

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİNDE HASAR

ALİ HULKİ CİHAN

2502110137

Tez Danışmanı

PROF.DR. HÜSEYİN HATEMİ

İSTANBUL 2014



DOKTORA

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : ALİ HULKİ CİHAN

Numarası : 2502110137

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman : PROF.DR.HÜSEYİN HATEMİ

Tez Savunma Tarihi : 09.01.2015

Tez Savunma Saati : 13:30

Tez Başlığı : KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİNDE HASAR

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1.PROF.DR.HÜSEYİN HATEMİ		Kabul
2. PROF.DR.M.TUFAN ÖĞÜZ		Kabul
3. DOÇ.DR.MURAT YANIK		Kabul
4. DOÇ.DR.BURAK ÖZEN		Kabul
5.DOÇ.DR.BURCU KALKAN OĞUZTÜRK		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. DOÇ.DR.AZRA ARKAN SERİM		
2. DOÇ.DR.EMRE GÖKYAYLA		

KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİNDE HASAR

ALİ HULKİ CİHAN

ÖZ

Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar başlıklı tezimiz, borçlar hukuku alanında hasarın başka bir deyişle dar ve teknik anlamda hasarın, kullandırma sözleşmeleri yönünden incelenmesini amaçlamaktadır.

Bu nedenle, öncelikle hasar ve hasara yol açan sonraki kusursuz imkansızlık kavramları üzerinde ayrıntıyla durulmaya çalışılmıştır. Bu aşamadan sonra ise kullandırma sözleşmelerini sistematik bir sınıflandırma içinde ayırmak suretiyle hasar her kullandırma sözleşmesi için ayrıca ve yeniden incelenmiştir.

Tezimizde özellikle tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmelerde hasar ile tek tarafa ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasar konularındaki farklar ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Ayrıca satış sözleşmesinde hasar sorununa da yeri geldikçe atıf yapılarak, kullandırma sözleşmelerinde hasar sorunuyla bir karşılaştırma yapılmaya çalışılmıştır.

Kanun koyucunun bazı hükümlerdeki tercihleri ve yol açtığı sorunlar ya da çözümler, eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilerek, bu noktalarda kişisel görüşler de getirilmeye uğraşmıştır.

Anahtar Sözcükler: Hasar, imkansızlık, edim, karşı edim.

RISK IN UTILIZATION CONTRACTS

ALİ HULKİ CİHAN

ABSTRACT

Our thesis consisted of three parts excepting introduction and the conclusion.

In the first part: the terms of impossibility and the loss in general, the types of impossibility and the effects of impossibility and loss to the contracts are studied.

In the second part: the definitions of the leasing, the product rental and the financial leasing contracts, their characteristics, the acts of the parties, the objective impossibility of these acts and the loss situations are studied according to these contracts.

In the third part: the definitions of the loan contracts and atypic property use contracts, their characteristics, the acts of the parties, the objective impossibility of these acts and the loss situations are studied according to these contracts.

Keywords: Risk, impossibility, performance, substituted performance.

ÖNSÖZ

Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar konusunu tez konusu olarak seçmemizin en büyük nedeni, Türk doktrininde daha önce bu konunun bir bilimsel araştırma konusu yapılmamış olmasıdır. Bu çalışmayla hem doktrindeki bir boşluğu doldurmak hem de konu hakkında uygulamaya bir bakış açısı katabilmek en büyük temennimizdir.

Tez danışmanımız Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye doktora eğitimimizin başından bu yana akademik anlamda bize kattıkları için içten bir teşekkürü borç biliriz.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	II
ABSTRACT	III
ÖNSÖZ	IV
KISALTMALAR	XI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK HASAR VE İMKÂNSIZLIK KAVRAMLARI	3
I. HASAR KAVRAMI	3
A. HASARIN TANIMI	3
1. EŞYAYA İLİŞKİN (GENİŞ ANLAMDA) HASAR	3
2. BORCA İLİŞKİN (DAR VE TEKNİK ANLAMDA) HASAR	5
3. BORCA İLİŞKİN HASARIN AYRIMI	6
II. İMKÂNSIZLIK KAVRAMI	10
A. İMKÂNSIZLIĞIN TANIMI	10
B. ÖNCEKİ (KONUDA) İMKÂNSIZLIK	13
1. GENEL OLARAK	13
2. ÖNCEKİ İMKÂNSIZLIĞIN AYRIMI	14
C. SONRAKİ (İFADA) İMKÂNSIZLIK	22
1. TANIM	22
2. İMKÂNSIZLIKTA EDİM FİİLİ – EDİM SONUCU AYRIMI	22
3. SONRAKİ İMKÂNSIZLIĞIN SINIRI	23
4. SONRAKİ İMKÂNSIZLIĞIN AYRIMI	28
5. EN SIK GÖRÜLEN SONRAKİ KUSURSUZ İMKÂNSIZLIK OLARAK BEKLENMEYEN HAL VE MÜCBİR SEBEP	37
6. DİĞER KUSURSUZ İMKÂNSIZLIK HALLERİ	44
D. İMKÂNSIZLIĞA İLİŞKİN BAŞKACA BAZI AYRIMLAR	47

