiyet ve alacak inanılana geçer. İnançlı işlemlerde inanç anlaşması ile devir işlemi birbirinden farklı ve ayrı işlemlerdir.

İnançlı İşlem Hüküm ve sonuçları:

- İnançlı işlemle inanılan, kendisine geçen inanç konusu mal ve alacakların tam anlamıyla malik ve sahibi olur. Buna **hakkı tam olarak kazanma teorisi** denir.
- İnanılan, inananın aleyhine davranmamak, hakkı başkasına devretmemek, rehnetmemek ve süre dolunca ya da amaç gerçekleşince mülkiyet ve alacak hakkını tekrar inananına devretmek zorundadır.
- Tekrar devretmezse, inananın karşı tazminat ödemek zorunda kalır, hâkim aynen iadeye de hükmedebilir. Inanan, mülkiyeti istihkak davası ile isteyemez. Ancak uygulamada inancılı işlemlerde tapu iptal ve tescil davası kabul edilmektedir.
- İnanılan mülkiyeti üçüncü bir kişiye devretmişse, inanan üçüncü kişiye karşı istihkak davası açamaz. Hakkı devralan üçüncü kişi kötü niyetli ise, ona karşı tazminat davası açılabilir.
- **İnançlı işlem ile muvazaalı işlemlerin benzerlikleri:**
 - 1) Her iki işlem ile taraflar dışı karşı bir görünüş meydana getirmek hususunda anlaşmışlardır.
 - 2) Her iki işlemde de kazanan, devrolunan şey üzerinde fiili bir iktidara sahiptir.
 - 3) İnançlı işlemler inanç anlaşmasıyla, muvazaalı işlemler de muvazaa anlaşmasıyla kurulurlar.
 - 4) İnanılan inanç konusunu devretmek mükellefiyeti altındadır, aynı durum muvazaalı malikler bakımından da göze çarpmaktadır.
- **İnançlı işlem ile muvazaalı işlemlerin ayrılıkları:**
 - 1) Taraflar inancılı işlemde devri ciddi olarak istedikleri halde, muvazaada bunu istememektedirler.
 - 2) İnançlı işlemler sadece tasarruf işlemlerinde yapılabilir, muvazaalı işlemler ise hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemlerinde yapılabilirler.

2. Namı müstearın farkı

Namı müstear, bir kişi bir hakkını, örneğin taşınmaz malını devretmek, başka bir kişi de bunu devralmak istemekte, ancak alıcı durumundaki kişi isminin gizli kalmasını arzu etmektedir. Bunun için de üçüncü kişi bulunarak, yapılan devir işleminde bu kişinin mülkiyeti kendi adına, fakat arkadaki gizli kişi hesabına devralan şahıs gibi davranmaktadır.

Namı müstear, dolaylı temsile dayalı inancılı vekâlet sözleşmesi veya inanç anlaşması gereğince hakkı devretme borcu dışında, devraldığı hakkın tam sahibi olur. Burada hakkın namı müsteara geçmesi istenmektedir. Oysa muvazaada hakkın devri taraflarca istenmemektedir.

Mülkiyeti devreden kişi, namı müstear ilişkisini bilmesi halinde, satış sözleşmesi muvazaalıdır.

3. Kanuna karşı hile

Kanuna karşı hilede; taraflar hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya ekonomik bir sonucu elde etmek için, yapılması hukuken caiz başka bir işlem yaparlar.

Kanun koyucu hem amacı hem de aracı yasaklamış olabilir. Böyle bir halde, yasaklanan amacı elde etmek için yapılan işlem geçersizdir.

Buna karşılık, bertaraf edilen kanun hükmü sadece davranış biçimini düzenleyip amacı yasaklamıyorsa, başka bir yolun seçilmiş olması kanuna karşı hile olmaz.

Kanuna karşı hile unsurları

- a. Bir işlemin yapılması emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanmalıdır.
- b. Kanunun izin verdiği başka bir işlem yapılmalıdır.
- c. Yapılan işlem, yasaklanan işlemin doğuracağı sonucu meydana getirmeye elverişli olmalıdır.

Kanuna karşı hilenin sonuçları

Kanuna karşı hileye bağlanan yaptırım, hileli olarak yapılan ve kanun tarafından yasaklanan işlemin tabi olduğu yaptırımdır, batıldır.

Kanuna karşı hilenin muvazaadan farkı

Muvazaalı işlemde taraflar görünüşteki işlemin sonuçlarını istemezler. Oysa kanuna karşı hilede taraflar gerçek niyetlerini gizleyerek kurdukları sözleşmenin sonuçlarını istemektedirler.

23. İRADE BOZUKLUĞU (TBK 30 – 39. MADDELER)

TANIM: Bir sözleşme yapılırken taraflardan birinin işlem iradesinin oluşum veya beyanı aşamasında ortaya çıkan sakatlıklara denir.

İradeyi oluşum veya beyan aşamasında sakatlayan bozukluklar taraf veya taraflarca ya bilinçli (**istenerek meydana getirilen irade bozukluğu**) ya da istenmeden (**istenmeden meydana getirilen irade bozukluğu**) meydana getirilir. İrade bozukluğu **iki olgu içerir**.

- İlki teknik ve gerçek anlamda irade bozukluğudur. Burada işlem iradesi daha **oluşum safhasında** sakatlanmaktadır. İradenin oluşumundaki bozukluk genel olarak saik yanılgısı, aldatma, korkutma gibi hallerde görülür. Bu tür bozuklukta **irade ile beyan birbirine uygundur**.
- İrade bozukluğunun ikinci türü **beyandaki sakatlıktır**. Sözleşme iradesi tam, doğru ve sağlıklı bir şekilde oluşmuş, yalnız bu, muhabata bildirilirken beyanda bir sakatlık meydana gelmiş ve böylece beyan, iradeden sapmış, sözleşme **iradesi ile beyan arasında bir uygunsuzluk** ortaya çıkmıştır.

İrade bozukluğu sözleşmenin kurulmasıyla değil, sözleşme iradesinin oluşum ve beyanı ile ilgilidir. **Sözleşmenin kurulmasındaki bozukluk**, sözleşmenin kurulmasına engel olur. Oysa **irade bozukluğunda** sözleşme kurulmuş, meydana gelmiştir.

İrade bozukluğu tarafların her birinin iradesindeki sakatlığı, sözleşmenin kurulmasındaki bozukluk ise, tarafların karşılıklı iradelerinin birbirine uygunluğundaki sakatlığı ifade eder. İrade bozukluğu, ancak sözleşmenin kurulmasında sakatlık olmayan hallerde söz konusu olur.

İrade bozukluğu sözleşmeler dışında tek taraflı hukuki işlemlerde de söz konusu olur.

TBK'da irade bozukluğu olarak **üç durum hükme bağlanmıştır**: **Yanılgı, aldatma, korkutma**

Yanılgı; **saik yanılgısı** ve **beyan yanılgısı** olarak ikiye ayrılır.

- **Beyan yanılgısında** yanılanın beyanının içeriği, gerçek iradesine uymamaktadır. İradenin beyan edilmiş safhasında sakatlık söz konusudur.
- **Saik yanılgısı, aldatma ve korkutmada** beyan iradeye uymakla birlikte oluşum safhasında bazı sebeplerle sakatlanmaktadır. İradenin oluşumu safhasında sakatlık söz konusudur.

İRADE BOZUKLUĞUNUN ÇEŞİTLERİ

1. **İrade oluşumundaki bozukluk:** Beyan iradeye uygun, ama irade yanlış bilgi etkisiyle sakatlanmıştır.
2. **İrade beyanındaki bozukluk:** Beyan iradeye uygun değildir.

İRADEYİ BOZAN SEBEPLER

- | | | |
|--------------------------|---------------------|---------------------------|
| 1. Yanılgı (TBK 30 - 35) | 2. Aldatma (TBK 36) | 3. Korkutma (TBK 37 - 38) |
|--------------------------|---------------------|---------------------------|

YANILMA

Dar anlamda yanılma; bir durum veya olay hakkında bilinçli olmayan yanlış ya da eksik tasavvurdur. **Geniş anlamda** yanılma; bir durum veya olay hakkında bilgisizliği de içerir.

Bir durum veya olaya ilişkin düşünce ve tasavvurun doğruluğu hakkındaki **şüphe**, yanılmayı ortadan kaldırır. Zira şüphe onun doğru olmadığı ihtimalini de içerir. Aynı şekilde **bilinçli olarak** gerçeği bilmemek, bilgisizlik de yanılma değildir.

Yanılmanın Çeşitleri:

- Zaman yönünden: Geçmişteki, haldeki, gelecekteki yanılma** olarak üçe ayrılır.
- Hukuki ve fiili yanılma** olarak ikiye ayrılabilir.
- Esaslı yanılma** ve **esaslı olmayan yanılma** olarak ikiye ayrılabilir. **TBK mad. 30:** Sözleşme yapılırken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz. Esaslı olmayan yanılmada sözleşme kesin geçerlidir, yanılan sözleşmeyi iptal edemez.
- TBK'da yanılma çeşitleri **esaslı yanılma** ve **saik yanılması** olarak ikiye ayrılır. TBK kural olarak yalnız **beyan yanılmasını esaslı yanılma saymıştır**, istisnai hallerde saik yanılmasını da kabul etmiştir.

TBK **saik yanılmasını üç halde** düzenlemiştir: **Temel yanılması, aldatma ve gabin halleri**

Saik Yanılması - Beyan Yanılması:

Saik yanılması: Yanılanın belirli bir kimseyle belirli bir içerikte bir sözleşme yapma iradesinin gerçeklere uymayan, yanlış tasavvurlar sonunda sakat oluşmasıdır. İşlem iradesinin oluşumundaki yanılmalıdır. Savigny "**gerçek yanılma**" demektedir.

Bir kimseyle belirli bir içerikte bir sözleşme yapmaya sevk eden bir olay ve durum hakkındaki düşünce ve tasavvurlara saik denir. Bu saikler, yani düşünce ve tasavvurlar yanlışsa, sözleşme iradesi sakat olarak teşekkül eder. Bu nedenle, beyan sahibi yanlış tasavvur sahibi olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak idiyse, saik yanılması söz konusu olur.

Sözleşme içine ilişkin yanlış tasavvur **nitelik yanılması** olarak adlandırılır. Nitelik yanılması, edim konusu şeyin niteliklerine ilişkin olabilir. Karşı tarafın nitelikleri üzerinde de olabilir.

Sözleşme dışı nitelik yanılması, adi bir saik yanılması olup hukuken önem arz etmez.

Saik yanılmasının sonuçları: Saik yanılması esaslı yanılma değildir, bu sebeple sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. **Üç istisna** vardır: **Aldatma, temel yanılması ve ölüme bağlı tasarruflarda** (vasiyetnamenin iptali sonucunu doğurur) istisnalar görülür.

Beyan yanılması: Beyan sahibinin beyanı ile işlem iradesi arasında istenmeyerek meydana gelen uygunsuzluğa denir. Beyan yanılması aslında irade bozukluğu değildir. Zira burada beyan sahibinin iradesi, tam ve sağlam olarak oluşmaktadır. Savigny "**gerçek olmayan yanılma**" demektedir. Burada sakatlık iradenin beyan edilmesi, dış dünyaya bildirilmesi safhasında ortaya çıkmaktadır.

Beyanda yanılma **iki şekilde ortaya** çıkabilir: **Beyan fiilinde yanılma** ve **beyan içeriğinde yanılma**

- Beyan fiilinde yanılma:** Beyan sahibi, beyan fiilinde, yan, beyanı oluşturan araçlarda, söz, yazı ve işaretlerde yanılmaktadır. Yanlış söyleme, yanlış anlam söz konusudur. Örneğin dolar demek isterken euro demiş olabilir. Kilo yerine ton yazmış olabilir. Sekreterin yazdığı bir yazıyı düzeltmeden, bir teklif mektubunu okumadan imzalamış olabilir.
- Beyan içeriğinde yanılma:** Burada yanılan kullandığı söz ve deyim muhatabın vermiş olduğu anlamdan başka bir anlam vermektedir. Örneğin dolar kısaltmasını sterlin kısaltması ile karıştırmış olabilir.

Esaslı Yanılma – Esaslı Olmayan Yanılma:

Saik yanılması: TBK mad. 32'nin ilk cümlesi saik yanılmasını esaslı yanılma olarak kabul etmemiştir. Ancak burada söz konusu olan adi saik yanılmasıdır. Aynı maddede temel yanılması denilen nitelikli saik yanılması, esaslı yanılma sayılmıştır. TBK mad 31'de 5 bent halinde esaslı yanılma halleri sayılmıştır. Bu sayma sınırlı sayı olmayıp örnek niteliğindedir. Benzer durumlarda esaslı beyan yanılması sayılabilir. TBK mad. 32'de ise beyan yanılması değil, nitelikli saik yanılması esaslı yanılma hali olarak düzenlenmiştir.

Esaslı yanılma; ister beyan yanılması isterse temel yanılması şeklinde nitelikli saik yanılması olsun, sözleşmenin iptalini isteme hakkı verir.

TBK mad 31'e göre yanılma halleri:

- Sözleşmenin niteliğinde yanılma:** Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamaktadır. Örneğin evini kiraya vermek isteyen kişi yanlışlıkla satış beyanında bulunmuştur.
- Sözleşmenin konusunda yanılma:** Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamaktadır. Örneğin Borçlar kitabını satın alacakken, yanlışlıkla maliye kitabını almışsa konuda yanılma vardır. Sözleşme

konusu şeyin niteliğinde yanılma buraya girmez, bu yanılma adi saik yanılmasıdır. Örneğin gösterdiği tabloyu satın almak isten kişi ünlü bir ressamın tablosu zannetmektedir. Oysa bilinmeyen bir ressama aittir.

- **Karşı tarafın kimliğinde yanılma:** Yanılan, sözleşme yapma iradesini gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamaktadır. Örneğin sipariş mektubunu B'ye göndermek isterken C'ye göndermiştir.
- **Karşı tarafın niteliğinde yanılma:**
- **Edim veya karşı edimin miktarında yanılma:** Miktarla yanılmanın gerçekleşmesi için gerçekte istenen miktarla sözleşmede kararlaştırılan miktarın önemli ölçüde birbirinden farklı olması gerekir. Değer yanılması buraya girmez. Örneğin kumaşın metresini 75 TL yerine 15 TL yazmışsa değer yanılmasıdır.
- Basit hesap yanılmasını miktardan ayırmak lazımdır. Basit hesap yanılması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez, düzeltilir.

TBK mad 32'e göre yanılma hali:

Temel yanılması (nitelikli saik yanılması): Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması halinde yanılma esaslı sayılır. Aslında saik yanılmasıdır. Ancak, bu yanılma bazı ek unsurlarla birleşerek nitelikli saik yanılması halini almış ve esaslı yanılma niteliği kazanmıştır. Temel yanılmasının esaslı yanılma olarak kabul edilmesinin sebebi, hakkaniyet fikridir. **Temel yanılmasının unsurları:**

- **Saik yanılması:** Sözleşmenin saiklerinde yanılmalıdır, tasavvur ile gerçek arasındaki uyumsuzluktur.
- **Sübjektif unsur:** Yanılanın bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olmasıdır.
- **Objektif unsur:** Saik yanılması, makul ve dürüst kişiler yönünden de sözleşmenin temeli sayılmalıdır.
- **Karşı tarafça bilinebilirlik:** Karşı taraf yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli saydığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa bilinebilirlik unsuru gerçekleşmiş olur. Karşı taraf bilmiyorsa temel yanılması olmaz.

Bu dört unsurun **birlikte gerçekleşmesi** gerekir. Yanılanın kusurlu olup olmaması önem taşımaz.

Temel yanılması her şeyden önce **edim konusu şeyin niteliğinde** düşünülen yanılmada uygulanır. Örneğin Ali, bu arsada inşaat yapılamayacağını sözleşmenin kurulması sırasında bilseydi, onu satın almayacaktı.

Karşı tarafın niteliklerinde yanılma da esaslı olmak şartıyla temel yanılması sayılır. Örneğin yetenek, beceri, ödeme gücü sözleşmenin temel unsuru olarak düşünülmüşse bunların olmaması temel yanılmasıdır.

Temel yanılmasına örnekler; altın diye alınan yüzüğün altın kaplama çıkması, orijinal diye alınan tablonun kopya çıkması, İran halısı denilen halının taklit halı olması gibi.

Temel yanılması geçmiş ve şimdiki olaylara ilişkindir. Gelecekteki olaylara ilişkisi tartışmalıdır.

- ★ Satış sözleşmesinde ayıplı bir malın teslim edilmesi halinde alıcı yalnız ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine mi başvurabilir, yoksa şartları varsa temel yanılması hükümlerine de başvurabilir mi? Normların yarışması mümkün müdür?
Alıcı seçme şansına sahiptir, Yargıtay da bu görüşü paylaşmaktadır. Özellikle alıcı, ayıptan doğan hakkı zamanaşımına uğramışsa, yanılmayı ileri sürebilir.

Aracının Yanılması (yanlış iletme):

TBK mad. 33, aracının yanılmasını tarafların yanılması olarak kabul etmiştir. Sözleşme iradesinin haberci veya çevirme ya da faks, telgraf gibi araç tarafından yanlış iletilmesi halinde yanılma hükümleri uygulanır.

Yanılmanın dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülememesi:

TBK mad. 34'e göre yanılan taraf, yanıldığını dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremez.

- ★ Karşı taraf yanılanın yanıldığını bilmiyorsa,
- ★ Sözleşmenin iptali halinde muhatabı uğrayacağı zarar daha büyükse,
- ★ Sözleşmenin ifası yanılan tarafı zarara sokmayacaksa,
- ★ Sözleşmeye dayanarak karşı tarafın iş sırlarının öğrenilmesi halinde,
- ★ Karşı taraf, sözleşmeyi yanılanın istediği şekilde ifaya hazır olduğunu bildirirse yanılmayı öne sürerek sözleşmenin iptalini istemek dürüstlük kuralına aykırıdır.

Yanılanın kendi kusuruna dayanan yanılmayı ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı sayılmaz.

Yanılma sebebiyle sözleşmenin iptali halinde yanılanın tazminat ödeme borcu:

Sözleşme yapılırken, yanılan kusurlu olsa bile, belirli bir süre içinde isterse sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak, karşı tarafın haklı güveninin korunması gerekir. TBK mad. 35'e göre yanılan kusurlu iken sözleşmeyi iptal etmişse karşı tarafın zararını tazmin etmek zorundadır. Karşı taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat isteyemez. **Tazminatın şartları:**

- ★ Yanılan yanılmasında kusurlu olmalıdır.
- ★ Karşı taraf yanılanın yanıldığını bilmemeli veya bilecek durumda olmamalıdır.
- ★ Ödenecek zarar, kural olarak menfi zarardır.

Menfi zarar: Sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna ve yerine getirileceğine duyulan güvenin boşa çıkmasından, yani sözleşmenin yanılma sebebiyle iptalinden doğan zarar denir. Sözleşmenin yerine getirileceği düşüncesiyle yapılan masrafları kapsar. Ayrıca kaçırılmış bulunan fırsatlardan doğan zarar da menfi zarar kapsamına girer.

Müspet zarar: Sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarardır.

Menfi ve müspet zararın tazmini için yanılma, yanılanın ihmeline dayanmalıdır.

ALDATMA

TBK mad. 36/1: Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.

Bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, sözleşme yapmaya sevk etmek için, yanlış kanaat uyandırma veya mevcut yanlış kanaati koruma ve sürdürme fiiline aldatma denilir.

Aldatmanın sebep olduğu irade bozukluğu iradenin oluşum safhasında meydana gelmektedir.

Aldatmada aldatılanın yanılması, kendi kusuruna dayansa bile, sözleşmeyi iptal ettiği takdirde, aldatan aleyhine doğan zararı tazmin borcu doğmaz. Aksine aldatanın kusuru, aldatılan lehine tazminat alacağı doğurabilir.

Aldatmanın Unsurları:

a. Aldatma fiili	b. Aldatma kastı	c. İlliyet bağı
------------------	------------------	-----------------

Aldatma fiili: Olumlu bir davranış, bir yapma fiili olabilir veya bir olumsuz davranış, bir yapmama fiili, bir kaçınma, bir susma da olabilir. Dürüstlük kuralına göre bilgi verilmesi gereken hususlarda susma, bir aldatma fiilidir. Aydınlatma yükümlülüğünün olduğu hallerde yapılmaması aldatma fiilidir. Özellikle ortaklık sözleşmesi, eser sözleşmeleri gibi güvene dayanan sözleşme ilişkileriyle kira, hizmet gibi sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde aydınlatma yükümlülüğü önem taşır. Bu sözleşmelerde karşı tarafın susmaması gerekir.

Aldatma kastı: Aldatan sözleşme yapabilmek için kasıtlı olarak gerçek dışı beyanlarda bulunmuş olabilir. Normal reklam ve ilanlar aldatma kast ve fiilini oluşturmaz.

İlliyet bağı: Sözleşme aldatma etkisi ile yapılmalıdır. Aldatma sebep, sözleşmenin yapılması sonuç olmalıdır. Aldatılan, yapmış olduğu sözleşmeyi, aldatma olmasaydı ya hiç yapmayacak (**asli** aldatma) ya da daha iyi şartlarla yapacak (**feri** aldatma) idiyse, illiyet bağı gerçekleşmiş olur. Her iki aldatma halinde de aldatılan sözleşmeyi iptal edebilir.

Üçüncü Kişinin Aldatması:

Üçüncü kişinin aldatması ilke olarak sözleşmeyi etkilemez, aldatılan sözleşme ile bağlıdır.

Ancak, üçüncü kişinin aldatmasını, karşı taraf sözleşmenin yapıldığı sırada biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, aldatılan aldatma sebebiyle sözleşmeyi iptal edebilir. Bu takdirde üçüncü kişinin aldatması karşı tarafın aldatması sayılır.

Karşı taraf üçüncü kişinin aldatmasını bilmiyor veya bilemiyorsa, aldatılan esaslı yanılmaya ya da yalnız saik yanılmasına maruz kalmış sayılır. Üçüncü kişinin fiili bir haksız fiil teşkil ettiğinden aldatılan ondan uğradığı zararın tazminini isteyebilir.

Aldatanın temsilcisi veya ifa yardımcısı ya da tüzel kişilerin organı, üçüncü kişi sayılmaz. Sözleşmenin kurulmasında menfaati olan ve hukuken dolaylı bir şekilde ilgisi bulunan kişiler de üçüncü kişi sayılmaz.

Zararın tazmini:

Burada ilke olarak sözleşme öncesi sorumluluk hali söz konusudur. Aldatma fiili, haksız fiildir. Aynı zamanda hukuka aykırı bir fiildir. Böylece aldatılan lehine, sözleşme öncesi sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluktan doğan hakların yarışması hali mevcuttur.

Aldatılan, isterse sözleşmeyi iptal edebilir, isterse sözleşmenin geçerliliğini koruyabilir. Tazminat isteme hakkı her iki halde de mevcuttur. İptalden vazgeçme tazminattan da vazgeçmeyi içermez.

Aldatmayı İspat:

İspat aldatılan tarafa düşer, her türlü delille ispat edilebilir. Aldatan da, aldatılanın aldatma olmasaydı da aynı sözleşmeyi yapacağını ispat ederse, sözleşmenin iptali ve tazminat istenemez.

KORKUTMA

TBK mad. 37/1: Taraflardan biri, karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, bu sözleşmeyle bağlı değildir.

Bir kimsenin, diğer tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek için, bilerek onda korku yaratmasına veya mevcut bir korkudan yararlanmasına korkutma denilir. Korkutma; karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin korkutması olmak üzere ikiye ayrılır. Her iki halde de korkutma iptal sebebidir, aldatmanın aksine arada bir fark yoktur.

Korkutma halinde bozukluk, iradenin oluşmasındadır. İrade özgür bir karar ve düşünce sonucu meydana gelmez, ama korkutulanın beyanı iradesine uygundur.

Korkutulan taraf, sözleşmeyi maddi zorlama altında yapmışsa gerçek irade olmadığından sözleşme meydana gelmez, iptal talebinde bulunmaya da gerek yoktur. Örneğin elini zorla tutarak imza attırılmışsa, aşırı uyuşturucu verilmişse, hipnotize edilmişse maddi zorlama vardır.

Manevi zorlamada irade, manevi bir zorlama altında oluşmuş olmakla birlikte gene de mevcuttur.

Korkutmanın Unsurları:

- a. **Sözleşmeyi yapana veya yakınlarına yönelmiş tehlike** söz konusu olmalıdır. Tüzel kişi de olabilir.
- b. **Ağır** (ciddi) ve **yakın** (derhal) **bir zarar tehlikesi** doğmuş olmalıdır.
- c. Korkutma **hukuka aykırı** olmalıdır. Kanuni bir yetki ile istenilen hak korkutma değildir.
- d. Korkutma ile sözleşmenin kurulması arasında **illiyet bağı** bulunmalıdır.

Üçüncü Kişinin Korkutmasında Tazminat:

Karşı tarafın, üçüncü kişinin korkutmasından haberdar olması şart değildir. Korkutma fiilini işleyen karşı taraf, korkutulanın zararını gidermek zorundadır. Üçüncü kişinin korkutması halinde üçüncü kişi tazminat ödemek zorundadır. Üçüncü kişinin korkutması halinde karşı taraf bilse bile kusurlu olmadığından tazminat ödemek zorunda değildir.

Karşı taraf iyiniyetli ise, yani üçüncü kişinin korkutmasından haberdar değilse, korkutulan sözleşmeyi iptal etmişse ve bundan karşı taraf zarar görmüşse, korkutulan hakkaniyet gereği karşı tarafa tazminat öder. Bu durum, hukuka uygun fiilden doğan tazminat ödeme halinin (**fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi**) bir uygulamasıdır.

SÖZLEŞMENİN KURULMASI İLE İRADE BOZUKLUĞU ARASINDAKİ (ÖZELLİKLE YANILMA) İLİŞKİ

İrade bozukluğu, beyan yanılması ve sözleşme iptali ancak, geçerli olarak kurulmuş bulunan sözleşmelerde ileri sürülebilir. Kurulmamış bir sözleşmenin yanılma sebebiyle iptali istenemez.

Sözleşme; ya beyan sahibinin gerçek iradesiyle muhatabın farazi iradesinin ya da beyan sahibinin farazi iradesiyle muhatabın gerçek iradesinin birbirine uygun olması halinde kurulur.

- ★ Sözleşmenin beyan sahibinin gerçek - muhatabın farazi iradesinin uyması ile kurulması halinde; beyan sahibi yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal edemez.
- ★ Sözleşmenin beyan sahibinin farazi - muhatabın gerçek iradesinin uyması ile kurulması halinde; beyan sahibi yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir.

İRADE BOZUKLUĞUNUN SONUÇLARI

1. İptal hakkı

İrade bozukluğuna bağlanan yaptırım hakkında iki teori vardır: **Geçersizlik teorisi** ve **iptal teorisi**

Geçersizlik teorisine göre sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersizdir ancak, belirli bir süre içinde geçersizlik yaptırımı kullanılmazsa, sözleşme geçerli hale gelir.

İptal teorisine göre sözleşme, başlangıçta geçerlidir ancak, iptal beyanıyla geçmişe etkili olarak yani başından itibaren geçersiz hale getirilebilir. İradesi sakatlanan kişi iptal hakkını kullanmadıkça sözleşme geçerliliğini korur.

İsviçre doktrininde genellikle **tek taraflı bağlamazlık** deyimi kullanılmaktadır. Bir görüşe göre bu geçersizlik anlamına gelir, diğer bir görüş bundan iptal anlamaktadır, üçüncü görüşe göre de bölünmüş geçersizliktir.

Her üç görüşe göre de irade bozukluğu altında yapılan bir sözleşmenin geleceği, mutlaka iradesi sakatlanan tarafın kararına bağlıdır. Sözleşme bu karara kadar askıdadır.

- ★ **Geçersizlik teorisine göre**, askı süresi içinde sözleşmenin geçerliliği, **geciktirici şarta** bağlıdır. Sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersizdir; hiçbir alacak ve borç doğurmaz. **Askıda geçersizlik** hali vardır. Geciktirici şart gerçekleşirse sözleşme geçerli hale gelir. Geciktirici şart iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi onamasıdır.
- ★ **İptal teorisine göre**, sözleşmenin geçerliliği, **bozucu şarta** bağlıdır. Bu sözleşmenin **askıda geçerli** olduğu anlamına gelir.

İki teori arasındaki fark, geçersizlik teorisine göre, sözleşme kurulduğu andan itibaren **geçici olarak geçersiz**, iptal teorisine göre **geçici olarak geçerlidir**. TBK'nın iptal teorisini kabul ettiği kanısındayız.

İptal hakkının kullanılması

- İptal hakkı **1 yıllık askı süresi** içinde kullanılmalıdır.
- Bir yıllık süre hak düşürücü süredir.
- İptal hakkı tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır.
- Bozucu yenilik doğuran bir haktır.
- İptal beyanı şekle bağlı değildir.
- İptal hakkının kullanılması şarta bağlı tutulamaz.
- Bu hak kötüye kullanılamaz.
- Bu hak kullanıldıktan sonra dönmek mümkün değildir.
- Açık veya örtülü irade beyanıyla kullanılabilir.

Hak düşürücü süre; yanıltma ve aldatmanın kesin öğrenildiği andan ve korkutmanın ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlar. İptal hakkının bir yıllık kısa süre dışında 10 yıllık azami süre ile de sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre iptali ileri sürme hakkı, 10 yıllık mutlak ve azami bir süre ile sınırlandırılmalıdır. Bazı yazarlar yalnız aldatma halinde 10 yıllık mutlak süreyi kabul etmektedirler.

Bizce, kanun koyucu bir süre öngörmediği için, iptal hakkını azami bir süreyle sınırlandırmak mümkün değildir. Ancak, bu hakkı ileri sürmek dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

İptal beyanı, karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda istenen sonucu kendiliğinden doğurmaya yeterlidir. Ayrıca bir dava açmaya gerek yoktur.

İptalin sonuçları

- İptal hakkı **sürekli edimleri içermeyen** borç sözleşmelerinde geçmişe etkili sonuçlar doğurur.
- İptal beyanının, karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşmasıyla sözleşme geçmişe etkili ortadan kalkar.
- Edimler yerine getirilmişse, edim konusu şey, duruma göre aynı nitelikte bir istihkak davası (taşınmazlarda tapu kütüğünün düzeltilmesi davası) ile ya da kişisel nitelikte sebepsiz zenginleşme davası ile geri istenebilir.
- İradesi sakatlanan taraf, iptal beyanıyla devir işlemini ortadan kaldırdığı için malların maliki olarak kalır, mülkiyet hakkını kaybetmez. Teslim veya tescile rağmen karşı taraf malik olmaz. Ancak görünürdeki yeni malik mülkiyet veya alacak hakkını üçüncü kişiye devretmişse ya da tüketmişse, gerçek malik veya alacaklı ona karşı yalnız sebepsiz zenginleşme davası açabilir. İyiniyetli üçüncü kişi, hakkı kesin kazandığı için ona karşı dava açamaz. Eski malik kötüniyetle kazananlara karşı istihkak davası açabilir.
- **Sürekli edimleri içeren** borç sözleşmelerinde iptalin geçmişe etkili sonuçlar doğurması, pratik olmayan durumlar yaratabilir. Bu gibi hallerde, iptalin geleceğe etkili sonuçlar doğurmasını kabul etmek, menfaat ve şartlara daha uygun düşer.

İptal hakkından feragat (sözleşmeyi onama)

- İptal hakkı sahibinin 1 yıllık süre içinde hakkını kullanmaması veya verdiği şeyi geri istememesidir.
- İradi feragat ve kanuni feragat olmak üzere ikiye ayrılır.

İradi feragatta, karşı tarafa iptal hakkından feragat edildiği bildirilir. Bildirildikten sonra geri dönülemez, diğer tarafın rızası gerekir. Feragat beyanı açık veya örtülü olabilir, şekle tabi değildir.

Kanuni feragatta kişi yanıltma ve aldatmayı öğrendiği, korkutmanın etkisinden kurtulduğu andan itibaren 1 yıl içinde sustuğu, hiçbir harekette bulunmadığı takdirde kanun icabı vazgeçmiş sayılır.

- Feragat aldatma ve korkutma ile iradesi sakatlanan tarafın talep edebileceği tazminat hakkından feragati içermez.

24. AŞIRI YARARLANMA (GABİN) (TBK 28. MADDE)

TBK mad. 28/1: Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Bu kuruma aşırı yararlanma denir. TBK aşırı yararlanmayı iradeyi bozan sebepler arasında düzenlemiştir. Kanun edimler arasında denge ve oran hususunda objektif bir ölçü koymuş değildir.

Aşırı yararlanmadan söz edebilmek için, edimler arasındaki açık oransızlık, taraflardan birinin, diğerinin içinde bulunduğu zayıf durumdan yararlanmak suretiyle gerçekleştirilmelidir.

AŞIRI YARARLANMANIN UNSURLARI

Bütün unsurlar aynı anda birlikte gerçekleşmesi gerekir.

1. Objektif unsur: Açık oransızlıktır. Bu açık oransızlık sözleşmenin yapıldığı zaman ve yerde mevcut olmalıdır. Sonraki oransızlık aşırı yararlanmanın bir unsuru değildir. Açık oransızlığı hâkim takdir eder, tarafların fiilen ifa ettikleri değil, taahhüt ettikleri edimler dikkate alınır.

2. Sübjektif unsur

a. Zarar gören tarafın zayıf durumu: Zayıf durum sözleşmenin kurulması anında mevcut olmalıdır. Zor durumda kalma kişisel nitelikte ve ya ekonomik durumda olabilir. Aşırı yararlanmanın gerçekleşmesi için, sözleşme yapma teklifinin mutlaka sömüren taraftan gelmesi şart değildir. Zayıf durumlar:

- Zor durumda kalma hali
- Düşüncesizlik (hafiflik) hali
- Deneyimsizlik hali

b. Yararlanma (sömürme) kastı: Sömüren taraf, zarar görenin zayıf durumunu fırsat bilerek, bu durumdan yararlanmak, onu sömürmek kastıyla sözleşmeyi yapmış olmalıdır. Sömürme kastı, sömürde hem karşı tarafın zor, zayıf durumunu bilme hem de bundan yararlanma isteğini gerektirir.

Bilme ve isteme unsurları yoksa sömürme kastı gerçekleşmez.

AŞIRI YARARLANMANIN SONUÇLARI

Aşırı yararlanma halinde zarar gören durumun özelliğine göre;

- ✓ Sözleşme ile bağlı olmadığını, sözleşmeyi iptal ettiğini bildirerek ifa ettiği edimin geri verilmesini ister,
- ✓ Sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini ister.

Zarar görenin sözleşmenin iptalini isteme hakkı

Zarar gören isterse sözleşmeyi iptal edebilir. Hâkim, iptali re'sen göz önünde tutamaz. Mutlaka zarar gören tarafından ileri sürülmesi gerekir.

Zarar görenin açık oransızlığın giderilmesini isteme hakkı

Zarar gören sözleşmenin tam iptal yerine, kısmi iptalini yani açık oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Edimlerin geri verilmesi

Zarar gören edimi yerine getirmişse, bunu geri isteyebilir. Aksi halde, mal tüketilmemiş veya iyiniyetli üçüncü kişi tarafından kazanılmamışsa, açılacak dava mülkiyet davasıdır. Taşınmazın mülkiyeti tescil yoluyla karşı tarafa geçmişse, tapu kütüğünün düzeltilmesi davasıyla geri alınabilir.

İsteme süresi

TBK mad. 28/2, iptal beyanını 1 ve 5 yıllık sürelerle sınırlandırmıştır. Bu süreler hak düşürücü sürelerdir.

1 yıllık kısa sürenin başlaması; zarar görenin düşüncesizlik veya deneyimsizliği öğrendiği, zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihtir.

5 yıllık uzun sürenin başlaması; sözleşmenin kurulduğu tarihtir.

Tazminat

Aşırı yararlanma yüzünden zarar gören taraf, karşı taraftan tazminat talep edebilir. Ödenecek tazminat ilke olarak menfi zararlarla sınırlıdır.

25. SÖZLEŞMELERDE TEMSİL

TBK mad. 40-45 yetkili temsile, TBK mad. 46-48 yetkisiz temsile ayrılmıştır.

TEMSİL: Bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine denir.

Bir hukuki işlem, o işlemi yapan kimse hakkında hüküm ve sonuç doğurur. Ancak, hukuki ve maddi engeller bazen bir kimsenin kendi hukuki işlemlerini yapmasına imkân vermeyebilir. Bu takdirde hukuki işlem temsilci adı verilen bir başka kimse tarafından yapılır.

Temsil yoluyla yapılan işlemlerde işlemi, temsil olunan adına temsilci yapmakla birlikte, bu işlem sanki bizzat temsil olunan tarafından yapılmış gibi işlem görür. Yapılan işlemin tarafı, doğrudan temsil olunandır.

Temsil ilişkisine; sözleşmelerde, tek taraflı hukuki işlemlerde, borç sözleşmelerinde, tasarruf işlemlerinde, hukuki işlem benzeri fiillerde, yenilik doğuran haklarda başvurulabilir. Temsil, ancak hukuki işlemlerin yapılmasında söz konusu olur, **maddi fiillerde temsile başvurulamaz**. Hakkın kullanılması, borcun ifası maddi fiillerle gerçekleştiriliyorsa, temsil hükümleri uygulanmaz. Hakkın kullanılması, borcun ifası maddi fiillerle gerçekleştiriliyorsa, bunları yapan üçüncü kişi temsilci olarak değil, yardımcı olarak tanımlanabilir.

Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklarda da temsil uygulanmaz. Nişanlanma, evlenme, tanıma, evlat edinme ve vasiyetnamede temsil olmaz. Bilgide temsilde, haksız fiillerde, ahlak ve adaba aykırı fiillerde de temsil söz konusu olmaz.

İyiniyetin önemli olduğu hallerde; temsil olunan temsilcinin kötü niyetine katlanmak zorundadır. Temsilcinin kötü niyeti temsil edilenin de kötü niyeti sayılır.

TEORİLER

1. İşlem sahibi teorisi

Savigny'e göre temsilde gerçek anlamda hareket eden, hukuki fiilde bulunan temsil olunandır. Temsilci, temsil olunanın organı sıfatıyla hareket etmektedir. Temsilci kendi gerçek iradesini değil, **temsil olunanın iradesini** açıklamaktadır.

2. Birlikte işlem teorisi

Temsilci ile temsil edilen birlikte hareket ederler, hukuki işlem **her ikisinin iradesiyle** meydana gelir.

3. Temsil teorisi

Bu teoriye göre hukuki işlemi yapan temsilcidir. Bu işlem **temsilcinin irade beyanına** dayanmakla birlikte, hüküm ve sonuçlarını temsil olunanın hukuki alanında meydana getirir. Bu nedenle sözleşmenin kurucu unsurları, geçerlilik şartları ve sonuçları, temsilci esas alınarak belirlenmelidir.

TEMSİLİN ÇEŞİTLERİ

Doğrudan doğruya temsil

Bir kişinin sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak, **başka bir kişinin ad ve hesabına** hukuki işlem yapmasına denir. Yetkiyi verene temsil olunan (asıl), işlemi yapan kişiye temsilci adı verilir.

İkinci bir işleme gerek kalmaksızın hukuki işlem, hüküm ve sonuçlarını doğrudan doğruya temsil olunan kişinin hukuki alanında doğurur. Yapılan hukuki işlemde doğan hak ve borçların sahibi, temsil olunandır.

Haberciyi temsilciden ayırmak gerekir.

- Temsilci, temsil olunan adına irade beyanında bulunup, hukuki işlemi, sonuçları ona ait olmak üzere yaparken, haberci asıl adına iradesini beyan etmemekte, sadece onun beyan edilmiş iradesini karşı tarafa bildirmektedir.
- Haberci fiili bir görev yapmakta, temsilci ise hukuki bir görev ifa etmektedir.
- Habercinin işlem ehliyeti ve hatta ayırt etme gücünü haiz olması şart değildir. Temsilcinin ise ayırt etme gücüne ve fiil ehliyetine sahip olması gerekir.

Diğer yardımcı kişiler de temsilci değildir. Doğrudan doğruya temsilde temsilci bağımsız surette hareket edip, tek başına karar verme yetkisine sahiptir. Yardımcı kişi karar verme yetkisine sahip değildir. Tüzel kişi organı da temsilci değildir. Organın irade beyanı, bizzat tüzel kişinin irade beyanıdır.

Dolaylı temsil

Gerçek olmayan temsil denilebilir. Hukuki işlem, dolaylı temsil yetkisine dayanılarak **temsilci adına, temsil olunan hesabına** yapılır. Haklar ve borçlar önce temsilcinin hukuki alanında doğar, sonra ikinci işlemle temsilci olunana devredilir. Temsilci fiil ehliyetine sahip olmalıdır.

Aktif temsil – pasif temsil

Doğrudan doğruya temsilde temsilci, temsil olunan adına irade beyanında bulunma yetkisine sahip olursa bu tür ilişkiye **aktif temsil** denir. Bazı temsil ilişkisinde temsilci, temsil olunan adına iradesini beyan edemez. Sadece temsil olunan adına, kendisine gelen beyanları kabule yetkilidir. Buna **pasif temsil** denir.

İradi temsil

Temsil olunanın irade beyanına dayanır.

Kanuni temsil

Temsil olunanın iradesine değil, kanuna dayanır. Bazı hallerde bir mahkemenin kararı ile doğmaktadır. Bazı hallerde kanuni temsilci özel bir kişi tarafından tayin edilir, örneğin vasiyeti yerine getirmesi görevlisi miras bırakan tarafından tayin edilir.

İRADİ TEMSİLİN ŞARTLARI

1. Başkası adına hareket

Başkası adına hareket, işlemin hüküm ve sonuçlarının işlemi yapanın değil, bir başkasının hukuk alanında doğacağını ifade eder. Temsilcinin **üçüncü kişilere** başkası adına hareket ettiğini **açıklaması** (açıklama ilkesi) veya bunun üçüncü kişilerce anlaşılması gerekir.

Temsilcinin başkası adına hareket iradesi üç şekilde ortaya çıkar. **Açık** olarak, **örtülü** olarak veya üçüncü kişi açısından kiminle yapıldığının önemli olmadığı işlem türünde ortaya çıkar.

Açık beyanda temsilcinin, temsil olunanın adını açıklaması şart değildir. Ancak, geçerliliği şekle tabi işlemlerde doğrudan temsilin söz konusu olabilmesi için, temsil olunanın adının işlem yapıldığı anda bilinmesi gerekir. Temsilci, başkası adına hareket ettiğini üçüncü kişiye bildirmediği takdirde, doğrudan doğruya temsil hükümleri uygulanmaz. Üçüncü kişi, yapılan sözleşmenin, bir temsil ilişkisine dayanılarak yapıldığını, durumdan anlamaktaysa, **örtülü beyan** söz konusu olur.

2. Temsil yetkisi

Temsilcinin, temsil olunan ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine temsil yetkisi denir. Tek taraflı bir hukuki işlem ile verilir, bunun temsilci tarafından kabulüne gerek yoktur. Yetki beyanının temsilcinin hâkimiyet alanına varması yeterlidir, temsilcinin fiilen öğrenmesi şart değildir. Üçüncü kişilere böyle bir yetkinin verildiğinin bildirilmesi de gerekmez.

Yetki verme işleminin içeriğinin mümkün, hukuka ve ahlaka uygun olması gerekir, aksi halde temsil yetkisi geçersizdir. Temsil yetkisini gösteren belgeye “yetki belgesi” adı verilir.

a. İç temsil yetkisi: Tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanı ile temsil olunan tarafından temsilciye temsil yetkisinin verilmesi sonucu **temsil olunan ile temsilci arasında** bir hukuki ilişki meydana gelir. Buna iç temsil ilişkisi denir, bu ilişkiden doğan yetkiye de iç temsil yetkisi denir.

b. Dış temsil yetkisi: Temsil yetkisinin, temsil olunan tarafından sözleşme yapılacak üçüncü kişiye bildirilmesine (sözlü, yazılı, belgeyi göstererek, maddi davranışlarla veya gazete ilanı ile) dış temsil yetkisi denir.

Temsil yetkisinin verildiği kendilerine bildirilen üçüncü kişilerin iyiniyetli olması halinde, temsil, sanki gerçek bir yetki varmış gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bunun sonunda temsil yetkisinin mevcut olmamasına rağmen temsilcinin yaptığı sözleşme temsil edileni bağlar. Temsilcinin yetkisinin derecesi üçüncü kişiye beyan edilmişse, bu beyana itibar olunur.

Görünürdeki yetki: Temsil olunanın gerçekte bilmemekle birlikte, gerekli özeni göstermiş olsaydı, başka bir kişinin temsilci sıfatıyla kendi adına hareket ettiğini ve üçüncü kişilerin dürüstlük kuralına göre bu hareketten söz konusu kişinin temsilci olabileceği sonucunu çıkartabileceklerini bilmesi gereken yetkidir.

Katlanma yetkisi: Üçüncü kişiler temsil olunanın davranışından, gerçek öyle olmasa bile, başka bir kimseye temsil yetkisi verdiği sonucunu çıkarmaktadırlar. Temsil olunan böyle bir izlenim verdiği, bir görünüş yarattığı için de buna katlanmak zorundadır.

c. Temsil yetkisinin bağlı olduğu şekil: Hiçbir şekle bağlı değildir. Ancak, taşınmaz malların satışına ilişkin temsil yetkisi, vekâletname resmi şekle tabidir.

d. Temsilcinin ehliyeti: Temsilcinin fiil ehliyetine sahip olması şart değildir, ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Böylece fiil ehliyeti olmadığı için kendi ad ve hesabına iki tarafa tam borç yükleyen sözleşme yapamayan temsilci, başkasının ad ve hesabına temsilci olarak bu sözleşmeyi yapabilecektir.

Temsil yetkisini verebilmek için temsil olunanın fiili ehliyeti olmalıdır.

Temsil olunan ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlı ise, borç doğuran işlemler için temsilciye vermiş olduğu temsil yetkisine, kanuni temsilcilerinin rıza göstermesi gerekir. Karşılıksız kazandırmalarda böyle bir izne gerek yoktur, temsil edilen bu tür işlemler için bizzat temsil yetkisi verebilir.

Temsil yetkisi muvazaalı verilmiş olabilir. Temsilci muvazaayı biliyorsa, verilen yetki batıldır. Temsil yetkisi temsil edilen tarafından üçüncü kişilere bildirilmiş ve bunlar da iyiniyetli olup, muvazaayı bilmiyorlarsa, söz konusu yetki geçerlidir.

Temsil yetkisi verirken yanıltma, aldatma veya korkutma sebebiyle irade sakatlığı varsa temsil olunan temsil yetkisini iptal edebilir. İptal beyanı hukuki işlem yapılmamışsa temsilciye, işlem yapılmışsa üçüncü kişiye yöneltilmelidir.

- e. **Temsil yetkisinin bağımsızlığı (soyutluğu):** Temsil yetkisi temsil olunan ile temsilci arasındaki temel bir ilişkiye dayanır, buna **vesile işlem** denir. Temsil yetkisi temel bir ilişkiye dayansa ve örneğin bir sözleşme ile verilse bile, temsil temel ilişkiden ayrı ve ondan bağımsız bir işlemdir. Buradaki bağımsızlıktan amaç, temsil yetkisinin soyutluluğudur.

TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

Doğrudan doğruya iradi temsilde temsilcinin temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu yetkinin dayandığı hukuki işleme göre belirlenir.

Temsil edilen, temsil yetkisini **zaman bakımından** sınırlayabilir.

Temsil yetkisi; özel ve genel yetki şeklinde ikiye ayrılır. **Özel yetki**, temsil yetkisini sınırladığı için temsilci sadece belirtilen işlemleri yapabilir. **Genel temsilde** ise yetki, hiçbir sınırlama yapılmadan hukuk düzeninin elverdiği her türlü hukuki işlemin herkesle yapılabilmesini kapsar. Bir de ikisinin arasında **tür temsili** vardır. Yetkinin kapsamı hukuki işlemin türü bildirilmek suretiyle belirtilmiştir.

Genel yetkinin verildiği hallerde bile temsilci, bazı işlemleri özel yetkilendirilmedikçe yapamaz (örneğin vekâlet sözleşmesinde). Ticari temsilci de bazı işlemleri yapabilmek için özel bir yetkiye ihtiyaç duyar.

Temsil edilen, temsil yetkisini **yer bakımından** sınırlayabilir. Bu takdirde temsilci sadece belirlenen yer ve bölgede hukuki işlem yapabilir.

Temsil yetkisinin kapsamı **kişi yönünden** de belirlenebilir. Temsil edilen, temsilciye sadece belirli kişilerle işlem yapmak üzere yetki verebilir.

Temsil edilen, temsil yetkisini bir tek kişiye (**tek temsil ilişkisi**) verebileceği gibi **birden çok kişiye** de (**toplu temsil ilişkisi**) verebilir. **Toplu temsil** ikiye ayrılır: **Müteselsil temsil ilişkisinde**; temsilcilerden her biri, temsil edilen adına tek başına hareket ederek hukuki işlem yapabilir. **Müşterek temsil ilişkisinde**; temsilcilerin birlikte hareket ederek hukuki işlemi birlikte yapmaları gerekir. Ortak temsil belgesi müşterek temsil lehine karine oluşturur.

Temsil edilen, temsil yetkisi ile **ikame temsili** yasaklamışsa, asıl temsilci ikame temsilci tayin edemez. Buna izin verilmişse asıl temsilci kendi yerine geçecek ikame temsilci tayin edebilir. İkame temsilde temsil yetkisi devredilmemektedir. Bu bir alt temsil yetkisidir.

Temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinde **üçüncü kişiye bir beyanda bulunulup bulunulmadığına** bakılır. Temsilci üçüncü kişiye bunu bildirmiş olsa bile, buna değil, temsil olunanın temsilciye vermiş olduğu yetki kapsamına itibar edilir. Yetki derecesi üçüncü kişiye temsil edilen tarafından bildirilmişse, yetkinin kapsamı iyiniyetli üçüncü kişiye karşı kendisine yapılan beyana göre belirlenir.

TEMSİL İLİŞKİSİNDE BAZI ÖZEL DURUMLAR

- a. **Temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması:** Temsilcinin bir sözleşmeyi, hem temsilci hem de karşı taraf olarak yapması halidir. Böyle bir sözleşme temsil olunana zarar verecek mahiyette değilse, yapılabilir. Temsilcinin kendisiyle böyle bir sözleşmeyi yetkisiz yaparsa ve temsil olunan sonradan onarsa, askıda hükümsüz olan sözleşme, geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir ve kendisini bağlar.
- b. **Çift temsil ilişkisi:** Temsilcinin bir sözleşmeyi her iki tarafı da temsil ederek yapması mümkündür. Çift temsilde temsilci objektif olmalıdır.

TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ

- | | |
|--|--------------------------------|
| a. Temsil yetkisinin kısmen veya tamamen geri alınması | e. Tüzel kişiliğin sona ermesi |
| b. Temsilcinin ayrılması | f. İşin bitmesi |
| c. Ölüm, gaiplik kararı, fiil ehliyetinin kaybı | g. Sürenin sona ermesi |
| d. İflas | h. Bozucu şartın gerçekleşmesi |

Temsil yetkisinin geri alınması:

Her zaman mümkündür. Temsil olunan, bu hakkını önceden sınırlayamaz, bundan feragat edemez.

Genel yetkinin sonradan sınırlandırılıp belli konulara indirilmesi halinde özel temsil söz konusu olur. Temsil yetkisinin tamamen geri alınması temsilcinin görevden alınması (azil) anlamına gelir.

Temsil yetkisinin kısmen veya tamamen geri alınması, temsil edilenin temsilciye yönelttiği tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanı (açık veya örtülü) gerçekleştirilir. Geri alma bozucu yenilik doğuran haklardandır. Geri alma hakkı dürüstlük kuralına uygun kullanılmalıdır. Geri alma beyanı şekil koşuluna tabi değildir. Geri alma hakkı şarta bağlanamaz, bundan dönme de mümkün değildir.

Temsil olunan verdiği yetkiyi açık veya örtülü üçüncü kişilere bildirmişse, bu yetkiyi kısmen veya tamamen kaldırdığını onlara bildirmemişse, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.

Ayrılma:

Tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılan bozucu yenilik doğuran haklardandır. Ayrılma şarta bağlanamaz, bundan dönme de mümkün değildir.

Ölüm, gaiplik kararı, fiil ehliyetinin kaybı, iflas:

Hukuki işlem den doğan temsil yetkisi temsil olunanın veya temsilcinin ölmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da iflas etmesi halinde sona erer. Ancak taraflar aksini kararlaştırabilecekleri gibi, işin özelliği de bunun aksini gerektirebilir.

Yetki verilen sürenin veya işin bitmesi:

İyiniyetli vekilin vekâlet sözleşmesinin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden vekâlet veren veya mirasçıları, sözleşme devam ediyormuş gibi sorumludur.

Sona ermenin hüküm ve sonuçları

- Temsil yetkisi sona eren temsilci, temsil olunan adına artık hiçbir hukuki işlem yapamaz.
- Yapılan hukuki işlemler temsil olunanı bağlamaz.
- **İstisna:** Temsil yetkisi sona ermiş olmakla birlikte, bu durumu bilmeyen temsilci ile iyiniyetli üçüncü kişilerin yapmış oldukları işlemler temsil olunanı veya haleflerini bağlar.
Yetkinin sona erdiğini temsilci bilmekle birlikte, üçüncü kişi bilmiyorsa durum yine aynıdır.
- Temsilci ile üçüncü kişi temsil yetkisinin sona erdiğini biliyorlarsa, temsil olunanı bağlamaz.
- Temsil olunan temsil yetkisini kısmen veya tamamen geri almış olduğu hallerde, vermiş olduğu yetkiyi daha önce üçüncü kişiye bildirmişse, geri almayı da üçüncü kişiye bildirmek zorundadır. Bildirmemişse, temsilcinin yaptığı işlem onu bağlar.
- Temsil yetkisi üçüncü kişiye bildirilmemiş ve dış temsil yetkisi kurulmamışsa, bu yetkinin kaldırıldığından haberdar olmayan üçüncü kişi korunmaz.
- Temsil olunan temsil yetkisini verdiği anda ayırt etme gücüne sahip değilse, verilen yetki butlan sebebiyle geçersizdir. Temsil yetkisi batıl olduğu için, temsil olunan bunu üçüncü kişilere bildirmiş olsa bile, bunlar korunmazlar. Batıl bir yetkinin geri alınmasından söz edilemez.
- Temsilciye yetki verildiği hangi şekilde bildirilmişse, geri alma da aynı şekilde bildirilmelidir.
- Temsil olunanın, üçüncü kişilere yetkiyi geri aldığını ileri sürmesi, bir def'i olmayıp bir itirazdır.
- Temsilci temsil yetkisi sona erince yetki belgesini geri vermekle yükümlüdür. Gerçi elinden yetki belgesi alınmayan temsilcinin yaptığı işlem, temsil olunanı bağlamaz. Ancak, temsil olunan veya halefleri bu belgeyi almakta ihmal gösterdikleri takdirde, bundan dolayı üçüncü kişilerin uğrayacakları zararı tazmin etmek zorunda kalırlar. Temsil olunan veya haleflerinin iyiniyetli üçüncü kişilerin uğramış olduğu menfi zarardan sorumlu olması için kusurlu olması gerekir.

YETKİSİZ TEMSİL

Yetkisiz temsil, yalnız **doğrudan doğruya temsilde** söz konusu olur, dolaylı temsilde yetkisiz temsilden söz edilemez. Bir kimse üçüncü bir kişi ile başkası adına bir hukuki işlem yaptığı zaman temsil yetkisini haiz değilse, yapılan işlemin hüküm ve sonuçları hiçbir şekilde temsil olunanın hukuki alanında meydana gelmez. Bir kimse yetkisi olmadığı halde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar.

Yetkisiz temsil; temsil olunanın temsilciye hiçbir yetki vermemesi, temsilcinin verilen yetkinin sınırlarını aşması ya da temsilcinin yetkisi geri alındığı veya temsil ilişkisi sona erdiği halde, temsil olunan adına bir hukuki işlem yapması hallerinde söz konusu olur. Temsilcinin talimata aykırı davranması, müşterek temsilde temsilcilerden yalnız birinin sözleşme yapması halinde de yetkisiz temsil söz konusudur.

- Üç şart:** 1. Yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasında bir **sözleşme yapılmış olmalıdır.**
2. Yetkisiz temsilcinin bu sözleşmeyi **temsil olunan adına yapması** gerekir.
3. Temsilci, **temsil yetkisine sahip olmamalıdır.**

Yetkisiz temsilin sonuçları

- Yetkisiz temsilde temsilcinin yaptığı sözleşme, kurulmuş olmakla birlikte temsil olunanın hukuk alanında hüküm ve sonuçlarını doğurmaz.
- Temsil olunan sözleşmeyi onayabilir. Onama verilinceye kadar sözleşme, eksik bir sözleşmedir. Askıda hükümsüzlük söz konusu olur.

Temsil olunanla üçüncü kişi arasındaki hukuki durum:

- Yetkisiz temsil ilişkisinde temsilcinin yaptığı işlem temsil olunanı bağlamaz, borç veya alacak doğurmaz, aleyhine tazminat da doğurmaz.
- Yetkisiz temsilde temsilci, yapmış olduğu sözleşmeyle borçlu veya alacaklı sıfatını kazanamaz. Tek istisnası TTK mad. 678'de yetkisiz temsilcinin polişe imzalaması halinde sorumlu olmasıdır.
- Onadığı takdirde temsil olunanı bağlar. Onay zaman yönünden ikiye ayrılır. Önceden verilen onaya izin denir. Sonradan verilen onay ise onama veya icazettir.
- Onama geçmişe etkili sonuçlar doğurur. Temsil yetkisinin yerine geçer, askı durumunu sona erdirir.
- Onama, temsilciye veya üçüncü kişiye varması gerekli, tek taraflı bir irade beyanıyla verilir. Kurucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır. Açık veya örtülü olabilir.
- Asıl işlem şekle bağlı olsa bile, onama şekle bağlı değildir.
- Onamanın şartsız olması gerekir, şarta bağlı olursa onama sayılmaz.
- Temsil olunan vermiş olduğu onamadan dönemez, karşı taraf kabul etse bile geri alamaz.
- Onama sözleşmenin tamamına verilmelidir. Sözleşmenin yalnız bir kısmına onama verilmesi onama sayılmaz, yeni bir sözleşme kurma teklifi olarak değerlendirilebilir.
- Yetkisiz temsilcinin aynı üçüncü kişi ile birden çok sözleşme yaptığı hallerde temsil olunan bu sözleşmelerden yalnız birini veya bir kaçını onayabilir.
- Üçüncü kişi, temsil olunan tarafından onama açık veya örtülü olarak reddedilinceye kadar sözleşmeyle bağlıdır. Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, teslim olunandan, uygun bir süre içinde bu işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlem onanmazsa, diğer taraf bu işleme bağlı olmaktan kurtulur.
- Onamadan kaçınma halinde temsil olunan ile üçüncü kişi arasında hiçbir hukuki işlem meydana gelmeyeceği için, hâkim bu durumu re'sen göz önünde tutmak zorundadır.
- Temsil olunanın sözleşmeyi onamaması, üçüncü kişiye tazminat isteme hakkını kazandırmaz.

Temsilci ile üçüncü kişi arasındaki hukuki durum:

- Yetkisiz temsilde sözleşme onanmazsa, sözleşme kesin hükümsüz hale gelir.
- Temsilci, yetkisiz temsilde başkasına hareket ettiği için hiçbir zaman sözleşmenin tarafı olmaz. Ancak sözleşmenin onanmaması yetkisiz temsilciyi, üçüncü kişinin zararını tazmin etmek zorunda bırakır.
- Tazminat davası, menfi zararın tazmini davasıdır. Yetkisiz temsilcinin kusurlu olması şart değildir.
- Yetkisiz temsilcinin kusurlu olması veya hakkaniyetin gerektirmesi halinde hâkim daha fazla tazminata hükmedebilir. Bu tazminatın üst sınırını üçüncü kişinin müspet zararı oluşturur.
- Müspet zararın tazmininde, kusursuz olduğunun ispat yükü yetkisiz temsilciye düşer.
- Üçüncü kişi, temsilcinin temsil yetkisinin olmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, menfi veya müspet zararın tazmini için tazminat davası açamaz. Burada ispat yükü yetkisiz temsilciye düşer.
- Sözleşme onanmazsa yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi verdiklerini istihkak davası yoluyla geri isteyebilirler. Mal tüketilmiş, iyiniyetli üçüncü kişiye devredilmiş veya karşı tarafın mallarıyla karışmış misli eşya söz konusu ise sebepsiz zenginleşme davası açılabilir.

Temsilci ile temsil olunan arasındaki hukuki durum:

- Temsil olunan bir zarara uğramış ve bu zarar, bir sözleşme ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelmişse TBK mad. 112'ye göre temsilci sözleşmeden sorumluluğa tabi olur. Aksi halde TBK mad 49'a göre haksız fiil ve her halde vekâletsiz iş görenin sorumluluğuna tabi olur.

Temsil ile vekalet arasındaki farklar:

- Temsil tek taraflı irade beyanıyla verilir, sözleşme değildir, vekâlet sözleşmedir.
- Vekil sözleşmeyle borç altına (özen ve dikkat borcu) girer, temsilci bu yetkiyle borç altına girmez.
- Vekâletin konusu hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri fiiller, maddi fiillerdir. Maddi fiillerde temsil söz konusu olmaz.
- Vekâlet vekil ile vekâlet veren arasında iç ilişkidir, temsil daima dış ilişkidir.
- Temsilsiz vekâlet olabilir (temsilde iç ilişkinin daima vekâlet olması gerekli değildir).

26. TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLERDEN DOĞAN BORÇLAR: İLAN YOLUYLA ÖDÜL SÖZÜ VERME (TBK - 9)

Hiç kimse tek taraflı iradesiyle bir başkasını borçlu yapamaz, üçüncü bir kişi aleyhine borç doğuramaz. Ancak, istisnai de olsa kişilere tek taraflı bir hukuki işlemle borç ilişkisi kurma yetkisi tanınmıştır. Bunun en tipik örneği ilan yoluyla ödül sözü vermedir.

Tek taraflı bir hukuki işlemlerin örnekleri; vasiyetname, iptal, dönme, fesih, geri alma, ilan yoluyla ödül sözü vermedir.

İlan yoluyla ödül sözü verme, bir edim için belirli bir ödül verileceğinin ilan yoluyla topluma duyurulmasıdır.

İLAN YOLUYLA ÖDÜL SÖZÜ VERMENİN ÇEŞİTLERİ

1. **Açık ödül sözü verme:** Bir sonucun gerçekleştirilmesi karşılığında belirli bir ödül verileceğinin topluma duyurulmasıdır. Söz veren, belirli olmayan bir kişi lehine, belirli bir sonucun gerçekleştirilmesi, belirli bir edimi yerine getirmesi halinde, bir ödül sözü verir.
2. **Ödüllü yarışma:** Belirli bir sonucu, belirli bir süre içinde birden çok kimse arasında en iyi şekilde gerçekleştirecek kişiye ödül verileceği sözünü içerir. İlan yoluyla ödül sözü vermenin bir türüdür. Buna birden çok kişinin katılması gerekir. Ödül sözü veren bir tek kişiye böyle bir ödül sözü vermişse, buna **eksik ödüllü yarışma** denir ve TBK mad. 9 uygulanmaz.

İLAN YOLUYLA ÖDÜL SÖZÜ VERMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir görüşe göre; bir öneridir. Öneri görüşü veya sözleşme görüşü denir. Ödül sözü veren, belirli olmayan kişilere yaptığı ilan ile bir öneride bulunur, bu kişiler de istenilen sonucu yaparak fiilen bu icabı kabul eder. Böylece ödül sözü veren ile sonucu gerçekleştiren arasında bir hizmet, eser veya herhangi bir sözleşme meydana gelir.

Diğer bir görüşe göre; tek taraflı hukuki bir işlemdir. Bu aynı zamanda hâkim olan görüştür.

- **Tek taraflı borç görüşü** kabul edilirse, edimi yerine getiren ayırt etme gücüne sahip olsun veya olmasın ödüle hak kazanır. Oysa **öneri görüşü** kabul edilirse, ayırt etme gücüne sahip olmayanların bu ödül sözünü kabul etmeleri, sonucu gerçekleştirecekler bile ödül alma hakkı vermez.
- **Öneri görüşü** kabul edilirse, ödül sözü vermeden önce sonucu gerçekleştiren veya ödül sözünden haberi olmaksızın işi yapan kimse ödül talep edemez. Oysa **tek taraflı borç görüşü** kabul edilirse, ödül sözü vermeden önce veya haberi olmaksızın sonucu gerçekleştiren kimse de ödüle hak kazanabilir.
- **Öneri görüşü** kabul edilirse, ödül sözü verenin sözünden dönmesi mümkün değildir. Çünkü öneri, sahibini belirli şartlarla belirli süre bağlar. Oysa **tek taraflı borç görüşü** kabul edilirse, ödül sözü veren sözünden dönebilir. Bu ilan yoluyla ödül sözü vermenin hukuki niteliğinin öneri olmadığını gösterir.

İLAN YOLUYLA ÖDÜL SÖZÜ VERMENİN ŞARTLARI

1. İlan yapılmış olmalıdır.
2. Bir edim gösterilmiş olmalıdır.
3. Ödül sözü verenin sonucun elde edilmesinde bir menfaati bulunmalıdır.
4. Bir ödül gösterilmelidir.

- **İlan:** Belirli bir konunun az veya çok sayıda, fakat kimlikleri belli olmayan bir topluluğa duyurulmasıdır. Gazete, el ilanı, afiş, tellal, radyo, tv kullanılabilir. Ödül sözü veren fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılara kanuni temsilcilerinin izin vermeleri gerekir.
- **Edim;** ilanda yeter derecede gösterilmeli, belli edilmelidir. Edim mümkün olmalı, hukuka ve ahlaka aykırı olmamalıdır.
- **Menfaat;** ekonomik, sosyal, artistik menfaat olabilir. Ancak, kar elde etme amacına yönelik olmamalıdır. Aksi halde, bir bahis veya piyango söz konusu olur.
- **Ödül;** ilanda gösterilmelidir. Ödül, belirli veya belirlenebilir olmalıdır.

İLAN YOLUYLA ÖDÜL SÖZÜ VERMENİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

- **Sonucun gerçekleştirilmesi** halinde, bunu gerçekleştiren ödüle hak kazanır. Ödül sözü veren ödülü vermek zorundadır.
- Birden çok kişi sonucu gerçekleştirecekse, ödül hepsine mi, bazılarına mı yoksa bir kişiye mi verileceği söz vermenin konusuna göre belirlenir. Söz vermenin amacı, yalnız bir defa ödül vermek yönünde ise ödül sonucu ilk gerçekleştirene verilir. Herkese ödül verme amacı varsa, her birine verilir. Sonuç aynı anda elde edilmişse kura çekilir.
- Ödüllü yarışmada, en iyi sonucu belirleme yetkisi, ödül sözü verene aittir (bir kurul veya jüri de olabilir).

- Ödül sözü veren, sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayabilir, sonucun gerçekleşmesini engelleyebilir. **Cayma** tek taraflı irade beyanıdır, şekle tabi değildir. Ancak topluma duyurulması gerekir. Duyurma aracının aynı olması şart değildir. Cayma geçmişe değil, geleceğe etkili sonuçlar doğurur. Bazı kimseler bazı giderler yapmış olabilirler. **Yapılan giderlerin ödenmesi için**;
 ✓ Giderin ödenmesini isteyen, bu gideri ilana güvenerek yapmış olmalıdır.
 ✓ Bu gider dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmış olmalıdır.
 ✓ Ödül sözü verenin, giderin ödenmesini isteyen, beklenen sonucu gerçekleştiremeyeceğini ispat edememiş olması gerekir. Ödül sözü veren, bunu ispat ederse, gider ödemekten kurtulur. Ödenecek gider, menfi zarardır. Ödenecek giderlerin toplamı, ödülün değerini aşamaz.

27. SÖZLEŞMENİN YORUMLANMASI, TAMAMLANMASI VE UYARLANMASI (TBK - 19)

A. SÖZLEŞMENİN YORUMLANMASI

TBK mad. 19: Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesi ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

Sözleşmenin yorumlanması; geçerli olarak kurulan, fakat uyumsuzluk konusu olan bir sözleşmenin içeriğini, hâkimin, tarafların birbirine uygun sözleşme iradelerine göre belirlemesidir.

Yorumun ön şartı, yorum uyumsuzluğudur. Sözleşmenin yorumu, yani yorum uyumsuzluğu, hâkimin re'sen yapacağı bir işlem değildir, tarafların isteğine bağlıdır. Burada taraflardan biri, sözleşmenin içeriğinin kendi lehine bir hak içerdiğini ileri sürerken, diğer taraf bunu reddeder.

Sözleşmenin yorumlanmasının (yorum uyumsuzluğunun) şartları

1. Sözleşme kurulmuş olmalıdır.

Yorum uyumsuzluğu, ancak geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde söz konusu olur ve sözleşmenin içeriği ile ilgilidir. Sözleşmenin kurulup kurulmadığı tartışmalı ise **uygunluk uyumsuzluğu** söz konusudur. Hâkim sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde irade beyanlarının birbirine uygun olmadığını görürse, sözleşmenin kurulmadığına karar verir. Hâkim sözleşmenin kurulduğuna karar verirse, daha sonra yorum uyumsuzluğunu inceler.

2. Taraflar, sözleşmenin içeriğini farklı şekilde anlamalıdır.

Bir sözleşme ilişkisi için geçerli olan kurallar bütününe sözleşmenin içeriği denir. Külfetlerle birlikte hak ve borçlar, sözleşmenin **şekli içeriğini** oluşturur. Sözleşmenin amacı ise, sözleşmenin **maddi içeriğini** oluşturur. Kurallar; tarafların koyduğu kurallar ve yabancı kurallar olmak üzere ikiye ayrılır. Tarafların koyduğu kurallar sözleşmenin özünü oluşturur, yabancı kurallar ise kanun, örf ve adet ve hâkim tarafından konulan kurallardır.

3. Hâkim, tarafların birbirine uygun gerçek veya farazi iradelerini araştırıp bulmalıdır.

Yorumun amacı, tarafların birbirine uygun gerçek veya farazi iradelerinin tespiti ve bu tespite göre sözleşmenin içeriğinin belirlenmesidir.

Sözleşmenin yorumlanmasının sonuçları

Olumlu sonuçta, hâkim tarafların birbirine uygun gerçek veya farazi iradelere sahip olduklarını tespit eder. Olumsuz sonuçta, tarafların birbirine uygun iradeleri bulunmamaktadır.

Yorum araçları

- 1. Asli yorum araçları:** Sözcükler, yazılar, davranışlar asli yorum araçlarıdır. Sözcükler beyan metninin bir parçası olarak göz önünde tutulmalı, tek başına yorumlanmamalıdır. Buna **yorumda sistematik bağlantı ilkesi** adı verilir.
- 2. Tamamlayıcı yorum araçları:** Tarafların iradelerini göstermeye imkân veren olgulardır. Bunlar genellikle, "hal ve durumlar" ile sözleşme dışı olaylardır. Hal ve durumlar arasında; sözleşmenin kurulduğu yer ve zaman, sözleşme görüşmeleri, sözleşme tasarıları, tarafların tavırları, ifa hazırlıkları, tarafların menfaat ve amaçları, örf, adet ve teamüller sayılabilir. Lafzın tek anlamlı, belirli ve kesin olması haline **beyanda açıklık kuralı** denilir. Tamamlayıcı yorum araçlarına, ancak lafız açık olmadığı zaman başvurulmalıdır.

Yorum kuralları

- 1. Geçmişe dönük yorum kuralı:** Hâkim, sözleşmeyi yorumlarken sözleşmenin kurulduğu zamana inerek tarafların iradelerini araştırır.

2. **Dürüstlüğe dayalı yorum kuralı:** Bu kurala göre yapılacak yorumda göz önünde tutulacak **ilkeler**;

- a. **Objektif yorum ilkesi:** Genel hayat tecrübelerine, güven teorisine göre iradelerin anlamının tespitidir.
- b. **Güven ilkesi:** Tarafların bireysel iradelerinin anlamının tespitinde uygulanır.
- c. **Tümsel yorum kuralı:** Sözleşmenin hükümleri bütün içinde ele alınarak yorumlanmalıdır.
- d. **Lâfzî yorum yasağı kuralı:** Hâkim lâfzî anlamı değil, gerçek ve farazi iradeleri araştırmalıdır.
- e. **Beyanı kaleme alan aleyhine yorum kuralı:** Taraflardan biri metni yazdıysa ve sözcük veya metin iki ayrı anlama geliyorsa bu anlamlardan biri yazan tarafın aleyhine olmalıdır. Örneğin **TBK mad. 23:** Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.
- f. **Sözleşmenin korunması lehine yorum kuralı:** Şüphe halinde sözleşmenin ayakta kalmasına imkan veren anlama öncelik verilmelidir.
- g. **Düzenleyici kurallardan sapan anlaşmaların dar yorumlanması kuralı**
- h. **Borçlu lehine yorum kuralı:** İşçi, kiracı ve tüketiciyi koruma amacı güden sözleşmelerde, yoruma tabi söz ve deyme, şüphe halinde borçlu lehine anlam verilmelidir.

Şekle bağlı sözleşmelerde yorum

Şekle bağlı sözleşmelerde aynen diğer sözleşmelerde olduğu gibi, yorum uyumsuzluğu çıktığında hâkim tarafından yorumlanmalı, tarafların iradeleri tespit edilmelidir.

Şekle bağlı olmayan sözleşmelerin yorumlanmasında başvurulacak yorum kurallarına, ilke ve araçlarına aynen başvurulmalı, o kurallar ve araçlar şekle bağlı sözleşmelerde de geçerli olmalıdır.

Şekil, sözleşme iradesini kapsamıyorsa, sorun, yorum sorunu olmayıp, şekle uymama sorunudur.

B. SÖZLEŞMENİN TAMAMLANMASI

Sözleşmenin tamamlanması; tarafların sözleşmenin içeriğine ilişkin hukuki bir sorunu isteyerek veya istemeyerek düzenlememeleri halinde ortaya çıkan sözleşme boşluklarının doldurulmasına denir.

Sözleşme boşluğu gerçek (açık) ve gerçek olmayan (örtülü) boşluk olmak üzere ikiye ayrılır. **Gerçek boşlukta** taraflar hukuki bir sorunu isteyerek veya istemeyerek düzenlememiştir. Sözleşmede tam bir boşluk vardır. **Gerçek olmayan boşlukta** ise, taraflar hukuki bir sorunu düzenlemiş olmakla birlikte, bunu son derece genel ve soyut bir şekilde düzenlemişlerdir.

Sözleşmenin tamamlanmasının çeşitleri

1. Sözleşmenin taraflarca (iradî) tamamlanması

2. Sözleşmenin düzenleyici kurallarla tamamlanması:

Sözleşmenin düzenleyici kurallarla tamamlanmasından söz edebilmek için, boş bırakılan noktaların düzenlenmesi, tarafların iradesine bırakılmış olmalıdır. Tarafların iradesine bırakılan noktalar, düzenleyici hukuk kurallarının konusunu oluşturur. Taraflar isterlerse, bu kuralların aksini kararlaştırabilirler. Ancak, taraflar bunu yapmamışlar ve bir boşluk meydana gelmişse, bu boşluk düzenleyici hukuk kuralları ile doldurulur.

Emredici hukuk kurallarının söz konusu olduğu yerde, sözleşme boşluğundan söz edilemez.

3. Sözleşmenin hâkim tarafından (kazai) tamamlanması

Sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanmasının şartları

1. Geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme olmalıdır.

2. Taraflar sözleşmenin içeriğini oluşturan hukuki sorunlardan birini, özellikle sözleşmenin **yan noktalarını düzenlememiş, boş bırakmış olmalıdırlar. Yan noktalar üç ihtimal içinde boş bırakılabilir.**

a. Taraflar sözleşmeyi yaparken ikinci derecedeki noktalardan birini **hiç düşünmemişlerdir.**

Hâkim; bu boşluğu düzenleyici ve tamamlayıcı hukuk kurallarıyla doldurur. Bu kurallar yoksa bizzat kendi kural koyar. Hâkim; tarafların farazi iradesini (makul, dürüst bir kişi) esas alır, gerçek iradeleri araştırmaz.

b. Taraflar ikinci derecedeki noktaları **görüşmüşler, ancak bir **anlaşmaya varamamışlardır.****

Hâkim; bu boşluğu düzenleyici ve tamamlayıcı hukuk kurallarıyla doldurur. Yoksa örf ve adet kurallarından yararlanır. Yine yoksa bizzat kendi kural koyar.

c. Taraflar bu noktalar üzerinde anlaşma koşulunu **saklı tutarak bunu ileriye bırakmışlardır.**

Hâkim; işin ve sözleşmenin niteliğine bakarak boşluğu doldurur. Hâkim; tarafların farazi iradesini esas alır. Boşluk dolmazsa, hâkim; boşluğu düzenleyici ve tamamlayıcı hukuk kurallarıyla doldurur.

Esaslı noktalardaki boşluklar

Objektif esaslı noktalar, sözleşmenin asgari zorunlu içeriğini oluşturdukları için, sözleşmenin kurulabilmesi tarafların bunlar üzerinde görüşmüş ve anlaşmış olmalarına bağlıdır. Sözleşmenin objektif esaslı noktalarında boşluk olamayacağından, bunların hâkim tarafından tamamlanması da söz konusu olmaz.

Sübjektif esaslı noktalar üzerinde de taraflar mutlaka anlaşmak zorundadırlar. Aksi halde sözleşmede boşluk değil, sözleşmenin kurulmaması söz konusu olur.

C. SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI

- Borçlar hukukunda geçerli olan ilkelerden biri; **pacta sunt servanda**'dır. Bu ilke, borçlunun sözleşmeye bağlı kalmasını, şartlar ağır şekilde değişse bile, edimini aynen ifa etmesini gerektirir.
- Diğer ilke, **clausula rebus sic stantibus** ilkesidir. Buna göre borçlu, sözleşmenin şartları değişmediği takdirde borcunu ifa ile yükümlüdür. Şartlar değişmişse, borçlunun yükümlülüğü de değişmelidir.

TBK adalet ve dürüstlük kurallarına dayanarak uyarlamayı kabul etmektedir. Uyarlama geleceğe ilişkin bir sorun olup daha ziyade uzun süreli sözleşmelerde uygulama alanı bulur.

Sözleşmenin içeriğinin uyarlanması dar anlamda uyarlamadır. Sözleşmenin hem içeriğinin hem de süresinin yeni şartlara uyarlanması geniş anlamda uyarlamadır.

Uyarlama çeşitleri

1. İradi (taraflarca) uyarlama

Olumlu uyarlamada sözleşmenin değişen şartlara nasıl uyarlanacağı ele alınır. **Olumsuz uyarlamada** ise şartlar değişse bile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmayacağı ele alınır. Taraflar olumlu veya olumsuz uyarlama öngörmemişlerse, sözleşmede uyarlama boşluğu söz konusu olur.

2. Kanuni uyarlama:

TBK'da sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri vaktinden önce haklı sebeplerle olağanüstü fesih imkânı düzenleyen hükümler, olumlu kurallara örnektir. Olumsuz kurallar açıkça düzenlenmiş olabileceği gibi, kanunda nitelikli bir susma şeklinde de düzenlenebilir. Kanun koyucu, TBK mad. 138'de aşırı ifa güçlüğü durumunda genel olarak, TBK mad. 480'de eser sözleşmesinde özel olarak uyarlama ile ilgili iki önemli hüküm koymuştur.

3. Kazai (hâkim tarafından) uyarlama

Sözleşmenin hâkim tarafından uyarlanmasının şartları

1. Geçerli olarak kurulmuş **sözleşmede uyarlama boşluğu olmalıdır**.
Hâkim sözleşmede iradi ve kanuni uyarlama kuralları bulamamalı, yani uyarlama boşluğu olmalıdır.
2. Hâkim, sözleşmeyi değişen şartlara **kendi koyduğu kurallarla uyarlamalıdır**.
Dürüstlük kuralı çerçevesinde hâkim, tarafların farazi iradelerini tespit etmeli ve bu tespite göre sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamalıdır.
3. Uyarlamayı **engelleyen bir durum olmamalı**, özellikle de uyarlamayı isteyen **kusurlu bulunmamalıdır**.
Şartlardaki değişiklik öngörülebilir nitelikte olmamalıdır. Uyarlamayı gerekli kılan şartlar, sözleşmenin kurulmasından gerçekleşen olaylara dayanmalıdır. Şartlar, edimler arasındaki dengeyi önemli ölçüde bozmuş olmalıdır. Aşırı ifa güçlüğü de uyarlama sebebidir.
4. Edimler henüz **ifa edilmemiş** veya **çekince konularak ifa yapılmış** olmalıdır.
Edimler ifa edilmişse veya ifanın aşırı güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutmadan ifada bulunulmuşsa uyarlama söz konusu olmaz. Kısmi ifade, kalan kısım için uyarlama istenebilir. Çekince konularak yapılan ifade da uyarlama istenebilir.

Uyarlamanın sonuçları

Hâkim, sözleşmeyi uyarlamaya karar verirse, her iki tarafın menfaatini göz önünde tutarak sözleşmenin amaç ve anlamına en uygun uyarlama şeklini seçmelidir. Hâkim, tarafların talepleriyle bağlıdır. Taraflardan biri, sonuca razı olduğunu ifade ederse, hâkim sözleşmenin feshine karar veremez.

2. KISIM:

DOĞRUDAN DOĞRUYA KANUNDAN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ

1. Haksız fiilden doğan borç ilişkileri
2. Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri
3. Fiili sözleşmeden doğan borç ilişkileri

28. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ (SORUMLULUK HUKUKU)

Haksız fiili düzenleyen kurallar “sorumluluk hukukunu” oluşturur. Geniş anlamda haksız fiil kavramı, hem kusur hem de kusursuz sorumluluğu içerir.

A. SORUMLULUK KAVRAMI, SORUMLULUK HUKUKUNA İLİŞKİN İLKELER

... ile sorumluluk: Borcunu tam ve gereği gibi yerine getirmeyen borçlunun malvarlığına, alacaklının devlet organları aracılığıyla el koyması durumunu ifade eder. Borçlu, alacaklıya karşı malvarlığı ile sorumludur.

... den sorumluluk: Bir kişinin, hukuk düzeninin koymuş olduğu genel bir hukuk ödevine ya da hukuki ilişkiden doğan özel bir yükümlülüğe aykırı davranışından doğan sorumluluğu ifade eder. Bir kişinin diğer bir kişiye vermiş olduğu sözleşme içi ve sözleşme dışı zararlardan doğan sorumluluk söz konusu olur.

Sorumluluk hukukunun çeşitli anlamları

1. **Geniş anlamda sorumluluk hukuku:** Hem sözleşme hem de sözleşme dışı sorumluluğu kapsar.
2. **Dar anlamda sorumluluk hukuku:** Sadece sözleşme dışı sorumluluğu kapsar.
3. **En dar anlamda sorumluluk hukuku:** Yalnız özel kanunlarda düzenlenmiş kusursuz sorumluluk (sebeb ve tehlike sorumluluğu) ifade edilmektedir.

Biz sorumluluk hukukunu **dar anlamda sorumluluk hukuku** olarak anlamaktayız. Bu anlamda sorumluluk hukuku, sözleşme dışı zararlardan doğan tazmin yükümlülüğünü düzenleyen objektif kurallar bütünüdür.

Sorumluluk sebepleri (ilkeleri)

Zararın başka bir kişiye aktarılmasını haklı gösteren sebeplere sorumluluk sebepleri denir. Sorumluluk sebeplerinden birinin mevcut olması halinde, zarar gören, uğradığı zararın tazminini başka bir kişiden isteyebilir. Sorumluluk sebepleri **üçe ayrılır:** 1. Kusur 2. Sözleşme 3. Kanun

Hukuki sorumluluğun türleri

1. Kusur sorumluluğu
2. Kusursuz sorumluluk (sebeb sorumluluğu)
3. Hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk (fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi)

1. KUSUR SORUMLULUĞU

Sorumluluğun en önemli unsuru kusurdur, sorumluluğun **kurucu unsurudur**. Bu nedenle, sorumluluğun doğması için zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurlarından başka zarar verenin davranışının kusurlu olması da gerekir. **Kusur olmadan sorumluluk olmaz ilkesi** geçerlidir.

TBK mad. 49: Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

TBK’da kusur sorumluluğu kural, diğer sorumluluk halleri istisnadır.

2. KUSURSUZ SORUMLULUK (SEBEP SORUMLULUĞU)

Bu sorumluluğun gerçekleşmesi için, sorumluluğu doğuran olay ile zarar arasında sebep - sonuç ilişkisinin varlığı yeterlidir. Kusur, sebep sorumluluğunda kurucu bir unsur olmaktan çıkmıştır.

Burada sorumluluk, kusur yerine, kanunun öngördüğü belirli bir olguya bağlanmıştır. Bu olgulara; gözetim veya objektif özen ödevinin ihlali, tehlikeli bir işletme veya nesneye sahip olma gibi olgular örnek gösterilebilir.

Kusursuz sorumluluğu gerektiren nedenler:

a. Teknik gelişmeler:

Kusursuz sorumluluk, endüstri devrimiyle birlikte modern toplum ve uygarlığın zorunlu kıldığı bir sorumluluk türüdür.

b. Kusurun yetersizliği:

Günümüzde enerji kaynakları, ulaşım araçları ve üretimde kullanılan makineler, o derece hızlı, karmaşık ve büyük boyutlar kazanmıştır ki, artık gerekli her türlü tedbir alınsa bile, zararın doğumunu önlemek çoğu zaman imkânsız hale gelmiştir.

Bu nedenle tehlikeli faaliyette bulunan kimseler, bunlardan yarar sağladıkları için, sebep oldukları zararı da gidermek zorundadırlar. Burada, **yarar – zarar (nimet – külfet)** ilişkisi söz konusudur.

c. Kusursuz sorumluluğu gerektiren fikirler:

- 1) **Hakkaniyet fikri:** Hakkaniyet gerektiriyorsa, zarar veren kusurlu olmasa bile, sebep olduğu zararı tazmin etmelidir. Burada, zarar veren ile zarar görenin ekonomik durumlarının karşılaştırılması söz konusudur.
- 2) **Tehlike fikri:** Başkaları için tehlikeli bir durum yaratan kimse, bu tehlikeden doğan zararları gidermelidir. Tehlikeli faaliyet, işletme veya şeyden yararlanan kişinin, doğan zararı da üzerine alması adalet fikrine uygundur.
- 3) **Hâkimiyet fikri:** Bir kimsenin hâkimiyet alanında bulunan bir şey veya bir insan, başkasına zarar vermişse, sorumluluk hâkimiyet sahibine ait olmalıdır.

Sosyal adalet, dayanışma, hâkimiyet alanı, hakkaniyet, yarar – zarar düşünceleri nedeniyle bazı faaliyet alanlarında kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir.

Kusursuz sorumluluk genellikle başka kişilerin davranışından sorumluluğu ifade eder. Kusursuz sorumluluğa tabi olan bir işletme ve faaliyette, işler çoğu zaman yardımcı kişiler eliyle yürütülür. Sorumlu kişi, çalıştırdığı yardımcı kişilerin zarara sebep oldukları davranışlardan da sorumludur.

İnsan iradesi dışında meydana gelen ve zarara sebep olan tabiat olaylarına, **umulmayan hal** veya **beklenmedik hal** adı da verilir. Bu tür sorumlulukta, zarar beklenmedik bir hal sonunda meydana gelse bile, sorumlu kişi, zararı gidermek zorunda kalır. Ancak, mücbir sebep, ilke olarak sorumluluğu ortadan kaldırır. Zira mücbir sebep (ayrıca zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru) halinde illiyet bağı kesilmektedir.

Kusursuz sorumluluğun türleri:

a. Hakkaniyet sorumluluğu

TBK mad. 65: Hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.

b. Özen sorumluluğu (olağan kusursuz sorumluluk)

Kusursuz sorumluluğun en hafif şeklidir. Özen sorumluluğu, belirli bir tesis, işletme veya faaliyetin özel tehlikelilik haline bağlanmamış, sadece kanunda öngörülen objektif özen ödevinin ihlaline dayanan bir kusursuz sorumluluk türüdür.

Olağan sebep sorumluluğu **halleri**; adam çalıştıranın, yapı malikinin, hayvan bulunduranın, ev başkanının ve taşınmaz malikinin sorumluluğudur.

Kusur sorumluluğunda zarar gören kusuru **ispat etmek** zorundadır. Kusursuz sorumlulukta zarar veren kanun gereği kusurlu sayılmaktadır. Zarar veren kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır.

Özen sorumluluklarının birçoğu, kusur sorumluluğuna oldukça yakındır. Özellikle adam çalıştıranın, hayvan bulunduranın ve ev başkanının sorumluluğunda böyledir. Özensizlik isnadı, kusurun biraz daha objektifleştirilmiş halidir.

Sorumlu, özen ödevinde noksanlık yapmadığını, gerekli her türlü özeni gösterdiğini veya gerekli özeni göstermiş olsaydı bile zararın yine de gerçekleşeceğini ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulabilir. Bu tür özen sorumluluğuna kurtuluş kanıtı getirme imkânı olan **olağan özen sorumluluğu** denir.

Yapı malikinin sorumluluğunda sorumluluğun sebebi, özensizlik olmayıp, yapım bozukluğu veya bakım eksikliğidir. Yapı maliki gerekli her türlü özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Yapı malikinin sorumluluğu, kurtuluş kanıtı getirilemeyen, **ağırlaştırılmış özen sorumluluğu** olmakta ve böylece tehlike sorumluluğuna yaklaşmaktadır. Tehlike sorumluluğunda da özel kurtuluş nedenleri yoktur. Sadece genel kurtuluş nedenleri, yani illiyet bağını kesen sebepler, sorumluluğu ortadan kaldırır.

Özen sorumlulukları özel bir kanuna veya kanun hükmüne dayanmalıdır.

c. Tehlike sorumluluğu (TBK mad. 71)

Kusursuz sorumluluğun en ağır şeklidir. Kanun koyucular, çevre için önemli ölçüde tehlike arz eden bazı işletmelerin faaliyetinden doğan zararlı sonuçların giderilmesi hakkında tehlike sorumluluğunu öngörmüşlerdir. Özellikle motorlu taşıt araçları, tren, uçak ve gemi işletmeleri, enerji, işletmeleri, atom reaktörleri, barajlar vs. örnek gösterilebilir. Bu işletmelerin diğerlerine oranla çevreye zarar verme yönünden daha büyük bir tehlike eğilimi vardır. Dolayısıyla, bu işletmeleri işletenler, faaliyetleri yürütenler, bunların sebep oldukları zararı tazmin etmek zorunda bırakılmışlardır.

Tehlike işletmenin işletilmesi, faaliyetin yürütülmesi ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması, sorumluluk için yeterlidir. İşletenin kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi hiçbir etkiye sahip değildir.

Tehlike sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu değildir. Fiil kavramı insan davranışını ifade eder. Tehlike sorumluluğunda bir fiil, bir insan davranışı yoktur, bir işletme veya faaliyet söz konusudur. Haksız fiildeki haksız kavramı tehlike sorumluluğunda söz konusu değildir. Tehlike sorumluluğunda, kendisine sorumluluk bağlanan olgu yetkili makamlar tarafından tanınmış, işletilmesi, yürütülmesi için ruhsat verilmiş olgu olup, hukuka uygun nitelik taşır. Haksız bir olgu değil, tehlikeli bir olgu vardır.

Tehlike sorumluluğunun şartları (TBK mad. 71)

TBK mad. 71: Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.

1) Tehlike kaynağı bir işletme olmalıdır.

2) Bu işletme, her türlü özen gösterilse bile, mahiyeti icabı veya faaliyete geçmesi için kullanılan malzeme, araç ve güçlerin tür ve niteliği itibarıyla **çevreye sık sık veya ağır biçimde zarar veren bir işletme olmalıdır.**

3) İşletmeye özgü tipik tehlike ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

Bu tür sorumlulukta **kurtuluş kanıtı söz konusu olmaz.** İşletme sahibi bu işleri yapan uzman bir kişiden beklenen her türlü özeni göstermiş olduğunu ileri sürerek bunu kanıtlasa bile, yine sorumluluktan kurtulamaz.

Zarar görenin ağır kişisel kusuru illiyet bağıni kestiği için işletme sahibi sorumluluktan kurtulur. Mücbir sebep ve üçüncü kişinin ağır kusuru, her olayda, her zaman mutlaka illiyet bağıni kesmez.

3. HUKUKA UYGUN MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUK (fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi)

Müdahale unsurları;

- Müdahale ile üçüncü kişinin hukukça korunan bir varlığı ihlal edilmelidir.
- Müdahale bir insan davranışıyla yapılmalıdır, tabi olaylar müdahale değildir.
- Müdahale sonucu olan zarar, aktif bir davranışa, bir yapma fiiline dayanmalıdır.
- Davranışla ihlal arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.
- Müdahale, zarar verme ile karıştırılmamalıdır. Her müdahale, üçüncü kişiye zarar vermez. Hukuk düzeni, bir hakkın ihlaline izin veriyorsa hukuka uygun müdahaleden söz edilir.

TBK'da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin hukuki temeli MK mad. 730/2 hükmüdür. Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.

Bu tür sorumlulukta sorumluluk sebebi, kusurlu bir davranış veya tehlikeli bir faaliyet değildir. Burada hukuki değerler çatışmasında kanun koyucu **üstün hukuki değere**, daha düşük hukuki değer karşısında bir **öncelik**, bir ayrıcalık tanımakta, üstün değer uğruna düşük değerini feda edilmesine izin vermektedir.

Ancak, bu suretle bozulan çıkar dengesinin yeniden kurulması amacıyla hukuk alanına müdahale edilen, fedakârlıkta bulunan, zarara uğrayan kimseye de tazminat hakkı verilmektedir.

Hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluğu tehlike sorumluluğundan ayıran husus; müdahale sorumluluğunda kanun koyucu zarar vermeye izin vermektedir. Oysa tehlike sorumluluğunda zarar vermeye izin verilmemiştir, sadece soyut tehlikeye müsaade edilmiştir.

Fedakârlık sorumluluğu kusursuz sorumluluktur.

Sözleşme dışı sorumluluk – Sözleşme sorumluluğu kavramları

Geniş anlamda sorumluluk, sözleşme dışı sorumluluk – sözleşme sorumluluğu diye ikiye ayrılır. Her iki sorumluluk da amaç itibarıyla bir kişinin başka bir kişiye vermiş olduğu zararı gidermeye yöneliktir. Sorumlulukta hâkim olan ilke **kimseye zarar verme ilkesidir.**

Bireylerin davranışlarını uydurmak zorunda oldukları hukuki yükümlülükler, **genel** yükümlülükler, **özel/nispi** yükümlülükler diye ikiye ayrılır.

Genel yükümlülükleri içeren hukuk kuralları; genel, objektif ve soyut nitelikte olup herkesi bağlar. Emredici hukuk kurallarıdır. **Özel/nispi yükümlülükler** herkese yönelmeyip, belirli bir veya birkaç kişiyi bağlar.

Özel/nispi yükümlülükler **asli** ve **yan** yükümlülükler diye ikiye ayrılır.

- Sözleşmeden doğan özel bir yükümlülük, yalnız borçlu tarafından ihlal edilebilir. İşte, **özel** yükümlülüğe aykırı davranış sonucunda borçlunun, alacaklıya vermiş olduğu zararın tazmin yükümlülüğüne

sözleşme sorumluluğu denir. **Sözleşme dışı sorumlulukta**, hukuk düzeninin herkese yüklediği genel ve objektif bir yükümlülüğün ihlalinden doğan zarardan sorumluluk söz konusu olmaktadır.