_____	1.	MANTIKİ İMKÂNSIZLIK – FİİLİ İMKÂNSIZLIK – HUKUKİ İMKÂNSIZLIK	47
_____	2.	SÜREKLİ İMKÂNSIZLIK- GEÇİCİ İMKÂNSIZLIK	50
_____	3.	TAM İMKÂNSIZLIK – KİSMİ İMKÂNSIZLIK.....	51
_____	III.	SONRAKİ İMKÂNSIZLIĞIN BORÇ İLİŞKİSİNE ETKİSİ.....	51
_____	A.	KUSURLU İMKÂNSIZLIĞIN BORÇ İLİŞKİSİNE ETKİSİ VE SONUÇLARI	51
_____	1.	BASKIN GÖRÜŞ	51
_____	2.	AZINLIK GÖRÜŞÜ	52
_____	3.	İKİ GÖRÜŞ ARASINDAKİ FARK VE ÇÖZÜM.....	52
_____	B.	KUSURSUZ İMKÂNSIZLIĞIN BORÇ İLİŞKİSİNE ETKİSİ VE SONUÇLARI	53
_____	1.	GENEL OLARAK	53
_____	2.	İMKÂNSIZLIĞIN GEÇİCİ OLMASI HALİ.....	53
_____	IV.	TEMERRÜDÜN SONRAKİ İMKÂNSIZLIĞA ETKİSİ.....	55
_____	V.	HASAR VE İMKÂNSIZLIK ARASINDAKİ BAĞ.....	56
_____	VI.	SÖZLEŞMEDEKİ EDİMLERİN TARAFLARA DAĞILIMINA GÖRE HASARIN İNCELENMESİ	57
_____	A.	GENEL OLARAK	57
_____	B.	HASARA İLİŞKİN GENEL KURAL	58
_____	1.	TEK TARAFA VE EKSİK İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE HASAR.....	58
_____	2.	TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE HASAR	60
_____	C.	TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE KARŞI EDİM HASARINA İLİŞKİN GENEL KURALIN İSTİSNALARI: TBK M. 136/II'DE SAYILAN HALLER	63
_____	1.	KANUNLA GETİRİLEN İSTİSNALAR.....	63
_____	2.	SÖZLEŞMEYLE GETİRİLEN İSTİSNALAR.....	65
_____	3.	TBK M. 136/II DIŞINDA ÜÇÜNCÜ BİR İSTİSNA: “ALACAKLININ KUSURUYLA EDİMİN İMKÂNSIZLAŞMASI”	65

_____ D.	YENİ HÜKÜM TBK 136/III'ÜN GEREKLİLİĞİ HAKKINDA	
	AÇIKLAMA	68
_____ E.	SATIŞ SÖZLEŞMESİNDEKİ HASARA İLİŞKİN DÜZENLEME	71
_____ 1.	818 s. BORÇLAR KANUNU'NDAKİ ESKİ DÜZENLEME	71
_____ 2.	6098 s. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDAKİ YENİ	
	DÜZENLEME	72