- Bir diğer fark, taraflar arasında zarardan önce hukuki bir ilişkinin mevcut olup olmamasında görülür. Sözleşme sorumluluğunda, zarar verenle zarar gören arasında zararın gerçekleşmesinden önce özel bir hukuki ilişki vardır. Sözleşme dışı sorumlulukta genel ödevin ihlalinden önce böyle ilişki mevcut değildir.

Sorumluluk hukukunun tarihi gelişimi(dört safha)

- a. Kısas ilkesi
- b. Hukuki sorumluluğun cezai sorumluluktan ayrılması
- c. Kusur sorumluluğu ilkesinin kabulü
- d. Kusursuz sorumluluğun kabulü

Kusursuz sorumluluk ilkesi sanayi toplumunun bir ürünüdür.

Sorumluluk hukukundaki yeni eğilimler

Modern sorumluluk hukukunun başlıca amaçlarından birisi, odak noktası, öncelikle zarar göreni ele almak ve onun uğradığı zararı imkân ölçüsünde karşılamak ve gidermektir.

Sorumluluk hukukunun amaçları

- **Zararı denkleştirme (giderme) amacı**

Bu amaç, zararın zarar gören üzerinde kalmayıp, ondan alınarak bir başkasına ve özellikle zarar verene yükletilmesi, aktarılmasıdır. Tazminat hukuku adı da verilen sorumluluk hukukunun ilk ve başlıca amacı, zarar görene, zarar verene karşı zararın tazmin edilmesi talebinin tanınmasıdır.

- **Zararı önleme amacı**

Kusur sorumluluğunda, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışın sonuçlarına tazminat yaptırımını bağlamak, herkesi davranışlarında daha dikkatli olmaya sevk eder. Önleme fikri, kusur sorumluluğu dışında, tehlike sorumluluğunda da rol oynar.

Zararı denkleştirme (giderme) amacı, kötü sonuç olduktan sonra gerçekleşir. Oysa önleme amacıyla, kötü sonuç meydana gelmeden nasıl önleneceği fikri hâkimdir.

- **Tazminat talebinde ihlal edilen hakkın devamı amacı**

İhlal edilen hakkın yerine, zarar görenin, zarar verene karşı sahip bulunduğu tazminat talebi geçmektedir. Başka bir deyişle, ihlal edilen hak, tazminat hakkı şeklinde devam etmekte, varlığını bu talep ile sürdürmektedir.

29. KUSUR SORUMLULUĞU (DAR ANLAMDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU)

Kusur sorumluluğu, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla sözleşme dışında diğer bir kimseye vermiş olduğu zararın giderilmesini düzenleyen sorumluluk türüdür. Kusur, sorumluluğun kurucu unsurudur. **Haksız fiil sorumluluğu** veya **sübjektif sorumluluk** da denilir.

HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI

- | | |
|-----------------------|---------------------|
| 1. Fiil (davranış) | 4. Kusur |
| 2. Zarar | 5. Hukuka aykırılık |
| 3. Uygun illiyet bağı | |

1. FİİL

Hukuki değerlerin ihlali ve bundan doğan zarar, kusur sorumluluğunda insan fiiline (davranışına) dayanır. **Davranış**, insanın bir şey yapmaya veya yapmamaya ilişkin bilinçli, irade ürünü bir hareket tarzıdır. Davranış maddi ve psikolojik (manevi) iki unsurdan oluşur. **Maddi unsur**, müspet veya menfi şekilde dışa yansıyan vücut hareketidir. **Manevi unsur** ise, bu hareketin dışa yansımalarının irade ürünü olmasıdır.

Vücut hareketine dönüşmemiş insan düşünce tutumları, fiil, davranış niteliği kazanamaz. Bunlar, insanın iç âleminde oluşan ve orada kalan düşünce, tasavvur veya duygulardır.

İradeden yoksun bir davranış umulmayan bir olay, beklenmedik bir hal niteliği taşır. Bu nedenle, irade ürünü olmayan vücut hareketlerinin, insan davranışı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Davranış çeşitleri:

Kusurlu-kusursuz, müspet-menfi, hukuka uygun-hukuka aykırı olmak üzere üç ana bölüme ayrılır.

a. Olumlu davranış (bir şey yapma)

Özellikle kusur sorumluluğunda zararlı sonucu doğuran sebep, çoğunlukla olumlu bir davranıştır. Olumlu davranış, dış dünyada fark edilen bir eylem, yani bir şey yapmadır. Burada vücut, hareketli ve aktiftir.

b. Olumsuz davranış (bir şey yapmama)

Yapılması gereken bir hareketi yapmama olarak tanımlanabilir. Bir kimse, hareketsiz kalacağı yerde, belirli bir harekette bulunsaydı, hukuken önem arz eden sonuç meydana gelmeyecek idiyse, yapmama fiili, zararlı sonucu doğuran bir davranış sayılmalıdır. Örneğin bir çukur açan kişinin yolcuların çukura düşüp zarara maruz kalmamaları için gerekli tedbiri almaması, annenin çocuğunu emzirmemesi, başlamakta olan bir yangını söndürmeyen veya gerekli yerlere haber vermeyen bir bekçinin davranışı zararlı sonucun sebebidir.

2. ZARAR

Zarar, sorumluluğun, tazminat borcunun en önemli unsurudur. Sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğabilmesi için, haksız fiillerde hukuka aykırı bir davranış, tehlike sorumluluğunda tipik tehlikenin gerçekleşmesi, olağan sebep sorumluluğunda objektif özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda belirli bir zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Zarar olmayan yerde hukuki sorumluluk yoktur. Çünkü sorumluluk hukukunun başlıca amacı zararı karşılamaktır.

Dar anlamdaki zarar, teknik anlamdaki maddi zarar ifade eder. Maddi zarara, mal varlığı zararı da denilir. **Geniş anlamdaki zarar** ise, bir kişinin mal varlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Türk hukukunda zarar sözünden daha çok maddi zarar kavramı anlaşılmaktadır.

Maddi Zarar:

Bir kimsenin iradesi dışında mal varlığında meydana gelen eksilmeye **maddi zarar** denir. **Üç unsur** vardır:

a. Mal varlığı

Ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin (varlıkların) meydana getirdiği bir bütündür. Aktif ve pasif unsurlardan oluşur. Aynı haklar, alacak hakları, fikri ve sınai haklar mal varlığının en önemli unsurunu oluşturur. Zarar görenin gelecekte elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali de mal varlığını oluşturan unsurlar arasındadır.

Kişilik hakkı mal varlığı kapsamına girmez. Ancak, kişiliği oluşturan hukuki değerler, bazen mal varlığını etkileyebilirler. Kişilik hakkının ihlali, mal varlığında bir eksilmeye yol açmıyorsa mal varlığı kavramı içinde yer almazlar. Bu takdirde, zarar görenin şahıs varlığında bir eksilme manevi zararı oluşturur.

b. Mal varlığının eksilmesi

Bu azalma mal varlığını oluşturan aktif değerlerin eksilmesi veya pasiflerin artması şeklinde olur.

Zarar, yani mal varlığındaki eksilme, zarar görenin zarar verici olaydan sonra mal varlığının gösterdiği durum ile bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktan ibarettir. Zararın tespiti için zarar görenin mal varlığının gösterdiği iki durum arasındaki fark bulunmalıdır.

Bu anlamda zarar, zarar görenin zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaatinden ibarettir. Maddi zararın menfaat veya menfaat farkı olarak anlaşılmasının kaynağı, Mommsen'in **menfaat teorisine (fark teorisi)** dayanmaktadır.

Maddi zarar; fiili zarar ve yoksun kalınan kar olmak üzere ikiye ayrılır. Şeye verilen zararda, her zaman, zarar görenin bütün mal varlığını tespit etmek ve bu suretle bütün mal varlığının iki defa bilançosunu yapmak gerekmez. Yalnız bir mal varlığı değeri yok edilmişse mal varlığının tamamını iki defa hesaplamaya gerek yoktur.

c. Azalmanın irade dışı meydana gelmesi

Mal varlığı bir kişinin kendi iradesiyle (devretme, tüketme, yok etme, masraf) azalmışsa, bu azalma bir zarar olarak nitelendirilemez. Ancak, devir, tüketim veya gider korkutma ya da aldatma sonucu yapılmışsa, bu azalma irade dışı olacağından, zarardan bahsedilir. Azalma kısmen irade içinde, kısmen irade dışında karma şekilde meydana gelebilir. Örneğin normal bakım giderleri zarar görenin iradesi dışındaki zararlardır, normalin üstündeki (lüks) giderler ise irade içi olacağından zarar olarak nitelendirilemeyecektir.

Maddi zarar çeşitleri:

a. Fiili zarar

Zarar görenin malvarlığının mevcut net durumda iradesi dışında meydana gelen fiili azalmaya denir. Fiili azalma, malvarlığının **aktif kısmının eksilmesi** veya **pasif kısmının artması** şeklinde olabilir.

b. Yoksun kalınan kar

Olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmadır.

Örneğin, A, B tarafından yaralandığı için çalışmamakta, elde edebileceği kazançtan yoksun kalmaktadır.

Fiili zarar ile yoksun kalınan kar arasındaki **fark**; fiili zararda zarar görenin hali hazırda sahip olduğu şeyler azalırken, yoksun kalınan karda sahip olabileceği şeyler azalmaktadır.

Bazen aynı olay sonunda fiili zarar ile yoksun kalınan kar **birlikte gerçekleşebilir**. Örneğin, kaza sonrası arabanın tamir giderleri ile arabanın değer kaybetmesi fiili zarardır, kişinin çalışmadığı sürece kazanamadığı gelir de yoksun kalınan kardır.

Yoksun kalınan kar, **hem kişiye hem de şeye** verilen zararlarda söz konusu olabilir. Örneğin, adam öldürülmesi halinde desteklerini kaybeden kişilerin uğradıkları zarar yoksun kalınan kardır.

Yoksun kalınan karda, zarar görenin önce zarar verici eylem olmasaydı, bir gelir elde edeceğini ve sonra söz konusu eylemin bu gelirin elde edilmesini engellediğini **ispat etmesi gerekir**. Elde edilecek kazançla zarar verici olay arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir.

Yoksun kalınan karın **hukuk ve ahlaka uygun bir gelir olması** gerekir.

c. Kişiyeye verilen zarar (bedensel zarar)

Adam öldürme veya beden bütünlüğünün ihlali sonunda malvarlığında meydana gelen eksilmelerdir.

d. Şeye verilen zarar

Maddi malların ihlali dolayısıyla doğan zarardır.

e. Diğer zararlar

Özellikle hayat, vücut bütünlüğü ve sağlık dışında kalan kişilik haklarına (şöhret, itibar ihlali gibi) ilişkin değerlerin ihlalinin kaynaklanan zararlardır.

f. Doğrudan doğruya zarar – dolaylı zarar (takip eden, refakat eden, eşlik eden zarar)

Daha çok illiyet bağıyla ilgili bir ayrımdır. Zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar, doğrudan doğruya zarar, diğerleri ise dolaylı zarardır.

Zarar tazminini isteme hakkı, doğrudan doğruya zarar görene tanınmış bir haktır. Üçüncü kişilerin bu hususta zarar verenden tazminat isteme hakları yoktur. Buna karşılık, alacaklı kişinin koruma alanı içinde bulunan yakınları ve özellikle aile üyeleri ile borçlu arasında mevcut olan koruma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle tazmin yükümlülüğü doğar.

Diğer taraftan, borçlu, ifa yardımcıları ile koruma yardımcılarından zarar verici davranışlarından da alacaklı veya koruma alanındaki yakınlarına karşı sorumludur.

g. Menfi zarar – müspet zarar

Menfi zarar; sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; **müspet zarar** ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder.

h. Somut zarar – soyut zarar

Somut veya subjektif zarar anlayışında, zarar, ihlal edilen değer, mal varlığının bütünü içindeki yeri ve zarar gören için arz ettiği subjektif değer ve önemi üzerinden hesaplanır. **Soyut veya objektif zarar anlayışında** ise, ihlal edilen varlık tek başına ele alınır ve bunun piyasadaki objektif değer, zarar hesabında esas alınır.

Manevi Zarar:

Bir kimsenin, kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Üç unsurdan oluşur: Bunlar, kişilik değerlerinin zarar görenin iradesi dışında eksilmiş olmasıdır.

Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, isim, resim, şeref, haysiyet, ticari itibar gibi değerler kişilik hakkını oluşturur. Bu değerlere saldırı, objektif olarak bir eksilmeyi ifade eder (**objektif teori** denir).

Manevi zararın tazmin edilebilmesi için sadece objektif unsur yeterli değildir, subjektif unsurun da gerçekleşmesi gerekir. **Sübjektif unsur** ise, zarar görenin söz konusu ihlal sonucu kişiliğinde objektif olarak meydana gelen bu eksilmeyi yaşaması, hissetmesi, acı, elem, ızdırap duymasındır. Kişinin yaşama sevincinde eksilme hissetmesi, huzur, rahatlık ve mutluluk duygularının azalması, iç dengesi ve ruhsal bütünlüğünün sarsılması gerekir.

Lorenz sübjektif teoriyi eleştirmekte ve reddetmektedir. Ona göre sübjektif unsur kişinin psikik durumuyla ilgilidir ve bunun derecesi bilimsel olarak tam ve kesin belirlenemez, ölçülemez, kişiden kişiye değişir. Yazar, tazmini gerekli manevi zarar olarak sadece tecavüz fiilinin, zarar görenin kişisel bütünlüğünde doğrudan doğruya meydana getirdiği objektif eksilmeleri görmektedir.

Biz objektif görüşü benimsemekle birlikte, belirli yoğunluktaki duygusal zararları da tazmini gerekli manevi zararlar arasında saymaktayız. Kişilik değerleri; maddi, duygusal ve sosyal kişilik değerleri olmak üzere üçe ayrılır. Bu değerlerin herhangi birinde irade dışında meydana gelen her objektif eksilme, manevi zarardır.

Sübjektif teori kabul edildiği takdirde, tüzel kişiler ile ayırt etme gücü olmayanların, bilinçlerini kaybeden kişilerin acı ve ızdırap duyma yetenekleri olmadığı için, bunların manevi zarara uğramaları ve manevi tazminat davası açabilme imkânları kalmayacaktır. Oysa bunların da kişilik değerleri vardır. Ayrıca bu teori eşitlik ilkesine de aykırıdır. Acı, ızdırap belirsiz, keyfi ve sübjektif bir unsurdur, tam belirlenemez.

Zararın Nitelikleri

- a. **Kesinlik (belirlilik):** Kesin zarar, belirli veya belirlenebilir bir zarardır. Muhtemel zarar, gerçekleşmemiş olduğu için tazmin edilmez.
- b. **Şahsilik:** Tazminat talebinin yalnız zarar gören alacaklıya veya istisnaen yakınlarına ait olmasıdır.
- c. **Doğrudan doğrualık**

3. UYGUN İLLİYET BAĞI

Gerçekleşen zarar ile sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine denir. İlliyet bağı, sorumluluğun asli şartı, tazminat hukukunun temel ilkesidir. Bu şart olmaksızın bir kişinin sorumluluğu düşünülemez. Kusursuz sorumlulukta illiyet bağı daha fazla önem taşımaktadır.

Felsefi sebep: Sonucu meydana getirebilecek **birçok zorunlu şartın bir araya gelmesiyle** oluşur.

Tabii sebep: Felsefi sebep kavramının tam aksini ifade eder. Bu görüşe göre sonucu meydana getiren **şartlardan her biri** sebep adını alır.

Felsefi sebep kavramı, sorumluluk hukukunda uygulanmaz. Felsefi düşüncede bugünkü bir olay, yaradılışın ilk günündeki bir olayın ürünü sayılabilir. Böyle bir illiyet anlayışı kör bir determinizm olur ki, bunun sonucunda herhangi bir sorumlu kişi bulunamaz.

Hukuki Sebep ve İlliyet Teorileri

Hukukta sebep kavramı, felsefede olduğu gibi şartlar bütününden ibaret değildir. Hukukta daha çok, sonucu meydana getiren şartlardan yalnız birine veya birkaçına sebep adı verilir.

- a. **Şart teorisi:** Tabii sebep kavramından hareket eder. Şartlardan her biri sebep adını alır. Sonucu meydana getiren şartlardan herhangi birini gerçekleştiren kişi, yalnız bu şartı gerçekleştirmiş olması sebebiyle zararlı sonuçtan sorumludur. Sorumluluk için, bu kişinin diğer şartları da gerçekleştirmiş olması gerekmez.
- b. **Uygun illiyet bağı teorisi:** Türk hukukunda hâkim teoridir. Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibarıyla meydana

getirmeye genel olarak elverişli olan ve bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şart ile sonuç arasındaki bağıdır.

Böyle bir sebebe **uygun sebep**, sonuca ise **uygun sonuç**, illiyet bağına da **uygun illiyet bağı** denir.

Uygun illiyet teorisinin **iki görevi** vardır: **Sorumluluğu kurma** ve **sorumluluğu sınırlama**

Hareket noktası, zorunlu şart kavramı, yani tabii illiyet bağıdır. Fiil ile zarar arasında tabii illiyet bağına varlığı tespit edildikten sonra, yani fiil, zararın zorunlu şartlarından biri ise, bu fiilin aynı zamanda zararlı sonucun uygun sebebi olup olmadığı araştırılır.

Uygun illiyet teorisi; zarar vereni, hareketinin objektif ihtimal dâhilindeki uygun ve tipik sonuçlarından sorumlu tutarken, kimsenin objektif olarak önceden öngöremeyeceği, her türlü ihtimal dışı, fevkalade durumların birleşmesi sonucu, tesadüfî bir şekilde meydana gelen zararlardan doğan sorumluluktan kurtarma amacını gütmektedir.

Zararlı sonucu meydana getiren uygun şartın tespitinde kabul edilen görüş, **objektif olarak sonradan tahmin görüşü**dür. Bu görüşe göre, hâkim tarafından uygunluk hükmünün verilmesinde, sorumluluğu doğuran davranış veya olay yanında nazara alınacak şartlar, önceden değil, sonradan (ex post) değerlendirilmelidir. Fiilin işlendiği anda mevcut olup, o anda veya sonradan herhangi bir şekilde bilinebilecek her şart hesaba katılmalıdır.

Teorinin eleştirilmesi:

- Uygun illiyet kavramı kesin ve belirli bir kavram değildir.
- Uygun illiyet kavramı keyfiliğe yol açmaktadır.
- Kabul ve ret gibi katı bir ilkeye dayanmaktadır. Hâkim iki alternatiften birini seçmek zorunda kalmaktadır. Oysa uygunluk kavramı derecelendirilmeye müsait, nispi bir kavramdır.
- Bazı yazarlar, teorinin yalnız kusursuz sorumlulukta bir değer taşıdığını, kusur sorumluluğunda bu teorinin gereksiz olduğunu ileri sürmektedirler.
- Sonradan objektif tahmin görüşü, şart teorisine dönüşten başka bir şey değildir. Çünkü sonradan, bütün şartlar öğrenilmiş olacaktır. Şart teorisini reddeden teorinin bu dönüşü çelişkidir.
- Bu teori, illiyet sorunu ile kusur sorununu birbirine karıştırmaktadır.

Sebeplerin Çokluğu

Zararlı sonucu birden çok sebebin meydana getirmesi mümkündür. Buna **sebeplerin toplanması** veya bir araya gelmesi denir. Bu hususta **üç ayrı ihtimal** ele alınacaktır.

a. Ortak illiyet	b. Yarışan illiyet	c. Seçimlik illiyet
------------------	--------------------	---------------------

Ortak illiyet

Hiç biri tek başına yeterli olmayıp, ancak bir araya gelmek suretiyle zararlı sonucu doğuran sebepler topluluğuna denir. Sebeplerden her birine ortak sebep veya kısmi sebep adı da verilebilir.

Ortak illiyetin en belirgin şekli, zararlı sonucun birden çok kişinin kusurlu davranışıyla meydana gelmesi halinde görülür. Örnek olarak ağır bir kasayı birden çok kişinin beraber taşıyıp çalması gösterilebilir.

Kusurlu ortak illiyet: Birden çok kişi arasında hem kusur hem de illiyet yönünden ortaklık olmasıdır. Örnek, kasayı çalan kişiler ortak kusurludurlar. Kusurlu davranışlar kasti veya ihmali olabilir.

Ortak kast halinde, birden çok kişi önceden anlaşmakta, zararlı sonuç bilerek istenmektedir.

Ortak ihmalde, taraflar birbirinin davranışından haberdardır, ama zararlı sonucu istememektedirler.

Yalın ortak illiyet: Kişiler arasında birlikte hareket iradesi yoktur, birbirlerinden haberli bile değildir. Örnek, iki hemşire birbirinden habersiz hastaya belirli bir dozda ilaç vermekte ve iki doz bileşimi fazla geldiğinden hasta ölmektedir. Aslında her bir doz ölüm için yeterli değildir. Bu tür ortak illiyette sebepler tesadüfen bir araya gelmektedir. Sebeplerden hiç biri tek başına zararlı sonuç için elverişli değildir. **Tamamlayıcı illiyet** de denilir.

Yarışan illiyet

Birden çok sebeplerden her birinin zararlı sonucu aynı zamanda birbirinden bağımsız olarak tek başına meydana getirmeye elverişli olduğu hallerde yarışan illiyet vardır. Yarışan illiyette müteselsil sorumluluk vardır.

- Her sebep, tek başına zararlı sonucu meydana getirmeye elverişli olmalıdır.
- Sebeplerden her biri aynı anda gerçekleşmiş olmalıdır. Aynı anda olmazsa yarışan illiyet değil, **farazi illiyet** söz konusu olur.

Seçimlik illiyet

Zararlı sonucu, Birden çok sebepten yalnız biri fiilen meydana getirmiş olmakla beraber somut olayda bu sebebin hangisi olduğu bilinemediği takdirde seçimlik illiyetten söz edilir.

Kesin olarak bilinen husus, zarara A, B veya C'nin sebebiyet verdiğidir.

Seçimlik illiyette, ilke olarak, sorumluluk söz konusu olmaz, burada delil yetersizliği vardır. İstisnai olarak müteselsil sorumluluk kabul edilir. Bu istisna, özellikle sebeplerin birlik manzarası gösterdiği halde görülür, ayrıca bunların haksız fiil teşkil etmesi de gerekir. En tipik örneği kavgadır. Kavgada yaralamayı kimin yaptığı tespit edilemese de, kavgaya karışan kişiler müteselsil sorumludur.

Seçimlik illiyette sorumluluğun temeli, zararın gerçek failinin tespit edilememesi, buna karşılık her kişinin asgari ölçüde de olsa zararlı sonucun muhtemel faili olarak görünmesine dayanmaktadır. Bunun yanında, zararlı sonuca sebebiyet vermediğini kesin olarak ispat eden kişinin, sorumlu kişiler arasına sokulması seçimlik illiyetin niteliğine aykırı düşer.

Birden çok sebepten yalnız birinin zararı doğurması

Burada, zararı meydana getirmeye elverişli birden çok sebep mevcut olmakla birlikte, zararlı sonucu somut olayda bu sebeplerden yalnız biri gerçekleştirmiştir. Diğer sebepler, fiili bir katkıda bulunmamışlardır.

Bu hususta **iki ayrı ihtimal** ele alınacaktır.

a. Farazi illiyet (önüne geçilen illiyet)

b. İlliyet bağının kesilmesi

Farazi illiyet (önüne geçilen illiyet)

Zararı meydana getirmeye elverişli birden çok sebep mevcut olmakla birlikte, zararlı sonucu somut olayda bu sebeplerden yalnız biri fiilen gerçekleştirmiştir.

Önüne geçilen illiyetin **özelliği**, birden çok sebebin zararı aynı zamanda meydana getirmemiş olması, söz konusu sebeplerin **gerçek sebep**, **farazi sebep** olarak nitelendirilmesidir. **Gerçek sebep**; zararlı sonucu somut olayda fiilen meydana getiren sebeptir. **Farazi sebep** ise; aynı zararı meydana getirmeye elverişli olan sebeptir. Gerçek sebep, farazi sebebin önüne geçmekte, farazi sebep zararlı sonucun gerçekleşmesine fiili bir katkıda bulunmamaktadır.

Bu durum önüne geçilen illiyet ile yarışan illiyetin farkıdır. Yarışan illiyette birden çok sebep, aynı zararı aynı zamanda meydana getirirken; önüne geçilen illiyette farazi ve gerçek sebep aynı zamanda değildir. Farazi sebebe, **yedek** veya **saklı sebep** adı da verilir.

Farazi sebebin **gerçek sebepten önce** mevcut olduğu hale örnek; çok eski, yıkılmak üzere olan B'ye ait bir binanın A'nın hukuka aykırı bir davranışı sonucu yıkılmasında binanın eskiliği farazi sebeptir.

Farazi sebebin **gerçek sebepten sonra** mevcut olduğu hale örnek; A, B'nin kullandığı araba ile havaalanına giderken kazada ölür, ancak bineceği uçak da düşer ve bütün yolcular ölür. Uçağın düşmesi farazi sebeptir.

Gerçek sebebin faili, "kendi davranışı olmasaydı, farazi sebep aynı zararı meydana getirecekti" diye savunmada bulunarak sorumluluktan kurtulamaz. Bazı hallerde farazi sebebin göz önünde tutulması adalet duygusuna uygun düşebilir. Bu takdirde farazi sebep sorumluluktan kurtulma sebebi olmayıp, sadece tazminattan indirim sebebi olur. Örnek, hasara uğramış arabanın gece garajda dururken yıldırım düşmesi sonucu yanması halinde, hasardan sorumlu failin ödeyeceği tazminatta indirim yapmak adaletli olabilir.

Kanun bazı hallerde farazi sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulmayı düzenleyebilir. Örnek, adam çalıştıran, somut olayda göstermediği özeni gösterseydi dahi, zararı önleyemeyeceğini ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.

Seçimlik davranış hiçbir zaman gerçekleşmeyen, zihni planda düşünülen bir davranış olup, somut olayda gerçekleşen hukuka aykırı davranış yerine konulan hukuka uygun bir davranıştır. Seçimlik davranış sorunu ile farazi illiyet sorunu arasında bir ilişki yoktur. Çünkü farazi illiyette farazi sebep gerçekleşir. Seçimlik davranıştaki hukuka uygun davranış hiçbir zaman gerçekleşmez.

İlliyet bağının kesilmesi

Bir sebep, genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre, somut olayda meydana gelen türden bir sonucu doğurmaya elverişli değil veya elverişli olmakla birlikte ortaya çıkan başka bir sebeple arka plana atılmışsa, **uygun olmayan illiyet** söz konusu olur.

Uygun olmayan illiyet **iki şekilde** ortaya çıkar: **Uygunluğun yokluğu** ve **uygunluğun kesilmesidir**.

İLLİYET BAĞINI KESEN SEBEPLER

MÜCBİR SEBEP

Sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline, mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır.

Mücbir sebep ile umulmayan hal arasındaki farklar:

- Mücbir sebep, umulmayan hale oranla daha büyük bir şiddet ve mutlak bir kaçınılmazlık arz eder.

- Mücbir sebep, faaliyet ve işletme dışında meydana gelirken, umulmayan halde faaliyet veya işletme içi bir olay olabilir.
- Mücbir sebep daima illiyet bağıını keser, umulmayan hal her zaman tek başına illiyet bağıını kesmez.

Mücbir sebebin unsurları

- **Olay:** Doğal (deprem), sosyal (genel grev), hukuki (ihracatın yasaklanması), beşeri (savaş) olabilir. Mücbir sebep nispi bir kavramdır. Mücbir sebep tek bir olaydan ibaret olması şart değildir. Sorumluluktan kurtulmak isteyen mücbir sebebi ispat etmek zorundadır.
- **Haricilik:** Mücbir sebep faaliyet veya işletme dışında kalan bir olay olmalıdır.
- **Bir davranış normunun ya da borcun ihlali**
- **İlliyet bağı:** Mücbir sebep davranış normunun ya da borca aykırılığın uygun sebebi olmalıdır.
- **Kaçınılmazlık:** Bütün önlemlere, her türlü imkânlarla rağmen mücbir sebebin sonuçları önlenemez.
- **Öngörülmezlik:** Önceden öngörülemeyen olayın kendisi değil, doğuracağı sonuçlardır.

Mücbir sebebin hüküm ve sonuçları

- Mücbir sebep, illiyet bağıını kesen, zarar vereni sorumluluktan kurtaran bir sebeptir.
- Zarar veren, mücbir sebebi ispat ettiği takdirde sorumlu olmaz.
- Mücbir sebep, sorumlu kişinin kusurunu bertaraf eder.
- Kusur kavramı ile haricilik, kaçınılmazlık ve öngörülmezlik unsurları bağdaşmaz.

ZARAR GÖRENİN KUSURU

Zarar görenin kusuru illiyet bağıını kesmişse, zarar veren sorumluluktan kurtulur. Bu takdirde zarar görenin tam kusurundan bahsedilir. Zarar görenin kusuru illiyet bağıını kesmemiş, sadece zararlı sonuca katkıda bulunmuşsa, ortak illiyetten bahsedilir. Bu durumda sorumluluktan kurtulma değil, tazminattan indirim söz konusu olur.

Zarar verenin olayı, zararlı sonucu doğurmaya elverişli olmalıdır. Ancak, zarar görenin davranışı bu olayı ikinci plana atmış ve zararlı sonucu tek başına doğurmuş olmalıdır. Örnek, A'nın kaçırıp tecavüz ettiği B, intihar emiştir. B'nin davranışı A'nın davranışı ile ölüm arasındaki illiyet bağıını kesmiştir.

Uygun illiyet bağı ve bunun kesilmesi iki aşamada olur:

- Zarar verenin davranışının zararı meydana getirmeye elverişli olup olmadığı araştırılır.
- Sebeplerin illiyet bağıını kesmeye elverişli olup olmadığı incelenir.

Hiç kimse kendi kusuruyla kendi aleyhine meydana getirmiş olduğu bir zararı başkasına yükleyemez.

Zarar görenin yalnız kusurlu davranışından değil, bazı sebeplerle de illiyet bağı kesilmiş olabilir. Örneğin zarar görenin hâkimiyet alanında bulunan esya ve işletme tehlikeleriyle yardımcı kişilerin davranışı bu sebeplerdendir.

- Zarar verenin olayı bir işletme tehlikesi ise, zarar görenin gerçekleştirdiği tehlikenin illiyet bağıını kesmesi mümkün değildir.
- Zarar verenin sorumluluğu kusur sorumluluğuna, zarar görenin gerçekleştirdiği sebep tehlike sorumluluğuna dayanmaktaysa, zarar görenin gerçekleştirdiği sebep illiyet bağıını kesecek yoğunluk ve niteliktedir.

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU

Üçüncü kişinin kusurlu davranışında aranan yoğunluk gerçekleştiğinde, zararlı sonucun sebebi olarak göz önünde tutulan ilk sebep arka plana itilmiş olur.

Üçüncü kişinin kusur yoğunluğu, ilk sebebin yoğunluğundan daha ağır olmalıdır. Ancak, öyle bazı işletmeler (uçak işletmeleri, atom tesisleri, boru hatları, petrol taşımaları) vardır ki, üçüncü kişinin kusuru hiçbir zaman illiyet bağıını kesecek yoğunluğa gelmez. Örnek, üçüncü kişi, uçağı bomba koyarak düşürürse, uçak şirketi yolcuların tazminat taleplerini üçüncü kişinin davranışını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.

Özen sorumluluğunda, üçüncü kişinin kusuru illiyet bağıını kesebilir. Örnek, kapıları iyi kapatılmamış barakadan çaldıkları silahlarla eylem yapan üçüncü kişilerin kusurları, baraka malikinin ihmali arka plana atar. Örnek, arabanın çarpması ile ağır yaralanan yaya, hastanede ihmal edildiği için kan kaybından ölürse, araba ile ölüm arasındaki illiyet bağı, araya giren üçüncü kişinin (hastane personeli) kusurlu davranışıyla kesilmiştir. Araba sahibi vücut bütünlüğünün ihmalinden, hastane personeli ölüm olayından sorumlu tutulur.

Üçüncü kişi, davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin verdiği zararlardan da sorumludur.

Tehlike sorumluluğunda, aynı davranış bazı hallerde hem zarar görenin, hem de üçüncü kişinin davranışı olabilir. Örnek A uçak kaçırıyor, uçağın düşmesine sebep oluyor. A ve yolcu B ölüyor. A'nın desteğinden yoksun kalanların tazminat davası reddedilir, C'nin desteğinden yoksun kalanların tazminat davasında şirket üçüncü kişi A'nın kusurlu davranışını ileri süremez.

BORÇLAR HUKUKU GENEL HÜKÜMLER 2. DÖNEM ÖZETLERİ

**2/A ŞUBESİ
2016-2017**

(SAYFA 592 – 926 ARASI)

HAZIRLAYAN : TURGAY MARAL

KAYNAK : BORÇLAR HUKUKU GENEL HÜKÜMLER KİTABI (F.EREN)

29. KUSUR SORUMLULUĞU (HAKSIZ FİİLİ SORUMLULUĞU) (SAYFA 591)

HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI: Fiil (eylem) - hukuka aykırılık – zarar - illiyet bağı - kusur

4. Kusur:

Kusur, hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen ve uygun bulunmayan davranış biçimidir. Benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçiminin niteliğine kusur denir.

Kusurlu olan bir davranış daima hukuka aykırı bir davranış, hukuka aykırı bir fiildir. Hukukta hata, irade bozukluğu hallerinden birisidir. Kusur ise, irade bozukluğu ile değil, sorumlulukla ilgili bir kavramdır.

Kusur teorileri:

a) **Sübjektif kusur teorisi:**

Kusuru **failin** psikolojik ve moral şartlarına göre değerlendirir. Kusur, zararlı davranışla değil, failin iradi ve zihni yapısıyla ilgilidir. Bu teoriye göre kusur, faildeki bir irade zayıflığı, bir irade eksikliğidir. Zarar veren, davranışının zararlı sonucunu önceden görüp bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkânına sahip iken, gerekli iradi çabayı gösterip bunu yapmadığı için kusurludur.

b) **Objektif kusur teorisi:**

Burada fail değil, **objektif bir tip** ele alınır. Bu tipin davranışı, örnek davranış olarak ele alınır ve bununla failin davranışı karşılaştırılır. Bu teoriye göre, benzer şartlar altında aynı sosyal grup içinde yaşayan objektif bir insan tipinin yetenek, mesleki beceri ve fikri gücü esas alınır.

Burada da kusur, davranışının zararlı sonucundan kaçınmayı içerir, ama bu faile göre değil, objektif bir tipe göre değerlendirilir.

Sorumluluk hukukunda kusurun rolü:

• **Kusur sorumluluğunda** kusur, sorumluluğun **KURUCU UNSURLUDUR.**

Kusur kavramı, zararın, zarar görenden başka bir kişiye (zarar verene) yükletilmesine imkân veren haklı sebebi oluşturur.

Kusur sorumluluğunda kusurun ağır veya hafif olması arasında fark yoktur. Şu konularda önemlidir:

- **İlliyet bağını kesen sebepler** (mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru) bakımından kusurun derecesi önem taşır.
- **Sorumluluğun kapsamını tayinde** kusurun derecesi tazminat miktarının belirlenmesinde önemli rol oynar.
- **Sorumsuzluk anlaşmaları** bakımından borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.

• **Kusursuz sorumlulukta** kusur, sorumluluğun **kurucu unsurlarından değildir.**

Kusursuz sorumlulukta zarar verenin kusuru, ek kusur olarak nitelendirilir. Ek kusur, sorumluluktan kurtulmayı imkansız kılar, zarar görenin kusurunu nötralize eder. Kusursuz sorumlulukta ek kusur, tazminat miktarının belirlenmesinde önemli rol oynar.

Kusurun objektif ve sübjektif yönü:

a) **Kusurun objektif yönü:**

Kusurun objektif yönü, failin davranışının, benzer şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış biçiminden sapması, ona uygun olmaması sorunuyla ilgilidir.

b) **Kusurun sübjektif yönü:**

- Failin sorumluluk ehliyeti ile ilgilidir. Sorumluluk ehliyeti, ayırt etme gücü ile ilgili olduğundan ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin davranışı, ona kusur olarak yükletilemez. Ayırt etme gücüne sahip olmayan sorumluluk (kusur, haksız fiil) ehliyetine sahip değildir.

Sorumluluk ehliyeti, sadece ayırt etme gücü gerektirir, ergin olmak şart değildir. Bu nedenle, küçük ve kısıtlıların sorumluluk ehliyeti tamdır.

Ayırt etme gücü nispi bir kavramdır. Hâkim, tespit ederken, somut olayın özelliklerini göz önünde tutmak zorundadır. Ayrıca, failin ayırt etme gücünün araştırılacağı an, haksız fiili işlediği andır.

Sürekli veya geçici ayırt etme gücü olmayanlar ilke olarak, zarardan sorumlu olmazlar. Ancak hakkaniyet gerektirirse hâkim, kısmen veya tam tazminata hükmedebilir.

Tüzel kişinin organlarının kusuru, tüzel kişinin kusuru sayılır.

- Kusursuz sorumlulukta kusur, kurucu unsur olmadığından ayırt etme gücü önemli değildir. Ayırt etme gücü olsun veya olmasın zarardan sorumluluk doğar.

Kusurun çeşitleri:

a) Kast:

Failin zararlı sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmesini ifade eder. Kusuru ağırdır. Kast; **iki unsurdan** oluşur. Bunlar **tasarlama** ve **isteme unsurlarıdır**. Yani kastta fail, hem fiili tasarlar, hem de hukuka aykırı sonucu ister.

Dolaylı ve **doğrudan kast** olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan kastta zarar veren, sonucu doğrudan ister, kabul eder. Dolaylı kastta ise, sonucu doğrudan istememekle birlikte, onu göze alır, kabul eder.

Failin zararlı sonucu öngörmesi ve bunu istemesi halinde kast gerçekleşmiş olur. Failin bu davranışından doğan bütün zararları öngörmesi şart değildir. Failin tarafından esas itibarıyla istenilen zarar yanında başka zararların da doğmuş olması, kastı ortadan kaldırmaz.

Fiili hata halinde kasttan bahsedilemez. Hata, kastı bertaraf eder. Hata gerçeği bilmemedir, kast ise bilmeyi gerektirir. Hukuk normunun ihlal edildiği bilinci kastın varlığı için şarttır.

b) İhmal:

Zarara yol açan sonucu bilme veya isteme unsurları yoktur. Kişinin kusurlu sayılmasının sebebi ise, bu sonucun doğmaması için şartların gerektirdiği özeni göstermemesidir, özen eksikliğidir.

İhmalin ölçüsü objektiftir, zarar verenin subjektif durumları göz önünde tutulmaz. Ancak ihmali belirlerken esas alınacak ölçü her olay ve kişi için aynı ve kesin olan bir ölçü değildir. Burada somut olayın şartları, failin yaşı, cinsiyeti, eğitim ve mesleki durumu göz önünde tutulur. Örneğin fail 15 yaşında bir çocuk ise, bu yaştaki makul ve objektif tip ele alınır. Somut failin kişisel özellikleri, zararı öngörüp göremeyeceği, kişisel yetenekleri önem taşımaz. Kişisel mazeretler göz önünde tutulmaz.

Özen derecesi belirlenirken, faaliyetin zorluğu göz önünde tutulur. Tehlike oranı arttıkça özen borcu artar. Nitelik ve uzmanlık isteyen mesleklerde özen derecesi daha yüksektir.

Failin bilgi ve yetenekleri üst düzeyde ise, makul ve objektif tip esas alınmaz.

Kanun, tüzük, yönetmeliklerde yer alan zabıta hükümleri ile teknik kural ve tedbirlerin ihlal edilmesi ihmal sayılır.

İhmalde zararın doğmasının objektif olarak öngörülebilmesi yeterlidir, ayrıca failin bizzat zararı öngörmesi şart değildir. Öngörmenin kesin nitelikte olması da şart değildir, muhtemel olması yeterlidir. **İhmalin türleri:**

- 1) **Ağır ihmal:** Makul her insanın yapması gereken **en basit dikkat ve özenin** gösterilmemesidir.
- 2) **Hafif ihmal:** **Çok dikkatli ve özenli kişilerin** gösterdiği dikkat ve özenin gösterilmemesidir.
- 3) **Orta ihmal:** Ağır ve hafif ihmal arasındaki ihmaldir.

Kusur ve ihmalin tayininde, objektif ölçü ve esasların göz önünde tutulmasına **kusurun objektifleştirilmesi** denir.

Kusuru ispat yükümlülüğü:

Kusur sorumluluğunda zarar görene düşer. Bazı hallerde zarar veren kusursuz olduğunu ispat etmek zorunda kalır. Örneğin, geçici ayırt etme gücünü kaybeden kişi, kusuru olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur (TBK mad. 59).

Kusur açısından ceza hukuku – sorumluluk hukuku ilişkisi:

Sorumluluk hukukunda kusur kavramı daha geniştir ve objektifleştirilmiştir. Ceza hukukunda subjektif kusur teorisi hâkimdir. Hukuk hâkimi, zarar verenin kusuru veya ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken ceza hukuku hükümleriyle bağlı değildir.

Zarar görenin kusuru:

Aynı şartlar altındaki makul, dürüst ve ortalama bir insanın kendi menfaati icabı zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken bir davranış tarzının niteliğine denir.

Zarar görenin kusurunun kast ve ihmal olmak üzere iki çeşidi vardır. İhmal, burada da ağır ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılır.

Zarar görenin kusurunda da objektifleştirilmiş kusur kavramı geçerlidir. Makul insan modeli esas alınırken, dış durumlar (yer, zaman, diğer objektif şartlar) göz önünde tutulmalıdır. Yorgunluk, dalgınlık, üzüntü ve uykusuzluk gibi sübjektif unsurlar nazara alınmaz.

Zarar görenin kusurunda da özenin derecesi somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Zarar görenin kusurlu olabilmesi için, ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Ayırt etme gücünün yokluğunu bunu ileri süren kimse ispat etmek zorundadır.

Üçüncü kişinin kusuru:

Kusura ilişkin kurallar uygulanır. Üçüncü kişinin kusuru kast veya ihmal (ağır veya hafif) olabilir. Üçüncü kişinin davranışının kusurlu olabilmesi için kusurun objektif ve sübjektif yönlerinin olması gerekir. Üçüncü kişinin kusurlu olabilmesi için, ayırt etme gücüne sahip olması gerekir.

5. Hukuka aykırılık:

Kusur sorumluluğunun kurucu unsurlarındandır.

Hukuka aykırılığı açıklayan teoriler:

a) Sübjektif teori:

Buna göre, zarar verici fiil, ancak failin böyle bir fiili işlemeye yetkili olmaması halinde hukuka aykırıdır. Fiile hukuka aykırılık vasfını veren, failin başkasına zarar verme hakkının olmamasıdır.

b) Objektif teori:

Buna göre, hukuka aykırılığın belirlenmesinde zarar verme olgusu değil, failin davranışı esas alınmalıdır. Bir davranış başkalarının hak ve menfaatlerini koruyan objektif bir hukuk normuyla çatıştığı zaman hukuka aykırılık teşkil eder.

Bu teoriye göre hukuka aykırılık, emredici hukuk kuralı niteliğindeki genel davranış normlarına aykırılıktır. Normatif teori de denilir. Türk hukukunda hakim teoridir.

Hukuka aykırılığın tanımı ve unsurları:

- TBK ad. 49/1, hukuka aykırılığın tanımını yapmamıştır, burada yer alan hukuka aykırılık deyimi, genel bir hüküm niteliğindedir. Buna “çerçeve kural, açık kural” denilmektedir.

Hâkim teoriye göre, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her davranış, hukuka aykırıdır.

- Hukuka aykırılık iki unsurdan oluşur:

- **Olumlu unsur**; zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli davranışı emreden hukuk normuna aykırı davranıştır.
- **Olumsuz unsur**; somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmamasıdır.

a) Hukuka aykırılığın olumlu unsuru

1) İhlal edilen norm **kamu hukuku veya özel hukuk kökenli bir davranış kuralı olabilir.**

Sorumluluk hukuku açısından ihlal edilen kuralın hukuka aykırılık teşkil edebilmesi için, bunun bir davranış kuralı olması gerekir. Davranış kuralının karşıtını oluşturan teşkilat kurallarının ihlali, haksız fiil hukuku açısından hukuka aykırılık teşkil etmez.

2) İhlal edilen norm **yazılı ve yazılı olmayan davranış kuralı olabilir.**

- Bir fiilin işlenmesi, kanunda öngörülen cezanın, toplum yararı yanında bireylerin de hak ve çıkarlarını koruma amacı taşıması halinde TBK mad. 49/1’e göre hukuka aykırı bir fiil olur.

Yalnız devlet veya toplum yararını koruma amacı güden bir kanun hükmüne aykırı davranış, haksız fiil hukuku yönünden hukuka aykırılık oluşturmaz.

Sadece devletin iç ve dış güvenliğine, askeri hizmetlere, vergi ve seçimlere ilişkin kuralların ihlali, failin sorumluluğunu doğurmaz.

- Yazılı olmayan hukuka dayalı davranış kuralının en başında **tehlike kuralı** gelir. Zorunluluk olmadıkça hiç kimse başkalarının mal ve şahıs varlıklarını tehlikeye sokmamalıdır. Böyle bir tehlike yaratan kimse, hukuka aykırı hareket etmiş olur.

Tehlikeli bir faaliyette bulunan kimse, doğabilecek zararı önlemek için şartların gerekli kıldığı önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almayan kişinin, bu şekildeki yapmama fiili, hukuka aykırı bir fiildir.

Tehlike kuralının soyut ihlali, tek başına hukuka aykırılığı oluşturmaz. Hukuka aykırılık, ancak tehlike normunun korumayı amaçladığı mutlak bir hakkın ihlali halinde gerçekleşir. Örneğin açılan çukurun yanına işaret koymamak, sorumluluk hukuku yönünden hukuka aykırı değildir, ancak bir kişi çukura düşüp vücut bütünlüğü ihlal edilmişse, bu davranış tehlike normunun ihlali olup hukuka aykırıdır.

Doğru olmayan bilgi vermek, dürüstlük kuralları cevap vermeyi gerektirdiği halde susmak, batıl olmasına rağmen aldatma kastıyla bir sözleşmenin ifa edileceği inancını yaratmak yazılı olmayan hukuktan çıkartılmış diğer örneklerdir.

3) İhlal edilen norm **emredici bir davranış kuralı olmalıdır.**

Haksız fiiller açısından; düzenleyici ve tamamlayıcı hukuk kurallarının ya da tarafların koymuş oldukları davranış kurallarının ihlali TBK mad. 49/1'e göre hukuka aykırılık teşkil etmez. Bunların ihlali tazminat borcu doğar ama haksız fiil söz konusu değildir.

b) Hukuka aykırılığın olumsuz unsuru

TBK mad. 49/1'e göre hukuka aykırılık teşkil eden haller:

Mutlak hakları koruyan normların ihlali ile bireylerin diğer menfaatlerini koruyan normların ihlali. Hukukun doğrudan koruma amacı güttüğü davranış normları, **mutlak hakları koruyan normlardır**, **temel koruma normları** da denir. Kişilerin menfaatini dolaylı koruma amacı güden davranış normları **bireysel veya özel koruma normlarıdır**.

• **Temel koruma normlarının (mutlak hakların) ihlali**

Mutlak haklar; ayni, fikri ve kişilik hakları olmak üzere üçere ayrılır. Herkesin saygı duyması gerekir. Temel koruma normlarını ihlal eden her davranış hukuka aykırıdır.

- * Temel koruma normuna aykırılık, zorunlu olarak mutlak hakkın ihlali sonucunu doğurur.
- * Ancak mutlak hakkın her ihlali temel koruma normunun ihlali sonucunu doğurmaz. Örneğin denizde yüzerken çıkan fırtına sonucu ölüm mutlak hakkın ihlali, ama temel koruma normunun ihlali değildir.

Temel koruma normları:

- | | |
|--|---|
| 1) Başkasını öldürme yasağı | 4) Başkasının ayni hak ve zilyetliğini ihlal yasağı |
| 2) Başkasının vücut bütünlüğünü ihlal yasağı | 5) Dürüstlüğü aykırı davranma yasağı normları |
| 3) Başkasının kişiliğini ihlal yasağı | |

Alacak hakları, mutlak haklardan değildir, nispi haklardandır. Alacak hakkının ihlali, TBK mad. 49/1'e göre hukuka aykırılık teşkil etmez.

• **Özel koruma normlarının (diğer hakların) ihlali**

Bu normların koruduğu menfaatler arasında zarar görenin ticari menfaati gelir. Özel koruma normunun ihlali bazen TBK mad. 49/1'e göre hukuka aykırılık teşkil eder.

İhlal edilen norm, bireylerin menfaatini koruma amacı gütmüyorsa, norma aykırı davranış TBK mad. 49/1'e göre hukuka aykırılık teşkil etmez. Örneğin vatana ihanet; kimsenin ticari menfaati ihlal edilmediği için TBK mad. 49/1'e göre hukuka aykırı değildir.

Hukuka aykırı davranış teorisi: Aykırılığı zarar gören bakımından değil, davranış yani fail açısından değerlendirir. Aykırılık sonuçta değil, davranışta aranır. Hâkim teoridir, bu teoriye göre hukuka aykırılığın konusu insan davranışdır. Bir hukuk kuralına yalnız insan davranışı aykırı olabilir.

Hukuka aykırı sonuç teorisi: Aykırılığı fiilin sonucu açısından değerlendirir. Zarar verenin davranışının hukuka aykırı olup olmadığını ancak ex post (sonradan) tespit edebilir.

Karma teori: Mutlak hakların ihlaliinde sonuç teorisi esas alınır. Mameleki menfaatlerin ihlali yönünden ise davranış teorisi esas alınır. Biz karma teoriye katılıyoruz.

İhlal edilen norm, bir kimsenin menfaatini başka bir menfaat (toplum menfaati) yanında korumak amacıyla, zarar verenin davranışını yasaklamış olmalıdır. Buna **hukuka aykırılık bağı** veya **ihlal edilen hukuk normunun koruma amacı teorisi** denir.

Hukuka aykırılık bağı teorisi, zarar verici davranışın zararı önlemek amacıyla yasaklanıp yasaklanmadığını, hukuka aykırı sayılıp sayılmadığını araştırır.

Normun koruma amacı teorisi, normun koruma amacını esas almaktadır. Temel norm ise normun amacı mutlak hakları korumaktır. Özel norm ise normun amacı ekonomik bir menfaati korumaktır.

Sonuç olarak; bir davranış kuralının ihlalinin TBK mad. 49/1'e göre hukuka aykırılık teşkil edebilmesi için, bu kuralın zarar görenin mutlak bir hakkını veya ekonomik bir menfaatini korumaya yönelmiş olması gerekir.

TBK mad. 49/1'e göre **hukuka aykırılık**; dar anlamda anlaşılmalı ve ihlal edilen normun koruma amacı göz önünde tutularak tanımlanmalıdır.

Örnek: Bir olayda İsviçre'de yetkili organ, ithal elektrikli gereçleri yeterince denetlemediğinden yerli firmaların satışı azalmıştır. Yerli firmalar dava açmışlar, mahkeme denetleme hükümlerinin amacının rekabeti önlemek değil, kişilerin tehlikelerden korunması olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

- **Ahlaka aykırı bir fiille kasten başkasına zarar verme**

TBK mad. 49/2'de; mutlak bir hak veya ekonomik bir menfaati koruyan bir hukuk kuralına aykırılık mevcut olmayıp, ahlak kurallarına aykırılık söz konusudur.

TBK mad. 49/2'nin uygulama şartları:

- a. **Ahlaka aykırı bir fiil** olmalıdır. Makul, dürüst kişilerin ahlaki esas alınır.
- b. Zarar **kasten** verilmiş olmalıdır. Fail **ahlaka aykırı fiili ve zararı bilerek istemelidir**.
- c. Bir **zarar doğmuş** olmalıdır. Zarar maddi ve manevi olabilir.

Hukuka uygunluk sebepleri:

Hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu yerde davranış, hiçbir zaman hukuka aykırı olmaz. Hukuka uygunluk sebepleri çatışan iki menfaatten, iki koruma normundan birinin üstün tutulmasıdır. Üstün tutulan menfaat, zarar verenin menfaatidir.

Başkasına zarar vermeyi, hukuka uygun bulan hukuk düzenidir, hukuk normlarıdır. Bunlara **kendi kendini koruma normları** denir. **HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN ÇEŞİTLERİ:**

- a. **Kamu menfaatinin üstünlüğü**
- b. **Özel bir menfaatin üstünlüğü**
- c. Zarar görenin **rıza** göstermesi
- d. **Vekâletsiz iş görme**
- e. **Haklı savunma; şartları:**

- 1) Kendisinin veya üçüncü kişinin şahıs ya da malvarlığına yönelik bir saldırı olmalıdır.
- 2) Saldırı devam etmelidir.
- 3) Saldırı hukuka aykırı olmalıdır.
- 4) Saldırı ile savunma arasında bir orantı olmalıdır.
- 5) Savunma saldırgana karşı yapılmalıdır.

f. Zorunluluk hali; şartları:

- 1) Şahıs ya da malvarlığına yönelik açık ya da yakın bir zarar tehlikesi mevcut olmalıdır.
- 2) Zarar tehlikesinin kaynağı, malına zarar verilecek kişi olmamalıdır.
- 3) Yalnız üçüncü bir kişinin malına zarar verilmiş olmalıdır.
- 4) Zarar tehlikesi ile mala verilecek zarar arasında bir uygunluk olmalıdır.
- 5) Zarar tehlikesinden kurtulma, üçüncü bir kişinin malına zarar vermeden mümkün olmayacak nitelikte olmalı, yani kaçınılmaz olmalıdır (talililik ilkesi).

g. Kişinin hakkını kendi gücüyle savunması; şartları:

- 1) Bir hakkın korunması
- 2) Yetkili organların zamanında müdahalesi mümkün olmamalıdır.
- 3) Hakkın korunması için başka bir imkân olmamalıdır.
- 4) Güç kullanma uygun ve dengeli olmalıdır.

- a. **Kamu** hukukundan doğan bir yetkinin, ilgili memur veya kamu görevlisi tarafından kanuni sınırlar içerisinde kullanılması hukuka aykırılık teşkil etmez. Kamu menfaati özel menfaate üstün tutulur.
- b. **Özel** hukuktan kaynaklanan bir hakkın kullanılması hukuka aykırılık teşkil etmez.
- c. **Rıza** göstermede ilke olarak hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Rıza tek yönlü bir işlemdir, geçerlilik şartlarına sahip olmalıdır. Geçerlilik şartları; fiil ehliyeti, irade sakatlığının bulunmaması, hukuka ve ahlak uygun (TBK mad. 27) olmasıdır. Rızadan her zaman geri dönülebilir.
- Kişilik haklarında rıza söz konusu değildir (TBK mad. 23). Kişilik hakkına yapılacak zarara razı olmak, fiilin hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırmaz. Hâkime tazminat miktarında indirim veya tamamen kaldırma yetkisi verir (TBK mad. 52).
- Tıbbi müdahalede hekimin, hastayı rızadan önce bilgilendirmesi gerekir, aksi halde müdahale hukuka aykırı olur. Rıza olsa bile, yaşamı sonlandıracak veya tehlikeye sokacak organ ve doku verilmesi hukuka aykırıdır, bir bedel verilse de hukuka aykırıdır.
- Malvarlığı ihlalinde, zarara rıza göstermek fiili ehliyeti varsa hukuka uygunluk sebebidir. Rıza, zarar olmadan önce verilmelidir. Zarar görenin sonradan razı olması, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.
- Boks, güreş gibi sporlarda bu sporu yapan kişinin davranışı, vücut bütünlüğü gibi değerlere verilebilecek zararlara önceden örtülü rızayı kapsar.
- d. **Vekaletsiz iş görmede** iş görenin, başkasının işini görmek iradesiyle hareket etmesi, o kişinin çıkarına uygun davranması gerekir. Müdahaleler, iş sahibinin farazi iradesine uygun olduğu varsayımına dayanır, bu varsayım hak sahibinin rıza göstereceği varsayımdır.
- e. **Haklı savunma** halinde savunma fiili hukuka aykırı değildir (TBK mad. 64/1). Haklı savunma fiili, hukuka uygun bir fiildir. Savunmada bulunan kişi, saldırganın mallarına ve şahsına verdiği zararları tazmin etmek zorunda değildir.
- e.1) Saldırı ihtimali haklı savunma için yeterli değildir, gerçek bir saldırı olmalıdır.
- e.2) Saldırı başlamış veya başlaması çok yakın olmalıdır. Saldırı sona erdikten sonra veya muhtemel saldırı için savunma yapılamaz.
- e.3) Saldırıda bulunan zorunluluk hali veya haklı durumda ise fiil, saldırı sayılmaz. Saldırı insan davranışı olmalıdır. Saldırının kaynağı hayvan veya şey ise bunun öldürülmesi veya tahrip edilmesi haklı savunmadan ziyade bir zorunluluk hali teşkil eder.
- e.4) Önleme amacını ve sınırını aşan savunma fiilleri hukuka aykırıdır. Aşkın savunma veya haklı savunmanın aşılması denir.
- e.5) Üçüncü kişilere karşı savunmada bulunulamaz.
- f. **Zorunluluk hali**, bir kimsenin, kendisinin veya diğer bir kişinin şahıs veya mal varlığını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için başkasının mallarına zarar vermesi halidir. Zorunluluk halinde fiil, hukuka aykırı değildir (TBK mad. 64/2). Zorunluluk halinde sadece üçüncü kişinin malvarlığına zarar verilebilir, ancak tazmin borcu doğar. Hâkim, zarar vereni tam veya kısmi tazminata mahkûm edebilir.
- g. **Kendi gücüyle savunma**; hiç kimse kendi hakkını korumak için güce başvuramaz. Niteliği itibariyle hukuka aykırı bir fiildir. İstisnai hallerde, kamu gücünün müdahalesinin mümkün olmadığı hallerde güç kullanma yoluyla hakkın korunmasına izin verilmiştir (TBK mad. 63/1 ve 64/3). İzin verildiği durumlarda, güç kullanmadan doğan zararı tazmin borcu yoktur.

Kusur ve hukuka aykırılık kavramları arasındaki farklar:

- Kusur, ne kadar objektifleştirilmiş olursa olsun, davranışın değerlendirilmesinde zarar veren göz önünde tutulur. Oysa hukuka aykırılık tamamen **objektif** ve **normatif esaslara** göre değerlendirilir.
- Kusur sorumluluğunda bir fiilin kusurlu olarak nitelendirilebilmesi için failin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Sahip değilse fiil kusurlu olmaz. Oysa bu tür sorumlulukta fail **ayırt etme gücüne** sahip olmasa bile onun fiili hukuka aykırı olabilir.
- Kusursuz sorumlulukta kusur, **sorumluluk unsuru** değildir, oysa hukuka aykırılık sorumluluk unsurudur.

30. KUSURSUZ SORUMLULUK (SEBEP SORUMLULUĞU) (SAYFA 636)

KUSURSUZ SORUMLULUK TÜRLERİ:

- ♣ Hakkaniyet sorumluluğu
- ♣ Özen sorumluluğu
- ♣ Tehlike sorumluluğu

KUSURSUZ SORUMLULUĞUN KABUL EDİLMESİNDE İLKELER:

- 1) **Dikkat ve özen ilkesi (TBK mad. 66, 67, 69):** Kişi gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini veya bu dikkat ve özeni gösterseydi bile zararın kaçınılmaz olduğunu **kanıtlarak sorumluluktan kurtulabilir**.
Örnek: Adam çalıştıran, hayvan bulunduran, yapı/taşınmaz maliki ve ev başkanının kusursuz sorumluluklarıdır.
- 2) **Hakkaniyet ilkesi (TBK mad. 65):** Haksız fiil ehliyetine sahip olmayan kişinin zararı tazmin etmesi hakkaniyet ve adalet gereği ortaya çıkabilir.
- 3) **Tehlike ilkesi (TBK mad. 71):** Tehlike ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde, **kurtuluş kanıtı getirme olanağı tanınmamıştır**. Sorumluluktan kurtulmanın tek yolu haksız fiil sorumluluğunun diğer koşullarının bulunmadığının (illiyet bağıını kesen sebepleri kanıtlayarak) kanıtlanabilmesidir.
Örnek: Motorlu araç işletenin kusursuz sorumluluğu ve çevreyi kirletenlerin kusursuz sorumluluğudur.

HAKKANİYET SORUMLULUĞU

1. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayanların Sorumluluğu (TBK mad. 65)

TMK mad. 15'e göre, ayırt etme gücüne sahip olmayanların fiilleri, istisnalar saklı kalmak üzere, hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. **TMK mad. 14'e** göre, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar fiil ehliyetine sahip değildir. **TMK mad. 16/2** ise ayırt etme gücü olan küçük ve kısıtlıların haksız fiilden doğan zarardan sorumlu olduklarını hükme bağlamaktadır. Buradan ayırt etme gücü olmayan küçük ve kısıtlıların haksız fiil ehliyetinin bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen **TBK mad. 49/1**, failin haksız fiil ile başkasına verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için, kusurlu olmasını öngörmektedir.

TMK mad. 15'in hükmüne göre kanuni istisnalar saklıdır. Bu istisnaların en önemlisi **TBK mad. 65'te** düzenlenmiştir. **TBK mad. 65/1:** Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir. Bu sorumluluk hakkaniyet düşüncesine dayanır. Sadece maddi değil manevi zararların tazmini için de geçerlidir.

Sorumluluğun Şartları:

1. **Genel şartlar:** a) Zarar (maddi, manevi) b) Uygun illiyet bağı c) Hukuka aykırılık

2. **Özel şartlar:**

a. Zarar veren, **ayırt etme gücünden yoksun** olmalıdır.

Sürekli yoksun olanlar verdikleri zarardan tamamen veya kısmen sorumlu olabilirler. **Geçici** kaybeden kişi, kendi kusurunun olmadığını ispat ederse, TBK mad. 59'a göre sorumluluktan kurtulur. Kendi kusuru varsa, TBK mad. 49/1'e göre kusur sorumluluğu gereği tam sorumlu olur.

b. **Hakkaniyet**, tazminat verilmesini gerektirmelidir.

Zarar verenin ekonomik durumu önemlidir. Failin sorumluluk sigortası yaptırıp yaptırmadığı, zarar görenin kazaya karşı sigorta edilip edilmediği göz önünde tutulur. Tarafların ekonomik güçleri zararın doğduğu an değil, hükmün verileceği an göz önünde tutularak değerlendirilir.

ÖZEN SORUMLULUĞU

Burada sorumluluğun kaynağı, sorumlu kişinin ya belirli bir kişi ya da bir şey üzerinde sahip olduğu hâkimiyet ilişkisinden doğmaktadır. Özen sorumluluğunu düzenleyen TBK mad. 66, 67, 69 ve TMK mad. 369, 370 sorumlu kişiye bir denetim ve gözetim ödevi yüklemiştir.

İşte, denetim ve gözetim ödevinin ihlali halinde, sorumlu kişi zararı gidermek zorundadır. Ancak, bazı özen sorumluluğu hallerinde kanun koyucu, sorumluluğu ağırlaştırmış ve sorumlu kişiye kurtuluş kanıtı getirme imkânını tanımamıştır. Örneğin yapı maliki ile taşınmaz malikinin sorumluluğunda durum böyledir. Diğer özen sorumluluğu hallerinde **kurtuluş kanıtı getirme imkânı vardır**.

Özen sorumluluğunu; kurtuluş kanıtı getirilebilen ve getirilemeyen özen sorumlulukları olarak ayırmak mümkündür. Kurtuluş kanıtı getirilemeyen özen sorumluluklarına "ağırlaştırmış özen sorumlulukları" denir.

Özen Sorumluluğunun Halleri:

1. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu
2. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu
3. Ev Başkanının Sorumluluğu
4. Yapı Malikinin Sorumluluğu
5. Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU (TBK mad. 66)

TBK mad. 66/1: Adam çalıştıran, çalışanın kendisine verilen işin yaparken başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Bu madde, adam çalıştıranın, bir özel hukuk ve bağımlılık ilişkisi içinde çalışanlarının kendilerine bırakılan işleri gördükleri sırada hukuka aykırı bir fiille üçüncü kişilere vermiş olduğu zarardan sorumluluğu düzenlemektedir.

Sorumluluğun Niteliği

Adam çalıştıranın sorumluluğu, özen sorumluluğudur, kusur sorumluluğu değildir. Bu sorumluluğun kusursuz sorumluluk olarak kabulünü gerektiren düşünceler hakkaniyet ve adalet düşünceleridir.

Sorumluluğun kaynağı, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü, yani denetim ve gözetim ödevini yerine getirmemesine dayanmaktadır. Adam çalıştıran, kendilerine bağımlı olan çalışanları üzerinde işleri gördükleri sırada üçüncü kişilere zarar vermelerini önleyecek her türlü dikkat ve özeni, denetim ve gözetimi göstermek zorundadır.

Sorumluluğun doğması için, objektif özen yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Adam çalıştıranın ayırt etme gücü olmasa bile, çalışanın zararlarından sorumludur.

TBK mad. 66 ve 116 Arasındaki İlişki

1. TBK mad. 66'ya göre yardımcı kişi, üçüncü kişiye sözleşme dışı sorumluluk çerçevesinde zarar verir. Zarardan önce, üçüncü kişi ile adam çalıştıran arasında hiçbir hukuki ilişki yoktur. TBK mad. 66 sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmaz, **sözleşme dışı sorumlulukta** geçerlidir.

TBK mad. 116, yardımcı kişinin alacaklıya vermiş olduğu zarardan sorumluluğu düzenlemektedir ve zarar gören alacaklı ile adam çalıştıran (borçlu) arasında önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi vardır. TBK mad. 116 **sözleşme sorumluluğunda** uygulanır.

2. TBK mad. 116, borçluya sorumluluktan **kurtuluş kanıtı getirme imkânı** tanımaz. Borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için yardımcının fiilini, kendisi yapmış olsaydı bunun kendisine bir kusur olarak yükletilemeyeceğini ispat etmesi gerekir. Burada farazi kusur söz konusudur. Bu itibarla borçlu, kendisinin kusursuz olduğunu ispat etmekle sorumluluktan kurtulamaz.
3. TBK mad. 66'ya göre yardımcı kişi ile adam çalıştıran arasında bir **bağımlılık ilişkisi** aranırken, TBK mad. 116'da borçlu ile yardımcı kişi arasında böyle bir ilişkiye gerek yoktur.
4. TBK mad. 66'ya göre yardımcı kişiye verilen **işin görülmesi sırasında** oluşan zararlardan sorumluluk söz konusu iken, TBK mad. 116'ya göre hem borcun ifası hem de bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması sırasında alacaklıya verilen zarardan borçlunun sorumluluğu söz konusudur.
5. Bir görüşe göre, TBK mad. 116 anlamında **sorumsuzluk sözleşmesi** yapmak mümkün iken, TBK mad. 66'ya göre, adam çalıştıran ile zarar görenin sorumsuzluk sözleşmesi yapması mümkün değildir. Bir diğer görüşe göre, her ikisinde de sorumsuzluk sözleşmesi yapmak mümkündür.
6. TBK mad. 66'ya göre tazminat talepleri bazen iki yılda **zamanaşımına** uğrar, oysa TBK mad. 116'ya göre bu 10 yıllık bir süreye bağlanmıştır.
7. Aynı olayda her iki sorumluluğun şartları varsa, TBK mad. 66 ve TBK mad. 116'dan doğan **talepler yarışabilir**. Sözleşmeden doğan bir borcun ihlali, aynı zamanda haksız fiil teşkil ediyorsa, zarar gören isterse TBK mad. 66'ya isterse TBK mad. 116'ya başvurabilir.

Sorumluluğun Şartları

1. Genel şartlar:

- a. **Zarar (maddi, manevi):** Üçüncü kişi zarar görmüş olmalıdır.
- b. **Uygun illiyet bağı**
- c. **Hukuka aykırılık:** Zarar gören ispat etmelidir. Kusur şart değildir. Ancak adam çalıştıranın davranışı kusurlu ise, bu **ek kusur** olur. **Ek kusur;** bazı hallerde kurtuluş kanıtının getirilmesine, bazen illiyet

bağının kesilmesinin engellenmesine engel olabileceği gibi tazminattan indirim yapılmasına da engel olabilir. TBK mad. 49 maddi tazminatta kusur ararken, TBK mad. 66 bunu aramamaktadır.

2. Özel şartlar:

- Çalıştıran ile çalışan arasında bir **bağımlılık ilişkisi** olmalıdır.
- Zarar, çalışanın **işi gördüğü sırada** hukuka aykırı bir davranışıyla meydana gelmelidir.
- Adam çalıştıran, **kurtuluş kanıtı getirememiş** olmalıdır.
- İllyet bağının** kesilmesi

2.a. Çalıştıran ile çalışan arasında bir **bağımlılık ilişkisi** olmalıdır.

Adam çalıştıran: İşlerini gördürmek amacıyla bağımlılık ilişkisi içerisinde üçüncü bir kişinin hizmetine başvuran, onun hizmet ediminden yararlanan, onun üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan kişidir.

Bağımlılık ilişkisinin en önemli unsuru, adam çalıştıranın, çalışanın hizmetinden yararlanmanın adam çalıştıranın amaç ve menfaatine yönelmesidir.

Büyük işletmelerde adam çalıştıran, işin görülmesini diğer aracı kişiler aracılığıyla denetler. Bu halde de adam çalıştıran en alt düzeydeki çalışanların işin görülmesi sırasında başkalarına verdikleri zarardan sorumludur.

Gerçek veya tüzel kişiler adam çalıştıran olabilirler. Ancak bir kamu tüzel kişinin TBK mad. 66'ya göre adam çalıştıran olabilmesi için, çalışan ile arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisi olmalıdır. Buna karşılık çalıştırma ilişkisi kamu hukuku ilişkisine dayanıyorsa sorumluluk kamu hukukuna tabi olur.

Çalışan: Başka bir kişinin işlerini, onun emir ve talimatı, gözetimi, yani bağımlılık ilişkisi içinde gören kimsedir.

Yardımcı kişilerin belirlenmesinde, bağımlılık ilişkisi, gözetim ve denetim yetkisi ölçü olarak ele alınmalıdır. Hizmet sözleşmesinde, bağımlı eser ve vekâlet sözleşmelerinde bağımlılık ilişkisi vardır.

Ancak, yüklenici ve vekilin bağımsız çalıştıkları eser ve vekâlet sözleşmeleri, ortaklık sözleşmeleri, dostluk ilişkisi içinde yapılan işler bağımlılık ilişkisi kurmaz. Bağımlılık ilişkisi olmadığından eser sözleşmesinde yüklenici, vekâlet sözleşmesinde vekil, şahıs ortaklıklarında ortak, çalışan değildir.

Tüzel kişilerin organları da yardımcı kişi değildir, organın davranışı tüzel kişinin davranışı sayılır. Tüzel kişi, organlarının verdikleri zarardan TBK mad. 66'ya göre değil, TMK mad. 50 yoluyla TBK mad. 49'ya göre doğrudan sorumlu olur. Tüzel kişi, adam çalıştıran sıfatıyla yardımcı kişi çalıştırabilir. Bu takdirde TBK mad. 66'ya göre adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olur.

Çalışan, birden çok adam çalıştıranın emrinde çalışabilir. Bu takdirde çalışan, üçüncü kişiye adam çalıştıranların işini görürken zarar vermişse, tümü müteselsil sorumlu olurlar.

2.b. Zarar, çalışanın **işi gördüğü sırada** hukuka aykırı bir davranışıyla meydana gelmelidir.

Çalışanın davranışı hukuka aykırı olmalı, temel koruma normlarının veya özel koruma normlarının birini ihlal etmelidir. Zarar, işin görülmesi sırasında meydana gelmelidir. Zarar ile iş arasında işlevsel bağ bulunmalıdır. Zarar ile iş arasında işlevsel bağ yoksa adam çalıştıran sorumlu olmaz.

Çalışan, ayırt etme gücüne sahip olmasa bile, adam çalıştıran sorumluluktan kurtulamaz.

Zarar ile iş arasında işlevsel bağ bulunduğu takdirde, çalışanın, adam çalıştıranın talimatından ayrılması, talimatı yanlış yorumlaması ya da tecavüz etmesi, kendi inisiyatifiyle hareket etmesi hallerinde ve iş sırasında verilen paydoslarda adam çalıştıran sorumluluktan kurtulamaz.

2.c. Adam çalıştıran, **kurtuluş kanıtı getirememiş** olmalıdır.

Zarar gören, işin görülmesi sırasında zarara uğradığını, zarar ile çalışanın davranışı arasında illiyet bağının olduğunu ispat etmek zorundadır.

Kanun koyucu **kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanımıştır**. Adam çalıştıran, zararın olmaması için somut durumun gerektirdiği her türlü objektif dikkat ve özeni göstermiş olduğunu ispat ederse, sorumluluktan kurtulur. Özen yükümlülüğünün ölçüsü objektifliktir. Bu nedenle, beklenmedik haller, adam çalıştıranın hastalığı veya ayırt etme gücü göz önünde tutulmaz. Gösterilmesi gereken özen, somut durum ve şartlara göre (işin niteliği ve tehlikelilik derecesi) belirlenir.

Adam çalıştıranın özen yükümlülüğü **üç noktaya ilişkindir**.

- 1) Çalışanın seçiminde gerekli özenin gösterilmiş olması
- 2) İşle ilgili talimat vermede gerekli özenin gösterilmiş olması
- 3) Denetlemede gerekli özenin gösterilmiş olması ve ayrıca
- 4) İşletme düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olması gerekir.

TBK mad. 66/2: Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

TBK mad. 66/3: Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

2.d. İlliyet bağının kesilmesi

Adam çalıştıran, gerekli özen gösterilse halinde de zararın olacağını ispat ederse sorumluluktan kurtulur. İlliyet bağını kesen sebepler; mücbir sebep, üçüncü kişinin ve zarar görenin kusuru olabilir.

Adam Çalıştıranın Çalışana Rücuu

TBK mad. 66/4'e göre adam çalıştıran, zarar veren çalışana rücu edebilir. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için zarar veren çalışana, onun sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir. Rücu hakkının doğması için, çalışanın zarar görene kusurlu bir davranışla zarar vermesi gerekir. Kusur veya ayırt etme gücü olmadığından kusur ehliyeti yoksa rücu söz konusu olmaz.

Adam çalıştıran, yanlış talimat gibi kusur işlemişse, rücu hakkı, bu kusurun ağırlığına göre tamamen veya kısmen ortadan kalkabilir.

Rücu davası, tazminatın tamamının ödendiği ve zarar veren çalışanın öğrenildiği tarihten itibaren 2 yıl ve her halde tazminatın ödendiği tarihten başlayarak 10 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Özel Sorumluluk Halleri: Haksız fiiller nedeniyle sorumlu tutulabilecek kişiler

- 1) 5187 sayılı Basın Kanunu:** Süreli ve süresiz yayınlarda eser sahibi ile yayın sahibi ve varsa temsilcisi, marka veya lisans sahibi, kiralayan, işleten veya herhangi bir sıfatla yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişiler, yayıncı bir AŞ. ise yönetim kurulu başkanı, diğer bir şirket ise en üst yöneticisi sorumludur. Haksız fiilin işlenmesinden sonra yayının devredilmesi, başka bir yayınlı birleştirilmesi veya sahibinin değişmesi halinde, devir alan, birleşen ve yayın sahibi gibi hareket eden sorumludur.
- 2) 1512 sayılı Noterlik Kanunu:** Noterlerin çalıştırdıkları personelin başkalarına verdikleri zararlardan sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Zarar, işlemin tarafı olmayan üçüncü kişiye verilmişse, noterin sorumluluğu, BK md.66 gereği çalıştıran sıfatıyla sorumluluk olacaktır. Zarar, işlemin tarafı olan kişiye verilmişse noter, BK md.116 gereği ifa yardımcısının fiilinden sorumlu olur.

HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞU (TBK mad. 67-68)

TBK mad. 67/1: Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. **TBK mad. 67/2:** Hayvan bulunduran, zararı engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz. **TBK mad. 67/3:** Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait bir hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı vardır.

TBK mad. 68: Bir hayvan, başkasının taşınmazına bir zarar verirse, taşınmaz zilyedi, hayvanı yakalayabilir, zarar giderilinceye kadar alıkoyabilir, hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hale getirebilir. Bu durumda, taşınmaz zilyedi derhal hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır.

Hayvan bulunduran, zararı engellemek için gerekli özeni gösterdiğini veya böyle bir özeni göstermiş olsa bile zararın gerçekleşeceğini ispat etmedikçe zararı tazmin zorundadır. Bu sorumluluk **kurtuluş kanıtı getirilebilen** bir kusursuz sorumluluktur.

Özen sorumluluğunun kabulü, hakkaniyete ve hayvandan sağlanan yarar ilkesi ile hayvan bulundurmanın çevre için arz ettiği tehlike fikrine dayanmaktadır.

Sorumluluğun Şartları

1. Genel şartlar:

- a. **Zarar (maddi, manevi):** Hayvan üçüncü kişiye zarar vermiş olmalıdır.
- b. **Uygun illiyet bağı**
- c. **Hukuka aykırılık**

2. Özel şartlar:

- a. **Hayvan bulundurma ilişkisi** olmalıdır.
- b. Zarar, **hayvan hareketinden doğmuş** olmalıdır.
- c. Hayvan bulunduran, **kurtuluş kanıtı getirememiş** olmalıdır.

2.a. **Hayvan bulundurma ilişkisi olmalıdır.**

Hayvan bulundurandan amaç, hayvan üzerinde hukuki veya fiili bir hâkimiyete, bakım ve yönetim gibi tasarruf gücüne sahip olan, hayvandan kendi çıkarına fiilen yararlanan kişidir.

Gerçek ve tüzel kişiler, hayvan bulunduran olabilir. Hayvan bulunduran, hayvanın maliki dışında, intifa, kira, ödünç hakkına sahip olan bir kişi de olabilir. Hayvanı nakleden veya saklama sözleşmesiyle zilyetliğinde tutan kişi de olabilir. Başkasının talimatıyla seyis veya çoban olarak hayvana bakan, zilyet yardımcısı olan kişi hayvan bulunduran sayılmaz.

Hayvan üzerinde hâkimiyet ilişkisinin kısa ve geçici kesilmesi bulunduran sıfatını sona erdirmes. Hayvanın birden çok bulunduranı olabilir, bu takdirde müteselsil sorumlu olurlar.

2.b. Zarar, hayvan hareketinden doğmuş olmalıdır.

TBK mad. 67'deki hayvan, insan tarafından kontrol edilebilen, üzerinde hâkimiyet kurulabilen hayvanlardır. Bakteri, virüs gibi mikroplar, bit, pire bu hayvan kavramına girmez, bunları bulunduranlar TBK mad. 49'a göre sorumlu olurlar. Serbest yaşayan vahşi hayvanlar da konumuz dışındadır. Tutulmuş vahşi hayvanlar TBK mad. 67 kapsamına girerler.

Zarar, hayvanın içgüdüsel, kendine özgü, ani ve bağımsız bir hareketinden doğmuş olmalıdır. Hayvanın içgüdüsel olmayan, yabancı güçlerden kaynaklanan bir hareketinden doğan sorumluluk buraya girmez. Hayvanın üçüncü kişilere veya diğer hayvanlara hastalık bulaştırması halinde bir hayvan hareketi yoktur. Hastalık bulaştırma, hayvan gürültüsü ve kokusu TBK mad. 67 kapsamına girmez (TMK mad. 730 olabilir).

Hayvanı kiralayan, hayvanın huysuz olması halinde, durumu kiraladığı kişiye bildirmek zorundadır, aksi halde kiralayan sorumlu olur.

2.c. Hayvan bulunduran, kurtuluş kanıtı getirememiş olmalıdır.

Hayvan bulunduran, ya zararı engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ya da böyle bir özeni göstermiş olsa bile zararın gerçekleşeceğini ispat etmelidir.

Özen ve gözetim derecesi, somut olaydaki durum ve şartlara, hayvanın huyu, cinsi, yaşı, tehlikeliliği, tepkisi, kullanılma tarzı göz önünde tutularak değerlendirilmelidir.

Gerekli özen araştırılırken bakılacak özen türleri; muhafaza, hayvanı gözetme ve bakım ödevidir.

Hayvan Bulunduranın Rücuu Hakkı

TBK mad. 67/3'e göre hayvan, başka bir kişi veya başka bir kişiye ait bir hayvan tarafından ürkütölmüşse, zararı tazmin eden kişi, o kişiye rücuu edebilir.

Zarar gören, hem bulunduran, hem de üçüncü kişiye dava açabilir. İsterse, yalnız hayvan bulundurana veya üçüncü kişiye karşı dava açabilir.

Taşınmaz Zilyedinin Hayvanı Hapis ve Öldürme Hakkı

TBK mad. 68'e göre hayvan, başka bir kişinin taşınmazı üzerinde bir zarar verdiğinde, taşınmaz zilyedi hayvanı yakalayıp zarar giderilinceye kadar teminat olarak alıkoyabilir. Hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı etkisiz hale getirebilir. Ancak zilyet, alıkoyma ve öldürme halinde hayvan sahibine bilgi vermek zorundadır.

Alıkoymada hayvana zarar vermemek ve hayvandan yarar temin etmemek gerekir. Koşulları yoksa hayvanın öldürölmesi haksız fiildir, sorumluluğa yol açar. **Hayvanın öldürölmesi koşulları:**

- ♥ Hayvanı alıkoyma hakkının koşulları mevcut olmalı
- ♥ Durum ve koşullar hayvanı etkisiz hale getirmeyi gerektirmeli
- ♥ Diğer bütün önlemler hayvanı etkisiz hale getirememeli
- ♥ Taşınmaza verilen zararın önlenmesi için hayvanın öldürölmesinden başka çare kalmamalıdır. Taşınmaza verilen zararlar için söz konusudur. Taşınmaza değil, şahıs varlığına zarar veriyorsa TBK mad. 68 değil, TBK mad.52'deki zaruret haline dayandırılabilir.

EV BAŞKANININ SORUMLULUĞU (TMK mad. 369)

Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastası veya akıl zayıfının sebep olduğı zarardan, alışılmış şekilde durum ve şartların gerektirdiğı özenle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur.

Ev başkanının sorumluluğı **kurtuluş kanıtı getirilebilen** bir kusursuz sorumluluktur. Ev başkanı veya yardımcısı objektif özen ve gözetim ödevini ihlal ederse kusurlu olmasa bile zarardan sorumludurlar.

Ev başkanının hastalığı, başka bir yerde bulunması veya ayırt etme gücü olmaması gibi sebeplerle gözetim ödevini yerine getirecek durumda olmasa bile zararı tazmin ile yükümlüdür.

Özen sorumluluğunun kabulü, hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Küçük, kısıtlı, akıl hastası ve akıl zayıfının tazmin gücü olmayabilir. Bu nedenle kanun koyucu, ev başkanını sorumlu tutmuştur.

Sorumluluğun Şartları

1. Genel şartlar:

- a. Zarar (maddi, manevi)
- b. Uygun illiyet bağı
- c. Hukuka aykırılık

2. Özel şartlar:

- a. Ev başkanlığı ilişkisi olmalıdır.
- b. Zarar, küçüğün, kısıtlının, akıl hastası veya akıl zayıfının davranışı sebep olmalıdır.
- c. Kurtuluş kanıtı getirilmemiş olmalıdır.

2.a. Ev başkanlığı ilişkisi olmalıdır.

Ev başkanı: Küçük, kısıtlı, akıl hastası ve akıl zayıfının üzerinde ev başkanlığı yetkisi bulunan ve bunlarla ortak bir ev yönetimi içinde birlikte yaşayan kişidir.

Kanun, ev başkanına tabi kişileri sınırlayıcı olarak saymıştır. Bunlar küçük, kısıtlı, akıl hastası ve akıl zayıfı olan kişilerdir. Bunlar dışındaki kişilerden ev başkanı sorumlu değildir.

Ev başkanlığı ilişkisinde **iki unsur** vardır. **Sosyal unsura** göre, iki veya daha çok kişinin ortak bir ev yönetimi içinde, aile halinde yaşamaları gerekir. Hısımlık ilişkisinin olması şart değildir. Aynı evde olanların aralarında aile halinde birlikte yaşama ilişkisi yoksa ev başkanlığı ilişkisinden söz edilemez. **Bağımlılık unsuruna** göre, birlikte yaşayan kişiler arasında bir bağımlılık, astlık-üstlük ilişkisi olmalıdır. Aynı evde birden çok kişi eşit ve bağımsız yaşıyorsa ev başkanlığı ilişkisi yoktur.

Ev başkanı ile gözetime muhtaç kişilerin aynı evde oturmaları şart değildir, ev başkanının yanındaki binada da oturabilirler. Velayete tabi küçükler velileri ile birlikte yaşamıyorlarsa, veli küçüğün verdiği zarardan sorumlu değildir, çünkü aralarında ev başkanlığı ilişkisi yoktur.

Ev başkanlığı ilişkisi kanun, sözleşme veya örften doğar. Ev başkanlığı ilişkisinin tespitinde zaman unsuru önemli rol oynar. Çok kısa süreli bir arada bulunmada ev başkanlığı ilişkisi doğmaz.

Küçük, kısıtlı, akıl hastası ve akıl zayıfı aile dışında bir eğitim kurumunda, bir hastanede, bir yurttan yaşayabilir. Bu takdirde ev başkanı, bu kurum ve yerlerdeki gözetim ödevini yürüten kişilerdir.

Ev başkanı gerçek veya tüzel kişi olabilir.

Ev başkanı birden çok kişi (aynı anda veya dönüşümlü) olabilir. Bir çocuğun ev başkanı evde babası, işte ise ustasıdır. Zarar verici fiili işlendiğinde kim ev başkanı ise sorumlu o kişi olur.

Birlikte ev başkanlığında, zarardan müteselsil sorumluluk vardır.

2.b. Zarar, küçüğün, kısıtlının, akıl hastası veya akıl zayıfının davranışı sebep olmalıdır.

Zarar, küçüğün, kısıtlının, akıl hastası veya akıl zayıfının davranışından doğmalıdır. Fiilin hukuka aykırı bir fiil olması gerekir. Ev başkanının sorumluluğu, gözetimi altındaki kişilerin üçüncü kişilere veya evdeki diğer gözetimi altındaki kişilere verdikleri zararlarla ilgilidir. Gözetim altındaki kişilerin kendi kendilerine verdikleri zararlarla ilgili değildir.

2.c. Kurtuluş kanıtı getirilmemiş olmalıdır.

Ev başkanının, alışılmış şekilde durum ve şartların gerektirdiği özen ve gözetim ödevini yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkündür.

Bu ödev objektif değerlendirilir, ev başkanının kişisel mazeretleri göz önünde tutulmaz. Aynı çevredeki makul ve dürüst kişilerin özen ve gözetim ölçüsü esas alınır.

Objektif gözetim ödevinin tespitinde iki faktöre dikkat edilir. Öncelikle küçüğün, kısıtlının, akıl hastası veya akıl zayıfının kişiliği esas alınır. Sonra bu kişilerin yapacağı faaliyet türü göz önünde tutulur.

Ev başkanı, yetersiz gözetimde bulunduğu, zarar verici fiile izin verdiği, eksik veya yanlış talimat verdiği, tehlikeli eşyayı evde bıraktığı, bu kişilere doğru olmayan muamelelerde bulunduğu hallerde özen ve gözetim ödevini ihlal etmiş sayılır.

Ev başkanı, alışılmış şekilde durum ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

Ev başkanının Rücuu Hakkı

Çoğu ayırt etme gücüne sahip olmadığından rücu imkânsız olabilir. TBK mad. 65 uygulanmalıdır.

YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU (TBK mad. 69)

TBK mad. 69/1: Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. **TBK mad. 69/2:** İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar.

TBK mad. 69/1'e göre, bir binanın veya diğer yapı eserinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zarardan sorumludur. Niteliği itibarıyla özen sorumluluğudur, sorumluluğun doğması için kusur olması şart değildir.

Yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinde malikin kusuru olsa bile, sorumluluğu kusur sorumluluğuna dönüştürmez. Malikin kusuru olsa bile zarar gören TBK mad. 49'a göre değil, TBK mad. 69'a göre dava açmak zorundadır. TBK mad. 69, TBK mad. 49'a oranla özel bir hüküm olduğundan burada normların yarışması uygulanmaz. Hâkim re'sen göz önünde tutmak zorundadır.

Yapım bozukluğu veya bakım eksikliği insan davranışı dışında umulmayan bir olaya veya üçüncü kişinin fiiline dayansa bile malik sorumlu olur.

Yapı malikine **kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır**. Yapı maliki her türlü özeni göstermiş olduğunu ispat etse bile sorumluluktan kurtulamaz.

Özen sorumluluğunun ağırlaştırılmasının sebebi, nimet-külfet ilişkisine ve hakkaniyet fikrine dayanır.

Zarar gören, yapı malikiyle kira veya hizmet sözleşmesi ilişkisi içindeyse, zarar malikin hem sözleşme dışı hem de sözleşme sorumluluğunu doğurur. Zarar gören açacağı davada dilerse TBK mad. 69'a, dilerse sözleşme hükümlerine dayanabilir.

Sorumluluğun Şartları

1. Genel şartlar:

- Zarar (maddi, manevi)
- Uygun illiyet bağı
- Hukuka aykırılık

2. Özel şartlar:

- Sorumlu ile yapı eseri arasında mülkiyet ilişkisi olmalıdır.
- Bir yapı eseri mevcut olmalı ve yapı eserinin **yapımı bozuk veya bakımı eksik** olmalıdır.
- Kanun, malike **kurtuluş kanıtı getirme hakkı tanımamıştır**.

2.a. Sorumlu ile yapı eseri arasında mülkiyet ilişkisi olmalıdır.

Sorumlu kişi: Zararın doğduğu anda bina veya yapı eserinin malikidir. Malik gerçek veya tüzel kişi olabilir. Malikin kim olduğu eşya hukuku normlarına göre belirlenir.

Malik bina veya yapı eserini kiraya verebilir, intifa veya oturma hakkı kurabilir. Bu durumda malik dolaylı zilyet olur. Kiracı, intifa veya oturma hakkı sahibi ise doğrudan zilyet olur. İntifa veya oturma hakkı sahibi yalnız bakım eksikliklerinden malikle birlikte müteselsil sorumlu olur. Kiracı, TBK mad. 69'a göre sorumlu olmaz. Kiracı zarar görene karşı haksız fiil işlemişse TBK mad. 49'a göre sorumlu olur.

Taşınır yapı sahibi, üst hakkı sahibi, geçit veya kaynak irtifakı ya da kamu hukuku kurallarına dayalı imtiyaz sahipleri de malik sayılır.

Bina veya yapı eseri üzerinde paylı veya elbirliği mülkiyeti varsa, paydaş veya ortaklar müteselsil sorumlu olur. Mülkiyet inançlı temlik yoluyla devredilmişse, sorumlu inanılan kimsedir.

Taşkın yapıda veya başkasının arsası üzerine yapılan eserde, eser maliki taşkın yapı veya haksız yapı maliki sayılmalı, zarardan sorumlu olmalıdır. Kamu tüzel kişilerinin özel veya kamu mülkiyetindeki bina veya yapı eserlerinin (yol, park, sokak, köprü vb) yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğan zararlardan sorumluluk sözü geçen kamu tüzel kişisine aittir.

2.b. Bir yapı eseri mevcut olmalı ve yapı eserinin yapımı bozuk veya bakımı eksik olmalıdır.

Yapı eseri: Toprağa bağlı, sabit, insan veya hayvan gibi canlıların barınmasına cansız şeylerin saklanması ayrılmış, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan gücüyle suni olarak yapılmış her türlü şeydir. **İki unsuru vardır. İlk unsur** sabitlik, doğrudan veya dolaylı **toprağa bağlılık** unsurudur. Toprağa bağlılığın ebedi olması gerekmez. Yapı eseri toprağın üstünde veya altında olabilir. Örnek olarak; yüzme havuzu, spor alanları, kayak pistleri, park ve bahçeler, hava meydanları, köprü, kanal, kara ve demir yolu, trafo ve hatlar, kanalizasyon, elektrik direği, baraj, tünel, asansör, evler, merdivenler, banyo, küvet ve şofbenler verilebilir.

Hareketli şeyler (otomobil, uçak, vapur) yapı eseri değildir. Bunlar hareket halinde bulunmadıkları sürece yapı eseri sayılır. **İkinci unsur**, bunların **insan eliyle yapılmış** olmasıdır. Suni olarak düzenlenen göl, nehir, su depoları yapı eseridir. İnsan eliyle düzenlenmiş ağaç ve bitkiler yapı eseridir. Bileşik eşyada tamamlayıcı parça(zemin, duvar, balkon, merdiven, çatı), inşa eserine bağlı ise TBK mad. 69 kapsamına girer.

Eklenti ve asıl yapı maliki farklı ise asıl yapı maliki eklentideki bozuklukların sebep olduğu zarardan sorumludur. Yapı malikinin sorumlu tutulabilmesi için, bina ve diğer yapı eserinin tamamlanmış ve özgülenme amacına uygun kullanılmaya başlanmış olması gerekir. Yapı eseri yapıldığı, değiştirildiği ve tamir edildiği sırada başkasına zarar verilmişse TBK mad. 49'a göre sorumluluk söz konusu olur.

Yapım bozukluğu başlangıçtaki eksikliği, bakım eksikliği ise sonradan meydana gelen eksikliği ifade eder. **Yapım bozukluğundan amaç**; gerek proje, gerek yapım sırasında teknik şartlara uygun olmayan bir yapı yöntemi uygulanarak, bu şartlara uymayan malzeme ve personelin kullanılmış olmasıdır. **Bakım eksikliğinden amaç**; yapı eserinin bozulmuş, tamire muhtaç hale gelmiş olması, malikin koruyucu tedbirleri almaması, onarımları zamanında yapmamasıdır.

Malik yalnız yapı eserinin arz ettiği normal tehlikelerden sorumludur, anormal tehlikelerden sorumlu değildir. Yapım bozukluğu ve bakım eksikliğini ispat yükü zarar görene düşer.

2.c. **Kanun, malike kurtuluş kanıtı getirme hakkı tanımamıştır.**

Ancak illiyet bağıni kesen sebeplerin varlığı halinde sorumluluktan kurtulma imkânı vardır.

Malikin Rücuu Hakkı

Malik tazminatı ödedikten sonra, yapım bozukluğu ve bakım eksikliği nedeniyle kendisine karşı sorumlu olanlara rücu hakkına sahiptir.

Yapım bozukluğu sebebiyle rücu edilecek kişiler mimar, yüklenici, mühendis; bakım eksikliği sebebiyle rücu edilecek kişiler kiracı, intifa veya oturma hakkı sahibi olabilir. Eski malike de rücu edilebilir. Bakım işi kendisine bırakılan yardımcı kişiye de rücu edilebilir.

4708 sayılı kanuna göre, **yapı denetim kuruluşlarının** sorumluluğu kusur sorumluluğudur ve yalnız yapım bozukluğundan sorumludurlar. Bu kanun yapımı tamamlanmış binaların yanında yapılmakta olan bina ve yapıları da kapsar. Bu sorumluluğun süresi yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren, yapının taşıyıcı sisteminden dolayı 15 yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarında ise 2 yıldır.

Yapı denetim kuruluşu ve bina veya diğer yapı eseri sahibinin **sorumluluğu arasındaki farklar:**

- ♥ Bina/diğer yapı eseri sahibinin sorumluluğunda zarara bina/diğer yapı eserinin yol açması gerekir. Yapı denetim kuruluşunun sorumluluğu için ise zarara ancak yapımı devam eden veya bitmiş yapıların yol açması gerekir.
- ♥ Bina/diğer yapı eseri sahibinin sorumluluğunda mülkiyet ilişkisi içinde bulunan gerçek veya tüzel kişiler sorumlu tutulur. Yapı denetim kuruluşunun sorumluluğunda yapı denetim kuruluşu ile bunların görevlileri sorumlu tutulur.
- ♥ Bina veya diğer yapı eseri sahibinin sorumluluğu, yapım bozukluğu ve bakım eksikliğinden kaynaklanabilir. Yapı denetim kuruluşu sorumluluğu sadece kusurlu, eksik, hatalı yapımdan doğabilir.
- ♥ Bina veya diğer yapı eseri sahibinin sorumluluğu kusursuz bir sorumluluk iken yapı denetim kuruluşunun sorumluluğu kusura dayanan bir sorumluluktur.
- ♥ Bina veya diğer yapı eseri sahibinin sorumluluğu belli bir süre geçmekle ortadan kalkmaz. Yapı denetim kuruluşunun sorumluluğu 2 ve 15 yıl sürelerle sınırlandırılmıştır.

Zarar Tehlikesini Önleme

Zarar tehlikesiyle karşılaşan kişiler, hak sahibinden tehlikenin giderilmesi için önlem almasını isteyebilir (TBK mad. 70). Komşu olmak şart değil, sürekli oradan geçen kişiler de olabilir. Malik önlem almalıdır.

TAŞINMAZ MALİKİNİN SORUMLULUĞU (TMK mad. 730)

TMK mad. 730: Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hale getirilmesini ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir.

Mülkiyet hakkını kullanırken yükümlülüklerini ihlal eden malik, bununla komşusuna zarar vermişse, bunu tazmin etmek zorundadır. Taşınmaz mülkiyeti, malike sadece yetkiler vermemekte, aynı zamanda komşu ve toplum yararına ödevler de yüklemektedir. Malikin kendisine yükletilen bu ödevlere uymaması, mülkiyet hakkının taşkın kullanılması demektir.

Taşınmaz malikinin sorumluluğu, **kurtuluş kanıtı getirilemeyen** bir özen sorumluluğudur. Malik, kusurlu olsun veya olmasın zarardan sorumludur. Kusur aranmadığı için, malikin ayırt etme gücüne sahip olması

da şart değildir. Malikin sorumluluğu, mülkiyet hakkının taşkın kullanılmasına dayandığından, malik, umulmayan halden ve yetkisiz üçüncü kişilerin davranışından sorumlu değildir.

Malikin kusuru (ek kusur), zarar görenin kusurunu bertaraf eder, tam tazminat alması sonucunu doğurur.

Sorumluluğun dayandığı temel, bir görüşe göre, menfaat ve hakkaniyet ilişkilerine dayanan bir olağan sebep sorumluluğudur. Bir şeyden yararlanan kişi, zararlara katlanmalıdır. Bir diğer görüşe göre, burada mutlak sebep sorumluluğu vardır. Zira zarara, doğrudan mülkiyet hakkına konu olan mal ve bunun kullanılması sebep olmaktadır. Bir başka görüşe göre, malikin sorumluluğu tehlike sorumluluğudur, bu görüşe katılmıyoruz.

TMK mad. 730'un konuluş sebebi, komşuluk ilişki ve hukukuna ait hükümleri bir yaptırıma kavuşturmadır. Ayrıca bu madde, çevre sağlığı ve doğanın korunması yönünden özel bir öneme sahiptir.

Sorumluluğun Şartları

1. Genel şartlar:

- a. Bir **zarar** doğmuş olmalıdır (maddi, manevi): Komşu bir zarara uğramalıdır.
- b. Zarar ile taşkın kullanma arasında **uygun illiyet bağı** bulunmalıdır, ispatı davacıya düşer.
- c. Taşkın kullanma **hukuka aykırı** olmalıdır.

2. Özel şartlar:

a. Müspet şartlar

- 1) Taşınmaz mal üzerinde bir **ayni hak olmalıdır**.
- 2) **Taşkın bir kullanma** söz konusu olmalıdır.

b. Menfi şartlar

- 1) **Kurtuluş kanıtı**
- 2) **İllyet bağının kesilmesi**

2.a.1) Taşınmaz mal üzerinde bir ayni hak olmalıdır.

TMK mad. 730, sadece mülkiyet hakkının taşkın kullanılmasından doğan sorumluluğu kapsar, yalnız malikin sorumluluğu söz konusudur. Buna karşılık, **kişisel hak sahipleri** (örneğin kiracı), taşınmazı bu sıfatla kullanırken verdikleri zarardan TMK mad. 730'a göre **sorumlu tutulamaz**.

Sorumluluk için **mülkiyet hakkına sahip olmak yeterlidir**, ayrıca tapuda tescil işleminin yapılmış olması (örneğin miras) şart değildir.

Paylı veya elbirliğiyle mülkiyet varsa, müteselsil sorumluluk vardır. **Kat mülkiyetinde** malikler ise, bağımsız bölümlerden tek başına, ortak alanlardan müteselsil sorumludurlar.

Malik, **yardımcı kişilerin** (aile bireyleri, işçiler, kiracı gibi kişisel hak sahibi olanlar) mülkiyet hakkını kullanırken verdiği zararlardan sorumludur.

Malikin **rızası dışında** taşınmazı kullanan üçüncü kişinin verdiği zarardan malik sorumlu değildir.

Kamu mallarının taşkın kullanılmasından doğan zararlardan kamu tüzel kişileri sorumludur.

2.a.2) Taşkın bir kullanma söz konusu olmalıdır.

Sorumluluğun doğabilmesi için malik, taşınmazını normalin üstünde aşırı kullanmalı, böylece hakkın kullanılması bir taşkınlık teşkil etmelidir. Mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili, mülkiyetin kanuni sınırlarını aşan insan davranışına **taşkınlık** denir. Komşuluk ilişkisinden doğan ödevlere uymayan malik, mülkiyet hakkını aşırı kullanmış olur.

TMK mad. 730 kapsamına, malikin taşınmaz üzerindeki **fiili tasarruf** (kullanma, elde bulundurma, yararlanma) yetkilerinin kullanılmasındaki taşkınlıklar girer. **Hukuki tasarruf** yetkilerini kullanırken bu maddeye göre sorumlu olmaz.

Zarar, taşınmazın kullanılmasından ileri gelmeli, zararlar taşınmazın kullanılması arasında **işlevsel bir bağ** bulunmalıdır. Malik, taşınmazında kullanma ile ilgili olmaksızın, sadece tesadüfen bulunuyorsa TMK mad. 730 uygulanmaz. Örneğin, bahçesinden bir taş atan malik, bir zarar sebep olmuşsa TBK mad. 49'a göre sorumlu olur. Oysa o yeri taş ocağı olarak işleten malik, işletmeden kayan, düşen taş sebebiyle bir zarar vermişse, TMK mad. 730'a göre sorumlu olur.

Mülkiyet hakkının **kötüye kullanılması** taşkınlık olur mu? TMK mad. 730'da hakkın kötüye kullanılması değil, taşkın kullanılması yasaklanmaktadır. Malik, hakkını kötüye kullansa bile hukuk düzeninin tanıdığı hakkın sınırları içinde kalabilir.

Taşkınlık, bir insan davranışı veya bu davranışla ilgili olmalıdır, **tabiat olaylarından** doğan zararlar sorumluluk oluşturmaz. Ancak malik uygun tedbir almış olmalıdır.

TMK mad. 730'a göre mülkiyet hakkının taşkın kullanılıp kullanılmadığı **objektif ölçülere** göre değerlendirilmelidir. Belirli bir zaman ve yerde orta zekâda, makul ve dürüst bir komşu için belirli şartlar altında taşkın sayılan hareket, taşkın olarak kabul edilir.

Hukuk düzeninin yapma ödevi yüklediği bir yerde, malik bu **ödevi yerine getirmezse** ve bundan da bir zarar doğarsa, bunu tazmin etmek zorundadır.

Sorumluluğun doğması için, taşkın davranışın **sürekli olması şart değildir**, bir defalık da olabilir.

İnşaat faaliyetlerinde geçici nitelik arz eden kaçınılmaz taşkınlıklara, zarar gören katlanmak zorundadır. Bu gibi hallerde zarar, TMK mad. 730'a göre tazmin edilmelidir, tazminat hâkim tarafından serbestçe takdir edilir. Burada hukuka uygun bir fiilden sorumluluk, bir **fedakârlığın denkleştirilmesi** söz konusudur.

2.b.1) Kurtuluş kanıtı: TMK mad. 730, malike kurtuluş kanıtı getirme imkânı **tanınamamıştır**.

2.b.2) İlliyet bağının kesilmesi

Ancak illiyet bağı kesen sebepler (mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru) varsa, malik sorumluluktan kurtulur.

Bina/diğer yapı eseri sahibi ile taşınmaz maliki **sorumluluğunu karşılaştırma:**

- ♥ Her iki sorumluluk **eşya ile mülkiyet ilişkisi içinde** bulunan kişi için öngörülmüş sorumluluktur.
- ♥ Her iki sorumlulukta **kurtuluş kanıtı getirme imkânı yoktur**. Ancak, illiyet bağı kesen sebeplere dayanarak sorumluluktan kurtulabilirler.
- ♥ Bina/diğer yapı eseri sahibinin sorumluluğunda **bir bina/diğer yapı eseri** bulunması zorunlu olduğu halde, taşınmaz sahibinin sorumluluğunda **taşınmaz türünde bir eşya** bulunması gerekir.
- ♥ Bina/diğer yapı eseri sahibinin sorumluluğu için, **yapım bozukluğu ve bakım eksikliğinin bulunması** gerekir. Taşınmaz sahibinin sorumluluğu için **mülkiyet hakkının taşkın kullanılması** yeterlidir.
- ♥ Taşınmaz sahibinin sorumluluğunda sadece **komşu taşınmaza bir zarar** verilmekte; kişilere ve taşınır eşyaya verilmemektedir. Bina/diğer yapı eseri sahibinin sorumluluğunda **kışilere ve taşınırlara da zarar** verilmektedir.

TEHLİKE SORUMLULUĞU (TBK mad. 71)

TBK mad. 71/1: Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan **işletme sahibi** ve varsa **işleten müteselsilen** sorumludur. **TBK mad. 71/2:** Bir işletmenin mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme sayılır.

Tehlike sorumluluğu, sanayi ve teknoloji devriminin bir ürünüdür. Burada bir işletmeye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle sorumluluk doğar.

İşletme sorumluluğu ve işletme dışı sorumluluk şeklinde ikiye ayrılır. **İşletmede tehlike sorumluluğu** halleri; demiryolu, gemi, posta, sivil hava aracı, motorlu araç, nükleer tesisler, elektrik, gaz, patlayıcı üreten, depolayan ve kullanan tesis ve işletmelerin işletici ve sahiplerinin tabi oldukları sorumluluklardır. **İşletmede dışı tehlike sorumluluğu** hallerine avcılarının avlanmalarından, devletin askeri tatbikatlarından doğan zararlar örnek gösterilebilir, burada bir işletme değil, bir faaliyet söz konusudur.

Tehlike sorumluluğu halleri **özel kanunlarla** düzenlenmiştir: 2918 sayılı **Karayolları Trafik Kanununa** göre motorlu araç işletenin sorumluluğu, 2920 sayılı **Türk Sivil Havacılık Kanununa** göre sivil hava aracı işletenin sorumluluğu, 3634 sayılı **Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununa** göre askeri tatbikatlarından doğan sorumluluklardır. Ayrıca kanun koyucu **TBK mad. 71** ile genel bir düzenleme yoluna gitmiştir.

Sorumluluğun Şartları

1. Bir işletme faaliyetinin bulunması

Tehlike sorumluluğu işletme faaliyetleri için kabul edilmiştir. Burada tehlike arz eden faaliyetin bir işletme faaliyeti olması zorunluluğu aranacaktır. **Yasal izne tabi** olsa bile zarar görenler, bu işletmenin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle **denkleştirilebilmesini** isteyebilirler.

2. Faaliyetin önemli ölçüde tehlike arz etmesi

Sorumluluğun Hukuki Niteliği: KTK mad. 85**1. Tehlike sorumluluğu**

KTK mad. 85/1: Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.

KTK; zarara motorlu aracın işletilmesinin sebep olması halinde, işleten ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi hakkında tehlike sorumluluğunu öngörmüştür. Sorumluluk, motorlu aracın işletilmesine bağlanmıştır. İşleten ve bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumlu olması için, zarara, aracın işletilmesinin sebep olması gerekir.

İşleten ve teşebbüs sahibi bakım ve denetim yönünden her türlü özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etse bile, zarar aracın işletilmesinden doğduğu takdirde, sorumludurlar.

Sorumluluk kusura dayanmadığından, işleten ve teşebbüs sahibi ayırt etme gücüne sahip olmasalar da zarardan sorumludurlar. İşleten ve teşebbüs sahibi kusurlu olsalar bile, kusur ilkesine göre değil, tehlike ilkesine göre sorumlu olurlar. Normların yarışması ya da seçme ilkesi değil, **teklik ilkesi** uygulanır. Hâkim bunu re'sen göz önünde tutar. İşleten ve teşebbüs sahibi ayrıca kusurlu olurlarsa, bu ek kusur sayılır ve sorumluluktan kurtulma imkânları kalmaz.

2. Özen sorumluluğu

KTK mad. 85/3: İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir.

KTK mad. 85/4: İşleten ve teşebbüs sahibi, hâkimin takdirine göre kendi aracının katıldığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından dolayı yardım edenin maruz kaldığı zarardan da sorumlu tutulabilir. Ancak, bu durumda işletici teşebbüs sahibinin sorumlu tutulabilmesi için, kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan kendisine veya araçta bulunanlara yahut kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılması gerekir.

Aracın işletilmesinden doğmayan zararlardan dolayı kanun, işleteni kaza ve zararın oluşumuna göre özen veya kusur sorumluluğuna tabi tutmuştur. Bu madde ile işleten, **araçtaki bir bozukluğun** veya eylemlerinden **sorumlu olduğu kimselerin kusurlu davranışlarının** kazaya sebep olması halinde, başkasının davranışından doğan özen sorumluluğu ilkesine göre sorumlu olmaktadır.

3. Kusur sorumluluğu

İşletilme halinde olmayan bir motorlu araç, **işletenin kusuruyla** trafik kazasına sebep olmuşsa, işleten, bundan doğan zarardan haksız fiil ilkesine göre sorumlu olur. İşletenin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Birden çok işletenin birbirlerine verdikleri zararlardan doğan sorumlulukları da kusur sorumluluğuna tabidir.

4. Genel hükümlere göre sorumluluk

Bazı hallerde TBK hükümleri geçerlidir, bu hallerin başında KTK mad. 85'in şartlarını taşımayan kazalardan doğan zararlar gelir. Motorlu bisiklet sürücülerinin hukuki sorumluluğu, kazalardan doğan manevi tazminat talebi, hatır taşımaları veya hatır için aracın verilmesi hallerinde araca gelen zararlardaki sorumluluk TBK hükümlerine tabidir.

Sorumluluğun Şartları**1. Genel şartlar:**

- Bir **zarar doğmuş** olmalıdır.
- Zarar bir trafik kazasından** doğmuş olmalıdır.
- Kaza ve zarara **motorlu bir araç sebep** olmalıdır.
- Kaza (zarar) ile motorlu araç arasında **uygun illiyet bağı** bulunmalıdır.

2. Özel şartlar:

- Araç işleten ve teşebbüs sahipliği sıfatı**
- Zarara **motorlu aracın işletilmesi** veya **kanunda öngörülen diğer bir olay sebep** olmalıdır.
- İşleten **kurtuluş kanıtı getirememiş** olmalıdır.

1.a. Bir zarar doğmuş olmalıdır.

Zarar şahsa ya da eşyaya (taşınır veya taşınmaz) ilişkin olabilir, maddi ve manevi olabilir. Aşağıdaki zararlar KTK mad. 85'in kapsamı dışındadır ve **genel hükümlere (TBK) tabidir.**

- ♥ **Yolcunun beraberindekiler dışında kalan eşya zararları**
- ♥ **Motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlar:** Aracı kullanan kişinin araç sahibinin veya işletenin uğradığı zararlar nedeniyle sorumluluğu genel hükümlere tabidir. Aracı kullanan kişilere karşı olan sorumluluk ise genel hükümlere tabi değildir.
- ♥ **Manevi zararlar**

1.b. Zarar bir trafik kazasından doğmuş olmalıdır.

Trafik kazası, karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararlı sonuçlanmış olan olaydır. Kazaya sebep olan araçlardan birinin mutlaka hareket halinde olması gerekir.

Kazanın unsurları: Dışarılık, anilik ve istenilmeyen olay olmasıdır.

1.c. Kaza ve zarara motorlu bir araç sebep olmalıdır.

Motorlu aracın unsurları: Hareket unsuru, Makine gücüyle hareket unsuru, karada hareket unsuru

Hareket gücü bulunmayan bir araç, motorlu araç sayılmaz. At arabası, fayton, el arabası, bisiklet, insan veya hayvan gücüyle hareket edenler motorsuz araçlardır.

Havada, suda, demiryolunda hareket eden araçlar KTK'da öngörülen motorlu araç kavramına girmez. Teleferik, tren, vinç, asansör motorlu araç sayılmaz. Hem havada, hem suda, hem karada hareket edebilen araçlar motorlu araç sayılır. İş makineleri motorlu araç sayılır. Römork motorsuz taşıttır. Römorku bir traktör çekiyorsa, traktör işleteni römorkun verdiği zarardan da sorumludur. Traktör tarlada çalışırken zarar vermişse, karayolunda olmadığından KTK değil, TBK hükümleri geçerli olur. Trolleybüs otobüs sınıfına girer. Karayolunda ray üzerinde olan tramvayların motorlu araç sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır.

1.d. Kaza (zarar) ile motorlu araç arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

Örneğin motorlu araç, ışığı veya gürültüsü ya da aniden görünmesiyle bir insanı korkutmuş veya bir hayvanı ürkütmüşse, zarar doğduğunda, illiyet bağı gerçekleşmiş olur. Aracın zarar görenin vücuduna temas etmesi şart değildir. Zarar gören illiyet bağını ispat etmekle yükümlüdür.

Kaza nedeniyle işleteni ya da araçta bulunanları kurtarmak için yardımda bulunan kişi bir zarara uğramışsa, araç işleten sorumlu (kusursuz sorumluluk) tutulmuştur. Bu durumda, zarara uğrayan yardımcının zararın yardım faaliyetinin sonucu olduğunu, yani zararlı kurtarma faaliyeti arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu kanıtlaması gerekir.

2.a. Araç işleten ve teşebbüs sahipliği sıfatı

ARAÇ İŞLETEN:

İki ölçü vardır: Şekli ölçüye göre; tescil veya trafik belgesinde malik gözüken ya da sigorta poliçesinde adı yazılı olan kişi işletendir. **Maddi ölçüye göre;** araç üzerindeki fiili hâkimiyet, araçtan ekonomik yararlanma, kendi hesabına işletme, masraf ve tehlikesine katlanma ilişkisi esas alınır.

İşleten: Motorlu bir aracı, kendi menfaat ve hesabına işleten, tehlike ve masraflarını üstlenen, araç ile aracın işletilmesi için gerekli personel üzerinde fiilen ve doğrudan emir ve tasarruf yetkisine sahip olan kişiye denir. Hâkim görüş maddi ölçü görüşüdür. **İşleten çeşitleri; gerçek ve farazi işletendir.**

Gerçek işleten tespitinde kazanın gerçekleştiği an esas alınır.

Gerçek işleten

a) Araç sahibi:

Gerçek işleten, hayat tecrübelerine göre, birçok olayda trafik kazasına sebep olan aracın sahibidir. Bazı hallerde araç sahibinin işleten olmaması mümkündür. Bu bakımdan, işletme ilişkisiyle mülkiyet, zilyetlik ilişkisi birbirinden farklıdır.

b) Aracın mülkiyeti muhafaza kaydıyla alıcısı: Zarardan sorumlu kişi, işleten sıfatını kazanmış olan alıcıdır.

c) Aracın uzun süreli kiracısı, ariyet ve rehin alanı

Kısa süreli kiralama veya ariyet almada kiracı veya ariyet alan işleten sayılmaz. Bu durumda gerçek işleten aracı kiraya veya ariyet verendir. TBK mad. 330'a göre 3 günden fazla süreli kiralara uzun süreli sayılabilir.

d) Adı trafik belgesinde yazılı kişiler: İlke olarak gerçek işletendir, bazen bu sığata sahip olmamaları mümkündür.

e) Adına sigorta belgesi düzenlenen kişiler:

Adına sigorta belgesi düzenlenen kişiler de her zaman gerçek işleten olmayabilir. Malik sigorta süresi dolmadan aracı başkasına devretmişse, poliçe kendi üzerinde kalır, işleten sıfatı yeni malike geçer. Yeni malik, tekrar zorunlu mali sigorta yaptırmak zorunda değildir. Sigorta, araç sahibini değil, aracı takip eder, ilkesi geçerlidir.

f) Birden çok işleten: Bir birlik veya adi ortaklık halinde araç işletenler ortak işleten sayılır.

Farazi işleten

Burada bazı kimselerin işleten yerine, işleten gibi sorumlulukları söz konusudur.

a) Motorlu araç ile ilgili mesleki faaliyette bulunan kişiler

KTk mad. 104/1'e göre, motorlu araç ile ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüs sahipleri işleten gibi sorumlu tutulur. Mesleki faaliyette bulunan teşebbüs sahiplerine örnek; tamirci, kaportacı, boyacı, garaj, otopark ve galeri sahibi gibi kişiler gösterilebilir.

Motorlu araç sahibi, aracını bu gibi yerlere bırakmakla işleten sıfatını kaybetmiyor, yalnız bu esnada aracın sebep olduğu zarardan sorumlu tutulmamaktadır. Mesleki teşebbüs sahiplerinin sorumlu tutulmalarının sebebi, bunların motorlu araç üzerinde fiili hâkimiyet sahibi olmalarıdır.

b) Yarış düzenleyicileri

KTk mad. 105/1: Yarış düzenleyicileri, yarışa katılanların veya onlara eşlik edenlerin araçları ile gösteride kullanılan diğer araçların sebep olacakları zararlardan dolayı motorlu araç işletenin sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca sorumludurlar.

KTk mad. 105/2: Yarışçıların veya onlarla birlikte araçta bulunanların uğrayacakları zararla, gösteride kullanılan araçların uğradıkları zararlardan dolayı sorumluluk genel hükümlere tabidir.

KTk mad. 105/3: Yarış düzenleyicilerinin, yarışa katılanların ve yardımcı kişilerin yarış esnasında üçüncü kişilere karşı olan sorumluluklarını karşılamak üzere bir sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.

KTk mad. 105/4, izin alınmaksızın düzenlenen bir yarışta zararların, zarara sebep olan motorlu aracın sorumluluk sigortacısı tarafından karşılanacağını hükme bağlamıştır.

KTk mad. 105/5, bu madde hükmünü, ortalama hızı saatte 50 km'nin üzerinde olan motorlu araçlar ile sınırlandırmıştır. Kanun, bisiklet yarışları hakkında da aynı hükmü öngörmektedir.

c) Motorlu aracı çalan veya gasp eden kişiler

KTk mad. 107/1: Bir motorlu aracı çalan veya gasp eden kimse işleten gibi sorumlu olur.

İzinsiz kullanmada sorumluluk KTk mad. 107 kapsamına girmez. Çalan veya gasp edenin ayırt etme gücü olup olmaması ve ayrıca failin amacının ne olduğu (kullanma hırsızlığı veya temellük hırsızlığı) önemli değildir. Fail zorunluluk halinde çalmış veya gasp etmiş olsa bile, KTk mad. 107'ye tabidir.

Aracın sürücüsü, aracın çalınmış veya gasp edilmiş olduğunu biliyor veya gerekli özeni gösterip öğrenebilecek durumdaysa, çalan veya gasp edenle birlikte müteselsil sorumlu olur.

Kanun, çalınan veya gasp edilen araçların, üçüncü kişilere verdiği zarardan gerçek işleteni sorumlu tutmuştur. Gerçek işleten aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kusursuz olduğunu ispat ederse, sorumlu tutulmaz. Aracın cam ve kapılarını kapattığını, anahtarı araç üzerinde bırakmadığını, sürücü ve yardımcılarını seçmede, talimat vermede, denetlemede her türlü özeni gösterdiğini ispat etmelidir.

KTk mad. 107/2, aracın çalınmış veya gasp edilmiş olduğunu bilerek binen yolculara karşı işletenin sorumluluğunu genel hükümlere (TBK mad. 49) tabi tutmuştur.

KTk mad. 107/3: Çalınmış veya gasp edilmiş motorlu araç bir olaya sebep olmuşsa, işleten de sorumlu değilse, kişiye gelen zararlar Garanti Fonunca karşılanır.

d) Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri

KTk mad. 106'ya göre, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerine ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan, devlet ve sözü geçen kamu tüzel kişileri, aynen aracın işleteni gibi sorumludur.

İşleten ve teşebbüs sahibinin sorumlu olduğu kişiler

KTK mad. 85/5'e göre, işleten ve teşebbüs sahibi, sürücünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur. Her türlü özeni gösterdiğini, denetlediğini, gözetim görevini ihmal etmediğini ispat etse bile sorumluluktan kurtulamaz. Kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. Araç işleten kişi eylemlerinden sorumlu olduğu kişinin kusuru bulunmadığını, zararın araçtaki bir bozukluktan kaynaklanmadığını **ve ayrıca** kazanın oluşumunda **illiyet bağı** **kesen bir sebebin varlığını** kanıtlamak zorundadır.

Sürücü: İşletenin rızasıyla motorlu aracı süren kişi yetkili sürücüdür, rıza olmaksızın ve hukuka aykırı aracı ele geçirip aracı süren kişi yetkisiz sürücüdür. İşleten, yetkisiz sürücünün eylemlerinden sorumlu değildir. İşleten, yetkili sürücünün eylemlerinden sorumludur.

Eylemlerinden sorumlu olunan sürücüler; profesyonel sürücü ve arızı (tesadüfi, geçici) sürücülerdir. Arızı sürücülere örnek; aile üyeleri, öğrenci sürücüler, araç hareket halinde iken direksiyon bırakılan kişiler, aracı kontrol eden kamu görevlisi, bilirkişi, aracı denemek için kullanan alıcı kişi gösterilebilir.

Yetkili sürücü, aracı başkasına vermişse, zararlardan işleten sorumludur. Zararda sürücünün kusuru varsa, zarar gören ona tek olarak veya işleten ve teşebbüs sahibi ile birlikte müteselsil dava açabilir.

Diğer yardımcıları: Aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerdir, hizmetli de denilir. Bu kişiler arasında; muavinler, araç manevra yaparken sürücüyü işaret verenler, aracın işletilmesine yardım edenler sayılabilir.

TEŞEBBÜS SAHİBİ:

Motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında ya da bu teşebbüs tarafından kesilen bilette işletilmesi halinde işletenin bağlı olduğu teşebbüsün sahibi de araç işleteni ile birlikte sorumludur. Burada müteselsil sorumluluk söz konusudur.

2.b. Zarara motorlu aracın işletilmesi veya kanunda öngörülen diğer bir olay sebep olmalıdır.

1) Zarara, motorlu aracın işletilmesi sebep olmalıdır.

İşletilme kavramını açıklayan **iki görüş** vardır.

a) Aracı trafiğe çıkarma görüşü: Motorlu bir araç, genel yola çıkarıldığı andan itibaren burada kaldığı sürece işletilme halindedir.

b) Makine tekniğine dayanan işletme görüşü: Kaza, aracın mekanik aksamının çalışma ve kullanılmasından ve dolayısıyla aracın işletilmesine has tehlikenin gerçekleşmesinden doğmuşsa, araç işletilme halindedir. Bu görüşe katılıyoruz.

İşletme kazası olayların çoğunda araç motor gücüyle hareket halindeyken gerçekleşir. Ancak, bazı hallerde araç dururken de kaza meydana gelebilir.

I) Hareket halindeki araçlarda işletme kavramı: İşletme tehlikesi, esasını aracı hareket ettiren motor gücünde bulmaktadır. Araç, motor gücüyle harekete geçmiş olmalıdır. Burada işletilme ve tipik tehlike sorumluluğu, motorun çalışmasına ve aracın motor gücüyle hareket etmesine bağlıdır.

- Aracın meyil nedeniyle hareket etmesinde
- Aracı bir an için durdurma esnasında başka bir aracın bu araca çarpmasında
- Sürücü, araç hareketliken elini pencereden çıkarıp başkasına zarar vermişse
- Araç hareketliken çıkardığı gazla zehirlenmeye sebep olmuşsa
- Araç hareketliken yanarsa, patlarsa
- Araç çalışırken benzin konulursa
- Bir araç veya römork çekilirken
- Araç hareketliken etrafa taş fırlattığında zarar verirse
- Araçtan akan yağ nedeniyle arkadaki araç kayarsa işletilme hali ve tehlike sorumluluğu vardır.

II) Duran araçlarda işletme kavramı: Park edilen araçlarla yolda durdurulan araçlar, işletme halinde değildir. Ancak, araç trafik akımı içinde park edilmiş veya durdurulmuşsa, işletilme halindedir. El ile itilen veya bir hayvanın çektiği araç işletilme halinde değildir.

2) Zarara, işletilme halinde olmayan bir araç sebep olmalıdır.

İşletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu zarardan yalnız işleten sorumludur, teşebbüs sahibinin sorumluluğu yoktur.

KTk mad. 85/3: İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir. **Sorumluluğun şartları:**

- ** Zarar, işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından doğmalıdır.** Park ışığı yakılmadan yol kenarında bırakılan motorlu bir aracın kazaya sebep olması, işletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu trafik kazasına tipik bir örnektir.
- ** Zarar görenin, kazaya, işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir.**
 - Kazaya, işletenin veya yardımcılarının kusuru sebep olmalıdır.
 - Kazaya, araçtaki bozukluk sebep olmalıdır. Sürücü, üretici, tamircinin kusuru işleteni sorumluluktan kurtarmaz. Üçüncü kişilerin kasıtlı kusuru sorumluluktan kurtarır.

3) Zarara, kazadan sonra yapılan yardım çalışmaları sebep olmalıdır.

KTk mad. 85/4: İşleten ve teşebbüs sahibi, hâkimin takdirine göre kendi aracının katıldığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından dolayı yardım edenin maruz kaldığı zarardan da sorumlu tutulabilir. Ancak, bu durumda işletici teşebbüs sahibinin sorumlu tutulabilmesi için, kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan kendisine veya araçta bulunanlara yahut kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılması gerekir.

Bu madde, yardım edenin uğradığı zarardan, işleten ve teşebbüs sahibinin sorumluluğunu düzenlemektedir. Aslında bu madde, yardım edenin zararlarının giderilmesi yönünden TBK mad. 529'un uygulama alanıdır. Ancak bu maddede, TBK mad. 529'un aksine, yardım edenin işleten yararına yaptığı giderler öngörülmemiştir. Hâkim, her iki maddeyi birlikte göz önünde tutarak yardım edeni, bu masraf ve borçlardan da kurtarmalıdır.

Bu madde işleten ve teşebbüs sahibinin sorumluluğu yönünden bir ayırım yapmıştır. Teşebbüs sahibinin sorumlu olması için, kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan kendisine, araçta bulunanlara veya kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılması gerekmektedir.

İşleten ve teşebbüs sahibi, kazadan sonra yapılan yardım çalışmaları nedeniyle yardım edenin zararlarını tazmin etmekle (hakkaniyet düşüncesiyle) yükümlü tutulmuştur. Örneğin işleten A, B'ye çarpıp yaralamış ve C, yaralı B'yi hastaneye götürürken kaza yapmış, on bin TL zarara uğramışsa, A bu zarardan sorumlu tutulmalıdır. Burada işleten A, ilk kazaya sebebiyet veren kişi sıfatını taşımaktadır. Bu madde hem işletilme, hem de işletilme halinde olmayan aracın katıldığı kazaya yardım çalışmalarından doğan zararın tazmininde uygulanır.

2.c. İşleten kurtuluş kanıtı getirememiş olmalıdır.

KTk mad. 86: İşleten kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişinin kusuru bulunmadığını, zararın araçtaki bir bozukluktan kaynaklanmadığını ve ayrıca kazanın oluşumunda illiyet bağıni kesen bir sebebin varlığını (mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü bir kişinin ağır kusuru) kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur.

İşleten veya teşebbüs sahibi önce **illiyet bağıni kesen bir sebebin** varlığını ispat etmek zorundadır. Ancak bu ispat sorumluluktan kurtulmak için yeterli değildir. İkinci ve aslında ön koşul ise zararın doğumunda **kusurun** ve araçtaki bir **bozukluğun** etkili olmadığını (her ikisini de) kanıtlamaktır.

İşletenden aracın bütün unsurlarının sağlam olduğunu kanıtlaması beklenmemelidir. Kazada rol oynayabilecek teknik kısımların kaza sırasında normal çalıştığını kanıtlamak yeterlidir.

İşletenin araç bozukluğundan sorumlu olabilmesi için, bozukluğun onun kusuruna dayanması gerekir. Araçtaki bozukluk zarar görenin veya üçüncü bir kişinin kusurundan doğmuşsa işleten sorumlu tutulmamalıdır. Aracın teknik muayenesinin yapılması aracın bozuk olmadığını kesin delili olamaz.

Araçtaki üretim hataları üçüncü kişinin kusuru sayılmaz, işleten veya teşebbüs sahibi bu gibi bozuklukların sebep olduğu kazadan da sorumludur.

- ♥ **Beklenmedik olay, işleten veya teşebbüs sahibini sorumluluktan kurtarmaz. Mücbir sebep illiyet bağıni keser.** Örneğin; yolun kaygan olması, güneşin gözü kamaştırması veya göze sinek kaçması ile görmenin engellenmesi, hayvanın aniden aracın önüne çıkması, dağlık bölgede araca taş düşmesi, şiddetli yağmur, araçta bazı teknik bozuklukların çıkması, sürücünün bayılması veya aniden ölmesi, uyuya kalması, araçtaki gizli ayıp ve bozukluklar **mücbir sebep değildir**. Çığ düşmesi, köprünün çökmesi, deprem **mücbir sebeptir**. Ancak, işleten veya teşebbüs sahibinin kusuru varsa veya araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemişse, mücbir sebep varsa bile sorumluluktan kurtulamaz. Kusur ve bozukluğun olduğu yerde mücbir sebepten söz edilemez. Mücbir sebebi ispat yükü işleten veya teşebbüs sahibine düşer.
- ♥ **Zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru**, zararın tek başına sebebiyse işleten sorumluluktan kurtulur. İşleten veya teşebbüs sahibinin kusuru varsa veya araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemişse, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru ağır bile olsa işleten veya teşebbüs sahibi sorumlu olur. İşleten üçüncü kişinin kusuruna dayanarak tazminattan indirim isteyemez. Tazminattan indirim sebebi sadece zarar görenin ağır kusuruna dayanabilir.

İşleten veya Teşebbüs Sahibinin Sorumluluğunun Azaltılması (Tazminattan İndirim Sebepleri)

1. Zarar görenin kusuru

KTk mad. 86 kapsamında kurtuluş kanıtı getiremeyen işleten veya teşebbüs sahibi, kazada zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim tazminat miktarını indirebilir. İşletenin ek kusuru, zarar görenin kusurundan daha ağır veya eşitse tazminatta indirim olmaz.

İşleten veya teşebbüs sahibinin ek kusurunun, zarar görenin kusurunu bertaraf etmesi, tehlike sorumluluğunda söz konusudur. Kusur sorumluluğunda, zarar görenin kusuru, tazminatta indirim sebebi olabilir.

2. Hatır için taşıma veya aracın hatır için verilmesi

KTk mad. 87/1'e göre yaralanan veya ölen kişi hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmişse, işleten veya teşebbüs sahibinin sorumluluğu genel hükümlere tabidir.

Kanun koyucu, araçta taşıma veya aracı verme hatır ilişkisine dayandığı ve karşılıksız olduğu için, hatır işini tazminattan indirim sebebi kabul etmiştir.

Araçta hatır için taşıma veya aracı hatır için verme, taşınan veya verilen kişinin menfaatine olmalıdır. İşleten veya teşebbüs sahibinin menfaati varsa, tazminattan indirim söz konusu olmaz.

Zarar görenin hatır taşımalarında kişisel kusuru bulunabilir. Örneğin işletenin sarhoş olduğunu bilmesine rağmen zarar gören onun arabasına binerse kişisel kusurludur. Bu takdirde tazminattan indirim daha fazla olur. İşleten veya teşebbüs sahibinin ek kusuru varsa, indirim yapılmayabilir.

Hatır konusunun tazminattan indirim sebebi kabul sayılmasının nedeni, hakkaniyet düşüncesidir. Çünkü işleten veya teşebbüs sahibinin menfaati yoktur, karşılık almadan taşımaktadır. İşleten veya teşebbüs sahibini tamamen sorumlu tutmak adalet duygusuna aykırı düşer.

KTk mad. 87/1'de düzenlenen hatır işinin hukuki niteliği bir def'i olup itiraz değildir. İşleten veya teşebbüs sahibinin bunu ileri sürmesi gerekir. Hâkim kendiliğinden göz önünde tutmaz.

Birden Çok İşleten veya Teşebbüs Sahibinin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Sorumlulukları

Birden çok işleten veya teşebbüs sahibinin birbirlerine zarar vermesi, sorumlulukların çatışmasına yol açar. Sorumlulukların çatışması, hepsinin zarar görmesi halinde söz konusu olabileceği gibi, sadece birinin zarar görmesi halinde de söz konusu olabilir. Ancak zarar, bütün işleten veya teşebbüs sahiplerine ait araçların aynı kazaya sebep olmasından doğmuş olmalıdır.

Bu sorumluluk **KTk mad. 89'da** düzenlenmiştir. Kazaya birden çok işleten katılmış ancak, bunlardan biri, sorumluluktan kurtulmuşsa, madde diğer işleten hakkında uygulanır. İşleten sıfatı olmayan sürücünün, yolcunun veya malikinin birden çok aracın çarpışması sonunda zarar görmeleri halinde bu madde uygulanmaz. Aynı işleten veya teşebbüs sahibine ait birden çok aracın çarpışmasında da uygulanmaz.

Bu maddenin uygulanması için, değişik işleten veya teşebbüs sahiplerine ait birden çok aracın fiilen çarpışması, maddi bir temasta bulunması şart değildir. Örneğin far ışıklarıyla kazaya sebep olmuş olabilir.

KTk mad. 89 kişi ve şeye ilişkin zarar arasında ayırım yapmıştır.

1. Kişiyi ilişkin (bedensel zarar) sorumluluk

Değişik işleten veya teşebbüs sahiplerine ait birden çok aracın katıldığı kazada işletenlerden biri bedensel bir zarara uğrarsa, işleten veya teşebbüs sahiplerinin **kusurlu olmaları halinde, zarar kusurları oranında paylaştırılır**. Bu paylaştırmanın yapılabilmesi için özel durumların ve özellikle işletme tehlikelerinin başka türlü bir paylaştırmayı haklı göstermemiş olması gerekir.

Motorlu araçların arz ettikleri işletme tehlikesi türlerine göre farklıdır. Bu farklar, motorlu araçların ağırlığı ve hızı yönündendir. Örneğin kamyon ile otomobilin çarpışmasında, kusurlar eşit olsa bile kamyonun ağırlığı nedeniyle arz ettiği işletme tehlikesi daha yüksektir ve kamyon $\frac{3}{4}$, otomobil $\frac{1}{4}$ sorumlu tutulabilir. Örneğin kusurlu işleten zarardan tamamen sorumludur, ama karşı tarafın ağırlık veya hız gibi işletme tehlikesinin daha yüksek olduğunu ispat ederse, sorumluluktan kısmen kurtulabilir.

İşletenlerden birinin ayırt etme gücünü geçici kaybetmesi veya aracın bozulması da işletme tehlikesini yükseltebilir, bu durumda sorumlu olur. Zarar veren işleten, teşebbüs sahibi veya sorumlu olduğu kişiler, ayırt etme gücünü kendi kusurları dışında geçici kaybettiklerini ispat ederlerse TBK mad. 59'a göre sorumluluktan kurtulabilirler.

İşletenler **kusursuz ise**, araçların tehlikeleri eşit sayılır ve zarar **eşit paylaştırılır**. İşletenlerden biri diğer aracın tehlikesinin daha yüksek olduğunu ispat ederse, sorumluluk oranı buna göre değişir.

2. Şeye ilişkin sorumluluk

Bu durumda da kusur sorumluluğu geçerlidir. İşleten veya teşebbüs sahibinin sorumlu olduğu kişilerin kusuru da kendi kusurları sayılır.

Tüzel kişiler işleten veya teşebbüs sahibi olabilir. Sürücü, tüzel kişinin organı ise, sürücünün davranışı tüzel kişiyi sorumlu kılar.

Birden çok işleten veya teşebbüs sahibinin birbirine verdiği şeye ilişkin zararın paylaştırılmasında kusur sorumlulukları çatışmaktadır. Her iki taraf kusurluysa, kusur oranında zarar paylaştırılır. Zarar veren kusurlu değilse, zarar gören zarara katlanır. Yalnız biri kusurluysa, hem kendi zararına hem de karşı tarafın zararına tek başına katlanır. Her ikisi de kusursuz ise herkes kendi zararına katlanır.

Şeye ilişkin zararın tazmininde araçların arz ettikleri işletme tehlikesi, burada tehlike sorumluluğu yerine kusur sorumluluğu söz konusu olduğu için, göz önünde tutulmaz.

3. Müteselsil sorumluluk

Tazminatla yükümlü birden çok işleten veya teşebbüs sahibi, aynı kazada zarar gören işleten veya teşebbüs sahibine karşı müteselsilen sorumludur.

Zarar gören işleten veya teşebbüs sahibi, tazminat davasını tazminatla yükümlü işleten veya teşebbüs sahiplerinin tamamına karşı açabileceği gibi, bir veya bir kaçına karşı da açabilir.

Üçüncü Kişiye Karşı Birden Çok Zarar Veren Sorumluluğu

1. Müteselsil sorumluluk (dış ilişki)

KTk mad. 88/1: Bir motorlu aracın katıldığı bir kazada, bir üçüncü kişinin uğradığı zarardan dolayı, birden fazla kişi tazminatla yükümlü bulunuyorsa, bunlar müteselsil olarak sorumlu tutulur.

İşleten veya teşebbüs sahibi dışında sürücü, diğer aracın sahibi veya işleteni müteselsil sorumlular arasında yer alabilir. Sarhoş bir sürücüyü harekete zorlayan yolcu müteselsil sorumlu olur.

Zarar gören üçüncü bir kişi olmalıdır. Müteselsil sorumluluk için kazaya katılanların her birinin zara görene karşı sorumlu olması gerekir. Üçüncü bir kişinin ağır kusuru nedeniyle sorumluluktan kurtulan kişinin, müteselsil sorumlular çevresine girmesi mümkün değildir.

Birden çok zarar verenden biri, tazminattan indirim sebeplerinden birinden yararlanmaktaysa, zarardan indirilmiş miktar üzerinden müteselsil sorumlu olur.

Müteselsil sorumlulukta zarar verenlerden her biri, zararın (tazminatın) tamamından sorumludur. Zarar gören birine veya tamamına dava açabilir.

2. Müteselsil sorumluların birbirine rücuu (iç ilişki)

KTk mad. 88/2: Birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda, bunlar arasındaki ilişki bakımından zarar, olayın bütün şartları değerlendirilerek paylaştırılır. Özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaştırılmasını haklı göstermedikçe, işleten ve teşebbüs sahipleri, kusurları oranında zarara katılırlar.

a. Tehlike sorumluluklarının yarışması

Birden çok işleten veya teşebbüs sahibinin kazaya sebep olması halinde zarar, işleten veya teşebbüs sahipleri arasında kusurları oranında paylaştırılır. Birinci planda kusur esas alınmıştır. Ancak, bunun için özel durumların ve özellikle işletme tehlikelerinin başka türlü bir paylaştırmayı haklı göstermemesi gerekir. Böylece işletme tehlikesi ikinci plana atılmıştır.

Kusur ve işletme tehlikesi eşit ise, zarar eşit paylaştırılır. Kusur yoksa işletme tehlikesi esas alınır. Yalnız biri kusurluysa zarar onun üzerine kalmalıdır. Çünkü kusur ilkesi ile tehlike ilkesi yarışmakta ve zarar en son tehlike sorumlusuna yükletilmektedir. Tehlike ilkesine göre sorumlu kişi aynı zamanda kusurlu ise ilk planda kusur sorumluluğu kategorisine sokulur.

Araçların işletme tehlikesi kıyaslanırken, soyut tehlikelilik dereceleri değil, kazadaki somut ve fiili tehlikelilik dereceleri göz önünde tutulur.

b. Tehlike sorumluluğu ile olağan sebep sorumluluğunun yarışması

Tehlike sorumluluğu ile özen sorumluluğunun yarışmasında, her ikisi de kusursuz ise, hâkim olayın özelliğini göz önünde tutarak, zararın büyük kısmının tehlike sorumlusunun üzerinde kalmasına karar verebilir. Her ikisi de kusurlu ise aynı çözüm uygulanabilir.

Tehlike ilkesine göre sorumlu kişinin aynı zamanda ek kusuru varsa, diğerinin ek kusuru yoksa zararın tamamı tehlike sorumlusunun üzerinde kalmalıdır.

Özen sorumlusunun ek kusuru varsa, diğerinin ek kusuru yoksa ve özen sorumlusu tek başına zararı tazmin etmişse, araç işletene rücu edemez. İşleten zararı tazmin etmişse, ek kusuru nedeniyle özen sorumlusuna rücu edebilir.

c. Tehlike sorumluluğu ile kusur sorumluluğunun yarışması

İki sorumluluğunun yarışmasında zararın tamamı kusur sorumlusunun üzerinde kalmalıdır. İşleten veya teşebbüs sahibi ek kusurlu ise, diğer kusurlu ile birlikte müteselsil sorumlu olur. Bu takdirde kusur sorumlusu ve ek kusurlu tehlike sorumlusu iç ilişkide kusur derecelerine göre birbirlerine rücu ederler. Ek kusurun yanında ayrıca aracın tehlikelilik durumu dikkate alınmaz.

d. Sigortacının rücuu

Zarar gören öngörülen sınırlar içinde doğrudan sigortacıya karşı dava açabilir. Sigorta tazminatı yeterli değilse, kalan kısım için işleten veya teşebbüs sahibi veya diğer sorumlunun da dava edilmesi uygun olur. Sigortacı zarar görene ödediği tazminatı zarar verene rücu edebilir.

Mali Sorumluluk Sigortası Yaptırma Zorunluluğu

KTK mad. 91/1: İşletenlerin mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.

Bu madde, aracın işletilmesinden doğan zararlara ilişkin sorumluluğu karşılamak içindir, bu hükümden işletilme halinde olmayan araçların sebep olduğu kazadan doğan zararların zorunlu mali sorumluluk sigortası konusu olmayacağı sonucu çıkmaktadır.

KTK mad. 97, zarar görene, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde doğrudan sigortacıya karşı talepte bulunma hakkını tanımıştır.

KTK mad. 93, taraflara en az sigorta tutarı üzerinden sorumluluk sigortası yapma zorunluluğu getirmiştir. Sigortacı zarardan sigorta sınırları içinde sorumludur, bunu üzerindeki zarardan işleten sorumludur.

KTK mad. 92, sigorta kapsamını kişiler yönünden sınırlamaktadır.

- İşletenin, kusurları nedeniyle sorumlu olduğu kişilere yöneltebileceği talepler
- İşletenin, eşinin, üst ve altsoyunun, evlatlık bağı ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zarar nedeniyle ileri sürebileceği talepler
- İşletenin, sorumlu tutulmadığı şeye gelen zararlara ilişkin talepler
- Sigorta teminatı altında yapılan motorlu araç yarışları ve denemelerindeki kazalardan doğan talepler
- Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar
- Manevi tazminata ilişkin talepler zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadır. Bunlardan işleten bizzat sorumludur.

Zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan talep ve dava hakkını kullanabilmesi için **iki şart** gerekir.

- Zarar veren işleten ile sigortacı arasında önceden yapılmış zorunlu mali sorumluluk sigortası olmalıdır.
- Sigortalının (işleten veya sorumlu olduğu kişiler) sorumluluğunun doğmuş olması gerekir.

Zarar gören birden çok kişi olabilir. Tazminat alacakları sigorta tutarından fazla ise sigorta tutarı, orana paylaştırılır. İyi niyetli sigortacı, diğer talepleri bilmeden bir kişiye ödeme yapmışsa borcundan kurtulmuş sayılır. Sigorta tutarına işletenin ödemek zorunda olduğu faiz de eklenir.

Zarar veren sigortalı değil veya tespit edilememişse (kişiye verilen zararlarda) yahut sigortacı iflas etmişse (kişiye ve şeye verilen zararlarda), zarar gören Garanti Fonuna başvurur. Çalınmış, gasp edilmiş aracın sebep olduğu kazada işleten sorumlu değilse kişiye verilen zararlarda Garanti Fonuna başvurur.

Yetkili Mahkeme ve Zamanaşımı

Dava, sigorta merkez veya şubesi ya da acentanın bulunduğu yahut kazanın olduğu yer mahkemesinde açılır. Seçim hakkı zarar görene aittir.

KTK mad. 109 maddi tazminat davasına ilişkin **üç türlü zamanaşımı** süresi öngörmüştür.

Kısa süre 2 yıldır. İki yıllık süre, zarar görenin zararı ve yükümlüsünü öğrendiği tarihte başlar. Zarar veren birden çok ise zarar görenin hepsini öğrenmesi şart değildir. Zarar verenlerin her biri hakkında süre öğrenildikleri anda başlar.

10 yıllık **mutlak süre** kaza gününden itibaren işlemeye başlar. Zarar gören zararı ve yükümlüsünü dokuzuncu yılda öğrenmişse iki yıl kısa süre hakkı yoktur, bir yıl zamanaşımına kalmıştır.

Tazminat talebi suç teşkil eden bir fiilden doğuyorsa ve **ceza kanunu daha uzun bir süre** öngörmüşse bu süre, maddi tazminat davası için de geçerlidir (**KTK mad. 109/2**). Kaza gününden itibaren işlemeye başlar.

Müteselsil sorumlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı, diğerlerine karşı da kesilir. **KTK mad. 109/3:** Zamanaşımı, tazminat yükümlüsüne karşı kesilirse, sigortacıya karşı da kesilmiş olur. Rücu hakkına ilişkin zamanaşımı süresi 2 yıldır.

MADDİ ZARARIN HESAPLANMASI

Sorumluluk hukukunun ilk amacı; bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi (zararı), aynen veya nakden gidermek, zarar verici olay sonunda zarar görenin malvarlığında eksilmiş olan değer yerine, nitelik ya da nicelik yönünden eş bir değeri koymaktır.

Zarar verenin, yerine getirmek zorunda olduğu bu yükümlülüğe **tazminat yükümlülüğü** denir.

Tazminat miktarının belirlenebilmesi için önce, zararın hesaplanması gerekir. Tazminat, gerçekleşen zararla sınırlıdır, hiçbir zaman **zararın azami miktarını geçemez**.

ZARARIN İSPATI

TBK mad. 50/1: Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Zararın varlık ve miktarının kesin ispatı, bazen çok zor hatta imkânsız olabileceği gibi, bazen de ispat zarar görenden beklenmeyebilir. Özellikle yoksun kalınan karda; çalışma gücünün kaybında; içinde para bulunan bir çantanın çalınmasında; faturası alınmamış bir şeyin telef olmasında; basın yoluyla şeref ve haysiyeti ihlal edilen iş adamının ticari itibar kaybında; zarar miktarını tespit etmek zor veya zarar görenden beklenilemez. TBK mad. 50/2'ye göre hâkim, olayların olağan akışını, zarar görenin almış olduğu önlemleri göz önünde tutarak zarar miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Zarar görenin almış olduğu önlemlerden amaç; zararın artmasını önleyecek önlemler değil, onun ileride kazanç elde etmek amacıyla yaptığı faaliyet ve teşebbüslerdir.

Hâkim, geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak, bunun için zarar miktarının gerçek verilere dayalı hesaplanmasının mümkün olmaması gerekir.

Zarar görenden zararın ispatının beklenilemeyeceği durumlar da ispat imkânsızlığı ile bir tutulmalıdır. Örneğin ispat yükü, zararlar kıyaslandığında zarar gören aleyhine aşırı ölçüde fazla masrafa sebep olduğu veya kişilik haklarını ya da iş sırlarını ihlal ettiği takdirde, **ispat beklenilmezliği** söz konusu olur.

Hâkimin takdir yetkisi, zararın hem varlığı hem de miktarı yönünden geçerlidir. Ayrıca, hâkim, ileride gerçekleşecek zararlarla ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar da takdir yetkisine sahiptir.

Zarar görenin soyut bir iddiada bulunması veya zararlar ilgili zayıf bir ihtimal, ispat için yeterli değildir, hâkime zararın varlık ve miktarı hakkında kanaat verecek somut olgu ve olayları sunmalıdır. Bunlar, zararın gerçekleşmiş olduğunu yüksek bir ihtimal içinde gösteriyorsa, zarar karine olarak kabul edilmelidir. **Yüksek ihtimal karinesi** özellikle yoksun kalınan karda söz konusu olabilir.

ZARARIN HESAPLANACAĞI ZAMAN

Esas alınacak zaman doktrinde tartışmalıdır, zarar verici olayın gerçekleştiği tarih olabileceği gibi, davanın açıldığı veya kararın verildiği zaman da olabilir.

- Zararın kapsamının, **kararın verildiği tarihte** (ilk derece mahkemesinin kararı tebliğ ettiği tarih) hesaplanacağı kuralı, TBK mad. 75'te bedensel zararlar hakkında açıkça öngörülmüştür (hâkim görüşü).
- Türk hukuk uygulamasında ilke olarak, zarar verici **olayın gerçekleştiği tarih** göz önünde tutulmaktadır.

Biz hâkim görüşe katılıyoruz, çünkü zarar görenin malvarlığının iki durumu arasındaki farkı tam gösterebilecek tarih, kararın verildiği tarihtir.

Zarar, gerçekleşen zarar ve gerçekleşecek zarar olmak üzere ikiye ayrılır. **Gerçekleşen zarar;** fiilen gerçekleşmiş olan zarardır. Hâkim, karar sırasında yalnız bunun tazminine karar verir. Davacı, **gerçekleşecek zararın** tazminini, iki halde dava edebilir. Önce, bazı hallerde gelecekteki zararın kesin hesap edilmesi mümkündür, bu tür bir gelecek zarar dava edilebilir. Ayrıca zarar gören bazı hallerde, gelecek zarara ilişkin hakkının hükümde saklı tutulmasını hâkimden isteyebilir.

ZARAR MİKTARINA FAİZ EKLENMESİ

Zararın kapsamında faiz de vardır. Hâkim, zarara meydana geldiği andan itibaren faiz yürütmek zorundadır. Zarar miktarı, faizden sonra bulunacak anaparayı oluşturur. Faiz zararın bir unsurudur. Kanuni faiz oranı % 9'dur.

Faizin başlangıç anı haksız fiilin meydana geldiği an değil, **zararın gerçekleştiği andır**.

Bu faiz tazminat alacağının normal kanuni faizi olup temerrüt faizi değildir. Bu nedenle ihtara gerek yoktur. Buna karşılık karardan sonraki günler için ödenmeyen tazminat, temerrüt faizine tabidir.

Davacı, **dilekçesinde faiz istemek zorundadır**, dilekçede faiz istenmemişse hâkim kendiliğinden faize hükmedemez. Zamanaşımı süresi içinde sonradan ayrı bir dava ile faiz istenebilir. Zarar gören, başlangıç tarihini belirtmemişse, hâkim faize davanın açıldığı tarihten itibaren hükmeder.

ZARARDAN YARARLARIN İNDİRİLMESİ (DENKLEŞTİRME)

Bazı hallerde zarar verici olay, zarar görene bazı ekonomik yararlar da sağlamış olabilir. Bu ekonomik yararlar brüt zarardan düşürülür, net zarar hesaplanmış olur. Ekonomik yararların zarardan düşürülmesi, zararın hesaplanmasının bir unsurudur. Örneğin hasara uğrayan bir arabanın ilk değeri 50 bin TL, hurdası 10 bin TL ise, zarar 40 bin TL'dir.

Zarar görenin, kazadan sonra hastanede yattığı sürece evde yemek vs. gideri olmayacağından buradan yapılan tasarruflar da denkleştirmeye tabidir, zarardan bu tasarruflar düşürülmelidir.

İşçinin iş kazası veya meslek hastalığı sonucu çalışma gücünü kaybetmesi halinde kendisine, ölümü halinde desteğinden yoksun kalanlara SGK tarafından yapılan ödemeler zarardan düşürülmelidir.

- Denkleştirme işlemi, tazminatın belirlenmesiyle değil, **zararın hesaplanmasıyla ilgili** bir sorundur. Bu işlemin tazminatın belirlenmesi safhasında ele alınması, tazminat miktarını zarar gören aleyhine etkiler.
- **Manevi zararda** denkleştirme kuralı söz konusu **olmaz**.
- Hâkim denkleştirme kuralını **re'sen uygular**. Bu bakımdan denkleştirme bir def'i olmayıp **bir itirazdır**.
- Yararlanmanın varlık ve miktarını **ispat yükü zarar verene düşer**.
- Yarar; **gerçekleşen** ve **gelecek yarar** diye ikiye ayrılır.
- Yarar miktarı, **karar verme tarihinde belirlenir**.
- Yarar veya denkleştirme; **nakden** ve **aynen yarar (denkleştirme)** diye ikiye ayrılır. Nakden yarar veya denkleştirmede zararın para değeri brüt zarardan düşürülür. Aynen yarar veya denkleştirmede yarar, yani hasara uğrayan şeyin kalanı (örneğin arabanın hurdası) sorumlu kişiye bırakılır. Aynen denkleştirmeyi isteme hakkı zarar görene aittir.
- Denkleştirme, takas değildir. Takasta aynı nitelikte karşılıklı alacaklar vardır. Denkleştirmede zarar görenin tazminat alacağına karşılık, zarar verenin denkleştirilecek yararlar üzerinde bir hakkı yoktur.

Denkleştirmenin Şartları

1. Zarar verici olay, zarar gören lehine ekonomik bir yarar sağlamalıdır.

Zarar görenin malvarlığında meydana gelen yarar, fiili bir artış olabileceği gibi, pasifin azalması, eksilmenin önlenmesi şeklinde de olabilir.

Ekonomik yarar, zarar görenin özel çabasından kaynaklanıyorsa, hâkim yararın tamamını zarardan düşürmemelidir.

Olması muhtemel bir yararı, zarar gören kusurlu bir davranışla önlemişse, zarardan düşürülmeli midir? Bizce önce yararın gerçekleşmiş olması gerekir. Yarar gerçekleşmemişse denkleştirme olmaz. Hâkim, bunu zararın hesaplanmasında değil, tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutmalıdır.

2. Uygun illiyet bağı

Yarar zarar verici olayın uygun sonucu olmalıdır. Tesadüflere, umulmayan olaylara dayanan yararlar denkleştirilmez.

3. Bir kanun hükmü veya tarafların iradesi, denkleştirmeye karşı olmamalıdır.

Bir kanun hükmü veya tarafların iradesi, buna karşı olduğu takdirde, denkleştirmeye söz konusu olmaz.

Üçüncü kişilerin zarar görene yaptıkları ifa amacı olmayan bağış, yardım ve karşılıksız kazandırmalar zarardan düşürülmez. Üçüncü kişi zarar veren yerine, zararı gidermek amacıyla bir edimde bulunmuşsa bu ödemeler zarardan düşürülmelidir.

İşveren; zarardan sorumlu ve kanun veya sözleşme gereği işçiye belli edimlerde bulunmak, maaşını ödemek zorunda ise, bu ödeme bağış/yardım olmadığı için zarardan düşürülmelidir.

Sorumluluk sigortalarında da **sigortacı** tarafından ödenen paralar, bağış/yardım olmadığı için zarardan düşürülür. Çünkü sigortacı bunu zarar verene rücu edecektir.

Çocuğunun öldürülmesi nedeniyle **ana babanın** destekten yoksun kalma tazminatı istemeleri halinde, ana babanın çocuk sağ olsaydı yapacakları bakım, eğitim, öğretim giderleri destekten yoksun kalma zararından düşürülür.

Desteğin öldürülmesi sonunda zarar görenin elde edeceği **mirasın**, yarar sayılıp zarardan düşürülüp düşürülmeyeceği tartışmalıdır. Bizce, mirası yarar saymak mümkün değildir. Ancak, mirasın erken elde edilmesiyle **erken elde edilen gelir**, destek ihtiyacını gidermiş/azaltmış olabilir. Hâkim, takdir yetkisi ile mirası değil, ama erken elde edilen gelirin bir kısmını yarar sayıp zarardan düşürebilir.

SGK'nın işçiye yaptığı ödemeleri işverene rücu edecekse, bunlar da zarardan düşürülür. Aksi takdirde hem kurum hem de işveren işçiye ödeme yapmış olur, işçi sebepsiz zenginleşmiş olur. Ancak zarar, sigorta ödemesinden fazla ise, işçi fazla kısmı işverenden talep eder. Aynı durum mal sigortalarında da söz konusudur. Zarar gören yarışan talep haklarından birini seçip sigortacı veya zarar verene başvurursa, diğerine karşı talep hakkını kaybeder.

Şahıs sigortalarında, sigortacı yaptığı ödemeleri zarar verene rücu edemez. Bu tür sigortalarda denkleştirme söz konusu olmaz. Çünkü burada sigortacı, zarar görene onun ödediği primler karşılığında tazminat ödemektedir. Zarar veren de burada, zarar görenin yarar sağladığını iddia edemez. Zarar gören, hem sigortacıdan tazminatını, hem de zarar verenden zararın tazminini ayrı ayrı isteyebilir. Halefiyet söz konusu olmadığından sigortacı, zarar verene rücu edemez.

SGK ödemelerinin denkleştirmeye tabi olması, ödeme yapan kurumun zarar verene rücu edebilmesine bağlıdır. Rücu edilemeyen emekli maaşı, malullük aylığı, ölüm sigortası aylığı gibi ödemeler bu tazminatlardan indirilemez. Buna karşılık, iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle SGK tarafından malul işçiye veya ölümü halinde yakınlarına bağlanan dul ve yetim aylıkları denkleştirmeye tabi olup tazminattan düşürülmektedir.

ŞEYE İLİŞKİN ZARARIN HESAPLANMASI

Hesaplama Yöntemleri

Zarar, mal varlığının gösterdiği iki durum arasındaki farka göre hesaplanır. **Fark teorisi** denilir.

Objektif (soyut) ve sübjektif (somut) hesaplama yöntemi olarak iki tür hesaplama yöntemi vardır. Sübjektif (somut) hesaplama yöntemi kuraldır, objektif (soyut) hesaplama yöntemi istisnadır.

Objektif (soyut) hesaplama yönteminde yok olan, hasara uğrayan eşyanın serbest piyasadaki ortalama değeri esas alınır, sübjektif etkiden uzaktır. Objektif değer, mübadele değeri, rayiç değer, gerçek değer, piyasa değeri de denilir.

Sübjektif (somut) hesaplama yönteminde yok olan, hasara uğrayan eşyanın, zarar görenin mal varlığında bulunan diğer mallarla ilişkisi ve kullanıldığı amaç esas alınarak fiili zarar hesaplanır. Türk hukukunda hâkim yöntemdir. Bu yöntemde zarar kavramından hareket edilir, zarar görenin menfaati esas alınır. Önce eşyanın piyasa değeri bulunur, sonra zarar görenin mal varlığında meydana getirdiği olumsuz etkiyi karşılayan miktar, yani dolaylı zarar tespit edilir. Her iki değer toplamı gerçek zararı verir.

Eşyanın Yok Olması veya Hasara Uğraması

Mutlak kullanılamaz hale gelen veya tamiri mümkün olmayan ya da tamir masrafı değerinden fazla olan eşya tamamen yok olmuş sayılır.

Bu durumda, eşyanın değer kaybına uğramayan, sabit değerli olup olmaması önem taşır. Zamanla eskimeyen, aşınmayan, yıpranmayan eşya (örneğin tablolar) sabit değerli eşyadır.

Sabit değerli eşya yok olmuşsa, zarar piyasa değeri değil, bunun yerine konulacak aynı tür ve nitelikte yeni bir eşyayı sağlamak için harcanması gerekli para miktarıdır. Bu tür eşyada zarar, **sağlama değeri** üzerinden hesaplanır. Sabit değerli olmayan eşyalarda ise **kullanma değeri** esas alınır. Kullanılmış eşya yerine yeni bir eşya alındığında eski ve yeni değer arasındaki fark, tazminat miktarından düşürülmelidir.

Yok olan eşya bir mesleğin icrasında kullanılan ve gelir getiren bir eşya ise, zarara yoksun kalınan kar ekleneceği gibi, onun yokluğu yüzünden yapılan giderler de eklenir.

Eşyanın hasara uğraması halinde zarar, **onarım giderleri** ve **ticari değer kaybı** olmak üzere iki unsurdan oluşur. Ayrıca onarım süresi içinde **yoksun kalınan kar** da hesaba katılmalıdır. Hasar gören şeyi kurtarma, çekme, koruma giderleri de zarara eklenir. Arabasız kalan kişinin ulaşım giderleri de zarar hesabında göz önünde tutulur. Toplu ulaşım binmek zarar göreni ekonomik yönden önemli zaman kaybına uğratiyorsa maddi zarar hesabında dikkate alınır. Rahatlığın, konforun kaybı ekonomik yönden olumsuz etkilemiyorsa maddi zarar teşkil etmez.

Manevi değeri olan eşyanın hasara uğraması halinde, bunların ekonomik değeri olmadığı için maddi değil, şartları varsa manevi tazminat istenebilir.

Örneğin 200 bin TL'lik otobüs **tahrip olmuş**, günlük 250 TL gelir iki ay süreyle (15 bin TL) elde edilememiş, 3 bin TL yol parası ödemiş ise; zarar 218 bin TL'dir.

Örneğin otobüs **hasara uğramış**, 50 bin TL masraf yapılmış, 10 bin TL değer kaybı olmuş, günlük 250 TL gelir iki ay süreyle (15 bin TL) elde edilememiş, 3 bin TL yol parası ödemiş ise; zarar 78 bin TL'dir.

KİŞİYE İLİŞKİN ZARARIN HESAPLANMASI

Bedensel Zararın Hesaplanması

Zarar görenin vücut veya ruh bütünlüğünün maddi veya manevi bir zarar getirecek şekilde bozulmasına **bedensel bütünlüğün ihlali** denir.

Zarar, bedensel bütünlüğün ihlali olmayıp, bu ihlal sonunda meydana gelen ekonomik kayıplar, maddi ve manevi eksilmelerdir. Bedensel bütünlüğün ihlali zararın sebebidir.

Bedensel bütünlüğü zedelenen kişi;

- ** tedavi giderlerini,
- ** çalışma gücünün azalmasından kaynaklanan kayıpları
- ** kazanç kaybını
- ** ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan kayıpları isteyebilir.

Bedensel bütünlüğün ihlalden doğan maddi zarar çeşitleri

a. Tedavi giderleri

Muayene, tahlil, teşhis, tedavi, ambulans veya diğer taşıma giderleri, ameliyat, hastane, ilaç, tekerlekli iskemle, bakım, fizik tedavi, kaplıca, korse, hastabakıcı veya hemşire tutulması giderleri, takma organ veya protez, avukat, hukuki danışma, bilirkişi ücretleri, vekalet ilişkisi varsa yakınlarının hastaneye ulaşım giderleri buraya girer. Bu giderler zarar görenin ekonomik durumuna uygun olmalıdır. Hastanede yattığı sürece tasarruf ettiği yeme içme giderleri zarardan düşülür.

b. Kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar

Kazanç kaybı; zarar görenin tamamen iyileşene kadar çalışamamasından doğan kayıplardır.

Çalışma gücünün sürekli olarak azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar; farazi bir zarar olarak hesaplanır. Şu unsurlar göz önünde tutulur:

1) Çalışma gücündeki sürekli azalmanın (kısmi kayıp) oranı

Kayıp oranı, tıbbi kurallara (2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu) göre tespit olunur. Raporda yüzde (%) olarak gösterilir.

Bir sakatlığın meslek yönünden hangi oranda çalışma gücünün kaybına neden olduğunun belirlenmesinde bütün somut durumlar ve mesleki durum göz önünde tutulur ve ayrıca bilirkişi tarafından da tespit edilmelidir.

Bazı hallerde zarar görenden meslek değiştirmesi istenebilir. Zarar görenin uğradığı ihlalin, yeni meslekte çalışma gücünü daha az oranda azaltacağı konusu tespit edilmiş olmalıdır. Zarar görenin, bu takdirde ilk ve son mesleği arasındaki fark, zarar olarak göz önünde tutulur. Zarar gören meslek değiştirmeyi kabul etmezse, bu kusur sayılarak tazminat bir miktar indirilebilir.

2) Zarar görenin gelir durumu

Esas alınacak gelir, zarar verici olayın gerçekleştiği andaki gelirdir. Bu gelire zarar görenin ileriki yıllarda elde edeceği yükselmeleri, maaş artışları da eklenmelidir. Ancak yükselme ve gelir artışı ileri yaşlarda (örneğin 55 yaş) sabit tutulmalıdır.

Gelir kavramına ek gelirler de (fazla mesai, ikramiye, prim, bahşiş, elbise ve ayakkabı parası, konut tahsis) girer.

Zarar gören çocuk ise, ileride kazanabileceği muhtemel gelir, o nitelikteki ortalama bir çocuk örnek alınarak tespit edilir.

3) Çalışma süresi ve bunun başlangıç anı

Zararın hesaplanmasında zarar görenin çalışma ve yaşama süresi önemli bir faktördür. Ülkemizde Yargıtay olağan işlerde 60-65 yaşını, ağır işlerde 50 yaşını çalışma süresi olarak kabul etmektedir. Fikir işçilerinde daha yüksek bir çalışma yaşı kabul edilmektedir.

Çalışmaya başlangıç anının tespiti önemli bir sorundur. Çocuklar için bölgeye, aile durumuna, yürütülecek mesleğe göre 16, 18 veya 20 yaş (yükseköğretimde olanlar için daha ileri yaş) esas alınabilir.

4) Ameliyat ve devamlı tedavi

Zarar görenin çalışma gücü kaybını azaltacak bir ameliyata veya tedaviye rıza gösterip göstermemesi dikkate alınır. Ancak ameliyat tehlikeli, çok ıstırap verici olmamalı, iyileşme ihtimali yüksek olmalıdır. Rıza göstermeme kusur olarak değerlendirilirse, tazminat bir miktar indirilebilir. Ameliyat sonucu zarar verirse veya ölüm olursa zarar veren sorumlu olur.

c. Ekonomik geleceğin sarsılması

Kişi çalışma gücünü tam olarak korusa bile, iş piyasasında yeni iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekebilir, daha çok güç sarf etmek zorunda olabilir, hatta işsiz kalabilir.

Burada zarar, zarar görenin ekonomik geleceği sarsılmasaydı elde edeceği kazanç ile gelecekte bu şartlarla elde edeceği muhtemel kazanç karşılaştırılarak tespit edilir.

Adam Öldürülmesinden Doğan Zararın Hesaplanması

TBK mad. 53'e göre, adam öldürülmesi sonucu başka kimseler, ölenin desteğinden yoksun kalmışlarsa, onların bu zararı tazmin edilmelidir. Destek kaybından doğan zarar, destekten yararlanan kişinin içinde bulunduğu hayat seviyesini tam veya belirli bir oranda kaybetmesinden doğar.

Zarar, bizzat ölümün kendisi olmayıp, bundan doğan olumsuz ekonomik sonuçlardır. Hayvanın öldürülmesi bu kapsama girmez. Hamile kadının düşük yapması halinde düşük, destek kavramına girmez.

a. Ölümün meydana geldiği an

1) Ölüm derhal meydana gelmiştir (cenaze giderleri)

Zarar veren cenaze giderlerini (gömme, yıkama, kefenleme, taşıma, tabut, otopsi, yemek, ilan, mezarlık, mezar taşı) ödemekle yükümlüdür. Bu giderler ölünün sosyal ekonomik durumuna, dini inanışına uygun olmalıdır. Bu giderleri mirasçılar yaptığından, tazminat hakkı mirasçılara aittir. Zarar veren ayrıca, destek kaybı zararlarından da sorumludur.

2) Ölüm derhal meydana gelmemiştir.

Ölüm gerçekleşene kadar yapılan tedavi giderlerini, ölünceye kadar çalışmamaktan doğan kazanç kayıplarını kapsar. Ölüm gerçekleştikten sonra da zarar veren, cenaze ve destek kaybı zararlarından sorumlu olur.

b. Destek kaybindan doğan zarar

Öldürülenin destek ve yardımından yoksun kalanların uğradıkları zarara denir. Destekten yoksun kalanlar, zarar verene karşı destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler.

c. Tazminat talebinin hukuki niteliği

Destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkıdır. Bu hak, mirasçılara değil, destekten yoksun kalanlara aittir. Destekten yoksun kalanın talep hakkı, bir miras hakkı olmayıp, bir tazminat hakkıdır. Destekten yoksun kalan, aynı zamanda mirasçı ise ve mirası ret etmiş olsa bile destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. Tazminat talebi, bir nafaka talebi de değildir. **Sonuç olarak;**

1) Zarar verenin borcu bir nafaka borcu olmayıp, sadece bir **tazminat borcudur**.

2) Tazminat talebi **üçüncü kişilere devredilebilir**.

3) Tazminat talebi **rehin edilebilir**.

4) Tazminat talebi **mirasçılara geçebilir**.

Zarar veren ödeme yapmadan ölürse, borç onun mirasçılara geçer. Destekten yoksun kalan muhtaç hale gelmeden ölmüşse, mirasçılar dava açamaz. Destekten yoksun kalan ölmeden önce muhtaç hale gelmişse, mirasçılar bakım anından ölüm anına kadar dönem için tazminat davası açabilirler.

d. Zararın şartları

1) Destek ilişkisinin mevcudiyeti

Tazminat isteminde bulunan kişiye fiilen, sürekli ve düzenli bir şekilde bakan ve ona ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kimseye **destek** denir. Farazi ve fiili (gerçek) destek olarak ikiye ayrılır.

Farazi destek: Ölmeseydi ileride başkasına bakması kuvvetle muhtemel olan kimseye denir. Farazi destek olacak kişilerin çevresi, gerçek desteğe oranla daha sınırlıdır. Damat, üvey çocuk, evlatlık ve nişanlı erkek farazi destek olabilir. Türk hukukunda nişanlının farazi destek sayılması hususunda hâkimin titiz ve çekingen davranması gerekir.

Gerçek destek: Öldüğü ana kadar başkasına fiilen ve düzenli bir şekilde bakan kimseye denir. Bakım ilişkisi fiili, düzenli, sürekli ve zorunlu olmalıdır. Destek, desteklenen kişinin geçimini tamamen veya kısmen sağlamak ve onu zaruret halinden kurtarmak amacını taşımalıdır. **Gerçek destek çeşitleri:**

a) **Eşlerin birbirine ve çocuklarına destek olması:** Uygulamada destekten yoksun kalma tazminatı en çok burada söz konusu olur. Destek ilişkisi ispat edilirse, üvey babanın ölümü halinde de çocukların destekten yoksun kalma tazminatını talep hakları vardır. Çocuk evlilik dışı, zina ürünü veya soy bağı düzeltilmiş olsa da babasının öldürülmesi ile tazminat talep edebilir.

b) **Karının kocanın desteği olması:** Yalnız ev işlerinde çalışan veya kocasının işyerinde kocasına yardım eden kadın, kocanın desteği sıfatını kazanabilir. Böyle bir kadın ölürse, koca normal hayat standardından bazı şeyler kaybettiği için destekten yoksun kalmış olabilir.

c) **Ananın, çocukların desteği olması:** Ana, dul olarak çocuklarının geçimini üzerine aldığı zaman destek olabilir.

d) **Çocuğun, ana babasının desteği olması:** Kazanç sahibi olan çalışma çağındaki çocuk, ana babasının desteği olabilir.

e) **Kardeşlerin birbirine destek olması:** Talep eden kişi, kardeşinin destek ilişkisinde bulunduğunu ispat etmek zorundadır.

f) **Evlilik dışı ilişki yaşayan erkeğin, kadının desteği olması:** Hâkim görüş, erkeğin fiilen ve düzenli olarak baktığının ispatı halinde, kadının destek tazminatı alabileceği yolundadır. Özellikle ülkemizde imam nikâhlı evliliklerde destek kabul edilmektedir. Metres ilişkisi tartışmalıdır.

2) Bakım gücü - bakım ihtiyacı

Desteğin bakım gücüne sahip olması gerekir. Bunun ispatı davacıya düşer. Tazminat isteyecek kişinin bakıma muhtaç durumda olması gerekir. Desteğin yardımı olmaksızın sosyal seviyesine uygun şekilde geçimini sağlayamayacak kişi, bakım ihtiyacı içinde sayılır.

3) Zararın hesaplanmasındaki faktörler

a) **Desteğin gelir durumu:** Desteğin ve davacının gelir durumu göz önünde tutulur.

b) **Yardım miktarı:** Hâkim, ölüm olmasaydı desteğin, zarar görene yapacağı yardım miktarını tespit eder. Bu miktarda gelecekte gerçekleşebilecek artma ve eksilmeler de göz önünde tutulur. Yardım miktarı desteğin mali gücüne, davacının hayat seviyesine, yakınlık ilişkilerine göre değişir.

c) **Desteğin devam süresi:** Desteğin süresi hesaplanırken, bir yandan desteğin çalışma süresi, diğer yandan da davacının yaşama süresi dikkate alınır. Hâkim, her somut olayda destek ölmeseydi daha ne süre bakacak idiyse, bu süreyi destek süresi olarak kabul etmektedir.

Ana babaya yardımda bunların yaşama süreleri, çocuklara yardımda çalışmaya başlama süresi esas alınır. Yükseköğretimde olan çocuklara öğrenim sonuna kadar, kız çocuklarına evleninceye kadar, sakat çocuklarda ise daha uzun süre yardım yapılacağı görüşünden hareket edilmektedir. Bunun dışında 18 yaşının (erginlik yaşı) doldurulması esas alınmaktadır.

Yardım gören dul kadın ise, onun yeniden evlenme şansı desteğin devam süresi üzerinde rol oynar. Ülkemizde genç ve az çocuklu kadınların yeniden evlenme şansı bulunduğundan hakim, tazminat miktarını % 15-25 oranında düşürebilir.

TBK mad. 55'e göre kısmen veya tamamen rücu edilemeyen SGK ödemeleri destekten yoksun kalma ve bedensel zararların belirlenmesinde göz önüne alınmaz, tazminattan indirilmez.

Özetle Zarar Hesabı Unsurları:

- a) Ölenin yaşı ve ölmeseydi muhtemel yaşama süresi
- b) Ölenin muhtemel çalışma süresi
- c) Ölenin muhtemel çalışma süresi sonuna kadar gelirinden kendisine ayıracağı miktar
- d) Destekten yoksun kalan kişinin muhtemel yaşama süresi ve destek alabileceği süre (çocuklar ergin oluncaya kadar, eğitimleri devam ediyorsa eğitim süresi sonuna kadar)
- e) Destekten yoksun kalanların sayısı ve her birine öleden düşen destek oranı
- f) Destekten yoksun kalan kişi sağ kalan eş ise, bunun evlenme şansı (% 15-25 indirim olur)
- g) Destekten yoksun kalma tazminatı peşin ödeme olacağı için peşin sermaye indirimi (% 10 gibi)

MADDİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ VE HESAPLANMASI

Maddi tazminatın **amacı**, zarar verici olay meydana gelmeseydi, zarar gören mal varlığı açısından hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır. Tazminat, zararın tamamını gidermelidir, ancak tazminatın üst sınırını zarar oluşturur. Tazminat davasında ilk aşama zararın hesabı, ikinci aşama tazminatın hesabıdır. Tazminatın hesabında indirimler gündeme gelebilir.

TAZMİNAT MİKTARINI ETKİLEYEN UNSURLAR:

- a. **Fiilin ağırlığı** (somut olayın niteliği)
- b. **Kusurun ağırlığı**

Somut olayın niteliği ve kusurun ağırlığı sadece tazminat miktarının tayininde değil, tazminat şeklinin tayininde de göz önünde tutulur.

TAZMİNATTAN İNDİRİM SEBEPLERİ

- a. **Zarar verenin kusurunun ağırlığı-hafifliği**
- b. **Zarar görenin zarara razı olması**
- c. **Zarar görenin ortak veya kişisel kusuru**
- d. **Tazminatın ödenmesinin zarar verenin mali durumunu kötüleştirilmesi**
- e. **Diğer sebepler**

- a. **Zarar verenin kusurunun ağırlığı-hafifliği:**

Kusur sorumluluğunda zarar verenin kusurunun ağırlığı-hafifliğinin, tazmin borcu yönünden herhangi bir önemi yoktur, zararı tazmin zorundadır.

Sözleşme sorumluluğunda bu husus TBK mad. 114/1'de hükme bağlanmıştır. TBK mad. 114/1: Borçlu genel olarak her türlü kusurundan sorumludur.

Sözleşme dışı sorumlulukta (kusur, haksız fiil sorumluluğu) zarar verenin kusurunun hafif olması halinde hakkaniyet ve adalet duyguları bazen tazminattan indirim yapmayı haklı gösterebilir.

Kusursuz sorumlulukta zarar verenin veya yardımcısının kusuru hafif olsa, hatta hiç kusuru olmasa bile tazminattan indirim yapılmaz. Zarar verenin ek kusuru varsa tazminatın tamamını veya büyük kısmını ödemek zorunda kalır. Zarar verenin ek kusuru, zarar görenin kusurunu ortadan kaldırır.

b. Zarar görenin zarara razı olması:

İndirim yalnız hukuka ve ahlak aykırı rızalarda olur. Rıza hukuka uygunsa zaten tazminat ödenmez.

Kişinin hayat, beden bütünlüğü ve diğer kişilik değerleri üzerinde tasarruf yetkisi olmadığından, bu konudaki rıza, zarar verici fiili hukuka uygun hale getirmez. Burada, TBK mad. 27/1'e göre geçersiz, hukuka veya ahlak aykırı bir rıza söz konusudur. Bu rıza, olayın özelliğine göre tazminattan indirim sebebi olabilir. Ancak, tıp ilmine göre rıza hukuka uygunluk arz ediyorsa, tazminat ödenmez.

Tehlikeyi kabul hallerinde de zarar gören zarar verici fiile önceden rıza gösterdiğinden, rıza geçersizse, tazminattan indirim yapılabilir. Usulüne uygun oynanan sporlarda, örneğin boks ve güreşte tehlikeyi kabul geçerli rıza sayılır, tazminat ödenmez. Spor usulüne uygun yapılmamışsa tazminat ödenir.

c. Zarar görenin ortak veya kişisel kusuru:

Kusur sorumluluğunda kullanılan bir kavram olan ortak kusur, zarar görenin kusurudur. Kusursuz sorumlulukta zarar görenin kusuru kavramı kullanılır. Zarar görenin yardımcı kişilerinin kusuru, zarar görenin kusuru sayılır.

Zarar görenin ortak kusuru, illiyet bağıını kesecek yoğunlukta ise, zarar veren sorumluluktan kurtulur, tazminat ödemez; bu yoğunlukta değilse tazminattan indirim sebebi teşkil eder.

Kusur sorumluluğunda ortak kusur, kusur oranına göre tazminattan indirim sebebidir. Tazminatı tamamen kaldırma, kusur sorumluluğunda zarar görenin kusurunun çok ağır olmasına bağlıdır.

Kusursuz sorumlulukta zarar verenin kusuruna ek kusur denir. Burada, zarar görenin kusuru ile zarar verenin kusuru denkleştirilir. Örneğin zarar veren ve zarar görenin kusuru % 50 olsun. Zarar verenin kusuru zarar görenin kusurunu sıfırlar, nötralize eder. Zarar veren kusursuz sorumlu olarak tam tazminat öder. Zarar gören kusuruyla değil de sebep (özen) sorumluluğu hallerini doğuran bir olayla zararın doğmasına veya artmasına ortak sebep olarak katkıda bulunursa, bunlar da tazminattan indirim sebebi olabilirler.

Üçüncü kişinin kusuru, sorumlu kişinin davranışı ile birlikte zararlı sonucu doğurmuşsa, sorumlu, müteselsil sorumluluk kurallarına göre zararın tamamını, zarar gören talep ederse tazmin etmek zorundadır. Üçüncü kişinin davranışı, ilke olarak tazminattan indirim sebebi teşkil etmez. Sorumlu kişi tazminatı ödedikten sonra, üçüncü kişiye rücu edebilir.

Üçüncü kişinin kusurlu davranışı illiyet bağıını kesmişse ve zarara tek başına sebep olmuşsa, sadece üçüncü kişi sorumlu olur.

Zarar görenin risk alması da ortak kusur olarak değerlendirilerek tazminattan indirim sebebi olabilir.

Zarar görenin kusuru, **haksız fiilden önce, aynı anda veya sonra** olabilir. Haksız fiilden önce veya aynı anda olan kusurlu davranış zararın doğumuna sebep olur. Haksız fiilden sonraki ortak kusur ise zararın artmasına yardım eder.

d. Tazminatın ödenmesinin zarar verenin mali durumunu kötüleştirilmesi:

TBK mad. 51/2: Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir. Bu maddeye göre, iki şart vardır.

- Zarar veren hafif kusuru ile zarara sebep olmalıdır.
- Zarar verenin, tazminatın tamamını öderse, büyük ekonomik sıkıntıya düşme ihtimali olmalıdır.

Ödeme zorluğu içinde bulunma veya hayat seviyesinin düşme ihtimali indirim için yeterli değildir.

Hâkim indirim yapmak zorunda değildir. Uğranılan zarar, zarar göreni zor duruma düşürmekteyse hâkim indirim yapmamalıdır.

İflas veya konkordato halinde bulunan zarar veren, indirimden yararlanamaz. Çünkü zarar görenden diğer alacaklılar lehine tazminat hakkından indirim yapılmasına katlanması istenemez.

e. Diğer sebepler:

TBK mad.51/1'de Hâkim, tazminatın kapsamını durumun gereğini göz önüne alarak belirler, denilmektedir.

Durumun gereği halleri:

- 1) Beklenmedik olaylar
- 2) Zarar görenin bünyevi istidatı
- 3) Uzak (zayıf) illiyet bağı
- 4) Zarar görenin çok yüksek gelire sahip olması
- 5) Hatır işleri

1) Beklenmedik (umulmayan) olaylar

İnsan davranışından bağımsız olaylara denir. Beklenmedik halin indirim sebebi sayılabilmesi, bunun zarar verenin veya zarar görenin davranışından bağımsız olmasına bağlıdır. Beklenmedik olaylar TBK mad. 51 ve 52’de indirim sebebi olarak öngörülmemiştir. Ancak, özellikle hakkaniyetin gerekli kıldığı hallerde, indirim sebebi olabilir.

Beklenmedik olay, zarar verenin kusurunun yanında zararın doğmasına kısmi bir katkıda bulunmuşsa, kusur – zarar ilişkisi göz önünde tutulmalı ve zarar, daha çok beklenmedik olaya dayanıyorsa ve failin kusuru da hafif ise, hâkim tazminattan uygun bir indirim yapmalıdır.

Kusur sorumluluğunda umulmayan olayın indirim sebebi olmasının bir diğer nedeni zarar verenin, umulmayan olayın yol açtığı zararı önceden görememesidir. Bu durum sorumlunun kusurunu azaltır. Bu durum kendisini, özellikle zararın doğması veya artmasının büyük oranda umulmayan olaydan kaynaklanması halinde gösterir.

Ancak, umulmayan olay, sorumlunun kusurunun daha hafif görülmesi sonucunu doğuruyorsa, bu durum TBK mad. 51’e göre indirim sebebi olabilir.

2) Zarar görenin bünyevi istidatı

Bünyevi istidat, zararın doğmasının veya artmasının uygun kısmi sebeplerinden biri olmak şartıyla indirim sebebidir. Örneğin kafatasında doğuştan çatlak bulunan kişiye, öldürücü olmayan bir darbede bulunan failin bu fiili ölümle sonuçlanmışsa, hâkim, ölenin bu durumunu göz önünde tutarak tazminattan indirim yapabilir.

Zarar görenin mal varlığında bulunan ve hasara uğrayan bir maldaki bozukluk, zararı doğuran veya arttıran sebeplerden birini oluşturuyorsa, bu halde de maldaki bozukluk nedeniyle tazminattan indirim yapılabilir.

3) Uzak (zayıf) illiyet bağı

Uygun illiyet bağının zayıf veya uzak olduğu hallerde, bu durum tazminattan indirim sebebi olarak göz önünde tutulabilir.

4) Zarar görenin çok yüksek gelire sahip olması

Hâkim, zarar görenin çok yüksek gelir ve varlık durumunu, hakkaniyet gerektirdiğinde indirim sebebi olarak değerlendirebilir. Ancak zarar veren kasten veya ağır ihmalle zarara sebep olmuşsa indirim olmaz. Ayrıca, zarar verenin de ekonomik durumu yüksek ise indirim olmaz.

Hâkim, zarar görenin ekonomik durumunu indirim sebebi sayarken dikkatli ve çekingen davranmalıdır. Böyle bir indirim sebebi, zengin kişilere karşı haksız fiilleri özendirir.

5) Hatır işleri

Hatır işleri de tazminattan indirim sebebidir. Gerçekten zarar, zarar verenin zarar gören yararına yaptığı bir fiil sonunda meydana gelmişse, bu durum göz önünde tutularak indirim yapılabilir.

MADDİ TAZMİNATIN TÜRLERİ:

- a. Aynen tazmin – nakden tazmin
- b. Zararın sermaye veya irat şeklinde tazmin edilmesi
- c. Geçici ödemeler

a. Aynen tazmin – nakden tazmin

Maddi tazminat, zarar verenin, zarar görenin mal varlığında meydana gelen eksilmeyi aynen veya nakden giderme yükümlülüğüdür. Maddi tazminatın iki fonksiyonu vardır. Bunlar zararı **aynen giderme fonksiyonu** ile **nakden giderme fonksiyonudur**.

Zararın aynen tazmininde ihlal edilen hak veya hukuki değere denk bir durum aynen kurulur ya da benzer bir değer verilmek suretiyle zarar görenin mal varlığı tekrar eski duruma getirilir.

Zararın nakden tazmininde ihlal edilen hak veya hukuki değer yerine, zarar veren para ödemektedir.

Türk hukukunda aynen ve nakden tazmin ilkeleri eşit ağırlıktadır, hâkime geniş takdir hakkı tanınmıştır. Ancak hesap tarzı ve yönteminin basitliği, icrasının kolaylığı nedeniyle uygulamada nakden tazmin ilkesi tercih edilmektedir.

Bunun sebebi, her şeyden önce kişiye ilişkin zararlarda aynen tazminin mümkün olmamasıdır. Şeye ilişkin zararlarda da ihlal edilen şey, yok olan veya tamiri mümkün olmayan bir şey ise, aynen tazmin söz konusu olmaz. Tamir masrafı çok yüksek olan şeylerde de nakden tazmin ilkesi uygulanır.

Zarar gören, tamiri mümkün olan şeyin, zarar veren tarafından tamir ettirilmesi yerine, parayı talep ederek tamiri kendisi yaptırabilir. Hatta parayı aldıktan sonra isterse tamir ettirmeyip parayı harcayabilir.

Bazı hallerde zarar, karma bir tazminle (aynen ve nakden birlikte) giderilebilir.

Maddi tazminat isteme hakkı, bir alacak hakkıdır. Zarar gören bu hakkını devredebileceği gibi, mirasçılara geçmesi de mümkündür.

b. Zararın sermaye veya irat şeklinde tazmin edilmesi

Nakden tazmin kendi içinde, sermaye veya irat şeklinde tazmin olarak ikiye ayrılır. **Sermaye şeklinde tazminde** tazminat bir defada toptan ödenir. **İrat şeklinde tazminde** tazminat belli aralıklarla dönemli olarak ödenir. Hâkimin takdirine bırakılmıştır.

İrat şeklinde ödenmesini savunan görüşler

- 1) Tazminatın amacı, önceki durumun aynen yeniden kurulmasıdır. Zarar gören desteğini kaybetmiş veya vücut bütünlüğü ihlal edilmişse tazminat olarak irat bağlanmak suretiyle eski durumun aynen devamı sağlanmış olacaktır.
- 2) Sermayeyi iyi bir şekilde kullanma yeteneği olmayan zarar gören, daha iyi korunmuş olur.

İrat aleyhine ileri sürülen görüşler

- 1) Enflasyon nedeniyle para değerindeki düşmeler sonunda gelir kaybı olur. Tazminatı sermaye şeklinde alan zarar gören para değerindeki düşmelere karşı korunmuş olur.
- 2) İrat şeklinde ödeme beraberinde psikolojik sakıncalar taşımaktadır. Her ödeme döneminde acılar tekrar hatırlanır. Tazminatın sermaye şeklinde ödenmesi, uyumsuzluğu hemen sona erdirdiği için, psikolojik sakıncalar yaşanmayacağından hastalığın iyileşmesine katkıda bulunabilir.
- 3) Toplu paraya kavuşan zarar gören, bununla yeni bir iş kurabilir, taşınmaz satın alabilir, sağlam bir yatırım yapabilir.
- 4) Zarar veren ileride borç ödemekten aciz duruma düşebilir.
- 5) Tazminatın sermaye şeklinde ödenmesi zarar görenin büyük ölçüde ekonomik bağımsızlığa kavuşması sonucunu doğurur. Bu sonuç her yönüyle tavsiyeye değer niteliktedir.

TBK mad. 51/2 tazminatın irat şeklinde ödenmesi halinde, borçludan gereken teminatın alınmasını öngörmektedir. Bununla zarar gören korunmak istenmiştir. Zarar verenin teminat gösterecek ekonomik durumda olmamasına ve bunu zarar görenin bilmesine rağmen irat talep etmesi halinde, hâkim teminatsız irada hükmeder. Sigorta şirketleri irat için teminat gösterme yükümlülüğünden muaftırlar.

Tazminatın kısmen sermaye, kısmen de irat şeklinde ödenmesi de mümkündür.

c. Geçici ödemeler

TBK mad. 76: Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri verilmesine karar verir.

Koşulları

- a. İddianın haklılığını gerçeğe yakın gösteren kanıtlar sunulmuş olması
- b. Zarar görenin ekonomik durumunun da bunu gerekli kılması
- c. Zarar görenin talepte bulunması

MANEVİ TAZMİNAT

Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin (manevi zararın) giderilmesidir. Kişilik hak ve değerlerini daha etkili bir şekilde korumak amacıyla son yıllarda büyük bir önem kazanmıştır.

KİŞİLİK HAKLARINI KORUYAN DAVALAR:

- **Savunma davaları**
- **Tazminat davaları** olmak üzere ikiye ayrılır.

Savunma davaları; kişilik hakkı ihlal edilen veya ihlal tehdidi altında bulunan kimsenin, hâkimden koruma elde etmek amacıyla açtığı davalardır. Kişilik hakkını koruma amacı güden davalar veya özel koruma davaları da denilir. TMK mad. 25/1'de hükme bağlanmıştır. Bunlar;

- Saldırının önlenmesi davası
- Saldırının durdurulması davası
- Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası olmak üzere üçe ayrılır.
 - **Saldırının önlenmesi davasında**; kişilik hakkına henüz bir saldırı yapılmamakla birlikte, çok yakın bir gelecekte böyle bir saldırı tehlikesi beklenilmektedir.
 - **Saldırının durdurulması davasında**; başlamış ve devam etmekte olan bir saldırının durdurulması, ihlal sonunda meydana gelen durumun ortadan kaldırılması amacıyla açılır. Saldırı sona ermişse açılmaz.
 - **Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasında**; hukuka aykırı bir saldırının sona ermesine rağmen etkisinin devam etmesi halinde açılır.

Maddi ve manevi tazminat davaları ise dolaylı olarak kişilik hakkını koruyan davalardır. Tazminat davalarında haksız müdahale sona ermiş durumdadır. Bu davalardan amaç, sona eren haksız saldırının doğurduğu olumsuz sonuçların yani zararın giderilmesidir.