İKİNCİ BÖLÜM

KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI, TÜRLERİ VE KİRA TÜRÜNDEN SÖZLEŞMELERDE HASARIN İNCELENMESİ

_____ I.	KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI	77
_____ A.	GENEL OLARAK	77
_____ B.	KAVRAM SORUNU	77
_____ C.	TANIM SORUNU	78
_____ D.	KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİNİN SINIFLANDIRILMASI	79
_____ E.	KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİNDE HASARA GENEL BİR BAKIŞ	81
_____ II.	KİRA SÖZLEŞMELERİNDE HASAR	83
_____ A.	KİRA SÖZLEŞMESİ KAVRAMI	83
_____ B.	KİRA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN BU KONUDAKİ SİSTEMATİĞİ	84
_____ C.	KİRA SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	88
_____ 1.	KİRA SÖZLEŞMESİNİN KOŞULA BAĞLI OLARAK KURULMASI SORUNU	90
_____ 2.	GEÇİKTİRİCİ KOŞULA BAĞLI KİRA SÖZLEŞMELERİ	91
_____ 3.	BOZUCU ŞART YA DA OLGUYA BAĞLI KİRA SÖZLEŞMELERİ	95
_____ D.	KİRA SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN EDİMLERİNİN KUSURSUZ İMKÂNSIZLIĞI VE BU ÇERÇEVDE HASAR SORUNUNUN İNCELENMESİ	99
_____ 1.	GENEL OLARAK	99
_____ 2.	KİRAYA VERENİN EDİMİ (KARAKTERİSTİK EDİM)	102

3.	KİRACININ KARŞI EDİMİ.....	114
4.	KİRA SÖZLEŞMESİNDE HASAR SORUNU	118
III.	ÜRÜN KİRASI SÖZLEŞMELERİNDE HASAR.....	122
A.	ÜRÜN KİRASI SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE KİRA SÖZLEŞMESİNDEN FARKLARI	122
B.	ÜRÜN KİRASI SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	125
C.	ÜRÜN KİRASI SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN EDİMLERİNİN KUSURSUZ İMKÂNSIZLIĞI VE BU ÇERÇEVDE HASAR SORUNUNUN İNCELENMESİ	127
1.	GENEL OLARAK	127
2.	KİRAYA VERENİN EDİMİ (KARAKTERİSTİK EDİM)	128
3.	KİRACININ KARŞI EDİMİ.....	129
4.	ÜRÜN KİRASI SÖZLEŞMESİNDE HASAR SORUNU	132
IV.	FİNANSAL KİRALAMA (LEASİNG) SÖZLEŞMELERİNDE HASAR	135
A.	FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE TANIMI	135
B.	6361 S. FFFK'NİN YÜRÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN BAZI HUSUSLAR	137
C.	FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ.....	137
D.	FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN EDİMLERİNİN KUSURSUZ İMKÂNSIZLIĞI VE BU ÇERÇEVDE HASAR SORUNUNUN İNCELENMESİ	140
1.	GENEL OLARAK	140
2.	KİRAYA VERENİN EDİMİ (KARAKTERİSTİK EDİM)	142
3.	KİRACININ KARŞI EDİMİ.....	145
4.	FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNDE HASAR SORUNU	146

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖDÜNÇ SÖZLEŞMELERİ VE ATİPİK KULLANDIRMA

SÖZLEŞMELERİNDE HASARIN İNCELENMESİ.....	150
I. ÖDÜNÇ SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI VE TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA	
KONUNUN DÜZENLENİŞİ.....	150
II. KULLANIM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİNDE HASAR.....	151
A. KULLANIM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI.....	151
B. KULLANIM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ.....	151
C. KULLANIM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN EDİMLERİNİN	
KUSURSUZ İMKÂNSIZLIĞI VE BU ÇERÇEVEDE HASAR SORUNUNUN	
İNCELENMESİ.....	153
1. GENEL OLARAK.....	153
2. ÖDÜNÇ VERENİN (ASLİ) EDİMİ.....	153
3. ÖDÜNÇ ALANIN (TALİ) EDİMİ.....	154
4. KULLANIM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİNDE HASAR SORUNU.....	154
III. TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMELERİNDE HASAR.....	155
A. TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI.....	155
B. TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ.....	156
C. TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN EDİMLERİNİN	
KUSURSUZ İMKÂNSIZLIĞI VE BU ÇERÇEVEDE HASAR SORUNUN	
İNCELENMESİ.....	157
1. GENEL OLARAK.....	157
2. ÖDÜNÇ VERENİN (ASLİ) EDİMİ.....	157
3. ÖDÜNÇ ALANIN ASLİ/TALİ EDİMİ.....	158
4. TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİNDE HASAR.....	158
IV. ATİPİK KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİNDE HASAR.....	160
A. ATİPİK KULLANDIRMA SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ ..	160
B. ATİPİK KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİNİN ÖRNEKLERİ.....	161
1. BİLEŞİK SÖZLEŞME NİTELİĞİNDE ATİPİK KULLANDIRMA	
SÖZLEŞMESİ.....	161
2. KARMA SÖZLEŞME NİTELİĞİNDE ATİPİK KULLANDIRMA	
SÖZLEŞMESİ.....	161

<u>3.</u>	ATİPİK KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİNDE HASAR	162
SONUÇ	164
KAYNAKÇA	179
ÖZGEÇMİŞ	196

KISALTMALAR

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ABD: Ankara Barosu Dergisi

BATIDER: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi

Bkz. Bakınız

C: Cilt

c.: cümle

Dn: Dipnot

f.: fıkra

3226 s. FFK: 3226 Sayılı Finansal Kiralama Kanunu

6361 s. FFFK: 6361 Sayılı Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu.