- **Manevi tazminat davasında**; kişilik değerlerinin ihlalinden doğan manevi zararın tazmini söz konusudur.
- **Maddi tazminat davasında**; bir malvarlığı veya kişilik değerlerinin ihlalinden doğan maddi zararın tazmini söz konusudur

- ✓ Manevi tazminat davasının açılabilmesi için zararın gerçekleşmiş olması gerekir. **Saldırının önlenmesi** davasının açılabilmesi için henüz kişilik haklarına bir müdahalenin yapılmamış dolayısıyla henüz zararın doğmamış olması lazımdır.
- ✓ **Saldırının durdurulması davası arasındaki fark ise**, manevi tazminatta müdahalenin sona ermesi, zararın doğması gerekirken, bu davada müdahalenin devam etmesi gerekir.
- ✓ **Tespit davası** saldırının haksız olup olmadığının tespitine yönelmişken, manevi tazminatta ilke olarak hem tespit, hem de belirli bir miktar paranın ödenmesi söz konusudur.

Kişilik hakkına saldırı, bazen **saldırıda bulunan kişi yararına kazanç** sağlamış olabilir. Kanun koyucu hukuka aykırı saldırıdan elde edilen bu gibi kazançların geri verilmesi talep hakkını tanımıştır. Saldırıdan elde edilen kazanç, maddi bir zarar değildir, çünkü maddi zarar zarar görenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeye dayanır. Ayrıca, maddi tazminat davası zarar verenin kusurlu olması halinde açılır. Oysa kazancın geri verilmesi davasının açılması için saldıran kişinin kusurlu olması şart değildir.

MANEVİ TAZMİNATIN NİTELİK VE İŞLEVİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER:

a. Tatmin görüşü **b. Ceza görüşü** **c. Telafi görüşü**

a. Tatmin görüşü

Manevi tazminatta, zararın telafi edilmesini veya zarar verenin cezalandırılmasını değil, zarar görende acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa hafifletecek bir tatmin fonksiyonu görmektir. Bu görüşe göre, manevi tazminat adıyla bir miktar para ödendiği takdirde, onda uğramış olduğu manevi zararı kısmen veya tamamen gidermeye yarayan bir tatmin duygusu yaratılmış olur.

Bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü

- ✓ Ayırt etme gücü olmayan veya bilinç kaybına uğrayan gerçek kişiler ile tüzel kişiler böyle bir duygu ve yeteneğe sahip olmadıklarından, ödenen para bu tür kişilerde bir tatmin duygusu yaratması mümkün değildir.
- ✓ Tatmin görüşünün kusursuz sorumluluklardaki manevi tazminatı izah etmesi de mümkün değildir.
- ✓ Ayrıca sigortanın manevi tazminat ödediği hallerde de, sigortacının ödediği tazminat tatmin görüşü ile bağdaştırılamaz.

b. Ceza görüşü

Bazı yazarlar manevi tazminatta zarar vereni cezalandırma fonksiyonu görmektedirler. Diğer bazı yazarlar manevi tazminatın tatmin fonksiyonu yanında kısmen de olsa ceza fonksiyonunu kabul etmektedirler. Ancak, kusursuz sorumluluk hallerinde manevi tazminatın kabul edilmesi, ceza görüşünün aleyhine bir kanıttır. Ayrıca sigortacının ödediği tazminatla da ceza görüşü bağdaştırılamaz.

c. Telafi görüşü

Bizim de katıldığımız bu fikre göre manevi tazminatın amacı, uğranılan manevi zararı aynen veya nakden telafi etmektir. **Aynen tazmine** uygulamada nadir rastlanmaktadır. Bir hakaret veya iftiranın, fail tarafından alenen geri alınması, sağlık durumu ihlal edilen kimsenin tedavi edilmesi, izinsiz çekilen fotoğrafın negatifinin imha edilmesi veya geri verilmesi aynen tazmine örneklerdir.

Diğer ilke **nakden tazmin** ilkesidir. Manevi zararın, zarar görene ödenecek bir miktar para ile tam olarak telafi edilmesi mümkün değildir, ancak bu durum manevi zararın para ile tazmin fikrini bir tarafa bırakmak için yeterli bir sebep de değildir. Manevi zararı bir miktar para ile telafi etmek, ne kadar eksik olursa olsun yine de niteliği itibarıyla bir tazminattır.

Telafi görüşü, tatmin ve ceza görüşleri gibi sübjektif bir görüş olmayıp, tamamen objektif bir görüştür. Bu görüşe göre, zarar görene uğradığı zarara karşılık ödenecek para, onun zararı acı ve elem şeklinde hissedip hissetmemesine bakılmaksızın ödenir.

Telafi görüşünün tabi sonucu, zarar ve tazminat sübjektif durumdan soyutlandığı için, manevi zararın tazminin hem tüzel hem de ayırt etme gücüne bakılmaksızın gerçek kişilerin isteyebilmeleridir.

İhlal edilen kişilik değerinin aynen geri verilmesinin mümkün olmadığı hallerde nakden tazmini kabul etmekten başka çare yoktur. Bu suretle ödenecek para, bir ceza veya tatmin olarak nitelendirilemez, bu niteliği itibarıyla telafi amacı güden bir tazminattır.

Zarar gören, zarar veren ile barışmış olsa bile, bu davayı açabilir.

MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN DEVRİ, MİRASÇILARA GEÇMESİ:

TBK herhangi bir düzenleme öngörmemiştir.

Bir görüşe göre, manevi tazminat talebi, bir yandan bizzat yaşanan acı ve elemine karşılığı, diğer yandan da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan devredilemez ve mirasçılara geçemez.

Diğer bir görüşe göre, manevi tazminat talebi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmayıp tamamen bir alacak hakkıdır. Bu nedenle devredilebilir ve mirasçılara geçebilir.

Karma görüşe göre, manevi tazminat talebi, devredilebileceği gibi, mirasçılara da geçebilir. Ancak bunun için zarar görenin manevi tazminat isteme iradesini açıklamış olması gerekir. Zira zarar görenin iradesini bu yönde açıklamasıyla manevi tazminat talebi bir alacak hakkına dönüşür. TMK karma görüşü kabul etmiştir. **TMK mad. 25/4:** Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez, miras bırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçılara geçemez.

Biz bu görüşte değişiklik yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Çağdaş anlayışa göre manevi tazminat talebi bir alacak hakkıdır. TMK mad. 25/4'te "karşı tarafça kabul edilmiş olma" şartı mantığa aykırıdır.

MANEVİ TAZMİNAT DAVASININ ŞARTLARI:

TBK mad. 56'da, fiziki kişilik değerlerinin (yaşama hakkı ile beden bütünlüğünün) ve

TBK mad. 58'de, diğer kişilik değerlerinin (sosyal ve duygusal) ihlalinin doğan manevi tazminat davası hükme bağlanmıştır.

TBK mad. 56'ya göre manevi tazminat davasının şartları

TBK mad. 56 kusur, özen ve tehlike sorumluluğunda uygulama alanı bulur.

- a. **Bir adam öldürülmeli veya beden bütünlüğü ihlal edilmelidir.**
- b. **Manevi bir zarar meydana gelmelidir:** Adam öldürülme halinde ölenin yakınlarında, beden bütünlüğünün ihlali halinde yaralanan kişide manevi bir zarar meydana gelmelidir.
- c. **Uygun illiyet bağı bulunmalıdır.**
- d. **Hukuka aykırılık:** Hukuka uygunluk sebepleri (haklı savunma, bir kanun hükmünün ya da devlet gücünün uygulanması) mevcutsa hukuka aykırılık söz konusu olmaz.
- e. **Kusur ve olayın özellikleri:** Kusur sorumluluğunda zarar verenin kusurlu olması şart iken kusursuz sorumlulukta zarar verenin/yardımcısının kusurlu olması şart değildir. TBK mad. 56'da kusurdan söz edilmemesi, kusur sorumluluğunda buna gerek olmadığı anlamına gelmez, zarar verenin kusurlu olması şarttır.

Kusur dışında olayın özellikleri, özellikle ihlalin ve manevi zararın ağırlığı, oluş tarzı göz önünde tutulmalıdır. Olayın özellikleri arasında zarar verenin zarar görene gösterdiği dostluk veya ölenin yakınlarına duyduğu ilgi ve yakınlık, pişmanlık da yer alabilir. Dostluk ve yakınlık manevi tazminatı engellemez, ama miktarın tespitinde göz önünde tutulur.

Kusur sorumluluğunda zarar verenle zarar görenin eşit kusura sahip olması manevi tazminatı engellemez. Kusursuz sorumlulukta zarar verenin ek kusuru, zarar görenin ortak kusurunu ortadan kaldırılabılır. Destekten yoksun kalmada, desteğin kusuru, destekten yoksun kalanların kusuru sayılır.

TBK mad. 58'e göre manevi tazminat davasının şartları

TBK mad. 56'nın uygulanması, ismin kullanılması, nişanın bozulması, boşanma ve diğer manevi tazminat davalarının açılmadığı hallerde TBK mad. 58 söz konusu olur.

- a. **Kişilik hakkı ihlal edilmiş olmalıdır:** Bu değerler arasında şeref ve haysiyeti özel hayat ve aile hayatının gizliliği, özgürlükler gibi sosyal ve duygusal kişilik değerleri gösterilebilir.
- b. **İhlal fiilinden manevi bir zarar doğmuş olmalıdır:** Adam öldürülme halinde ölenin yakınlarında, beden bütünlüğünün ihlali halinde yaralanan kişide manevi bir zarar meydana gelmelidir.
- c. **Zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır:** Kusur sorumluluğunda zarar verenin fiili, kusursuz sorumlulukta sorumluluğu doğuran olay ile manevi zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut olmalıdır.
- d. **Hukuka aykırı bir fiil olmalıdır:** Hukuka uygunluk sebebi birisi yoksa hakların ihlali daima hukuka aykırılık teşkil eder. **TMK mad. 24/2:** Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

Hukuka uygunluk sebepleri rıza, daha üstün özel veya kamusal yarar ve kanunun verdiği bir yetkinin kullanılmasıdır. **Rıza gösterme** saldırıdan önce verilmiş olmalıdır, ihlal fiili işleninceye kadar geri alınabilir, fiil işlendikten sonra geri alınamaz, gecikmiş geri alma geçersizdir. Özel bir şekil şartına bağlı değildir. Kişilik haklarının ihlaline rıza ahlaka aykırı olduğu takdirde saldırı hukuka aykırı olur. Tıbbi müdahalelere verilen rızanın geçerlilik şartı hastaya yeterli bilgi verilmesidir. Rızanın geçerliliği saldırıya razı olanın fiil ehliyetine, en azından ayırt etme gücüne sahip olmasını gerektirir. **Üstün kamu yararı** arasında sağlık nedeniyle aşı yapma, karantinaya alınma gösterilebilir. **Kanunun verdiği yetkinin kullanılması;** tutuklama, yakalama, haczetme gibi yetkilerin kullanılmasıdır.

- e. **Kusur şartı:** Kusur sorumluluğunda zarar verenin kusurlu olması şart iken kusursuz sorumlulukta zarar verenin veya yardımcısının kusurlu olması şart değildir.

TBK mad. 58, kusurdan söz etmemektedir. Ancak bu madde kusur sorumluluğunu düzenleyen TBK mad. 49'un bir devamı olduğu için sorumlu olmak için zarar verenin kusurlu olması şarttır.

Kusursuz sorumlulukta da bu madde uygulama alanı bulabilir. Kusur şartı aranmadığından tazminat yükümlüsü, kusuru olmasa bile manevi zarardan sorumludur.

Zarar görenin kusuru daha ağır veya eşit olsa bile, hâkim manevi tazminata indirim yaparak karar vermelidir. Zarar görenin hafif kusuru halinde de indirim yapmak gerekir. Zarar görenin kusuru illiyet bağını kesecek yoğunlukta ise zarar veren sorumluluktan kurtulur.

MANEVİ TAZMİNATIN HESAPLANMASI:

Kişilik değeriindeki eksilmenin para ile ölçülmesi, hesaplanması mümkün değildir. Bu nedenle, manevi tazminatın tayininde hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır.

Hâkim, manevi tazminatın hesaplanmasında, TBK mad. 51 ve 52'deki indirim sebeplerini uygular.

- Kusur sorumluluğunda **failin kusurunun ağırlığı**,
- Kusursuz sorumlulukta **zarar verenin kusuru**,
- Zarar görenin **razı olması**,
- TBK mad. 56'ya göre **ölenin ve destekten yoksun kalanların kusuru**,
- Zarar verenin tazminatın tamamını ödemesi halinde **yoksulluk durumuna düşmesi**,
- Zarar görenin **gelirinin çok yüksek olması**,
- **Hatır işleri**,
- Zararın doğmasına **umulmayan olayların** katkıda bulunması,
- **Kişisel ilişkiler** gibi sebepler indirim sebebidir.

Manevi tazminat bir alacak hakkı olduğu için, davanın açıldığı tarihten değil, manevi zararın doğduğu andan itibaren zarara **faiz eklenmesi** gerekir.

MANEVİ TAZMİNAT TÜRLERİ:

TBK mad. 56'ya göre adam öldürülmesi veya beden bütünlüğünün ihlaliinden doğan manevi zararda manevi tazminat nakden hükmedilirse, hâkim, sermaye şeklinde toptan ya da irat şeklinde ödenmesini emredebilir. Uygulamada irat şeklinde ödemeye pek rastlanmamaktadır.

TBK mad. 58'e göre adam öldürülmesi veya beden bütünlüğünün ihlali dışında kalan kişilik değerlerinin ihlaliinde hâkime bir takdir hakkı tanınmıştır. Hâkim, nakden tazmin yerine veya buna ek olarak başka bir tazmin şekline de (kınama, kararın gazetede ilanı, özür dilenmesi, bir hayır kurumuna para ödenmesi gibi) hükmedebilir.

MANEVİ TAZMİNAT DAVASINDA TARAFLAR:

Davacı

- **Adam öldürülmesi halinde**, davayı ölenin desteğinden yoksun kalanlar açar (TBK mad. 56). Mirasçılar dışında kalan desteğin yakınları da (ana, baba, çocuk, kardeş, eş, nişanlı, dost, yakın arkadaş) davayı açabilir. Davacılar bu hakka, miras yoluyla değil, doğrudan doğruya sahiptirler.
- **Beden bütünlüğü ihlali halinde**, zarar gören ile onun yakınları tarafından dava açılır (TBK mad. 56). Bir yakının bu davayı açabilmesi için bedensel zararın ağır olması gerekir. Ağır bedensel zarar, zarar görenin yakınlarının ruh sağlığını bozmuş ve bir ruh hastalığı meydana gelmişse, bunun manevi zarar kabul edilmesi gerekir. Örneğin ana babanın gözlerinin önünde çocuğun trafik kazası geçirmesi, kocanın önünde karısının ırzına geçilmesi olayları sonucu uğranılan zararlar ağır bedensel zararlardır.
- **Kişilik değerlerinin ihlaliinden** zarar gören kişi bu davayı açabilir (TBK mad. 58).
- **TBK mad. 56'ya göre yalnız gerçek kişiler** tazminat davası açabilir. Ayırt etme gücü olmayan veya bilinç kaybı içinde bulunan gerçek kişilerin dava açma hakları vardır. **TBK mad. 58'e göre gerçek kişiler** sosyal ve duygusal; **tüzel kişiler** ise sosyal kişilik değerlerine sahip olduklarından dava açabilirler.

Davalı

- **Kusur sorumluluğunda**, davalı zarar veren faildir. Fail ölmüşse, mirasçılarına dava açılabilir.
- **Kusursuz sorumluluklarda sorumlu**, sorumluluk olgusunu gerçekleştiren kişidir.

BASININ MANEVİ ZARARDAN SORUMLULUĞU:

Gerçek veya tüzel bir kişinin kişilik hakkının basın yoluyla ihlal edilmesinden doğan manevi zararının giderilmesi yükümlülüğünü ifade eder. Kişilik hakkı, basın özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturur.

Basın özgürlüğü

Temel hak ve özgürlükler arasında düşünceyi açıklama özgürlüğü önemli bir yer alır. Düşünce ve kanaati açıklama özgürlüğünün en olağan yollarından biri basındır.

Demokratik toplumlarda basının en önemli görevi, toplum menfaatini ilgilendiren olay ve konularda açıklamalar yapmak, haber ve bilgi vermek, eleştiri ve değer yargıları sunmak suretiyle kamuoyunu oluşturmak, toplumu aydınlatmaktır. Basının bu görevi niteliği itibariyle bir kamu hizmeti ve görevidir.

Basına **iki hak** tanınmıştır: **Haber verme hakkı** ile **değerlendirme-eleştiri hakkı**

- **Haber verme hakkı**, kamu yararı taşıyan bir olayı topluma haber vermek, bildirmektir. Basın bu hakkını kullanırken, olayı topluma açıklarken, hiçbir değerlendirme ve eleştiri yapmaz; olayı somut ve gerçek verir. Burada somut gerçeklik, somut doğruluk ilkesi geçerlidir.
- **Değerlendirme-eleştiri hakkı**, basının belirli bir olay, konu veya durum hakkında görüş bildirmesini, değer yargısı açıklamasını ifade eder.

Verilen haber, yapılan eleştiri gerçekleri yansıtmıyorsa, hukuka aykırılık gerçekleşmiştir.

Kişilik hakkı

Bir kişinin kişi olma sıfatıyla sahip bulunduğu hakka denir. Kişi kavramı gerçek ve tüzel kişileri içerir. Kişilik hakkı **maddi** kişilik değerleri, **duygusal** kişilik değerleri ve **sosyal** kişilik değerleri olmak üzere üçe ayrılır.

Sosyal kişilik değerlerinden basın yoluyla en çok ihlal edileni **şeref** ve **özel hayat değerleridir**. **Şeref ve haysiyet**, bir kişiye, mensup olduğu toplum tarafından zorunlu sayılan ahlaki niteliklere sahip olduğu için verilen değerdir. **Kişinin özel hayatı** çeşitli alanlardan oluşur. Bunlar;

**** gizli alan**

**** özel alan**

**** ortak alandır.**

Gizli alan: Bir kimsenin, kendilerine özel olarak anlattığı kişiler dışında kalan kişiler tarafından bilinmesini istemediği olay ve davranışlardan oluşan alandır.

Özel alan: Bir kimsenin yalnız dostları, yakınları ve tanıdıkları gibi kendileriyle oldukça samimi ilişki içinde bulunduğu, sayıları sınırlı bir kişi grubuyla paylaşmak istediği olaylardan oluşan hayat alanıdır.

Ortak alan: Bir kimsenin başkalarının bilgisine ulaşması mümkün olaylardan oluşan hayat alanıdır.

Koruma altına alınan alanlar, gizli alan ile özel alanı ilgilendiren olayların basın yoluyla açıklanmasıdır. Özellikle politika, spor ve sanat adamlarının ortak alana giren olaylarını basın yoluyla açıklamak özel hayatın açıklanması değildir, kişilik hakkına saldırı değildir.

Basının manevi zarardan doğan sorumluluğunun şartları

Manevi tazminat yükümlülüğünü TMK 25/3, TBK 58 ve Basın Kanunu mad. 17 düzenlemektedir.

a. Basında yayınlanan bir olay açıklaması veya eleştiri, bir kişinin **kişilik hakkını ihlal etmelidir**.

b. İhlal fiili, **manevi bir zarar doğurmalıdır**.

c. Kişilik hakkının ihlali ile zarar arasında **uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır**.

d. Zarar **kusurlu bir davranışla** verilmelidir.

Basında yazı ve haber verilirken en basit gazetecilik dikkat ve özeninin gösterilmemesi, eksik veya yeterli olmayan bilgiye dayanılarak haber ve yazının yazılması kusur için yeterlidir, kasit şart değildir.

e. Basın yoluyla kişilik hakkının ihlali, **hukuka aykırı olmalıdır**.

Kişilik hakkını ihlal eden her basın açıklaması, haber ve eleştiri ilke olarak hukuka aykırıdır. **Şartlar;**

1) Kişilik hakkının ihlali

2) Somut olayda bir **hukuka uygunluk sebebinin bulunmamasıdır**.

Kişilik hakkının basın yoluyla ihlalinde **hukuka uygunluk sebepleri** ikiye ayrılır.

a) **Zarar görenin rıza göstermesi:** Şeref ve haysiyet gibi hakların ihlaline rıza gösterilmez, TBK mad. 27/1' e göre geçersizdir. Ancak özel hayatın basın yoluyla ihlaline rıza gösterilebilir.

b) **Basının menfaatinin yani basın özgürlüğünün kişi menfaatinden üstün olması:** Basın kamu hizmetini yaparken bireylere oranla daha üstün bir haktan yararlanır ve hukuk düzeni bunu korur.

Haber ve eleştirinin esasına ilişkin unsurlar **doğruluk**, **kamu yararı** ve **güncellik** unsurlarıdır. Şekle ilişkin unsur ise, haber ve eleştirinin **yazılış tarzı ve kullanılan üslupla** ilgilidir.

I) **Doğruluk:** Basının kişi hakkında verdiği haber veya eleştiri doğru ve gerçeğe uygun olmalıdır. Gerçeğe uygunluk tam olmalıdır, kısmi uygunluk yeterli değildir.

II) **Kamu yararı:** Haber ve eleştiri kamu yararına, genel menfaate uygun olmalıdır. Topluma mal olmuş kişiler hakkında yapılan eleştiri ve verilen haberlerde kamu yararı mevcuttur.

III) **Güncellik:** Güncelliğini kaybetmiş bir olay hakkındaki haber ve eleştiriler, üstün değer olma niteliğini ilke olarak taşımaz. Unutulmuş, hatırlanmasında yarar bulunmayan olayların tekrar gündeme getirilmesinde genel menfaat ve kamu yararı mevcut değildir.

IV) **Biçimsel uygunluk:** Haber ve eleştirinin veriliş, yazılış şekli kişilik hakkının zedeleyecek üslup ve tarzda olmamalı, basın açıklamasının özü ile biçimi arasında bir denge bulunmalıdır. Haber ve eleştiri doğru olsa ve kamu yararı bulunsan bile üslup uygun ve nazik değilse, aşağılayıcı, küçük düşürücü, amacını aşan nitelikte ise sırf bu nedenle hukuka aykırı olabilir.

32. MÜTESELSİL SORUMLULUK (BİRDEN FAZLA KİŞİNİN SORUMLULUĞU) (SAYFA 831)

Müteselsil sorumluluk: Zarar dolayısıyla alacaklı olan kişi, zararın tamamını ya da bir kısmını, müteselsil sorumlu kişilerin tamamından ya da bir kısmından talep edebilir. Alacak tamamen karşılanıncaya kadar borçlulardan her biri alacağın tamamından sorumlu tutulabilecektir. Üç halde doğabilir:

- İlk halde; zarar verenlerden **her birinin ayrı ayrı sorumlu olduğu iki veya daha fazla sebep** bir araya gelmekte ve bu suretle zararlı sonucu meydana getirmektedir.
- İkinci halde; zarar, iki veya daha fazla sebepten değil, **tek bir sebepten** doğmaktadır. Ancak hukuk düzeni bu tek sebep için **iki ayrı kişiyi sorumlu** (örneğin adam çalıştıran) tutmaktadır.
- Üçüncü halde; zarar **tek bir sebepten** doğmakla birlikte **sorumlu bir kişi** olmakta, ancak **üçüncü bir kişi** (örneğin sigorta şirketi) sözleşme gereğince **zararı üzerine almaktadır**.

Aynı zarardan dolayı birden çok kişinin zarar görene karşı sorumluluğu üç şekilde düzenlenebilir:

- Sorumluluğun paylaşılmasında;** zarar verenlerden her biri, sebepten dolayı oranda sorumludur.
- Sorumlulukların toplanmasında;** birden çok kişiden her biri, diğerinden bağımsız olarak zararın tamamından sorumludur. Zarar gören, uğradığı zararı her birinden ayrı ayrı talep eder. Birinin zararı tazmin etmesi, diğerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.
- Sorumlulukların yarışmasında;** tazminat yükümlülerinden her biri, zarar görene karşı, diğer yükümlüler tarafından zararın tamamı tazmin edilinceye kadar sorumludur. Zarar gören sorumluların tamamına ve dilediğine dava açabilir. Zarar gören, uğradığı zarardan daha fazla tazminat alamaz, zarar bir defa tazmin edilir. Taleplerin yarışması, zarar görenin sebepsiz zenginleşmesini önler, zira burada zenginleşme yasağı geçerlidir. Sorumlulukların yarışmasına **müteselsil sorumluluk** da denir. Türk hukukunda hâkim ilkedir.

Müteselsil sorumluluk **TBK mad. 61 ve 62'de** düzenlenmiştir. Bazı yazarlar tam ve eksik müteselsil sorumluluk ayrımı yapmaktadır. TBK mad. 61 ve 62 bu ayrımı yapmamaktadır.

TBK mad. 61: Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında **müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır**.

TBK mad. 62: Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.

Müteselsil sorumluluk hem maddi hem de manevi zararın tazmininde söz konusu olur. Birden çok kişinin bir zarardan sorumlu olması için bu zararın tek ve aynı zarar olması gerekir. Bölünemeyen zarara tek zarar denir. Buna karşılık, zarar verenlerden her biri bağımsız bir zarara neden olmuş veya zararın tespiti mümkün bir kısmına sebep olmuşsa, müteselsil değil, kısmi sorumluluk söz konusu olur. Bu takdirde zarar verenlerden her biri, sebep olduğu zararı veya kısmi zararı tazmin eder.

MÜTESELSİL SORUMLULUĞU DOĞURAN SEBEPLER:

1. Birden çok kişinin aynı zarara birlikte sebep olmalarından doğan müteselsil sorumluluk

Birden çok kişinin aynı zarara birlikte sebep olmalarından doğan zarar, aynı sebebe dayanan zarardır. Aynı sebep; kusur, sözleşme veya kanun olabilir.

a. Birden çok kişinin kusur sorumluluğuna dayanan tazminat yükümlülüğü

1) Ortak kusur sorumluluğuna dayanan tazminat yükümlülüğü

2) Bağımsız kusur sorumluluğuna dayanan tazminat yükümlülüğü

b. Birden çok kişinin kusursuz sorumluluğuna dayanan tazminat yükümlülüğü

c. Birden çok kişinin sözleşme sorumluluğuna dayanan tazminat yükümlülüğü

2. Birden çok kişinin aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu tutulması: Aynı zararı doğuran çeşitli sebepler kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk veya sözleşme olabilir. Örneğin bir işletenin şoförü tarafından kullanılan motorlu araç, yolculardan birine zarar vermişse, araç işleteni tehlike sorumluluğuna, şoför kusur sorumluluğuna, sigortacı ise sözleşmeye göre gerçekleşen zararı tazmin zorundadır.

- Ortak kusur sorumluluğu:** Birden çok kişi önceden veya en geç olay sırasında anlaşarak, bilerek isteyerek ya da en azından birbirlerinin davranışından haberdar olarak zararına sebep oldukları takdirde söz konusu olur. Üç şart bir arada olmalıdır: Zarara birlikte sebep olma, ortak kusur ve tek zarar.

Ortak kusuru açıklayan üç görüş: Kast birliği görüşü, objektif katılma görüşü ve bağdaştırıcı görüş

Biz **bağdaştırıcı görüşe** katılıyoruz. Bu görüşe göre; ortak kusurun mevcut olması için zarar verenlerin haksız fiilin işlenmesi hususunda olaydan önce veya olay esnasında birbirleriyle anlaşmaları ya da hiç olmazsa, birbirlerinin davranışından haberdar olmaları gerekir. Kusur ortaklığı; kast ve ihmal ortaklığı olmak üzere ikiye ayrılır:

→ **Kast ortaklığında** zarar verenler arasında önceden veya fiilin gerçekleşmesi sırasında yapılmış açık ya da örtülü bir anlaşma, bir haksız fiil ortaklığı vardır.

→ Zarar verenler arasında kast birliği bulunmamakla birlikte, gerekli dikkat ve özeni göstermeleri halinde birbirlerinin davranışından haberdar olacaklarsa **ihmal birliği** söz konusu olur.

Kusur ortaklığında zarar verenlerin haksız fiile katılma şekli önemli değildir. Fail, teşvik eden ve yardımcı uygun illiyet bağı içinde kaldığı sürece, ilke olarak, aynı şekilde sorumludur.

Zarara doğrudan sebep olan kişi **asıl fail**; haksız fiil fikrini ortaya atan ve bir kimseyi haksız fiil işlemeye yönlendiren **teşvik eden** (azmettiren); haksız fiil işlenmesini kolaylaştıran kişi de **yardımcıdır**.

Haksız fiil işlendikten sonra, delillerin ortaya çıkmasına engel olan ve bu suretle asıl faile yardımcı olan kişiye **yataklık eden** denir. Yataklık eden, haksız fiile doğrudan katılmaz, haksız fiil tamamlandıktan sonra ortaya çıkar. Yataklık ilişkisi kişide değil, eşyada söz konusu olur. Hırsız saklayan yataklık etmemektedir. Yataklık edenin sorumlu tutulabilmesi için, onun haksız fiilden elde edilen kazançtan pay alması veya davranışıyla bir zararın doğmasına sebep olması gerekir.

Birden çok kişinin ortak kusurlarıyla birlikte sebep oldukları zarardan sorumlulukları, kusur sorumluluğu olduğu için ayırt etme gücü olmayan veya davranışı kusur derecesine ulaşmayan bir zarar veren zarardan sorumlu olmaz.

Ortak kusur halinde, tazminattan indirim sebepleri zarar verenlerden her biri için bağımsız olarak göz önünde tutulur. Örneğin birinin kusuru hafifse, sadece onun hakkında tazminattan indirim yapılır.

- **Bağımsız kusur sorumluluğu:** Zarar verenlerin tamamının birbirlerinden habersiz olarak hareket etmesi halinde zarar, kusur ortaklığına değil, zarar verenlerin bağımsız kusurlarına dayanır. Örneğin iki ayrı fabrikadan çıkan ve balıkların ölümüne sebep olan atık misalinde fabrika sahiplerinin kusurları bağımsız kusurlardır.

Birden çok zarar verenin bağımsız kusura dayanan sorumlulukları da TBK mad. 61'e göre, aynı sebepten doğan müteselsil sorumluluk sayılmalıdır.

MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN HÜKÜM VE SONUÇLARI:

Çözülmesi gereken iki sorun vardır: **İç ilişki** ve **dış ilişki**

DİŞ İLİŞKİ: Zarar verenler ile zarar gören arasındaki ilişkidir.

a. Zarar görenin durumu, talep hakkının yarışması

Zarar gören tazminatın tamamını, dilediği takdirde zarar verenlerin tamamından talep edebileceği gibi, bir kısmından veya sadece birinden de talep edebilir. Tek zarar, tek tazminat ilkesi geçerli olduğundan, zarar verenlerden biri, tazminatın tamamını ödediği takdirde, borç ortadan kalkar.

b. Zarar verenlerin durumları

Tazminat yükümlülerinden her biri, zarar görene tazminatın tamamını ödemek zorundadır. TBK mad. 163/2'ye göre zarar verenlerin sorumluluğu tazminat borcunun tamamı ödeninceye kadar devam eder. Dava edilen zarar veren, tazminatın diğer zarar verenlerden istenmesini ileri süremez. Davalı tamamını ödediği takdirde, diğer zarar verenlerin tazminat ödeme borcu da sona erer.

Müteselsil sorumlulukta da tazminattan indirim sebepleri olabilir. TBK mad. 164'e göre def'iler kişisel ve ortak def'iler olmak üzere ikiye ayrılır. **Ortak def'iler**, **zarar görenin durum ve davranışından**, özellikle de müteselsil sorumluluğun sebep ve konusundan doğan def'ilerdir. Zarar görenin kusuru, yüksek gelir durumu, bünyevi istidadı, zarara razı olması ve umulmayan olaylar ortak def'ilere örnek gösterilebilir. Ortak def'ileri ileri sürmeyen bir müteselsil sorumlu diğerlerine karşı iç ilişkide sorumlu olur.

Kişisel def'iler ikiye ayrılır. **Birinci tür** kişisel def'iler, her bir **zarar verenin durum ve davranışına**, **ikinci tür** kişisel def'iler ise, **zarar görenle zarar verenin** durum ve davranışlarının **karşılaştırılmasına** ilişkindir.

- Birden çok zarar verenden birinin sahip olduğu kişisel bir def'iyi, örneğin kusurunun hafifliği def'ini, dış ilişkide ileri sürmesi ve böylece daha az tazminat ödemesi mümkün müdür? Doktrinde hâkim olan yeni görüşe göre kişisel def'iler, özellikle zarar verenlerden birinin hafif kusuru, tazminat hesaplanırken dış ilişkide göz önünde tutulmalı ve böylece onun tazminat borcu indirilerek sorumluluğu bu indirimli tazminat miktarıyla sınırlı olmalıdır.

Müteselsil sorumlulardan birinin hafif kusurunun tazminattan indirim sebebi sayılması, yalnız kusur sorumluluklarında söz konusu olur. Sebep sorumluluklarında kusur, kurucu unsur olmadığı için kusurun hafifliği indirim sebebi olmaz.

- Bir diğer sorun; davalının zararın doğmasına katkıda bulunan üçüncü bir kişinin ve özellikle diğer zarar verenlerin kusurlarını ileri sürerek, bundan bir indirim sebebi olarak yararlanıp yararlanamayacağı sorunudur. Bu ilke olarak mümkün değildir. Ancak iki yönden önem taşıyabilir. Önce, üçüncü kişinin kusuru diğerlerinin kusurunu kesecek yoğunlukta ise sorumluluktan kurtulur. Sonra, üçüncü kişinin kusuru, davalının kusurunu daha hafif veya çok hafif bir kusur haline getirdiği takdirde, bu kusur davalı lehine indirim sebebi olabilir.

TBK mad. 155/1'e göre, müteselsil sorumlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı diğerlerine karşı da kesilmiş olur.

İÇ İLİŞKİ: Zarar verenler arasındaki ilişkidir.

TBK mad. 62/2'ye göre, tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen müteselsil sorumlu, bu fazla ödemesi için diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.

a. Müteselsil sorumluların **aynı zarara aynı tür sebeple birlikte** neden olmaları halinde rücu

TBK mad. 62/1'e göre, zararı doğuran birlikte ya da aynı tür sebebe örnek olarak, kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve sözleşme sorumluluğu halleri gösterilebilir.

- 1) Zarar verenlerin **kusurları** eşitse, ödeyecekleri tazminat miktarı eşit olur. Zarar verenlerden biri daha yüksek bir ödeme yapmışsa fazla kısım için diğerlerine rücu eder. Kusur dereceleri farklı ise, rücu kusurun derecesine göre yapılır.
- 2) Aynı ilke, **sözleşmenin** birden çok kişi tarafından kusurlu ihlali halinde de ihlal edenlerin kusur oranları göz önünde tutularak uygulanır.
- 3) Kusursuz sorumlulukta **özen sorumluluğunda** da hâkim, sorumluluk sebebinin zararın doğumuna yaptığı katkı oranında karar verir. Özen sorumlularından biri ek kusurlu, diğeri kusursuz ise ek kusurlu olan kusuru oranında daha fazla payı üstlenmek zorundadır.
- 4) **Tehlike sorumluluğunda** sorumlu kişiler kusursuz ise tehlike derecesine, kusurlu ise kusur oranına, biri kusurlu ve diğeri kusursuz ise kusurlu olan ek kusur oranında daha fazla ödemek zorundadır.

b. **Çeşitli sebeplerden doğan** müteselsil sorumlulukta rücu

Burada aynı zarar ama çeşitli sebepler mevcuttur. Bu rücu ilişkisi de TBK mad. 62/2'ye göre çözümlenmelidir. Burada da bütün durum ve koşullar, özellikle kusurun ağırlığı ve tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulmalıdır.

Zararı kim tazmin ederse etsin, rücu ilişkisinde zararın giderilmesi ilke olarak kusur sorumlusunun üzerinde kalmalıdır.

Rücu kategorileri:

- 1) TBK mad. 62/1'e göre rücu kategorisinin başında **kusur sorumluları** gelmektedir. Aynı zarara sözleşme veya kusursuz sorumluluyla birlikte sebep olmuş ve tazminat sözleşme veya kusursuz sorumlu tarafından ödenmişse doğrudan kusur sorumlusuna rücu edilebilir. Bir sebep sorumlusunun kusuru yoksa yardımcısının kusuru kendi kusur sayılmaz. Böyle bir rücu ilişkisinde sebep sorumlusu en son sırada, yardımcısı ilk sırada yer alır. Kusur sorumluları, ancak kendi aralarında ve kusurun ağırlığı oranında rücu hakkına sahip olurlar. Kusur sorumlusu sözleşme veya ek kusuru bulunmayan sebep sorumlusuna rücu edemez.
- 2) Zarar verenler arasında birden çok **sözleşme sorumlusu** varsa, tazminatı ödeyen sorumlu diğer sözleşme sorumlularına rücu edebilir. Sözleşme sorumluları rücu ilişkisinde kusur sorumlularından sonra, kusursuz sorumlulardan önce gelir. Sözleşme sorumlusu kusursuz sorumluya rücu edemez, bunun tek istisnası sebep sorumlusunun ek kusurlu olmasıdır.
- 3) Üçüncü kategoriye **kusursuz sorumlular** oluşturur. Tazminatı sebep sorumlularından biri ödemişse, kusur veya sözleşme sorumlusuna rücu edebilir. Sorumlu kişiler olağan sebep sorumlusu ile tehlike sorumlusu ise, zararın paylaştırılmasında tehlike sorumlusuna daha büyük bir pay verilmelidir. Rücu ilişkisi birden çok tehlike sorumlusu arasında tehlikenin derecesine göre çözümlenmelidir.

İç ilişkide kendisine rücu edilen müteselsil sorumlu, ödeme güçsüzlüğü içinde ise, onun payına düşen tazminat miktarı diğer sorumlular arasında paylaştırılır.

33. CEZA HUKUKU İLE MEDENİ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ (SAYFA 849)

Hukuka aykırı fiilleri **üçlü bir ayrım**a tabi tutabiliriz:

- a. **Haksız fiil teşkil edip suç teşkil etmeyen fiiller**
- b. **Suç teşkil ettikleri halde haksız fiil sayılmayan hukuka aykırı fiiller**
- c. **Hem haksız fiil teşkil edip hem de suç sayılan hukuka aykırı fiiller**

TBK mad. 74: Hâkim, zarar verenin kusuru olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.

Bu maddeye göre, hukuk hâkimi, ceza hukukunun hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkiminin kararıyla da bağlı değildir. Böylece bu madde hukuk hâkimine **bağımsızlık prensibi** denilen önemli bir kuralla serbestçe hareket etme olanağı tanımaktadır. Maddede sadece beraat kararları zikredilmiş olmakla birlikte, bu durum mahkûmiyet kararları yönünden de geçerlidir.

Hukuk hâkimi; ceza hâkiminin hem mahkûmiyet hem de beraat kararıyla bağlı olmaksızın, haksız fiilin bütün unsurlarını sorumluluk hukuku yönünden yeniden inceleyebilir.

Ancak hukuk hâkimi, ceza hâkiminin kararından herhangi bir sebeple ayrılmak istediği zaman, bunun gerekçelerini göstermek zorundadır. Gereksiz ayrılma bozma sebebi teşkil eder.

Hukuk hâkiminin bağımsızlığı ilkesi, ceza hukuku ile medeni hukukun amaçlarının, haksız fiille suçun unsurlarının kabul ve oluşumunun, her iki hukuk dalında yargılama usulü ile delillerin takdirinin farklı olmasına dayanmaktadır.

BAĞIMSIZLIK PRENSİBİNİN KONULUŞ SEBEPLERİ

- ♥ Ceza hâkiminin bir fiili **suç saymamasına rağmen** hukuk hâkimi aynı fiili **haksız bir fiil kabul edebilir**.
- ♥ Haksız fiilin varlığı için **zararın doğumu şarttır**. Zarar yoksa fail tazminata mahkûm edilemez. Cezai sorumluluk için **zararın varlığı aranmaz**.
- ♥ Ceza hukukundaki **suç ve cezaların kanuniliği** ilkesi özel hukuk alanında yoktur. Haksız fiillerin neler olduğu **yasada tek tek sayılmış değildir**. Ceza hukukunda **cezanın azami ve asgari sınırları** belirlenmiştir. Haksız fiiller alanında ise tazminatın sınırları yasada gösterilmemiş, yalnız **tazminatın saptanmasına ilişkin genel kurallar** konmuştur.
- ♥ Ceza hukukunda **suçların** büyük çoğunluğu **re'sen takip** edilir. Özel hukuk alanında **re'sen tazminata** hüküm verilmesine yol açan hiçbir hal **yoktur**, mutlaka talep olmalıdır.
- ♥ Ceza hukukunda delillerin takdirinde **kuşku halinde sanığın lehine** gidilir, ama hukuk hâkimi **basit delillerle sabit** görebilir.
- ♥ Ceza hukukunda tecil, hükmün açıklanmasının ertelenmesi, CB veya TBMM affı gibi **kurumlar olduğu** halde, özel hukuk alanında **zarar görenin feragati olmadıkça** tazminat talebini kaldıran bir yol yoktur.

BAĞIMSIZLIK PRENSİBİNİN UYGULANMA ALANI

1. Ceza Hukuku Kuralları Bakımından Bağımsızlık

Hukuk hâkimi yalnız **failin kusurlu olup olmadığını** ve **ayırt etme gücünü haiz olup olmadığını** tayin konularında **ceza hukukunun prensipleriyle bağlı değildir**.

- a. **Kusurun tayini bakımından:** Hukuk hâkimi ceza hukukunun kusurla ilgili prensipleriyle bağlı değildir. Ceza hukukunda bir suçun doğması için asıl olan kasttır. Borçlar hukukunda hafif ihmal dahi tazminat yükümlülüğünün doğumu için yeterlidir.
Ceza hukukunda **kusursuz sorumluluk hali yoktur**. Ceza hukukunda karşılıklı **kusurların mahsubu kural olarak mümkün değildir**. Ceza hukukunda illiyet bağı bakımından **şart**, Borçlar hukukunda ise **uygun illiyet bağı** kabul edilmektedir. Sorumluluk hukukunda **objektif kusur** kavramı geçerli iken ceza hukukunda **sübjektif kusur** kavramı geçerlidir. Kusur ceza hukukunda suçun, sorumluluk hukukunda ise haksız fiilin kurucu unsurudur.
- b. **Ayırt etme kudretini tayin bakımından:** Ceza hukukunda cezai ehliyet belirli yaşlara göre tespit edilmiştir. 12 yaşını bitirmemiş olanların cezai ehliyeti yoktur. 12-15 yaş arası olanlar, ayırt etme gücüne sahip olarak hareket etmişlerse cezai ehliyeti vardır. 15-18 yaş arası olanlar için azaltılmış

bir ceza verilir. Cezai ehliyet için kabul edilmiş yaş sınırları, özel hukuk alanında söz konusu değildir. Ayırt etme gücü olması şartıyla yaşı ne olursa olsun haksız fiilin faili tazminata mahkûm edilebilir. Ceza hukukunda ayırt etme gücü olmayan kişilerin cezai sorumlulukları yoluna gidilemez. Özel hukuk alanında ise, hakkaniyet gerektiriyorsa zararları tazmin etmek zorundadırlar.

2. Ceza Mahkemesi Kararları Bakımından Bağımsızlık

Ceza mahkemesinden verilen kararlar da hukuk hâkimini bağlamaz. Fakat mutlak değildir, kanun mahkûmiyet kararları bakımından hukuk hâkiminin, sadece kusur takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda bağımsız olduğunu belirtmektedir.

a. **Beraat kararları bakımından bağımsızlık:** Ceza hâkimi suçun sabit sayılması için herhangi bir tazminat davasında aranılardan daha kuvvetli delillere ihtiyaç gördüğü halde, hukuk hâkimi aynı iddiayı daha az kuvvetli delillerle sabit görebilir. Hukuk hâkiminin ceza mahkemesinden verilen beraat kararının kesin hüküm teşkil ettiği gerekçesiyle açılan tazminat davasını ret etmesi doğru değildir. Eğer beraat kararı **delil yetersizliğine dayanılarak** verilmişse **hukuk hâkimini bağlamaz**. Beraat kararı delil yetersizliğine dayanmayıp da o fiilin fail tarafından işlenmediğinin **kesin olarak tespitine** dayanıyorsa **hukuk hâkimini bağlayıcı** bir nitelik kazanır.

b. **Mahkûmiyet kararları bakımından bağımsızlık:** Ceza mahkemesinden verilen karar, sadece kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda hukuk hâkimi için bağlayıcı olmayacaktır.

Kusur takdiri ve zarar miktarı tayini hususunda hukuk hâkimine **serbestlik tanınmasının gerekçesi:**

- ♥ Ceza hukukundaki hafifletici/ağırlaştırıcı sebepler ile borçlar hukukundaki hafifletici/ağırlaştırıcı sebepler farklıdır.
- ♥ Ceza hukukunda kusur kavramı daha dar olup, özel hukukta en basit bir ihmal dahi tazminat borcunun doğumuna yeter. Bu nedenle, ceza hukukunda kusurun varlığı öncelikle özel hukukta da kusurun mevcut olduğunu gösterir.
- ♥ Mahkûmiyet kararlarının fiilin sübutuna ve temyiz kudretinin varlığına ilişkin noktalarda dahi hukuk hâkimini bağlayıcılığı doğaldır.

c. **Takipsizlik, salıverme kararları; af yasaları karşısında bağımsızlık prensibi:**

- ♥ Hukuk hâkimi savcının **takipsizlik** kararı ile **bağlı değildir**.
- ♥ **Salıverme kararı** bir kimsenin hukuk mahkemesinde tazminata mahkûm edilmesine **engel değildir**.
- ♥ **Genel af** mahkûmiyeti bütün sonuçları ile birlikte kaldırmaktadır. Fakat genel affa rağmen fail hukuk mahkemesince tazminata mahkûm edilebilir. **Özel afta** ise fail zarar gören şahsın zararını tazmin etmek zorundadır. Af yasası tazminat talebini etkilemez.

BAĞIMSIZLIK PRENSİBİNİN İSTİSNALARI

1. **Mahkûmiyet kararları kusurun takdiri ve zarar miktarı tayini dışında hukuk hâkimini bağlar.** Bu nedenle, fiilin fail tarafından işlendiği, failin kusurunun veya temyiz kudretinin tayinine ilişkin mahkûmiyet kararları hukuk hâkimini bağlar. Mahkûmiyet kararları ile hukuka aykırılığın tespiti de hukuk hâkimini bağlar.
2. Ceza mahkemesinden verilen karar, ister beraat ister mahkûmiyet olsun **maddi olguların mevcut olup olmadığı** hususunda **hukuk hâkimini bağlar**. Maddi olayların içine, bu fiilin fail tarafından işlenip işlenmediği, failin yaşı gibi belli başlı konular girer.
3. Kanun bir fiile haksız fiil niteliğinin verilmesi için bir suç olmasını aramakta ise **ceza hâkiminin suç diye nitelediği fiili hukuk hâkimi tartışamaz**.
4. Aynı zamanda suç ve haksız fiil teşkil eden fiiller için Ceza kanununda daha uzun süreli bir zamanaşımı süresi tespit edilmişse, **hukuk hâkimi bu ceza zamanaşımı süresi ile bağlıdır**.

Zarar gören, zararın tazmini davasını hukuk mahkemesinde açtığı takdirde, ceza davasının bir ön sorun olarak ileri sürülüp, bunun sonucunun beklenmesi talep edilemez. Burada da bağımsızlık ilkesi geçerlidir.

Tazminatın ceza mahkemesinde kişisel dava veya müdahale yoluyla istenmesi mümkündür. Bu talep ceza mahkemesinde reddedildiği veya düşük bir miktara hükmedildiği takdirde, bu hükmün hukuk hâkimini bağlayacağı kabul edilmektedir.

34. TAZMİNAT TALEBİNİN ZAMANAŞIMI (SAYFA 852)

TBK mad. 72'de öngörülen süreler hem maddi hem de manevi tazminat istemi hakkında uygulanır. Bu uygulama kusur sorumluluklarında, hakkaniyet ve özen sorumluluklarında geçerlidir. Özel bir kanun hükmünün özel bir zamanaşımı süresi öngördüğü tehlike sorumluluklarında TBK mad. 72 uygulanmaz.

TBK mad. 72 **üç türlü zamanaşımı süresi** öngörmüştür. Taraflar, sözleşmeyle bu süreleri değiştirebilirler.

- **İki yıllık**, subjektif ve nispi nitelikte **kısa zamanaşımı süresi**
- **On yıllık**, objektif ve mutlak nitelikte **uzun zamanaşımı süresi**
- Olağanüstü nitelikteki **ceza zamanaşımı süresidir**.

İKİ YILLIK, NİSPİ KISA SÜRE

Haksız fiil nedeniyle tazminat talebi süresi **2 yıldır**. Kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması **iki unsurun birlikte (zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesi)** gerçekleşmesine bağlıdır. Buna zarar kişi, hem zararı hem de faili öğrenmesi gerekir.

- **Zararın öğrenilmesinden** amaç, zarar verici olayı değil, zararın varlık ve niteliğini, kapsamını öğrenmektir. Bunlar öğrenilmedikçe, zarar gören talep edeceği tazminatın sebep ve şartlarını değerlendiremez. Zararın öğrenilmesi, zararın gerçekleşmesini, zarar verici fiil veya olayın sona ermesini gerektirir. Zarar devam ettiği sürece, zarar görenin zararı öğrenmesi mümkün değildir. **Haksız fiil ve zarar devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz**. Zira haksız fiilin etkileri devam etmekte ve zararın miktarı ortaya çıkmamaktadır.

Zarar, ister ani ister sürekli bir fiilden doğsun, daima tektir. Buna zararın tekliği ilkesi denir. Zararın tekliği ilkesi, devam eden zarar halinde zaman süreci içinde gerçekleşen her zararı, ayrı bir zarar olarak anlamaya elverişli olmadığı gibi, zararı, zararlar toplamı olarak anlamaya da elverişli değildir. Örneğin tarlanın suyunun on gün sürekli kesilmesi halinde pamuklar kurumuş ve zarar meydana gelmişse, burada zarar her gün için ayrı ayrı değil, on gün için bir bütün halinde tek bir zarar olarak meydana gelmiştir.

Bedensel bütünlüğün ihlalden doğan zarar ve miktarı, hekim raporuyla belirli bir açıklığa kavuşur. Zarar görenin sağlık durumu daha sonra kötüleşirse, bu yeni bir zarar oluşturduğu takdirde, ilk zarardan bağımsız ele alınır ve yeni zarar için iki yıllık yeni bir süre işlemeye başlar.

Bedensel zarar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından/yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar gibi kalemlerden oluşur. Zarar görenin böyle bir davayı açabilmesi, bu kalemlerden oluşan genel zararın öğrenilmesine bağlı olduğu için iki yıllık süre, her bir kalemdeki zarar miktarının değil, en son zarar kaleminin gerçekleşip genel toplam zararın öğrenildiği anda işlemeye başlar.

- Zarar gören **tazminat yükümlüsünü öğrenmelidir**. Sorumlu hakkında kesin bilgi gerekli olup şüphe yeterli, değildir. Kusur sorumluluğunda sorumlu kişi fail, sebep sorumluluğunda ise kanunun kendisine tazminat yükümlülüğü bağladığı olayı gerçekleştiren kişidir (zarar veren küçük veya kısıtlı değil ev başkanı, çalışan değil adam çalıştırmanın öğrenilmesi gerekir).

Kısa zamanaşımı süresi haksız fiil nedeniyle tazminat talebi ile ilgili genel süre olup, özel hükümlerle bunun aksine düzenleme getirilmiş olabilir. Örnek; TRT Kanunu ile getirilen 60 günlük süre gösterilebilir. Bu hükme göre, yayının yapıldığı tarihten başlayarak 60 içinde açılmayan davalar dinlenmez. TRT Kanunu ile getirilen düzenlemenin isabetli olmadığı kanısındayız. Özel yayın kuruluşlarının sorumluluğunda genel zamanaşımı süresini kabul eden bir hukuk sisteminde TRT'nin 60 günlük süreye bağlanması haksız bir ayrıma yol açmaktadır.

ON YILLIK, MUTLAK UZUN SÜRE

Uzun zamanaşımı süresi **10 yıldır**. Zararın ve failin öğrenilmesi ile değil, olay tarihinden, yani **haksız fiil tarihinden itibaren** işlemeye başlar.

- **Haksız fiil devam etmekte** ise süre haksız fiil failinin son davranışından itibaren işlemeye başlayacaktır. Haksız fiil devam ettiği sürece 10 yıllık süre işlemeye başlamaz.

- Zarar gören **10 yıllık süre geçtikten sonra** faili ve zararı öğrenmiş olsa bile artık kısa zamanaşımından yararlanamayacaktır, çünkü uzun zamanaşımı süresi dolmuştur. Zarar gören kişi faili ve zararı 10 yılın bitimine yakın bir tarihte öğrenmişse, kısa süre 2 yıl değil, 10 yılın bitimine kalan süreyle sınırlıdır.
- Zararlı **fiilin işlenmesi ile zararın gerçekleşmesi arasında on yıldan daha uzun bir süre** geçmişse, bu zarar gören aleyhine sonuçlar doğurabilir. Örneğin radyasyona maruz kalan bir kimse, 15 yıl sonra kansere yakalanmışsa, bu maddeye göre tazminat davası açamaz. Kanımızca, zarar verici fiil/olay, uzun süre devam eden bir fiil/olay niteliğindeyse, on yıllık süre, bu fiil/olayın sona erdiği anda işlemeye başlamalıdır.
- Zarar verici fiil/olay sürekli nitelikte olmakla birlikte **bazı kesintilerle bağımsız zararlar** doğurmuşsa; on yıllık süre, bu zararlar sebebiyet veren her bir fiil/olayın gerçekleşmesi tarihinden itibaren başlar.
- Katıldığımız bir görüşe göre; on yıllık sürenin, **zamanaşımını kesen sebeplerle** kesilmesi her zaman mümkündür. Bu itibarla, zarar veren tazminat borcunu tanır veya zarar gören dava yoluyla tazminat yükümlüsünden tazminat hakkını talep ederse, on yıllık süre kesilir.
- On yılın dolmasına az bir süre kalmışken **iki yıllık süre** işlemeye başlamış ve bu arada **kesme sebeplerinden biri** gerçekleşmişse, on yılı aşan yeni bir iki yıllık süre işlemeye başlar.

CEZA ZAMANAŞIMI SÜRESİ

TBK mad. 72/1: Tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Fail ceza davası ile takip edilebildiği müddetçe, tazminat davasını bertaraf etmenin bir anlamı yoktur. Cezai yönden takip mümkün olduğu sürece tazminat davası açılabilir. Burada söz konusu olan ceza davası zamanaşımı süresidir. Ceza kanunlarında iki türlü zamanaşımı süresi vardır: **Ceza (infaz) zamanaşımı** ve **ceza davası zamanaşımı**.

Ceza davası zamanaşımının uygulanması koşulları:

1. **Suç teşkil eden bir fiilin varlığı:** Bir suç yoksa 2 ve 10 yıllık hukuk davası zamanaşımı uygulanır. Suç teşkil eden bir fiil olmalıdır, fail hakkında takibat yapılması veya cezalandırılması önem taşımaz.
2. **Ceza davası zamanaşımı süresinin daha uzun olması:** Ceza davası zamanaşımının uygulanması için bu sürenin hem 10 hem de 2 yıllık süreyi geçmesi şart değildir. Sadece birini geçmesi geçtiği sürenin uzaması için yeterlidir. Eğer ceza davası zamanaşımı süresi 2 yıldan uzun, 10 yıldan kısa ise sadece 2 yıllık süre uzar.

Ceza davası zamanaşımının uygulanması ile ilgili bazı sorunlar:

1. Suç teşkil eden bir fiil, takibi şikâyetle bağlı olan suçlardan ise şikâyetin yapılmamasının veya 6 aylık şikâyet müddetinin geçirilmiş olmasının ceza davası zamanaşımının uygulanmasında olumsuz bir etkisi yoktur. **Ceza davası zamanaşımı süresi ile şikâyet süresi** arasında bir ilişki mevcut değildir.
2. Yargıtay eski bazı kararlarında daha uzun süreli ceza davası zamanaşımı uygulanması için **zarar görenin ceza davasına müdahil olarak katılmasını** aramaktadır. Bu görüş kabul edilemez.
3. Ceza mahkemesi kararı **mahkûmiyet kararı** ise, bu ceza davası zamanaşımının uygulanmasına **engel olmaz**. Zira fiilin cezayı gerektiren bir suç teşkil ettiği sabitleşmiştir. Ceza mahkemesi kararı **beraat kararı** ise, ceza davası zamanaşımı değil, 2 ve 10 yıllık **hukuk davası zamanaşımı** uygulanmalıdır.
4. **Genel af yasası** mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte kaldırır. Bu nedenle, genel af yasası **ceza davası zamanaşımının uygulanmasına engel** olur. Özel aflar mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırmayıp, sadece cezanın tamamen kalkması veya daha düşük takdiri sonucunu doğururlar. O halde, **özel afta ceza davası zamanaşımının uygulanması** gerekir.

Af halinde uygulanacak hukuk zamanaşımının hangi andan itibaren başlayacağı konusunda Yargıtay bazı kararlarda af yasasının yürürlüğe girdiği tarihten, bazı kararlarda yürürlüğün yeterli olmadığı, ceza mahkemesinin davanın af yasası ile düşmesine karar vermesi gerektiği ifade olunmuştur. Ceza mahkemesinin davanın düşmesine karar vermesi görüşü daha uygundur. Fakat henüz ceza davası açılmadan af yasası çıkmışsa, 2 yıllık süre af yasasının yürürlüğe girdiği tarihten hesaplanmalıdır.

Ceza davası zamanaşımı kimlere uygulanır?

- Zarar verene ve ölümü halinde mirasçılara karşı açılan tazminat davalarında uygulanır.
- Tüzel kişi aleyhine açılan tazminat davalarında uygulanır.
- Zarar görenin, araç işletenin sigortacısına karşı sahip olduğu doğrudan dava hakkında uygulanır.
- Suç teşkil eden fiilden dolayı, cezaen sorumlu olanlara uygulanır. Aynı fiilden dolayı hukuken sorumlu olanlara (adam çalıştıran, ev başkanı) uygulanmaz.

Bununla birlikte, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bazı kararlarında motorlu araç işletenin kusursuz sorumluluğu ile ilgili zamanaşımı konusunda içtihatlarla bağdaşmayan kararlar verdiğini görmekteyiz. Bu kararlarda, motorlu araç işletenlerin suç teşkil eden fiillerden cezaen sorumlu olmadıkları halde, tazminat sorumluluklarının daha uzun zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmiştir.

DAİMİ DEF'İ HAKKI

TBK mad. 72/2: Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.

Haksız fiil zarar gören aleyhine de borç doğurmuşsa, zarar görenin tazminat istemi zamanaşımına uğrasa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.

Haksız fiil (aldatma, korkutma ya da aşırı yararlanma) halinde yapılan sözleşme zarar göreni bağlamaz. Zarar gören bir yıl içinde sözleşmeyi feshedebilir. Ancak bir yıl içinde sözleşmeyi feshettiğini diğer tarafa bildirmemiş olsa bile, diğer tarafın taleplerine karşı haksız fiil def'ini ileri sürebilir.

Haksız fiil def'i sürekli nitelikte olup zamanaşımına tabi değildir.

RÜCU ALACAKLARINDA ZAMANAŞIMI

TBK mad. 73: Rücu istemi, tazminatın tamamen ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Rücu Alacağı: Başkasına ait bir borcun tamamen veya kısmen ifasında bulunan kişinin asıl borçludan talep edebileceği bir alacaktır.

İfada bulunan kişi başkasına ait bir borcu ifa etmesi nedeniyle asıl borçluya rücu hakkı vardır. Rücu hakkına sahip olan kişi, tazminat talebiyle karşılaştığında bunu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.

Rücu Alacağında Zamanaşımı Süresi:

TBK mad. 73; rücu alacakları için zamanaşımı süresini haksız fiillerle ilgili kısa ve uzun zamanaşımı süresine uygun olarak **2 ve 10 yıl** kabul etmiştir.

İki yıllık süre: TBK mad. 73; rücu kısa zamanaşımı süresinin tazminatın **tamamen ödendiği** ve birlikte **sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak** işlemeye başladığını kabul etmiştir. Tazminat kısmen ifa edilmişse bu süre işlemeye başlamayacaktır. Rücu hakkına sahip olan kişi tazminatın bir kısmını ödemiş, kalanını diğer sorumlu kişiler ödemiş olsa bile zamanaşımı süresi **son kısmın tamamen ödendiği andan itibaren** işlemeye başlayacaktır.

On yıllık süre: Bu süre tazminatın **tamamen ödendiği tarihten itibaren** işlemeye başlar. Bu sürenin işlemeye başlaması için zarardan sorumlu kişinin öğrenilmesi gibi bir koşul yoktur.

35. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ (SAYFA 861)

Sebepsiz zenginleşme: Haklı bir sebep olmaksızın başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşmeye denir. TBK'da 77-82. maddeler arasında hükme bağlanmıştır. Sebepsiz zenginleşen kimse, bu zenginleşmeyi, aleyhine zenginleştiği kişiye geri vermek zorundadır.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkisinde, haklı bir sebep olmaksızın başkası aleyhine zenginleşen kişinin malvarlığında meydana gelen zenginleşmenin aynen veya nakden geri verilmesi söz konusudur. Hukuk düzeni, yaptırım olarak bu zenginleşmeyi **geri verme borcu yüklemiştir**.

Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, **diğer özel hukuk alanlarında** da uygulanır. Örneğin nişanın bozulmasında hediyeler aynen mevcut değilse, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca, nakden geri verilir. Buna karşılık, bu hükümler, kamu hukukunda ilke olarak uygulanmaz.

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME İLİŞKİSİNİN TARAFLARI:

Her borç ilişkisinde olduğu gibi, burada da bir **borçlu**, bir de **alacaklı** vardır. Sebepsiz zenginleşme ilişkisinin borçlusu, malvarlığı haklı bir sebep olmaksızın başkası aleyhine artan, zenginleşen kimsedir. Zenginleşen veya davalı da denir. Söz konusu borç ilişkisinde zenginleşenin malvarlığının kendisi aleyhine artmış olan kimseye de alacaklı, hak sahibi veya davacı denir.

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ AMACI:

Sebepsiz zenginleşme davası, hukuk düzeninin bir kimseye tanıdığı bir hakkın içerdiği yetkilere aykırı bir şekilde veya edim ilişkisi ya da beklenmedik bir olay sonunda elde ettiği **zenginleşmenin aynen veya nakden geri verilmesini** amaçlar. Bu dava ile zenginleşmenin alacaklıya geri verilmesi sağlanır. Bu suretle kişilere tanınmış olan **hukuki değerlerin aidiyet düzeninin ve varlığının korunması** amaçlanır.

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ:

a. Kişisel nitelikte bir davadır.

Sebepsiz zenginleşme davasının konusu, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen kimsenin, bu zenginleşmeyi hak sahibine geri vermesidir.

Sebepsiz zenginleşme talebi bir alacak hakkıdır, bu itibarla dava kişisel nitelikte bir davadır. Yalnız zenginleşen borçlu ve mirasçılar aleyhine açılabilir.

Borçlu sebepsiz olarak kazandığı bir şeyi, üçüncü bir kişiye devretmişse, alacaklı üçüncü kişiye sebepsiz zenginleşme davasını açamaz. Burada zenginleşen, şeyin mülkiyetini kazandığı için, üçüncü kişinin iyi veya kötü niyetli olması sonucu değiştirmez. İyi niyetli üçüncü kişi malın mülkiyetini kazanmışsa, alacaklı ona karşı ne istihkak davası ne de sebepsiz zenginleşme davası açabilir.

Sebepsiz zenginleşme davasının kişisel nitelikte olması, kendisini bilhassa borçlunun iflası halinde gösterir. Alacaklının hakkı, bir iflas alacağı olduğu için, mal masada mevcut olsa dahi, bunun iflas masasından ayrılarak kendisine aynen geri verilmesini talep edemez, hakkı para alacağına dönüşür ve diğer alacaklılarla birlikte payı oranında talep hakkına sahip olur.

b. Asli, bağımsız nitelikte bir davadır.

- Bir görüşe göre, bu dava tali nitelikte bir davadır. Bu görüş, alacaklının aynı şey veya edimi başka bir davayla talep edebildiği hallerde, sebepsiz zenginleşme davası açmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüş tali dava tanımına uygun olmadığı için katılmıyoruz. Davanın tali nitelikte olması, aynı olayda davacıya başka dava hakkının tanınmış olmasına bağlıdır. Davanın taliliği, aynı konuda davacıya birden çok dava açma hakkının belirli bir sıra içinde tanınmış olmasını gerektirir.

Alacaklı asli bir davayı açmadığı veya açıp başarısız olduğu takdirde, diğer bir davayı açabiliyorsa, bu sonraki dava tali nitelik taşır. Buna karşılık bir dava hakkı, başka bir dava hakkını ortadan kaldırıyorsa ortadan kaldırılan davanın taliliği değil, bu davanın mevcut olmadığı söz konusu olur.

Bazen aynı olayda birden çok davanın şartları gerçekleşmiş olabilir. Örneğin bir olayın hem sebepsiz zenginleşme hem de istihkak veya sözleşmeden doğan alacak ya da haksız fiil davasının şartlarını taşıması mümkündür. Böyle bir halde dava haklarının seçimlik yarışması söz konusu olur. Böyle bir seçim diğer dava haklarını sona erdirir. Ancak sebepsiz zenginleşme davasının başka davalarla yarıştığı kabul edilirse, sebepsiz zenginleşme davasının o davalara karşı tali nitelikte olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Çünkü davaların yarışmasında eşitlik ilkesi geçerlidir.

- Bizim de katıldığımız bazı yazarlar, sebepsiz zenginleşme davasının diğer bazı davalarla yarışacağını kabul etmektedir.

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ BENZER DAVALARLA İLİŞKİSİ:

- Sebepsiz zenginleşme davasının istihkak davası ile ilişkisi
- Sebepsiz zenginleşme davasının sözleşmeden doğan alacak davası ile ilişkisi
- Sebepsiz zenginleşme davasının haksız fiil davası ile ilişkisi
- Sebepsiz zenginleşme davasının vekâletsiz iş görme ile ilişkisi

İstihkak davası ile ilişkisi

İstihkak davası sebepsiz zenginleşme davasını önler. Zira davacının mülkiyet hakkının olduğu yerde, davalının sebepsiz zenginleşmesi söz konusu olmaz. Tasarruf işleminin sebebe bağlılığını kabul eden sistemlerde mülkiyet hakkının karşı tarafa geçmesi için geçerli bir hukuki sebebin mevcut olması gerekir. Hukuki sebep geçerli değilse, tasarruf işlemine rağmen mülkiyet hakkı karşı tarafa geçmez.

Taşınır veya taşınmaz bir malın mülkiyeti, geçerli olmayan bir hukuki sebebe dayanılarak, bir başkasına devredilmiş, taşınmaz onun adına tapuya tescil, taşınır mal ona teslim edilmiş olsa bile, mülkiyet hakkı geçmez, eski malik, malik olarak kalır. Sebepsiz zenginleşme davası, mülkiyet hakkının haklı bir sebep olmaksızın karşı tarafa devredilmiş olduğu hallerde açılabilmesi için **istihkak davasının açılabilmesi hallerde sebepsiz zenginleşme davası açılamaz**. Eski malik tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açabilir. Taşınır mallarda ise açılacak dava TMK mad. 991'de düzenlenmiş olan taşınır davasıdır.

Biz alacağın devrini de sebebe bağlı işlemlerden saydığımız için, aynı sonuç alacak hakkının sebepsiz olarak devrinde de söz konusu olur. Geçerli olmayan bir hukuki sebebe dayanan devir sonunda alacak hakkı karşı tarafa geçmeyeceğinden, devreden alacak hakkının kaybetmez, alacaklı olarak kalır, **borçlunun zenginleşmesi de söz konusu olmaz**. Ancak borçlu, devralan kimseye bir ödemede bulunur ve borçtan kurtulursa, alacak hakkı sona erdiği için bu takdirde sebepsiz zenginleşme davası açılır.

Sebepsiz zenginleşenin mülkiyet veya alacak hakkını, ivazlı olarak iyi niyetli üçüncü bir kişiye **devretmesi**; şeyi **tüketmesi** veya **yok etmesi** hallerini bu kuralın istisnaları olarak kabul etmek gerekir. Bu gibi hallerde **sebepsiz zenginleşme davası açılır**.

Şeyin **para olması halinde**, parayı kendi parasıyla karıştıran kimse de paranın maliki olacağı için onun aleyhine açılacak dava da **sebepsiz zenginleşme davasıdır**.

Sözleşmeden doğan alacak davası ile ilişkisi

Sözleşmeden doğan alacak hakları sebepsiz zenginleşme talebini önler. Zira sözleşmeden doğan bir alacak hakkının olduğu yerde, davalının sebepsiz zenginleşmesi söz konusu olmaz.

Sözleşmenin ifasıyla edimler birbirine eşit olmasa bile, aldığı edim fazla olan taraf zenginleşmiş olmaz. Zira edim ilişkisi taraf iradelerine dayandığı için, edimler eşit olmasa bile, sebepsiz zenginleşme olmaz.

Borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının sözleşmeden dönmesi halinde ifa edilen edimlerin hangi dava ile geri istenebileceği konusunda **dört görüş** vardır:

- Yakın zamana kadar hâkim olan klasik dönmeye dayanan **sebepsiz zenginleşme görüşüne** göre, dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu suretle ifa edilen edimin hukuki sebebi ortadan kalktığı için bu artış sebepsiz zenginleşmedir.
- Bazı yazarlar dönme halinde edimin geri verilmesini **kanuni geri verme borcu** olarak nitelendirirler. Buna göre dönme ile sözleşme ilişkisi, kanuni bir borç ilişkisine dönüşür.
- İstihkak görüşüne** göre, dönme, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır ve sözleşme hiç yapılmamış gibi bir sonuç doğurur. Böyle bir eksiklik ise, sebebe bağlılık ilkesine göre tasarruf işlemini sakatlayacağından davalı mülkiyet veya alacak hakkını kazanamaz.
- Son zamanlarda savunulan **yeni dönme görüşüne** göre, dönme, sözleşmeyi geçmişe veya ileriye etkili olarak ortadan kaldırmaz, sadece sözleşmenin içeriğini değiştirir. Bu ilişkinin içeriğini, ifa edilmiş edimi alacaklıya geri verme yükümlülüğü oluşturur. Geri verme borcu, akdi nitelikte bir geri verme borcudur.
- Hukuksal işlemin borç doğurmasının sebebi, **irade açıklamasıdır**. Sebepsiz zenginleşmede sebep, tam aksine, kişinin iradesi dışında mal varlığında bir eksilmenin meydana gelmesidir.
- Sözleşmede borçlu anlaşmaya uygun davranmazsa alacaklı **borca aykırılık hükümlerini** işletir. Sebepsiz zenginleşmede, alacaklı borçludan sadece mal varlığındaki eksilmenin giderilmesini talep eder.
- Sözleşmede zararı tazmin borcunda **kusur ilkesi** geçerlidir. Sebepsiz zenginleşmede, zenginleşen kişinin kusuru aranmaz, kusuru olmazsa dahi iade yükümlülüğü vardır.
- Sözleşmeden doğan muaccel borçların ifasında **zamanaşımı tek** bir süre olarak 10 yıldır. Sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda ise, iki türlü (2 ve 10 yıllık) zamanaşımı vardır.

Haksız fiil davası ile ilişkisi

Aynı olayda sebepsiz zenginleşme davası ile haksız fiil davası şartlarının olması halinde **iki görüş:**

Bir görüşe göre, zenginleşmeden doğan alacak **haksız fiil alacağından fazla değilse**, zenginleşmeden söz edilemez. Bu itibarla haksız fiilden doğan alacak hakkı, **sebepsiz zenginleşme talebini önler**.

Hâkim görüşe göre, haksız fiilden doğan dava hakkı sebepsiz zenginleşme davasına engel olmaz, **iki talep arasında yarışma** söz konusu olur. Ancak davacı, davalardan birini seçtiğinde daha sonra diğer davayı açamaz, diğer dava hakkı ortadan kalkar. Seçim hakkı alacaklıya aittir.

Davalının zenginleşmesi, davacının zararından daha çok olduğu haller ile davalının kusurlu olmadığı hallerde; davacının sebepsiz zenginleşme davası açması kendi yararınadır. Zira sebepsiz zenginleşme davacının zarar miktarıyla sınırlı değildir ve davanın açılması için davalının kusurlu olması şart değildir. Örneğin ayırt etme gücü olmayan kişi bir misli mal çalmış ve kendi malıyla karıştırmışsa, ona karşı haksız fiil davasını açmak TBK mad. 65 hariç mümkün değildir. Karışma sonunda misli malın mülkiyetini de kazandığı için mülkiyet davası da açılmaz. Böyle bir halde, açılacak dava fiil ehliyeti ve ayırt etme gücü gerektirmediği için sebepsiz zenginleşme davasıdır.

Buna karşılık davacının haksız fiil davasını açabilmesi için, davalının müdahalesinin kusurlu ve hukuka aykırı olması, ayrıca kendisinin bir zarar görmesi gerekir.

- ♥ Haksız fiilde, fiilin haksız yani **hukuka aykırı** olması gerekir. Sebepsiz zenginleşmede, fiilin hukuka aykırı olması gerekmez. Zenginleşmenin haklı bir sebebinin bulunmaması yeterlidir.
- ♥ Haksız fiilde, failin **kusurunun** bulunması zorunludur. Sebepsiz zenginleşmede, zenginleşen kişinin kusuru gerekmez.
- ♥ Haksız fiilde, bir **zararın** doğmuş olması zorunludur. Alacaklının zararı kanıtlanması gerekir. Sebepsiz zenginleşmede, sebep zarar değil, mal varlığında meydana gelen eksilmedir. Alacaklının zararı kanıtlama yükümlülüğü yoktur. Mal varlığında haklı bir sebep olmadan eksilmenin varlığını kanıtlanması yeterlidir.
- ♥ Sebepsiz zenginleşmede ve haksız fiillerde zamanaşımı 2 ve 10 yıldır. Ancak farklı olarak, haksız fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa **ceza zamanaşımı** da uygulanacaktır. Sebepsiz zenginleşmede ceza zamanaşımı gündeme gelmez.

Vekâletsiz iş görme ile ilişkisi

a. Gerçek vekâletsiz iş görme

Burada iş görenin bir başkasının işini görmesi, bir başkası adına hareket etmesi gerekir. TBK mad. 529/1'göre iş sahibi, vekâletsiz iş görenin yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafları faiziyle birlikte ödemek zorundadır. Bu halde iş gören, yapmış olduğu masraf, hâkimin takdir edeceği zarar kadar iş sahibinden alacaklı olduğu için iş sahibinin sebepsiz zenginleşmesinden söz edilemez.

Buna karşılık, iş gören iş sahibinin menfaatine hareket iradesine sahip olmaksızın onun bir işini görmüşse, TBK mad. 529/1'göre iş sahibinden herhangi bir talepte bulunamaz. Bu takdirde iş gören sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilir.

İş gören de vekâletsiz iş görme nedeniyle elde ettiği menfaatleri, iş sahibine geri vermek zorundadır. Bu durumda iş sahibi de bir alacak hakkına sahip olduğundan iş görenin sebepsiz zenginleşmesinden söz edilemez ve sebepsiz zenginleşme davası açılmaz.

b. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme

Bir başkasının hakkını vekâleti olmadan hukuka aykırı olarak kendi menfaatine kullanan kimse, gerçek olmayan vekâletsiz iş görendir. Burada iş gören başkasına ait bir işi, iş sahibinin menfaatine değil, kendi menfaatine görür. TBK mad. 530'a göre iş sahibi, meydana gelen faydaları alma hakkına sahiptir.

Burada elde edilen net kazancın geri verilmesi söz konusudur. Özellikle maddi olmayan malların, yani fikri ve sınai hakların haksız kullanılmasından elde edilen kazanç ve karlar, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sahibine iade edilir.

Kazancın geri verilmesi talebi, davacının zarar uğraması, malvarlığının azalması şartına bağlı değildir. Davalının iyi veya kötü niyetli olmasına da bağlı değildir. Fiilin hukuka aykırı olması yeterlidir. Kazanç zarardan ilke olarak daha yüksek olacağı için vekâletsiz iş görme hükümlerine başvurmak haksız fiile veya sebepsiz zenginleşmeye oranla daima davacının lehinedir.

TMK mad. 25/3'e göre kişilik hakkı hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kişi, bu saldırıdan elde edilen kazançları vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep edebilir, sebepsiz zenginleşmeye başvurmak zorunluluğu yoktur. Zarar gören manevi tazminat davası da açabilir.

İş görenin yaptığı giderler sonunda iş sahibi masraftan kurtulmuşsa, iş gören bunu sebepsiz zenginleşme davasıyla talep edebilir.

SEBESİZ ZENGİNLEŞMEYİ DOĞURAN OLAYLAR:

Olaylar ve sebepsiz zenginleşme üçe ayrılır:

- Edim (edimden doğan zenginleşme)
- Müdahale (müdahaleden doğan zenginleşme)
- Umulmayan olaylar (umulmayan olaydan doğan zenginleşme)

Edim (edimden doğan zenginleşme)

Sebepsiz zenginleşme birçok halde alacaklının borçlu lehine yaptığı bir edimin ifasından doğar. Burada sebepsiz zenginleşme davası, ifa edilen edimin geri verilmesi amacını güder.

Edimin ifasında kazananın malvarlığı artarken, kazandıranın malvarlığı azalmaktadır. Artma ve azalmaya aynı olay yani edimin ifası sebep olmaktadır. Burada alacaklı ile borçlu arasındaki kazandırma, üçüncü bir kişi devreye girmeksizin doğrudan kendi aralarında gerçekleşmektedir.

Müdahale (müdahaleden doğan zenginleşme)

Bazı hallerde zenginleşme bizzat zenginleşenin bir fiil ve müdahalesinden doğar. İhlal fiili zarar görenin malvarlığında bir zarara sebep olurken, müdahalede bulunanın malvarlığında zenginleşmeye sebep olur. Müdahale bazen de zenginleşenin malvarlığını artırırken diğer tarafta bir zarara sebep olmayabilir.

Umulmayan olaylar (umulmayan olaydan doğan zenginleşme)

Umulmayan olaydan doğan zenginleşme üçüncü bir kişinin fiilinden veya tabiat olayından meydana gelir.

1. Üçüncü bir kişinin fiilinden doğan zenginleşme

Örneğin bir banka bir miktar parayı yanlış hesaba kaydederse, zenginleşmeye üçüncü kişi durumunda bulunan bankanın fiili sebep olmaktadır. Burada bankanın yaptığı işlem, alacaklı ve borçlunun fiili dışında bulunduğu için, umulmayan bir olay teşkil eder. Üçüncü kişinin fiilinin kusurlu/kusursuz veya hukuka aykırı olup olmaması sonucu değiştirmez.

2. Tabiat olayından doğan zenginleşme

Örneğin bir fırtına sonunda boşalan hayvan sürüsünün komşu meraya girerek otlamaları halinde sürü sahibi, otun parası kadar zenginleşmiştir.

SEBESİZ ZENGİNLEŞMENİN ŞARTLARI:

- Borçlunun malvarlığında bir zenginleşmenin meydana gelmesi
- Bu zenginleşmenin bir başkasının malvarlığı veya emeğinden kaynaklanması
- İllet bağı
- Zenginleşmenin haklı bir sebebe dayanmaması
- Hukuka ve ahlaka aykırı bir amacın bulunmaması (İLAVE) TBK mad. 81: Hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, hâkim, bu şeyin devlete mal edilmesine karar verebilir.

Borçlunun malvarlığında bir zenginleşmenin meydana gelmesi

- Günlük dilde malvarlığı**, bir kimsenin ekonomik gücünü ifade eder.
- Ekonomik anlamda malvarlığı**, belirli bir zamanda pasifi çıkarıldıktan sonra aktifinin arz ettiği toplam ekonomik değeri ifade eder.
- Hukuki anlamda malvarlığı**, ekonomik değer taşıyan, parayla ölçülebilen haklar bütünüdür.
- Sebepsiz zenginleşme yönünden malvarlığı**, ekonomik güç ve hâkimiyet alanıdır.

Hukuk düzeninin, bir kimsenin hâkimiyet alanına soktuğu değerlere hukuki değer denir. Bu değerlerden bazıları parayla ölçülebilen ekonomik değerlerdir. Bunlara **malvarlığı değerleri** denir. Aynı haklar, alacak hakları, fikri ve sınai haklar, bazı miras hakları malvarlığı haklarıdır. Sebepsiz zenginleşme yönünden malvarlığı, ekonomik anlamda anlaşılmalı ve bunun içine bir kimsenin para ile ölçülebilen ve hukuken korunan tüm iktisadi değerleri girmelidir. Sebepsiz zenginleşme yönünden malvarlığı, pasifler çıkarıldıktan sonra geriye kalan net aktif ekonomik değerler bütününe ifade eder. Ekonomik değer taşımayan manevi değer ve artışlar, zenginleşmeye dâhil olmazlar.

Zenginleşme, borçlunun malvarlığının hâlihazır durumuyla zenginleştirici olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktan ibarettir. **Zenginleşme türleri:**

- | | |
|-----------------------|--------------------------|
| a. Müspet zenginleşme | c. Objektif zenginleşme |
| b. Menfi zenginleşme | d. Sübjektif zenginleşme |

Müspet zenginleşme: Zenginleştirici olay sonunda malvarlığında meydana gelen fiili artışa denir.

- ✿ Ekonomik değer taşıyan bir hakkın (aynı haklar ile alacak hakları) kazanılması malvarlığının aktifini artırır. Parayla ölçülebilen hukuki değerlerin karşılıksız kazanımı aktif daima artırır.

- ☀ Sınırlı aynı hakların kazanılması aktif artırır.
- ☀ Yenilik doğuran hakların kazanılması aktif artırır.
- ☀ Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi veya değerlerinin artırılması zenginleşme kavramına girer.
- ☀ Gayri maddi malların kazanımı veya bunlardan yararlanma aktif artırır.
- ☀ Başkasına ait bir malın zilyetliğinin ele geçirilmesi de malvarlığını artırır.
- ☀ Malvarlığını kısıtlayan her borç, yükümlülük ve sınırlama pasif kısmı oluşturur. Borcu ortadan kaldıran her işlem pasif kısmı azaltır ve zenginleşme olur.

Menfi zenginleşme: Zenginleşen tarafından yapılacak bir giderin yapılmaması suretiyle meydana gelen zenginleşmedir. Genellikle borçlunun yapması gereken giderleri yapmaması, haksız olarak alacaklının hukuki bir değerini kullanması ve bu suretle giderden tasarruf etmesi sonunda meydana gelir.

Gider, bir kimsenin kendi isteği ile yaptığı harcamalar sonunda malvarlığında meydana gelen azalmadır. Menfi zenginleşmede malvarlığı artmamakta, fakat azalması önlenmektedir. Aktif kısmın azalmasının veya pasif kısmın artmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkar.

Karşılıksız elde edilen hizmet edimleri de menfi zenginleşmeye sebep olabilir.

Objektif zenginleşme: Zenginleşenin, zenginleştirici olay dolayısıyla objektif olarak elde ettiği değer artışına denir. Örneğin B, A'nın kendisine bıraktığı taşınır bir malını izin almaksızın üçüncü bir kişiye satıp devretmişse, objektif zenginleşme bu malın devrinden elde edilen paradır. Bu para ilke olarak malın piyasa değerine eşittir.

Borçlunun, alacaklının bir malını izinsiz kullandığında, bu malı iznli kullansaydı piyasa şartlarına göre ne ödeyecek idiye, o miktarda tasarruf etmiş olacağından, bu tasarruf objektif zenginleşmeyi ifade eder.

Sübjektif zenginleşme: Objektif artış yanında özellikle zenginleşenin bir faaliyeti sonunda elde edilen ek artışlara denir. Örneğin bir kimse kendisine bırakılan 10 TL'lik bir malı piyasa değerinin üzerinde 15 TL'ye satarsa, 10 TL objektif zenginleşmeyi, 5 TL sübjektif zenginleşmeyi oluşturur.

Sübjektif zenginleşme, objektif zenginleşmeden az veya çok olabilir. Az olduğu takdirde, bunun objektif zenginleşme içinde yer aldığı varsayılır. Çok olduğu takdirde, söz konusu kazancın geri verilmesi sorunu ortaya çıkar.

Sübjektif zenginleşme, ilke olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine tabidir. Bazı yazarlar sebepsiz zenginleşmeye tabi olduğunu, bazı yazarlar da sebepsiz zenginleşme davası ile vekâletsiz iş görme davasının yarışacağını savunmaktadırlar.

Bu zenginleşmenin bir başkasının malvarlığı veya emeğinden kaynaklanması

Zenginleşmenin **kaynağını açıklayan iki görüş** vardır:

a. Klasik görüş

b. Yeni görüş

- 1) Yetki (özüleme) içeriği görüşü
- 2) Hukuk alanının ihlali görüşü
- 3) Hukuka aykırılık görüşü

a. Klasik görüş: Bu görüşe göre, alacaklı ile borçlunun malvarlıklarında ekonomik bir değer yer değiştirdiği zaman, başkasının malvarlığından zenginleşme gerçekleşmiş olur. **Zenginleşmenin azami miktarı,** alacaklının malvarlığında meydana gelen **fakirleşmedir. Zenginleşmenin sebebi,** zenginleşenin malvarlığına, fakirleşenin malvarlığından ekonomik bir değer geçmesi olmalıdır. Zenginleşme, fakirleşmeden çok olsa bile, borçlunun bunu geri verme borcu, fakirleşme kadar olup, borçlu daha fazlasını muhafaza eder.

Bu görüşe göre, örneğin davalı, sadece davacının hizmet edimleri sayesinde veya mallarını ya da kişilik değerini (resmini, sesini, ismini) kullanmak suretiyle zenginleşme sağlamışsa, burada malvarlıkları arasında yer değiştirme olmadığı için sebepsiz zenginleşme söz konusu olmaz. Çünkü bu görüşe göre, bu gibi hallerde davalıyı zenginleştiren, davacıyı fakirleştiren maddi bir mal transferi söz konusu değildir.

Bu görüş kabul edilir ve zenginleşmenin, alacaklının uğradığı zarar oranında geri verilmesi savunulursa, bazı hallerde bu görüşün zenginleşen lehine sonuçlar doğurduğu görülür. Haklı bir sebep olmadan ve hatta haksız bir fiille zenginleşen borçluyu, bu zenginleşmeyi geri verme yükümlülüğünden muaf tutan bir görüş, her türlü hukuki dayanak ve adalet fikrinden yoksundur.

b. Yeni görüşler: Yeni görüşlere göre, sebepsiz zenginleşme talebi, alacaklının fakirleşmesine dayanamaz. Talep alacaklının fakirleşmesiyle sınırlı değildir. Sebepsiz zenginleşmenin amacı, alacaklının malvarlığında gerçekleşen azalmanın giderilmesi, zararın denkleştirilmesi değildir. Amaç, borçlunun malvarlığında meydana gelen zenginleşmenin geri verilmesidir.

Klasik görüş, geri verilecek zenginleşmeyi başkasının malvarlığından elde edilen zenginleşme olarak görürken, yeni görüş başkasının aleyhine zenginleşme fikrinden hareket etmektedir.

1) Yetki (özüleme) içeriği görüşü: Bugün hâkim olan bu görüş, “hakların aitlik düzeni ve sahibine verdiği yetki içeriği” fikrine dayanır. Buna göre, hakkın içeriğini oluşturan yetkiler hak sahibine aittir.

Hukuk düzeninin bir hak dolayısıyla bu hakkın sahibine tanıyıp özülediği yetkilerle çelişen, bu yetkilere aykırı elde edilen her zenginleşme, başkasının aleyhine zenginleşmedir. Zira burada zenginleşenin elde ettiği menfaat, aslında hukuk düzenince başka kimseye tanınmış bir menfaattir.

Sahibinden başka bir kimse böyle bir değeri kullanır, tüketir, paraya çevirir ve böylece zenginleşme elde ederse, bu zenginleşme başkasının aleyhine gerçekleşmiş bir zenginleşme oluşturur.

2) Hukuk alanının ihlali görüşü: Bu görüş, “başkasının hukuki değerlerinin çiğnenmesi, başkasının hukuk alanına haksız müdahale” fikrine dayanır. Bu görüşe göre, başkasının aleyhine zenginleşme, başkasının hukuk alanının ihlal edilmesi suretiyle elde edilen zenginleşmeyi ifade eder. Başkasının hukuk alanının ihlali, ilke olarak maddi bir zarara sebep olmakla birlikte, böyle bir zararın doğmaması da mümkündür.

Hukuk alanını oluşturan başlıca **hak ve değerler** malvarlığı hakları, ayni haklar, alacak hakları, fikri haklar ve kişilik haklarıdır.

Bir kimsenin malvarlığına müdahale teşkil eden her davranış, onu ister fakirleştirsün ister fakirleştirmesin, hukuk alanını ihlal eder. Hukuk alanının ihlali, zenginleşenin malvarlığında bir artış meydana getirmişse, bu alacaklı aleyhine bir zenginleşmedir. Alacaklının hukuk alanı, **önce**, malvarlığında meydana getirilen bir azalmayla ihlal edilebilir. **Sonra**, zenginleşenin alacaklının hukukça korunan değerlerini kullanma, yararlanma veya bunlar üzerinde tasarruf etme yetkilerini kısıtlaması da hukuk alanının diğer bir ihlal türünü teşkil eder.

3) Hukuka aykırılık görüşü: Bu görüşe göre, başkasına ait bir haktan hukuka aykırı bir fiille elde edilen zenginleşme, başkası aleyhine gerçekleşmiş bir zenginleşmedir.

Bu görüş, zenginleşenin müdahalesinden doğan zenginleşmeler yanında edimden ve umulmayan olaydan doğan zenginleşmeleri de hukuka aykırı fiille açıklamaya çalıştığı için taraftar bulamamıştır. Bu görüşün eksik yanlarından bir diğeri de müdahaleye dayanan zenginleşmelerde, müdahalenin hukuka uygun olması halinde, sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olmamasıdır. Oysa örneğin zorunluluk halinde zenginleşenin müdahalesi, hukuka aykırı değildir. Hukuka aykırı olmamakla birlikte, zenginleşmenin geri verilmesi gerekir.

İlliyet bağı

Borçlunun malvarlığında başkası aleyhine gerçekleşmiş zenginleşme; kazandırma (edim), müdahale veya umulmayan olay gibi zenginleştirici olaylardan birinden kaynaklanmalıdır. Ancak bu takdirde, zenginleşme alacaklı aleyhine gerçekleşmiş olur. Zenginleşme ile kazandırma, müdahale ve umulmayan olay arasında illiyet bağı bulunmadıkça, zenginleşme bir başkası aleyhine gerçekleşmiş olmaz. Burada tabii illiyet bağı, yani zorunlu şart teorisi yeterli olup, ayrıca uygun illiyet bağına gerek yoktur. Zira uygun illiyet bağı yalnız sorumluluk hukukunda geçerli bir illiyet teorisidir.

Objektif zenginleşmede illiyet bağının ispatı hiçbir zorluk arz etmez. Buna karşılık, sübjektif zenginleşmede elde edilen kazanç ile zenginleştirici olay arasındaki illiyet bağının ispatı, çoğu zaman zorluk gösterir. Sübjektif zenginleşmede borçlunun malvarlığında meydana gelen artışa birden fazla sebep katkıda bulunmaktadır. Bunlar **zenginleştirici olay, borçlunun faaliyeti** ve bazen de **umulmayan bir olaydır**.

Hâkim, zenginleştirici olayın zenginleşmenin esaslı sebebini oluşturduğunu tespit ederse, zenginleşmenin **alacaklı aleyhine** gerçekleşmiş olduğuna karar vermelidir. Buna karşılık, zenginleşmenin meydana gelmesinden borçlunun faaliyeti, zenginleştirici olaya oranla esaslı sebep ise hâkim davayı reddetmelidir. Örneğin çalınan paranın bankaya yatırılmasından elde edilen faiz halinde hırsızlık olayı zenginleşmenin esaslı sebebini oluşturmakta, bu nedenle de zenginleşme alacaklı aleyhine gerçekleşmiş bulunmaktadır. Buna karşılık çalınan para ile borsada hisse senetleri alınıp kar elde edilmesi veya piyango bileti alınıp ikramiye çıkması ya da şans oyunlarında, kumarda paranın çoğaltılması halinde durum farklıdır. Burada bilgi, yetenek, tecrübe, şans, umulmayan olay önemli rol oynadığı için alacaklı aleyhine zenginleşme teşkil etmez, dolayısıyla zenginleşme ile zenginleştirici olay arasında **illiyet bağı mevcut değildir**.

Zenginleşmenin haklı bir sebebe dayanmaması

Haklı olmayan sebep kavramı kanunda tanımlanmış değildir. Kanun koyucunun TBK mad. 77'de kazuistik yöntem yerine genel hüküm koyması kurumun yapısına, gelişme eğilimine ve olayların akışına uygundur.

- a. Kazandırmadan doğan zenginleşmenin haksızlığı**
- b. Müdahaleden doğan zenginleşmenin haksızlığı**
- c. Umulmayan bir olaydan doğan zenginleşmenin haksızlığı**

a. Kazandırmadan doğan zenginleşmenin haksızlığı: Kazandırmadan (edimin ifasından) doğan zenginleşmede, kazandırmanın hukuki bir sebebe dayanması gerekir. Hukuki sebepten yoksun bir kazandırmadan doğan zenginleşme, ilke olarak haksız bir zenginleşmedir.

Tarafların kazandırmanın hukuki sebebi üzerinde anlaşması, irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. **Kazandırmada sebep ifa** sebebi, **karşı alacağı edinme** sebebi, **bağışlama** sebebi, **teminat** sebebi vs. olmak üzere çeşitli türlere ayrılır. Bu nedenlerden birinden yoksun bir kazandırma sebepsiz yani haksız bir kazandırmadır.

- 1) Hukuki sebep geçersiz olabilir:** Geçersizlik kavramı içine hukuki sebebin mevcut olmaması veya irade beyanlarının birbirine uygun olmaması ya da geçerlilik ve etkinlik unsurlarından (onay, izin, ehliyet, şekil, hukuka veya ahlaka uygunluk) birinin mevcut olmaması, dolayısıyla hukuki işlemin kurulamaması, eksik kurulması veya geçersiz kurulması sonucunu doğuran sebepler girmelidir.

- a) Hukuki işlem kurulmamış olabilir.**
- b) Hukuki işlem eksik kurulmuş olabilir.**
- c) Hukuki işlem geçersiz olabilir.**

- 2) Hukuki sebep gerçekleşmemiş olabilir:** Bir kazandırma, gelecekteki bir olayın gerçekleşme ihtimaline dayalı olarak yapılmış olup da bu olay sonradan gerçekleşmezse, bu halde kazandırma haklı sebepten yoksun yani sebepsiz zenginleşme söz konusu olur.

Keza, geciktirici şarta bağlı olarak yapılmış bir sözleşmede edim önceden ifa edilmiş olmakla birlikte, şart sonradan gerçekleşmezse, bu halde de sebepsiz zenginleşme söz konusu olur.

- 3) Hukuki sebep sona ermiş olabilir:** Başlangıçta mevcut olmakla birlikte sonradan ortadan kalkan bir hukuki sebep de kazandırmayı sebepsiz zenginleşmeye dönüştürebilir. Bu görüşe göre, sözleşme irade sakatlığına rağmen başlangıçtan itibaren geçerlidir. Bu nedenle kazandırma başlangıçta geçerli bir sebebe sahiptir. Ancak iradesi sakatlanan taraf bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir. İptal, kazandırmayı, dolayısıyla hukuki sebebi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracığı için bu suretle başlangıçta mevcut olan sebep sonradan ortadan kalkmış olacaktır.

- 4) Borçlanılmayan bir edim yanlışlıkla ifa edilmiş olabilir:**

TBK mad. 78: Borçlanılmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir. Zamanlaşımına uğramış bir borcun ifasından veya ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmeler geri istenemez. Ödenmiş olan edimin geri istenmesine ilişkin diğer kanun hükümleri saklıdır. **İstisnası: TTK md.1530:** Kanun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır.

TBK mad. 78'e göre, borçlanılmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir. Şu **şartlar** olmalıdır:

- a) İfa edilmesi gereken bir borç bulunmamalıdır.**
- b) İfa eden, ifa kastıyla hareket etmelidir.**
- c) İfa eden, borçlanılmamış olan edimi isteyerek yerine getirmelidir.**
- d) İfa eden, borcun varlığı hakkında yanlışmış olmalıdır.**

b. Müdahaleden doğan zenginleşmenin haksızlığı: Hukuk alanının ihlali görüşüne göre, zenginleşenin müdahalesinden doğan zenginleşme, başkasının hukuk alanının ihlaline dayandığı, bu nedenle hukuka aykırı olduğu için haksızdır.

Müdahale hukuka aykırı olunca, borçlunun bu suretle elde ettiği zenginleşme de haksız olur. Hiç kimse bir başkasının hukuk alanına hukuka aykırı bir fiil ile müdahale etmek suretiyle zenginleşemez. Bu itibarla, bir kimsenin rızası alınmadan bir malının kullanılması, tüketilmesi veya emanet ettiği böyle bir malın iyi niyetli üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde, haksız fiile dayanan sebepsiz bir zenginleşme söz konusu olur.

İhlal görüşü, zenginleşmenin haksızlığını ihlal fiilinin hukuka aykırılığı ile açıklamakta ve bu suretle sebepsiz zenginleşmeyi hâksiz fiil ile karıştırmaktadır. Bu görüşe katılmıyoruz, aynı eleştiri **hukuka aykırılık görüşü** için de geçerlidir. **Yetki içeriği görüşüne** göre ise, bir hakkın sahibine verdiği yetki

içeriği ile bağdaşmayan, bu içeriğe aykırı elde edilen her zenginleşme, haksız zenginleşmedir. Zenginleşenin elde ettiği menfaat, kendisine değil, o mal veya değer sahibine aittir. Bu nedenle, zenginleşenin müdahalesine dayanan bu gibi zenginleşmeler, haksızdır.

c. Umulmayan bir olaydan doğan zenginleşmenin haksızlığı: Umulmayan bir olay, üçüncü bir kişinin fiili veya tabii bir olaydan meydana gelen zenginleşme de hukuki bir sebebe dayanmadığı için haksızdır.

ZENGİNLEŞENİN GERİ VERME BORCU:

TBK mad. 77/1: Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen kimse, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.

Geri verme borcunun konusu

Zenginleşmeyi oluşturan şey, parça şey olup da zenginleşenin malvarlığında aynen bulunmakta ise, sebebe bağlılık ilkesi gereğince zenginleşenin bunun mülkiyetini kazanması mümkün değildir. Zenginleşen mülkiyeti kazanamadığı ve davacı halen bu şeyin maliki olduğu için sebepsiz zenginleşme davası değil, istihkak davası açar ve şeyin aynen geri verilmesini ister.

İstihkak davasının mümkün olmadığı hallerde ise, zenginleşme sebepsiz zenginleşme davasıyla geri istenir ve bu halde de zenginleşmenin aynen geri verilmesi ancak istisnai hallerde mümkün olur. Bu mümkün olmadığı takdirde, geri verme ancak elde edilen şeyin ekonomik değeri üzerinden para ile yapılır.

- Bu husus her şeyden önce zenginleşmenin **paradan** oluştuğu hallerde söz konusu olur. Para, misli bir şey olduğu ve zenginleşenin parasıyla karıştığı için bunun ayırt edilmesi mümkün olmadığından, aynen geri verilmesi de söz konusu olmaz.
- Para dışındaki **diğer misli malların** karışması ve birleşmesi halinde de genellikle aynen geri verme yerine değer üzerinden geri verme söz konusu olur.
- Para ve diğer misli mal zenginleşmeleri dışında, özellikle **parça mallardan** oluşan zenginleşmelerde zenginleşen, şeyi iyi niyetli üçüncü bir kişiye devretmiş, kullanıp tüketmiş veya yok etmiş ya da telef olmuş, hasara uğramış, kamulaştırılmış ise, zenginleşme yine parasal değeri üzerinden iade edilir.
- Bir şeyin kullanılmasının devrini içeren edimlerle, **hizmet edimlerinde** de aynen geri verme mümkün olmadığından aynen değil, nakden geri verme söz konusu olur.

Aynen geri verilmesinin mümkün olmaması halinde, geri verme **ikame değer** üzerinden yapılır. Şeyin yerine geçen değer, ikame değeri ifade eder. **İkame değer;**

- ✓ Malın devri veya kamulaştırılması halinde alınan bedel,
- ✓ Tahrip, hasar halinde ödenen tazminat ya da sigorta bedeli,
- ✓ Şeyin tüketilmesi ya da kullanılması hallerinde bu suretle sağlanan tasarruftur.

Zenginleşen, şeyi iyi niyetle karşılıksız olarak bir başkasına devretmişse, karşılıksız olduğu için, TBK mad. 79/1 uyarınca geri verme zorunda olduğu bir mal veya ikame değer yoktur. Buna karşılık, zenginleşen kötü niyetli ise TBK mad. 79/2 uyarınca TBK mad. 112'ye göre kusurlu imkânsızlık nedeniyle ilk zenginleşme miktarında sorumlu olur. Örneğin 10 bin TL'lik bir malı 2 bin TL'ye satan zilyet, iyi niyetli ise TBK mad. 79/1'e göre geri verme borcunun konusu 2 bin TL'dir. Buna karşılık kötü niyetli zenginleşen sadece 2 bin TL geri verirse, geri verme borcunu gereği gibi ifa etmediği için TBK mad. 112'ye göre sorumlu olur.

Geri verme borcunun kapsamı

Klasik görüşe göre, geri verilecek zenginleşmenin miktar ve kapsamı, fakirleşme kadardır. İade edilecek miktar, davacının malvarlığındaki azalmadan daha fazla olamaz. Borçlunun zenginleşmesine rağmen, alacaklının malvarlığında bir fakirleşme olmamışsa, sebepsiz zenginleşme davası açılamaz. Zenginleşme fakirleşmeden fazla ise, fazla olan kısım geri vermeye tabi olmaz, zenginleşenin malvarlığında kalır.

Yeni görüşlerden ihlal görüşüne göre, borçlunun geri verme borcunun miktar ve kapsamı, malvarlığında kazandırma, müdahale veya umulmayan olay sonunda meydana gelen fiili değer artışı, yani gerçek zenginleşme miktarı ne ise, odur. Borçlunun malvarlığını zenginleştiren, dolayısıyla alacaklının hukuk alanını ihlal eden bir olay sonunda meydana gelen her zenginleşme, borçlu aleyhine gerçekleşen zenginleşme olup, geri verme borcunun kapsamını bu zenginleşme oluşturur.

TBK mad. 79 ve 80, geri verme borcunun kapsamını zenginleşenin **iyi veya kötü niyetli olmasına göre** farklı bir çözüme tabi tutmuştur.

TBK mad. 79: Sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür. Zenginleşen, zenginleşmeyi iyi niyetli olmaksızın elden çıkarmışsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa, zenginleşmenin tamamının geri vermekle yükümlüdür.

Kötü niyetli zenginleşenin geri verme borcunun kapsamı

TBK mad. 79/2'ye göre; zenginleşen, zenginleşmeyi iyi niyetli olmaksızın elden çıkarmışsa sadece geri verme zamanında malvarlığında mevcut zenginleşmeyi değil, elden çıkardığı zenginleşmenin tamamının geri vermekle yükümlüdür.

Geri verme borcunun kapsamı hesaplanırken müspet, menfi, objektif, sübjektif zenginleşmenin tamamı, ister malvarlığında bulunsun, ister elden çıkarılmış olsun göz önünde tutulur.

Zenginleşmeyi geri vereceğini, yani zenginleşmenin haklı bir sebebe dayanmadığını bilen veya bilmesi gereken kimse, kötü niyetli zenginleşendir. Zenginleşen **baştan kötü niyetli** ise, zenginleşmenin **tamamını geri vermek zorundadır**. Sonradan kötü niyetli olmuşsa, zenginleşmenin meydana geldiği andan kötü niyetli olduğu ana kadarki zamanda, iyi niyetli zilyedin geri verme borcu, daha sonra ise kötü niyetli zilyedin geri verme borcu söz konusu olur.

Zenginleşmenin hesaplanacağı tarih:

Geri verme borcunun kapsamını, kötü niyetli zenginleşenin malvarlığının, geri verme anında gösterdiği durum ile zenginleştirici olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki fark oluşturur.

Zenginleşmeyi oluşturan aktif unsurlar:

a. Zenginleşmeyi oluşturan ilk değer

Geri verilecek zenginleşmenin hesaplanmasında, her şeyden önce ilk değer göz önünde tutulur.

İlk zenginleşme misli bir mal veya bir miktar para, bir hizmet edimi olabileceği gibi, bir hak, bir şeyi kullanma, tüketme veya yararlanma olabilir. İlk zenginleşmeyi oluşturan değer mutlaka maddi bir mal olması şart değildir, ekonomik bir değer taşıması yeterlidir.

İlk zenginleşmeyi oluşturan mal ve hizmetin değeri, piyasadaki objektif kıymet üzerinden hesaplanır. Borçlu, şeyi yeteneği dolayısıyla piyasa değerinin üstünde bir fiyata satarsa, bu fazlalık borçluya aittir. Çünkü fazlalık şey'den kaynaklanmamaktadır. Buna karşılık şeyin değeri artarsa gerçekleşen fazlalık şey'den kaynaklandığı için bu, hak sahibine aittir.

Kötü niyetli zenginleşen tarafından şey, iyi niyetli üçüncü bir kişiye devredilmesi veya tüketilmesi, tahrip edilmesi hallerinde malın piyasa değeri göz önünde tutulur. Kötü niyetli zenginleşenin, başkasının bir malını kullanmak suretiyle zorunlu giderlerden tasarruf etmesi halinde de tasarruf edilen mal ve hizmetin piyasa değeri esas alınır.

b. İkame değer

Örneğin ilk zenginleşmeyi oluşturan taşınır malın üçüncü kişiye devredilmesinde satış parası, telef veya hasara uğramasında tazminat ya da sigorta parası, kamulaştırmada ödenen bedel ilk zenginleşme yerine geçen değeri oluşturur ve ikame değer denir. İade edilecek zenginleşme hesaplanırken, bu ikame değerler de göz önünde tutulur.

c. Ürünler ve kullanma yararları

Zenginleşmeyi oluşturan ilk değer artış göstermesi mümkündür. Bu artış, ilk değerden elde edilen ürünlerden veya diğer yararlarından oluşur. Ürünler tabii veya hukuki nitelikte olabilir. Bir bahçenin meyveleri, bir koyunun sütü tabii ürünlerdir, bir evin kirası, paranın faizi ise hukuki ürünlerdir. Kötü niyetli zenginleşenin geri verme borcunun hesaplanmasında bu menfaatler de göz önünde tutulur.

Ancak kötü niyetli zenginleşenin fiilen elde etmediği yararlar hesaba katılmamalıdır. Örneğin çaldığı parayı faize yatırmamışsa, fiilen elde ettiği bir faiz geliri olmadığından bunun geri verilmesi de söz konusu olmaz.

Zenginleşmeden düşürülecek unsurlar:

İlk zenginleşme dolayısıyla kötü niyetli zenginleşen bazı giderler yapmak zorunda kalabileceği gibi, bu zenginleşme onun malvarlığının azalmasına da sebep olabilir. Örneğin zenginleşen, elde ettiği şeyleri muhafaza etmek, barındırmak, yedirmek, içirmek için harcamalar yapabilir. Giderler zorunlu ve faydalı nitelikte ise, zenginleşmeden indirilir.

Buna karşılık kötü niyetli zenginleşen, haksız elde ettiği zenginleşmeden doğan zararların tazminini talep edemez. Örneğin çaldığı tavuk hasta ise ve diğer tavuklara hastalık bulaştırmışsa, zararın tazminini talep edemez. Kötü niyetli zenginleşen hasardan da sorumludur.

İyi niyetli zenginleşenin geri verme borcunun kapsamı

İyi niyetli zenginleşenin geri verme borcunun kapsamı, fiilen elde ettiği değil, geri isteme anında malvarlığında mevcut bulunan, henüz elden çıkarmadığı zenginleşme ile sınırlıdır. Elinden çıkarmış olduğu zenginleşmeyi, yerine ikame bir değer girmemişse, geri vermek zorunda değildir. Buna **zenginleşmenin düşmesi** denir.

TBK mad. 79/1, sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür. Kanun koyucu bu madde ile iyi niyetli zenginleşen lehine önemli bir istisna getirmektedir. Geri isteme anında zenginleşmenin tamamen veya kısmen elden çıkmış olduğunu ispat yükü zenginleşene aittir. Zenginleşmenin düşmesi veya azalması, bir def'i olup, bunu davalı ileri sürmedikçe, hâkim re'sen göz önünde tutamaz.

Zenginleşenin elden çıkarmış olduğu zenginleşmenin geri verme yükümlülüğünden kurtulabilmesi için, elden çıkarma anında iyi niyetli olması gerekir.

Malvarlığında meydana gelen zenginleşmenin haklı bir sebebe dayandığı, kazanımın geçerli olduğu kanısında olan, yani zenginleşmeyi geri verme zorunda olduğunu bilmeyen ve şartlara göre de bilmesi gerekmeyen kimse iyi niyetli zenginleşendir.

Zenginleşen daha önce iyi niyetli olsa bile, alacaklının zenginleşmeyi istediği veya dava açtığı andan itibaren bu sıfatı sona erer.

Zenginleşmenin hesaplanacağı tarih:

Geri verme borcunun hesaplanacağı tarih, zenginleşme fiilinin gerçekleştiği tarih olmayıp, alacaklının bu zenginleşmeyi geri istediği tarihtir. Bu tarihten itibaren iyi niyetli zenginleşenin iyi niyeti de sona erer.

Zenginleşmeyi oluşturan aktif unsurlar:

a. Zenginleşmeyi oluşturan ilk değer

Her şeyden önce geri isteme zamanında zenginleşenin malvarlığında bulunan kısım göz önünde tutulur. Fiilen mevcut bulunan değer, o tür bir değerın piyasa değeri üzerinden hesaplanır.

İyi niyetli zenginleşen lehine konulan bu sınırlamanın, zenginleşmenin bir miktar para olması halinde pratik bir önemi yoktur. Para zenginleşmelerinde iyi niyetli zenginleşenin bu parayı elden çıkardığını, malvarlığında böyle bir paranın mevcut olmadığını ileri sürerek geri vermeden kurtulması zordur.

b. İkame değer

İlk değerın davalının malvarlığından çıkmış olması halinde geri verilecek zenginleşmenin hesaplanmasında bu değerın yerine ikame bir değer geçmişse, bu değer göz önünde tutulur.

c. Ürünler ve kullanma yararları

Davalının ilk zenginleşmeden elde ettiği ürünler, bu değerlerle nedensellik bağı içinde bulunmak şartıyla geri verme borcunun hesaplanmasında göz önünde tutulur. Ürünler arasında tabii ve hukuki ürünler yer alır. Ancak davalının yalnız fiilen elde ettiği ürünler hesaba katılır.

Kullanma yararları da ilke olarak geri verme borcunun kapsamına girmelidir. Ancak bunun için zenginleşenin yapması gereken bir giderden tasarruf etmesi ve herhalde malvarlığında bir artışın meydana gelmesi gerekir.

İyi niyetli zenginleşenin elde etmeyi ihmal ettiği ürünler hesaba katılmaz.

Zenginleşmeden düşürülecek değerler:

Geri verme yükümlülüğü iyi niyetli zenginleşenin malvarlığının azalması sonucunu doğurmamalı, zenginleşme olmasaydı içinde bulunacağı ekonomik durumdan daha kötü duruma düşmemelidir. Zenginleşme hesaplanırken **su hususlar göz önünde tutulmalıdır**.

a. Zenginleşmenin edinilmesi, korunması ve geri verilmesi için yapılan giderler

b. Zenginleşmenin sebep olduğu zararlar

c. Geri istemenin sebep olduğu zararlar: Örneğin zenginleşenin, zenginleşmenin kendisine ait olduğuna iyi niyetle güvenip herhangi bir malını üçüncü kişiye bağışlaması veya normalde yapmayacağı lüks bir tatile çıkması ya da pahalı bir araba alması halinde bu eksilmeler güvenden doğan zararlar olup zenginleşmenin sebep olduğu kayıplardır. Geri istemenin sebep olduğu zararlar denilir.

d. Hasar sorunu: İyi niyetli zenginleşen, umulmayan bir olay sonunda eksilen zenginleşme sorumlu değildir, hasar alacaklıya aittir. Davalının malvarlığında meydana gelen artıştan düşülür.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde geri vermenin hesaplanması:

İki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerin geçersiz olması halinde, taraflardan her biri ifa edilen edimi geri vermek zorundadır.

- **İkili sebepsiz zenginleşme teorisine göre**, iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde edimlerini yerine getiren taraflar, birbirlerine karşı bağımsız iki ayrı sebepsiz zenginleşme istemine sahiptir. Taraflardan her biri, diğerine karşı sebepsiz zenginleşme davasını ayrı ayrı açmak zorundadırlar. Taraflardan biri, bütün zenginleşmeyi elinden çıkarmış ve geri verme borcundan kurtulmuş olsa bile, diğer tarafa karşı sebepsiz zenginleşme davası açabilir.
- **Hesap bakiyesi teorisine göre**, iki tarafa tam borç yükleyen geçersiz sözleşmelerde edimler birbirinden ayrı olarak değil, bir bütün olarak düşünülmelidir. Bunun sonunda tarafların ifa ettikleri edimler geri verme borcunun hesaplanırken birbirinden düşürülür. Taraflardan birinin ifa ettiği edim fazla olduğu takdirde, karşı taraf bu fazlalık oranında zenginleşmiş olduğundan, hesap bakiyesinin borçlusu olur ve bu oranda aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açılabilir.

Zenginleşenin giderleri isteme hakkı

TBK mad. 80: Zenginleşen iyi niyetli ise, yaptığı zorunlu ve yararlı giderleri, geri verme isteminde bulunandan isteyebilir. Zenginleşen iyi niyetli değil ise, zorunlu giderlerinin ve yararlı giderlerinden sadece geri verme zamanında mevcut olan değer artışının ödenmesini isteyebilir. Zenginleşen, iyi niyetli olup olmadığına bakılmaksızın, diğer giderlerinin ödenmesini isteyemez. Ancak kendisine karşılık önerilmezse, o şey ile birleştirdiği ve zararsızca ayrılması mümkün olan eklemeleri ayırıp alabilir.

Bu madde zenginleşene, zenginleşmeyi oluşturan şeye yapmış olduğu zorunlu ve faydalı giderleri isteme hakkı tanıdır. Giderler zorunlu, faydalı ve lüks gider olmak üzere üçe ayrılır.

- **Zorunlu masraflar:** Şeyin varlığını devam ettirmesi ve korunması için yapılan zorunlu masraflardır.
- **Faydalı masraflar:** Şeyin varlığını devam ettirmesi ve korunması için zorunlu olmamakla birlikte, şeyin verimliliğini ve ekonomik değerini artıran masraflardır.
- **Lüks masraflar:** Zenginleşen kişinin kişisel zevki nedeniyle yaptığı masraflardır. **Talep edilemez.**

→ Zenginleşen kişi **iyi niyetli ise, zorunlu ve yararlı masrafların tamamını talep** hakkına sahiptir.
→ Zenginleşen kişi **kötü niyetli ise, sadece zorunlu masrafları talep** edebilir. **Yararlı masrafları ise, şeyde iade anında meydana gelen fazlalık oranında talep** hakkına sahiptir.

Lüks giderlerin esas şeye zarar vermeden sökülüp alınması mümkünse ve alacaklı da karşılığını ödemeye razı değilse, zenginleşen bunları söküp alabilir. Zarar vermeden sökülüp alınması mümkün değilse kötü niyetli zenginleşen hiçbir şey talep edemez. Ayrıca alacaklı lüks şeylerin karşılığını ödemek istediği takdirde zenginleşen bunları söküp alamaz.

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ AÇILAMAYACAĞI HALLER:

- a. Zamanaşımına uğramış bir borcun ifası
- b. Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi
- c. Diğer eksik borçların ifası
- d. Hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey

Zamanaşımına uğramış bir borcun ifası: Zamanaşımına uğramış bir borcu, alacaklı her zaman talep edebilir. Ancak borçlu zamanaşımı def'inde bulunursa, hâkim davayı reddeder. Bu takdirde borç, eksik borç haline dönüşür. Borçlu isterse böyle bir borcu ifa edebilir ve bu sebepsiz zenginleşme sayılmaz.

Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi: Ahlaki bir ödevin yerine getirmek amacıyla hukuken mecbur olmadığı kimselere ödemede bulunan kimse, sebep olduğu bu zenginleşmeyi geri isteyemez.

Diğer eksik borçların ifası: Evlenme simsarlığından, kumar ve bahis ile diğer ilişkilerden doğan borçlar eksik borç olmakla birlikte, ifa edilirse sebepsiz zenginleşme sayılmaz.

Hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey: TBK mad. 81'e göre hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Şeyi veren kimse dava açarsa, hâkim verilen şeyin devlete mal edilmesine karar verebilir. **Sartlar:**

- **Hukuka ve ahlaka aykırı bir sonuç:** Amaçlanan sonuç hukuka veya ahlaka aykırı olmalıdır. Şeyin geri istenememesi amaçlanan sonucun hukuka ve ahlaka aykırı olmasına bağlı olup sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı değildir. Örneğin, birini öldürmesi için 10 bin lira verirse ve öldürmezse geri isteyemeyiz. Örneğin evlilik dışı ilişki kurmak için verilen şey de geri istenemez.

- **Hukuka ve ahlaka aykırı bir sonuç elde etme kastı:** Maddenin uygulanabilmesi için şeyi verenin, kasten hareket etmesi, davranışının hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu bilmesi ve sonucun gerçekleşmesini istemesi gerekir. Şeyi veren iyi niyetli ise ve bilmiyorsa şeyi geri isteyebilir.
- **Tasarruf işleminin yapılmış olması:** Madde, verilen şey geri istenemez demektir. Yani kazandırmanın fiilen yerine getirilmiş, verme ediminin ifa edilmiş olması gerekir.

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ ZAMANAŞIMI:

TBK mad. 82'de **iki yıllık kısa**, sübjektif ve nispi ile **on yıllık uzun**, objektif ve mutlak olmak üzere iki ayrı zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bu süreler içinde dava açılmazsa sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı, eksik borç halini alır.

Zamanaşımı süreleri

İki yıllık süre

Davacının zenginleşmeyi geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Davacının geri isteme hakkının olduğunu öğrenebilmesi için zenginleşenin kimliğini, zenginleşmenin kendisine ait olduğunu ve haksız zenginleşmenin miktarını fiilen bilmesi gerekir. Bu şartlar davacı tarafından tahmini olarak değil, kesin olarak bilinmelidir.

Bu nedenle davacının gerekli özeni göstermesi halinde geri isteme hakkının olduğunu öğrenme ihtimalinin bulunması yeterli değildir. Elbirliğiyle alacaklarda, alacaklıların tamamının bu şartları öğrenmesi gerekir.

İki yıllık süre niteliği itibarıyla zamanaşımı süresi olduğundan bunun durması ve kesilmesi mümkündür. Örneğin borçlunun borcu tanınması halinde durum böyledir.

İki yıllık sürenin üst sınırı on yıllık süre ile sınırlıdır.

On yıllık süre

Mutlak bir zamanaşımı süresidir. Geri isteme hakkının doğduğu, yani sebepsiz zenginleşme alacağının muaccel olduğu zamanda işlemeye başlar. Sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı, sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte muaccel olur ve bu andan itibaren işlemeye başlar. Sebepsiz zenginleşmede alacağın doğduğu tarih ile muaccel olduğu tarih aynı zamana rastlar.

On yıllık sürenin başlangıç tarihi **olayın çeşidine göre** değişir.

- Kazandırmaya dayanan zenginleşmelerde süre, edimin yapıldığı yani davalının zenginleştiği anda işlemeye başlar.
- Gerçekleşmeyen bir sebebe dayanan zenginleşmelerde süre, sebebin gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak anlaşıldığı anda işlemeye başlar.
- Başlangıçta mevcut olmakla birlikte, sonradan ortadan kalkan zenginleşmelerde süre, sebebin ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlar.
- Haksız fiilde veya zenginleşenin müdahalesinden doğan zenginleşmelerde süre, haksız fiil veya müdahalenin gerçekleştiği anda işlemeye başlar.
- Umulmayan olaya dayanan zenginleşmelerde süre, zenginleşmeye sebep olan üçüncü kişinin fiilinin veya dış olayın gerçekleştiği anda işlemeye başlar.
- Sürekli bir fiilden doğan zenginleşmelerde süre, zenginleşmenin sona erdiği anda işlemeye başlar.
- Olay aralıklı sürelerle tekrarlanmaktaysa, zamanaşımı her tekrardan itibaren bağımsız olarak işler. Burada her tekrar, bağımsız bir sebepsiz zenginleşmedir.

Zamanaşımını kesen sebeplerden birinin olması halinde bu süre kesilir, örneğin borçlunun borcu tanınması veya alacaklının dava açması veya icraya başvurusu halinde durum böyledir.

TBK mad. 82 ceza zamanaşımı konusunda bir hüküm içermemektedir.

Sebepsiz zenginleşme def'i

TBK mad. 82/2: Zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse diğer taraf, istem hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcunu ifadan kaçınabilir.

Buna göre zenginleşme, zenginleşenin bir **alacak hakkı kazanması suretiyle** gerçekleşmişse diğer taraf, talep hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir. Böylece bu madde, **hakkı ihlal edilen kimse lehine süresiz bir sebepsiz zenginleşme def'i** tanımaktadır.

Bu hükmün sebebe bağlılık ilkesini kabul eden sistemlerde pratik bir anlamı yoktur. Bu sistemlerde alacak ya geçerlidir ya da geçersizdir. Geçerli ise sebepsiz zenginleşme zaten yoktur, geçerli değilse karşı taraf zaten zenginleşmiş değildir. Soyut alacaklarda, borçlu süresiz def'i hakkını kullanabilir.

BORÇ İLİŞKİSİNİN HÜKÜMLERİ

BİRİNCİ AYRIM: BORÇLARIN İFASI

36. İFA (SAYFA 927)

TBK mad. 83 – 111: Birinci ayırım: Borçların ifası

TBK mad. 112 – 126: İkinci ayırım: Borçların ifa edilmemesinin sonuçları

TBK mad. 127 – 130: Üçüncü ayırım: Borç ilişkilerinin üçüncü kişilere etkisini ele almaktadır.

1. İFA KAVRAMI:

TANIM: Borçlanılan edimin konu, zaman ve yer olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir. Her borç veya borç ilişkisi, ifa edilmek amacıyla kurulur. İfa **borcun amacıdır**.

Borcun tam ve doğru bir şekilde ifasına, **borcun gereği gibi ifası** denir. Borcun gereği gibi ifası, borçlanılan edimin, ifa tarz ve unsurlarına (taraf, yer, zaman, miktar ve nitelik) uygun olarak eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesidir.

- İfadan bazen edim fiilinin yerine getirilmesi, bazen de edim sonucunun yerine getirilmesi anlaşılar. Örneğin hizmet sözleşmesinde ifa edim fiilinin, satış ve eser sözleşmesinde edim sonucunun yerine getirilmesidir.
- TBK’da ifayı düzenleyen hükümler, genel hüküm niteliğindedir, her türlü borç ilişkisine uygulanır.
- İfayı düzenleyen hükümler genellikle düzenleyici hükümlerdir.
- İfa borç ilişkisini değil, böyle bir ilişkinin içerdiği tekil borcu sona erdirir.
- Bir tek borç/alacaktan oluşan ani edimli borç ilişkilerinde ifa, hem borcu hem borç ilişkisini sona erdirir.
- İfa bazen borcu sona erdirmeye yerine, alacağın ifada bulunan kişiye geçmesi sonucunu da doğurur.

2. İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ: Üç görüş vardır:

1. Genel sözleşme görüşü	2. Hukuki fiil görüşü	3. Sınırlı sözleşme görüşü
--------------------------	-----------------------	----------------------------

Genel sözleşme görüşü

Buna göre ifa, hukuki niteliği itibarıyla bir **sözleşmedir**. Bununla borçlu alacaklıya edimin ifasını önerir, alacaklı da bu öneriyi kabul ettiği takdirde ifa sözleşmesi kurulur. Taraf iradeleri birbirine uygun olmalıdır.

İfanın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi iki unsurun gerçekleşmesine bağlıdır. Birinci unsur fiili, maddi bir olgudur (yapma, yapmama, verme), ikinci unsur hukuki işlem yani akdi unsurdur (irade beyanları).

Alacaklı ifa önerisini kabul etmekle alacak üzerinde tasarruf etmiş olur. Bu nedenle, alacaklının fiil ehliyetine ve tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Borçlu da fiil ehliyetine sahip olmalıdır. İkisinden birisi fiil ehliyetine sahip değilse sözleşmenin geçerli olması için bunun kanuni temsilci tarafından yapılması gerekir. İkisinden birisi ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı ise kanuni temsilcinin izni veya onamı yeterlidir. Türk hukuku yönünden bu görüş benimsenmez.

Maddi fiil (hukuki fiil) görüşü

Buna göre ifa, hukuki niteliği itibarıyla borcu sona erdiren **maddi bir fiildir**. İfanın amaçlanan sonucu fiilen doğurması yeterlidir.

Borçlunun edim fiiliyle borçlanılan edime uygun bir sonuç meydana getirmesi, edimin borca uygun olması ifayı oluşturur.

İfa, hukuki bir işlem, bir sözleşme olmadığı için, alacaklı ve borçlunun ifaya yönelik irade beyanında bulunmalarına gerek olmadığı gibi, fiil ehliyetine ve tasarruf yetkisine sahip olmaları da gerekmez.

Sınırlı sözleşme görüşü

Hâkim görüştür. Buna göre, ifanın yalnız maddi bir fiil veya hukuki bir işlem ile yapılması arasında bir ayırım yapmak gerekir.

a. İfa, maddi bir fiil ile yapılıyorsa, borçlunun bunu ifa kastıyla yapması ve alacaklının kabul iradesiyle hareket etmesi şart değildir.

Borçlunun edimi yerine getirdiğini, alacaklının bilip anlaması yeterlidir. Borçlu, borcu gereği gibi yerine getirmişse, fiil ehliyetine sahip olmasa bile ifa gerçekleşmiş sayılır. Borçlu, çocuk veya vesayet altında bir kişi olsa bile borçtan kurtulur. Alacaklının fiil ehliyetine sahip olması şart değildir. Borçlunun tasarruf yetkisine sahip olması da gerekmez.

- b. **İfa, hukuki bir işlem ile yapılıyorsa**, ifa kastı, fiil ehliyeti ve tasarruf yetkisi yönünden durum farklıdır.
- Borçlunun ifa kastıyla hareket etmesi şarttır. Alacaklının edimi ifa kastıyla kabul etmesi şart değildir. Alacaklının kabul iradesinin varlığı yeterlidir, borçlunun edimi ifa ettiğini bilmesi yeterlidir.
 - Borçlu ve alacaklı fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının tasarruf işleminin geçerli olması kanuni temsilcinin izni veya onamına ihtiyaç gösterir.
 - Her kazandırıcı işlem bir tasarruf işlemi olduğundan borçlu tasarruf ehliyetine de sahip olmalıdır. Yoksa alacaklı devredilen malın mülkiyetini kazanamaz. Alacaklı da ifayı kabul etmekle alacak üzerinde tasarruf etmiş olur, bu nedenle tasarruf ehliyetine sahip olmalıdır.

3. İFANIN UNSURLARI:

1. İfanın konusu (içeriği)	3. İfa yeri
2. İfanın tarafları	4. İfa zamanı

İFANIN KONUSU (İÇERİĞİ)

İlke:

İfanın konusu borçlanılan edimdir. Borçlu, alacaklıya yalnız borçlanılan edimi ifa etmek suretiyle borçtan kurtulur. Alacaklı da borçludan yalnız borçlanılan edimin ifasını talep edebilir.

İfanın konusu taraflar arasında tartışmalı olduğu takdirde bu, borç ilişkisinin kaynağına, taraf iradelerine veya kanuna göre belirlenir.

Borç ilişkisini doğuran sebep taraf iradeleri veya kanundur. Taraflar sözleşmede edimi belirleyebilirler. Edimi belirleme yetkisi üçüncü bir kişiye de verilebilir. Edimi belirleme yetkisi alacaklı veya üçüncü kişiye verildiğinde, bunun geçerliliği, borçlunun kişilik haklarıyla sınırlıdır. Taraflar sözleşmede edimi belirlemezlerse kanuna göre çözülür.

Edim konusu maddi bir mal, şey olabilir. Bu şey parça veya çeşit şey olabilir. Parça borçlarında borçlu, alacaklıya belirlenen şey dışında bir şey vererek ifada bulunamaz. Çeşit borçlarında borç yalnız borçlanılan türden bir şey ile ifa edilebilir. Örneğin borç buğday ise borçlu çimento veremez, aksi halde yanlış ifa söz konusu olur. Çeşit borçlarında edimi seçme yetkisi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim ortalama nitelikten daha düşük olamaz. Ortalama nitelikten daha düşük bir şey teslim ederse ayıplı (kötü) ifa söz konusu olur.

Parça borçlarının konusunu oluşturan şey, ifadan önce yok olmuş ve borçlu da kusurlu ise TBK mad. 112'ye göre sorumlu olur. Borçlunun kusuru dışında yok olursa (kusursuz imkânsızlık), TBK mad. 136'ya göre borçlu borcundan kurtulur.

Çeşit borcunun konusunu oluşturan şey, o tür tamamen yok olmadıkça ifa imkânsızlığı olmaz.

İstisna (ifa ikameleri):

Borçlu bazı hallerde borçlanılan edim konusundan başka bir şeyle borcu ifa edebilir, bunlara ifa ikameleri denir. Bu istisnalar:

a. Seçimlik yetki:

Seçimlik yetkide borçlu veya alacaklı, asli edim yerine yedek bir edim sunmak veya talep etmek hakkına sahiptir. Burada yükümlülük değil, yetki söz konusudur. Asıl edim imkânsız hale geldiği takdirde, borç sona erer, bu takdirde alacaklı borçludan yedek edimi talep edemez.

Seçimlik yetki iradi ve kanuni seçimlik yetki olarak ikiye ayrılır. İradi seçimlik yetkiyi taraflar sözleşmeyi kurdukları sırada kararlaştırırlar. Örneğin borçlu para ödemek yerine hizmet edimi üzerinde anlaşmışlarsa iradi seçimlik yetki söz konusu olur.

b. İfa yerine geçen edim:

Taraflar sözleşmenin kurulmasından sonra, fakat ifadan önce veya ifa zamanında borçlanılan edimden **başka bir edimin** yerine getirilmesini, ifa olarak kabul edebilirler. Geçerli olması bir şekil koşuluna tabi değildir, ancak tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekir.

İfa yerine geçen edimin değer itibarıyla asıl alacaktan az veya çok olması önemli değildir. İfa yerine geçen edim tarafların iradesine dayanan bir ifa türüdür. İfa yerine geçen edim borcun yenilenmesi değildir, zira burada yeni bir borç kurulmamakta, sadece borcun konusu değişmektedir. İfa yerine geçen edim seçimlik yetki de değildir, zira burada borçlu bir yetki kullanmamaktadır. Borcun sona ermesinin sebebi, alacaklının bu yeni edimi sözleşmenin kurulmasından sonra, ifadan önce veya ifa zamanında kabul etmesidir. İfa yerine geçen edim sonunda borçlu borcundan kurtulur.

c. İfa amacıyla yapılan edim:

Burada da borç ifa edilmekle birlikte, ifa edilen edim borçlanılan ilk edim olmayıp, ifa amacıyla yapılan başka bir edimdir. Borçlu alacaklının kabulü üzerine ifa amacıyla başka bir edimi yerine getirmekte ve alacaklı bunu kabul etmekte, **paraya çevirerek** borca mahsup etmektedir. Örneğin borçlunun para borcu yerine çek vermesi ve alacaklının bunu kabul etmesi halinde ifa amacıyla yapılan edim söz konusu olur.

Burada borç, ifa amacıyla yapılan edimin yerine getirildiği anda değil, bu edimin paraya çevrilip alacaklı tatmin edildiği anda sona ermektedir. İfa yerine geçen edimden farkı budur.

Bu yöntemde alacaklı talep hakkından vazgeçmemekte, sadece borçluya yeni bir süre tanımaktadır. İfa amacıyla yapılan edim paraya çevrildiğinde, para fazla olursa fazla kısım borçluya iade edilir, az olursa aradaki farkı borçlu tamamlar.

Kısmi ifa:

Borç tamamen ifa edilmediği, miktar itibarıyla borçlanılan edimin gerisinde kaldığı takdirde, kısmi ifa söz konusu olur. Alacaklı kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir. Ancak istisnai hallerde borçlu kısmi ifada bulunabilir. Alacaklıdan hiçbir menfaati bulunmayan kısmi ifayı kabul etmesi beklenemez. Kısmi ifanın reddi alacaklı yönünden hakkın kötüye kullanılması sayılmaz, dürüstlük kuralına aykırı değildir.

Borçlanılan edimin bölünebilir edim olması sonucu değiştirmez. Parçalara ayrılması halinde, varlık ve niteliğinde veya ekonomik değerinde esaslı bir değişme meydana gelen edimlere **bölünemez edim** denir. **Bölünebilir edim**, parçalara ayrılması halinde varlık ve niteliğinde veya ekonomik değerinde bir değişme olmayan edimdir. Bölünemez edimlerde kısmi ifa mümkün değildir.

Kısmi ifa kavramı edimin bölünebilir olma özelliğine göre değil, **sözleşmenin amacına, tarafların iradelerine ve menfaatlerine göre** belirlenmelidir. Örneğin bir satış sözleşmesinde satıcı alıcıya bir traktör, iki torba çimento ve bir teneke peynir teslim etmeyi borçlanmışsa ve bunlar arasında fonksiyon ve amaç yönünden bir bütünlük yoksa kısmi ifa mümkündür.

Kısmi ifa yalnız ifa edilecek edimin miktarı ile ilgilidir, niteliği ile ilgili değildir.

Alacaklının kısmi ifayı ret hakkının şartları:

a. Edim bir **bütün olarak ifası gereken** bir edim olmalıdır.

Bölünebilir bir edim varsa ve bütün olarak ifası gerekmiyorsa alacaklı kısmi ifayı kabul zorundadır. Sözleşmede birçok edim varsa ve fonksiyonel bir bağ yoksa bölünemez edimden söz edilemez.

b. Borcun **tamamı muaccel olmalıdır**. Borçlu muaccel olmayan kısmi ifa edebilir.

c. Borcun **tamamı çekişmesiz olmalıdır**. Borçlu çekişmesiz kısmi ifa edebilir.

Kısmi ifayı kabul yükümlülüğü:

a. **Sözleşme** kısmi ifaya izin vermelidir.

b. **Edimin niteliği** kısmi ifaya elverişli olmalıdır. Edimin niteliği ifanın bir defada yapılmasına imkan vermezse, alacaklı kısmi ifayı kabul etmek zorundadır.

c. **Dürüstlük kuralı** kısmi ifaya izin vermelidir.

d. **Ticari teamül** kısmi ifaya izin vermelidir.

e. Borçlu borcun bir kısmına itiraz etmişse, alacaklı **kalan kısmı** almak zorundadır.

f. **İİK** kısmi ifaya izin vermelidir.

g. **Kefalet hukukuna** göre alacaklı kısmi ifayı kabul zorunda olmalıdır.

h. **TTK'na** göre çek ve poliçe alacaklısı kısmi ifayı kabul zorundadır.

Kısmi ifanın sonuçları:

- Kısmi ifa, borcun ifa edilen kısmını sona erdirir. İfa edilmeyen kısım varlığını devam ettirir.
- İfa edilmeyen kısım muaccel ise borçlu kısmi temerrüt durumuna düşer.
- Alacağın tamamı için olan teminat, kısmi ifadan sonra da geri kalan kısmın teminatını oluşturur.

İFANIN TARAFLARI

İfanın iki tarafı vardır. İfanın aktif tarafı kendisine ifa yapılacak kişi, pasif tarafı ise ifayı yapacak kişidir.

1. İfada bulunacak kişi:

TBK mad. 83'e göre borçlu borçlanılan edimi şahsen ifa etmek zorunda değildir. Buna "**ifanın gayri şahsiliği ilkesi**" denir. Borçlu yerine üçüncü kişi de ifada bulunabilir. Bu tür edimler aslında misli edimlerdir. TBK mad. 83'ün olmasının sebebi, alacaklı için önemli olan husus borcun ifası olup, bunun kim tarafından ifa edileceği değildir.

İfanın gayri şahsiliği ilkesinin istisnasını, edimin borçlu tarafından şahsen ifa zorunluluğu oluşturur. Şahsen ifa zorunluluğu, edimin ifasında borçlunun kişiliğinin alacaklı için önem taşıdığı borç ilişkilerinde söz konusu olur. Taraflar sözleşmede, kişisel ifa yükümlülüğünün bulunmadığı bir edimin borçlu tarafından şahsen ifasını veya yükümlülüğün bulunduğu bir edimin tam aksini öngörebilirler.

Kişisel ifayı gerektiren edimler yerine getirilirken borçlunun yetenek ve bilgisine gerek olmayan yerlerde yardımcı kişilerin hizmetlerinden yararlanılabilir.

İfada üçüncü kişinin rolü

Üçüncü kişi, borçlunun edimini yerine getirirken **ifa kastıyla hareket** etmesi gerekir.

♥ Borçlunun bilgisi ve izni ile yapılan ifa

Üçüncü kişi, borçlunun bilgisi ve izni içinde maddi bir edimi ifa edebilir.

İfayı kendisinin veya borçlunun mal varlığından yapabilir.

İfa genellikle fiili nitelikte olduğundan üçüncü kişinin temsil yetkisine sahip olması şart değildir. İfa hukuki bir işlemin yapılmasını gerektiriyorsa temsil yetkisi olmalıdır.

♥ Borçlunun bilgisi ve iradesi dışında yapılan ifa

Üçüncü kişi, borçlunun bilgisi ve izni dışında onun borcunu ifa edebilir. Böyle bir ifa borçluyu borçtan kurtarır.

Üçüncü kişinin borcun ifasında ekonomik bir menfaati bulunabilir. Borçlu için **üç ihtimal**;

→ Borçlu üçüncü kişinin ifasına karşı çıkmaz.

→ Borçlu üçüncü kişinin ifasına karşı çıkar, ancak alacaklı kabul eder, borçlu borçtan kurtulur.

→ Borçlu üçüncü kişinin ifasına karşı çıkar, alacaklı da kabul etmez. Üçüncü kişinin girişi sonuçsuz kalır. Ancak üçüncü kişinin borcun ifasında doğrudan bir menfaatinin bulunması halinde, alacaklı ve borçlunun karşı çıkmasına rağmen borcu ifa edebilir.

Üçüncü kişinin ifasının sonuçları

♥ Alacaklı ile borçlu ilişkisi

→ Üçüncü kişinin ifası borçluyu borçtan kurtarır. Ancak borçlu edimi hangi şekilde yapmak zorundaysa, üçüncü kişinin de o şekilde ifa etmesi gerekir.

→ Üçüncü kişi edimin tamamını ifa etmelidir.

→ Götürülecek bir borç ise, borcu alacaklının ikametgâhında ifa etmelidir.

→ Alacaklı üçüncü kişinin sunduğu kısmi ifayı kabul zorunda değildir.

→ Üçüncü kişinin ifasıyla borç sona erince teminatlar da sona erer.

→ Alacaklı üçüncü kişinin ifa ikamelerini kabul zorunda değildir.

→ İfayı üçüncü kişi yapmış olsa bile, alacaklı borçlandığı karşı edimi üçüncü kişiye değil, sözleşmenin diğer tarafına yapmak zorundadır.

→ Üçüncü kişi ifa yardımcısı sıfatıyla edimi ifa ederken alacaklıya zarar verdiği takdirde, borçlu sorumlu olur. Üçüncü kişi borçlunun bilgisi dışında ifada bulunur ve alacaklıya zarar verirse borçlu sorumlu olmaz.

♥ Üçüncü kişi ile borçlu ilişkisi

→ **Kanunda halefiyet hükmü yoksa hukuki ilişkiye bakılır.**

• **İfa yardımcısı** olarak ifada bulunmuşsa hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanır.

• **İkame kişi** olarak hareket etmişse vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır.

• **Bağışlama kastıyla** hareket etmiş ve borçlu kabul etmişse herhangi bir talepte bulunamaz.

• **Borçlu menfaatine** yapılan ifa niteliği varsa, vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır.

• **Borçlunun izni dışında** ifa varsa, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde borçlu hakkında sebepsiz zenginleşme söz konusu olur.

→ **Kanunda açık hüküm varsa halefiyet hükümleri uygulanır.**

• Borçlu sadece alacaklıya karşı borçtan kurtulur, üçüncü kişiye karşı sorumluluğu devam eder. Üçüncü kişi alacaklının yerine geçer, buna kanuni devir denir.

Halefiyet; üçüncü bir kişinin borçlunun edimini, alacaklıya ifa ederek onun yerine geçmesi, onun borç ilişkisinden doğan asli ve ferî haklarına halef olmasıdır. Akdi ve kanuni halefiyet olarak ikiye ayrılır. TBK'da kanuni halefiyet tanınmış olup akdi halefiyet yer almamıştır. Bu nedenle alacak akdi işlemle üçüncü kişiye geçirilmişse burada halefiyet değil, alacağın devri söz konusu olur. Halefiyette borç ortadan kalkmaz, üçüncü kişiye geçer.

→ **Borçlunun iradesine dayana halefiyet**

Üçüncü kişinin ona halef olacağı borçlu tarafından alacaklıya bildirildiği takdirde, üçüncü kişi ifada bulunduğu oranda alacaklıya halef olur. Bu bildirim ifadan önce veya en geç ifa esnasında yapılmalıdır, geçerliliği herhangi bir şekil koşuluna tabi değildir. Bildirim borçlunun tek taraflı, alacaklıya varması gerekli bir irade beyanıdır. Ancak halefiyet için bildirim yeterli olmayıp aynı zamanda üçüncü kişinin alacaklıyı tatmin etmesi gerekir.

→ **Kanuna dayanan halefiyet**

• **Üçüncü kişinin hukuki bir yükümlülüğü yoksa**

Üçüncü bir kişi, başkasının borcu için rehin ettiği şeyi, borcu ifa etmek suretiyle rehinden kurtardığı takdirde, kanun icabı alacaklının halefi olur. Burada üçüncü kişi ifayı sadece kendi yararına (rehinden kurtarmak için) yapmaktadır. Bu maddenin uygulanması için;

- ✓ Başkasına ait bir borç olmalıdır.
- ✓ Üçüncü kişinin ifa edeceği borç için bir rehin kurulmuş olmalıdır.
- ✓ Üçüncü kişinin rehin edilen şey üzerinde aynı hak sahibi olmalıdır.
- ✓ Üçüncü kişi alacaklıyı tatmin etmiş olmalıdır.

• **Üçüncü kişinin hukuki bir yükümlülüğü varsa**

Örneğin kefalet, sigorta veya müteselsil borçta kefil, sigortacı veya müteselsil borçlu ifada bulunan kişi olarak alacaklının halefi olurlar.

→ **Halefiyetin hüküm ve sonuçları**

Borcu ifa eden üçüncü kişi, kendiliğinden alacaklının yerine geçer, onun halefi olur.

- Üçüncü kişi borçlunun alacaklısı olur.
- Borç bütün unsurlarıyla devam eder.
- Borçlu alacaklıya borçla ilgili belgeler vermişse, alacaklının bu belgeleri üçüncü kişiye teslim etmesi gerekir.
- Üçüncü kişinin ifası borçluyu ilk alacaklıya karşı borçtan kurtarır.
- Üçüncü kişi borcun bir kısmını ifa etmişse kısmi halefiyet söz konusu olur.
- Kısmi ifa ve halefiyette iki alacaklı olur.

2. İfa yapılacak kişi:

a. Kural: Alacaklının şahsına ifa

- Borcun sona ermesi alacaklının tatmin edilmesine bağlıdır. İfa alacaklıya veya temsilcisine yapılmalıdır. Borçlu ifayı başkasına yaparsa ifada bulunmuş olmaz, borç sona ermez.
- Alacaklının kabule yetkili vekil veya temsilcisine yapılan ifa, alacaklıya yapılmış sayılır.
- Alacaklı fiil ehliyetine sahip değilse, borçlu kanuni temsilciye ifada bulunur.
- Alacaklı iflas etmişse ifa, iflas masasına yapılmalıdır.
- Alacaklının alacaklısı temsilci sayılmaz. Bu kişiye yapılan ifa borçluyu kurtarmaz.
- Yetkisiz üçüncü kişiye yapılan ifa borçluyu borçtan kurtarmaz. Ancak alacaklı sonradan icazet verirse, borçlu borçtan kurtulur.
- Alacaklının ifaya katılması bazen gerekli, bazen de gereksiz olabilir. Yapmama edimlerinde ve bazı yapma edimlerinde alacaklı borcun ifasına katılmaz. Bazı yapma edimlerinde alacaklının ifaya katılması, borçluya göstermesi gerekebilir.
- Borçlunun ifa niyeti ve ifaya hazır olması ifanın gerçekleşmesi için yeterli değildir. Alacaklının bunları almaya hazır olmasına, hatta katılmasına bağlıdır.

b. İstisna: Üçüncü kişiye ifa

Borçlunun üçüncü kişiye ifa yükümlülüğü **kanundan, sözleşmeden, alacaklının talimatından** ya da **hâkim hükmünden** doğabilir.

- Hacizli borçlu haciz ihbarından sonra ancak icra memurluğuna ifada bulunabilir. İflas halinde ifa, iflas idaresine yapılmalıdır.
- Tam üçüncü kişi yararına sözleşmeyle borçlu, üçüncü kişiye ifada bulunmak zorundadır, üçüncü kişi de borçludan lehine kararlaştırılan alacağı isteme hakkına sahiptir.
- Koca aile vazifelerini ihmal ederse hâkim, karı kocanın borçlularına borcu tamamen veya kısmen kariya ödemelerini emredebilir. Bu durumda borçlu kocaya ifada bulunursa geçersizdir.

Borçlunun **üçüncü kişiye ifada bulunma hakkı** alacaklının verdiği yetki gereği (örneğin banka hesabına ödenmesine yetki verilmesi) veya kanun gereği (kimin alacağı çekişmeli olan bir alacağın mahkemenin göstereceği yere borçlu tarafından tevdi edilmesi) olabilir.

İFA YERİ

Borçlanılan edimin yerine getirilmesi gereken yere **ifa yeri** denir. İfa yerinin **önemi**;

- **Gereği gibi ifa için**, borçlunun borçlanılan edimi ifa yerinde yerine getirmesi gerekir.
- **Borçlu** edimi ifa yerinde yerine getirmediği takdirde alacak muaccel ise **mütemerrit duruma düşer**.
- **Alacaklı** da ifa yerinde ifayı kabul etmediği takdirde **mütemerrit olur**.
- İfa yeri, **tevdi yerini** belirleyecek **hâkimin tespiti yönünden** önemlidir.
- Ödenecek **tazminatın tespitinde** ifa yerindeki piyasa fiyatı esas alınır.
- İfa yeri, ifa yerinden başka yere gönderilen taşınır mal satımında **yarar ve hasarın geçmesi** bakımından önemlidir.

İfa yerinden amaç, **edim fiilinin son aşamasının gerçekleştirildiği** yerdir. İfa yerini, edim sonucunun gerçekleştiği yerden ayırmak gerekir. İfa yeri ile edim sonucu çoğunlukla aynı yeri ifade eder. Örneğin **aranacak ve götürülecek borçlarda** durum böyledir. Para borçlarında alacaklının yerleşim yerinde; parça borçlarında sözleşmenin kurulduğu anda mal nerede bulunuyorsa orada ifa gerçekleşir ve bu hallerde ifa yeri ile sonuç yeri aynı yerdir. **Gönderilecek borçlarda** bu iki yer farklıdır. Bu borçlarda ifa yeri gönderme yeri iken, edim sonucu yeri varma yeridir. Borçlu gönderdiği yerde ifada bulunmuştur, alacaklının eline geçtiği yer ifa yeri değildir.

İfa yeri, taraflardan birinin yerleşim yeri olursa, bu yer TMK mad. 19 ve devamına göre belirlenir. İfada bulunulacak yerleşim yeri yoksa ifa oturduğu yerde yapılır. Tüzel kişinin yerleşim yeri tüzüğünde gösterilir, gösterilmemişse ifa yeri yönetildiği yerdir.

İfa yerinin birden çok olması halinde seçimlik ifa yeri söz konusu olur. Taraflar yer seçimini alacaklı veya borçluya bırakabilirler. Müteselsil borçlarda ifa yeri, müteselsil borçlulardan her birinin yerleşim yerine göre belirlenir. Kefalette de kefil için bağımsız bir ifa yeri söz konusu olabilir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her birinin borcunun ifa yeri farklı olabilir.

İfa yerinin belirlenmesi

İfa yeri TBK mad. 89'da gösterilmiştir. Tarafların iradesine, edimin niteliğine/durumun gereğine veya kanuna göre belirlenir.

a. Tarafların iradesine göre

Borcun ifa yeri, **tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir**. Ancak bunun geçerliliği TBK mad. 26-27 ile TMK mad. 2 ve 23'e uyulmasına bağlıdır. Yani emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı ve imkânsız olmamasına bağlıdır.

Taraflar, ifa yerini sözleşme yaptıkları sırada kararlaştırabilirler, sözleşmenin kurulmasından sonra değiştirerek yeni bir ifa yeri belirlemeleri de mümkündür. İfa yerini belirleme yetkisi, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflardan birine verilebilir.

b. Edimin niteliğine/durumun gereğine göre

Bazı edimler nitelik ve özellikleri itibarıyla ancak belirli bir yerde ifa edilebilirler. Örneğin bir **taşınmaz üzerinde** yapılacak binaya ilişkin eser sözleşmesinin ifa yeri, taşınmazın bulunduğu yerdir; **hizmet sözleşmesinde** işverenin gösterdiği yerdir.

Saklama sözleşmesinde saklatan, şeyi teslim ettiği yerde geri alır. **Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar**, para borcu oldukları için alacaklının ikametgâhında ifa edilir.

Taraflar ödemenin **posta çeki veya banka hesabına** yapılmasını kararlaştırmışlarsa, ifa yeri, bu hesabın bulunduğu yerdir.

Borçlunun seçimlik ödeme yetkisine sahip olması halinde hesaba ödeme yükümlülüğü yoktur, dilerse nakden de ödemedi bulunabilir.

c. Kanuna göre

İfa yeri hakkında bir sözleşme bulunmadığı veya işin mahiyetinden bu yer anlaşılmadığı takdirde, bu konuda bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığına bakılır. Örneğin TBK mad. 566 uyarınca, saklama sözleşmesine göre saklanan şey, saklandığı yerde geri verilir.

Para borçlarında ifa yeri

Para borçlarında ifa yeri alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yeridir. Alacaklı borcun doğumundan sonra yerini değiştirmişse, borçlu edimi yeni yerleşim yerinde ödemek zorundadır. **İfa yerinin hareketliliği ilkesi** denir. Yeni yerleşim borçluyu zora sokuyorsa, eski yerleşim yerinde ifa edebilir.

Para borçları nakit, banka veya posta çeki hesabına yatırma, kıymetli evrak tanzimi veya havale suretiyle ödenebilir. Para borçlarında götürme, bir edim fiili olduğu için taşıma veya havale masrafları borçluya aittir, telef veya kaybolma tehlikesi de borçluya aittir, gecikme riskini de borçlu taşır.

Yatırılan paranın banka tarafından alacaklının hesabına geçirildiği anda ifa yapılmış olur.

Ödemenin kıymetli evrak ile yapılması halinde, bunların en geç ifa zamanında tahsil edilebilecek şekilde düzenlenip alacaklıya teslim edilmesi gerekir.

Alacaklının yetkili temsilcisine yapılan ödeme alacaklıya yapılmış sayılır ve borçtan kurtulmuş olur.

Ancak borcun posta havalesiyle ödenmesi halinde, postane alacaklı temsilcisi olmadığı için, oraya yatırılan para alacaklıya ödenmiş sayılmaz.

Parça borçlarında ifa yeri

Bu şeyin sözleşmenin yapıldığı anda bulunduğu yer, ifa yeridir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, taraflar şeyin borçlunun yerleşim yerinden başka bir yerde bulunduğunu bilmeleri gerekir.

İade borçlarında da ifa şeyin bulunduğu yerdir.

Diğer borçlarda ifa yeri

Bu borçlarda ifa yeri, bunların doğdukları sırada borçlunun yerleşim yeridir. Bu tür borçlarda alacaklı, borçlanılan edimi borçlunun yerleşim yeri/işyerinden almak zorundadır. Borçlunun ifa edilecek edimi yerleşim yerinde hazır bulundurması yeterlidir. Şeyin yükletilme ve taşınması alacaklıya aittir.

İfa yerine göre borçların sınıflandırılması

a. Aranacak borçlar

Borçlunun yerleşim yeri/işyerinde ifa edilir. Alacaklı, edimi borçlunun yerleşim yeri/işyerinden almak zorundadır. Borçlunun edimi hazır bulundurması yeterlidir. Şeyin yükletilme ve taşınması alacaklıya aittir. Para ve parça borçları dışında kalan borçlar aranacak borçlar sınıfına girer.

b. Götürülecek borçlar

Para borçları başlıca örnektir. Borçlu, şeyi **alacaklının yerleşim yeri/işyerine** götürmek zorundadır. Götürme masrafları, gecikme riski, telef olması, hasar borçluya aittir.

c. Gönderilecek borçlar

Bu borçlarda ifa yeri, borçlanılan edimi **gönderme yeridir**. Borçlu borçlanılan şeyi normal taşıma ve ulaştırma araçlarıyla alacaklının bulunduğu veya gösterdiği yere gönderme yükümlülüğü altına girmişse, tehlike ve hasar alacaklıya aittir. Örneğin satış sözleşmesinde durum böyledir.

Bu borçlar aranacak ve götürülecek borçlar arasında yer alır. Bu borçlar ya borçlunun yerleşim yeri/işyerinde ya da şeyin bulunduğu yerde ifa edilir.

İFANIN ZAMANI

İfa zamanı TBK mad. 90-98'de gösterilmiştir, düzenleyici hükümlerdir, taraflar aksini kararlaştırabilirler. Öncelikle tarafların kararları uygulanır, tarafların ifa zamanı ile ilgili bir anlaşmaları yoksa kanun hükümleri uygulanır. İfa zamanı **iki anlamda** kullanılır.

♥ İlk olarak, alacaklının borçludan ifayı isteyebileceği, bu amaçla dava açabileceği, borçlunun da edimi ifa zorunda olduğu zamanı ifade eder. Buna **borcun muaccel olduğu zaman** denir.

Alacağı talep hakkı, borcun muaccel olduğu anda doğar. **Alacak hakkı** borç ilişkisinin kurulduğu anda doğduğu halde, **talep hakkı** ancak borcun muaccel olduğu anda doğar. Alacaklı, borç muaccel olmadan ifayı isteyemez. Muacceliyet anından önce edim istenemez ve dava edilemez.

♥ İkinci anlamda, borcun borçlu tarafından ifa edilebileceği anı gösterir. Buna **borcun ifa edilebilirliği** denir. Burada borçlunun yetkisi söz konusudur. Borçlunun ifa zamanına kadar bir seçim hakkı vardır. Bu hak nedeniyle borçlu dilerse önceden de edimi ifa edebilir, bu takdirde erken ifa söz konusu olur. İfa edilebilir bir edimi ifa amacıyla sunan borçlunun bu edimini, alacaklı haklı bir sebep yokken kabulden kaçınırsa mütemerrit olur.

Borcun ifa zamanı vade ya da süre ile belirlenir. **Vadede ne zaman** sorusuna cevap verilir. **Sürede ne zamana kadar** sorusuna cevap verilir.

İfa zamanının belirlenmesi

TBK mad. 90'a göre **kural**, borcun doğduğu anda muaccel olması, ifanın **hemen** talep edilebilmesidir. **İstisna** ise, borcun bir **vade veya süreye** bağlı olmasıdır. Uyuşmazlıkta istisnayı iddia eden ispatlar.

a. Süreye bağlı borçlarda ifa zamanı

1) İfa zamanının taraflarca belirlenmesi

Taraflar sözleşme yaparken ifa zamanını belirleyebilirler. Borç ancak bu zamanın dolmasıyla muaccel olur. Taraflar, ifa zamanını **mutlak veya nispi** olarak belirleyebilirler.

- **Mutlak olarak belirlenmesi:** Belirli bir zaman ölçüsüne dayanır, bir tarih veya takvim günü esas alınır. "Bu ayın, bu yılın sonunda" deyimleri örnek gösterilebilir.
- **Nispi olarak belirlenmesi:** Kesin bir tarih veya takvim günü belirlenmez, daha çok bir olay veya durum göz önünde bulundurulur. "Borçlunun ölümünde, inşaatın tamamlanmasında" deyimleri örnek gösterilebilir.

Vade **olağan**, **belirli** ve **kesin vade** olarak üçe ayrılır.

Olağan vade: Borcun muaccel olduğu, alacaklının edimi talep edebildiği, borçlunun da bunu ifa etmek zorunda olduğu zamanı gösterir. **İhbara bağlı işlemler** denir, borçlu otomatik mütemerrit olmaz, alacaklının ihtarda bulunması gerekir.

Belirli vade: Yalnız borcun muaccel olduğu zamanı değil, aynı zamanda borçlunun borcu ifa etmemesi halinde alacaklının ihtarına gerek kalmaksızın kendiliğinden mütemerrit duruma düşeceği zamanı ifade eder. **Belirli vadeli işlemler** denir.

Kesin vade: Bu tür vadenin dolmasıyla borçlu ihtara gerek olmaksızın mütemerrit olur, ayrıca alacaklı edimin kabulünden kaçınabilir ya da sözleşmeden dönebilir.

2) İfa zamanının işin niteliğine göre belirlenmesi

İfa zamanının bu yolla belirlenmesi sadece sözleşmeden doğan borçlarda mümkündür. Örneğin bir törenin filme alınması sözleşmesinde, edim ancak tören yapıldığı anda ifa edilebilir.

3) İfa zamanının kanunla belirlenmesi

Taraflar, sözleşmede kararlaştırmamışlarsa, kanun hükmü uygulanır.

b. Süreye bağlı olmayan borçlarda ifa zamanı

TBK mad. 90'a göre, ifa bir süreye bağlanmamışsa ifa hemen istenebilir, borçlu borcunu hemen ifa edebilir. Süreye bağlanmamış borçlar doğdukları anda muaccel olurlar.

İfa zamanını uzatma sözleşmesi

- Taraflar ifa zamanını sonradan uzatabilirler, muaccel olan borcun ifa zamanını da yeni bir sözleşmeyle uzatabilirler (TBK mad. 95). Uzatma, erteleme veya süre verme denilir ve bu uzatma sözleşmesiyle yapılır. Alacaklı uzatma süresi içinde alacağı talep edemez, burada geçici bir feragat söz konusudur.
- Alacaklı bundan dilediği zaman tek taraflı olarak dönemez.
- Uzatma sözleşmesi asıl sözleşme şekle bağlı değilse, hiçbir şekle tabi değildir.
- Uzatma sözleşmesinin geçerliliği, tarafların fiil ehliyetine sahip olmalarına ve irade beyanlarının karşılıklı ve uygun olmasına bağlıdır. Ayrıca süre veren taraf tasarruf ehliyetine sahip olmalıdır.
- Uzatma açık veya örtülü kararlaştırılabilir.
- Uzatma bir kanun hükmüne dayanırsa sözleşme yapmaya gerek yoktur.
- Uzatma hâkim kararıyla da verilebilir.
- Uzatma bir def'i değil itirazdır, ileri sürülmese bile hâkim re'sen göz önünde tutar.
- Uzatma esnasında borçlu temerrüde düşmez ve faiz ödemez.
- Uzatma borçlunun temerrüde düşmesinden sonra yapılmışsa, alacaklının faizden vazgeçmesi anlaşmaya bağlıdır.
- Uzatma süresi sona erince borç muaccel olur, zamanaşımı işlemeye başlar.

Erken ifa

- Borçlu edimi muaccel olmadan da ifa edebilir, buna **erken ifa yetkisi** denir.
- Erken ifa süreli borçlarda söz konusu olur.

- Alacaklı, erken ifaya yetkili borçlunun ifa teklifini reddederse mütemerrit olur.
- Faizli borçların erken ifa edilmesinde, borçlu ifada bulunduğu andan itibaren faiz borcundan kurtulur.
- Erken ifada bulunan borçlu, alacaklıdan bir indirimde bulunmasını isteyemez. Taraflar anlaşılırsa indirim yapılabilir.
- İfanın vaktinde yapılması alacaklı yararına sonuçlar doğuruyorsa, borçlu erken ifada bulunamaz. TBK mad. 96'ya göre **erken ifanın yapılamayacağı haller:**

♥ Sözleşme hükümleri ve niteliği

Taraflar belirli bir vade kararlaştırmışlarsa, erken ifa yapılamaz. Örneğin faizli ödünç sözleşmelerinde alacaklı faiz elde edeceği için erken ifayı reddedebilir.

♥ Durumun gereği

Örneğin odun ve kömürün Ekim'de teslim edilmesi kararlaştırmışlarsa, Haziran'da ifasının teklif edilmesi, alacaklı aleyhine sonuç doğurur.

♥ Kanun hükümleri

Örneğin alacaklının, poliçe alacağını borçlunun erken ifa etmek istemesi halinde ret hakkı vardır.

Vade ve sürenin hesaplanması

TBK mad. 91 ve 92'ye göre;

- **Ayın başı veya sonu** kararlaştırmışlarsa, bundan ayın birinci ve sonuncu günü anlaşılmalıdır. **Ayın ortası** sözünden ise ayın on beşi anlaşılır.
- Süre **gün ile** belirlenmişse, sözleşmenin yapıldığı gün sayılmayarak borç öngörülen sürenin son günü muaccel olur (örneğin vade olarak 7 gün verilmişse).
- Süre **hafta ile** belirlenmişse borç son haftanın sözleşmenin yapıldığı güne ismen uyan gününde muaccel olur.
- Süre **ay ile veya yıl**, yarıyıl ve yılın dörtte biri gibi bir zaman ile belirlenmişse sözleşmenin yapıldığı gün ayın kaçı ise son ayın buna tekabül eden günü borç muaccel olur. Son ayda tekabül eden gün yoksa borç son ayın son günü ifa olunur.

TBK mad. 95'e göre uzatma yapılmışsa;

- Yeni süre, eski sürenin sona erdiği günü takip eden birinci günden başlar.
- Taraflar sözleşmede eski sürenin yerine yeni bir süre öngörebilecekleri gibi eski sürenin uzatılması da olabilir.

İş günlerinde ve iş saatlerinde ifa yükümlülüğü

İş günlerinde: TBK mad. 93'e göre; pazara veya bir tatil gününe gelen vade, kendiliğinden, takip eden ilk tatil olmayan güne geçer. Aksine sözleşme yapılabilir.

- Bu madde özellikle yapma edimlerinde kullanılır, yapmama edimlerinde uygulanması söz konusu olmaz.
- Bu maddenin irade beyanlarına ve hukuki işlem benzeri fiillere (örneğin ihbar) kıyas yoluyla uygulanması mümkündür.
- Bu madde zamanaşımı süresinin hesaplanmasında da (örneğin zamanaşımı süresinin son günü tatil gününe geliyorsa) uygulanır.
- Bu madde poliçe, çek, bono ve icra hukukunda da uygulanır.
- Buna karşılık bu durum, borçlunun borcunu artırıyor ise bu madde uygulanmaz, vade tatil gününü izleyen ilk iş gününe geçmez.

İş saatlerinde: TBK mad. 94'e göre; borç kararlaştırılan günde iş saatleri esnasında ifa ve kabul edilmelidir, aksine sözleşme yapılabilir. Örneğin taraflar ifanın akşam yapılmasını kararlaştırabilirler.

- Somut olayın özelliği gerektirebilir. Örneğin bir iş yerinin temizlenmesi iş saatleri dışında olabilir.
- İş saatleri, her iki tarafın yaptığı mesleğe, teamüllere ve ifanın yapılacağı yere göre belirlenir. Her iki taraf için aynı iş saatinin geçerli olması şart değildir.
- Özel işyerleri ile resmi iş yerlerinin iş saatlerinin farklı olması mümkündür.
- Aranacak borçlarda borçlunun, götürülecek borçlarda alacaklının tabi olduğu iş saatlerinde ifa yapılır.
- Borçlunun iş saatleri içinde ifayı yapmaması borçlu temerrüdünün; alacaklının ifayı kabul etmemesi ise alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesine neden olur.

4. **PARÇA VE ÇEŞİT BORÇLARININ İFASI:** (SAYFA 980)

Parça borçlarında borçlunun borçlandığı edimin konusu, taraflarca bireysel nitelik ve özellikleriyle sözleşmede tam olarak belirlenir. Bu tür borçlarda edimin konusu, sözleşme yapılırken, taraflarca diğer şeylerden tam olarak ayırt edilmişse, bu tür borca **parça borcu**, **bireysel olarak belirlenmiş borç** denir.

Buna karşılık, taraflar sözleşmede edim konusu şeyi, sadece genel nitelikleriyle belirlemiş olabilirler. Burada edimin konusu, bireysel nitelik ve özelliklerine göre kesin olarak gösterilmemektedir. Bu tür borçlara da **çeşit borcu**, **cins borcu** veya **çeşidiyle belirlenmiş borç** denir.

Çeşit borçlarının konusu genellikle **misli şeylerdir**, yani nitelikleri itibariyle aynı olan veya biri diğerinin yerine konulabilen, sayılabilen, ölçülebilen veya tartılabilen taşınır şeylerdir. Buna karşılık nitelikleri itibariyle diğer şeylerden farklı olan, biri diğerinin yerine konulamayan eşyaya **misli olmayan eşya** denir.

Misli olmayan şeyler genelde parça borçlarının, misli şeyler ise çeşit borçlarının konusunu oluşturur. Ancak misli şeyler de bazen parça borçlarının konusunu oluşturabilir. Nitelikleri itibariyle belirli şeylerin çeşit borçlarına konu teşkil etmesi de mümkündür. Örneğin Picasso'nun üç tablosu denilince belirli tablolar değil, herhangi üç tablo anlaşılır.

Parça ve çeşit borcu arasındaki ayrım tamamen **sübjektiftir**. Oysa misli ve misli olmayan şey arasındaki ayrım tamamen **objektiftir**, iş çevrelerindeki genel anlayışa göre belirlenir.

Çeşit borçlarında borçlu, edim konusu şeyi, bazen belirli bir stoktan vermeyi borçlanabilir. Bu tür çeşit borçlarına **stok borcu** veya **sınırlı çeşit borcu** denir.

PARÇA VE ÇEŞİT BORCU AYRIMININ HUKUKİ SONUÇLARI

İFA SORUNU
Parça borçlarında borçlu, bu belirli şeyi ifa etmedikçe borcundan kurtulamaz. Alacaklı da yalnız bu şeyi istemek hakkına sahiptir. Çeşit borçlarında borçlu, borçlanılan türe dahil nitelik ve miktarda şeyi ifa ederek borcundan kurtulur. Sözleşme kurulurken çeşit borcunun konusu olan şeyin borçlunun elinde bulunup bulunmamasının önemi yoktur. Önemli olan ifa anında şeyin miktar ve niteliğinin uygun olmasıdır. Miktar belli edilmemişse gerekli belirlilik yok demektir. Buna karşılık niteliğin kesin belirtilmesi şart değildir. Nitelik yaklaşık olarak gösterilmişse, bu yeterlidir. İfa edilecek edimin niteliği iş çevresi gibi diğer durumları, gelenekleri göz önünde tutarak veya sözleşmeyi yorumlayarak tayin edilebilir. Borçlanılan edim yalnız çeşidiyle belirlenmişse, o şeyin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlu ortalama nitelikten daha düşük bir edim seçip veremez, vermişse alacaklı ifayı reddedebilir. Parça borçlarında edim tek olduğundan seçim söz konusu değildir. Seçme yetkisi kural olarak borçluya aittir. Ancak taraflar seçme yetkisini alacaklı veya üçüncü kişiye de bırakabilirler. Seçme yetkisi alacaklıya verilirse, alacaklı söz konusu çeşitten dilediği parçayı seçebilir ki, bu da borçlunun alacaklının keyfine bağlı olması sonucunu doğurur. Çeşit borçlarında borçlu seçimi yaptığı anda, borç parça borcu haline dönüşür. Borçlunun borçtan kurtulması için seçtiği şeyi ifa etmesi gerekir.
HASAR SORUNU
Parça borçlarında edim, henüz ifa edilemeden borçlunun kusuru dışında yok olursa (kusursuz imkansızlık) borçlu borcundan kurtulur. Çeşit borçlarında ve sınırlı çeşit borçlarında da aynı kural geçerlidir. TBK mad. 136/1'e göre borçluya yüklenemeyen durumlar yüzünden borcun ifası imkansız hale gelirse borç sona erer. TBK mad. 136/2'ye göre karşılıklı borçları içeren sözleşmelerde bu şekilde borcundan kurtulan borçlu, diğer taraftan karşı edimi ifa etmesini ilke olarak isteyemez, almış olduğu şeyleri de sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri vermek zorundadır. Bu madde sonraki kusursuz imkansızlık halinde hasarın borçluya ait olduğu hükmünü koymaktadır. Nitekim TBK mad. 208/1'e göre taşınır satış sözleşmelerinde hasar satılanın zilyetliğinin devrine, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya aittir. Kanunen hasarın alacaklıya ait olduğu belirtilen durumlar bu hükmün dışındadır. Örneğin TBK mad. 208/3'e göre satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer. Ayrıca alıcı satılanı devralmada temerrüde düşerse, devir olmuş gibi hasar alıcıya geçer. Taraflar sözleşmede hasarın kime ait olacağı hususunda hüküm koyabilirler.

5. SEÇİMLİK BORÇLARIN İFASI:

TBK mad. 87'ye göre, birden çok edimi içine almakla birlikte, borçlunun bunlar arasından seçeceği bir tek edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu borca **seçimlik borç** denir.

Seçimlik borçların özelliği; borç başından itibaren mevcuttur. Fakat birden çok edim olduğu için, yerine getirilecek edim belli değildir. Yetkili kişi, seçim hakkını kullanmakla bu edimlerden biri kesin olarak borcun konusunu oluşturur, diğer edimler ortadan kalkar. Borçlu bu edimi yerine getirirse borç sona erer.

Seçimlik borç, koşula bağlı borç değildir. **Seçimlik borçta** borç ilişkisi kurulmuştur. Oysa **koşula bağlı borçlarda** borcun doğması için koşulun gerçekleşmesi gerekir.

Seçimlik borç, çeşit borçlarından şu noktalarda ayrılır. **Çeşit borcunda** edim konularının tamamı aynı çeşit içinde yer alırken, **seçimlik borçlarda** edimler çeşitli nitelikte olabilir. Örneğin edimlerden biri parça, diğeri çeşit borcu olabilir. Seçimlik borçlarda genel nitelikli herhangi bir şey değil, birden çok belirli şeyden biri borçlanılmıştır.

Edimlerdeki farklılık edimin konusunda olabildiği gibi, yerine getirilme tarzında da olabilir.

Seçimlik borcu oluşturan edimlerin eşit değerde olması da gerekmez.

Bir seçimlik borcun varlığını kabul etmek için seçimin taraflardan birine bırakılmış olması gerekir. Taraf iradeleri dışında bir olay veya duruma seçim bağlanmışsa ortada bir seçimlik borç yoktur. Örneğin borcunu ifa etmeyen borçludan, alacaklının tazminat talep etmesi borç ilişkisine seçimlik borç niteliği vermez, burada asli yükümlülük tali yükümlülüğe dönüşmüş olur.

SEÇİM HAKKI

Tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla kullanılan yenilik doğuran bir haktır. İrade beyanı karşı tarafa varmakla kendiliğinden sonuç doğurur, borcun konusu tek bir edim halinde kesinleşir. Seçim beyanı geçmişe etkili sonuçlar doğurur.

Seçim hakkı değiştirici yenilik doğuran haklar grubuna girer. Bu hakkın kullanılmasıyla mevcut hukuki ilişki değişir. Bu hak kullanılmakla sona erer. Bunun değiştirilmesi ancak tarafların bir değiştirme sözleşmesi yapmaları ile mümkün olur. Bu nedenle seçim beyanından dönülemez. Seçim beyanı şekle tabi değildir, açık veya kapalı irade beyanı olabilir.

SEÇİM HAKKINI KULLANACAK KİŞİLER

TBK mad. 87'ye göre, seçim hakkı, kural olarak borçluya aittir. Kanun, sözleşme veya durum gereği bu hak, alacaklıya veya üçüncü bir kişiye verilebilir. Bu hak bir temsilci tarafından da kullanılabilir.

a. Seçim hakkı alacaklıya aittir.

Alacaklı seçim hakkını kullandığında diğer edimleri seçme hakkını kaybeder, kararını değiştiremez. Değiştirme sözleşmesiyle değiştirebilir. Yenilik doğuran bir hak olduğundan bir defa kullanılmakla sona erer. Alacaklı seçim hakkını koşula bağlayamaz.

Alacaklının seçim hakkını kullanması, borçluya ifa için hazırlık yapma imkanı verir. Bu nedenle alacaklı seçim hakkını kullanmak zorundadır. Kullanmazsa, borçlu onu seçim hakkını kullanmaya davet ederek mütemerrit duruma sokabilir. Alacaklı mütemerrit olursa, borçlu edimi tevdi etme hakkına sahiptir. Ancak seçimlik borçlarda borçlu bunlardan hangisini tevdi edeceğini bilemez. Bu nedenle tevdi etmeyerek sözleşmeden dönebilir.

Alacaklı mütemerrit olursa, seçim hakkının borçluya geçmesi mümkün değildir.

b. Seçim hakkı borçluya aittir.

Borçlu, çeşitli edimlerden birini ifa ederek seçme hakkını kullanır ve borcundan kurtulur.

Borçlu edimlerden birini seçmezse, alacaklı borçlu aleyhine iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde TBK 125'e göre hareket edebileceği gibi, dilerse borçluya karşı seçimlik bir ifa davası açabilir. Bu dava ile borçludan edimlerden birini seçmesini ve ifa etmesini ister. Alacaklı edimlerden birini isteyemez. Hakimin bu davada vereceği karar da seçimlik bir karar olacaktır.

İcra takibinde alacaklı, dilerse edimlerden yalnız birini isteyebilir. Ancak borçlu dilerse diğer edimi ifa edebilir.

c. Seçim hakkı üçüncü bir kişiye aittir.

Üçüncü kişi seçim hakkını kullanmadıkça, alacaklı borçludan ifa talebinde bulunamaz.

EDİMLERDEN BİRİNİN İMKÂNSIZLAŞMASI

a. Kusursuz imkânsızlık halleri

- 1) Edimlerden **biri baştan** imkânsızlaşmıştır. Borç konusu **diğer edim** olur. Ancak edimlerden birinin imkânsız olduğunu taraflar bilseydi ve sözleşme yapmayacak idiyse hukûmsüz olur.
- 2) Edimlerden **biri sonradan** imkânsızlaşmıştır. Tarafların kusuru yoksa borç konusu **diğer edim** olur.

b. Kusurlu sonraki imkânsızlık halleri

- 1) Seçim **hakkı borçluya ait** olmakla birlikte, **imkânsızlık alacaklının kusuru ile** doğmuştur.
Borçlu ya imkânsız edimi seçer, borcundan kurtulur ve karşı edimi isteme hakkını muhafaza eder. Ya da diğer edimi seçer ve yerine getirir, fakat alacaklının kusuru ile imkânsızlaşan edim için tazminat ister.
Seçim **hakkı borçluya ait** olmakla birlikte, **imkânsızlık borçlunun kusuru ile** doğmuşsa borç konusu diğer edim olur. Diğer edim de kusursuz imkânsız hale gelirse alacaklı borçlunun kusuru ile imkânsızlaşan ilk edim için tazminat davası açabilir.
- 2) Seçim **hakkı alacaklıya ait** olmakla birlikte, **imkânsızlık borçlunun kusuru ile** doğmuştur.
Alacaklı ya diğer edimi ister ya da imkânsız olan edim yerine tazminat ister.
Seçim **hakkı alacaklıya ait** olmakla birlikte, **imkânsızlık alacaklının kusuru ile** doğmuşsa alacaklı teorik olarak imkânsız edimi isteyebilir. Ancak ifası mümkün olmadığından edimden vazgeçmiş olur. Diğer edimi de isteyebilir, ancak kusuruyla imkansız hale getirdiği edim için tazminat öder.
- 3) Seçim hakkının kullanılmasından **önce bütün** edimler imkânsızlaşmıştır.
Borçlu sorumlu değilse borçtan kurtulur. Borçlu sorumlu ise, seçilecek edim için tazminat öder.
- 4) Seçim hakkının kullanılmasından **sonra** edimlerden **biri** imkânsızlaşmıştır.
Borçlu sorumlu değilse borçtan kurtulur. Borçlu sorumlu ise tazminat öder.

SEÇİMLİK YETKİ

Seçimlik borçlarda iki veya daha çok asli edim vardır. Birinin seçilmesi ve ifa edilmesi ile borç sona erer.

Oysa **seçimlik yetkide** sözleşmenin yapıldığı anda kesin belirlenmiş bir asli edim mevcuttur. Ancak borçlu, anlaşmaya göre veya alacaklının verdiği yetkiye göre asıl edim yerine başka bir edimi yerine getirerek borçtan kurtulma imkânına sahiptir. Örneğin avukata vekâlet ücreti vermek yerine evinde hizmetçilik yaparak (avukat yetki verirse) ödeme yetkisi verilirse seçimlik yetki söz konusu olur.

İradi seçimlik yetki ya taraflarca kararlaştırılır ya da tek taraflı olarak alacaklı tarafından borçluya tanınır.

Kanuni seçimlik yetkide ise, TBK mad. 99/2'ye göre ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme anlamına gelen bir ifade yoksa borçlu borcunu yabancı para yerine ilke parasıyla ödeyebilir. TBK yedek edim olarak ülke parasıyla ödeme yetkisi vermektedir.

Seçimlik borçlarda edimlerden birinin imkânsızlaşması ile borç ilişkisi sona ermez, borcun konusu diğer edim olur.

Oysa seçimlik yetkide önemli olan asıl edimdir. Asıl edimin ifası borçlunun kusuru dışında imkansız hale gelirse, onun yerine yedek edim geçmez, aksine borç ilişkisi sona erer, alacaklı yedek edimi isteyemez.

Seçimlik yetki beyanı alacaklıya ulaşıncaya kadar borcun konusu asıl edimdir. Yedek edim, ancak bu beyandan sonra asıl edimin yerine geçer.

6. PARA VE FAİZ BORÇLARININ İFASI:

PARA BORÇLARI

Para bir değer ölçüsü, piyasada dolaşan bir değişim aracıdır, kanuni ve zorunludur. Piyasada dolaşan para taşınır mallardan misli şeydir. Para borçlarına **meblağ borçları** veya **değer borçları** da denir. Para borcu kendine özgü bir çeşit borcudur. Taraflar dilerse sözleşme ile para borcunu, parça borcu olarak da kararlaştırabilirler. Geniş anlamda para hem milli hem de yabancı parayı, dar anlamda ise sadece milli parayı ifade eder. Hatır paralar, para olmayıp sadece bir mal niteliğindedir.

Türk parasına ilişkin kanun 20 Şubat 1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanundur. Bakanlar Kurulunun yayımlamış olduğu en son Karar, **32 Sayılı Karardır**.

a. Para borçlarının ülke parasıyla ödenmesi

TBK mad. 99/1'e göre, konusu para olan borç, ülke parasıyla ödenir. Takip taleplerinde de alacağın ülke parasıyla gösterilip istenmesi gerekir, borç yabancı para ile olsa bile değişmez. Bu madde para miktarını esas almakta, para değerindeki dalgalanmaları göz önünde tutmamaktadır. Bununla birlikte, para değerini tamamen kaybetmişse, borçlunun borcunu itibari değer üzerinden ödemeyi teklif etmesi dürüstlük kuralına aykırı düşer.

Para borçlarında borçlu, borçtan kurtulmak için kararlaştırılan miktar parayı ülke parası üzerinden ödemek, alacaklı da bunu kabul etmek zorundadır. Borçlu çek, altın, posta çeki veya yabancı para ile ödeme teklif ederse, alacaklı kabul etmek zorunda değildir. Kabul ederse borç sona erer.

Alacaklının borçluya banka veya posta çeki hesap numarası vermesi halinde buraya yapılan ödemeler borcu sona erdirir.

Kararlaştırılan parayı ülke parasıyla ödemeyen borçlu mütemerrit olur, ülke parasıyla ödemeyi kabul etmeyen alacaklı da mütemerrit olur. Bu kuralın istisnaları vardır. Her şeyden önce alacaklıya yüklenen kabul külfeti madeni paralar yönünden sınırlandırılmıştır. Madeni paraların en yüksek kabul haddini Hazine Müsteşarlığı ilan eder. Borçlu bunun üzerinde bir madeni para ödemesi yapmak isterse, alacaklı bunu reddedebilir ve temerrüde düşmez. Aynı şekilde, küçük bir borç için, alacaklı yüksek miktardaki kağıt parayı da bozmak zorunda değildir.

b. Para borçlarının yabancı ülke parasıyla ödenmesi

Yabancı para ile borç ödemeyi, taraflar yalnız sözleşmeden doğan para borçlarında kararlaştırabilirler. Buna karşılık hâkim, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan para alacakları ile nafaka alacağı hakkında yabancı para ile ödeme kararı veremez.

Sözleşmede “aynen ödeme” deyimi varsa borç mutlaka yabancı para ile ödenmelidir. Kullanılmamışsa borçluya seçimlik bir yetki tanınmış olur. Buna göre borçlu, asıl edim olarak yabancı para ile ödemeyi üstlenmiştir. Ancak dilerse, ülke parasıyla ödeyerek borcundan kurtulabilir. Borçlu ödeme gününde ödemeyi yapmazsa seçimlik yetkiyi kaybeder. Bu takdirde alacaklı, alacağının aynen veya ülke parasıyla ödenmesini isteyebilir.

c. Para borçlarının altın ile ödenmesi

Sözleşmede borcun altın ile ödenmesi kaydı hukuken geçerlidir. Ancak bu altının piyasada mevcut olması ve bunun alınıp satılmasının serbest olması gerekir.

Ödenecek altın; altın para veya külçe altın olabilir. Ülkemizde bugün altın para geçerli değildir.

Altın misli maldır. Ancak sözleşmede kararlaştırılan altın piyasada alınıp satılması hukuken mümkün değilse ülke parasıyla ödenir.

Para değerindeki düşmeler

♥ **Yabancı para değer kaydı:** Borçlu borcunu ülke parasıyla ödeyecektir ancak ödeme günündeki yabancı paranın değeri (resmi kur) esas alınacaktır.

♥ **Altın değer kaydı:** Borçlu borcunu ülke parasıyla ödeyecektir ancak ödeme günündeki altının değeri esas alınacaktır.

♥ **Eşya değer kaydı (geçim endeksi kaydı):** Borçlu borcunu ülke parasıyla ödeyecektir ancak ödeme günündeki esas alınan eşyaların değeri esas alınacaktır.

Kanunda bazı hallerde değer kaydı geçerli değildir. Örneğin rehinli alacaklar, taşınmaz yükü ve kefalette durum böyledir. Taşınmaz rehini kural olarak ülke parasıyla gösterilen alacak için kurulabilir, istisnası vardır, şartlar gerçekleşirse yabancı para üzerinden de kurulabilir

FAİZ BORÇLARI

TANIM: Faiz, alacaklının alacak olarak istemeye yetkili olduğu bir miktar parayı kullanmaktan belirli bir süre mahrum kalması sebebiyle kendisine ödenen bir karşılıktır.

Hukuki Niteliği:

1. Faiz **yan edimdir**, asıl alacağı genişleten bir yan haktır. Faiz borcunun varlığı ve devamı, asıl alacağın varlık ve devamına bağlıdır.
2. Asıl **alacak sona ererse faiz de sona erer**. Alacaklı, işlemiş faiz alacaklarını isteyebilmek için. Bu hakkını saklı tutmak zorundadır.

3. Asıl alacak zamanaşımına uğrarsa işlemiş faiz de zamanaşımına uğrar.
4. Alacaklı, asıl alacağı devrettiği zaman faiz alacaklarını da devretmiş olur.
5. Faiz asıl alacağın bir parçası değildir, sadece ona bağlı bir yan haktır. **Doğmuş faiz** alacağı asıl alaktan **bağımsız bir nitelik taşır**.
6. Alacaklı, faiz alacağını asıl alaktan **bağımsız olarak talep ve dava edebilir**, takip konusu yapabilir.
7. Alacaklı, **doğmuş faiz alacağını** tek başına **üçüncü bir kişiye devredebilir**.
8. Faiz alacağı, bağımsız olarak **haczedilebilir, rehin edilebilir**.
9. Asıl alacak yönünden zamanaşımının kesilmesi, faiz alacağı yönünden zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmaz. **Faiz alacağı 5 yıllık zamanaşımına bağlıdır**.

Faiz borcunun kaynakları:

Hukuki işlemten veya kanundan doğar. Taraflar sözleşmede faiz borcunu kararlaştırabilirler.

Hukuki işlemten doğan faiz borcu, tüketim ödücü sözleşmelerinde önem arz eder. **Adi tüketim ödücü sözleşmesinde** faiz istenebilmesi, tarafların bunu kararlaştırmalarına bağlıdır, aksi halde faiz istenemez. **Ticari tüketim ödücü sözleşmesinde** kararlaştırılmasa bile faiz istenebilir.

Faiz oranı:

Taraflar sözleşmede faiz oranını kararlaştırabilirler, buna **akdi faiz oranı** denir. Belirlememişlerse kanunda öngörülen faiz oranı uygulanır, **kanuni faiz oranı** denir.

a. Anaparada faiz oranı

1) Ticari olmayan işlerde kanuni faiz oranı

TBK mad. 88/1'e göre, faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, kararlaştırılmamışsa, mevzuata göre belirlenir. Başlıca mevzuat 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanundur. Bakanlar Kurulu, ticari olmayan işlerde yıllık **kanuni faiz oranını % 9** olarak belirlemiştir.

2) Ticari işlerde kanuni faiz oranı

Bakanlar Kurulu, ticari işlerde yıllık **kanuni faiz oranını % 9** olarak belirlemiştir.

3) Ticari olmayan işlerde akdi faiz oranı

Taraflar ticari olmayan işlerde akdi faiz oranını **serbestçe** belirleyebilirler. Ancak **kanuni faiz oranının % 50'sini aşamaz**, yani **% 13.5'i geçemez**.

4) Ticari işlerde akdi faiz oranı

Taraflar ticari işlerde akdi faiz oranını **serbestçe** belirleyebilirler. Yasaklayıcı, sınırlayıcı bir hüküm yoktur. Ancak ekonomik özgürlük ve kişilik hakları ile ahlaka, dürüstlük kuralına aykırı veya aşırı yararlanma ya da yanılma hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek derecede yüksek faiz oranı kararlaştırılmışsa, borçlu bunun kanuni sınıra indirilmesini dava edebilir.

b. Temerrüt faizi

1) Ticari olmayan işlerde temerrüt faiz oranı

TBK mad. 120/1'e göre, temerrüt faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuata göre belirlenir. Bugün ticari olmayan işlerde **kanuni temerrüt faiz oranı % 9**, **akdi temerrüt faiz oranı % 18** olarak belirlenmiştir.

TBK mad. 120/2'ye göre, sözleşme ile belirlenecek yıllık temerrüt faiz oranı, birinci fıkrada belirlenen yıllık faiz oranının **yüzde yüz fazlasını aşamaz**.

TBK mad. 120/3'e göre, sözleşmede akdi faiz oranı var ancak akdi temerrüt faiz oranı yoksa ve akdi faiz oranı ilk fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faiz oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur.

2) Ticari işlerde temerrüt faiz oranı

Temerrüde düşen borçlu için geçerli temerrüt faiz oranı **% 9'dur**. Ancak şartların gerçekleşmesi halinde % 9 yerine başka oran uygulanır ve bu oran **% 10,5'tir**.

Merkez bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı % 9'dan fazla ise, sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Bu oran **% 10,5** olarak tespit edilmiştir. Avans faiz oranı 30 Haziran günü 31 Aralık'taki orandan 5 puan farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

Akdi temerrüt faiz oranı yoksa bu oran akdi faiz oranından az olamaz.

Taraflar akdi temerrüt faiz oranını serbestçe belirleyebilirler. Ancak sözleşmede temerrüt faizine temerrüt faizi kararlaştırılmazlar, böyle bir sözleşme geçersizdir. Tarafların faiz ve temerrüt alacağını sözleşme ile anapara alacağına dönüştürmeleri mümkündür. Bu takdirde anapara alacağına dönüşen eski faiz ve temerrüt faizi alacağının ödenmemesi halinde temerrüt faizine tabi tutulacağını öngören sözleşmeler geçerli olur.

c. Yabancı para borçlarında faiz

Sözleşmede daha yüksek akdi veya temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa, yabancı para borcunda faizinde devlet bankalarının ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır.

Bileşik faiz

Faize faiz yürütülmesine bileşik (mürekkep) faiz denir.

♥ Ticari olmayan işlerde bileşik faiz

Ticari olmayan işlerde bileşik faiz yasaktır.

♥ Ticari işlerde bileşik faiz

Ticari işlerde bileşik faiz ilke olarak yasaktır. Ancak iki istisnai halde bileşik faize izin verilmiştir. Bunlar cari hesap ve ticari tüketim ödücüdür.

7. KARŞILIKLI BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE İFA:

TBK mad. 97, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin tarafları hakkında “**aynı anda ifa karinesi**”ni koymuştur. Bu tür sözleşmelerde özel bir kanun hükmü, teamül veya anlaşma olmadıkça, taraflardan birinin borcunu diğerinden daha önce ifa yükümlülüğü yoktur. Taraflar arasında ifa zamanı yönünden eşitlik ilkesi geçerli olup borçlarını aynı anda ifa etmek zorundadırlar.

ÖDEMEZLİK DEF’İ

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri, daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmeden veya ifasını önermeden ifayı talep ederse, karşı taraf bir def’i hakkına dayanarak ifadan kaçınabilir. Bu tür sözleşmelerde karşı tarafın ifadan kaçınma hakkına **ödemezlik def’i** denir.

Ödemezlik def’inin amacı karşılıklı edimlerin aynı anda ifasını sağlamaktır, diğer amacı karşı taraf üzerinde bir baskı fonksiyonu icra etmektir.

Ödemezlik def’i ilgili tarafça ileri sürülmedikçe hakim tarafından re’sen göz önünde tutulamaz. TBK mad. 97 düzenleyici kural olduğundan taraflar aksini kararlaştırabilirler.

Ödemezlik def’inin şartları:

a. Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olmalıdır.

Bu tür sözleşmelerde taraflar birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu durumundadırlar. Bu sözleşmelere satış, trampa, kira, hizmet, eser sözleşmeleri örnek gösterilebilir.

1) Edimler arasında karşılık ilişkisi bulunmalıdır.

Karşılık ilişkisine **synallagma ilişkisi** de denilir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler **genetik, kondisyonel ve fonksiyonel** karşılık ilişkisi içinde bulunurlar.

Genetik karşılıkta her iki edim doğuştan, meydana gelişleri yönünden
Kondisyonel karşılıkta edimler devamlılıkları, varlıklarını sürdürmeleri yönünden
Fonksiyonel karşılıkta edimler, ifaları yönünden bağlı durumdadırlar.

Karşılık ilişkisi içeren sözleşmelerin başında satış, trampa, kira, hizmet, eser, yayın, taşıma, ömür boyu gelir, ölünceye kadar bakma sözleşmeleri gibi sözleşmeler gelir. Bunlara iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmeler de denir. Burada edimler birbirinin karşılığını oluşturmaktadır. Sigorta ve loteri sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerdir. Karma sözleşmelerle isimli sözleşmeler karşılıklı edimleri içeren sözleşme niteliğinde olabilirler.

Ücretsiz vekâlet, faizsiz ödünç verme, karşılıksız vedia gibi sözleşmeler iki tarafa borç yüklemekle birlikte burada edimler birbirinin karşılığını oluşturmamaktadır. Bunlara iki tarafa eksik borç yükleyen sözleşmeler de denir. Ortaklık sözleşmesi karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme değildir.

Ödemezlik def’i dürüstlük kuralının gerektirdiği bazı hallerde eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uygulanabilir. Örneğin vekil, masraflarını almadan vekalet verene şeyi devretmekten kaçınabilir.

2) Edimler arasında değişim ilişkisi bulunmalıdır.

Sadece karşılık ilişkisinin olması yeterli değildir. Ayrıca edimlerin bir değişim ilişkisi içinde de bulunması gerekir. Sözleşmenin içerdiği her iki edim yükümlülüğü, temelini aynı ve tek bir sözleşme ilişkisi içinde bulduğu takdirde, değişim ilişkisi gerçekleşmiş olur.

Yan edim yükümlülükleri de değişim ilişkisi içinde yer alabilir. Yan edim olmaksızın asıl edimin değer arz etmediği sözleşmelerde, yan edim değişim ilişkisi içinde yer alır. Örneğin satın alınan bir makine bağlanmadıkça bunun satın alınması hiçbir değer arz etmeyeceğinden, böyle bir satışta satıcının bağlama yükümlülüğü değişim ilişkisi içinde bulunur. Değişim ilişkisi içinde bulunmayan yan edim ve yan yükümlülükler hakkında ödemelik def'i kullanılamaz.

Sözleşme ilişkisinin taraflarında sonradan meydana gelen değişiklikler, ilke olarak değişim ilişkisini etkilemez. Bu durumda sözleşme ilişkisinden çıkana ait haklara, bu ilişkiye yeni giren kişi sahip olur.

b. Karşılıklı edimler mevcut ve muaccel olmalıdır.

Ödemelik def'inin mevcut olması için, borç ilişkisinin geçerli meydana gelmesi ve varlığını devam ettirmesi gerekir. Borçlunun, alacaklıya karşı borcun varlık ve devamına ilişkin olaylar ileri sürmesi ödemelik def'i değil, itirazdır.

Ödemelik def'inin dayandığı temel düşünce, taraflardan her birinin karşı taraftan olan alacağıdır. Ödemelik def'inin ileri sürülebilmesi için, her şeyden önce karşı **alacağın geçerli olarak doğması, sonra varlığını devam ettirmesi, henüz sona ermemiş olması** gerekir. Taraflardan birinin borcu henüz doğmamış veya sona ermişse, karşı taraf ödemelik def'ini ileri süremez.

Diğer taraftan **ifa veya ifa önerisinin miktar ve nitelik olarak borçlanılan edime uygun olması** gerekir, aksi halde karşı tarafın eksiklik giderilinceye kadar ödemelik def'i hakkı devam eder.

Ödemelik def'i, sözleşmeden doğan **her iki edimin de muaccel olmasını** gerektirir. Borçlardan biri muaccel değilse, bunun alacaklısı ödemelik def'ini ileri süremez.

Alacaklının alacağının zamanaşımına uğraması, ödemelik def'ini ileri sürmesine engel değildir. Zamanaşımı, alacağın değil, borçlunun bunu ileri sürmesi halinde dava ve takip hakkını sona erdirir; alacak eksik alacak, borç eksik borç olarak varlığını sürdürür.

c. Tarafların edimleri aynı zamanda ifa yükümlülüğü bulunmalıdır.

1) Aynı anda ifa karinesi

Tarafların anlaşmaları, bir kanun hükmü veya teamül bu karineyi ortadan kaldıracaktır. Bu karine olmaması halinde taraflardan birinin öncelikle ifa yükümlülüğü söz konusu olur.

2) Öncelikle ifa yükümlülüğü

Taraflardan birinin borçlandığı edimi diğer taraftan önce ifa yükümlülüğünün bulunması halinde öncelikle ifa yükümlülüğü söz konusu olur. Öncelikle ifa yükümlüsü olan taraf, ödemelik def'ine sahip olamaz, önce kendi edimini ifa zorundadır. **Öncelikle ifa yükümlülüğü olmayan haller:**

a) Tarafların edimlerinin aynı anda muaccel olması

Edimler aynı anda muaccel hale geliyorsa öncelikle ifa yükümlülüğü yoktur.

b) Edimin ifasını talep eden alacaklının öncelikle ifa yükümlülüğü

Alacaklının öncelikle ifa yükümlülüğü, borçlunun böyle bir yükümlülüğünü önler. Öncelikle ifa yükümlülüğü **sözleşmeden, kanundan** veya **teamülden** doğar. Taraflar **sözleşmede** bunu kararlaştırabilirler. **Kanundan**; örneğin eser sözleşmesinde öncelikle ifa yükümlülüğü yükleniciye aittir, hizmet sözleşmesinde ise bu yükümlülük işçiye düşmektedir. **Teamülden**; örneğin lokantada bu yükümlülük müşteriye değil, lokantacıya aittir.

Ödemelik def'inin sonuçları:

- Borçluya, alacaklı kendi edimini ifa veya ifasını önerinceye kadar ifadan **kaçınma hakkını** verir.
- Hak sahibinin borçlandığı edimin ifasını geçici olarak **erteleyici ve geciktirici** bir rol oynar.
- Borçlunun ödemelik def'ini kullanmak suretiyle, **borcun muaccel hale gelmesini önler, mütemerrit duruma düşmez.**
- **Alacaklı** artık borçluya karşı aynen ifa ve gecikme tazminatına ilişkin **davaları açamaz.** Aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini davasını da açamaz.
- Ödemelik def'i **dava dışında kullanılabileceği gibi dava yoluyla da** kullanılabilir.

- Hâkim, ödemezlik def'ini **re'sen dikkate alamaz**. Borçlu **ödemezlik def'ini kullandıktan sonra**, alacaklı ifa davası açmışsa, hâkimin bunu **re'sen dikkate alması gerekir**.
- Borçlu **ödemezlik def'ini ileri sürmeden ifada bulunmuşsa**, ifa ettiği şeyin iadesini isteyemez. Bu takdirde karşı taraftan sadece karşı edimin ifasını talep edebilir.
- **İspat yükü ilke olarak alacaklıya düşer**, alacaklı ödemezlik def'inin şartlarının olmadığını ispat etmek zorundadır. Alacaklı, borçlunun borçlandığı edimin mevcut ve muaccel olduğunu, kendisinin edimini gereği gibi ifa ettiğini veya ifasını teklif ettiğini, ifaya hazır olduğunu ispat etmesi gerekir. Alacaklı, iddiasını borçlunun öncelikle ifa yükümlülüğüne dayandırmaktaysa, bunu da ispat etmesi gerekir.

TARAFLARDAN BİRİNİN İFA GÜÇSÜZLÜĞÜ HALİNDE ÖDEMEZLİK DEF'İ

TBK mad. 98'e göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin ifa güçsüzlüğüne düşmesi, iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Ayrıca güvence verilmezse sözleşmeden de dönebilir.

Bu maddede diğer tarafın hakkının korunması amacıyla bir ödemezlik def'i düzenlemiştir, buna **ifa güçsüzlüğü halinde ödemezlik def'i** de denilebilir.

İfa güçsüzlüğü halinde ödemezlik def'i ile genel ödemezlik def'i arasındaki **en önemli fark** ilkinde def'i hakkı, diğer tarafın güçsüzlüğe düşmesi halinde karşı edim henüz **muaccel olmadan kullanılabilir**. Diğer fark, genel ödemezlik def'inde hak sahibi, karşı taraftan sadece edimin ifasını isterken ifa güçsüzlüğü halinde ödemezlik def'inde hak sahibi **hem ifadan kaçınabilir hem de sözleşmeden dönebilir**.

İfa güçsüzlüğü def'i, her türlü edimin ifasında kullanılabilir. Uygulamada daha çok satış, eser ve yayın sözleşmesi gibi sözleşmelerde ileri sürülmektedir. Bu def'i kuralı düzenleyici kuraldır, taraflar aksini kararlaştırabilirler.

İfa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'inin şartları:

- **Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olmalıdır.**

Bu def'inin uygulanabilmesi için ilk şart karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmenin mevcut olmasıdır.

Uygulamada bu def'ie, öncelikle ifa yükümlüsü olan taraf başvurabilir. Ancak bu şart değildir. Taraflardan birinin alacağı diğer tarafın mal varlığının kötüleşmesiyle tehlikeye düşmüşse güvence oluncaya kadar ifadan kaçınabilir, güvence olmazsa sözleşmeden dönebilir. Bu nedenle önemli olan, öncelikle ifa yükümlülüğü değil, alacak hakkının tehlikeye düşmüş olmasıdır.

- **Borçlu ifa güçsüzlüğüne düşmelidir.**

İflas eden veya aleyhinde yapılan haciz sonuçsuz kalan borçlu, ifa güçsüzlüğüne düşmüştür. İfa güçsüzlüğü durumu sadece bu iki halden ibaret değildir.

Güçsüzlük halinin kabulü için taraflardan birinin sürekli olarak mali güçsüzlük içinde bulunması yeterlidir. Güçsüzlüğün sürekli olması gerekir.

İflas masasında bulunan hak ve mallar, borçların ifasına yeterli ise, ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'i kullanılamaz.

Borçlu ifa güçsüzlüğü, ödemezlik def'inin ileri sürüldüğü anda mevcut olmalıdır. Bu güçsüzlük hali sözleşmenin kurulmasından önce varsa ve karşı taraf bunu bilmiyorsa, irade sakatlığına dayanarak sözleşmenin iptalini isteyebilir. Karşı taraf biliyorsa ve bunu göze alarak sözleşmeyi kurmuşsa artık def'i hakkını kullanamaz.

İspat yükü ödemezlik def'ini kullanacak olan tarafa düşer. Karşı taraf da ödeme güçsüzlüğüne düşmediğini veya karşı tarafın bunu bildiğini ispat edebilir.

- **Karşı tarafın hakları tehlikeye düşmüş olmalıdır.**

Borçlunun güçsüzlüğü yeterli değildir, ayrıca karşı tarafın hakkını tehlikeye düşürmüş olmalıdır. Borçlu, daha önce borcu için yeterli aynı veya şahsi teminat vermişse, tehlike durumu söz konusu olmaz.

- **Hakkı tehlikeye düşen taraf borcunu henüz ifa etmemiş olmalıdır.**

İfa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'inin hüküm ve sonuçları:

- **Güvence gösterilinceye kadar borcun ifasından kaçınma hakkı:** Hakkı tehlikeye düşen taraf güvence gösterilinceye kadar kendi edimini ifadan kaçınabilir.
- **Sözleşmeden dönme hakkı:** Alacaklı, belirli sürede güvence gösterilmezse sözleşmeden dönebilir.

İFANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

- İfa ile alacaklı tatmin edilmiş olur, borçlu borçtan kurtulmuş olur. İfa, borcu ortadan kaldırır. Ancak borç ilişkisi birden çok borçtan oluşuyorsa ve tamamı yerine getirilmişse borç ilişkisi ortadan kaldırılabilir.
- Alacağın sona ermesiyle yan haklar ve yan edimler de sona erer.
- Ancak daha önce doğmak suretiyle asıl alacaktan bağımsız bir nitelik kazanmış olan yan haklar, sözleşme veya durum gereği alacaklıya böyle bir yetki verdiği takdirde, varlıklarını devam ettirirler. Örneğin evvelce işlemiş faiz ile ceza koşulunda durum böyledir.

8. İFANIN İSPATI:

Taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. İfa borçluyu borçtan kurtardığı için, uyuşmazlık halinde bunun ispatı borçluya düşer. İfayı ispat edemeyen borçlu, edimi yerine getirmiş olsa bile, yeniden ifaya mahkûm edilir. Borçlu yalnız ifayı değil, borçlanılan edime uygun ifayı da ispat etmek zorundadır.

İfanın hukuki bir işlemle gerçekleştirildiği hallerde, alacağın değeri 2500 TL'yi aşıyor veya değeri ne olursa olsun alacak senede bağlanmış ise, mutlaka yazılı delil ile ispatı gerekir. Burada tanıkla ispat yasağı vardır. Ancak maddi bir fiil ile yapılan ifalarda yazılı delille ispat zorunluluğu yoktur. Yapmama edimlerinin ifasında da senetle ispat zorunluluğu aranmaz.

TBK mad. 103'e göre, borçlu alacaklıdan kısmi ödeme yapmışsa makbuz, borcun tamamını ödemişse senedin geri verilmesini veya iptalini isteme hakkına sahiptir.

Birden çok borcun vadesi aynı zamanda gelmişse, mahsup orantılı olarak; borçlardan birinin vadesi gelmemişse, ödeme güvencesi en az olan borç için yapılmış sayılır.

BORÇLUNUN MAKBUZ İSTEME HAKKI

Makbuz, alacaklının veya yetkili temsilcisinin, borçlanılan edimi almış olduğunu gösteren yazılı bir beyandır, yazılı bir delildir. Borçlu 2500 TL'den az borçların ifasında da makbuz isteyebilir.

Makbuz bir irade açıklaması değil, bir bilgi açıklamasıdır. Bazı hallerde bilgi beyanı yanında bir irade beyanını da içermesi mümkündür. **Bakiye makbuzu** bilgi beyanı yanında irade beyanını da içeren ve alacaklının sadece edimi aldığını değil, aynı zamanda borçludan herhangi bir alacağının kalmadığını da ifade eden bir makbuzdur.

Makbuz, ilke olarak kısmi ifa ile dönemli borçların ifasında talep edilir. Alacaklı makbuz vermezse mütemerrit duruma düşer, bu takdirde borçlu alacaklı temerrüdünün sonuçlarına göre hareket eder.

Adi yazılı şekil makbuzun geçerliliği için yeterlidir. Yazılı olması, imzanın el yazısıyla atılması gerekir.

Makbuz ifanın unsurlarını, ifanın konusu edimi, bunun nitelik ve miktarını, ifa yeri ve zamanını, alacaklı ve borçlunun adlarını içermeli ve ayrıca alacaklı ya da temsilcisi tarafından imzalanmalıdır.

Makbuzun hüküm ve sonuçları:

- Borcun ifa edildiğine dair ispat fonksiyonudur, alacaklı da aksini (imzanın veya makbuzun sahte olduğunu) ispat edebilir.
- Dönemli borç ilişkilerinde son borcun ifasına ilişkin makbuz, alacaklı bir çekince koymamışsa, daha önceki borçların ifa edildiğine karine teşkil eder.
- Alacaklı, anaparanın tamamı için makbuz vermişse faizlerini de almış olduğu kabul edilir. Ancak alacaklı işlemiş faizleri almamış olabilir. Bu takdirde faizi sonradan talep edebilmesi, bu husustaki hakkını saklı tutması halinde mümkün olur.

SENEDİN GERİ VERİLMESİNİ İSTEME HAKKI

Senet, borçlu tarafından borcun varlığını ispat amacıyla düzenlenir ve alacaklıya verilir. Borcun tamamını ifa eden borçlunun, alacaklıdan senedin geri verilmesini isteme hakkı vardır. Bu istek üzerine alacaklı, senedi geri vermek zorundadır.

Ancak borçlu kısmi ifada bulunmakta veya senet alacaklıya alacak hakkı yanında başka haklar da sağlamakta ise, borçlu senedin geri verilmesini isteyemez, bunun yerine makbuz isteyebilir.

Borçlu senedin geri verilmesini ifadan önce def'i yoluyla isteyebileceği gibi, ifa ettikten sonra da isteyebilir.

Borç üçüncü kişi tarafından ifa edilmiş olsa bile, borçlu senedi isteyebilir. Tek istisnası, üçüncü kişinin alacaklıya halef olmasıdır, bu takdirde senedin geri verilmesini üçüncü kişi isteyebilir.

SENEDİN İPTALİNİ İSTEME HAKKI

TBK mad. 105'e göre, alacaklı senedi kaybettiğini iddia ettiği takdirde, borçlu alacaklıdan senedin iptalini isteme hakkına sahiptir.

Senedin iptalinden amaç; alacaklının senedin geri verilmesinin mümkün olmaması nedeniyle hükümsüz olduğunu, borcun sona erdiğini yeni bir belge üzerinde yazılı olarak beyan etmesidir. Borçlunun istemesi halinde, alacaklının bu beyanı resmi bir senet içinde yapması gerekir.

Alacaklı senedi geri vermez veya iptal edildiğine ilişkin belge vermezse, borçlunun menfi bir tespit davası açması mümkündür.

Senedin iptalini isteme hakkı borçluya aittir. İfa üçüncü kişi tarafından yapılmış olsa bile, bu kişi iptali isteyemez. Ancak üçüncü kişi ifa sonunda alacaklıya halef olmuşsa, iptali isteyebilir.

Alacaklı alacağı devretmişse, iptal talebinin muhatabı yeni alacaklıdır.

SENEDİN GERİ VERİLMESİNİN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

- ♥ TBK mad. 104/3'e göre, senet borçluya geri verilmişse, **borç sona ermiş sayılır**.
- ♥ Senedin geri verilmesi, borcun tamamen ifa edildiği hususunda **karine oluşturur**. Bunun aksi alacaklı tarafından ispat edilebilir. Alacaklı senedi borç ifa edilmeden geri verdiğini, senedin iradesi dışında elinden çıktığını veya borçlu tarafından düzenlenmiş olduğunu ispat ederse karine çürütülmüş olur.
- ♥ Karinenin geçerli olması için borçlunun senedin zilyetliğini elde etmesi yeterli değildir. Borçlu senede zilyet olduğunu değil, **alacaklının senedi geri verdiğini ispat** etmek zorundadır. Zira borçlu senedin zilyetliğini alacaklının iradesi dışında elde etmiş olabilir.
- ♥ Alacaklının senedi **iptal beyanı** senedin geri verilmesi yerine geçer, aynı sonuçları doğurur.
- ♥ Borcun ifa edildiğine ilişkin **fiili karineler** söz konusu olabilir. Alacaklının senedi imha etmesi, yırtması, önemli yerlerini karalaması borcun sona erdiğine ilişkin fiili karine oluşturur.

PARA BORÇLARINDA YAPILAN ÖDEME VE MAHSUBA İLİŞKİN BAZI KURALLAR

- ♥ Borçlu, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir. Ancak bunun için borçlunun faiz ve gider borcunu ödemede gecikmemiş olması gerekir. Para borçlarında kısmi ödeme, öncelikle ödenmemiş faiz ve gider borcuna mahsup edilir. Faiz ve gider borcu bulunan borçlu, kısmi ödemenin anaparaдан düşürülmesini isteyemez.
- ♥ Alacaklı alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya başka bir güvence almışsa, borçlu kısmen yaptığı ödemeyi güvencesi daha iyi olan kısma mahsup etme hakkına sahip değildir.
- ♥ Birden çok borcu bulunan borçlu, bir ödeme yaptığı zaman, bu borçlardan hangisini ödemek istediğini alacaklıya bildirebilir. Bildirimde bulunmazsa ödeme, alacaklının makbuzda gösterdiği borç için yapılmış sayılır. Ancak borçlu derhal itiraz ederse, ödeme yine borçlunun bildirdiği borç için yapılmış olur.
- ♥ Açıklama yoksa ödeme, muaccel borç için yapılmış sayılır. Birden çok borç muaccel ise ödeme;
 - Borçluya karşı ilk olarak takip edilen borç için yapılmış olduğu kabul edilir.
 - Bir takip yoksa vadesi ilk önce gelen borç için yapılmış olur.
 - Birden çok borcun vadesi aynı zamanda gelmişse mahsup orantılı yapılır.
 - Borçlardan hiç birinin vadesi gelmemişse güvencesi en az olan borç için yapılmış sayılır.

9. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ:

Alacaklı, kendisine gereği gibi sunulan bir ifayı kabulden veya tam ve doğru bir ifanın gerçekleştirilebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan haksız olarak kaçınır, bunları yerine getirmezse, borçlu ifada bulunamaz. Alacaklının sunulan edimi kabul etmesi, borçlanılan edimin ifası için gerekli hazırlık fiillerini yapması ifanın bir şartıdır. Alacaklının, ifaya katılmaktan ve borçlu tarafından kendisine gereği gibi tam ve doğru olarak sunulan edimi kabulden veya edimin ifasına ilişkin hazırlık fiillerini yapmaktan haksız olarak kaçınmasına **alacaklı temerrüdü (kabul temerrüdü)** denir.

Kabul temerrüdü, ancak ifanın kabulünün zorunlu ve mümkün olduğu hallerde söz konusu olur. İfanın kabulünün zorunlu olması, ifa olayının ancak alacaklının katılmasıyla tamamlanması anlamına gelir.

Alacaklının ifaya katılma fiili dar anlamda, sunulan edimi kabul etmesidir. Geniş anlamda ise, ifaya hazırlık fiilleriyle ifaya refakat fiilleridir. Seçimlik bir borçta seçim hakkı alacaklıya tanınmışsa, bu hakkın kullanılması hazırlık fiilidir. Alacaklının makbuz vermesi ise refakat fiiline örnek gösterilebilir.

- ★ Alacak, alacaklıya bir hak olarak tanındığı için, talep edip etmeme yetkisi de ona verilmiştir. Bunun doğal sonucu olarak alacaklı kendisine sunulan edimi kabul etmek zorunda değildir, dilerse kabul eder. Bu bakımdan hukuk düzeni alacaklıya ifayı kabul hususunda teknik anlamda bir yükümlülük yüklememiştir.
- ★ Buna karşılık borçlunun borçlanılan edimi hem ifa zorunluluğu hem de ifada menfaati vardır. Zira borçlu ifa ile borçtan kurtulur, borcu sona erdirir.
- ★ İşte kanun koyucu taraflar arasındaki bu menfaat uyuşmazlığını çözmek için alacaklıya bir **külfet** yüklemiştir. Bu ifaya katılma külfetidir.
 - Alacaklıya yüklenen katılma külfeti, bir borç olmadığı için, alacaklı buna uymadığı zaman alacak hakkını kaybetmez. Bu bir hak ihlali olmadığından borçluya tazminat ödemek zorunda da kalmaz.
 - Ancak ifayı kabulden kaçınan alacaklı, borçlu temerrüdüne başvuramaz. Zira kendisi temerrüt halindeyken borçlunun temerrüdü söz konusu olmaz.
 - Alacaklı temerrüdü karşısında borçlu, duruma göre borçlanılan edim şeye ilişkin ise tevdi edebilir.
 - Tevdiye elverişli olmayan şeyi satar veya sattırır.
 - Şeye ilişkin edimler dışındaki edimlerde sözleşmeden dönebilir.
 - Ayrıca kanuna göre borçlunun sorumluluğu hafifletilmiştir.
 - Hasarın alacaklıya geçmesi öngörülmüştür.
 - Alacaklının ödemezlik def'ini ileri sürmesi ortadan kaldırılmıştır.
 - Alacaklıya masrafları ödeme yükümlülüğü getirilmiştir.
 - Alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi ifanın henüz mümkün olmasına bağlıdır. Alacaklının davranışıyla ifa imkânsız hale gelmişse kabul temerrüdü söz konusu olmaz.
 - Alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi alacaklının kusurlu olması şart değildir. Ancak borçlunun sözleşmeden dönmesi halinde menfi zararın tazminini alacaklıdan talep edebilmesi için alacaklının kusurlu olması gerekir.

ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

1. Borçlu, edimi alacaklıya gereği gibi önermiş olmalıdır.

- a. Önerilen edimin gereği gibi ifa sayılması için, bunun ifa unsurlarına uygun sunulması gerekir.
- b. Alacaklı kısmi ifayı ilke olarak reddedebilir.
- c. Borçlu borçlanılan edimden başka bir şey sunarsa, alacaklı bunu reddedebilir.
- d. Edim ifa zamanı ve ifa yerinde sunulmalıdır, sunulmazsa alacaklı reddedebilir.
- e. Borçlunun şahsen yerine getirmek zorunda olduğu edimi, üçüncü bir kişinin sunması halinde alacaklı bunu reddedebilir.
- f. Borçlu edimi gereği gibi ifa etmezse alacaklıyı temerrüde düşüremez.

Borçlunun ifa önerisini fiilen yapması gerekir, buna fiili ifa önerisi denir. Özellikle götürülecek borçlarda borçlunun edimi alacaklının ikametgâhına götürüp orada fiilen sunması gerekir.

Bazı istisnai hallerde ifanın sözle sunulması da mümkündür, ifanın sözle önerilmesi denir, özellikle aranılacak borçlarda durum böyledir. Sözle sunmanın yeterli olduğu hallerde, alacaklının, borçlunun edimi ifaya hazır olmadığını ispatlaması halinde kabul temerrüdü gerçekleşmez.

2. Alacaklı önerilen edimi kabulden kaçmış olmalıdır.

Ifanın önerilmesinden amaç, borçlunun alacaklıyı edimi kabule davet etmesidir. Alacaklının, uygun önerilen edimi kabulden kaçınması ifanın reddidir. Alacaklının hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması da ifayı ret anlamına gelir.

Alacaklının temerrüt durumuna düşmesi için, borçlunun alacaklıyı ifaya hazırlık fiilini yapmaya davet etmesi gerekir. Ancak bu fiilin belli bir günde yapılması sözleşmede kararlaştırılmışsa borçlunun böyle bir davette bulunmasına gerek yoktur.

3. Alacaklının kabulden kaçınması haksız olmalıdır.

Kaçınmayı haklı gösterecek objektif bir sebep yoksa kaçınma haksızdır. Alacaklının kusursuz olması önemli değildir, kusursuz olsa bile şartlar varsa mütemerrit olur. Bunun için ifanın tamamlanmasını önleyen sebebin alacaklıya yükletilmesi, onun alan ve çevresinde doğması yeterlidir.

ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN SONA ERMESİ

1. Alacağı sona erdiren sebeplerden birinin gerçekleşmesiyle sona erer.
2. Borç ilişkisinin bir bütün olarak sona ermesi halinde son bulur.
3. Edimin ifasının imkânsız hale gelmesi ile sona erer.
4. Tarafların anlaşarak ifa zamanını uzatmaları halinde ortadan kalkar.
5. Alacaklı temerrüdü bunu doğuran şartlardan birisinin ortadan kalkmasıyla sona erer. Örneğin borçlunun ifayı sunma şartı ortadan kalkabilir, alacaklı sonradan ifayı kabul iradesini beyan edebilir veya ifaya katılma hazırlık fiillerini yerine getirebilir. Bu takdirde alacaklı temerrüdü sona erer.

İSPAT SORUNU

Borçlu, edimi alacaklıya gereği gibi önerdiğini, uygun bir ifa teklifi için elinden gelen her şeyi yaptığını ispatla yükümlüdür. Önerilen edimi kabulden kaçınmada haklı olduğunu ispat yükü alacaklıya düşer.

ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

TBK mad. 107-110 alacaklı temerrüdünün sadece bazı özel sonuçlarını hükme bağlamıştır.

Genel sonuçlar

- Kabul temerrüdü, alacaklının **alacak hakkını kaybetme sonucunu doğurmaz**. Temerrüde rağmen alacaklı, borçludan edimin ifasını talep edebilir.
- Kabul temerrüdü bazen alacaklının sözleşmenin ortadan kalkması yönünde bir istek, bir icap olduğu olarak değerlendirilebilir. Borçlu bu icabı kabul ederse sözleşme ortadan kalkar.
- Alacaklının ifa fiiline katılması bir külfettir. İfa fiiline katılmayarak mütemerrit olan alacaklı bir borcu değil, bir külfeti ihlal ettiği için borçlu lehine tazminat hakkı doğmaz.

Borçlu lehine sonuçlar:

a. Borçlu sorumluluğunun hafifletilmesi

Hâkim görüş, borçlunun edim konusu şeyi muhafaza yükümlülüğünün temerrüitten öncesine oranla daha hafif tutulmasını savunmaktadır. Borçlu muhafaza yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmişse ve edim konusu şey telef olmuşsa sorumluluktan kurtulur. Örneğin TBK mad. 483/1'e göre, eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa, iş sahibi eseri almada temerrüde düşmüşse, yüklenici yaptığı işin ücretini ve giderlerini ister.

b. Hasarın alacaklıya geçmesi

TBK mad. 208/2'ye göre, satış sözleşmesinde alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi halinde satılan malın hasarı alıcıya geçer. Eser sözleşmesinde, taşınır satım sözleşmesinde aynıdır. Buna karşılık diğer çeşit borçlarında ve özellikle para borçlarında tevdi edilmedikçe hasar borçluda kalır.

c. Mütemerrit alacaklının ödemezlik def'ini ileri sürememesi

d. Alacaklı temerrüdünün, borçlu temerrüdünü sona erdirmesi

e. Borçlunun masrafları alacaklıdan isteme hakkı

f. Sözleşmeden doğan faizlerin işlemeye devam etmesi

Özel sonuçlar

a. Borçlunun borçlanılan şeyi tevdi hakkı

TBK mad. 107'e göre borçlu, konusu maddi bir mal teslimi olan borçlarda, bu şeyi bir yere tevdi etmek suretiyle borçtan kurtulabilir. Tevdi hakkı sadece maddi edimlerde uygulanır.

Borçlu tevdi hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir. **Tevdiin şartları:**

- 1) Alacaklının mütemerrit olması gerekir.
- 2) Borçluyu borçtan kurtaracak ve alacaklının haklarına halef olacak üçüncü kişiler de tevdi yapabilir.
- 3) Tevdi için edim maddi bir edim olmalı ve tevdiye elverişli bulunmalıdır.
- 4) Tevdi edilen maddi edim miktar ve nitelik olarak borçlanılan edime uygun olmalıdır.
- 5) Tevdi, tevdi yerinde yapılmalıdır. Aranacak, götürülecek veya gönderilecek borç olmasına göre tevdi yeri tayin edilir. Ticari ilişkilerde borçlu bizzat tayin eder, ticari ilişki yoksa hâkimden tayin etmesini ister.

Tevdiin hüküm ve sonuçları:

- 1) Doğru tevdi borçluyu borçtan kurtarır. Borçlu ifa etmiş gibi işlem görür. Tevdi bir ifa ikamesidir.
- 2) Tevdiin borçluyu borçtan kurtarması geçicidir. Borçlunun tevdi edilen şeyi geri alma hakkı vardır.
- 3) Geri alma hakkı mutlak değildir. Bu hak alacaklının tevdi edilen şeyi kabul beyanıyla ortadan kalkar.
- 4) Tevdi bir rehinin kaldırılması sonucunu doğurmuşsa geri alma hakkı olmaz.
- 5) Tevdi ile birlikte hasar ve masraflardan sorumluluk alacaklıya geçer.
- 6) Şeyin tevdi edilmesiyle asıl alacak ile birlikte yan haklar da sona erer.
- 7) Yanlış yere yapılan tevdi borçluyu borçtan kurtarmaz.

b. Borçlunun borçlanılan şeyi satma hakkı

TBK mad. 108'e göre, borçlanılan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesine uygun düşmez veya tevdi edilecek şey bozulabilir ya da bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektirirse, borçlu alacaklıya **önceden ihtarla bulunmak şartıyla, hâkimin izniyle** şeyi açık artırmayla sattırarak bedelini tevdi edebilir.

Şey borsada kayıtlıysa veya piyasa fiyatı mevcutsa ya da gidere oranla değeri az ise satışın açık artırma yoluyla yapılması zorunlu değildir, ayrıca hâkim önceden ihtar şartını aramaksızın satışa izin verebilir. Borçlu şeyin satılmasıyla değil, satış parasının tevdi edilmesiyle borçtan kurtulur.

Satış istemeye yetkili kişi, borçlu veya tevdi hakkına sahip üçüncü kişidir. Şeyin satılabilmesi alacaklının mütemerrit olmasına bağlıdır. Satış yalnız maddi edimlerde söz konusu olur.

Satışın şartları:

1) Şeyin niteliği veya diğer sebepler elverişli olmalıdır.

- Şeyin doğal yapısı ve niteliği elverişli değilse
- Çok büyük şeyler
- Çabuk bozulabilen veya çürüyebilen
- Tevdi masrafları değerine oranla yüksek olan mallar,
- Bakım ve muhafaza masrafları yüksek olan eşyalarda tevdi kabul edilmemiştir.

2) Borçlu, alacaklıya satış önceden ihtar etmelidir.

Söz konusu beyan tek taraflı, varması gerekli bir beyan olup özel bir şekle bağlı değildir. Borçlu, ihtarla satış açıkça dile getirmeli ve alacaklıya uygun bir süre vermelidir.

3) Hâkim satışa izin vermiş olmalıdır.

Yetkili hâkim, ifa yeri hâkimidir. Satış yeri olarak ifa yerini ya da şeyin bulunduğu yeri kararlaştırabilir. Hâkim satışa izin vermelidir, satışa borçlu da katılabilir.

Şey borsada kayıtlıysa veya piyasa fiyatı mevcutsa ya da masrafı değerinden fazla ise satışın açık artırma yoluyla yapılması gerekmez, ayrıca hâkim ihtar şartını aramaksızın satışa izin verebilir.

Satışın hüküm ve sonuçları:

- Satışta tevdi elverişli olmayan **şeyin yerine para geçer**.
- Borçlu şeyin satılmasıyla değil, **satış parasının tevdi edilmesiyle borçtan kurtulur**.
- Borçlunun şeyin satış için yaptığı **masrafları, alacaklı ödemek zorundadır**.

c. Borçlunun sözleşmeden dönme hakkı

TBK mad. 110'a göre, borçlanılan edim şeye ilişkin edim dışında bir edimse, borçlu alacaklının temerrüdü halinde sözleşmeden dönebilir. Örneğin bir hizmet ediminde alacaklı işveren, borçlu işçiyi işyerine sokmaz ise, borçlu işçi hizmet sözleşmesinden dönebilir. İşçinin hizmet edimini tevdi etmesi veya satması mümkün değildir. Vekâlet sözleşmesinde de vekil, vekâlet verenin kabul temerrüdüne düşmesi halinde sözleşmeden dönebilir. Eser sözleşmesinde iş sahibi hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınarak esere başlanılmasını, tamamlanmasını engellemesi halinde yüklenici sözleşmeden dönebilir.

Dönme hakkı

Alacaklının mütemerrit olması gerekir. Alacaklıya uygun bir süre verilir süre dolduktan sonra dönme iradesi beyan edilmelidir. Dönme beyanı varması gerekli, tek taraflı bir irade beyanıdır.

Dönmenin sonuçları

Borçlunun sözleşmeden dönmesi yenilik doğuran bir haktır. Beyan alacaklının hâkimiyet alanına ulaşmakla kendiliğinden sonuçlarını doğurur; borçlu sözleşmeden dönmüş olur. Borçlunun tazminat isteyebilmesi için, alacaklının kusurlu olması gerekir.

İKİNCİ AYRIM: BORÇ İLİŞKİLERİNİN İFA EDİLMEMESİ

37. BORÇ İLİŞKİSİNİN İFA EDİLMEMESİ VE SONUÇLARI (SAYFA 1049)

1. BORÇ İLİŞKİSİNİN İFA EDİLMEMESİ: Üçe ayrılır.

- a. Kusurlu imkânsızlık b. Gereği gibi ifa etmeme c. Borçlunun temerrüdü

2. BORÇ İLİŞKİSİNİN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI:

Hukuk düzenimiz, alacaklıya alacağını elde etme hususunda üç imkân tanımıştır.

- a. Aynen ifa b. Tazminat davası c. Sözleşmeden dönme

AYNEN İFA

Borçlu, borçlanılan edimi ifa etmediği takdirde, alacaklı ifayı zorla gerçekleştiremez. Modern hukuk, hakkın bizzat alınmasını yasaklamıştır. Hukuk düzeni, ifaya zorlamayı devlet gücüne bırakmıştır. Bunun için alacaklının borçlu aleyhine bir ifa davası açarak onu ifaya mahkûm ettirmesi gerekir. Borçlu, bu mahkeme kararını kendi isteği ile yerine getirmedeği takdirde alacaklı devlet gücüne yani icraya başvurabilir.

1) İfa davası (aynen ifa davası)

Borçluyu alacaklıya karşı borçlandığı edimi ifaya mahkûm eden davaya **ifa (eda) davası** denir. İfa davasının **açılabilmesi için**;

- Alacağın muaccel olması gerekir.
- Edimin imkânsız hale gelmemiş bulunması gerekir.
- Borçlunun kusurlu olması şart değildir. Kusur ifa davasında değil, tazminat davasında aranır.

İfa davası, **her türlü borcun** (verme, yapma ve yapmama borçlarının) ifası için açılır. İstisnai olarak bazı hallerde açılmaz. Örneğin ödünç verme sözleşmesinde ödünç almayı üstlenen sonradan almaktan kaçınması halinde ödünç verenin ödünç alanı almaya zorlaması borcun niteliğine aykırıdır.

Taraflar sözleşme ile dava hakkından vazgeçip, **bunun yerine tazminatı kararlaştırabilirler**. Bağımlı yan yükümlülüklerin aynen ifasını da dava etmek mümkün değildir. Bütün bu hallerde alacaklı ifa davası yerine tazminat davası açar.

İfa davasında **alacaklı, alacağın varlığını ispat** etmek zorundadır. **Borçlu** da, borç sona ermişse, **borcun sona erdiğini** veya bir süre ya da koşula bağlanmışsa **sürenin dolmadığını** ya da **koşulun gerçekleşmediğini** ispat etmelidir. Borçlu borcun ifasının sonradan **imkânsız hale geldiğini** de ileri sürebilir. İmkânsızlık, borçlunun kusuru dışındaki sebeplerden olmuşsa, borçlu borcundan kurtulur. Kusurlu imkânsızlık varsa alacaklının tazminat davası açması gerekir.

2) Cebri icra

Borçluyu mahkûm eden ifa hükmü, alacaklının alacağını elde etmesi sonucunu doğurmaz. Borçlu bu hükme rağmen borcunu kendi arzusuyla yerine getirmeyebilir. Bu takdirde borcun zorla yerine getirilmesi için resmi makamlara başvurma usulüne **cebri icra** denir.

İcra takibi ve iflas takibi olmak üzere ikiye ayrılır. **İcra takibinde cüz'i icra**, **iflas takibinde külli icra** söz konusudur. **Cüz'i icrada** bir veya birkaç alacaklının talebi üzerine borçlunun bir veya birkaç malı cebri icraya konu olur. **Külli icrada** borçlunun tüm alacaklıları yer alır ve bütün mallar cebri icraya konu olur.

İcra ilamlı icra ve ilamsız icra olmak üzere ikiye ayrılır. **İlamsız icra** para ve teminat borçlarında söz konusu olur ve bir mahkeme kararı olması gerekmez. Borçlu itiraz ederse mahkemeye başvurulmalıdır. **İlamlı icra** takiplerinde borçlu borca itiraz edemez. Para ve teminat borçları dışındaki borçlara ilişkin icra takibinde mahkeme kararı olmalıdır. Alacaklı ilamı icra dairesine koyarak takibi yapar.

a) Verme borçlarında

Verme borçlarında ilamın konusu **taşınır bir malın teslimi** olabilir. İcra ermininin tebliği üzerine borçlu yedi gün içinde taşınır malı alacaklıya teslim etmek zorundadır. Borçlu bu süre içinde teslim etmezse icra makamı zorla malı alarak alacaklıya teslim eder. Taşınır mevcut değilse ilamda yazılı değerini alır, bu değeri de vermezse haciz yoluyla tahsil olunur.

Taşınmaz malda ise mahkeme kararının kesinleşmesiyle mülkiyet tescilden önce alacaklıya geçer. Alacaklı ilama dayanarak, tescili tapu makamından bizzat isteyebilir, mahkeme de alacaklının talebine gerek kalmaksızın kararı tapu makamına bildirir. Hükmün tapu makamına bildirilmesinden sonraki değişikliklerin icra işlemlerine etkisi olmaz. Hükümde gösterilen şey kimin elinde ise alınıp alacaklıya teslim olunur.

b) İrade beyanında bulunma yükümlülüğünde

Bir irade beyanında bulunmaya mahkûm eden ifa hükmünün icraya konulmasına gerek yoktur. Zira bu gibi davalarda hüküm, borçlunun irade beyanının yerine geçer. Örneğin taşınmaz mülkiyeti mahkeme kararı ile doğrudan alacaklıya geçer, borçlunun irade beyanına ihtiyaç yoktur.

c) Yapma ve yapmama borçlarında

Bir şeyin yapılmasına ilişkin ilamın icrası, söz konusu şeyin aynen yapılmasını öngörür, yapma alacağı para alacağına dönüşmez. İİK mad. 30'a göre, icra makamı icra emrinde borçluya ilamda gösterilen sürede, eğer süre tayin edilmemişse, işin niteliğine göre süre tayin ederek işi yapmayı emreder. İİK mad. 30/3, yapmama edimleri (rekabet veya gürültü yapmama) ilgilidir. İlam bir işin yapılmamasına ilişkin ise icra makamı hükmü borçluya tebliğ eder, icra emrine uymayan borçlu tetkik merci tarafından üç aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılır. Borçlu cezayı göze alırsa yapmama borçlarının zorla icrası mümkün değildir.

İİK mad. 30, icra makamının işi üçüncü kişiye yaptırmasını öngörürken TBK mad. 113, bunun alacaklı tarafından yapılmasını öngörür. Bununla birlikte TBK mad. 113'e göre, alacaklının işi masrafı borçluya ait olmak üzere üçüncü bir kişiye yaptırılmasını da hâkimden istemesi mümkündür.

Borçlanılan ve ifa edilmeyen edim, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir iş görme edimi niteliğindeyse, yalnız borçlu tarafından yerine getirilebileceğinden, alacaklı veya üçüncü kişi tarafından ifası mümkün değildir. Ancak ceza tehdidi altında böyle bir edimi borçlunun aynen yerine getirmesi dolaylı olarak sağlanabilir. Zira borçlu yapma edimini yerine getirmezse bir aydan üç aya kadar hafif hapis cezasına mahkûm edilir. Borçlu cezayı göze alırsa bu tür edimlerin zorla icrası mümkün değildir.

Borçlunun ifaya zorlanması, borcun alacaklı veya üçüncü kişi tarafından borçlu yerine ifası, ancak hâkimden bu yönde alınacak kararlarla mümkündür. Alacaklı masrafların borçlu tarafından avans olarak verilmesini de isteyebilir, ayrıca alacaklının tazminat isteme hakkı da saklıdır.

TAZMİNAT (GİDERİM) DAVASI

Alacaklı, borçlunun kusuruyla borcun ifa edilmemesi halinde, borçluya karşı borcun ifa edilmemesinden doğan zarar için tazminat (giderim) davası açabilir.

TBK özellikle iki halde alacaklıya tazminat davası açma hakkı tanımıştır. Bunlar borçlunun kusurlu olarak borcunu ifada gecikmesi, borçlu temerrüdü halleridir. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ile bağımsız bir yapmama borcunun ihlali halinde de borçlu, zararı gidermek zorundadır. Zararın tazmin edilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekir, sonraki ifa imkânsızlığında borçlunun kusuru yoksa borçlu sorumlu olmaz, borç sona erer.

SÖZLEŞMEDEN DÖNME

Kanunda öngörülen hallerde, borcunu ifa etmeyen borçluya karşı sözleşmeden dönme yetkisi vardır.

3. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNİN İHLALİ:

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri **edim yükümlülükleri** ile **yan yükümlülükleri** içerir. Bu yükümlülüklerin ihlali, sözleşmenin ihlalini ifade eder.

Ancak, sorumluluğun (tazminat borcunun) doğabilmesi için, borç yükümlülüklerini borçlunun kusurlu bir davranışı sonunda ihlal edilmesi ve bu ihlalden alacaklının bir zarar görmesi gerekir.

İHLAL ÇEŞİTLERİ

- a. Kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı (borcun hiç ifa edilmemesi)
- b. Gereği gibi ifa etmeme
- c. Bağımsız yapmama borçlarının ihlali
- d. Borçlunun vaktinden önce ifadan açıkça kaçınması

a. Kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı (borcun hiç ifa edilmemesi)

Kusurlu ifa imkânsızlığı, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra borçlunun kusurlu bir davranışı yüzünden edimin sürekli ve kesin olarak ifasının mümkün olmamasıdır.

Sonradan ortaya çıkan sürekli ve kesin bir engel, edimin ifasına mani olmakta ve ifa, borçlunun kusurlu bir davranışıyla imkânsız hale gelmiş bulunmaktadır.

İmkânsızlık, edim sonucunun hem borçlu hem de üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesinin sürekli ve objektif olarak mümkün olmaması halinde söz konusu olur.

- ♥ İmkânsızlık **tabii (mantiki)**, **fiili** ve **hukuki** sebeplere dayanabilir.

Tabii imkânsızlık, edimin mantık ve tabiat kanunlarına göre yerine getirilmesinin kesin olarak ortadan kalkmasıdır. Örneğin atın ölmesi gibi. Bu hallerde artık edim konusu şey yok olduğundan, bunun yerine getirilmesi de mümkün olamaz.

Fiili imkânsızlıkta edim konusu şey yok olmamakla birlikte, bunun ifası fiili ve pratik nedenlerle ortadan kalkabilir, çok güç veya zor olabilir. Örneğin edim konusu şey borçlunun bir fiili sonunda kaybolabilir, yüzüğün okyanusa düşmesinde fiili imkânsızlık söz konusu olabilir.

Hukuki imkânsızlıkta edim konusu şey mevcut olmakla birlikte, bunun yerine getirilmesi, emredici bir hukuk normuyla yasaklanmıştır. Örneğin sonradan ithal veya ihraç yasağı konulan bir malın edim konusu olması, sonradan belirli parseller üzerinde inşaat yasağı konulması hallerinde hukuki imkânsızlık söz konusu olur.

- ♥ İmkânsızlık **baştaki imkânsızlık** ve **sonraki imkânsızlık** olmak üzere ikiye ayrılır.

Baştaki imkânsızlık sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğurur.

Sonraki imkânsızlıkta ise, edim konusu şey sözleşme kurulduktan sonra borçluya yükletilebilecek bir kusur sonunda sürekli ve kesin olarak imkânsız hale gelmiştir. İfa imkânsızlığı sözleşme kurulduktan sonra, şart ve sürenin gerçekleşmesinden önce meydana gelmiş olmalıdır.

- ♥ İmkânsızlık **objektif imkânsızlık** ve **sübjektif imkânsızlık** olmak üzere ikiye ayrılır.

Objektif imkânsızlıkta edim borçlu dâhil hiç kimse tarafından yerine getirilememektedir.

Sübjektif imkânsızlıkta edim yalnız tarafından yerine getirilememektedir.

Güçsüzlük hiç bir zaman imkânsızlık değildir. Ancak istisnai olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerde meydana gelen güçsüzlük objektif imkânsızlıkla bir tutulmalıdır. Ekonomik güçsüzlük imkânsızlık olarak nitelendirilemez. Borçlunun ekonomik yönden aşırı ifa güçlüğü ifa imkânsızlığı ile karıştırılmamalıdır. **TBK mad. 138'e göre**, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemedik, öngörülmesi de beklenmeyen savaş, yüksek enflasyon, doğal afet, para değerinin büyük ölçüde düşmesi gibi olağanüstü durumlar borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkabilir ve olguları borçlu aleyhine değiştirebilir. Bu şartlarda aynen ifanın istenmesi dürüstlük kurallarına aykırı düşerse borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını ister, mümkün değilse sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.

- ♥ Doktrinde **ahlaki (manevi, psikolojik) imkânsızlık** kavramları da kullanılmaktadır. Eşi veya çocuğu ölüm döşeğinde olan bir müzisyenden sözleşme uyarınca konser vermesini beklemek manevi ve psikolojik imkânsızlığa örnek gösterilebilir.

- ♥ Sonraki imkânsızlık, kesin ve sürekli olmalıdır. **Geçici imkânsızlık**, ifa imkânsızlığını değil, genellikle borçlunun temerrüdünü doğurur. Geçici imkânsızlık **bazı hallerde ifa imkânsızlığına sebep olabilir**. **Kesin vadeli sözleşmelerde** böyledir. Örneğin bir düğün için ismarlanan elbise öngörülen günde teslim edilmemişse, artık sonraki ifanın anlamı kalmaz. Kesin vadeli işlemlerde vade, edimin önemli bir unsurunu teşkil ettiği için vadesinde borcu ifa etmeme, ifa imkânsızlığı olarak kabul edilmelidir. **Kesin vadeli olmayan sözleşmelerde** de geçici imkânsızlığın ne kadar süreceği belli değilse, bu da kesin ifa imkânsızlığı sayılmalıdır. **Sürekli borç ilişkilerinde** de öngörülen sürede borçlunun borçlandığı edimi yerine getirmemesi ifa imkânsızlığına neden olur, çünkü ifa zamanı artık geride kalmıştır.

- ♥ İmkânsızlık kavramı bir başka açıdan **tam imkânsızlık** ve **kısmi imkânsızlık** olmak üzere ikiye ayrılır. Edimin bir kısmı yerine getirilemiyorsa kısmi imkânsızlık söz konusu olur. Alacaklı, ilke olarak kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir. Kısmi ifayı kabul etmesi halinde imkânsızlık, sadece geride kalan kısım için söz konusu olur. Parçalara ayrılamayan borçlarda kısmi imkânsızlık olmaz.

- ♥ **Yan edimlerin** ifasının imkânsızlığı, alacaklıya dilerse, asli edimi reddetme hakkı verir.

- ♥ Borçlanılan edim **parça mal** ise ve bu mal yok olmuş veya borçlunun elinden kesin olarak çıkmışsa ifa imkânsız hale gelir. **Çeşit borçlarında** ifa imkânsızlığı ilke olarak söz konusu olmaz, tür yok olmaz ilkesi geçerlidir. Ancak bu mal, hiç kimsede mevcut değilse ifa imkânsızlığından söz etmek mümkün olabilir. **Para borçları** ilke olarak çeşit borcudur ve para borçlarında ifa imkânsızlığı söz konusu olmaz.

- ♥ **Sınırlı çeşit borçlarında** ifa imkânsızlığı söz konusu olabilir. Borçlunun belirli bir stok veya deposunda sınırlı sayıda bulunan malların tamamı yok olursa, ifa imkânsızlığı gerçekleşir.

- ♥ Sonraki ifa imkânsızlığı, borçlunun kusurlu davranışı veya yardımcı kişinin davranışı sonunda meydana gelmelidir. İmkânsızlık kusursuzsa, borçlunun sorumluluğu olmaz.

b. Gereği gibi ifa etmeme (sözleşmenin müspet ihlali)

Sözleşmenin müspet ihlali kavramı

İlk kez Staub “sözleşmenin müspet ihlali” kavramını ortaya atmış, ona göre borçlu kusurlu ifa imkânsızlığı ve temerrütte pasif davranmakta, borçlanılan edimin ifası için yapması gereken bir şeyi yapmamakta, böylece borcu yapmama fiiliyle ihlal etmektedir.

Buna karşılık sözleşmenin müspet ihlalinde borçlu tam aksine, yapmaması gereken bir şeyi yapmaktadır. Yani burada borçlu, olumlu bir davranışla, örneğin kötü bir ifa hareketi (ayıplı bir şeyi teslim ederek) ile borcu ihlal etmektedir.

Taraflardan birinin, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınmak hususundaki yükümlülüğü ihlal etmesi sözleşmenin müspet ihlali.

Türk hukukunda, sözleşmenin müspet ihlali kurumuna gerek yoktur, TBK mad. 112 “gereği gibi ifa etmeme”den söz etmektedir.

Gereği gibi ifa etmeme kavramı

Gereği gibi ifa, edimin borca uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesidir. Gereği gibi ifadan söz edebilmek için, borçlanılan edimin bütün unsurlarıyla birlikte yerine getirilmesi gerekir. Edim ifa borçlusu tarafından, ifa alacaklısına, kararlaştırılan yer ve zamanda, miktar ve niteliğine uygun bir şekilde yerine getirilmediği takdirde gereği gibi ifa etmeme söz konusu olur.

Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, edimin unsurlarından **birinin eksik olması** halinde söz konusu olur. Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme, ifa edilen edimin borçlanılan edimin **niteliklerine uymaması** halinde söz konusu olur.

İfa edilen edim, gereken nitelikleri taşımıyorsa yapılan ifa, gereği gibi, tam ve doğru ifa bir ifa değildir. İfa edilen edimin borçlanılan edimin niteliğine uymamasına **kötü ifa** veya **ayıplı ifa** denir.

Gereği gibi ifa türleri

Gereği gibi ifa etmeme türleri **kötü ifa** hali ile **yan yükümlülüklerin ihlali** halidir.

♥ **Kötü ifa**

Edimin borçlanılan edimin niteliğine uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesine denir. Kötü ifada nitelik yönünden gereği gibi ifa etmeme söz konusudur.

TBK satış, kira ve eser sözleşmelerinde ayıplı ifayı özel olarak düzenlemiştir.

Kötü ifayı maddi edimlerde borçlanılan edimin yerine başka bir malın ifa edilmesi haliyle karıştırmamak gerekir. Bu kötü ifa değil, yanlış ifadır.

Kötü ifada borçlu, imkânsızlıktan farklı olarak, bir ifada veya ifa teşebbüsünde bulunmaktadır. Ancak bu ifa borçlanılan edimin niteliğine uygun bir ifa olmaktan uzaktır.

Verme edimlerinde, nitelikler mevcut değilse kötü ifa söz konusu olur. **Yapma edimlerinde** nitelik, gösterilen özene göre belirir. **Yapmama edimlerinde** kötü ifa söz konusu olmaz.

Kötü ifa ancak ayıplı edimin alacaklı tarafından kabul edilmesi halinde söz konusu olur. Kötü ifa, ifa sayılamayacağından borç ilişkisi sona ermez.

Kötü ifa halinde, alacaklı genellikle iki çeşit zarar uğrar. Alacaklı, ifa menfaatinde (müspet) zarara maruz kalır. Alacaklı ayrıca, diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinde ek bir zarara uğrayabilir. Ek zarara eşlik eden, refakat eden zarar veya izleyen, müteakip zarar denilmektedir. Örneğin hastalıklı hayvanı alacaklıya verirse, alacaklı bu hastalıklı hayvandan menfaat elde edemez, ikinci olarak bu hastalıklı hayvan diğer hayvankara zarar verirse bu da ek zarar olur.

♥ **Yan yükümlülüklerin ihlali**

✓ **İfaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlali:** Bunların ihlali de gereği gibi ifa etmeme kategorisine girer. Uygulamada görülen en çok ihlal edilen yükümlülük aydınlatma, bilgi verme yükümlülüğüdür.

Şeye ilişkin ambalajlama, paketleme, başka yere gönderme, muhafaza gibi yan yükümlülüklerin tam ve doğru olarak yerine getirilmemesi halinde de gereği gibi ifa etmeme söz konusu olur.

İfaya yardımcı yan yükümlülükler, bağımlı yükümlülükler oldukları için ihlali halinde, ifa davası değil, tazminat davası açılabilir.

- ✓ **Koruma yükümlülüklerinin ihlali:** Burada diğer tarafın mal ve kişi varlığı değerlerinin, edimin ifası sırasında veya ifa vesilesiyle ihlaline karşı korunması söz konusudur. Alacaklının edim menfaati dışında hukukça korunan diğer menfaatleri de vardır. Bunlara koruma menfaatleri veya bütünlük menfaati denir.

Koruma yükümlülüğü sosyal temasla başlar, sözleşme görüşmeleri sırasında devam eder, sözleşmenin kurulmasından ifasına kadar ve hatta bazı hallerde ifadan sonra da devam eder.

c. Bağımsız yapmama borçlarının ihlali

TBK mad. 113'te bağımsız yapmama borçlarının ihlali ayrı bir ihlal türü olarak düzenlenmiştir. Aslında bunu da gereği gibi ifa etmemenin bir türü olarak görmek mümkündür.

d. Borçlunun vaktinden önce ifadan açıkça kaçınması

Borçlunun ifadan, önceden açıkça kaçınması halinde uygulanacak hüküm temerrüt hükümleridir.

4. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI:

- a. Borca aykırı bir davranış olmalıdır (sözleşmenin ihlali)
- b. Bir zarar doğmuş olmalıdır.
- c. Sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.
- d. Borçlu, sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmelidir.

a. Borca aykırı bir davranış olmalıdır (sözleşmenin ihlali)

Önce taraflar arasında hukuki işlemten doğan bir borç ilişkisinin olması gerekir. Borçlu, edimi hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen ya da vaktinde ifada bulunmazsa, borca aykırı davranmış olur.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta borca aykırılık, haksız fiillerdeki hukuka aykırılığa karşılık gelir.

İhlal fiilinin, borçlunun veya sorumlu olduğu kişilerin bir davranışı olması gerekir.

b. Bir zarar doğmuş olmalıdır.

Sözleşmenin ihlali sonunda alacaklının hukukça korunan değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmaya sözleşmeden doğan zarar denir. **Maddi ve manevi zarar** olarak ikiye ayrılır.

1) Sözleşmenin ihlalinden doğan maddi zarar

Alacaklının malvarlığının iki durumu arasındaki farktan ibarettir. Bu **fark**, alacaklının malvarlığının hâlihazır fiili durumu ile borca aykırı davranış olmasaydı göstereceği durum arasındaki farktır.

Fiili zarar ve yoksun kalınan kar olarak iki unsurdan oluşur. **Fiili zarar**; ya malvarlığının aktif kısmında gerçek bir azalmanın meydana gelmesiyle ya da pasifteki borçların artmasıyla gerçekleşir. **Yoksun kalınan kar**; borca aykırı davranış olmasaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği artışı ifade eder.

Maddi zararın kaynağı kişilik değerlerinin ihlali olabileceği gibi, malvarlığı değerlerinin ihlali de olabilir. Kişilik değerlerinin ihlalinin maddi zarara yol açabilmesi için, bunların alacaklının malvarlığında olumsuz ekonomik etkiler doğurması gerekir. **Örneğin** A, arabasıyla B ve C'yi taşıırken kaza sonunda B'nin ölmesine, C'nin sakat kalmasına neden olmuşsa, B'nin maddi desteğinden yoksun kalan eşi ve çocuğunun destekten yoksun kalması, C'nin de çalışamaz olması nedeniyle kazancını kaybetmesi, maddi zararı oluşturur.

Zararın hesabında **esas alınacak tarih**, alacaklının takdirine bağlıdır. Alacaklı dilerse, borcun ifa edilmesi gereken tarih esas alınarak hesap edilir veya hükmün verildiği tarih de esas alınabilir.

Buna karşılık borçlunun temerrüdünde zararın hesap edileceği tarih, temerrüdün gerçekleştiği veya verilen ek sürenin geçtiği tarihtir.

Maddi zararın unsurları:

- ♥ **İfa edilmeyen edimin değeri:** Kusurlu sonraki imkânsızlıkta edim yok olduğu veya kaybolduğu, yani aynen yerine getirilmesi artık mümkün olmadığı için, böyle bir edimin aynen ifasını talep hakkı sona ermiştir. Bu durumda alacaklı, borçludan ifa edilmeyen edimin para değerini nakdi tazminat olarak istemek zorundadır.
- ♥ **Giderler:** Alacaklının yaptığı bazı giderler zararın unsurları arasında yer alır. Noter aracılığıyla yapılan ihtarlar için ödenen para örnek olarak gösterilebilir.
- ♥ **Diğer unsurlar:** Borçlunun borçlanılan edimi gereği gibi ifa etmemesi sonunda da alacaklı aleyhine bazı zararlar doğabilir. Örneğin yanlış ameliyat nedeniyle ikinci ameliyat giderleri fiili zararı, ikinci ameliyat

nedeniyle hastanın bir süre çalışamaması yoksun kalınan karı oluşturur. Bunlar zararın diğer kalemleri arasında yer alır.

2) Sözleşmenin ihlaliinden doğan manevi zarar

Sözleşmenin ihlali manevi zarara sebebiyet verirse, alacaklı manevi tazminat davası açabilir.

Manevi zarar özellikle **adam öldürülmesi ve beden bütünlüğünün ihlali halinde** söz konusu olur. Ancak sözleşmeye aykırılık, **diğer kişilik değerlerini de** ihlal etmiş ve manevi zarar doğmuşsa, alacaklı bu zararın tazminini de talep edebilir.

Bir diğer ayrım **müspet ve menfi zarar ayrımıdır.**

1) Müspet zarar

Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da vaktinde ifa edilmemesinden doğan zarardır. Müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya ilişkin menfaatidir.

Fiili zarar ve **yoksun kalınan kâr** olmak üzere ikiye ayrılır. Borçlanılan edimin ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının aktif kısmının azalmasına veya pasif kısmının çoğalmasına **fiili zarar** denir. Borca aykırı davranış olmasaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği artışa **yoksun kalınan kâr** denir.

2) Menfi zarar

Sözleşmenin kurulmamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Menfi zarar, alacaklının söz konusu sözleşmeyi yapmamasındaki menfaate tekabül eden zarardır.

- ♥ Sözleşmenin **kurulması için yapılan giderler** (resim, harç gibi)
- ♥ Alacaklının, yapılacak ifayı **kabul için yaptığı giderler** (örneğin alacaklının bir yer kiralaması)
- ♥ Sözleşmenin geçerliliğine güvenerek başka bir sözleşme yapmamak suretiyle **kaçırılan fırsatlar** (menfi zararda kaçırılan fırsat, müspet zararda yoksun kalınan kâr benzer).
- ♥ Alacaklı geçersiz sözleşmeye dayanarak **üçüncü kişilere taahhütte** bulunur ve bunun için ceza koşulu ya da tazminat ödemek zorunda kalırsa, bunlar da menfi zarar içinde yer alır.

Üçüncü kişinin zararı:

- ♥ Borçlunun sözleşmeyi ihlal fiilinden alacaklının değil de üçüncü bir kişinin malvarlığı veya kişi varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeye **üçüncü kişinin zararı** denir.
- ♥ Borca aykırı davranıştan doğan zararın tazminini ilke olarak alacaklı talep eder.
- ♥ Borcun ihlaliinden üçüncü kişi zarar görmüşse, alacaklı bunun tazminini isteyemez. Çünkü zarar, alacaklının malvarlığında meydana gelmemiştir.
- ♥ Üçüncü kişinin zararı TBK'da düzenlenmemiştir. **Hakkaniyet gereği** üçüncü kişiye şu hallerde tazminat talebi tanınır: **Üçüncü kişiyi koruma etkili bir borç ilişkisinde**, borçlu sözleşmenin ihlaliyle alacaklının koruma alanı içinde bulunan bir kimseye zarar vermişse, bu kimse zararın tazmini amacıyla doğrudan borçluya tazminat davası açabilir, zararın manevi zarar olması halinde de aynı kuralların uygulanması gerekir. **Hizmet sözleşmesine göre çalışan ve desteklerini kaybeden kimselerle, yolcu taşıma sözleşmesi uyarınca** desteklerini kaybeden üçüncü kişiler de maddi ve manevi tazminat davası açabilirler.

c. **Sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.**

Sözleşmenin ihlali olayların olağan akışına, genel hayat tecrübelerine göre somut olaydaki zararı meydana getirmeye niteliği itibariyle elverişli olmalıdır. Uygun illiyet bağı, borçlunun sorumluluğunun kurucu unsurlarından birini oluşturur.

İhlal fiiliyle zarar arasında yalnız tabi illiyet bağının bulunması yeterli değildir, uygun illiyet bağının da olması gerekir.

d. **Borçlu, sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmelidir.**

Genel ilke: Kusur sorumluluğu

Sözleşmeden doğan sorumlulukta zarara kural olarak borçlu katlanır. Ancak, bir sorumluluk sebebinin mevcut olması halinde zarar borçludan alınarak başka bir kimseye (zarar verene) yükletilir.

Sözleşmeden doğan sorumluluğun kurucu unsuru, borçlunun kusurudur. Borçlu, alacaklıya verdiği zararın tazmininden, ancak kusursuz olduğunu ispat etmek suretiyle kurtulabilir.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur; borçlunun mensup olduğu sosyal ve mesleki çevrede yaşayan standart ve normal borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı bir davranış biçimidir. Bu anlamda kusur, borçlunun örnek borçlu tipine oranla özen eksikliği, davranış yanlışlığıdır.

Gösterilmesi gerekli **özenin derecesi** hakkında **iki kriter** vardır. İlki, borçlunun kendi işlerinde gösterdiği (sübjektif) özen ve ikincisi, makul ve dürüst bir borçlunun benzer işlerde göstereceği (objektif) özen kriteridir.

Kast: Borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek ve isteyerek ihlal etmesidir. Borçlunun sözleşmeye aykırı sonucu istemesi halinde **doğrudan kast**; sonucu doğrudan istememekle birlikte göze alması halinde **dolaylı kast** söz konusu olur.

İhmal: Borçlunun, sözleşmenin ihlalini istememekle birlikte, bunu önlemek için kendisiyle aynı meslek çevresinde bulunan kişilerden aynı şartlar altında göstermesi istenilen dikkat ve özeni göstermemesidir.

Ağır, orta ve hafif ihmal olmak üzere üçe ayrılır.

Akdi kusurun sübjektif unsuru:

Akdi kusurun sübjektif unsuru, borçlunun **ayırt etme gücüdür**. Borçlunun gerekli özeni göstermemesi, borç yükümlülüklerini ihlal etmesi, ancak ayırt etme gücüne sahip olması halinde kendisine kusur olarak yüklenilebilir.

TMK mad. 16, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların haksız fiilden doğan zarardan sorumlu olacaklarını düzenlemektedir. Bu madde yalnız haksız fiilden söz etmekle birlikte, bu kişilerin sözleşmenin ihlalinden doğan zarardan da sorumlu olduklarını kabul etmek gerekir. Hâkim, hakkaniyet gerektirdiği takdirde TBK mad. 65/1'e göre ayırt etme gücünden yoksun bulunan borçluyu, sözleşmenin ihlalinden doğan zarardan kısmen veya tamamen sorumlu tutabilir.

Akdi kusurun objektif unsuru:

Sözleşmeden doğan sorumlulukta objektif kusur teorisi geçerlidir. Burada borçlunun göstermesi gerekli özenin derecesi; öncelikle borcun nitelik, kapsam ve içeriğine, sonra da mensup olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul ve dürüst, orta düzeydeki objektif bir borçlu tipinin göstereceği özen derecesine göre belirlenir.

Borçlunun somut olayda, objektif borçlu tipinin farazi davranışından sapan her davranışı, özensiz yani kusurlu bir davranıştır. Bununla birlikte borçlunun bilgi ve yetenekleri objektif tipin bilgi ve yeteneklerinden daha üstün olduğu takdirde, objektif tip değil, borçlunun bilgi ve yetenekleri esas alınır.

Objektif kusur anlayışı içinde borçlu, kişisel yeteneksizlik, bilgisizlik, yaşlılık, dalgınlık, kişilik ve karakter zayıflığı, zekâ düşüklüğü, hastalık vb. durumlarını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Buna karşılık alacaklı, borçlunun kişisel ve mesleki durum ve düzeyini ve eksikliklerini bilerek ve kabul ederek sözleşme yapmışsa, bunlar mazeret sayılabilir, borçlu bunları ileri sürerek kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulabilir.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun türü ve derecesi önem taşımaz, sorumluluk için hafif kusur dahi yeterlidir. Ancak kanun bazı hallerde kast ve ağır ihmal aramaktadır. Örneğin bağışlayan bağışlanana karşı ancak kast ve ağır ihmalden doğan zarardan sorumludur, hafif kusurdan doğan zararda bağışlayanın sorumluluğu söz konusu değildir.

Kusurun hafifliği daha çok tazminattan indirim sebebi olarak önemlidir. Ayrıca sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde işin özel niteliği de önemlidir. İş özellikle borçlu için yarar sağlamadığı takdirde, sorumluluk hafif olarak değerlendirilir.

Kusurun ispatı:

Herkes hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmek zorundadır. Sözleşme dışı sorumlulukta kusuru ispat zarar görene aittir. Oysa sözleşmeden doğan sorumlulukta alacaklı, borçlunun kusurunu ispatla yükümlü değildir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusuru ispat yükü tersine çevrilmiş ve böylece alacaklı daha iyi bir duruma getirilmiştir. Kusursuz olduğunu ispat yükü borçluya aittir, ispat ederse borçtan kurtulur.

Kusuru ispat yükünün alacaklıya değil de, kusursuzluğunu ispatın borçluya yükletilmiş olmasının sebebi, borçlunun, edimin ifasını imkânsız hale getiren olay ve durumları, faaliyet ve işletmede bilgi ve hâkimiyet sahibi olduğu için alacaklıya oranla daha iyi bilecek durumda bulunması fikrine dayanır.

Borçlu, kusursuzluk kanıtını ancak olağanüstü nitelikteki dış olayların (mücbir sebep, alacaklı ve üçüncü kişinin ağır kusuru) sözleşmenin ihlaline sebep olduğunu ispat etmek suretiyle getirebilir.

Borçlu, borcun varlığını veya muaccel olduğunu bilmiyor veya gösterdiği dikkat ve özene rağmen bilecek durumda bulunmuyorsa, onun bu iyi niyeti kusurunu kaldırır. Borçlu bunu ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur.

İspat yükünü tersine çeviren TBK mad. 112, emredici bir hukuk kuralı değildir, taraflar aksini kararlaştırabilirler ve böylece borçlunun kusurunu ispat yükü alacaklıya yüklenebilir. Buna karşılık kusur dışında kalan diğer unsurların özellikle sözleşmenin ihlali, zarar ve uygun illiyet bağı gibi unsurların varlığını ispat yükü alacaklıya düşer.

İstisna: Kusursuz sorumluluk

- ♥ Borçlunun sebep sorumluluğu hallerinin başında TBK mad. 116'da düzenlenen **yardımcı kişilerin** borcu ifa ederken alacaklıya **verdikleri zarardan** sorumluluğu gelmektedir. Burada borçlu, kendisi veya yardımcı kişiler kusurlu olmasalar bile zarardan sorumludur.
- ♥ TBK mad. 118'e göre, mütemerrit borçlu **temerrüt esnasında umulmayan olaydan meydana gelen zarardan** (borç vaktinde ifa edilmiş olsaydı bile, umulmayan olayın şeye isabet edeceğini ispat etmedikçe) sorumludur.
- ♥ Para borçlarında **temerrütte ödenecek gecikme faizinde** borçlu kusurlu olmasa bile sorumludur.

5. TAZMİNATIN HESAPLANMASI:

- ✓ **TBK mad. 112**, sözleşmeyi ihlal ederek alacaklıya zarar veren borçluya **tazmin yükümlülüğünü** getirmiştir. Zarar ve tazminatın hesaplanmasında sözleşme dışı sorumlulukla ilgili TBK mad. 50 ve devamı hükümler kıyas yoluyla uygulanır.
- ✓ Zararın varlık ve miktarını **ispat alacaklıya düşer**. Zararın miktarı kesin ispat edilemezse hâkim, olayların normal akışını ve alacaklının aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını tespit eder.
- ✓ Alacaklı, sözleşmeye aykırı davranış sonunda meydana gelen zararın **faizini de talep edebilir**. Bu faiz, temerrüt faizi olmayıp, sözleşmenin ihlalinden doğan zararın faizidir. Faiz, zarar verici olayın gerçekleştiği anda doğar ve bu andan itibaren alacaklı tarafından talep edilebilir. Faiz, zararın bir parçasıdır.

Değiştirme görüşü, alacaklının tazminat talebini kendi ediminin ifasına bağlar. Alacaklı ifa menfaatini ancak kendi edimini ifa karşılığında talep edebilir. Bu nedenle alacaklı karşı edimi aynen alamazsa bile kendi edimini ifa etmek zorundadır.

Fark görüşüne göre tazminat, alacaklının sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden uğradığı zarar miktarı ile kendi ediminin ifade ettiği değer arasındaki farktan ibarettir. Bu fark hesaplanır ve alacaklı, borçludan tazminat olarak bunu talep eder. Alacaklının kendi edimini ifa etmesine gerek yoktur.

- ✓ Alacaklıya ödenecek tazminat, hiçbir zaman **zarar miktarını aşamaz**. Tazminatın amacı alacaklının uğradığı zararın giderilmesidir, haksız yere zenginleşmesi veya borçlunun cezalandırılması değildir.
- ✓ Zarar hesaplanırken, bundan ihlal fiilinin alacaklıya sağladığı yararlar, **denkleştirme ilkesine** göre düşürülmelidir. Örneğin kötü ifa nedeniyle kullanılamaz hale gelen makinenin hurda değeri, alacaklının zararından düşürülmelidir.
- ✓ **İndirim sebeplerinin bulunması** halinde hâkim tazminat talebini tamamen reddedebilir veya uygun bir miktar indirim yapabilir. İndirim sebepleri arasında borçlunun kusurunun derecesi, ortak kusuru, zarara razı olması, ekonomik sıkıntı içinde bulunması gibi sebepler sayılabilir.
- ✓ Taraflar **sorumsuzluk anlaşması** da yapabilirler. Tazminatın hesaplanmasına ilişkin kanuni düzenlemeyi değiştirmeleri de mümkündür.
- ✓ Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, **işin özel niteliğine göre** belirlenir. İş borçlu için yarar sağlamıyorsa, sorumluluk hafif olarak değerlendirilir.
- ✓ Sözleşmeden doğan sorumlulukta **para ile tazmin kuralıdır**. Özellikle edimin ifasının borçlunun kusuruyla imkânsız hale gelmesi veya borcun gereği gibi ifa edilmemesi (örneğin kötü ifa, koruma yükümlülüklerinin ihlali, yapmama borçlarına aykırı davranış) hallerinde istenecek tazminat nakdi tazminattır.
- ✓ Tazminatın **toptan veya irat olarak** ödenmesine hâkim, olayın özelliklerine göre karar verir.
- ✓ Sözleşmeden doğan sorumluluk TBK mad. 72'deki 2 ve 10 yıl ile daha uzun ceza zamanaşımı sürelerine değil, TBK mad. 146, 147'de düzenlenen 10 ve bazen 5 yıllık **zamanaşımı süresine** tabidir.

6. BORÇLUNUN YARDIMCI KİŞİLERDEN DOLAYI SORUMLULUĞU:

Borçlu borcunu, alacaklı da hakkını şahsen kullanmak zorunda değildir. Borçlu bazı kişisel edimleri bizzat ifa zorunda olsa bile, işin niteliği elverdiği ölçüde bazı ifa fiillerinde üçüncü kişilerin hizmetine ihtiyaç duyabilir. Örneğin bir heykeltıraş üstlendiği heykeli yaparken, kumla çimentoyu karıştırma işini şahsen yapması gerekmez.

Borçlunun kullandığı yardımcı kişiye **ifa yardımcısı**, alacaklının da hakkını kullanırken çalıştırdığı üçüncü kişiye **kullanma yardımcısı** denir.

TBK mad. 116, bir yandan borçluya yardımcı kişi kullanma yetkisini verirken, diğer yandan da bu kişilerin işi gördükleri sırada fiilleriyle alacaklıya verdikleri zarardan borçluyu sorumlu tutmuştur.

Borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun şartları:

- Borçlu ile zarar gören alacaklı arasında bir **borç ilişkisi bulunmalıdır**.
- Borcun ifası veya hakkın kullanılması **yardımcı kişiye bırakmış olmalıdır**.
- Borcun ifasının veya hakkın kullanılmasının **yardımcı kişiye bırakılması caiz olmalıdır**.
- Yardımcı kişi, alacaklıya kendisine verilen işi **yürüttüğü sırada zarar vermiş olmalıdır**.
- Yardımcı kişinin davranışı, **borçluya farazi bir kusur olarak yükletilebilmelidir**.
- Zarar olmalıdır**.
- Uygun illiyet bağı bulunmalıdır**.

Borç ilişkisi bulunmalıdır: Borç ilişkisi sözleşmeden, kanundan, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden doğabilir. Sözleşme görüşmelerinde yardımcı kişi kullanılabilir. Yardımcı kişi, görüşmeler esnasında, diğer tarafa zarar verdiği takdirde, yardımcı kullanan kimse zarardan sorumlu olur.

Yardımcı kişi vasıtasıyla ifa edilecek borç, dava edilebilir bir borç olmalıdır. Dava edilmesi mümkün olmayan eksik borcu ifa yardımcısı ifa ederken, bundan doğan tazminat alacağı da eksik borç niteliğinde olacağından, borçlu tazminat yükümlüsü olmaz.

Yan yükümlülüklerin ifası da yardımcı kişiye bırakılabilir. Bu takdirde doğan zarardan borçlu sorumlu olur.

Bir borç olmamakla birlikte, yardımcı kişi borçluya düşen bir külfeti yerine getirirken zarar verirse TBK mad. 116, duruma göre kıyasla uygulanabilir.

Yardımcı kişiye bırakmış olmalıdır: Yardımcı kişi işin türüne göre **ifa yardımcısı**, **koruma yardımcısı** veya **kullanma yardımcısı** olmak üzere üçe ayrılır.

Borçlunun ifa faaliyetine katılmasına **izin verdiği** üçüncü kişiye **ifa yardımcısı** denir. Borçlunun çağrısı, izni olmadan ifaya katılan üçüncü kişi yardımcı olarak adlandırılmaz.

Tüzel kişinin organı ifa yardımcısı değil, tüzel kişinin kendisidir. Organ borca aykırı hareket ederek alacaklıya zarar verirse, tüzel kişi, TBK mad. 116 değil, TBK mad. 112'ye göre sorumlu olur.

Üçüncü kişinin yardımcı sıfatını kazanabilmesi için, borçlunun borcunu bu kişiye ifa ettirmesi gerekir. Yardımcı, ifaya bizzat katılmalıdır. İfaya fiilen katılmayan üçüncü kişi, ifa yardımcısı sayılamaz.

İfa yardımcısı gerçek veya tüzel kişi olabilir.

TBK mad. 66'ya göre sözleşme dışı sorumluluktaki yardımcı kişi kavramı ile **TBK mad. 116'ya göre** sözleşmeden doğan sorumlulukta yardımcı kişi kavramı farklıdır. TBK mad. 116'daki yardımcı kişi kavramı daha geniş kapsamlıdır. TBK mad. 66'ya göre yardımcı kişinin adam çalıştırmanın otoritesi altında bulunması veya sürekli olarak hizmet ilişkisi içerisinde bulunması gerekirken, TBK mad. 116'ya göre yardımcı kişinin sürekli veya geçici olarak borcun ifasına borçlunun izni ile katılması yeterlidir. Borçluya tabi olması, onun otoritesi altında bulunması şart değildir.

Borçlu ile yardımcı kişi arasındaki hukuki ilişkinin türü önemli değildir. İç ilişkide yardımcı kişinin borçluya bağımlı olup olmaması veya bağımsız çalışması önemli değildir. İradi temsilci de ifa yardımcısı olabilir. İfaya katılan kanuni temsilci hakkında da TBK mad. 116 hükmü, kıyas yoluyla uygulanabilir.

Yardımcı kişi, borcun ifasında yardımına bir defa başvurulmuş geçici kişi olabileceği gibi, sürekli yardıma çağrılan bir işçi de olabilir. Yardımcı kişinin ücret alıp almaması da önemli değildir.

Borçlu yerine geçen kişiler (kaim kişiler) ilke olarak yardımcı kişilerdir, **nitelikli yardımcıları** denir. Borçlu yerine bağımsız olarak hareket eden, edimi yerine getirirken borçludan emir ve talimat almayan kişiye **kaim kişi** denir. Örneğin bir vekil (avukat) bir vergi davasını uzman başka bir avukata vermişse, burada ikame vekâlet ve kaim vekil söz konusudur. Kaim vekilin verdiği zarardan dolayı vekil, **TBK mad. 507'ye göre**; vekil yetkisiz olarak kaim vekil kullanmışsa, **(olağan yardımcı sayılır)** ve zarar varsa vekil, TBK mad. 116'ya göre sorumlu olur, ayrıca kusur varsa TBK mad. 112'ye göre sorumlu olur.

Borçlunun koruma yükümlülüklerinin tamamının veya bir kısmının yerine getirilmesi kendilerine bırakılan kişilere, **koruma yardımcısı** denir. Örneğin bir işveren işyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbirleri almakla yükümlüdür. İşveren bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini bazı işçilere bırakırsa, bu kişiler koruma yardımcısı olarak nitelendirilir. Koruma yardımcısının kendisine bırakılan işi yapmaması veya eksik ya da kötü yapması halinde bir zarar doğarsa, işveren (borçlu) bu zarardan sorumludur.

Alacaklının borç ilişkisinden doğan hakkını kullanmaya izin verdiği üçüncü kişiye **kullanma yardımcısı** denir. Bu kişinin karşı tarafa verdiği zarardan alacaklı sorumludur.

Yardımcı kişiye bırakılması caiz olmalıdır: Borcun ifasının veya hakkın kullanılmasının yardımcı kişi tarafından yaptırılması caiz değilse, borçlu veya alacaklı, TBK mad. 116'ya göre değil, TBK mad. 112'ye göre sorumlu olur. Borçlunun şahsına bağlı edimlerin ifasının yardımcı kişiye bırakılması caiz değildir. Şahsa bağlı edimlerde yetenek ve beceriyle ilgisi olmayan fiillerin yardımcıya bırakılması caizdir.

İşi yürüttüğü sırada zarar vermiş olmalıdır: Borçlunun sorumlu olması için, yardımcı kişinin kendisine bırakılan işi ifa ederken ihlal yapması gerekir.

İfa yardımcısı kendisine verilen işi yerine getirirken alacaklının sadece edim menfaatini değil, bu menfaatin dışında kalan diğer malvarlığı değerleriyle kişilik değerlerini de korumak zorundadır. Bunlar borçlunun ve yardımcısının koruma yükümlülüklerini oluşturur. Alacaklının diğer menfaatlerini de ihlal eden, örneğin alacaklının koruması altındaki eş ya da çocuğunun vücut bütünlüğünü ihlal eden yardımcının bu davranışı borca aykırı olup, bundan doğan zararı borçlunun tazmin etmesi gerekir.

Borçluya farazi bir kusur olarak yükletilebilmelidir. Bu konuda üç görüş vardır.

- ♥ **Bazı yazarlara göre (gerçek kusuru arayan),** borçlunun, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarardan sorumlu olması için, **yardımcının kusurlu olması** gerekir. Gerekçesi şöyledir: Borçlu borcu bizzat ifa etmiş olsaydı, meydana gelen zarardan ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu olacaktı. Yardımcı kusurlu değilse, zarardan borçluyu sorumlu tutmak hakkaniyet fikrine aykırıdır. Borçlu, yardımcısının kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulur.
- ♥ **Diğer bir görüşe göre (kusur aramayan),** borçlunun, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarardan sorumlu olması için, kendisinin veya **yardımcısının kusurlu olması gerekmez.** Yardımcı kusurlu veya kusursuz olsun, borcu ifa ederken alacaklıya zarar vermişse, borçlu bu zarardan sorumludur. Borçlu yardımcı kullanmakla, ondan yararlanmaktadır. Yardımcısının fiilinden yararlanan borçlu, onun verdiği zarardan sorumlu olması hakkaniyet fikrine, nimet külfet dengesine uygun düşer.
- ♥ **Bir başka görüşe (farazi kusur arayan) ve hâkim görüşe göre,** borçlunun sorumlu olması için, yardımcı kişinin kusuru aranmaz, borçlunun veya yardımcı kişinin gerçek kusuruna da gerek yoktur. Burada sorumluluk yardımcı kişinin değil, **borçlunun farazi kusuruna** dayanır. Yardımcı kişinin zarar verici davranışını **bizzat borçlu yapmış olsaydı, bu davranış onun için kusurlu sayılacak idiyse,** borçlunun farazi kusuru gerçekleşmiş olur. Buna karşılık borçlu, bu davranış onun için kusurlu sayılmayacak idiyse bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulur.

Borçlunun bilgi ve yetenekleri yardımcı kişiye oranla daha üstünse, farazi kusurun belirlenmesinde göz önünde tutulur ve yardımcı için kusurlu olmayan bir davranış borçlu için kusur sayılabilir.

Buna karşılık yardımcı yönünden kusurlu sayılan bir davranış, borçlu tarafından yapılsaydı ve borçlu için kusur sayılmayacak idiyse, borçlu zarardan sorumlu olmaz. Yardımcının gerçek kusuru, borçlunun farazi kusuru yerine geçmez.

Zarar olmalıdır. Alacaklının uğradığı zarar maddi veya manevi olabilir.

Uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Borçlunun sorumlu olması için yardımcının fiili ile zarar arasında önce tabii, sonra da uygun illiyet bağı bulunmalıdır. İfa veya kullanma yardımcısının davranışı ile somut olaydaki zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut değilse veya mücbir sebep, alacaklının veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile kesilmişse, zarardan sorumluluk söz konusu olmaz.

Hüküm ve sonuçları:

- Borçlu, yardımcının alacaklıya verdiği zarardan dolayı bu zararı kendi fiiliyle vermiş gibi sorumlu olur.
- TBK mad. 116, (TBK mad. 66'nın aksine) borçluya **kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanımış değildir.** Bu nedenle borçlu, yardımcıyı seçmede, ona talimat ve bilgi vermede, onu denetleme ve gözetlemede kusurlu olmadığını, her türlü özen ve dikkati gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Buna karşılık zarar umulmayan hal veya mücbir sebepten meydana gelmişse, borçlu bunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

- Zararın tazmininin yardımcından istenmesinin mümkün olması halinde borçlu, yardımcıya **rücu edebilir**.
- Borçlu ile yardımcı arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi varsa ve yardımcı kusurlu ise, borçlunun rücu alacağı, yardımcının sözleşmeye aykırı davranışına dayanır.
- Borçlu ile yardımcı arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi yoksa ve yardımcının fiili alacaklıya karşı işlenmiş haksız fiil niteliği taşıyorsa, borçlu alacaklıya ödediği tazminat için yardımcıya TBK mad. 62'ye göre rücu eder. Bunun için yardımcının kusurlu olması gerekir. Rücu tazminatı, yardımcının kusuru oranında gerçekleşir.
- Alacaklı ile ifa yardımcısı arasında bir akdi ilişki olmadığından, alacaklı ona karşı sözleşme ihlaline dayanan bir tazminat davası açamaz. Buna karşılık yardımcının davranışı bir haksız fiil teşkil ediyorsa, alacaklı borçlu ile birlikte veya tek başına yardımcıyı haksız fiil hükümlerine göre dava edebilir. Bu takdirde borçlu ile yardımcı, alacaklıya karşı müteselsil sorumludur.
- **TBK mad. 116'ya göre**, borçlu, alacaklı ile önceden yapmış olduğu bir sorumsuzluk anlaşması ile yardımcıların sebep olacağı zarardan dolayı sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırabilir. Ancak uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat kanun ya da yetkili makamlarca verilen bir izinle yürütülebiliyorsa, yardımcıların fiillerinden sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

7. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI (SORUMLULUKTAN KURTULMA ANLAŞMASI): TBK mad. 115

Sözleşmenin ihlalinden doğan zararın gerçekleşmesinden önce taraflar arasında açık veya örtülü yapılan ve ilerde alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan, bağımsız ya da sözleşmeye ek olarak yapılan anlaşmaya denir.

İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü gereği taraflar, borçlunun edimi tam ve gereği gibi ifa etmemesinden doğacak zarardan sorumluluğunu, bunun şartlarını ve miktarını, şeklini önceden kararlaştırabilirler, zarara kimin katlanacağını hükme bağlayabilirler, daha ağır bir sorumluluk da öngörebilirler. Kusursuz sorumluluk halinde de (mücbir sebep veya umulmayan halde) borçlunun sorumlu olacağını kararlaştırabilirler.

Taraflar bu anlaşmada borçlunun sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırıp, tam bir sorumsuzluk anlaşması yapabilecekleri gibi, sınırlı bir sorumluluk anlaşması da yapabilirler.

Buna karşılık borçlunun borcunu ifa edip etmemekte serbest olduğuna ilişkin anlaşma sorumsuzluk anlaşması değildir. Aynı şekilde borçluyu belli olayların gerçekleşmesi halinde ifa yükümlülüğünden kurtaran anlaşmalar da sorumsuzluk anlaşması sayılmaz.

Sorumsuzluk anlaşmasının hukuki niteliği:

- Bir **sözleşmedir**, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelir.
- Alacaklı yönünden bir **tasarruf işlemi**, borçlu yönünden bir **kazandırıcı işlem**dir.
- Bu anlaşmanın **konusu** alacaklının malvarlığında ilerde meydana gelecek bir **tazminat hakkıdır**.
- Alacaklının **tasarruf yetkisine sahip olması** gerekir.
- Bu anlaşmanın **hukuki sebebi bağışlamadır**.
- Bu anlaşma sözleşmenin yapıldığı sırada veya **en geç zarar doğmadan önce** yapılmalıdır.
- Zarar **doğduktan sonra** yapılan anlaşma sorumsuzluk anlaşması değil, ibra veya **sulh sözleşmesidir**.
- **Bağımsız** ya da **sözleşmeye ek** olarak yapılabilir.
- Geçerliliği herhangi bir **şekil şartına bağlı değildir**.

Sorumsuzluk anlaşmasının geçerlilik şartları:

- **TBK mad. 115'e göre** borçlunun **ağır kusurundan** (kast veya ağır ihmal) doğacak zarardan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüzdür.
- Borçlunun alacaklı ile **hizmet sözleşmesinden** kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin yaptığı her türlü sözleşme kesin hükümsüzdür.
- **Uzmanlığı gerektiren** bir hizmet, meslek veya sanat ancak kanun ya da yetkili makamlarca verilen bir izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.
- Kusurlu imkânsızlıkta sorumsuzluk anlaşmasının **geçerli olup olmayacağı şöyle incelenebilir**:
 - ✓ **Kast veya ağır ihmal halinde**: Borçlu edimin ifasını kasten veya ağır ihmali ile imkânsız hale getirmişse sorumsuzluk anlaşması geçersizdir. Buna karşılık, asıl sözleşme ve borçlunun asıl sözleşmedeki sorumluluğu devam eder.

- ✓ **Hafif ihmali halinde:** Borçlu hafif ihmali ile ifayı imkânsız hale getirmişse sorumsuzluk anlaşması ilke olarak geçerlidir. Ancak şu **iki durumda hafif kusur halinde** anlaşma **hükümsüzdür**.

→ **Alacaklı anlaşma yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde bulunuyorsa**

Özellikle hizmet sözleşmelerinde söz konusu olur. Örneğin işveren, işçilerle önceden yaptığı sözleşmede önlemlerin bazılarını almamak hususunda anlaşmışsa tazminattan kurtulamaz.

→ **Borçlunun sorumluluğu, kanun ya da yetkili makamlarca verilen bir izinle yürütülebilecek ve uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanattan doğmaktaysa**

Hâkim hafif kusur halinde de sorumsuzluk anlaşmasını kesin hükümsüz saymalıdır. Gaz, su, elektrik, telefon, internet, banka, sigorta vb kuruluşlar meslekte uzman kuruluşlardır. Hem uzmanlık hem de izin ile yürütülen avukatlık, doktorluk, diş hekimliği, eczacılık, öğretmenlik, mimarlık vb. meslek ve sanat icra edenlerle yapılan sözleşmeler de aynı kurallara tabidir.

8. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ:

Borçlunun borçlanılan edimi borca aykırı olarak geç ifa etmesine **borçlunun temerrüdü** denir.

Kusurlu imkânsızlık ile temerrüt arasındaki fark;

- ♥ Kusurlu imkânsızlıkta ifa kesin olarak **imkânsız** hale gelir, temerrütte ifa **mümkün** olmakla birlikte gerçekleşmesi zaman yönünden borca aykırı olarak gecikmiş bulunmaktadır. Kusurlu imkânsızlık, borçlu temerrüdünü engeller. Imkânsızlığın olduğu yerde temerrüt söz konusu olmaz.
- ♥ Kusurlu imkânsızlık için borçlunun **kusuru şart** iken, temerrütte **kusur şart değildir**.

Borçlu borçlanılan edimi daha sonra ya **ifa eder** ya da kesin olarak **ifa etmeme durumuna girer**.

- ✓ Sonradan ifa halinde borçlu yerine göre, temerrüt faizi ve gecikme tazminatı öder.

- ✓ Borçlanılan edimin **kesin ifa edilmemesi iki halde** gerçekleşir.

→ Borçlanılan edimin ifasının temerrüt esnasında **imkânsız hale gelmesi** mümkündür, bu durumda temerrüt sona erer. Kusurlu imkânsızlık halinde borçlu, zararı TBK mad. 112'ye göre tazmin zorundadır. Kusursuz imkânsızlık halinde ise TBK mad. 136'ya göre sona erer.

→ Alacaklı TBK mad. 125/2'ye dayanarak ve duruma göre **seçim hakkını** kullanabilir. Sonraki ifadan vazgeçerek müspet zararı isteyebilir veya sözleşmeden dönerek menfi zararı isteyebilir.

Temerrüt hem **asli** hem de **yan edimlerin** ifasındaki gecikmedir. Buna karşılık, yan yükümlülüklerde temerrüt söz konusu olmaz. Zira **yan yükümlülüklerin** bağımsız bir varlığı olmadığı gibi, dava yoluyla ifalarının talep edilmesi de mümkün değildir. Bunların ifasındaki gecikme temerrüde değil, tazminat talebine imkân verir.

Eksik borçlarda alacaklı, borçludan edimin ifasını talep ve dava edemez, bu nedenle eksik borçlarda borçlu temerrüdünden söz edilemez.

BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI:

TBK mad. 117/1: Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.

- Edimin **ifası mümkün** olmalıdır.
- Borç **muaccel** olmalıdır.
- Borçluya **ihtar yapılmış** olmalıdır.
- Alacaklı, edimi **kabule hazır** olmalıdır.
- Borçlunun edimi **ifadan kaçınma hakkı** bulunmamalıdır.
- İfa etmeme, **borca aykırı bir davranış** olmalıdır.

İfası mümkün olmalıdır: Edimin ifası sonradan objektif olarak imkânsız hale gelirse temerrüt sona erer, sübjektif imkânsızlık halinde temerrüt devam eder.

Borç muaccel olmalıdır: Muacceliyet, alacaklının borçludan edimi talep ve dava edebilme yetkisini ifade eder. Muacceliyet, temerrüdün zamanla ilgili şartıdır. Borç muaccel olmadan borçlu, mütemerrit olmaz. Alacağın muaccel olacağı an ya tarafların anlaşması veya bir ihbar ya da kanun hükmü veya hukuki işlemin niteliği ile belirlenir. Bunlar yoksa TBK mad. 90'a göre alacak doğduğu anda muaccel olur.

İhtar yapılmış olmalıdır:

- İhtar, alacaklının borçluyu edimi yerine getirmeye davet etmesidir. Alacaklının borçludan borcu ifa isteğini içeren, tek taraflı, varması gerekli bir irade açıklamasıdır.

- Alacaklı, ihtarda alacağı talep iradesini kesin olarak açığa vurmalıdır. Borçluyu, edimi vaktinde yerine getirmeyse temerrüdün sonuçlarından sorumlu olacağı hususunda uyarmalıdır.
- Borçlu, ihtar uyar ve edimi yerine getirirse, borca uygun davranmış olur ve alacaklıyı tatmin etmiş olur.
- İhtar, alacaklı veya yetkili temsilcisi tarafından yapılır.
- İhtarın hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için bunun borçlu veya yetkili temsilcisinin hukuk alanına ulaşmış olması gerekir.
- İhtarda bulunan alacaklının ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir, fiil ehliyeti şart değildir. Çünkü ihtarda alacaklı, bir borçlanma veya tasarruf işlemi yapmamaktadır.
- Alacaklının ihtarda edimin ifası için borçluya bir süre vermesi gerekli değildir. Uygulamada ek bir süre verildiği görülmektedir. İhtarın geçerliliği için ilke olarak bu ek sürenin verilmesine gerek yoktur.
- İhtarın hangi alacak için yapıldığı beyanda açıkça gösterilmelidir.
- Alacaklının ifasını talep ettiği edim, borçlanılan edime miktar ve nitelik yönünden uygun olmalıdır.
- İhtarda, edimin belirtilen zaman ve yerde, miktar ve nitelikte yerine getirilmemesi halinde borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmiş olacağı uyarısı yer almalıdır.
- İş hayatında kabul edilen görüşe göre, bir hesap veya faturanın gönderilmesi ihtar sayılmaz. Buna karşılık ödeme süresinin geçmesinden sonra gönderilen bir hesap özeti, ihtar yerine geçer.
 - * Borçluyu ifaya davet eden bir mektup,
 - * TBK mad. 123'e göre uygun bir sürenin verilmesi
 - * Bir ödeme emri,
 - * Bir ifa davası ihtar sayılır.
- İhtar herhangi bir şekilde yapılabilir. Ticari işlerde ihtarın yazılı yapılması şarttır.
- Alacaklı, borç muaccel olmadan da tedbir niteliğinde borçluyu uyarmak için ihtarda bulunabilir.

İhtar yerine geçen durumlar:

TBK mad. 117/2, borçlunun temerrüdü için bazı hallerde ihtar gerekli görmemiştir. Bu durumlar:

- 1) **Belirli vadeli borçlar:** Borçlu ifayı belirli bir vadede yapmakla yükümlüyse, ihtarda bulunmaya gerek yoktur. Borçlu kararlaştırılan belirli vadede ifada bulunmazsa, kendiliğinden temerrüde düşer.

Kararlaştırılan vade günü bir takvim günüyle (1 Temmuz 2017'de teslim) belirlenebileceği gibi, kesinlikle hesaplanabilecek objektif kriterlerle de (her ayın sonunda) belirlenebilir.

Haksız fiilde fiilin işlendiği tarihte borçlu kendiliğinden, kanun gereği temerrüde düşer.

Sebepsiz zenginleşmede borçlu, zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte temerrüde düşer. Ancak sebepsiz zenginleşen iyi niyetli ise temerrüt için bildirim şarttır.

Taraflar sözleşmede, içlerinden birine borcun ifa edileceği günü bir bildirimde bulunarak belirleme yetkisi vermiş olabilirler. Bildirim yetkisi verilen taraf genellikle alacaklıdır. Bu durumda alacaklı, usulüne uygun bir bildirimde bulunarak ifa gününü belirler. Borçlu, belirlenen bu günde ifada bulunmazsa kendiliğinden temerrüde düşer.

- 2) **İhtara gerek olmayan haller:** Borçlu, borç muaccel olmadan önce alacaklıya borcu ifa etmeyeceğini açık olarak bildirmişse, artık ihtar gerek yoktur.

Alacaklı, edimi kabule hazır olmalıdır: Alacaklının sunulan ifayı kabulden kaçınması veya hazırlık fiillerini yapmaması halinde, alacaklı temerrüdü söz konusu olur. Alacaklının mütemerrit olduğu yerde, borçlu temerrüdü gerçekleşmez.

İfadan kaçınma hakkı bulunmamalıdır: Borçlunun ifadan kaçınma hakkı varsa ve bu hakka dayanarak edimi ifa etmez, yani ödemezlik def'ini ileri sürerse, ifadan kaçınma borca aykırı olmadığından, borçlu temerrüdü söz konusu olmaz.

Borca aykırı bir davranış olmalıdır: Borçlunun muaccel bir borcu ifa yükümlülüğü, bunun ancak alacaklı tarafından talep edilmesi halinde doğar. Zira muaccel bir borcu ifa etmeyen borçlu bu haliyle borca aykırı davranmış olmaz.

Temerrütte, muaccel bir borcun ihtarın yapılmış veya belirli vadenin dolmuş olmasına rağmen, borçlu tarafından ifa edilmemesi söz konusudur. Borçlunun belirli vadede veya ihtarla rağmen edimi ifa etmemesi ise borca aykırı bir davranış olur.

KUSUR GEREKLİ DEĞİLDİR

Borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olması şart değildir. TBK objektif temerrüt teorisini kabul etmiştir. Bununla birlikte kanun, temerrüdün bazı sonuçları yönünden borçlunun kusurunu aramıştır. Özellikle gecikme tazminatı ile beklenmedik halden sorumlulukta, borçlunun kendi kusuruyla temerrüde düşmüş olması gerekir.

BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI

a. GENEL SONUÇLAR

Borçlunun temerrüdü borcu sona erdirmez, borç devam eder. Alacaklı her zaman ifayı talep edebilir, borçlu da gecikmiş edimi ifa edebilir. Alacaklı, borçlu tarafından teklif edilen ifayı kabul etmezse, kendisi temerrüde düşer.

Kusursuz temerrüdün sonuçları

- 1) Aynen ifa yükümlülüğü
- 2) Para borçlarında temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü

Kusurlu temerrüdün sonuçları

- 1) Aynen ifa yükümlülüğü
- 2) Gecikmeden doğan zarardan sorumluluk (gecikme tazminatı)
- 3) Beklenmedik halden (kazadan) sorumluluk
- 4) Para borçlarında aşkın zarardan (munzam zarar) sorumluluk

Aynen ifa	Edim imkânsız hale gelmedikçe, temerrüt halinde borcun aynen ifası mümkündür. İfa mümkün olduğu sürece, alacaklı, mütemerrit borçludan borcun aynen ifasını her zaman isteyebilir. Bu amaçla ifa davası açabilir, icraya başvurabilir.
Temerrüt faizi ödeme	Para borçlarında temerrüde düşen borçlu temerrüt faizi ödemek zorundadır. Temerrüt faizi, anlaşmaya gerek olmadan doğrudan kanundan doğar ve yalnız para borçlarında uygulanır. Para borcu dışındaki borçlarda temerrüt faizi ödemez. Bu borçlarda alacaklı temerrüt dolayısıyla uğradığı zararı ispat ederek tazminini isteyebilir. Temerrüt faizi; alacaklının parasını (borçlunun elinde bulundurması nedeniyle) kullanımdan yoksun kalmasından doğan zararın giderilmesi ve ayrıca karşılıksız kredi sağlayan, sebepsiz zenginleşen borçlunun bu zenginleşmeyi iade etmesi fikrine dayanır. Temerrüt faizi temerrüdün doğrudan sonucudur, alacaklının zarara uğraması ve borçlunun kusurlu olması şart değildir. Temerrüt faizi, aksinin ispatına izin verilmeyen zarar karinesine dayalı, alacaklı lehine konulmuş bir tazminattır. Ancak temerrüt faizi sadece para borçlarında söz konusu olur. Para borcu, parça borcu niteliğinde ise, temerrüt halinde gecikme faizi ödenmez, gecikme tazminatı talep edilebilir. Temerrüt faizi sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, yıllık % 9'dur. Bakanlar kurulu bunu aylık belirleyebilir, % 10'una kadar indirebilir veya bir kat artırabilir. Sözleşmede taraflar temerrüt faizini belirlememiş, fakat akdi faiz oranı % 9'dan yüksekse temerrüt faizi akdi faiz oranından az olamaz. Taraflar daha yüksek (%60-70) temerrüt faizi kararlaştırabilirler. Ahlak ve gabin kurallarına aykırı olmadıkça, bu miktar geçerlidir. 2013'ten itibaren ticari işlerde kanuni temerrüt faizi yıllık % 13,75'tir. Temerrüt faizi; temerrüt tarihinden itibaren, yani ihtara bağlı işlemlerde <u>ihtarın borçluya vardığı</u>, belirli vadeli işlemlerde ise <u>vadenin sona erdiği</u> tarihten itibaren işlemeye başlar. Buna karşılık faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, temerrüt tarihinden itibaren değil, bunlar için mahkeme veya icra takibine başvurulduğu tarihten itibaren temerrüt faizi ödemek zorundadır. Temerrüt faizini ifada temerrüde düşen borçlu hakkında temerrüt faizi işlemez. Alacaklı dava dilekçesinde temerrüt faizini talep etmemişse hâkim re'sen buna hükmedemez.

Gecikme tazminatı	Edimin gecikerek aynen ifası, bazı hallerde alacaklının zararını karşılamaya yetmez. Bu nedenle alacaklı, borçludan aynen ifa yanında gecikme tazminatı da isteyebilir. Buna karşılık alacaklı, aynen ifadan vazgeçip yalnız gecikme tazminatı isteyemez. Borçlunun gecikme tazminatından kurtulabilmesi için temerrütte kusurunun bulunmadığını ispat etmesi gerekir. <u>Gecikme tazminatının şartları:</u> a) Borçlu ifada gecikmiş olmalıdır. Borçlu, borcu muaccel olduktan sonra fakat mütemerrit olmadan önce ifa ederse, ortada bir geç ifa ve zarar olmaz. Zira borcun muaccel olması, tek başına borçlunun temerrüdü sonucunu doğurmaz. Muaccel bir borcun borçlusu, ancak alacaklının ihtarına veya belirli vadenin dolmasına rağmen ifada bulunmaması halinde mütemerrit olur. Geç ifayı ve borçlu temerrüdünü ispat alacaklıya düşer. b) Geç ifadan bir zarar doğmuş olmalıdır. Gecikme zararı, borçlunun edimi zamanında ifa etmesi halinde alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile ifanın geç yapılmış olmasından dolayı hâlihazırdaki durumu arasındaki farktır. İfası geciktirilen edimin taşıdığı değer, gecikme zararı içinde yer almaz. Çünkü geç olsa da alacaklı bunu elde edecektir. Buna karşılık, temerrüt esnasında edimdeki değer kayıpları gecikme zararıdır. Gecikme zararı, müspet bir zarardır. Bu zarar; -- İhtar ve takip giderleri -- Karşı edim için yapılan hazırlık masrafları -- Alacaklının geciken edim için yaptığı kiralama, satın alma için ödediği paralar -- Alacaklı şeyi başkasına taahhüt etmişse ve gecikme nedeniyle üçüncü kişilere ödediği tazminat ve cezaları kapsar. -- Yoksun kalınan kâr ve -- Alacaklının fiyat değişimlerinden doğan kayıpları da bu zararın içindedir. Gecikme zararının varlık ve miktarını ispat yükü alacaklıya düşer. Gecikme zararı ile ilgili TBK mad. 118 düzenleyici bir normdur, taraflar sorumsuzluk anlaşması yapabilirler. c) Zarar ile geç ifa arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre geç ifa, somut olaydaki zararı doğurmaya niteliği icabı elverişli ise uygun illiyet bağı gerçekleşmiş olur. Uygun illiyet bağı ispat yükü alacaklıya düşer. d) Zarar borçlunun kusurlu davranışından doğmuş olmalıdır. Borçlunun geç ifadan doğan zarardan sorumlu olması için kusurlu olması gerekir. Borçlu her türlü kusurundan sorumludur. Kusursuzluğun ispatı borçluya düşer. İfanın, yardımcı kişilerin davranışından dolayı gecikmesi halinde de borçlu, TBK mad. 116'ya göre zarardan sorumludur.
Beklenmedik halden sorumluluk	TBK mad. 119'a göre, kendi kusuruyla temerrüde düşen borçlu, temerrüt sırasında şeyin beklenmedik bir halden dolayı yok olmasından veya kötüleşmesinden sorumludur. Bu madde yalnız parça borçlarında geçerlidir. Beklenmedik halden doğan sorumluluktan kurtulma iki türlü olabilir. • Borçlu, temerrüdün kendi kusuru olmaksızın gerçekleştiğini ispat ederse kurtulur. • Borçlu, borcunu zamanında ifa etseydi bile, beklenmedik halin alacaklının zararına olarak ifa edilecek şeye isabet edeceğini ispat ederse kurtulur.

Aşkın zarardan sorumluluk	Alacaklının para borçlarında, temerrüt nedeniyle uğradığı zarar, almış olduğu gecikme faizinden fazla olabilir. Örneğin alacaklı işlerini yürütmek için daha yüksek faizli kredi almış olabilir. Alacaklının malvarlığında iradesi dışında meydana gelen ve temerrüt faizinin üzerinde buluna zarara aşkın zarar denir. Aşkın zararın kabulü için kredi kullanılması yetmez, ayrıca bu kredinin geç ifa konusu şey ile ilgili olması gerekir. <u>Aşkın zararın şartları:</u> ♥ Alacaklının aşkın zararı ispat etmesi gerekir. ♥ Aşkın zarar ile borçlu temerrüdü arasında uygun illiyet bağı mevcut olmalıdır. ♥ Borçlu kusursuzluk kanıtı getirememiş olmalıdır. Alacaklı aşkın zararı talep edebilir. Aşkın zarar ile ilgili TBK mad. 122 düzenleyici bir normdur, taraflar aksini kararlaştırabilirler, sorumsuzluk anlaşması yapabilirler.
----------------------------------	---

b. ÖZEL SONUÇLAR (KARŞILIKLI BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELER)

TBK mad. 125, borçlu temerrüdüne bazı özel sonuçlar bağlamıştır Burada alacaklıya tanınmış iki seçimlik hak vardır.

- ✓ Gecikme tazminatı + aynen ifayı talep
- ✓ Aynen ifadan vazgeçme + müspet zarar tazmini ya da Sözleşmeden dönme + menfi zarar tazmini

Alacaklının seçimlik haklarını kullanmasını şartları:

- 1) Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olmalıdır.
- 2) Borçlu temerrüde düşmüş olmalıdır.
- 3) Alacaklı borçluya ek bir süre vermiş olmalıdır.
- 4) Borçlu kusurlu olmalıdır.
- 5) Verilen süre içinde borç ifa edilmemiş olmalıdır.

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olmalıdır: TBK mad. 125'in uygulanabilmesi için ortada karşılıklı borç yükleyen (iki tarafa tam borç yükleyen) bir sözleşme olmalıdır.

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde (örneğin faizsiz ödünç sözleşmesi, ücretsiz vekalet sözleşmesi) TBK mad. 125 uygulanmaz. Bunlarda borçlunun temerrüdü halinde, alacaklının seçimlik hakları yoktur. Bu tür sözleşmelerde edimler birbirleriyle karşılıklı bir değişim ilişkisi içinde değildir.

Bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de, ortaklık sözleşmesinde de edimler karşılıklı bir değişim ilişkisi içinde olmadıklarından TBK mad. 125 uygulanmaz.

Borçlu temerrüde düşmüş olmalıdır.

Alacaklı borçluya ek bir süre vermiş olmalıdır: TBK mad. 123'e göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri mütemerrit olursa, diğer taraf borçluya uygun bir süre verebilir veya sürenin verilmesini hâkimden isteyebilir.

- Ek süre verilmesi özel bir şekle tabi değildir.
- Ek süre verilmesi, borcun ertelenmesi değildir, temerrüt devam eder, borçlu gecikme faizi ödemek zorundadır ve kazadan da sorumludur.
- Ek süre alacaklı veya temsilcisi tarafından, borçlu veya temsilcisine verilir.
- Ek süre, alacak zamanaşımına uğramadığı sürece verilebilir.
- Ek süre ihtarla birlikte verilebileceği gibi, daha sonra da verilebilir.
- Ek süre, alacaklının talebiyle hâkim tarafından da verilebilir.
- Ek sürenin edimin ifası için uygun bir süre olması gerekir. Alacaklı ve borçlunun durumu, edimin nitelikleri, dürüstlük kuralları göz önünde tutulur.
- Edimin hemen ifasında alacaklının menfaati ne kadar çoksa, verilecek süre o kadar az olabilir.
- Sürenin çok kısa olması halinde, borçlu itiraz ederek sürenin uzatılmasını isteyebilir.
- Alacaklı uzun bir süre vermişse, bununla bağlıdır, tek taraflı olarak bunu kısaltamaz.
- Süre verilmesini içeren irade beyanı, edimin kesin olarak belirli bir tarihe kadar yerine getirilmesi talebini içermeli, borçluyu son defa ifaya davet etmelidir. Burada ihtardan farklı olarak edimin ifası için belirli bir vade konulmaktadır.
- Alacaklının, verilen süre içinde borçlunun edimi ifa etmemesi halinde meydana gelecek sonuçlar hakkında onu uyarması şart değildir.

Süre verilmesini gerektirmeyen durumlar:

- ♥ **Borçlunun durum ve tutumundan süre verilmesinin etkisiz kalacağı anlaşılırmaktaysa** (örneğin borçlunun kesin olarak ifa etmeyeceğini beyan etmesi, borcu ifa ettiğini iddia etmesi, sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmesi halleri)
- ♥ **Borçlunun temerrüdü sonunda borcun ifasının alacaklı için faydasız hale gelmesi** (örneğin düğün için istenen elbisenin daha sonra teslimi alacaklı için faydasızdır)
- ♥ **Ortada kesin vadeli bir işlem varsa**

Belirli vadeli sözleşme ile kesin vadeli sözleşme farkı: Belirli vadeli sözleşmede vade dolunca ihtara gerek olmadan borçlu kendiliğinden mütemerrit olur. Ancak alacaklının seçim hakkını kullanması için borçluya ek süre verilmesi gerekir. Kesin vadeli sözleşmede sürenin geçmesi ile borçlu mütemerrit olur ve ek süre verilmeksizin alacaklı seçim hakkını kullanabilir.

Borçlu kusurlu olmalıdır.

Verilen süre içinde borç ifa edilmemiş olmalıdır:

Alacaklının seçim hakkının doğması için borçlunun borçlanılan edimi verilen süre içinde de ifa etmemiş olması gerekir.

Alacaklıya tanınan seçimlik hakların çeşitleri:

Alacaklı iki seçimlik haktan birini kullanabilir.

1) Gecikme tazminatı + aynen ifayı talep (TBK mad. 125/1)

2) a) Aynen ifadan vazgeçme + müspet zarar tazmini ya da

b) Sözleşmeden dönme + menfi zarar tazmini (TBK mad. 125/2)

Alacaklı ikinci ihtimali kullanacaksa ilk ihtimalden vazgeçtiğini hemen borçluya bildirmelidir. Alacaklıya tanınmış olan seçimlik haklar yenilik doğuran haklardır. Alacaklı seçim hakkını tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır. Geçerlik yönünden şekil şartına bağlı değildir.

1) Gecikme tazminatı + aynen ifayı talep:

Alacaklı, temerrüde rağmen borçludan her zaman (vazgeçtiğini bildirmediği) edimin aynen ifası ile birlikte gecikme tazminatını isteyebilir. Alacaklı aynen ifayı sağlamak için ifa davası açabilir, cebri icraya başvurabilir.

2) Alacaklının gecikme tazminatı + aynen ifayı talepten vazgeçme hakkı:

Alacaklı gecikme tazminatı ve aynen ifayı istemek niyetinde değilse, vazgeçme iradesini borçluya derhal bildirmelidir. Çünkü beyan, seçim hakkının kullanılması için zorunlu bir şarttır.

Vazgeçme beyanı ile alacaklı ifayı talep hakkını kaybeder. Borçlu da ifanın konusunu oluşturan asli edim yükümlülüğünü yerine getirmekten kurtulur.

Vazgeçme, yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla alacaklının tasarruf yetkisi ve fiil ehliyeti olmalıdır. Vazgeçme beyanı, bir koşula bağlanamayacağı gibi, bundan dönmek de mümkün değildir.

a) Aynen ifadan vazgeçme + müspet zarar tazmini

Alacaklının müspet zararın tazminini istemesi halinde sözleşmenin içeriği değişmekte, sözleşmenin içerdiği asli edim yükümlülüğü yerine tazminat ödeme yükümlülüğü geçmektedir.

Alacaklının borçlanılan edimin ifa edilmemesi yüzünden uğradığı zarara müspet zarar denir.

Müspet zarar; sözleşme vaktinde ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hâlihazırda gösterdiği durum arasındaki farktır. Müspet zarar iki unsurdan oluşur. Bunlar, alacaklının ifadan vazgeçtiği anda **edimin arz ettiği değer ile gecikmeden doğan zarardır.**

Gecikme zararı;

- İfa beklentisi içinde yapılan harcamalar
- Seçim hakkının kullanılması için yapılan masraflar
- Dava giderleri
- Taahhüt nedeniyle üçüncü kişilere ödenen tazminat ve cezaları
- Yoksun kalınan kârı kapsar.
- Para borçlarında gecikme faizi ile aşkın zarar da burada yer alır.

Müşpet zararın hesaplanması ile ilgili **iki teori** vardır.

- ♥ **Değiştirme teorisinde;** mütemerrit borçlu kendi edimi yerine tazminat ödemek zorunda kalırken, alacaklı kendi edimini aynen ifa etmek zorundadır.
- ♥ **Fark teorisinde;** alacaklı kendi edimini aynen ifa etmek zorunda değildir. Bunun yerine borçludan istediği tazminat alacağından, kendi ediminin değerini mahsup yoluyla düşürür ve geri kalan kısmı ister.

Temerrüt nedeniyle müşpet zararın tazminine, hukuki nitelikleri aynı olduğu için, kusurlu imkânsızlıktan doğan müşpet zararın tazminine ilişkin TBK mad. 112 ve devamı uygulanır.

Zararın belirlenmesi ve hesaplanmasında esas alınacak tarih, alacaklının vazgeçme beyanında bulunduğu tarihtir. Asli edimin daha sonra değerinin artması veya düşmesi göz önünde tutulmaz.

TBK mad. 125 düzenleyici bir normdur, aksi kararlaştırılabilir.

b) Sözleşmeden dönme + menfi zarar tazmini

Alacaklı sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini de isteyebilir. Sözleşmeden dönme edimin ifası, alacaklı için faydasız bir durum almış veya tazminat istemesi halinde bunu yerine getirip getirmeyeceği şüpheli hale gelmiş bir borçluya karşı, alacaklıyı koruma amacını güder.

I. Sözleşmeden dönme hakkı

TBK mad. 125/3'e göre, sözleşmeden dönme halinde taraflar, ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler.

Klasik dönme görüşüne göre; dönme bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sözleşme, dönme beyanıyla geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Dönmenin etkisi sözleşmenin kurulduğu ana kadar geriye yürür. Dönmenin hukuki sonuçlarını doğurması, dönme beyanının borçlunun hukuk alanına ulaşmasına bağlıdır.

Yeni dönme (dönüşüm) görüşüne göre; dönme sözleşmeyi ortadan kaldırmaz, sadece sözleşmenin içeriğini değiştirir ve böylece ifa edilen edimlerin iadesi yönünden taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurar. Bu anlamda dönme, değiştirici yenilik doğuran bir haktır.

Yeni görüşe göre dönmenin **iki türlü etkisi** vardır: İlk etki borçtan kurtarıcı etkidir. Henüz ifa edilmeyen edimler ortadan kalkar. İkinci etki ise, daha önce ifa edilen edimleri geri verme borç ilişkisinin kurulmasıdır. Geri verme borcunun dayandığı hukuki sebeple ilgili **dört görüş** vardır.

- i. **Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre,** taraflar ifa ettikleri şeyleri aynen bu mümkün değilse, değeri üzerinden sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri isterler. Zira dönme ile sözleşme ilişkisi ve edimler hukuki sebepten yoksun kalmışlardır.
- ii. **Kanuni borç ilişkisine göre de,** geri verme borcunun kapsamı sebepsiz zenginleşme kurallarına göre belirlenmelidir.
- iii. **Ayni istihkak görüşüne göre,** verilen şeylerin geri istenmesi ayni istihkak talebine dayanır. Zira mülkiyet hakkının devrinin hukuki sebebini oluşturan sözleşme ortadan kalkmıştır. Böylece sebebe bağlılık ilkesi gereğince hukuki sebepteki yokluk tasarruf işlemini etkiler ve mülkiyet hakkı karşı tarafa geçmez. Alacaklı tapu kütüğünün düzeltilmesi davasıyla vermiş olduğu şeyi geri isteyebilir.
- iv. **Akdi borç görüşüne göre,** geri verme borcu sözleşmeden doğan bir borçtur. Sebepsiz zenginleşme ilgisi yoktur, çünkü sözleşme ortadan kalkmamış, sadece içeriği değişmiştir. Ayni istihkak davasıyla ilgisi yoktur, çünkü kazanımın hukuki sebebini oluşturan sözleşme ortadan kalkmamıştır.

Yeni dönme görüşüne göre sözleşme, değişen içeriği ile yani geri verme borcuyla varlığını sürdürür. Geri verme borcunun ifa edilmesiyle taraflar arasında sözleşmenin yapılmasından önceki durum yeniden kurulur.

Şeyin geri verilmesi imkânsız hale gelebilir. Şeyin geri verilmesi, sözleşmeden döndükten sonra iade borçlusunun kusuruyla veya kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmişse yerine göre TBK mad. 112 veya 136 uygulanır. Şeyin geri verilmesi, sözleşmeden dönmeye önce imkânsız hale gelmişse, borçlu şeyin parasal değerini geri verir.

Borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmasa bile, alacaklı sözleşmeden dönebilir. Geri verme borcu sözleşmeden doğduğu için, 10 yıllık zamanaşımına bağlıdır.

II. Menfi zarar tazminini isteme hakkı

Alacaklının edimi, aradaki zaman zarfında borçlunun geciken edimine oranla değer kazanmışsa, alacaklı yararına sonuç doğurur. Buna **spekülasyon menfaati** denir.

Menfi zararın tazmini, alacaklının sözleşmeden dönmesi yüzünden uğramış olduğu zararı içerir. **Menfi zarar**; bir sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olduğuna ya da borçlu tarafından yerine getirileceğine duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan zararı ifade eder.

Buna karşılık, **TBK mad. 125/3'e göre menfi zarar**, sözleşmenin kurulmamış veya geçersiz olmasından değil, alacaklının borçlu temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi yüzünden uğradığı zararı ifade eder.

- Menfi zarar; alacaklının sözleşmeden döndükten sonra malvarlığının gösterdiği durum ile böyle bir sözleşme kurulmuş olmasaydı göstereceği durum arasındaki farktır.
- Menfi zarar; **fiili zarar** ile **yoksun kalınan kâr** kapsar. **Fiili zarar kapsamına**;
 - Sözleşmenin yapılması için harcanan paralar
 - Haberleşme, seyahat giderleri
 - İfa beklentisi içinde yapılan harcamalar (kiralama, başkasından ödünç para alma)
 - Hukuki işlemler için yapılan masraflar
 - Tasfiye ilişkisi masrafları
 - Taahhüt nedeniyle üçüncü kişilere yapılan tazminat ve ceza ödemeleri
 - Edim alınsaydı elde edilecek doğal ve hukuki ürünler girer. **Yoksun kalınan kâra ise**;
 - Kaçırılan fırsatlar dâhildir.
- Dönülen sözleşmeden elde edilecek kâr, yoksun kalınan kâr değildir.
- Yoksun kalınan kâr, ilke olarak, dönülen sözleşmedeki kârın aynıdır. Burada iki işi arasında eşitlik karinesi vardır.
- Zararın tespitinde esas alınacak tarih, hüküm tarihi olup, sözleşmeden dönme tarihi değildir.
- Menfi zararın tazmini talebi 10 yıllık zamanaşımına tabidir.
- Sözleşmeden dönme halinde alacaklı, gecikmeden doğan zararın tazminini isteyemez.
- Sözleşmeden dönme yüzünden uğranılan zarar, sözleşme görüşmelerinden doğan zararlar sözleşmenin müspet ihlalden doğan zararı içermez.
- Menfi tazminat, borçlunun kusurlu olmasını gerektirir. Borçlu, kusursuz olduğunu ispat ederse, tazminat ödemez.
- Menfi zarar nedeniyle ödenecek tazminatın hesaplanmasında alacaklının ortak kusuru, indirim sebebi olarak göz önünde tutulmalıdır.

c. KISMİ TEMERRÜT

Alacaklı kısmi ifayı kabul edebilir. Bu takdirde borçlu edimin kalan kısmını ifa etmek zorundadır. Borçlu edimin kalan kısmını vaktinde borca aykırı olarak yerine getirmediği takdirde mütemerrit olur ve bu temerrüde **kısmi temerrüt** denir.

Alacaklı, borçlunun kısmi temerrüdü halinde TBK mad. 125/1'e göre kalan kısmın aynen ifasıyla birlikte gecikme tazminatını isteyebilir. Ancak, alacaklı ikinci seçim hakkını kullanır ve buna göre müspet zararın tazminini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Bu durumda hâkim görüş, alacaklının tazminat ve dönme hakkını edimin sadece geciktirilen kısmı için kabul etmektedir.

d. ARD ARDA TESLİMLİ VE SÜREKLİ SÖZLEŞMELERDE TEMERRÜT

Ard arda teslimli sözleşmelerde teslim edilecek her kısmın muacceliyet tarihi birbirinden farklıdır. Borçlu, herhangi bir kısmın ifasını geciktirdiği takdirde, sadece bu kısım için mütemerrit olup, diğer kısımlar için temerrüde düşmez. Alacaklı borçlu aleyhine yalnız temerrüde düşülen kısım için harekete geçebilir. Buna karşılık, borçlunun durum ve davranışından ilerideki kısımları da vaktinde ifa etmeyeceği anlaşılıyorsa, alacaklı sözleşmenin tamamından dönebilir.

Sürekli sözleşmelerde geçmişe etkili olarak dönmek sakıncalar doğurabilir. Bu nedenle, geçmişe etkili dönme yerine geleceğe etkili fesih kabul edilmektedir. TBK mad. 138/1'e göre, sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

9. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK: CULPA IN CONTRAHENDO

Culpa in contrahendo, sözleşmenin kurulmasından önceki safhada görüşenlerden birinin veya yardımcılarının, diğer görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere, dürüstlük kuralına dayalı kurulan güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumluluktur.

Buna göre, görüşmeler esnasında görüşenlerin sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özenin göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir.

Görüşenler, bu yükümlülükler kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla kurulmuş olan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde, bundan doğan zarardan sorumludurlar.

Sorumluluğun gerçekleşmesi için üzerinde görüşmeler yapılan sözleşmenin kurulması şart değildir.

Sözleşme kurulmadan görüşmelerin kesilmesi, sorumluluk sebebi olmaz. Görüşmelere başlayan kimsenin sözleşmeyi yapma zorunluluğu yoktur. Bu nedenle görüşmelerin kesilmesi yüzünden sözleşmenin kurulacağı beklentisi ve ümidi içinde diğer görüşmecinin bir zarara uğraması sonucu değiştirmez.

SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Haksız fiil görüşü (TBK mad. 49, 66, 72)

Bu görüşe göre, görüşmelerden doğan sorumluluk haksız fiil sorumluluğudur. Burada sözleşme öncesi bir davranıştan doğan zarardan sorumluluk söz konusudur. Sözleşme ilerde kurulsun ve hatta ifa edilse bile, görüşmeler esnasındaki kusur bu haliyle sözleşmenin ihlali anlamına gelmez.

Görüşmelerden doğan zararın tazmini TBK mad. 49'a tabidir. Tazminat talebi TBK mad. 72'ye göre 2 yıllık zamanaşımına tabidir. Sözleşme sorumluluğunda uygulanan TBK mad. 146 burada geçerli olmaz. Görüşmelerin sebep olduğu zarar yardımcı kişinin davranışından doğmuşsa görüşmeci TBK mad. 116'ya göre değil, TBK mad. 66'ya göre sorumludur. Kusuru ispat yükü, haksız fiil sorumluluğuna uygun olarak zarar gören görüşmeciye düşer.

2. Sözleşmeden doğan sorumluluk görüşü (TBK mad. 112, 116, 146)

Bu görüşe göre, görüşmelerden doğan sorumluluk sözleşme sorumluluğudur. Görüşmelerden doğan sorumluluk sözleşme sorumluluğu olduğu için, tazminat talebi TBK mad. 146'ya göre 10 yıllık zamanaşımına tabidir.

Görüşenlerin yardımcılarından dolayı sorumluluklarına da TBK mad. 116 uygulanır. Kusuru ispat yükü ise zarar gören görüşmeciye düşmez, tam aksi zarar veren görüşmeci, TBK mad. 112'ye göre kusursuz olduğunu ispat zorundadır.

Görüşme ilişkisinin temeli güven ilişkisidir, güven ilişkisi hukuki bir ilişkidir. Hukuki ilişkinin olduğu yerde, bunun ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Haksız fiilde önceden kurulmuş hukuki ilişki yoktur. Bu nedenle görüşme ve güven ilişkisi ihlaline sözleşme sorumluluğu hükümleri uygulanmalıdır.

3. Kendine özgü sorumluluk görüşü

Bazılarına göre kendine özgü nitelik taşıyan görüşme sorumluluğu TMK mad. 2'ye dayanır. Bazılarına göre kendine özgü nitelik taşıyan görüşme sorumluluğuna sözleşme hukuku kuralları uygulanmalıdır. Bazı yazarlar ise bu sorumluluğu haksız fiil veya sözleşme sorumluluğu içine sokmanın zorunlu olmadığını, aksine her somut olayda hangisi uygulanmalıysa onu savunmaktadırlar.

SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK HALLERİ

1. Kanunda düzenlenen haller

- Kendi kusuruyla yanılan tarafın, sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı karşı tarafın uğradığı zarardan sorumluluğu** (tazmin yükümlülüğü vardır)
- Temsil olunanın temsil belgesini geri almamasından dolayı iyi niyetli üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumluluk** (temsil olunan sorumludur)
- Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu**
- Başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin butlanından doğan zarardan sorumluluk** (imkânsızlığı önceden bilen tarafın tazmin sorumluluğu vardır)

2. Doktrin ve uygulamada kabul edilen haller

- Görüşmeler sırasında kusurlu olarak yanlış bilgi verenin sorumluluğu** (yanlış bilgi veren kusurlu olmalı)
- Bir kimsenin yapmayı asla düşünmediği bir sözleşme hakkında kötü niyetli ve aldatıcı hareketlerle diğer bir kimsede sözleşme yapma ümidi uyandırmaktan dolayı sorumluluğu**
- Koruma yükümlülüklerinin ihlalden doğan görüşme sorumluluğu**

SÖZLEŞME DOĞAN SORUMLULUK İLE SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞUN YARIŞMASI

Aynı zarar verici olay bazen hem sözleşme sorumluluğunun hem de sözleşme dışı sorumluluğunun (haksız fiil) şartlarını gerçekleştirebilir. Haksız fiile dayanılırsa TBK mad. 49, sözleşme ihlaline dayanılırsa TBK mad. 112 uygulanır.

İleri sürülecek talep yönünden **üç ilke** vardır:

- ♥ **Taleplerin yığılmasında;** hem haksız fiile hem de sözleşme sorumluluğuna göre dava açılabilir. İki defa tazminat alma durumu ortaya çıkar. Bu ilke uygulanmaz, çünkü hukukumuzda bir zarar için iki değil bir defa tazminat istenebilir.
- ♥ **Taleplerin tekleşmesinde;** iki talepten biri diğerini dışlar. Bu ilke uygulanmaz, çünkü hukukumuzda haksız fiil ile sözleşme sorumluluğu kuralları birbirini engellemez.
- ♥ **Taleplerin yarışmasında;** TBK mad. 60'a göre, bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

Zarar görenin **sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerini tercih etmesi** ilke olarak kendi yararınadır. Çünkü sözleşme sorumluluğuna göre davacı, zarar verenin kusurunu ispat zorunda olmadığı gibi, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda da kurtuluş kanıtı getirme imkânı yoktur. Zamanaşımı yönünden de lehine sonuçlar (TBK mad. 146'ya göre 10 yıldır) doğurur.

Oysa **davacı haksız fiile dayanıyorsa** zarar verenin kusurunu ispat zorundadır ve zarar verenin yardımcı kişinin verdiği zarardan dolayı sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirerek kurtulması mümkündür. Zamanaşımı TBK mad. 72'ye göre 2 yıldır.

Ancak, özen sorumluluğuna tabi hallerde zarar görenin TBK mad. 66 hükümlerine dayanması **bazen** kendi yararına olabilir. Sözleşme sorumluluğuna dayanması halinde karşı tarafın kusursuz olduğunu ispat etmesi mümkünse, **sözleşme dışı sorumluluğa göre dava açmakta yarar vardır**. Zira bu takdirde karşı taraf **kusursuz olsa bile** meydana gelen zarardan sorumludur.

Buna karşılık, özel kanunlarla düzenlenen tehlike sorumluluğundan doğan tazminat talebi ile sözleşme ihlalden doğan tazminat talebinin birbiriyle **yarışması mümkün değildir**.

ÜÇÜNCÜ AYRIM

38. BORÇLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ (SAYFA 1165)

Sözleşmelerin üçüncü kişiler üzerindeki etkileri özellikle “**üçüncü kişi yararına sözleşme**” ile “**üçüncü kişinin fiilini üstlenme**” hallerinde görülür.

1. ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME:

TBK mad. 129'a göre, bir sözleşmede ifanın taraflarca üçüncü kişiye yapılmasının kararlaştırılmasına, **üçüncü kişi yararına sözleşme** denir. Üçüncü kişi yararına sözleşme ilişkisinde üç kişi vardır, bunlar **vaat ettiren, vaat eden ve üçüncü kişidir (yararlanan, lehtar)**. Sözleşmeye katılmayan kişilere üçüncü kişi denir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme vaat ettiren ile vaat eden arasında kurulur. Üçüncü kişi sözleşmenin yapılmasına taraf olarak katılmaz. Vaat ettiren alacaklı, vaat eden sözleşmenin borçlusudur.

Vaat ettiren doğrudan kendi adına hareket eder, üçüncü kişinin temsilcisi değildir. Üçüncü kişi de vaat ettirenin temsilcisi değildir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin geçerlik şartları

- ★ Bu sözleşmenin geçerli kurulması vaat ettiren ile vaat edenin **fiil ehliyetine** sahip olmalarına bağlıdır.
- ★ Üçüncü kişinin sözleşmeye katılması gerekmediği gibi, haberdar olması da gerekmez.
- ★ Üçüncü kişinin sözleşme yapıldığı sırada fiil ehliyeti ve ayırt etme gücü olması şart değildir.
- ★ Üçüncü kişinin sözleşme yapıldığı sırada doğması veya belirli bir kişi olması da gerekmez. İleride doğacak gerçek bir kişi veya kurulacak tüzel bir kişi olabilir.
- ★ Aranacak tek şart, üçüncü kişinin **edimin ifa edileceği sırada objektif olarak belirlenebilir** olmasıdır.
- ★ Üçüncü kişiyi belirleme hakkı, sözleşme yapıldığı sırada veya sonra düzenlenebilir.
- ★ Üçüncü kişi aleyhine sözleşmeden hiçbir borç ve yükümlülük doğmaz.

- ★ Her türlü edim (verme, yapma ve yapmama edimleri) bu sözleşmenin konusunu oluşturabilir. Tasarruf işlemleri bu sözleşmenin konusu olamaz, istisnası üçüncü kişinin borçtan kurtulmasıdır. Miras sözleşmesi ile üçüncü kişi vasiyet alacaklısı olarak belirlenebilir.
- ★ Bu sözleşme, asıl sözleşmenin bir unsuru olabileceği gibi, ayrı yan bir sözleşme de olabilir. TBK mad. 129'da bu sözleşmenin tabi olacağı şekli düzenlenmemiştir. Ancak asıl sözleşme için kanun hangi şekli öngörmüşse, bu sözleşmede de aynı şekle uyulmalıdır.
- ★ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin geçerliliği, ayrıca edimin başlangıçta mümkün olmasına, hukuka ve ahlaka aykırı olmamasına bağlıdır.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin çeşitleri

a. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK mad. 129/1)

“Olağan üçüncü kişi yararına sözleşme” veya “**yetki veren** üçüncü kişi yararına sözleşme” de denilir. Yalnız **vaat ettiren lehine** alacak hakkı doğar, üçüncü kişi yararına doğrudan alacak hakkı doğmaz. Üçüncü kişi sadece ifayı kabul yetkisine sahiptir, borcun ifasını **isteme hakkına sahip değildir**.

Borcun üçüncü kişiye ifasını **talep, vaat ettirene aittir**.

Vaat edenin borçtan kurtulması üçüncü kişiye ifada bulunmasına bağlıdır.

Yalnız **vaat ettiren** alacak hakkı üzerinde **tasarruf yetkisine** sahiptir, alacak hakkını **devredebilir** ancak devralan kişi de alacağın üçüncü kişiye ifa edilmesini istemelidir. Vaat ettiren vaat edeni borçtan **ibra edebilir**. Devir ve ibraya karşı üçüncü kişi itiraz edemez. Vaat ettiren **süre de verebilir**.

Vaat edene karşı **dava açma hakkı, vaat ettirene aittir**. Borç ifa edilmediğinde vaat ettiren veya üçüncü kişi zarar görürse, vaat ettiren tazmin davası açabilir.

b. Tam üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK mad. 129/2)

“Gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme” veya “**hak veren** üçüncü kişi yararına sözleşme” de denilir.

Üçüncü kişi, vaat edenden edimin ifasını talep ve kabul yetkisine sahiptir.

Üçüncü kişi alacağı doğrudan ve aslen kazanır.

Kanun, ifayı bağımsız olarak talep edilebilmesini **iki kritere** bağlar:

- ★ Tarafların amaçları, iradeleri, sözleşmenin niteliği
Örneğin işverenin işçilerini kazaya karşı sigorta ettirmesi halinde tarafların iradesi ve amacı, işçilerin sigorta tazminatını şahsen istemeleridir.
 - ★ Örf ve adetler (ayrıca kanuna da dayanabilir)
Üçüncü kişi yararına yapılan ölünceye kadar bakım sözleşmesi teamül gereği sözleşmeye örnek gösterilebilir. Kanun hükmüne örnek olarak ise, karayolları mali sorumluluk sigortası gösterilebilir.
- Yararlanan, sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğunu ileri sürdüğü takdirde, iddiasını ispatla yükümlüdür.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin benzer kurumlardan farkı

Temsilden farkı

Benzerlik, her ikisinde de hukuki işleme veya sözleşmeye katılmayan bir kişinin doğrudan hak sahibi olmasıdır. **Farklar** ise;

- ★ Doğrudan temsilde temsilci, temsil olunan adına sözleşme yapar, ama sözleşmenin tarafı değildir. Oysa üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat ettiren sözleşmenin tarafıdır. Vaat ettiren temsilci olmayıp kendi adına hareket ettiğinden üçüncü kişi yararına sözleşme bir temsil ilişkisi değildir.
- ★ Üçüncü kişi yararına sözleşme, yararlanan kişinin katılmasına gerek olmadan yapılır. Buna karşılık temsil, temsil edilenin vermiş olduğu yetkiyi veya sonradan verilecek onamı gerektirir.
- ★ Temsilci sözleşmeyi yaptıktan sonra, sözleşmenin hüküm ve sonuçları dışında kalır. Oysa vaat ettiren sözleşmenin tarafı olarak kalır, taraf sıfatı devam eder.
- ★ Üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat ettirenin geri alma yetkisi vardır. Oysa temsilde temsil olunanın böyle bir yetkisi yoktur.
- ★ Temsilde temsilcinin ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat ettirenin fiil ehliyetine sahip olması yeterlidir.

Alacağın devrinden farkı

- ★ Devreden alacak hakkını kaybeder, devralan bu hakkı kazanır. Ancak bu hak devren kazanılmış bir haktır. Oysa üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat ettiren alacak hakkını üçüncü kişiye devretmemektedir. Üçüncü kişi alacak hakkını doğrudan kazanmaktadır.
- ★ Devreden alacak hakkını kaybettiği için, borçludan bunun devralana ifasını talep ve dava edemez. Oysa vaat ettiren borçludan üçüncü kişiye ifada bulunmasını isteyebilir.

Havaleden farkı

- ★ Havale bir sözleşme değildir. Üçüncü kişi yararına sözleşme, akdi nitelikte bir hukuki işlemdir.
- ★ Üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat eden ifayla yükümlüdür, havaleden havale edilen (havale ödeyicisi) ifa ile yükümlü değildir, aksine ödemeye yetkili kişidir.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin hüküm ve sonuçları

Vaat ettiren ile vaat eden ilişkisi

- ⊗ Üçüncü kişi yararına sözleşme, vaat ettiren ile vaat eden arasında yapılır. Alacak hakkı dışında doğan diğer haklar vaat ettirene aittir. Bunun sebebi vaat ettirenin sözleşmenin tarafı sıfatını devam ettirmesidir.
- ⊗ Vaat eden vaat ettirene karşı sözleşmeden doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir.
- ⊗ Vaat ettiren, üçüncü kişi hakkını isteyinceye kadar yararlandırmayı her zaman geri alabilir.

Vaat ettiren ile üçüncü kişi ilişkisi

- ⊗ Sözleşmede vaat ettirenin üçüncü kişiye yapmış olduğu bir kazandırma vardır.
- ⊗ Bu kazandırmanın hukuki sebebi ifa sebebi, alacak sebebi veya bağışlama sebebi olabilir.

Vaat eden ile üçüncü kişi ilişkisi

- ⊗ Vaat eden, üçüncü kişiye karşı, kendisiyle vaat ettiren arasındaki sözleşmeden doğan her türlü itiraz ve def'ileri ileri sürebilir.
- ⊗ Vaat eden, üçüncü kişiye karşı, kişisel sahip olduğu def'ileri de ileri sürebilir.
- ⊗ Vaat eden, üçüncü kişiye karşı olan borcunu, vaat ettirenin kendisine olan borcuyla takas edemez. Üçüncü kişinin vaat edene başka bir borcu varsa, bu takas edilebilir.
- ⊗ Üçüncü kişi alacak hakkını devredebilir.
- ⊗ Vaat edenin yükümlülüğü, sahip olduğu dönme hakkını kullandığı takdirde ortadan kalkar.
- ⊗ Vaat edenin yükümlülüğü, üçüncü kişinin alacak hakkını kabul etmemesi halinde de düşer.
- ⊗ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden doğan borç üçüncü kişiye ifa edilir. Bu ifayı üçüncü kişi doğrudan borçludan isteyebilir.

Üçüncü kişinin hukuki durumu

- Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede edim üzerinde, üçüncü kişi lehine alacak hakkı doğar. Bu hak üçüncü kişinin şahsında, doğrudan, bağımsız bir hak olarak doğar.
- Üçüncü kişi bu hakkı vaat ettirenin halefi olarak değil, aslen kazanır.
- Alacak üçüncü kişinin hukuk alanında doğduğu için, vaat ettirenin alacaklıları icra takibinde bulunamaz, vaat ettirenin iflası halinde de bu alacak hakkı iflas masasına kaydedilmez.
- Üçüncü kişi, alacağı muaccel olur olmaz, bunu vaat edenden doğrudan talep ve dava edebilir.
- Üçüncü kişinin alacak hakkı, ilk başta geçici nitelik taşır. Üçüncü kişinin bu hakkı kullanmak istediğini vaat edene bildirdiği ana kadar, vaat ettiren üçüncü kişiye ifayı yasaklayabilir, ifanın kendisine yapılmasını isteyebilir. Buna “**alacaklının yararlanma kaydını geri alması**” denir. Vaat ettiren bu süre içinde alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir.
- Üçüncü kişinin bu hakkı kullanmak istediğini vaat edene bildirdiği an, alacak hakkı kesinlik kazanır. Bu andan itibaren vaat ettiren geri alma hakkını kullanamaz.
- Üçüncü kişinin bu hakkı kullanmak istediğini vaat edene bildirmesi yenilik doğuran bir haktır. Beyan vaat edenin hukuk alanına ulaştığı anda vaat ettirenin tasarruf yetkisi sona erer, üçüncü kişinin tasarruf yetkisi doğar.

Üçüncü kişiyi koruma etkili sözleşme

Burada tarafların koruma alanı içinde bulunan kişiler, sözleşmeye taraf olmasalar bile sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanmaktadır. Örneğin bir kira sözleşmesinde kiracının eşi ve çocukları da sözleşmenin koruma alanı içinde yer alır.

2. **ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME:** (TBK mad. 128)

Burada üstlenen, bir başkasını borç altına sokmamakta, sadece üstlenilene, üçüncü kişinin belirli bir edimde bulunacağı hususunda bir garanti vermekte ve bu suretle kendisi borç altına girmektedir.

Üçüncü kişinin edimini diğer tarafa karşı üstlenen kimse, bu edim yerine getirilmezse, edimi değil, doğan zararı tazmin borcu altına girmektedir.

Üçüncü kişinin edimini üstlenme garanti sözleşmesinin özel bir türüdür. Üçüncü kişinin edimini üstlenmede üçüncü kişi herhangi bir borç veya yükümlülük ya da bağlantı altına girmemektedir.

Bu sözleşmede **üç kişi vardır**, bunlar **üstlenen**, **üstlenilen** ve **üçüncü kişidir**.

Sözleşmenin tarafları üstlenen ile üstlenilendir. Üstlenen, üstlenme beyanını kendi adına yapmaktadır. Üçüncü kişi sözleşmenin tarafı değildir. Üstlenilen, edim yerine getirilmezse tazminat davasını üstlenene karşı açar, üçüncü kişi aleyhine hiçbir talep ve dava hakkı doğmaz.

Benzer kurumlardan farkı
Garanti sözleşmesinden farkı ★ Garanti sözleşmesi, teminat amacı güden geniş kapsamlı bir sözleşmedir, üstlenme daha dar kapsamlıdır. Bununla sadece üçüncü kişinin fiili taahhüt edilir. Garanti sözleşmesinde ise üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin yanında başka fiil ve riskleri de konu edinebilir.
Kefaletten farkı ★ Kefalet bağımlı, yan bir işlemdir. Kefil, borçlunun edimi ifa edeceğini taahhüt etmez. Kefil, borç ifa edilmezse bunun sonuçlarından şahsen sorumlu olur. Buna karşılık üçüncü kişinin fiilini üstlenme, asli, bağımsız bir borçtur. Burada üstlenen, üçüncü kişinin edimi ifa edeceğini taahhüt eder, garanti eder. Üçüncü kişi edimi ifa etmezse, bunun üstlenen tarafından yerine getirileceği taahhüt edilmez. Bu durumda üstlenen zararı tazmin eder. ★ Kefil, alacaklıya karşı borçlunun ileri sürebileceği def'ileri ileri sürebilir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede, üstlenenin bu yetkisi ilke olarak yoktur. ★ Kefil borcu ifa edince alacaklıya halef olur. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede, halefiyet yoktur. ★ Kefalet geçerliliği yönünden şekil ve ehliyet sınırlamalarına bağlıdır. Aynı sınırlamalar üçüncü kişinin fiilini üstlenme açısından da geçerlidir.
Temsilden farkı ★ Temsilci, hukuki işlemi temsil olunan adına yapar, kendisi sözleşmenin tarafı değildir. Üstlenen, üçüncü kişi adına değil, kendi adına hareket eder, sözleşmenin tarafıdır.
Havaleden farkı ★ Üstlenen, üstlenilene karşı üçüncü kişinin fiilinin ifasını garanti ederken, havaledede herhangi bir garanti verilmeksizin sadece yetki verilir.
Borcun üstlenilmesinden farkı ★ Borcun üstlenilmesinde üstlenen, borçlunun borcunun ifasını üzerine alarak borçluyu kurtarır. Oysa üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesinde üstlenen, üçüncü kişinin edimini taahhüt etmektedir. Burada borçlu borçtan kurtarılmamaktadır. ★ Borcun üstlenilmesinde üstlenen, edimin aynen ifasını üzerine alırken, üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesinde üstlenen, edim yerine getirilmediği takdirde zararı tazmini üstlenir. Dışarıdan bir kimsenin alacaklı ile anlaşarak borçlu ile birlikte borcun ifasını üzerine almasına birlikte borç üstlenme denir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin şartları

★ Bir üstlenme olmalıdır.

Üstlenme, geçerliliği için herhangi bir şekle bağlı değildir. Üstlenenin borçlanma iradesine sahip olması gerekir. Üstlenme ciddi olmalı, üçüncü kişinin ifa edemeyeceği bir edim üstlenilmemelidir.

★ Üçüncü kişinin bir edimi üstlenilmelidir.

Üstlenen, üstlenilen ve mirasçılar üçüncü kişi sayılmaz. Üçüncü kişi gerçek ve tüzel kişi olabilir. Tarafların üçüncü kişiyi tanımaları şart değildir.

Üstlenmenin konusu, üçüncü kişinin bir edimi olmalıdır. Bu edim olumlu (yapma) veya olumsuz (yapmama) edimi olabilir.

Üstlenilen edim, herhangi bir edim olabilir, edim özel hukuk veya kamu hukuku kökenli olabilir.

Edimin mutlaka ekonomik değer taşıması gerekmez, manevi değer taşıyan edimler de üstlenilebilir.

Üstlenilen edim, hukuka ve ahlaka aykırı olmamalıdır. Buna karşılık imkânsız bir edim üstlenilebilir, ancak temel yanılması veya aldatmaya başvurularak iptal edilebilir.

Edim, sonraki imkânsızlık nedeniyle ifa edilemezse, üstlenenin tazminat ödeme borcu doğar.

★ Taraflar fiil ehliyetine sahip olmalıdır.

Her iki tarafın fiil ehliyetinin olması gerekir. Üstlenenin ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde kanuni temsilcinin sözleşmeye izin veya icazet vermesi şarttır.

Üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olmadığından, fiil ehliyetinin olması şart değildir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin hüküm ve sonuçları

★ Edimi öngörülen zamanda üçüncü kişi yerine getirmezse, üstlenenin tazminat borcu kendiliğinden doğar. Borç doğduğu anda muaccel olur. Üstlenene **ihbar veya süre** vermeye gerek yoktur.

★ Üstlenen alacaklıdan (üstlenilenden), **önce üçüncü kişiye** başvurmasını isteyemez. Çünkü üçüncü kişi üstlenilene karşı herhangi bir yükümlülük altına girmemiştir.

★ Üstlenen tazminatı ödedikten sonra, üçüncü kişiye **rücu** edemez.

★ Üstlenenin borcu, tazminat borcudur. Bu borç, karşı tarafın uğramış olduğu **müspet zarardır**.

★ Üstlenen, üçüncü kişinin edimi ifa etmesi için gerekli her türlü çabayı gösterdiğini ispat etmek suretiyle **sorumluluktan kurtulamaz**.

★ TBK mad. 128 **emredici bir hukuk kuralı değildir**. Taraflar, örneğin nakdi tazminat yerine aynı tazminatı öngörebilirler. Bunun için, ifa edilmeyen edimin, üstlenen tarafından aynen tazmininin mümkün olması gerekir. Örneğin A, B'ye Ü'nün evi kiralayacağını taahhüt etmekte, ancak Ü kiralamamaktadır. Böyle bir halde, A nakdi tazminat ödemek yerine evi kendisi kiralarsa aynen tazmin olur.

★ Üstlenilen edime ilişkin alacak veya tazminat alacağı TBK mad. 146'ya göre, 10 yıllık **zamanaşımına** bağlıdır. Ancak bu, taraflar sözleşmeye "sorumluluğun sona ereceği" kaydını koymamışlarsa geçerlidir.

★ Taraflar üstlenmeyi belli bir **süre ile sınırlamışlarsa**, alacaklı bu süre içinde gerçekleşen zararları talep edebilir. Üstlenen, süre geçtikten sonraki zararlar ile süresi içinde talep edilmeyen zararların tazmini ile yükümlü değildir.

BORÇ İLİŞKİLERİNDE ÖZEL DURUMLAR

BİRİNCİ AYRIM: ŞARTA BAĞLI BORÇLAR

39. ŞART KAVRAMI, ŞARTIN ÇEŞİTLERİ ve SONUÇLARI (SAYFA 1185)

1. ŞART KAVRAMI: (TBK mad. 170-176)

Sonuçlarının doğması veya ortadan kalkması gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı borca **şarta bağlı borç** denir. Hukuki işlemin sonuç doğurması veya sonuçlarının ortadan kalkması, gerçekleşmesine bağlı gelecekteki belirsiz olaya da **şart** denir.

Şart, taraf iradesinin **etki alanını genişletmeye yarayan** hukuki bir kurumdur. Şart sayesinde taraflar **önce**, hukuki işlem ve sözleşmelerini gelecekteki olaylara ve bunların muhtemel gelişmelerine uyarlama imkânı bulurlar. **Sonra** şart sayesinde taraflardan biri diğer tarafın davranış biçimini, onu belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü altına sokmaksızın etkileme imkânını bulur. Örneğin A, B'ye sınıf geçmesi şartıyla bir araba bağışlama sözü vermişse, bununla B bir borç üstlenmemekte, hatta sınıf geçme yükümlülüğü altına girmemektedir. A, bağışlama sözü vermeye sınıf geçmek şartını eklemekle sadece B'nin davranışını etkilemektedir.

TBK mad. 170/1 ve 173/1'e göre, hüküm ifade etmesi veya sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme, **şarta bağlı sözleşme** sayılır. Sözleşmenin içerdiği borçların tamamı şarta bağlı olabileceği gibi, yalnız bir kısmı da şarta bağlı olabilir.

Şartın bazı kurumlardan farkı
Sözleşme hükümlerinden farkı Şart kavramını, sözleşme şartları kavramından ayırmak gerekir. Sözleşmenin şartlarından amaç, sözleşmenin içeriğine ilişkin kayıtlar, özellikle edim ve karşı edimin ayrıntılı olarak tanımlanmasıdır. Teknik anlamda şart ile ilgili değildir.
Hukuki şart kavramından farkı Hukuki şart kavramı gerçek anlamda şart değildir. Hukuki şart, bir sözleşmenin veya hukuki işlemin meydana gelmesi, hukuki sonuçlarını doğurması veya geçerli olması için bir kanun hükmü gereğince tarafların irade beyanına eklenmesi gereken olayları ifade eder. Hukuki şart daima bir kanun hükmüne dayanır, oysa teknik şart taraf iradelerine dayanır. Ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından yapılan bir sözleşmenin sonuçlarını doğurması için kanuni temsilcinin izin veya onay vermesi hukuki şarta örnek gösterilebilir.
Yükümlülüğün farkı Yükümlülük, karşılıksız bir kazandırmadan yararlanan kimseye, kazandıran tarafından yükletilmiş, belirli bir amacın gerçekleşmesine yönelik dava edilebilir bağımlı (yan) bir edimdir. Örneğin lehine vasiyet veya bağışlama yapılan kimseye her yıl hukuk fakültesinde bir öğrenci okutma yükümlülüğünün konulması, bir yükümlülüktür. ★ İlk fark, şartın gerçekleşmesi ile hukuki işlem sonuçlarını doğurur veya daha önce doğmuş olan sonuçlar ortadan kalkar. Yükümlülük, hukuki işlemin sonuçlarını doğurmasına veya ortadan kalkmasına etkide bulunmaz. ★ İkinci olarak, şart bağımsız bir varlığa sahip değildir. Asıl işlem geçersiz olursa, şart da geçersiz olur. Oysa asıl işlemle bağımsız yükümlülük söz konusu olabilir. ★ Diğer taraftan şart yükümlü kılmaz, oysa yükümlülük yükümlü kılar. ★ Nihayet, şartın yerine getirilmesi dava edilemezken, yükümlülüğün ifası dava edilebilir.
Vadeden farkı Vade ya da süre zamanla ilgili ileride gerçekleşmesi kesin ve belirli bir olaydır. Buna karşılık şartta, sonuçlarının doğması veya ortadan kalkması gelecekteki kesin bir olaya değil, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olaya bağlanmıştır. Her ikisi de gelecekte gerçekleşecek bir olay olmakla birlikte vadede daima belirlilik, şartta belirsizlik hâkimdir.

Şart olayın nitelikleri

a. Şart, her şeyden önce tarafların iradesine dayanmalıdır:

Şartın temeli taraf iradesidir. Taraflar istemedikçe şarta bağlı bir işlem söz konusu olmaz. Kanuna dayanan şarta bağlı işlem yoktur.

b. Şartı oluşturan olay belirsiz bir olay olmalıdır:

Sözleşme yapılırken ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği objektif olarak bilinmeyen olay, belirsiz olaydır. Gerçekleşeceği kesin ve belirli olaylar şart niteliğini kazanamaz. Belirsizlik objektif olmalıdır, sübjektif belirsizlik yeterli olmaz. Yalnız taraf veya tarafların bilmediklere olaylara sübjektif belirsiz olaylar denir.

c. Olay geleceğe ilişkin bir olay olmalıdır:

Çünkü ancak geleceğe ilişkin olayların gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden bilinemez.

Sartın caiz olması

a. Kural: Şart özgürlüğü

Hukukumuzda şart özgürlüğü geçerlidir. İstisnalar hariç **her türlü hukuki işlem** şartlı yapılabilir. Şart yalnız hukuki işlemlerde söz konusu olur. Hukuki işlem benzeri fiiller, maddi fiiller ve haksız fiiller şarta bağlanamaz.

b. İstisna: Şart yasağı (şart kabul edilmeyen işlemler)

Hukukumuzda bazı hukuki işlemler (kamu düzenini yakından ilgilendiren) **şartlı yapılamaz**:

- Ailede evlenme, evlat edinme sözleşmeleri, soy bağının düzeltilmesi; mirasta mirasın reddi işlemi; eşyada tapu siciline kayıtlı taşınmaz mallarda sicile yapılan tescil şarta bağlanamaz.
- Taşınmaz mallarda aynı haklar şarta bağlı kurulamaz, devredilemez.
- Taşınmaz satışında mülkiyeti saklı tutma şartı da tescil edilemez.
- İpotekli borç senedi ve irat senedinin kurulması işlemleri şarta bağlı yapılamaz.
- Yenilik doğuran işlemler (iptal, dönme, fesih, seçim hakkının kullanılması, takas vb) şarta bağlı yapılamaz.
- Poliçe, çek ve bononun kabulü şarta bağlı tutulamaz.

c. Yasak şartlar

- **Hukuka ve ahlaka aykırı şartlar:** Şart olarak gösterilirse şarta bağlı borç kesin hükümsüz olur.
- **İmkânsız şartlar:** Geciktirici şart ise hükümsüz, bozucu şart ise işlem (şartsız sayılır) geçerli olur.

d. Anlamsız ve başkalarını rahatsız edici şartlar

Hiç kimseye yarar sağlamayan şarta anlamsız şart denir. Örneğin bir kimseye 10 yıl süreyle silindir şapka ile gezmesi halinde bir ev bağışlama sözünü içeren sözleşme, anlamsız şartlı sözleşmedir.

Başkasını rahatsız edici şarta taciz edici şart da denir. Örneğin iki yıl süreyle her gün komşunun duvarının dibinde iki saat bağırması şartıyla ev bağışlama sözünü verme rahatsız edici şarttır.

Vasiyet veya miras sözleşmesine anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız etmek için konulan şartlar yok sayılır, asıl işlem (vasiyet veya miras sözleşmesi) geçerliliğini korur.

Buna karşılık, anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız edici şartla yapılan sağlararası hukuki işlemler geçerlidir, şartın gerçekleşmesiyle hukuki işlem sonuçlarını doğurur.

Sartın çeşitleri

a. Olayın konusuna göre

1) Olumlu ve olumsuz şartlar

Hukuki işlemde gelecekteki belirsiz olayın gerçekleşmesiyle mevcut durum veya ilişkinin değişmesi şart olarak öngörülmüşse **olumlu şart**; mevcut durum veya ilişkinin değişmemesi, devam etmesi şart olarak öngörülmüşse **olumsuz şart** söz konusu olur.

2) İradi, tesadüfi ve karma şartlar

Taraflardan birinin irade ve fiiline bağlı olaylara iradi şart denir. Mutlak ve nisbi iradi şart olarak ikiye ayrılır. Taraflardan yalnız birinin istek ve iradesine bağlı şarta, **mutlak veya tam iradi şart (isteğe bağlı şart, salt iradi şart)** denir. Bir taraflı hukuki işlemlerde mutlak iradi şart, işlemin bağlayıcı niteliğini kaldırır. Örneğin A, B'ye "yarın gönlüm isterse sana 1.000 TL veririm" demişse, bu beyanda hukuken bağlayıcı bir nitelik görmek mümkün değildir. Bazı yazarlara göre, tek taraflı bir sözleşmede taahhütte bulunanın mutlak iradesine bağlanan şart, yazılı şekilde yapılması halinde geçerli olur.

Taraflardan birinin iradesi dışındaki olaylara bağlanan şarta, **tesadüfi şart** denir. Burada olayın gerçekleşip gerçekleşmemesi örneğin umulmayan olaylara veya üçüncü kişinin irade ve fiiline bağlanmıştır.

Gerçekleşmesi hem taraflardan birinin iradesine hem de diğer durum ve olaylara bağlı olan şarta ise, **karma şart** denir. Örneğin bir satış sözleşmesinde alıcının satış parasını ödemesi, bankadan kredi alma şartına bağlanmıyorsa, hem satıcının iradesine hem de bankanın iradesine bağlı karma şart söz konusu olur.

b. Olayın sonuçlarına göre

1) Geciktirici şart

Hukuki işlemin sonuçlarını meydana getirmesi, gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı ise (örneğin sınıfı geçerse bisiklet alma sözü), **geciktirici şart** söz konusu olur.

2) Bozucu şart

Geçerli olarak yapılmış hukuki işlemin veya sözleşmenin sonuçlarının ortadan kalkması, gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlanmıyorsa **bozucu şart** söz konusu olur.

Şartın hüküm ve sonuçları

Şarta bağlı hukuki işlemlerde **iki devre** vardır.

- İlk devre, hukuki işlemin yapılmasından şartın gerçekleşmesine kadar geçen devre (askı durumu)
- İkinci devre, şartın gerçekleşmesinden sonraki devre

a. Şarta bağlı hukuki işlemin **şartın gerçekleşmesinden önceki** (askı durumu) hüküm ve sonuçları

1) Geciktirici şarta bağlı hukuki işlemlerde

a) **Geciktirici** şarta bağlı **borçlandırıcı** işlemlerde

- ⊕ Geciktirici şarta bağlı borçlandırıcı işlem, özellikle bir borç sözleşmesi yapıldığı andan itibaren tarafları bağlar. Bu nedenle taraflar, tek taraflı bir irade beyanıyla sözleşmeden dönemez, feshedemez. Sözleşme yapıldığı anda tarafları bağlamakla birlikte, hüküm ve sonuçlarını ancak şartın gerçekleştiği anda meydana getirir.
- ⊕ Şartın gerçekleşmesinden önce alacaklı lehine bir alacak hakkı, borçlu aleyhine de bir borç doğmaz. Bu devrede alacaklının alacağı şartlı bir alacak, borçlunun borcu da şartlı bir borçtur. Alacaklı henüz alacak hakkı doğmadığı için, ifayı talep ve dava edemez, borçlu tarafından yapılan ifayı reddedebilir. Borç muaccel olmaz.
- ⊕ Alacaklının askı devresinde hak üzerinde sadece bir **bekleme hakkı** vardır. Bu nedenle şartlı satışta yarar ve hasar alıcıya geçmez.
- ⊕ Zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz.
- ⊕ Alacaklı şartlı alacağın tespiti davası açabilir.
- ⊕ Borçlu iflas ederse, alacaklı şartlı alacaklarını iflas masasına kaydettirebilir, ancak şart gerçekleşinceye kadar hissesi kendisine verilmez, bankaya yatırılır.
- ⊕ Şartlı alacağın haczi, kefalet veya rehin suretiyle teminat altına alınması mümkündür.
- ⊕ Alacaklı, şartlı alacağı devredebilir.
- ⊕ Şartlı alacaklar mirasçılara geçebilir.
- ⊕ Şartlı alacak takas edilemez.
- ⊕ Şarta bağlı hakkı tehlikeye düşürülen alacaklı, haklarını korumak için önlemler alabilir (ihtiyati haciz talebi ile tapu siciline şerh verilmesi gibi). Ancak tehlikenin somut olması gerekir.
- ⊕ Borçlu şart gerçekleşmeden yanılıp borcu ifa ederse, alacaklı geri vermek zorundadır. Alacaklı bundan kaçınırsa, borçlu istihkak veya sebepsiz zenginleşme davalarından birini açabilir.
- ⊕ Borçlu bu devrede, borcun gereği gibi, tam ve doğru olarak ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Borçlu ayrıca, bazı olumlu davranışlarda bulunmak ve özellikle ifa hazırlıklarını yerine getirmek zorundadır.
- ⊕ Borçlu bu yükümlülükleri kusurlu olarak aykırı davranırsa, gereği gibi ifayı önlerse TBK mad. 112'ye göre sorumlu olur. Edim şartın gerçekleşmesinden önce, borçlunun kusuru dışında imkânsız hale gelirse, Borçlu TBK mad. 136'ya göre borçtan kurtulur.

b) **Geciktirici** şarta bağlı **tasarruf** işlemlerde

- ⊗ Alacak veya mülkiyet hakkı ancak şartın gerçekleşmesiyle karşı tarafa geçer. Askı devresinde bu hak tasarrufta bulunana aittir. Bu nedenle, alacak veya mülkiyet hakkı kendisine devredilen **kimse, bu hakkı talep edemez**. Burada **beklenen bir hak** söz konusudur. Alacağın geciktirici şarta bağlı devri, borcun şartlı ibrası, taşınır mallarda şartlı teslim şarta bağlı tasarruf işlemlerine örnek gösterilebilir.
- ⊗ Taşınır bir malın geciktirici şartla devrinde devralan, taşınır mal üzerinde **beklemeli bir mülkiyet hakkına** sahiptir. Bu dönemde gerçek malik taşınırı şartlı devredendir. Şart gerçekleşmeden önce borç konusu şey kendisine verilen alacaklı, şart gerçekleşirse, askı devresinde elde ettiği **yararların, ürünlerin** sahibi olur. Şart gerçekleşmezse, elde ettiği yararları ve ürünleri geri vermekle yükümlüdür.
- ⊗ Askı devresinde tasarruf eden, şartın gerçekleştirme ihtimalini göz önünde tutarak haklar üzerinde yapacağı sonraki tasarruflarda **dikkatli olmak** zorundadır. Şartın gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar (**ara tasarruflar** da denilir), şartın hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur. Ancak taşınır bir malın mülkiyetini kazanan kişinin iyi niyetli olması, istisnadır.

2) **Bozucu** şarta bağlı hukuki işlemlerde

Bozucu şartla yapılan sözleşmede, şartın gerçekleştiği ana kadar doğan sonuçlar geçerlidir. Sözleşme şart gerçekleşince ortadan kalkacağı için, şart gerçekleştiği andan itibaren hüküm ve sonuçlar ortadan kalkar.

Bozucu şartla yapılan hukuki işlemler yapıldıkları anda hüküm ve sonuçlarını doğururlar. Ancak bozucu şartın gerçekleşmesiyle hüküm ve sonuçlar **geleceğe etkili** olmak üzere sona erer.

Borç sözleşmeleri yapıldıkları anda hüküm ve sonuçlarını doğurdıkları için, bu andan itibaren alacaklı alacak hakkını kazanır, borçlu borç altına girer.

Alacaklı edimin ifasını isteyebilir, borçlu da borcunu ifa edebilir.

Zamanaşımı süreleri işlemeye başlar.

Bozucu şartla yapılan tasarruf işlemlerinde, devredilen hak işlemin veya sözleşmenin yapılmasıyla kendiliğinden kazanana geçer. Ancak bu gibi işlemlerde bozucu şartın gerçekleşme ihtimali her zaman göz önünde tutulmalıdır.

b. Şarta bağlı hukuki işlemin **şartın gerçekleşmesinden sonraki** hüküm ve sonuçları

1) **Şartın gerçekleşmesi**

Askı durumu sona erer. Şartın gerçekleştiğini ispat, bundan yararlanan kişiye düşer.

a) **Geciktirici** şarta bağlı işlemlerde

Geciktirici şartın gerçekleşmesiyle şartlı işlem kesinleşir, şartsız işlem haline gelir. Bu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Borçlandırıcı işlemlerde alacaklı borçludan borcun ifasını isteyebilir. Tasarruf işlemlerinde de hak kesin olarak kazanan kişiye geçer.

Şartlı işlemin bu sonucu doğurması, tarafların irade ve ehliyetine bağlı değildir. Taraflardan biri sonradan şartın gerçekleştiği anda ölmüş veya fiil ehliyetini kaybetmiş olsa bile, şartlı işlem hüküm ve sonuçlarını kendiliğinden meydana getirir.

Taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, şarta bağlı sözleşme şartın gerçekleştiği andan itibaren sonuçlarını doğurur. Ancak, şartın hükümleri geçmişe etkili olmaz.

b) **Bozucu** şarta bağlı işlemlerde

Bozucu şartın gerçekleşmesiyle şartlı işlemin hüküm ve sonuçları kendiliğinden ortadan kalkar. Alacaklı alacak hakkını kaybeder, borçlunun borcu sona erer.

Bozucu şarta bağlı tasarruf işlemlerinde daha önce devredilmiş olan mülkiyet ve alacak hakkı hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden tekrar eski alacaklı veya eski malike geçer, gerekirse mülkiyet davası açabilir.

Bozucu şart geleceğe etkili sonuçlar doğurur. Bozucu şartla yapılan **sürekli borç ilişkilerinden** doğan alacaklar, şartın gerçekleşmesiyle hükümsüz hale gelmezler, geçerliliklerini korurlar. Bu nedenle, bir hizmet veya kira ilişkisinden doğan ve ifa edilen edimlerin geri verilmesi söz konusu olmaz. Bunlar şartın gerçekleştiği ana kadar geçerli olarak ifa edilmiş olup ancak şart

gerçekleştikten sonra geleceğe etkili olarak ortadan kalkarlar, bu andan itibaren ifaları talep edilemez. Buna karşılık, bozucu şarta bağlı **ani edimli sözleşmelerde** ifa edilen edimlerin iade edilmesi gerekir.

Edimlerden şartın gerçekleşmesine kadar elde edilen yararlar, hukuki ve doğal ürünler iade edilmez. Taraflar isterlerse bozucu şartın geçmişe etkili sonuç doğurmasını kararlaştırabilirler.

2) Şartın gerçekleşmiş sayılması

- Taraflar **dürüstlük kuralına aykırı** olarak şartın gerçekleşmesini engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Aksi halde **şart gerçekleşmiş sayılır**. TBK mad. 175, şartın her türlü engellenmesini değil, **sadece dürüstlük kuralına aykırı** olarak engellenmesini yasaklamaktadır. Taraflardan biri, şartın gerçekleşmesini **dürüstlük kuralına aykırı** olarak sağlarsa **şart gerçekleşmemiş sayılır**.
- Taraflardan birinin **hukuka aykırı bir davranışıyla**, şartın **gerçekleştirilmesi** halinde TBK mad. 175 kıyas yoluyla uygulanır, **şart gerçekleşmemiş sayılır**.

3) Şartın ortadan kalkması veya imkânsızlaşması

Bu takdirde geciktirici şarta bağlı hukuki işlem bağlayıcılığını kaybeder, hiç yapılmamış sayılır, herhangi bir hüküm ve sonuç meydana getirmez.

Bozucu şarta bağlı işlem ise şartsız yapılmış sayılır ve böylece kesin olarak geçerliliğini sürdürür.

İKİNCİ AYRIM: CEZA KOŞULU, BAĞLANMA PARASI VE CAYMA PARASI

40. CEZA KOŞULU (SAYFA 1205)

Ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir.

♥ Ceza koşulu zararı tazmin amacı değil, borcun **ifasını sağlama** amacı güder. Ceza miktarı ilke olarak tazminat miktarından yüksek tutulduğu için, borçlu borcunu ifa etmek için daha çok çaba sarf eder.

♥ Bir diğer yararı, ifa etmeme halinde alacaklının uğradığı **zararı ispat etme zorunda kalmamasıdır**.

Ceza koşuluna ilişkin hükümler emredici nitelikte değildir.

Ceza koşulu, ekonomik değer taşıyan bir edimdir. Bu edim genelde bir miktar paradan ibarettir. Miktar taraflarca serbestçe tayin edilir. Para dışındaki mameleki edimler de ceza koşulunun konusu olabilir.

Manevi değerler ceza koşulu olarak kararlaştırılmaz.

HUKUKİ NİTELİĞİ:

Ceza koşulu, kuvvetlendirilecek asıl borcun mevcut olmasını gerektirir. Asıl borç yoksa ceza koşulu söz konusu olmaz. Ceza koşulu asıl borca bağlı bir yan borçtur.

Asıl borç hukuki işlem, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, aile hukukundan doğabilir.

Asıl borcu içeren hukuki işlem ilke olarak bir sözleşme olduğu için, ceza koşuluna **sözleşme cezası** denir.

Asıl borcun yer aldığı **hukuki işlem**;

- ✓ Tek taraflı bir hukuki işlem, bir ortaklık, bir dernek tüzüğü olabilir.
- ✓ İşletmelerin yönergeleri de ceza koşulu içerebilir.
- ✓ Ölüme bağlı tasarruflarda ceza koşulu kararlaştırılmaz.
- ✓ Kanunla ceza koşulu düzenlenemez, çünkü ceza koşulu taraf iradelerine dayanır.
- ✓ Ceza koşulu, sağlararası hukuki işlemlerde ve sonuçlarını hayatta doğuran sözleşmelerde olabilir.

Asıl borç, geçerli olarak meydana gelmemişse veya sonradan ortadan kalkmışsa (ifa, ibra, takas veya yenileme yoluyla) ceza koşulu da meydana gelmez veya ortadan kalkar.

Sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, ehliyetsizlik veya şekil noksanlığı nedeniyle geçersiz olması halinde de ceza koşulu geçersiz olur.

Tam borçlar gibi, eksik borçların ifasının da ceza koşuluyla kuvvetlendirilmesi mümkündür. Örneğin zamanaşımı def'ine uğramış bir eksik borç ile ahlaki ödevden doğan bir eksik borçta ceza koşulu olabilir. Bahis, kumardan doğan bir eksik borç ile evlenme telalığından doğan bir eksik borçta ceza koşulu olmaz.

CEZA KOŞULUNUN BAĞLI OLDUĞU ŞEKİL:

Ceza koşulu ya asıl sözleşmenin bir parçası olarak içinde yer alır ya da sonradan bağımsız bir sözleşme ile kararlaştırılır. Asıl borç şekle tabi değilse, ceza koşulu da şekle bağlı değildir.

CEZA KOŞULUNUN AMACI VE ÇEŞİTLERİ:

Ceza koşulunun **üç amacı:**

- * Teminatla birlikte ceza amacı
- * Tazminat amacı
- * Sözleşmeden dönme amacı

Üç çeşidi:

- * Seçimlik ceza koşulu
- * İfaya eklenen ceza koşulu
- * İfayı engelleyen ceza koşulu

SEÇİMLİK CEZA KOŞULU (TBK mad. 179/1)

Buna göre, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere bir ceza kararlaştırılmışsa, alacaklı **ya borcun ifasını ya da cezanın ödenmesini** isteyebilir. Alacaklı seçimlik bir yetkiye sahiptir. Alacaklı hem asıl edimin ifasını hem de ceza koşulunun ödenmesini isteyemez.

Alacaklı, ceza koşulu muaccel olunca seçimlik hakka sahip olur, bu hak değiştirici yenilik doğuran bir haktır, kullanıldıktan sonra bundan geri dönülemez. Alacaklı seçim hakkını kullandığı zaman seçmiş olduğu borç, kesin borç haline dönüşür ve artık bundan geri dönemez, bunu geri alamaz.

Alacaklı seçimlik hakkını tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır. Bu beyan borçlunun hâkimiyet alanına vardığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Alacaklı ceza koşulunun ödenmesini istemişse, daha önce aldığı edimleri iade etmek zorundadır.

İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU (TBK mad. 179/2)

Buna göre, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere bir ceza kararlaştırılmışsa, alacaklı **asıl borç ile birlikte cezanın da ödenmesini** isteyebilir. Burada taleplerin yığılması (toplanması) söz konusudur.

İfaya eklenen ceza koşulu tarafların özel bir anlaşmasına veya bir kanun hükmüne dayanır. Özel bir anlaşmaya dayanıyorsa, alacaklının bunu ispat etmesi gerekir.

Alacaklı ifayı bir çekince koymadan kabul ederse, ceza koşulundan vazgeçmiş sayılır. Alacaklının çekince koyma yetkisi, ceza koşulunun ödenmesini isteme hakkını saklı tutması demektir. Alacaklı ifayı bir çekince koyarak kabul ederse, ceza koşulunun ödenmesini talep hakkı devam eder.

İFAYI ENGELLEYEN CEZA KOŞULU (TBK mad. 179/3)

Buna göre, borçlunun kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye (dönme veya fesih) yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır. Borçlu, alacaklı ile yaptığı anlaşmada dilerse **sözleşmeden dönmeyi ve alacaklıya sadece cezayı ödemeyi** kararlaştırabilir. Buna **dönme cezası** da denir.

Bu tür ceza koşulunda borçlu cezayı ödemek suretiyle sözleşmeden dönebileceği ya da feshedebileceği gibi, alacaklı da sadece cezanın ödenmesini isteyebilir. Alacaklı, borçludan asıl edimin ifasını isteyemez. Fonksiyon itibarıyla dönme cezası, cayma parasına benzer.

CEZA KOŞULU İLE ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ: TAZMİNAT TALEBİ:

1. Ceza koşulu isteminin zarardan bağımsızlığı

TBK mad. 180/1'e göre, alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ödenmesi gerekir. Borçlu **ister kusurlu ister kusursuz** olsun, alacaklı **ister zarar görsün ister görmesin** kararlaştırılan ceza ilke olarak ödenir.

Ancak, asıl borç kusursuz sonraki imkânsızlık nedeniyle sona ererse, ceza ödeme borcu da ortadan kalkar. Bu takdirde borçlu kusursuzluğu nedeniyle borçtan kurtulur.

Ancak, bu ilke borçlunun kusursuzluğunun değil, ceza koşulunun asıl borca bağlı yan bir borç olmasının bir sonucudur.

2. Aşkın zararın giderilmesini isteme hakkı

Alacaklının uğradığı zarar cezadan fazla ise alacaklı, aşkın zararın giderilmesini borçludan isteyebilir.

Burada dikkat edilecek nokta; alacaklı **sadece ceza miktarını aşan** kısmı talep edebilir. Aşkın zararın hesap edilmesi için ceza miktarının zarardan düşürülmesi gerekir.

Ceza miktarını aşan fazla zararın tazminini isteyebilmek için alacaklının, **aşkın zararı** ve **borçlunun kusurunu** ispat etmesi gerekir. Alacaklı, borçlunun kusurunu ispat etmedikçe, aşkın miktarı isteyemez.

Burada alacaklının, borçlunun kusurunu ispat yükümlülüğü TBK mad. 112'deki borçlu aleyhine olan kusur karinesine bir istisna teşkil etmektedir. Ancak, borçlu yardımcı kişi çalıştırıyor ve zarar onların fiilinden meydana gelmişse, alacaklı borçlu ile yardımcının kusurunu ispat zorunda değildir.

Alacaklı hem **seçimlik** hem de **ifaya eklenen ceza** koşulunda **aşkın zararın** giderilmesini **isteyebilir**.

İfayı engelleyen ceza koşulunda, borçlu cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu için, alacaklı aşkın zararın tazminini isteyemez.

BORÇLUNUN AŞIRI CEZANIN İNDİRİLMESİNİ İSTEME HAKKI: (TBK mad. 182/2)

Taraflar ceza miktarını serbestçe belirleyebilirler. Ancak, ceza miktarı bazı hallerde borçlunun ekonomik kişilik hakkını, ticari faaliyetini olumsuz yönde etkileyecek ölçüde aşırı olabilir. Bu takdirde, TBK mad. 182/3'e göre hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu takdir yetkisini kullanarak kendiliğinden indirir.

Aşırı Cezanın indirilmesinin Şartları:

1. Geçerli bir ceza koşulu anlaşması bulunmalıdır.

TBK mad. 182/3, ifayı engelleyen ceza koşulunda uygulanmaz.

2. Ceza koşulu muaccel olmalıdır.

Muaccel olmayan ceza koşulu, henüz bağımsız bir edim niteliğini kazanmadığı için bunun indirilmesi de söz konusu olmaz.

3. Ceza henüz ifa edilmemiş olmalıdır.

Ceza koşulunu ifa eden borçlu, bunun indirilmesini talep edemez. İfa bir yandan borcu sona erdirir, diğer yandan borçlunun indirim talebinden vazgeçmesi anlamına gelir.

4. Ceza koşulu aşırı derecede yüksek olmalıdır.

Ceza miktarının aşırı olup olmadığına hâkim takdir hakkını kullanarak serbestçe karar verir. Hâkim kararını verirken tarafların ekonomik durumlarını, alacaklının çıkarlarını, uğradığı zarar miktarını, borçlunun kusurunu, borca aykırılığın ağırlığını, sözleşmenin türünü ve süresini göz önünde tutar.

Ceza koşulunda ceza miktarının aşırı yüksekliğini ahlaka aykırı saymak tutarlı bir görüş değildir.

Hâkimin aşırı ceza koşulunu indirme kararı, yenilik doğuran bir karar olup geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Böylece ceza daha başlangıçtan itibaren indirilmiş miktarıyla konulmuş sayılır. Dava bir indirim davası olduğundan, hâkim hiçbir zaman ceza koşulunun tamamını ortadan kaldıramaz.

41. BAĞLANMA PARASI, CAYMA PARASI (SAYFA 1215)

BAĞLANMA PARASI: (TBK mad. 177)

Bağlanma parası, sözleşme yapılırken borçlunun alacaklıya vermiş olduğu bir miktar para olup, bir yandan sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak diğer yandan ispat kolaylığı sağlamak amacıyla verilmiş sayılır.

Bağlanma parası ile ceza koşulu birbirinden farklıdır. Bağlanma parasında bir miktar para daha sözleşme yapılırken verildiği halde, ceza koşulunda böyle bir paranın ödenmesi sadece üstlenilmektedir.

TBK mad. 177/2'ye göre, aksine bir sözleşme veya yerel adet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktan düşülür. Sözleşmede aksine bir hüküm bulunur veya yerel adet o yolda olursa, bağlanma parasını alan taraf, bunu alacağa mahsup etmez.

Sözleşmenin geçersiz olması halinde bağlanma parasını alan alacaklı bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermek zorundadır.

Bağlanma parası veren taraf tazminat ödemek zorunda kalırsa ve parayı alan taraf mahsupla yükümlü ise, bunu tazminat alacağından mahsup etmek zorundadır. Bağlanma parasını mahsup yükümlülüğü yoksa, bağlanma parasını muhafaza eder ve ayrıca tazminatı talep yetkisi vardır.

CAYMA PARASI: (TBK mad. 178)

Sözleşme kurulurken bir taraf diğer tarafa bir miktar para verir ve bu paranın kalması şartıyla dilediği zaman sözleşmeden dönme hususunda anlaşır. Cayma parası söz konusu olur, **dönme parası** da denir. Cayma parasında veren ile alanın feda edecekleri miktar farklıdır. Cayma parasını veren sözleşmeden dönerse feda edeceği miktar verdiği cayma parasıdır, alan sözleşmeden dönerse feda edeceği miktar cayma parasının iki katıdır. Cayma parasını veren sözleşmeden dönmezse bunun iadesini isteyebilir.

İfayı engelleyen ceza koşulu (dönme cezası) ile cayma parası (dönme parası) farklıdır. Cayma parası sözleşme kurulurken ödenir. Dönme cezasında ise sözleşmeden dönüldüğü zaman ödenir. Caymada karşı taraf iki katı cayma parası öderken, dönmede cezasında böyle bir artış yoktur.

Verilen paranın bağlanma mı yoksa cayma mı olduğu tereddütlü ise, TBK mad. 177 bunun bağlanma parası olduğu yönünde bir karine koymuştur. Karşı taraf aksini iddia ettiği takdirde, bunu ispat etmek zorundadır.

ÜÇÜNCÜ AYRIM: BORÇLU VE ALACAKLININ BİRDEN ÇOK OLMASI

Bir borç ilişkisinin tarafları ilke olarak iki kişiden (alacaklı ve borçlu) oluşur. Bazen bir borç ilişkisinin alacaklı ve borçlu tarafında birden çok kişinin bulunması mümkündür. Bu durum tarafların anlaşmasından veya kanundan doğabilir.

42. BORÇLUNUN BİRDEN ÇOK OLMASI (SAYFA 1219)

Bir veya birden çok alacaklı karşısında iki veya daha çok borçlu bulunursa, **borçlunun çokluğu** veya **borçlunun birden çok olmasından** söz edilir.

BİRDEN ÇOK BORÇLUNUN OLDUĞU BORÇ İLİŞKİLERİ

- Bireysel borç ilişkisi:** Bir veya birden çok alacaklı karşısında iki veya daha çok borçlu bulunduğu ve bunlardan her birinin borcun tamamından veya bir kısmından sorumlu olduğu; alacaklının da bunların her birinden borcun tamamını ya da bir kısmını talep ve dava edebildiği borç ilişkisine denir.
- Elbirliği halinde borç ilişkisi:** Alacaklının, borcu, iki veya daha çok borçlunun tamamından talep ve dava edebildiği; borçluların da edimi hep birlikte bölünmeden yerine getirmek zorunda bulunduğu borç ilişkisine denir. Bireysel borç ilişkisinde alacaklı, borcu borçluların her birinden ayrı ayrı talep edebilirken, elbirliği halinde borç ilişkisinde borçluların tamamından talep etmek zorundadır.

Miras ortaklığı, adi ortaklık, mal ortaklığı gibi elbirliği ortaklıklarının borçları, bir elbirliği borcu değildir. Zira bu tür ortaklıklarda borçtan ya kanun gereği bizzat ortaklık ya da ortaklığın her üyesi müteselsil borçlu sıfatıyla sorumludur. Örneğin mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından elbirliği halinde değil, müteselsilen sorumludurlar.

BİREYSEL BORÇ İLİŞKİSİNİN ÇEŞİTLERİ

- | | |
|---------------------|------------------------|
| 1. Bölünemeyen borç | 4. Kısmi borç |
| 2. Müteselsil borç | 5. İkincil (tali) borç |
| 3. Kümülatif borç | |

Bölünemeyen borç: TBK mad. 85'e göre bölünemeyen bir borcun birden çok alacaklı varsa, alacaklılardan her biri, borcun alacaklıların tamamına ifasını isteyebilir. Parçalara bölündüğü zaman, niteliği değişen veya değeri azalan edime, **bölünemeyen edim** denir. Yapma ve yapmama edimleri ilke olarak bölünemeyen edimlerdir.

Bölünemeyen borcun birden çok borçlu tarafından borçlanması mümkündür. Bu takdirde borçlulardan her biri, borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür. Kanun, bölünemeyen borcun tamamının birden çok borçlu tarafından borçlanılmasını müteselsil borç olarak görmemektedir.

Bölünemeyen asli borcun, bütün borçluların kusurlarıyla ifa edilmemesi nedeniyle tazminat borcuna dönüşmesi halinde, tazminat borcu bölünebilen borç niteliğini kazanır. Buna karşılık kusursuz ifa etmeme, bir tek borçluya yükletilebiliyorsa, bütün tazminattan o sorumlu olur, diğer borçlular borçtan kurtulur.

Müteselsil borç: Birden çok borçludan her birinin sözleşme veya kanun gereği alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğu ve alacaklının borcun tamamını her birinden talep edebildiği, ancak borçlulardan birinin ifasıyla sona eren borç ilişkisine denir.

Kümülatif borç: Birden çok borçludan her birinin, alacaklının diğer borçlulara karşı sahip bulunduğu talep yetkisi saklı kalmak üzere edimin tamamının ifasını üstlenmiş olduğu borç ilişkisine denir.

Kümülatif borçta birden çok borç mevcut olduğu için alacaklı bunları her bir borçludan birbirinden bağımsız olarak isteyebilir, tahsil edebilir. Örneğin bir şahıs sigortasında, sigortalının hem zarar verenden tazminatı hem de sigorta şirketinden sigorta parasını ayrı ayrı talep ve dava edip, bunların her ikisini de alması halinde kümülatif borç ilişkisi söz konusu olur.

Kısmi borç: Birden çok borçludan her biri alacaklıya diğerlerinden bağımsız olarak bir bütün teşkil eden borcun yalnız bir kısmını borçlandığı takdirde, kısmi borç söz konusu olur. Kısmi borcun doğması, bütünü oluşturan borcun bölünebilen borç olmasına bağlıdır. Bölünemeyen borçlarda kısmi borç ilişkisi olmaz.

Birden çok borçlunun mevcut olduğu bir borç ilişkisinde müteselsil borcun mu yoksa kısmi borcun mu söz konusu olduğu sorunu ortaya çıkarsa, kısmi borç karinesi kabul edilmelidir, müteselsil borç istisnadır.

İkincil (tali) borç: Alacaklının bir borçlu tarafından tatmin edilmemesi halinde borcu diğer bir borçludan talep yetkisine sahip bulunduğu borç ilişkisine denir. İkincil borçta, ikinci yükümlü olan borçlu, birinci borçlunun arkasında yer alır ve ancak bu borçlu borcu yerine getirmediği takdirde ifa ile sorumlu olur. İkincil borç sözleşmeden veya kanundan doğabilir. Örneğin asıl borçlunun borcu ifa etmemesi halinde kefilin ifa ile yükümlü olması, kanundan doğan tali borç örneğidir. Sözleşmeye dayalı ikincil borçta aslında garanti sözleşmesi veya üçüncü kişinin fiilini üstlenme söz konusudur.

MÜTESELSİL BORÇ

Müteselsil borç, alacaklının birden çok borçlunun her birinden borcun tamamının ifasını isteyebildiği ve borcun tamamı ifa edilinceye kadar borçluların tamamının sorumlu olduğu borç ilişkisidir.

Birden çok borçludan her biri borcun tamamından şahsen sorumludur, içlerinden biri borcu ifa ederse diğerleri de borçtan kurtulur. Birden çok borçlu aynı hukuki sebepten dolayı aynı edimi borçlanmıştır. Her bir borçlunun borcu asli borçtur. Alacaklı borcun ifasını dilediği borçludan dilediği zaman talep edebilir.

Müteselsil Borcun Hukuki Niteliği

Bir görüşe göre, müteselsil borç, birden çok borçlusu bulunan bir tek borçtan ibarettir. **Borcun tekliği görüşü** denir. Buna göre, müteselsil borçta bir tek edim, fakat birden çok borçlu vardır.

Diğer görüşe göre, müteselsil borç, ne kadar borçlu varsa o kadar borçtan oluşan bir hukuki ilişkidir. **Borcun çokluğu görüşü** denir. TBK bu görüşü kabul etmiştir. TBK mad. 162'ye göre müteselsil borçta, alacaklının hakkı tek bir alacaktan ibaret olmayıp, borçluların her birine karşı ayrı ayrı yönelen ve birbirleriyle yarışan birden çok alacaktan ibarettir. Her borç birbirinden bağımsızdır. Ancak, borç birden çok olmakla birlikte bunlardan sadece birinin ifasıyla borç ilişkisi sona erer.

Müteselsil Borcun Özellikleri

1. Müteselsil borç ilişkisi sadece alacaklı ile birden çok borçlu arasındaki ilişkide söz konusu olur, buna **dış ilişki** denir. **İç ilişkide** müteselsil borçluların borcun ifasından sonra kendi aralarındaki rücu ilişkisinde müteselsil borç söz konusu **olmaz**.
2. Müteselsil borçluların her biri borcun tamamından sorumlu olmakla birlikte, edimin yalnız **bir defa ifa** edilmesiyle borç sona erer. Alacaklı borçlulara karşı, birbiriyle **yarışan talep** hakkına sahiptir. Bunun anlamı; alacaklının borçlulardan biri tarafından tatmin edilmesi halinde, diğerlerinden herhangi bir talepte bulunamamasıdır.
3. Müteselsil borçta borçluların her biri borcun tamamından şahsen sorumludur. Borçluların hiç biri diğer borçluların varlığını ileri sürerek borcun ifasından kaçınamaz, kendisinin borcun yalnız bir kısmını ödeyeceğini, kalan borcu diğer borçluların ödemesi gerektiğini ileri süremez.

Müteselsil Borcun Doğuş Sebepleri

Müteselsil borç ya hukuki işlemde ya da kanundan doğar. TBK mad. 162 açıkça hükme bağlamıştır. Kaynağı yönünden numerus clausus (sınırlı sayı) kuralı geçerlidir.

1. Hukuki İşlemden (Sözleşme) Doğan Müteselsil Borç

a. Sözleşmenin Kurulurken Ortak İrade Beyanlarından Doğan Müteselsil Borç (TBK mad. 162/1)

Birden çok borçludan her biri, alacaklıya sözleşmenin kurulduğu sırada borcun tamamından sorumlu olduklarını beyan ettikleri (açık veya örtülü) takdirde müteselsil borç ilişkisi doğar. Alacaklının ve borçluların iradesi birbirine uygun olmalıdır.

b. Borca Katılma Yoluyla Meydana Gelen Müteselsil Borç

Müteselsil borç ilişkisi sözleşme kurulduktan sonra da doğabilir. Örneğin üçüncü bir kişinin, bir borcu borçlu ile birlikte üstlenmesi halinde, borca katılma suretiyle sonradan doğan müteselsil borç söz konusu olur.

2. Kanundan Doğan Müteselsil Borç (TBK mad. 162/2)

Birden çok borçlunun irade beyanı olmaması halinde, müteselsil borç ancak kanunun gösterdiği hallerde doğar. Örneğin birden çok kişinin aynı zarardan dolayı sorumlu olmaları, aile malları ortaklığında ortaklık borçlarından sorumluluklarda kanundan doğan müteselsil borçluluk vardır. Adi ortaklıkta ortaklığın borçlarında, miras ortaklığında tereke borçlarında müteselsil borçluluk vardır.

Müteselsil Borcun Hüküm ve Sonuçları

Alacaklı ile müteselsil borçlular arasındaki ilişkiye **dış ilişki**; borçlular arasındaki ilişkiye **iç ilişki** denir.

1. Dış ilişki

1. Alacaklının Hukuki Durumu (TBK mad. 163/1)

- Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını dilerse borçluların tamamından, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Ancak borcun muaccel olması gerekir.
- Alacaklı, dilerse borçluların tamamını, bir kısmını veya yalnız birini, borcun tamamı veya bir kısmı için dava edebilir.

- Alacaklı, alacağı bir kısmını bir borçludan, kalan kısmını diğer borçludan isteyebilir.
- Alacaklı, alacağı herhangi bir borçludan talep eder ve alamazsa, diğer borçlulara yönelebilir.
- Alacaklının ayrıcalıklı durumuna **paşa durumu** denir.

2. Müteselsil Borçluların Hukuki Durumu (TBK mad. 164)

- Borçluların alacaklıya karşı sorumluluğu, borcun tamamı ifa edilinceye kadar sürer.
- Borçlular alacaklıya karşı bazı def'i haklarına sahiptirler.
- Borçlular birbirlerinin durumlarını ağırlaştıracak fiillerden kaçınmak zorundadırlar.

Ortak Def'iler ve İtirazlar

Borçluların tümüne ortak bir şekilde tanınmış olan def'ie ortak def'i denir. Burada def'i terimi hem teknik anlamda def'ileri hem de itirazları kapsar. Her borçlunun ileri sürebileceği itirazlar arasında borcun doğmadığı, etkili ve geçerli olmadığı veya sona erdiğine ilişkin itirazlar vardır.

Borçluların tamamına borcun ifasından kaçınma hakkı veren def'lere teknik anlamda ortak def'i denir. Ödemezlik def'i, zamanaşımı def'i, borcun muaccel olmadığı def'i teknik anlamdadır.

Ortak def'ilerin ileri sürülmesi, her borçlunun yalnız hakkı değil, aynı zamanda yükümlülüğüdür. Borçlulardan biri alacaklıya karşı ortak def'ileri ileri sürmezse, diğer borçlulara karşı sorumlu olur. Bu sorumluluk kendisini rücu ilişkisinde gösterir. Ortak def'iyi ileri sürmeyen borçlu, diğer borçlulara rücu etme hakkını kaybeder.

Kişisel Def'iler ve İtirazlar

Borçlulardan her birinin alacaklı ile kendi arasındaki ilişkiden doğan def'lere kişisel def'i denir. Örneğin aldatma veya korkutma ile irade sakatlanması halinde ileri sürülecek iptal hakkı, sözleşme yapıldığı sırada ayırt etme gücünün olmadığı itirazı, alacaklının borçlulardan birini ibra etmesi kişisel def'ilerdir.

Her borçlu kendisiyle ilgili olan kişisel def'ileri ileri sürebilir, diğer borçlulara ait kişisel def'ileri ileri süremez. Zamanaşımı def'i kişisel def'idir, her borçlu için ayrı işler. Borçlulardan biri, diğeri hakkında oluşan zamanaşımı def'ini ileri süremez.

Müteselsil Borçluların Bireysel Davranışı

Müteselsil borçluların **borçları bağımsızdır**. Borçlulardan her birinin davranışı, yalnız kendisi hakkında hüküm ve sonuç doğurur. Bu davranış, diğer borçluların durumlarını ağırlaştırmaz. Örneğin borçlulardan biri faiz ödemeyi kabul eder, faiz miktarını yükseltir, ceza koşulunu üstlenir veya ifa zamanını ya da zamanaşımını öne alırsa diğer borçluların durumları ağırlaşaacağından, onları bağlamaz. Böyle bir fiil yalnız ilgili borçlu için hüküm ve sonuç doğurur.

Borçlunun temerrüdü ve sonuçları her borçlu için ayrı ve bağımsız sonuçlar doğurur. Zira borcun muacceliyeti ve ihtar her borçlu için farklı şekilde gerçekleşir.

Alacaklı TBK mad. 123'e göre yalnız mütemerrit olan borçluya ek süre verir, seçimlik hakkını yalnız ona karşı kullanır. TBK mad. 125'e göre alacaklının sözleşmeden dönmesi sözleşmenin tümünü kapsadığından, dönme hakkını kullanabilmesi tüm borçluların mütemerrit olmasına bağlıdır.

Sonraki kusurlu ifa imkânsızlığı nedeniyle TBK mad. 112 ve 116'ya göre sorumluluk bütün borçluları değil, yalnız kusurlu davranışıyla ifa imkânsızlığına sebep olan borçluya aittir. Kusursuz diğer borçlular TBK mad. 136'ya göre borçtan kurtulurlar.

Müteselsil borçlular arasında borçlu-yardımcı ilişkisi varsa, ifayı imkânsız kılan yardımcının davranışından borçlu sorumlu olur.

Borçluların davranışının diğer borçluların durumlarını ağırlaştırmaması ilkesinin **istisnası**, zamanaşımının kesilmesidir. Zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilince, diğer borçlulara karşı da kesilmiş olur. Ancak, borçlulardan biri zamanaşımı def'ini ileri sürmekten vazgeçerse, bu sadece kendi hakkında geçerli olup, diğer borçluları bağlamaz.

Alacaklının fiili de yalnız ilgili borçlu hakkında hüküm ve sonuç doğurur. Örneğin borcun muaccel olması alacaklının ihtar yapmasına bağlı olup ihtar yalnız bir borçluya yapılmışsa, borç sadece onun hakkında muaccel olur, diğer borçlular ihtardan etkilenmez. İstisnası, alacaklının bir fiiliyle örneğin borçlulardan yalnız birine dava açması sonunda zamanaşımının diğer borçlular için de kesilmesidir.

2. İç İlişki (TBK mad. 167)

İç ilişki, borçlular arasında hangisinin ne oranda ödenen borçtan kesin olarak sorumlu olacağı sorusunu cevaplar. Alacaklının tatmin edilmesinden sonra müteselsil borçlulardan her birinin borcu hangi oranda

paylaşacağı iç ilişkiye göre belirlenir. Borçlulardan her biri, yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Payından fazla ifada bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğerlerinden isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu etme hakkına sahiptir.

TBK mad. 167'ye göre, müteselsil borçlular, iç ilişkide ilke olarak eşit oranda borçlanmış sayılırlar. Ancak, bu hüküm, düzenleyici bir kural olup aksi kararlaştırılabilir.

Rücu hakkı, alacaklıya ifada bulunduğu anda doğar, daha önce böyle bir halktan söz edilemez. Ayrıca bu andan itibaren rücu alacağı hakkında zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

Ifada bulunan müteselsil borçlunun rücu edeceği müteselsil borçlular birden çok ise, ifa eden borçlu ile diğer borçlular arasında müteselsil borç söz konusu olmaz. Ödemede bulunan borçlu, rücu alacağının tamamını, diğer müteselsil borçluların yalnız birinden isteyemez. Diğer borçlulardan her biri iç ilişkiye göre sadece kendisine düşen pay oranında sorumlu olur. Rücu sahibi borçlunun, müteselsil borçlulardan birinden tahsil edemediği miktar, diğerleri arasında eşit olarak paylaşılır.

Diğer müteselsil borçlular, ifada bulunan borçlunun yapmış olduğu ek ve haklı giderlerden (vekalet ücreti, dava giderleri, ödenen paranın faizi) sorumludurlar.

Ortak def'ilerden birini kusurlu ileri sürmeyen borçlu, ifada bulunmuş olsa bile, diğer borçlulara rücu edemez. Ortak def'iyi kusursuz olarak bilmediği için ileri sürememişse, rücu hakkını kaybetmez.

Halefiyet

TBK mad. 168/1, ödemede bulunan borçlunun durumunu kuvvetlendirmek, rücu hakkını daha etkili kılmak için ona, tatmin ettiği alacaklıya halef olma hakkını tanımıştır.

Halefiyet, alacaklıya ait hakların alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde rücu hakkına sahip müteselsil borçluya geçmesidir. Bu suretle müteselsil borçta ifa, asıl alacağın ortadan kalkması değil, rücu hakkına sahip borçluya geçmesi sonucunu doğurur.

Rücu hakkına sahip birden çok borçlunun olması halinde, rücu alacağı rücu payına göre paylaşılır.

Halefiyet sonunda, alacaklının alacağını temin eden kefalet ve rehin gibi teminatlar ile işlemekte olan faiz kendiliğinden rücu hakkı sahibi borçluya geçer. Teminatlar arasında taşınmaz rehini varsa, ödemede bulunan borçlu adının tapuda alacaklılar siciline yazılmasını isteyebilir, taşınır rehinde ise şeyin kendisine teslim edilmesini alacaklıdan talep edebilir. Alacağın ileri sürülmesi için gerekli bilgi ve belgelerin verilmesini isteme hakkı vardır.

Müteselsil Borcun Sona Ermesi

Müteselsil borç da borcu sona erdiren sebeplerle (TBK mad. 131) sona erer, ortadan kalkar.

1. Müteselsil Borcun Alacaklı Tatmin Edilerek Sona Ermesi (TBK mad. 166/1)

Ifa veya takas ile borcun tamamını ya da bir kısmını sona erdirmiş olan müteselsil borçlu, aynı oranda diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur. İfa ve takas, alacaklıyı tatmin etmek suretiyle borcu sona erdiren sebeplerdir. Bu nedenle, müteselsil borçlulardan biri borcu ifa veya takas ederse, alacaklı tatmin edilmiş olur, müteselsil borç da sona ermiş olur.

Kısmi ifada alacaklı tam olarak tatmin edilmediği için borç, ancak ifa ve takas oranında sona erer, borçlular da bu oranda borçtan kurtulurlar.

2. Müteselsil Borcun Alacaklı Tatmin Edilmeksizin Sona Ermesi

Müteselsil borç; * **Hak düşürücü sürenin geçmesi,**
* **İbra,**
* **Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi,**
* **Kusursuz sonraki imkânsızlık ve**
* **Zamanaşımı** hallerinde alacaklı tatmin edilmeksizin sona erer.

Alacaklının borçlulardan birini borçtan ibra etmesi veya süre vermesi sübjektif etki yapar, diğer borçlular bundan yararlanamaz.

Alacaklının bir ivaz karşılığında yaptığı sulh sözleşmesi bütün borçlular hakkında hüküm ifade eder.

Borcun ifasının sonradan kusursuz olarak imkânsızlaşması halinde bütün borçlular borçtan kurtulur. Ancak, bunun için tüm borçlular yönünden objektif imkânsızlık söz konusu olmalıdır.

Borçlulardan birinin şahsında alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi halinde borç yalnız onun hakkında sona erer, diğerleri hakkında devam eder. Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi halinde diğer borçluların alacaklıya karşı rücu hakları vardır.

Borcun yenilenmesi halinde, yalnız alacaklı ile yenilemeyi yapan borçlu hakkında borcu sona erdirir, diğer borçluların borcu devam eder.

Alacaklının, müteselsil borçlulardan biri tarafından sunulan ifayı reddetmesi halinde, bunun sonuçlarından diğer borçlular da yararlanır.

Tam Teselsül – eksik Teselsül

Müteselsil borcun aynı sebepten doğması halinde tam teselsül, ayrı sebeplerden doğması halinde eksik teselsül söz konusu olur.

En önemli fark; kendisini zamanaşımında gösterir. Tam teselsülde borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı diğerlerine karşı da kesilmiş olur. Eksik teselsülde bir hakkında kesilen zamanaşımı diğerlerini etkilemez. Bir diğer fark; tam teselsülde rücu hakkı halefiyete dayanır, eksik teselsülde rücu doğrudan borçlunun şahsından, sahip olduğu bir haktan doğmaktadır.

43. ALACAKLININ BİRDEN ÇOK OLMASI (SAYFA 1241)

ELBİRLİĞİ HALİNDE ALACAK İLİŞKİSİ

Birden çok alacaklı, borçludan kendilerine ait bir alacağı ancak bir arada talep edebiliyorlar ve borçlu da borcu ancak alacaklıların tamamına bir arada ifa etmekle borçtan kurtulabiliyorsa, elbirliği halinde alaktan söz edilir. Borçlu alacaklıların tamamına ifada bulunmadıkça borçtan kurtulamaz. Adi ortaklık, miras ortaklığı, eşler arasında mal ortaklığı, aile malları ortaklığında ortaklık alacağı üzerinde elbirliği halinde alacak hakları vardır. Böyle alacak hakkında tasarruf, elbirliği ile yapılır.

BİREYSEL ALACAK İLİŞKİSİ

1. Bölünemeyen Alacak	3. Kısmi Alacak
2. Kümülatif Alacak	4. Müteselsil Alacak

Bölünemeyen Alacak: Birden çok alacaklı aynı alacağa talep yetkisine sahiplerse, bölünemeyen alacak söz konusu olur. Her bir alacaklı, borçludan bölünemeyen borcun alacaklıların tamamına ifa etmesini isteyebilir.

Kümülatif Alacak: Birden çok alacaklının her birinin borçludan ayrı ayrı talep ve tahsile yetkili olduğu alacağa denir.

Kısmi Alacak: Birden çok alacaklının her birinin edimin yalnız bir kısmını istemeye yetkili olduğu alacağa denir, bölünebilir alacaklarda söz konusu olur.

Müteselsil Alacak: Birden çok alacaklıdan her birinin borçludan alacağın tamamını isteme hakkına sahip olduğu, borçlunun da alacaklılardan birine borcu ödemekle borçtan kurtulduğu alacağa denir.

Alacaklılardan her biri bağımsız olarak borçludan ifayı isteyebilir. Borçlu dilediği alacaklıya borcu ifa edebilir. Ancak, borçlunun dilediği alacaklıyı seçmeden önce alacaklılardan biri ifayı istemişse, borçlu bu alacaklıya ifa etmek zorundadır. Alacaklılar arasında iç ilişki kanunda düzenlenmemiştir.

Doğuş Sebepleri

Müteselsil alacak ya sözleşmeden ya da kanundan doğar. Birden çok kişi tarafından bir bankada açtırılan ortak hesap, sözleşmeden doğan müteselsil alacağa örnektir.

Tarafların Hukuki Durumu

a. Borçlunun Hukuki Durumu

- Müteselsil alacakta borçlunun durumu daha iyidir. Zira TBK mad. 169/3'e göre borçlu, alacaklılardan **birini seçerek** ona ifada bulunabilir. Bu seçme sayesinde borçlu, ifa yerine alacaklılardan birinin kendisine borçlu olması halde takas etme ve borçtan kurtulma imkânına sahip olur.
- Ancak alacaklılardan birinin **icra veya dava yoluyla ifa talebinde bulunması** ve icraya, mahkemeye ya da hakeme başvurusu veya alacağı bir davada def'i olarak ileri sürmesi, iflas masasına kaydettirmesi halinde, borçlunun seçme hakkı sona erer.
- Seçme hakkı **ihbar ile sona ermez**.
- Alacaklılardan birinin icra veya mahkemeye başvurduğunu bildirmesi halinde, borçlu, edimi **yalnız ona ifa etmek** zorundadır.
- Alacaklar bağımsız olduğu için, borçlu her alacaklıya karşı alacakla ilgili **def'i ve itirazları** ileri sürebilir.

b. Alacaklının Hukuki Durumu

- Alacaklı sayısı kadar bağımsız alacak mevcuttur, **alacakta çokluk görüşü** geçerlidir.
- Her alacaklı **bağımsız** olarak alacağı **talep** edebilir, alacak üzerinde **tasarruf** işlemleri yapabilir.
- Her alacaklı borçluya karşı tek başına alacak **davas**ı açabilir, icraya başvurabilir. Ancak, borçluyu ibra eden alacaklı, alacak hakkının tamamını kaybeder.
- Alacağın devrinde, devralan ile diğer alacaklı arasında yeni bir müteselsil alacaklılık ilişkisi doğar.
- Alacak üzerinde tasarruf işlemleri yapan müteselsil alacaklının **tasarruf yetkisine** sahip olması gerekir. Tasarruf işlemlerini alacaklı bizzat yapabilir, temsilcisi de yapabilir.
- Edimin ifası kusurlu imkânsız hale gelirse, her alacaklı için **tazminat isteme** hakkı doğar.
- Her alacaklının alacağı borçludan tek başına isteme veya bunun üzerinde tasarruf etme yetkisi **sınırsız değildir**. Alacaklılardan birinin icra veya mahkemeye başvurduğunu bildirmesi halinde, diğer alacaklıların talep yetkileri sona erer.

Müteselsil Alacağın Sona Ermesi

Alacak hakkı, müteselsil alacaklılar tatmin edilerek veya edilmeden sona erebilir.

Alacaklıları tatmin etmek müteselsil alacağı sona erdiren sebeplerin başında **ifa** ve **takas** gelir.

Bütün alacaklıları tatmin etmeksizin borcu sona erdiren sebepler arasında **alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi** ile **sonraki kusursuz ifa imkânsızlığı** hali gelir. **İbra, sulh** ve **yenilemede sadece ilgili** alacaklıya karşı borç sona erer. **Hak düşürücü süreyi kullanmadan geçiren** alacaklı için de aynıdır.

Kanunda alacak ile ilgili iç ilişkiyi düzenleyen bir hüküm yoktur. Ancak, alacaklılar kendi aralarında böyle bir düzenleme yapabilirler. Alacaklılar iç ilişkiyi düzenleyen böyle bir anlaşma yapmamışlarsa rücu olmaz.

DÖRDÜNCÜ AYRIM: ALACAKLI VE BORÇLU TARAFIN DEĞİŞMESİ

Borcun alacaklı tarafının değişmesi ⇨ **Alacağın devri**

Borcun borçlu tarafının değişmesi ⇨ **Borcun üstlenilmesi** adını alır.

Borç ilişkisinin taraflarının değişmesine **hâkim olan düşünce**;

- ★ Borçlunun izni, hatta haberi bile olmadan alacaklı alacağını üçüncü kişiye devredebilir.
- ★ Oysa hiçbir borçlu, alacaklının izni olmadan borcu üstlenen üçüncü kişi borç ilişkisine katılamaz.

44. ALACAĞIN DEVRİ VE BORCUN ÜSTLENİLMESİ (SAYFA 1247)

ALACAĞIN DEVRİ (TBK mad. 183-194)

Alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını borçlunun rızasına gerek olmadan bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesine denir.

Alacak hakkı devralan kişiye geçer, devralan alacak hakkını kesin kazanır, tasarruf yetkisini elde eder. Devir alacağın varlık ve miktarında herhangi bir değişiklik meydana getirmez.

Alacağı üçüncü kişiye devreden alacaklıya **devreden**, bu alacağı devralan üçüncü kişiye **devralan**, borçluya da **devredilen borcun borçlusu** denir.

Alacağın devrine borçlu katılmaz. Bu nedenle rıza göstermesi ve haberdar olması gerekmez.

Alacağın devrini, sözleşmenin devrinden ayırmak gerekir. Bir borç ilişkisinden doğan bir veya birden çok alacağın üçüncü kişiye devri **alacağın devridir**. Borç ilişkisinin bir bütün olarak devri ise **borç ilişkisinin devrini** veya **sözleşmenin devrini** ifade eder.

Alacağın devrinde, **hukuki durum ve sıfat** devredilemediği için böyle bir ilişkiden doğan yenilik doğuran haklar ve def'iler devredilemez, bunlar sözleşmenin alacaklı ve borçlu tarafına ait olarak kalır. İptal, fesih, dönme haklarında durum böyledir. Örneğin bir kira sözleşmesinin irade bozukluğu ile kurulmasında iradesi sakatlanan tarafın **iptal hakkı**, alacak hakkı devredildiğinde **üçüncü kişiye geçmez**.

Alacağın Devrinin Çeşitleri

1. Kanuni devir
2. Yargısal devir
3. İradî devir

Kanuni devir (TBK mad. 185)

Bir alacağın kanundan ötürü bir alacaklıdan üçüncü bir kişiye geçmesine denir. Bu devirde alacak, kanunda öngörülen belirli bir olayın gerçekleşmesi üzerine, alacaklının bir irade beyanına gerek olmaksızın kendiliğinden üçüncü kişiye geçer.

Herhangi bir şekil koşulu yoktur. Alacaklının irade beyanı ve yazılı şekil aranmadığı için irade bozukluğu ve şekil noksanlığı söz konusu olmaz.

Kanunda öngörülen hallerin başında **halefiyet** gelir. Müteselsil borçlulardan biri borcu ifa ederse kanuni devir gerçekleşir. **Müteselsil borçlu** rücu ve alacaklıya halef olma hakkı kazanır. Asıl borçluyu borçtan kurtaran **kefil** de alacaklının haklarına halef olur. Kanuni devrin bir başka örneği **mirastır**. Mirasbırakanın alacakları doğrudan mirasçılara geçer.

Kanuni devir, hem taraflar hem de üçüncü kişiye karşı hüküm ve sonuç doğurur. Alacağın yasa gereği geçmesi halinde, eski alacaklının yeni alacaklıya garanti yükümlülüğü yoktur.

Yargısal devir (TBK mad. 185)

Bir alacağın alacaklının irade beyanına ve herhangi bir şekle gerek olmadan hâkim kararıyla bir başka kişiye geçmesine denir.

Mahkemenin, alacağın bir kimseye ait olduğuna ilişkin tespit kararı yargısal devir değildir. Yargısal devirin geçerliliği, herhangi bir şekil koşuluna veya alacaklının iznine bağlı değildir.

İradi devir

Devreden ve devralan arasında yapılan devir sözleşmesi ile alacağı doğrudan devralana geçiren devir türüne iradi veya rızai devir denir.

Devrin Hukuki Niteliği

- a. Alacağın devri hukuki bir işlemdir.
- b. Alacağın devri bir tasarruf işlemidir.
- c. Alacağın devri sözleşmeye dayalı bir işlemdir.
- d. Alacağın devri sebebe bağlı bir işlemdir.

Alacağın devri hukuki bir işlemdir

Taraflar bu işlemle sözleşmeye dayalı olarak alacak hakkının devredenden devralana geçmesini sağlarlar.

Alacağın devri bir tasarruf işlemidir

Devreden bu işlemi yapmakla kendisine ait bir alacak üzerinde doğrudan etkide bulunmaktadır.

Alacağın devrinin geçerli olması, alacaklının tasarruf yetkisine sahip olmasına bağlıdır. Bu yetki, devir işleminin yapıldığı anda olmalıdır. Devredilen alacağın birden çok alacaklısı varsa, hepsinin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Kanuni temsilci de tasarruf edebilir. Yetkisiz temsilcinin yaptığı devir, ancak alacaklının sonradan vereceği onay ile etkili olur, onay geçmişe etkili sonuç doğurur.

Alacak hakkı birden çok devire konu olmuşsa, tasarruf işlemlerinde öncelik ilkesi nedeniyle ilk yapılmış olan devir geçerli olur. Zira alacak hakkı ilk devir ile devralana kesin geçtiğinden ve devreden artık tasarruf yetkisi kalmadığından sonraki devirler hüküm ve sonuç doğurmaz.

İflas eden alacaklının iflas masasına kaydedilen alacakları üzerinde tasarruf yetkisi yoktur, iflas idaresinin izni ile devredebilir. Alacaklının haczedilen alacak üzerinde, mirasçıların terekenin resmi tasfiyesi halinde tereke alacakları üzerinde tasarruf yetkileri yoktur.

Alacaklı, alacağı devrederken tasarruf yetkisine sahip değilse, daha sonra bu yetkiye sahip olursa, devirdeki geçersizlik sağlık kazanır.

Alacağın devri sözleşmeye dayalı bir işlemdir

Alacağın devri iki taraflı bir işlemdir, bir sözleşmedir. Devir sözleşmesi borçlar hukuku sözleşmesidir. TBK'nın sözleşmenin kurulması, irade beyanı, muvazaa, irade sakatlığı, temsil, ehliyet, yorum ve şarta ilişkin hükümleri devir sözleşmesine de uygulanır.

Alacağın devri sebebe bağlı bir işlemdir

Alacağın devri kazandırıcı bir işlemdir ve hukuki bir sebebe ihtiyaç gösterir. Bu sebep sözleşme, vasiyetname ya da kanundan doğan bir borç olabilir.

Alacağın devrinin sebebe bağlı bir işlem olup olmadığı tartışmalıdır. **Sebebe bağlı sayılırsa**, hukuki sebebi oluşturan temel işlemin geçersizliği, tasarruf işlemi (devri) etkiler, geçersiz kılar. Alacak hakkı devralana geçmemiş olur. **Soyut bir işlem sayılırsa**, temeldeki borçlandırıcı işlem geçersiz olsa bile, devir işleminin geçerli olması halinde alacak devralana geçer. **Hâkim görüşü**, alacağın devrinin sebebe bağlı bir işlem olduğudur. Örneğin kanun taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğunu TMK mad. 1024 ve 1025'te açıkça hükme bağlamıştır.

Devrin Esasa İlişkin Şartları

- ♥ Tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir.
- ♥ Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ve kısıtlıların yaptıkları devir sözleşmelerinin geçerli olması için kanuni temsilcilerinin izin veya onay vermesi gerekir.
- ♥ Tarafların irade beyanları karşılıklı ve birbirine uygun olmalıdır.
- ♥ Kabul iradesi açık veya örtülü olabilir. İlke olarak susma şeklindeki örtülü irade beyanı yeterlidir. Ancak işlem ivazlı işlem ise, devralanın susması yeterli değildir.
- ♥ Alacağın devri hukuka ve ahlaka aykırı olmamalıdır.

Devrin Şekle İlişkin Şartları (TBK mad. 185)

- ♥ Devir sözleşmesi yazılı (adi yazılı) yapılmalıdır. Devir işleminin bütün esaslı noktalarını içermesi, özellikle devredilecek alacağı yeter derecede göstermelidir.
- ♥ Yazılı şekil devrin geçerlilik şartıdır. Şekle uyulmazsa devir geçersizdir.
- ♥ Açığa ve beyaza devir geçerlidir.
- ♥ Devredenin beyan ve imzası yeterlidir, devralanın irade beyanının yazılı olması şart değildir.
- ♥ Alacağı devralan alacak senedinin teslimini isteyebilir. Ancak bu devrin geçerlik şartı değildir.
- ♥ Yazılı şekle devir sözleşmesi tabidir, devrin hukuki sebebi olan devir taahhüdü şekle tabi değildir.
- ♥ Devrin hukuki sebebini, ya alacağın satılması ya da bağışlama sözü verilmesi oluşturur. Alacağın satılması şekil koşuluna tabi değildir, ancak bağışlama sözü verilmesi yazılı olmalıdır (TBK mad. 288'e).

Devrin Konusu (kural)

Sözleşmeden doğan borç ilişkisi alacağın devri yoluyla devredilemez, ancak sözleşmenin devri ile devredilebilir. Bu nedenle alacağın devrine rağmen, devreden sözleşmenin alacaklısı sıfatını korur. Borçlunun iptal veya dönme beyanını devreden alacaklıya yöneltmesi gerekir.

Devrin konusu alacak hakkıdır. İlke olarak her türlü alacak (olağan bir alacak, şart veya süreye bağlı alacak, çekişmeli alacak, gelecekteki bir alacak) devredilebilir. Devredildiği anda henüz mevcut olmayan, fakat ileride doğacak alacağa gelecekteki alacak denir.

Devredilen alacağın doğduğu kaynak önemli değildir. Hukuki işlemde, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, vekâletsiz iş görmeden doğan alacaklar devredilebilir. Çekişmeli alacaklar, eşya, miras ve aile hukukundan doğan alacaklar da devre konu olabilir.

Alacağın tamamı devredilebileceği gibi bir kısmı da devredilebilir. Müteselsil alacaklılardan biri alacak hakkını devredebilir.

Yalnız alacak hakları devredilebilir. Aynı bir talep hakkı alacak hakkı olmadığı için, alacağın devrine konu olamaz. Bağımlı yenilik doğuran haklar da alacak hakkından ayrı devredilemez.

Devrin Konusu (istisna)

- a. Kanuna göre devri yasak olan alacaklar
- b. Sözleşmeye göre devri yasak olan alacaklar
- c. Hukuki ilişkinin niteliğine göre devri yasak olan alacaklar

Kanuna göre devri yasak olan alacaklar

Örneğin ürün kirasında kiracı kiraya verenin rızası olmadan kiralananı kullanma ve işletme hakkını üçüncü kişiye devredemez. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı bakım hakkını devredemez. Manevi tazminat talebinin devri zarar verenin kabul etmesi halinde mümkündür. Kamu hukukunda doğan alacaklar devredilemez.

Sözleşmeye göre devri yasak olan alacaklar

Taraflar alacak hakkının devrini tamamen veya kısmen yasaklayabilirler, şarta bağlayabilirler. Ancak devralanın devir yasağından habersiz olması mümkündür. TBK mad. 183/2'ye göre, devir yasağını içermeyen yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı devralan kişiye karşı, yasak savunması (def'i) ileri sürülemez.

Hukuki ilişkinin niteliğine göre devri yasak olan alacaklar

Alacaklının kişiliği ile çok yakın ilgisi bulunan alacakların devri, hukuki ilişkinin niteliği gereği mümkün değildir. Örneğin nafaka alacağı işin niteliği gereği devredilemez. Ücretli vekâlette de durum böyledir.

Devir Yasağına Uymamanın Hüküm ve Sonuçları

- ♥ Devri caiz olmayan bir alacağın devri geçersizdir. Sadece borçlu karşısında değil, devreden ile devralan arasında da hüküm ve sonuç doğurmaz.
- ♥ Sözleşmeden doğan devir yasağında, borçlunun devri onaylamasıyla engel geçmişe etkili olarak kalkar, bu takdirde devir başından itibaren geçerli hale gelir.
- ♥ Borçlu onaylamazsa, hâkim devir yasağını, borçlunun def'i hakkını kullanması ile göz önünde tutar.
- ♥ Borçlu, sözleşmeye dayalı devir yasağını, böyle bir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralan kişiye karşı ileri süremez.

Devrin Kapsamı

Alacağın devri alacak hakkı ile buna bağlı yan hakları kapsar. Yan haklar arasında işlemiş faizlerle teminat hakları bulunur. Alacaklının kişiliğine özgü olmayan öncelik hakları da devir kapsamına girer. Devreden alacak senedi ile ispat niteliğindeki delilleri ve ayrıca gerekli bilgileri devralana vermek zorundadır.

Devrin Hüküm ve Sonuçları

a. Asli Sonuçlar

- 1) Alacağın devralana geçmesi ve alacaklının değişmesi
- 2) Devredenin garanti borcu
- 3) İspat araçlarını, yazılı delilleri teslim borcu

b. Yan sonuçlar

- 1) Öncelik haklarının (imtiyaz hakları) asıl alacak ile birlikte devralana geçmesi
- 2) Yan hakların devralana geçmesi
- 3) Düzenleyici (ikincil) hakların, özellikle yenilik doğuran hakların (örneğin seçim hakkı) devralana geçmesi

Devredenin garanti borcu

Alacağın **bir edim karşılığında** devredilmesi halinde devredenin garanti borcu vardır. **İvazsız devredilmişse** devreden, alacağın varlığından, borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir; bu durum alacağın kanun gereği başkasına geçmesi halinde de uygulanır.

Alacaklı alacağını bir borcunu ifa amacıyla da devredebilir.

TBK mad. 193'e göre, bir edim karşılığında yapılan devirlerde devralan; ifa ettiği karşı edimi faizi ile geri isteyebilir, devreden geri vermek zorundadır. Devrin sebep olduğu giderler (icra ve dava giderleri) de garanti kapsamındadır.

Yan hakların devralana geçmesi

Yan haklar devralana geçer, devredenin kişiliğine bağlı yan haklar devralana geçmez.

Yan haklar arasında; kefalet ve rehin gibi teminatlar, hapis hakkı, mülkiyeti saklı tutma hakkı, dava ve icra hakkı, asıl alacakla birlikte işlemiş faizler, devirden sonraki temerrüt faizi, devredene ait tazminat ve ceza koşulu sayılabilir ve bunlar devralana geçer. Devirden önceki temerrüt faizi devralana geçmez.

Devralan ile Borçlunun Hukuki İlişkisi

Borçlunun izin vermesi gerekli değildir.

- Devir ile alacak hakkı devralana geçer.
- Borçlunun katılması ve izin vermesi şart değildir.
- Devir borçluya bildirilmemişse, borçlu önceki alacaklıya iyi niyetle borcu ifa ederse borçtan kurtulur.
- Önceki alacaklıya kötü niyetle borcu ifa eden borçlu, borçtan kurtulamaz.
- Devrin borçluya bildirilmesi, borçlunun hâkimiyet alanına ulaştığında hüküm ve sonuçlarını doğurur.
- Bildirimden önce borçlu mütemerrit duruma düşmez.

Borçlunun savunma hakları

- Borçlu devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu def'ileri (örneğin ödemelik def'i ile zamanaşımı def'i), devralana karşı da ileri sürebilir. Alacaklının değişmesi zamanaşımı sürelerinin işlemlerini etkilemez.

- Borçlu devralana karşı alacak hakkının doğmasını önleyen olaylarla, alacak hakkını ortadan kaldıran (örneğin bozucu şartın gerçekleşmesi) olayları itiraz olarak ileri sürebilir.
- Birden çok devir halinde borçlu, devralan muhtelif kimselere karşı bu def'i ve itirazları ileri sürebilir.
- Borçluya tanınan def'i hakkı sınırlamaya tabi tutulmuştur. Yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralan üçüncü kişiye karşı borçlu, bunun muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz.
- Borçlunun devralana karşı takas ileri sürme hakkı vardır.
- Borçlu, yalnız devredene karşı değil, devralana karşı da sahip olduğu kişisel def'i ve itirazları ona karşı ileri sürebilir.

Devreden ile Devralanın Hukuki İlişkisi

Alacağın devrinin doğurduğu en önemli sonuç, alacaklının değişmesi ve alacağın kesin olarak devralana geçmesidir. Devralan alacak üzerinde artık tek başına tasarruf edebilir.

BORCUN ÜSTLENİLMESİ (TBK mad. 195-204)

Borcun üstlenilmesinde borç ilişkisinin pasif süjesi, borçlu tarafı değişmektedir. Borç, üçüncü bir kişiye geçtiği için, buna **alacaklının rıza göstermesi** gerekir, borcun üstlenilmesi alacaklının menfaatini yakından ilgilendirir. Borçlunun değişmesi **şu hallerde** görülür:

- ⊗ Bir malvarlığının külli halefiyet yoluyla bir bütün olarak başka bir kişiye geçmesi
- ⊗ Terekenin mirasçılara geçmesinde borcun mirasçılara geçmesi
- ⊗ Bir mal varlığı veya işletmenin devralınması
- ⊗ Sözleşmenin tarafının değişmesi
- ⊗ Bireysel bir borcun borçlusunun değişmesi (dış üstlenme)

Borcun Üstlenilmesi Çeşitleri

1. Borcun iç üstlenilmesi
2. Borcun dış üstlenilmesi
3. Bir mal varlığının veya işletmenin devralınması
4. Birden çok işletmenin birleşmesi ya da şekillerini değiştirmesi +
5. Borca katılma

1. Borcun iç üstlenilmesi (TBK mad. 195)

Burada, borcun borçlusu değişmemektedir, borcu üstlenen sadece yükümlülük altına girmektedir. Buna **borcu kurtarma vaadi** veya **ifanın üstlenilmesi** de denir.

❖ Borcu iç üstlenme sözleşmesi

Borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılır. Alacaklı bu sözleşmeye katılmaz, izin vermesi de gerekmez.

- Borçlu ile borcu üstlenin fiil ehliyetine sahip olması gerekir.
- İrade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekir.
- Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girer.
- **Üstlenilen borç;**
 - ✓ Muaccel olmamış süreli bir borç
 - ✓ İlerde doğacak belirli veya belirlenebilir bir borç
 - ✓ Şarta bağlı bir borç
 - ✓ Eksik bir borç (zamanaşımına uğramış bir borç) olabilir.
 - ✓ Şahsa bağlı borçlar devredilemez, ancak alacaklı ısrar etmezse üçüncü kişi üstlenebilir.
- İç borçlanma sözleşmesinin geçerliliği şekle tabi değildir. Bu nedenle, üçüncü kişi, bir ivaz karşılığında borçlunun verdiği bağışlama sözünü veya taşınmaz satış sözleşmesinden doğan satış parası borcunu üstlendiği takdirde, bunların tabi olduğu resmi şekle bağlı olmadan yapılabilir.
- Üçüncü kişi, borcu bir **ivaz karşılığında** üstlenmişse, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olur. Üstlenen ödemezlik def'ini ileri sürebilir, borçludan önce kendi borcunu ifa etmesini isteyebilir. Üçüncü kişi, borcu **ivazsız** üstlenmişse, örneğin bağışlama amacıyla üstlenmişse burada bir bağışlama sözü verme olduğundan bunun yazılı yapılması gerekir.

❖ İç üstlenme sözleşmesinin hüküm ve sonuçları

- Hüküm ve sonuçlar borçlu ile üstlenen arasında ilişkide doğar, alacaklı ile borçlu ilişkisini etkilemez.
- Alacaklı, üstlenene karşı bir alacak hakkı kazanmaz, ona karşı bir dava açamaz.
- Borcun iç üstlenilmesi, borcun kendiliğinden üstlenene geçmesi sonucunu doğurmaz.

- Üstlenen sadece borçluyu borçtan kurtarma yükümlülüğü altına girer.
- Üstlenen borçluyu borcu ifa ederek kurtarabileceği gibi, alacaklı ile sözleşme yaparak da kurtarabilir.
- Üstlenenin borcu, alacaklı kabul ederse, ifa ikameleri veya takas ile sona erdirmesi de mümkündür.
- Borç muaccel olduğunda, üstlenen borçluyu borçtan kurtarmazsa, borçlu ifa etmek zorunda kalır.
- Borçlu, üstlenenin kendisini borçtan kurtarmaması halinde, kusurlu imkânsızlık varsa TBK mad. 112, temerrüt varsa TBK mad. 125'e göre hareket edebilir. Borçtan kurtarılmamış borçlu, üstlenenden teminat isteyebilir. Üstlenenin teminat göstermemesi borca aykırılık teşkil eder, borçlu tazminat isteyebileceği gibi sözleşmeden de dönebilir.

2. Borcun dış üstlenilmesi (TBK mad. 196)

Alacaklı ile üçüncü kişi arasında yapılır, bununla borçlu borcundan kurtulur, üstlenen yeni borçlu olarak onun yerine geçer. Borçlunun sözleşmeye katılması gerekmez, izin vermesi de gerekmez. Hatta borçlu muhalefet etse bile, alacaklı ile üstlenen bu sözleşmeyi yapabilir.

Dış üstlenme sözleşmesi çifte hüküm ve sonuç doğurur. **İlk hüküm**, eski borçlunun borçtan kurtulmasıdır. **İkinci hüküm** üstlenenin yeni borçlu olarak borç altına girmesidir.

Alacaklı açısından üstlenme işlemi bir tasarruf işlemidir. Gerçek anlamda borç üstlenme, borcun dış üstlenilmesidir. Zira bu üstlenmede, borcun borçlu tarafı değişir, borç eski borçludan yeni borçluya geçer.

❖ Sözleşmenin konusu

- Her türlü borç (şarta bağlı bir borç, gelecekteki bir borç, eksik borç, şahsen ifası gereken bir borç) sözleşme konusu olabilir.
- Dış üstlenme sözleşmesi hem tasarruf hem de borçlandırıcı işlemidir.
- Alacaklı açısından tasarruf işlemidir, fiil ehliyetine ve tasarruf yetkisine sahip olmalıdır.
- Yine alacaklı açısından bir kazanma işlemidir, üstlenene karşı bir alacak kazanmaktadır.
- Üstlenen açısından borçlandırıcı bir işlemidir, fiil ehliyetine sahip olması yeterlidir.

❖ Sözleşmenin kurulması

Öneri ve kabul ile kurulur, öneri ve kabul beyanlarının birbirine uygun olması gerekir.

Öneri: İlke olarak üstlenen öneride bulunur, alacaklının da öneride bulunması ve üstlenenin kabul etmesi mümkündür. Öneriyi üstlenenin temsilcisi de yapabilir.

Eski borçlu veya üstlenen, alacaklıya kabul için süre verebilir. Alacaklı kabul beyanında bulunmazsa örtülü reddedilmiş sayılır. Burada genel öneriden farklı olarak, eski borçlu da sözleşmenin tarafı olmadığı halde, alacaklıya süre verebilmektedir. Bununla birlikte, kabul beyanının muhatabı eski borçlu değil, borcu üstlenendir.

Kabul: Alacaklının kabul beyanı açık veya örtülü olabilir. Alacaklının, bir çekince ileri sürmeksizin üstlenenin yaptığı ödemenin tamamını, bir kısmını kabul etmesi örtülü kabule örnektir.

Üstlenen tarafından yapılan ilk öneri, alacaklı tarafından kabul edilmeden önce bir başkası yeni bir üstlenme önerisi yapabilir. Bu takdirde ikinci öneri, ilk öneri sahibini önerisiyle bağlılıktan kurtarır.

❖ Sözleşmenin şekli: Hiçbir özel şekle tabi değildir.

❖ Borcun dış üstlenilmesinin hüküm ve sonuçları

Asli sonuçlar

- Eski borçlu borcundan kurtulur, yerine borçlu sıfatıyla borcu üstlenen geçer.

Yan sonuçlar

- Yan haklar borçlunun değişmesinden ilke olarak etkilenmez. Eski borçlunun koyduğu teminatlar, eski borçlu zamanında işlemiş ve muaccel hale gelmiş faiz, ceza koşulu ve tazminat talepleri ile işleyecek faizler borcu üstlenene karşı da ileri sürülebilir.
- Kefil veya üçüncü kişilerin teminat olarak koydukları rehin dolayısıyla sorumlulukları, borcun üstlenilmesine yazılı rıza göstermeleri halinde devam eder. Rehin veren kefil veya üçüncü kişi, yeni borçluya güven duymuyor olabilirler, bu nedenle bunların rızası yazılı şekle tabidir.
- Borçlunun kişiliğine bağlı yan haklar son bulur, üstlenene geçmez.

Borcun üstlenenin def'i hakları

Üstlenen borçlu sıfatını kazanır, ancak borcun içeriği değişmez, özdeşliği devam eder. Buna **borcun içeriğinde özdeşlik ilkesi** denir.

Borcun içeriği devam ettiği için borç ilişkisinden doğan def'iler, yeni borçluya geçer.

- Teknik def'iler arasında zamanaşımı def'i sayılabilir. İtiraz olarak da borcun doğmasını engelleyen olaylarla borcun üstlenilmesinden önce borcu sona erdiren olaylar sayılabilir.
- Üstlenen eski borçluya ait kişisel def'ileri alacaklıya karşı ileri süremez. Üstlenen kendi kişisel def'ilerini alacaklıya karşı ileri sürebilir.
- Üstlenen eski borçlu ile yaptığı iç üstlenme sözleşmesinden doğan def'ileri alacaklıya ileri süremez.
- Dış üstlenme sözleşmesi hükümsüz hale gelirse, eski borç yan borçlarla birlikte yeniden doğar.
- Üstlenen kusurlu ise, alacaklının ondan sağladığı güvenceyi kaybetmesi yüzünden zarara uğrarsa, bu zararın giderilmesini üstlenenden isteyebilir. Üstlenen kusursuz olduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

3. Bir mal varlığının veya işletmenin devralınması (TBK mad. 202)

Burada üçüncü kişi, bir mal varlığını veya işletmeyi aktif ve pasifiyle birlikte devralmaktadır. Bu devri sağlayan araç üstlenme sözleşmesidir.

Devir sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı değildir. Tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir.

❖ Hüküm ve sonuçları

- Aktiflerin devri borçlandırıcı bir işlemdir. Devreden aktifi devretmeyi borçlanır.
- Aktiflerde bulunan her hukuki değer devri için kanunda öngörülen usul ve kurallara başvurulur.
- Pasifler (borçlar) mal varlığı veya işletmenin devralındığı, alacaklılara bildirildiği veya gazetelerde ilan yoluyla duyurulduğu tarihte kendiliğinden devralana geçer.
- Borcun geçmesi için, mal varlığını veya işletmeyi devralan ile alacaklı arasında borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin yapılması gerekmez.
- Sorumluluk doğrudan devralana geçer, ancak eski borçlu da yeni borçlu ile **birlikte iki yıl** süreyle müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre muaccel borçlar için duyuru tarihinden, daha sonra muaccel olacak borçlar için muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. İki yıllık süre zamanaşımı değil, hak düşürücü süredir.
- İki yıllık süreden sonra mal varlığını veya işletmeyi devralan tek başına borçlardan sorumlu olur, eski borçlu borçtan kurtulur.

4. Birden çok işletmenin birleşmesi ya da şekillerini değiştirmesi (TBK mad. 203)

İki işletme birleşirse, her iki işletmenin alacaklıları haklarını yeni işletmeden isteyebilirler.

İki işletmenin birleşmesi veya şekil değiştirmesi halinde durumu alacaklılara bildirmeye gerek yoktur. Birleşen veya şekil değiştiren işletmeler iki yıl süreyle müteselsil olarak sorumlu olurlar.

5. Borca katılma (TBK mad. 201)

Mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, **katılan ile alacaklı arasında** yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.

Borca katılma, üçüncü kişinin asıl borçlu yanında borcu onunla birlikte üstlenmesidir ve katılma sözleşmesiyle yapılır. Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu olurlar.

Borca katılma, üçüncü kişinin borçlu ile yaptığı bir sözleşmede alacaklı yararına da kararlaştırılabilir.

Borca katılmanın geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.

❖ Hüküm ve sonuçları

Borca katılmada borçlu borçtan kurtulmamakta, onun yanında borcu birlikte üstlenen olarak başka bir borçlu katılmakta, böylece alacaklı karşısında müteselsil iki borçlu yer almaktadır.

Sözleşmenin devri (TBK mad. 205)

Bir sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin taraf sıfatı ile sahip bulunduğu hukuki durum ile bundan doğan hak ve borçlarının tamamının devrine **sözleşmenin devri** denir. Hukuki durumun bir bütün olarak üstlenilmesine aynı zamanda **sözleşmenin üstlenilmesi** denir. Sözleşmenin üstlenilmesi, üstlenme sözleşmesi ile olur. Üstlenme sözleşmesinin geçerliliği devredilen sözleşmenin şekline tabidir.

Sözleşmenin devrinde taraflardan biri sözleşmeden ayrılmakta, onun yerine dışarıdan yeni bir kimse taraf olarak sözleşmeye girmektedir. İlişkiden ayrılan tarafın hakları ve borçları yeni tarafa geçmektedir.

Alacağı devrinde devralan alacağı devralır, borcun üstlenilmesinde üstlenen borcu üstlenir. Eski alacaklı ve borçlunun hukuki durumlarını kazanamazlar. Sözleşmenin üstlenilmesinde üstlenen kişi, yerine geçtiği tarafın hukuki durumunu kazanır.

Üstlenme sözleşmesi, üç taraflı sui generis bir sözleşmedir. Bu sözleşme, sözleşme ilişkisinde **kalan taraf** ile sözleşmeden **ayrılan taraf** ve sözleşmeye **yeni giren taraf** arasında yapılır.

BEŞİNCİ AYRIM: BORCU SONA ERDİREN SEBEPLER (TBK mad. 132-161)

45. GENİŞ ANLAMDA BORCUN (SÖZLEŞME İLİŞKİSİNİN) SONA ERMESİ (SAYFA 1283)

Sözleşme ilişkisini sona erdiren **sebepler**:

* İfa	* Bozma sözleşmesi	* Fesih
* Dönme	* Geri alma	* İptal

Taraflardan birinin ölmesi sözleşme ilişkisini sona erdirmez, yerine mirasçıları geçer. Kişiye bağlı edimlerde taraflardan birinin ölmesi halinde sözleşme ilişkisi sona erer, mirasçıya geçmez.

Bazı sözleşmelerde (vekâlet) fiil ehliyetinin kaybı, süreli sözleşmelerde sürenin sona ermesi, bozucu şarta bağlı sözleşmelerde bozucu şartın gerçekleşmesi, bazı sözleşmelerde taraflardan birinin iflası sözleşmeyi sona erdiren sebepler arasındadır. Sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması halinde de hâkimin sözleşmeyi feshetmek suretiyle borç ilişkisini sona erdirmesi mümkündür.

BOZMA SÖZLEŞMESİ (İKALE)

Taraflar bir sözleşmeyi ortadan kaldırabilirler, ancak bu amaçla yeni bir sözleşme yapmaları gerekir. Buna **sözleşmeyi ortadan kaldırma sözleşmesi** veya **ikale** ya da **bozma sözleşmesi** denir. Taraflar bununla alacak ve borçtan karşılıklı vazgeçmekte, alacaklı ve borçlu sıfat ve durumlarına son vermektedirler.

Bozma sözleşmesi bir tasarruf işlemidir. Bu işlemle alacak hakkı doğrudan etkilenmekte, ortadan kalkar. Bu nedenle alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Tarafların fiil ehliyeti de olmalıdır.

Ortadan kaldırılacak sözleşmenin yapılması özel bir şekil şartına tabi olsa bile, bozma sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.

Bozma sözleşmesi **geçmişe etkili** sonuçlar doğurur, ortadan kaldırılacak sözleşmeden önceki durumun tekrar kurulmasını amaçlarlar. Taraflar geleceğe etkili sonuçlar doğurmasını da kararlaştırabilirler.

Sulh sözleşmesi ile konkordato sözleşmesi bozma sözleşmesine benzerler. **Sulh sözleşmesi** mahkeme dışında yapılan sulhu ifade eder. **Mahkeme dışı konkordato** borçlu, bozuk ekonomik durumunu düzeltmek amacıyla alacaklıların tamamı veya bir kısmıyla borçlarının azaltılması konusunda anlaşılır.

FESİH

Bozucu yenilik doğuran bir haktır. Hüküm ve sonuçlarını muhatabın hâkimiyet alanına ulaştığı anda **geleceğe etkili** meydana getirir. Feshedilen bir sözleşmede fesihden önce doğmuş bulunan alacak ve borçlar varlık ve geçerliliklerini korurlar. Bu hak, hak sahibinin tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır, şarta tabi tutulamaz, kullanıldıktan sonra geri alınamaz.

Fesih sözleşme veya kanundan doğar.

Olağan (süreli) fesih ve olağanüstü (süresiz) fesih olmak üzere ikiye ayrılır.

- **Olağan fesih**te sözleşme ilişkisi, fesih beyanı muhataba **ulaştıktan belirli bir süre sonra** ortadan kalkar.
- **Olağanüstü fesih**te sözleşme ilişkisi, fesih beyanı muhataba **ulaştığı anda** ortadan kalkar.

DÖNME

Sözleşme ilişkisini **genellikle geçmişe etkili** ortadan kaldırır. İradi ve kanuni dönme olarak ikiye ayrılır. Cayma parası ile bir ceza koşulu türü olan dönme cezası, **iradi dönmeye** örnektir. **Kanuni dönmeye**;

- ✓ İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde TBK mad. 125 uyarınca alacaklıya tanınmış olan dönme hakkı
- ✓ Alacaklının temerrüdü nedeniyle TBK mad. 110'a göre borçluya tanınmış olan dönme hakkı,
- ✓ Borçlunun ifa güçsüzlüğü (alacaklıya güvence verilmezse) halinde
- ✓ Alıcı, satılanın ayıplı olması halinde dönme hakkı örnek olarak gösterilebilir.

Klasik görüşe göre; dönme **geçmişe etkili** sonuçlar doğurur.

Yeni dönme görüşüne göre; dönme geçmişe etkili sonuç doğurmaz, öncelikle henüz ifa edilmemiş olan edimleri sona erdirir. Buna **borçtan kurtarma etkisi** denir. Bu sona erme **geleceğe etkilidir**.

İkinci sonucu daha önce ifa edilen edimlerle ilgilidir. Özellikle maddi edimlerde edimi ifa eden kimse, bunların geri verilmesini isteme hakkını kazanır. Edimi alan kimsenin de geri verme borcu doğar. Buna **geri verme etkisi** denir. Dönme sözleşme ilişkisini ve borcu sona erdirmez, sadece içeriğini değiştirir.

GERİ ALMA

Fesih ve dönmeye benzer. Bağışlama sözünün geri alınması ve vekâletin geri alınması feshe benzer. Elden bağışlama ile yerine getirilmiş bağışlama sözünün geri alınmasında durum ise dönmeye benzer.

İPTAL

Geçmişe etkilidir, tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır.

1. Borcun yenilenmesi
2. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi
3. İbra
4. Takas
5. Zamanaşımı
6. Sonraki kusursuz ifa imkânsızlığı

Dar anlamda
borcu sona erdiren sebepler

❖ **Borcun Yenilenmesi** (TBK mad. 133-134)

Bir borcun yerine yenisinin geçmesi suretiyle eski borcun sona erdirilmesi sözleşmesine **yenileme** denir. Borcun yenilenmesi alacaklı ile borçlu arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleşir, buna **yenileme sözleşmesi** denir.

Yenilemenin Şartları

a. Eski bir borç mevcut olmalıdır.

Bu borç hukuki işlemde, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden, aile ya da miras hukukundan doğabilir. Eski borç mevcut ve geçerli bir borç olmalıdır.

- **Geçersiz borçlar** yenilemeye konu olmaz.
- **Kısmi butlanla** geçersiz borçlarda, borcun geçerli kısmı için yenileme yapılabilir.
- **Zamanaşımına** uğramış eksik borçlar ile **ahlaki ödevlerden** doğan borçlar yenilenebilir.
- **İptal edilen borç** yenilemeye konu olamaz.
- **Eksik hukuki işlemde** doğan borçlarda eksiklik giderilmedikçe borç yenilenemez.

b. Yeni bir borç kurulmalıdır.

- Yeni borç geçerli olmalıdır. Yeni borç geçersiz olursa eski borç sona ermez.
- Geçerliliği için **şekil şartı** varsa buna uyulmalıdır.
- Yeni borç hukuka ve ahlaka aykırı olmamalı, imkânsız bulunmamalıdır.
- Yenileme eski ve yeni borcun hukuki sebepleri farklı ise yapılır, hukuki sebep aynı ise yenileme olmaz, borç ikrarı olur.
- Borcun içeriğinin değişmesi yenileme değildir. Yenilemede eski borç sona erer, oysa değiştirmede borç varlığını sürdürür.

c. Taraflar yenileme iradesine sahip olmalıdır.

Bu irade, yeni borç kurmak suretiyle eski borcu ortadan kaldırma iradesidir. Yenileme iradesinin açık ve kesin olması gerekir.

Yenileme karinesi yasağı

Borcun yenilenmesi karine olarak kabul edilemez. Yenileme karine olarak kabul edilmediği için, yenileme sözleşmesi yapıldığının ispat yükü, bunu iddia eden kimseye düşer.

Müteselsil alacak ve borçların yenilenmesi mümkündür.

Cari hesap ile karine

Cari hesap ilişkisinde iki taraf birbirlerine karşı alacaklı ve borçlu olurlar. Ancak her iş sonunda hesaplaşmazlar, bunu dönem sonuna bırakırlar.

Çeşitli kalemlerin cari hesaba sadece kaydedilmesi, yenileme değildir. Hesaba yazılan alacak, devre sonuna kadar bağımsız varlığını sürdürür. Devre sonunda kesilen hesaptan taraflardan biri lehine arta kalan tutar karşı tarafça kabul edildiğinde, borç yenilenmiş olur.

Eski borca bağımlı yan hakların sona ermesi gerekirken, cari hesaba dayalı yenilemede, var olan güvenceler sona erdirilmez.

Yenilemenin hukuki niteliği

Eski borç ve alacak ortadan kaldırıldığı için tarafların fiil ehliyeti olmalıdır.

Yenileme eski borcun alacaklısı için bir tasarruf işlemidir. Alacaklının tasarruf yetkisi de olmalıdır.

Tasarruf işlemi olduğu için yenileme hukuki bir sebebe dayanır. Yenileme sebebe bağlı bir işlem olduğu için temeldeki hukuki sebebin geçerli olması gerekir.

Hukuki sebepteki geçersizlik yenilemeyi de geçersiz kılar.

Yenilemenin hukuki sonuçları

- İlk sonuç, eski borcun sona ermesidir, onun yerine yeni bir borç doğar.
- Yeni borç, kendi bağımsız niteliğine bürünür. Örneğin haksız fiilden doğan eski borcun yenileme sonunda sözleşmeye dayalı bir borç niteliğini alması mümkündür.
- Yenilemeyle birlikte eski borçtan doğan def'iler ortadan kalkar, yan haklar sona erer. Bunun tek istisnası cari hesaba dayalı yenilemede görülür.
- Taraflar yeni borçla ilgili def'i hakları ile yan hakları birbirine karşı ileri sürebilirler.
- Eski borçla ilgili itirazlar (borcun doğmadığı, geçerli olmadığı, sona erdiği) her zaman ileri sürülebilir.

❖ **Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi** (TBK mad. 135)

Bir kimsenin aynı borcun hem alacaklısı hem de borçlusu olması halinde söz konusu olur. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi halinde borç sona erer.

Birleşmenin söz konusu olabilmesi için alacak ve borcun aynı mal varlığına dâhil olması gerekir. Alacak ve borç aynı kişide birleşmekle birlikte bu, onun genel mal varlığına değil de özel mal varlığına aitse, birleşme söz konusu olmaz. Miras malları ile eşlerin mal rejimindeki mal varlığı özel mal varlığına örnek olarak gösterilebilir.

Birleşme, alacağın ancak tamamının borçluya geçmesi halinde gerçekleşebilir.

Birleşmenin hukuki sonucu

- Borç, kural olarak **sona erer**, bununla birlikte yan hakları da sona erdirir. Sıfatların birleşmesi, alacak üzerinde üçüncü kişilerin mevcut intifa ve rehin haklarını etkilemez, varlıklarını sürdürürler.
- Borç **yeniden doğabilir**. Borçlunun şahsında sıfatların birleşmesiyle borcun sona ermesi, kesin bir sona erme değildir. Örneğin alacaklının mirasçısı olan borçlunun, mirası reddetmesi halinde durum böyledir. Alacaklı, alacağını borçluya bozucu şartla devretmişse borçlunun şahsında sıfatlar birleşir ama bozucu şart gerçekleşirse bu sıfat ortadan kalkar ve borç yeniden doğar.

❖ **İbra** (TBK mad. 132)

Tarafların borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasına yönelik yaptıkları sözleşmeye **ibra sözleşmesi** denir.

Bu sözleşmeyle alacaklı, bir alacaktan kısmen veya tamamen vazgeçmekte, borçlu hiçbir ifade bulunmadan borçtan kurtulmakta ve borç sona ermektedir.

İbra yalnız dar anlamda borcu sona erdirir, geniş anlamda borç ilişkisi ibra ile sona erdirilemez. Taraflar geniş anlamda borç ilişkisini sona erdirmek istiyorlarsa bozma sözleşmesi yapmak zorundadırlar.

Alacaklı kabul temerrüdüne düşmek veya alacağı talepten vazgeçmek suretiyle de alacak hakkı üzerinde etkide bulunabilir.

İbranın hukuki niteliği

- ⊗ Alacaklı ve borçlu arasında yapılan iki taraflı bir hukuki işlemdir.
- ⊗ Alacaklı tek taraflı bir irade beyanıyla alacaktan vazgeçemez, borçlunun kabul etmesi gerekir. Oysa örneğin aynı hak sahibi mülkiyet veya sınırlı aynı haktan, mirasçı miras hakkından, vasiyet alacaklısı vasiyet alacağından, yenilik doğuran hak sahibi hakkından tek taraflı irade beyanıyla vazgeçebilir.
- ⊗ İbra borçlandırıcı değil, bir tasarruf işlemdir. Alacaklı tasarruf yetkisine sahip olmalıdır.
- ⊗ Tasarruf işlemi olduğu için hukuki bir sebebi olmalıdır. Temel işlem geçersiz olursa, ibra geçersiz olur ve alacak ortadan kalkmaz.

İbra Sözleşmesinin Unsurları

⊗ **Esasa ilişkin unsurlar**

- Sözleşmenin geçerli olması için, irade beyanları ibra sebebi üzerinde karşılıklı ve uygun olmalıdır.
- Alacaklı ve borçlu ibra iradelerini açık veya örtülü beyan edebilir. Borçlunun susması, alacaklının senedi iade etmesi veya makbuz vermesi örtülü irade beyanıdır. İbra borçlu yararına değilse susma örtülü irade beyanı kabul edilmez.
- Tarafların anlaşarak sulh sözleşmesi içinde alacağın miktarını azaltmaları da ibradır.
- İbra edilen borç, bütün kapsamıyla kesin olarak belirtilmelidir.
- İbra sözleşmesi ivazlı olarak yapılırsa tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekir. İvazsız yapılırsa yalnız alacaklının fiil ehliyetine sahip olması yeterlidir.

⊗ İbra sözleşmesinin şekli

Herhangi bir şekle tabi değildir. Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca şekle bağlı tutulmuş olsa bile ibra şekle bağlı değildir. Buna karşılık işçinin işverenden olan alacaklarına ilişkin ibranın geçerliliği yazılı şekle tabidir.

İbranın Sonuçları

- İbra, alacak ve borcu doğrudan ve kesin olarak ortadan kaldırır. Tam ibrada borcun tamamı, kısmi ibrada borcun ibra edilen kısmı sona erer. Borçlu da borcundan tam veya kısmen kurtulur.
- İbra, asıl alacak ile birlikte yan hakları da sona erdirir. Ancak, alacaklı işlemiş faiz veya gerçekleşmiş ceza koşulu alacağını saklı tutmuşsa, bunlar varlıklarını sürdürür.
- Yan haklarda da ibra mümkündür. Bunların ibrası, asıl borcun ibrası sonucunu doğurmaz.

❖ **Takas** (TBK mad. 139)

İki kişi karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirlerine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise, iki tarafın her biri borcunu alacağı ile takas edebilir. Her iki borç, takas edilecekleri anda daha az olan borç miktarınca sona erer.

Takasın hukuki niteliği

- ⊗ Bozucu yenilik doğuran bir haktır.
- ⊗ Borçlu takas hakkını tek taraflı, şekle bağlı olmayan, varması gerekli irade beyanıyla kullanır.
- ⊗ Takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir, karşı tarafın kabul ve onayına bağlı değildir.
- ⊗ Her alacak, doğuş sebebine bakılmaksızın borçlunun tek taraflı irade beyanıyla takas edilebilir.
- ⊗ Takas ile borçlu her iki alacak üzerinde tasarrufta bulunduğundan bu, aynı zamanda bir tasarruf işlemidir. Borçlunun tasarruf yetkisine sahip olması gerekir.

Takasın çeşitleri

Akdi ve kanuni takas olmak üzere ikiye ayrılır. **Akdi takasta** takas edilecek alacakların aynı türde olması, karşılıklı ve muaccel bulunması şartı aranmaz. TBK'nın düzenlediği takas türü **kanuni takastır**.

Takasa ilişkin hükümler düzenleyici niteliktedir, taraflar takasın şartlarını değiştirebilirler.

Takasın şartları

Olumlu şartlar:

- Takas edilecek borçlar karşılıklı olmalıdır.
- Takas edilecek borçlar para borcu veya özdeş (aynı tür) bir borç olmalıdır.
- Takas edilecek borçlar muaccel olmalıdır.
- Takas edilecek borç dava edilebilir bir borç olmalıdır.

Olumsuz şartlar:

- Taraflar takas hakkını sözleşme ile ortadan kaldırmış olmamalıdır.
- Kanun takas hakkını ortadan kaldırmış olmamalıdır.

Takas edilecek borçlar karşılıklı olmalıdır.

- Takas olması için, tarafların birbirlerine karşı aynı anda **hem alacaklı hem de borçlu olmaları** gerekir.
- Taraflar, **üçüncü bir kişiye** (karşılık ilişkisi olmadığı için) takas beyanında **bulunamazlar**. Böylece kefil, borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu bir alacağı kefalet borcuyla takas edemez. Karşılık ilişkisinin tek istisnası alacağın devrinde görülür. Borçlu bazı şartlar altında devralanla takasa girebilir.
- Kefilin alacaklıya **ödemeden kaçınma hakkı** vardır. Asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı olduğu sürece kefil alacaklıya ödemede bulunmaktan kaçınabilir.
- **Üçüncü kişi yararına** sözleşmede borçlu, borcunu karşı tarafın kendisine olan borcuyla takas edemez.
- **Müteselsil** borçlarda borçlulardan biri, diğer müteselsil borçlulardan birinin alacağını, alacaklının alacağı ile takas edemez.
- **Temsilci** üçüncü kişiye olan borcu ile temsil olunanın bu kişiden olan alacağını takas edemez.

- Bir işletmenin **birden çok şubesi** olsa da tek kişi sayılır. Şubelerden birine borç, diğer şubeden alacak varsa takas edilebilir.
- Henüz **doğmamış** veya takas anında **sona ermiş** alacaklar takas edilemez.

Takas edilecek borçlar para borcu veya özdeş (aynı tür) bir borç olmalıdır.

- Karşılıklı para borçlarında para birimi aynı ise bu borçlar özdeştir.
- Aynen ödeme kaydı bulunmayan yabancı para borcu, milli para borcu ile takas edilebilir.
- Çeşit borçlarında da borçlar konu ve nitelik itibarıyla aynı türden olmalıdır. Örneğin Ali'nin Veli'ye 10 ton çimento borcu ve Veli'nin Ali'ye 10 ton buğday borcu varsa aynı türden değildir ve takas edilemez.
- Parça borçları özdeş olmadıklarından takas edilemez.
- Para borçları ile hizmet veya maddi edim borçları özdeş olmadıklarından takas edilemez.
- Özdeş borçların birbirine eşit olması gerekmez. Bu takdirde takas beyanı üzerine her iki borç, en az olanı oranında sona erer.
- Borçlar doğdukları anda ya da sonradan özdeş olabilirler. Ancak borçların mutlaka takas anında özdeş olmaları gerekir.
- Aynı tür borcun aynı tür borç ilişkisinden (sözleşme, haksız fiil gibi) doğmuş olması şart değildir.
- Kamu alacağının özel alacakla takas imkanı sadece kamu kuruluşlarına tanınmıştır.
- Borç ve alacakların tamamının çekişmesiz olması şart değildir. Çekişme, takas hakkını engellemez.

Takas edilecek borçlar muaccel olmalıdır.

- İki borcun da muaccel olması şart değildir. Takas edilecek A borcun muaccel olması, buna karşılık diğer B borcunun sadece ifa edilebilir bulunması yeterlidir. A takas bildiriminde bulunabilir, ancak B muaccel olmadan takas beyanında bulunamaz.
- Erteleyici şarta bağlı borçlarda takas ileri sürülemez.

Takas edilecek borç dava edilebilir bir borç olmalıdır.

- Eksik alacaklar (kumar, bahis, evlenme simsarlığı) takas edilecek alacak olamaz.
- Takas hakkını kullanan kimse, eksik bir borç ile kendi alacağını takas edebilir.
- Erteleyici def'ilere tabi alacaklarda takas, def'i hakkı kullanıldığı takdirde ileri sürülemez. Aynı durum karşı tarafın seçim hakkının olduğu seçimlik borçlarda da söz konusudur.

Kanun takas hakkını ortadan kaldırmış olmamalıdır.

Takas hakkının kullanılması bazı hallerde alacaklının kabulüne bağlıdır. **Bu alacaklar:**

- Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar
- Haksız veya aldatma sonucu alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar
- Nafaka, işçi ücreti gibi, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gerekli alacaklardır. Bunlar alacaklının geçimini sürdürmesi için zorunlu olan alacaklardır. Ancak alacaklının geçim ihtiyacından fazla olduğu takdirde, fazlanın takası mümkündür.

Takasın sonuçları

1. Borçlu takas iradesini beyan edince, her iki borç, en az olan borç tutarında sona erer. Birbirine eşitse her iki alacak tamamen ortadan kalkar.
2. Takas edenin kendi borcunun belirli bir kısmı için takas hakkını kullanabilir.
3. Takas beyanı ile her iki alacak kesin ortadan kalkar, bu sonuç geri alınamaz, her iki tarafın anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz.
4. Kanun karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı zamanı esas almamıştır. TBK mad. 143/1'e göre takas, alacak hakkını, bu hakkın takasa elverişli olduğu anda sona erdirir.
5. Takas edilebilirlik sırasında gerçekleşen temerrüt sonuçlarıyla birlikte, takas beyanının hükümlerini doğurduğu anda ortadan kalkar.
6. Takas imkanı varken bilmeden asıl borcu ifa eden kimse, sonradan bunu öğrenince takas beyanında bulunamaz.
7. Birden çok alacak / borç varsa, takasta bulunan kimse, takasa konu olacak alacağı açıkça belirtmelidir.

❖ **Zamanaşımı** (TBK mad. 133-134)

Zamanaşımı borcu gerçek anlamda sona erdiren bir sebep değildir, nispi bir sona erme sebebidir. Belirli bir zamanın geçmesi borcu doğrudan sona erdirmez, ancak borçlu istemediği takdirde alacağı dava yoluyla takip ve tahsil imkânını alacaklının elinden alır.

Zamanaşımı borçluya sadece bir def'i hakkı verir, **zamanaşımı def'i** denir. Borçlu bunu ileri sürdüğü takdirde, alacaklının davası reddedilir ve borç eksik borç haline dönüşür.

Ahde vefa ilkesi ışığında alacak hakkı taraflar arasında ilişki kurar. Zamanaşımı bu ilkeye bir istisnadır.

Zamanaşımının kabulünü **haklı gösteren iki sebep** vardır:

- Uzun zaman alacağını aramayan alacaklı borçlu aleyhine dava açamamalıdır. Kamu yararı, hukuki güven ve sosyal barış bunu gerektirir.
- Hukuki uyumsuzlukların önlenmesi ikinci sebeptir. Mahkemeler çok eski sorunlarla işgal edilmemelidir.
- Ayrıca, hakkını uzun zaman aramayan kişinin hukuken korunmaması, adalet duygusuna ters düşmez.

Zamanın **haklar üzerinde iki türlü etkisi** vardır:

- Hakkı düşürücü etki:** Belirli bir zamanın geçmesiyle hak kesin ortadan kalkar.
 - Hakkı engelleyen etki:** Hak düşmez, ortadan kalkmaz; ancak hak sahibi ileri sürerse hak engellenir.
- Zamanaşımı borç ilişkisini değil, yalnız borcu/alacağı etkiler, **borç ilişkisini etkilemez**. Borç ilişkisi tek bir alaktan ibaretse ve zamanaşımına uğramışsa, borç ilişkisi de sona erebilir.
 - Zamanaşımı alacak hakkını zayıflatır. Alacağın varlığını değil, **dava edilebilirliğini ortadan kaldırır**.
 - Hâkim zamanaşımın re'sen göz önünde tutamaz, **borçlunun ileri sürmesi gerekir**. Buna karşılık hak düşürücü süre, hakkı ortadan kaldırır. Hak düşürücü süre niteliği itibarıyla bir itirazdır. Taraflar ileri sürmeseler bile, hâkim re'sen göz önünde tutar. Hak düşürücü sürenin ileri sürülmesi gerekmez.
 - Zamanaşımı **sadece alacak haklarında** söz konusu olur. Hak düşürücü süre ise, borç ilişkileriyle benzer ilişkilerde, yenilik doğuran haklarda etkilidir.
 - Zamanaşımı **durabilir veya kesilebilir**. Hak düşürücü sürenin durması ve kesilmesi söz konusu olmaz.
 - Alacak hakkı **dışındaki haklar** ilke olarak zamanaşımına **uğramaz**. Aynı haklar, kişilik hakları, fikri haklar, üyelik hakları ve yenilik doğuran haklar zamanaşımına tabi değildir. Kanun yenilik doğuran bir hakkı zamanaşımına tabi tutmuşsa, yenilik doğuran hak değil, bundan doğacak alacak hakkı zamanaşımına uğrar.

Zamanaşımının Şartları

1. Zamanaşımına tabi bir alacak olmalıdır.

Her alacak, ilke olarak zamanaşımına tabidir. **Bazı alacaklar istisnaen zamanaşımına tabi değildir.**

- Taşınmaz** rehiniyle güvence altına alınan alacaklar (rehin devam ettiği sürece)
- Ana babasıyla birlikte yaşayan ve gelirini aileye özgüleyen ergin altsoyların tazminat alacağı
- Sonuçsuz icra nedeniyle acz belgesi verilen borçlunun alacaklısının alacağı **tabi değildir.**
- Taşınır** rehiniyle güvence altına alınan alacaklar **tabidir.** Ancak, alacaklının, hakkını rehinden alma yetkisi devam eder.

2. Zamanaşımı süresi geçmiş olmalıdır.

a. Sürenin işlemeye başlamasında kural;

TBK mad. 149'a göre, zamanaşımı kural olarak alacağın muaccel olduğu tarihte işlemeye başlar. Sürenin işlemeye başlaması için alacaklının alacağından haberdar olması şart değildir. Ancak, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme davalarındaki iki yıllık zamanaşımı süresinin başlaması için alacaklının alacağından haberdar olması gerekir. Alacak, süre uzatma anlaşmasıyla uzatılmışsa, zamanaşımının başlaması da uzatılmış olur. **Zamanaşımı;**

Sözleşmeden doğan tazminat taleplerinde,
Sonraki kusurlu ifa imkânsızlığından doğan tazminat taleplerinde
Temerrüitten doğan tazminat taleplerinde
Kötü ifa nedeniyle tazminat taleplerinde

asli edime ilişkin
ifa talebinin
muaccel olduğu
anda işlemeye başlar.

Geri dönmeye alacaklının menfi zararın tazmini talebinde	Sözleşmeden dönüldüğü anda
Haksız fiilden doğan tazminatta 2 yıllık süre	Zarar gören zararlı ve yükümlüyü öğrendiğinde
Haksız fiilden doğan tazminatta 10 yıllık süre	Zarar verici fiilin işlendiği anda
Haksız fiilden doğan uzun ceza süresi zamanaşımı	Suçun işlendiği anda
Sebepsiz zenginleşmeden doğan tazminatta 2 yıllık süre	Geri isteme hakkını öğrendiğinde
Sebepsiz zenginleşmeden doğan tazminatta 10 yıllık süre	Zenginleşmenin gerçekleştiği anda
Ayıptan doğan alacak hakkı 2 yıllık süre	Şeyin alıcıya devredildiği anda
Ayıptan doğan alacak hakkı 10 yıllık süre	Şeyin alıcıya devredildiği anda (satıcı ağır kusurlu ise)
Bir yapının ayıplı olmasında 5 yıllık süre	Mülkiyetin geçtiği anda
Bir yapının ayıplı olmasında 20 yıllık süre	Mülkiyetin geçtiği anda (satıcı ağır kusurlu ise)
Eser sözleşmesinde yükleniciye dava taşınırlarda 2 yıl	Teslim tarihinden itibaren
Eser sözleşmesinde yükleniciye dava taşınmazlarda 5 yıl	Teslim tarihinden itibaren
Eser sözleşmesinde yükleniciye dava 20 yıl	Teslim tarihinden itibaren (ağır kusurlu ise)
Kiralayanın ayıptan sorumluluğu 10 yıl	Teslim tarihinden itibaren zamanaşımı işlemeye başlar.

b. Sürenin işlemeye başlamasında istisna;

İstisnai hallerde zamanaşımı, bildirimin yapılabileceği günde işlemeye başlar. TBK mad. 149/2'ye göre, alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hallerde, zamanaşımı **bildirimin yapılabileceği günden** işlemeye başlar.

c. Zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilememesi

Emredici bir hukuk kuralı olan TBK mad. 148, zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı öngörmüştür.

- Zamanaşımı süresinin **uzatılmaması** kuralı, kamu düzeniyle ilgili olup **borçluyu korumaktadır**.
- Zamanaşımı süre **kısaltılmaması** kuralı, **alacaklıyı koruma** amacıyla konulmuştur.

Tarafların sözleşme ile hak düşürücü süreleri de kısaltıp uzatmaları mümkün değildir, bu süreler de kamu düzeniyle ilgilidir.

Alacağı süreye bağlamak, borcu uzatma sözleşmesi yapmak caizdir, ancak bu sadece borç muaccel olmadan önce yapılabilir. Borç muaccel olduktan sonra zamanaşımı süresi başlar ki, bu halde bir yapılan bir uzatma zamanaşımını uzatmak anlamına gelir.

TBK mad. 148'de öngörülen değiştirme yasağı, TBK mad. 146 ve 147'deki süreler için geçerlidir. Bu maddeler dışında yer zamanaşımı süreleri değiştirilebilir. Ancak bu takdirde dahi zamanaşımı süresi en fazla 10 yıl uzatılabilir, yeni süre 10 yılı aşmamalıdır.

d. Sürenin hesaplanması (TBK mad. 130)

Süre hesabında, zamanaşımının başladığı gün nazara alınmaz ve son gün geçtikten sonra zamanaşımı gerçekleşir. Son gün tatil gününe gelirse, kendiliğinden tatil olmayan ilk güne geçer.

Zamanaşımı süreleri olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılır.

1) Olağan zamanaşımı süresi (TBK mad. 146)

Aksine bir hüküm bulunmadıkça her alacak 10 yıllık zamanaşımına tabidir.

2) Olağanüstü zamanaşımı süresi (TBK mad. 147)

Bazı alacaklar 5 yıllık zamanaşımına tabidir. **5 yılda zamanaşımına uğrayacak alacaklar:**

- ♥ Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi dönemsel edimler: Burada dönemsel ödenen kira ve faiz alacakları söz konusudur. Kira parası dönemsel değil, yıllık toptan ödenirse, 10 yıllık zamanaşımı söz konusu olur.
- ♥ Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta vb yerlerdeki yeme içme bedelleri: Burada borçlunun kişisel ihtiyacının giderilmesine yönelik borçlar söz konusudur.

- ♥ Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar: Bu tür alacaklarda el emeği unsuru ağır basmalıdır.
- ♥ Bir ortaklıkta; ortakların birbirleriyle veya kendileri ile ortaklık arasındaki; ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar
- ♥ Vekâlet, komisyon ve acentelik sözleşmelerinden, simsarlık sözleşmesinden (ticari hariç) doğan alacaklar
- ♥ Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç veya gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar: Eser sözleşmesinden doğan bütün alacaklar 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla ihlal etmesinden doğan davalar 10 yıllık, hafif kusurundan doğan davalar 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

Zamanaşımının Durması (TBK mad. 153)

Zamanaşımı süresinin işlemeye başlamamasına veya işlemeye başlamışsa, durmasına denir. **Sebepleri:**

- a. **Velayet süresince**, çocukların ana babalarından olan alacakları için
- b. **Vesayet süresince**, vesayet altında bulunanların vasiden veya vesayet işlemleri gereği devletten olan alacakları için
- c. **Evlilik süresince**, eşlerin diğerinden olan alacakları için
- d. **Hizmet ilişkisi süresince**, ev hizmetlilerinin çalıştıranlardan olan alacakları için
- e. **İntifa hakkı süresince**, borçlu alacak üzerinde bu hakka sahipse
- f. **Mahkemede**, alacağı ileri sürme imkânı bulunamazsa
- g. **Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinde**, birleşmenin daha sonra geçmişe etkili ortadan kalkması durumunda, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek sürede zamanaşımı işlemeye başlamaz veya başlamışsa durur.
- h. **Ayırt etme gücü ve kanuni temsilcisi olmayan alacaklının** alacağı hakkında zamanaşımı durur.
- i. **Uzatma anlaşması** ile borcun ertelenmesi de bir durma sebebidir.

Bu sebeplerin kalktığı günün bitiminde zamanaşımı tekrar işlemeye başlar.

Zamanaşımının Kesilmesi

- Zamanaşımının kesilmesiyle işlemiş olan zaman ortadan kalkar, hiç işlememiş gibi sonuç doğurur.
- Zamanaşımı kesilince kesilmeden itibaren yeni bir süre işlemeye başlar.
- Müteselsil borçlarda borçluların birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur.
- Asıl borçluya kesilen zamanaşımı, kefile de kesilmiş olur.
- Kefile kesilen zamanaşımı, asıl borçluya kesilmiş **olmaz**.
- Yeni işlemeye başlayan süre ilke olarak kesilen süre kadardır. Örneğin kesilen süre 5 yıl ise yeni süre de 5 yıldır. Bunun istisnaları vardır. TBK mad. 154/2'ye göre, borç bir senette ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakeme kararına bağlanmışsa, yeni süre daima 10 yıldır. **Kesen Sebepler:**

Borçlunun fiiline dayanan sebepler

Borçlunun borcu kabul açıklamasında bulunması (borç ikrarı) zamanaşımını keser.

- ⊗ Borçlunun alacaklıya borç senedi vermesi, borcu ödeyeceğini bildirmesi **açık ikrardır**.
- ⊗ Faiz ödeme, rehin veya kefil şeklinde güvence verme, takas beyanında bulunma, kısmi ifada bulunma, uzatma talebinde bulunma, uzatma sözleşmesi yapma **örtülü ikrardır**.

Alacaklının fiiline dayanan sebepler

- ⊗ Alacaklının alacağını dava veya def'i yoluyla mahkeme ya da hakem önünde ileri sürmesi (dava açılması yeterlidir)
- ⊗ Alacaklının icra takibinde bulunması
- ⊗ Alacaklının borçlu aleyhine iflas masasına başvurması

Davanın Reddedilmesinde Ek Süre

Dava veya def'i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması veya vaktinden önce açılmış olması sebebiyle reddedilmiş ve bu arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı haklarını kullanmak üzere 60 günlük ek bir süreden yararlanabilir.

Zamanaşımından Feragat

Zamanaşımı def'i borçluya tanınmış bir haktır, borçlunun bu haktan feragat etmesi ilke olarak mümkündür.

TBK mad. 160/1 borçlunun bu hakkına bazı sınırlamalar getirmiştir. Buna göre borçlunun zamanaşımından **önceden feragat etmesi hükümsüzdür**. Önceden yapılan feragat anlaşması veya beyanlar hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Buna karşılık borçlu, zamanaşımına uğradıktan sonra zamanaşımı def'ini ileri sürmekten feragat edebilir.

Feragat anlaşması ile borç, zamanaşımına uğramayan bir borç haline gelmez, bununla borçlu sadece bu hakkı ileri sürmekten vazgeçmiş olmaktadır.

Borçlunun feragati, mal varlığı üzerinde bir tasarruf işlemidir, borçlunun tasarruf yetkisine sahip olması gerekir, ayrıca fiili ehliyeti de gerekir.

Müteselsil borçlulardan birinin feragati, diğerlerini etkilemez. Feragat, bölünemeyen bir borcun borçluları tarafından yapıldığı takdirde de hüküm aynıdır. Asıl borçlunun feragati, kefile karşı ileri sürülemez.

Zamanaşımının Hüküm ve Sonuçları

- ★ Zamanaşımı eksik ve nispi bir sona erme sebebidir. Alacak ve borç kendiliğinden sona ermemektedir, borçluya sadece bir def'i hakkı vermektedir.
- ★ Borçlu def'i hakkını ileri sürdüğü takdirde borç sona ermekte, eksik borç haline gelmektedir.
- ★ En önemli sonuç, borçlunun borcu ifadan kaçınma hakkıdır.
- ★ Borçlu zamanaşımı def'ini bir irade beyanıyla açıklar, ilke olarak yazılı olması gerekir.

★ **Borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkı**

- ✓ Borçlu ileri sürdüğü takdirde, hâkim davayı reddeder.
- ✓ Borçlu ileri sürmezse, hâkim re'sen göz önünde tutmaz, davayı kabul eder. Bu durumda zamanaşımına uğramış alacak dava edilebilir bir alacak haline gelmiş olur.
- ✓ Asıl alacaklar ile birlikte yan alacaklar da zamanaşımına uğrar.
- ✓ Taşınır rehiniyle güvenceye alınmış bir alacak hakkı zamanaşımına uğrayabilir. Ancak bu takdirde, alacaklı taşınır eşyadan alacağını alma yetkisine sahiptir.
- ✓ Borçlu, zamanaşımı def'ini davaya cevap dilekçesinde cevap süresi (iki hafta) içinde ileri sürmek zorundadır. Bu süreyi geçirdikten sonra ileri sürerse, ancak alacaklı kabul ederse geçerli olur.

★ **Zamanaşımına uğramış bir alacak, alacaklıya eksik bir alacak hakkı verir.**

Zamanaşımına uğramış bir alacak, bu def'idan sonra eksik bir alacak olur. Borç da eksik borç haline gelir. Borçlu bu borcu ifa ederse geri isteyemez.

★ **Borçlu, zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkını kötüye kullanamaz.**

❖ **Sonraki Kusursuz İfa İmkânsızlığı** (TBK mad. 136)

Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.

Sonraki İmkânsızlığın Unsurları

1. **Borçlanılan edim sonradan imkânsız hale gelmelidir.**

Borçlanılan edim yerine getirilmesinin sonradan ortaya çıkan olaylar nedeniyle objektif ve sürekli olarak mümkün olmamasına **sonraki imkânsızlık** denir. İmkânsızlık bir insan fiiline veya tabiat olayına dayanabileceği gibi mantıki, hukuki veya maddi sebeplere dayanabilir.

- **Mantıki imkânsızlıkta** edim konusu şey yok olur.
- **Hukuki imkânsızlıkta** edim konusu şey yok olmaz, ancak bunun sözleşme konusu olması kanun hükmüyle yasaktır.
- **Maddi imkânsızlıkta** edim konusu şey mevcut olmakla birlikte bunun ifası fiilen son derece güçtür.

Burada borçlanılan edim **sözleşmenin kurulmasından sonra** imkânsız hale gelmelidir. Sözleşmenin kurulmasından önce imkânsız ise başlangıçtaki imkânsızlık söz konusu olur. Bu takdirde borcun sona ermesinden değil, sözleşmenin butlanından söz edilir.

Edimin ifası **objektif olarak** imkânsızlaşmalıdır. Edim borçlu dâhil hiç kimse tarafından ifa edilemiyorsa objektif imkânsızlık olur.

Kişiyе sıkı sıkıya bağli edimlerde borçlunun edimi ifası imkânsız hale gelirse sübjektif değil, objektif imkânsızlık olur. Bunun nedeni, bu edimin başka hiç kimse tarafından yerine getirilememesidir.

Aşırı ifa güçlüğünün sonraki imkânsızlıkla bir ilgisi yoktur. Aşırı ifa güçlüğü'nün yaptırımı, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasıdır. Şartlar varsa, borçlunun başvurusu üzerine hâkim sözleşmeyi sona erdirebilir ya da yeni duruma uyarlar.

Sonraki imkânsızlık **sürekli olmalıdır**. Geçici imkânsızlık borcu sona erdirmez, bu durumda ilke olarak borçlu temerrüdü söz konusu olur ve alacaklı beklemek istemezse TBK mad. 123'e göre hareket eder.

Sonraki imkânsızlık **tam veya kısmi** olabilir. Kısmi imkânsızlıkta borçlu imkânsızlıktan sorumlu olmadığı kısım için borçtan kurtulur, diğer kısmı ifa etmek zorundadır. Bu takdirde karşı edimin de orantılı olarak indirilmesi gerekir. Bölünemez edimlerde kısmi imkânsızlık olmaz.

Çeşit borçlarında çeşit yok olmayacağından imkânsızlık olmaz. Buna karşılık sınırlı çeşit borçları bunun istisnasıdır. Örneğin belirli bir stok veya depodaki malın tamamı yok olmuşsa, sınırlı çeşit borcu imkânsız hale gelir. Aynı şekilde edim konusu malın alım ve satımı tamamen yasaklanırsa ifa imkânsızlığı söz konusu olur.

2. Borçlu imkânsızlıktan sorumlu olmamalıdır.

Edimin imkânsızlaşmasına yol açan sebepler borçluya yüklenemezse, borçlu sonraki imkânsızlık tan sorumlu olmaz. Borçlu kendi kusuruyla neden olmuşsa mutlaka sorumludur. Ancak borçlunun sorumlu olması için her zaman kusurlu olması gerekmez, **kusurlu olmasa bile sorumlu olduğu ilk durum**;

- Çeşit borçlarında kendini gösterir. Borçlu, kusuru olmadan edim yok olsa, bunu başkasından temin ederek ifa etmek zorundadır.
- Borçlu, borcunu yardımcı kişiler ile yerine getirirken bunların fiiliyle ifa imkânsızlaşmışsa, kendi kusursuz olsa bile sorumlu olur.
- Borçlu, temerrüt halinde umulmayan halden doğan imkânsızlıktan sorumlu olduğu gibi para borçlarında da temerrüde düşmekte kusurlu olmasa bile temerrüt faizinden sorumludur.
- Borçlunun sözleşme ile mücbir sebep ve umulmayan halde doğan imkânsızlıktan sorumlu olmayı üstlenmesi mümkündür.
- Edimin imkânsızlaşmasına alacaklı kendi kusuruyla neden olursa, borç borçlu yönünden sona erer.

Borçlunun İhbar Yükümlülüğü

Dürüstlük kuralı gereğince borçlunun imkânsızlığı alacaklıya bildirmesi gerekir. Burada TMK mad. 2'den doğan bir yan yükümlülük söz konusudur. Ancak, alacaklı imkânsızlığı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ihbara gerek yoktur. İhbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlu, alacaklının bu yüzden doğan zararını tazmin etmek zorundadır.

Sonraki İmkânsızlığın Hüküm ve Sonuçları

1. Borcun sona ermesi

Borçlu sorumlu olmadığını ispat ederse hiçbir tazminat ödemedi borçtan kurtulur. Ancak bunun istisnaları vardır. İstisnai hükümlere örnek olarak beklenmedik halden sorumluluk gelir.

Borçlunun imkânsızlaşan edim yerine başka bir edimi yerine getirme yükümlülüğü yoktur. Bununla birlikte borçlunun bazı yan yükümlülükleri vardır. Bunların başında dürüstlük kuralından doğan ve alacaklının uğrayacağı zararın artmasını önleme yükümlülüğü gelir, aksi halde sorumlu olur.

2. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edim sorunu

a) **Kural, karşı edim borcunun sona ermesidir**. Borçlu karşı edimi isteme hakkından yoksun kalır. Böylece sorumlu olunmayan sonraki imkânsızlık halinde edim hasarına alacaklı katlanırken, karşı edim hasarına da borçlu katlanmaktadır.

Borçlu karşı edimi daha önce elde etmişse, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre alacaklıya geri vermekle yükümlüdür. Geri verme borcunun kapsamı TBK mad. 79'a göre belirlenir, borçlunun iyi niyeti dikkate alınır. Yani borçlunun geri verme borcu, elindeki zenginleşmeyle sınırlıdır. Zenginleşmenin tamamını veya bir kısmını iradesi dışında (umulmayan hal veya üçüncü kişinin müdahalesi), kaybetmesi halinde elindeki zenginleşmeyle sınırlı olduğu kuralı geçerli olur.

b) İstisna, karşı edim borcunun sona ermemesidir. Taraflar sözleşmede karşı edim hasarının alacaklıya ait olacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda, yani imkânsızlık nedeniyle kendi borcundan kurtulan borçlu karşı edimin ifasını isteyebilir veya ifa edilmişse bunu muhafaza edebilir.

İkame Değer

Sonraki imkânsızlık nedeniyle borçtan kurtulan borçlu, bazı hallerde imkânsızlaşan edim dolayısıyla üçüncü bir kişiden bir karşı değer elde edebilir. Buna **ikame değer** denir. İkame değer;

- ✓ Borçlanılan edim haksız fiille yok edilmişse, ödenecek tazminat
- ✓ Kamulaştırılmışsa verilecek kamulaştırma bedeli
- ✓ Sigorta edilmişse gerçekleşen sigorta tazminatıdır.

Edimin yerine ikame değer geçtiği takdirde, alacaklının bunu istemesi halinde borç ilişkisi sona ermez, sadece içerik değiştirir ve devam eder. Alacaklının bunu istemesi halinde borçlunun ikame değeri alacaklıya iade etmesi gerekir. Alacaklı ikame değeri kendiliğinden değil, ancak talep etmesi halinde ve borçlunun iade etmesi halinde kazanır.

İkame değer niteliği itibarıyla bir ifa ikamesidir. Alacaklı bunu kabul etmek zorunda değildir, dilerse bunu talep hakkına sahiptir. Burada alacaklı yönünden bir seçimlik yetki söz konusudur. Ancak borçlunun seçimlik bir hakkı yoktur, alacaklı talep ettiğinde bu değeri alacaklıya iade etmek zorundadır.

İkame değeri talep eden alacaklı, kendi karşı edimini de borçluya ifa etmek zorunda kalır.

İkame değeri talep hakkının kapsamı, imkânsızlaşan edimin değer ve miktarıyla sınırlıdır. Borçluya verilen ikame değer miktarı borçlanılan edimin değerinden daha az ise, alacaklı borçludan ancak fiilen elde ettiği değeri isteyebilir, fazlasını isteyemez.

BORCUN SONA ERMESİNİN YAN HAKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Borç ilişkisinin içerdiği **asıl hak alacak hakkı**, **yan haklar** ise **ceza koşulu**, **faiz**, **kefalet**, **rehin**, **hapis hakkı** gibi haklardır.

Kural, asıl borç ile birlikte buna bağlı yan hakların da sona ermesidir. Buna karşılık yan hakların sona ermesi asıl alacağı sona erdirmez.

Yan hak, alacak hakkının bir parçası değildir. Bununla birlikte alacak hakkı ile birlikte doğar, varlığını sürdürür ve onunla birlikte sona erer.

Alacak hakkını **kuvvetlendiren**, güvence altına alan yan haklara kefalet, hapis ve rehin hakları; alacak hakkının miktarını **genişleten** haklara da ceza koşulu, faiz örnek gösterilebilir.

Faiz alacağı ilke olarak asıl borçla birlikte sona erer. Ancak TBK mad. 131/2 istisna getirmiştir. Buna göre, işlemiş faizin veya ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve şartlardan bu anlaşılıyorsa, bu faiz veya ceza koşulu alacaklı tarafından istenebilir.

Taşınmaz **rehini** borcun sona ermesiyle değil, ancak tapu sicilindeki tescilin terkinin veya taşınmaz malın tamamen yok olmasıyla sona erer.

İpotek borcun sona ermesiyle sona ermez. Borç sona erince ipotekli taşınmaz maliki alacaklıdan tapu sicilindeki kaydın silinmesini isteyebilir.

TBK mad. 131 düzenleyici bir hükümdür. Taraflar isterlerse sözleşmede asıl hak sona erse bile yan hakkın sona ermeyeceğini kararlaştırabilirler.

Dağ başındasın

Akşam olmuş

Güneş batmış

İçmeyip de ne halt edeceksin!

Orhan Veli