BK: 818 Sayılı Borçlar Kanunu.

TBK: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu.

EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İBD: İstanbul Barosu Dergisi

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Karş.: Karşı Görüş

m.: madde

MHAD: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

M.K.: Medeni Kanun

No.: Numara

R.G.: Resmi Gazete

S.: Sayı

s.: Sayfa

GİRİŞ

Hasar kavramı borçlar hukukuna ilişkin incelemelerde hep satış sözleşmesi yönünden incelenmiştir. Satış sözleşmesinde hasar konusunun dışında bir de finansal kiralama sözleşmesi yönünden hasar konusu özellikli bir durum teşkil etmektedir. Bunun sebebi, gerek satış gerekse de finansal kiralama sözleşmelerinin hasar yönünden genel kuralın istisnası niteliğindeki hükümlerle çevrelenmiş olmalarıdır. Hatta finansal kiralama sözleşmesinin üçlü bir ilişki olması ve uygulamada hemen her finansal kiralama sözleşmesine paralel olarak finansal kiralama ilişkisinde bir de satış sözleşmesinin bulunması nedeniyle, deyim yerindeyse burada da satışta hasara ilişkin düzenleme, finansal kiralamada hasara ilişkin düzenlemeyi bastırmıştır.

Kullandırma sözleşmeleri yönünden hasar konusunu incelemenin en ilginç ancak belki de en çetrefilli yanı, kanunun kusursuz ifa imkânsızlığına ilişkin genel hükmünden yola çıkılarak, kanunun özel hükümlerinde düzenlenen kullandırma sözleşmelerine bu genel hükmün uygulanmasının gerekmesi ve bunu yapmaya çalışırken de ifa imkânsızlığıyla hasar arasındaki bağlantının doğru kurulabilmesidir.

Öte yandan, finansal kiralama sözleşmesi dışında kalan kira, ürün kirası, kullanım ödücü, tüketim ödücü ve atipik kullandırma sözleşmelerine ilişkin hasar yönünden özel bir hükmün bulunmayışı, ilk bakışta kolaylık gibi görünse de aslında durum tam tersinedir. Kanunda özel bir hükmün varlığı her zaman için sorunun çözümünü daha kolay hale getirmektedir. Bundan başka, hasara ilişkin genel kural olarak nitelendirdiğimiz TBK m. 136 da esasında ifa imkânsızlığını düzenlemektedir. Bu hükümden hasar konusuna temas edilebilmesi için, sözleşmede tarafların asli edimlerinin ayıklanması ve incelemenin bu ayıklanan asli edimler üzerinde yapılması gerekmektedir. Bunun için de sözleşmenin esaslı noktalarının doğru tespiti şarttır.

İnceleme konumuz borca ilişkin hasarın kullandırma sözleşmelerindeki görünümü olduğundan, kullandırma sözleşmelerinde tarafların tüm edimlerini değil yalnızca asli edimlerini inceleyeceğiz. Başka bir deyişle, hasar yalnızca asli edimler

söz konusu olabileceğinden, kullandırma sözleşmelerinde hasar konusunun inceleneceği bu çalışmamızda, yalnızca asli edimler irdelenecektir. Çünkü yalnızca asli edimlerin hasarının, sözleşme ilişkisini çözücü, tasfiye edici, sona erdirici bir etkisi vardır. Bu asli edimler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edim olarak belirmektedir. Çünkü tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler birbirinin karşılığını (sinallagma ilişkisi) oluşturmaktadırlar. Ancak eksik iki tarafa borç yükleyen kullandırma sözleşmeleri yönünden ise edimler arası karşılıklılık olmadığından karşı edim de yoktur.

Kullandırma sözleşmeleri yönünden hasarın incelenebilmesi için, öncelikle hasar kavramının üzerinde durulması gerekir. Borçlar hukuku anlamında hasar, sonraki kusursuz imkansızlıktan kaynaklanacağı için, imkansızlık kavramının da açıklığa kavuşturulması lazım gelir. İmkansızlığın genel olarak kavramsal analizinden sonra, incelememiz hasar kavramıyla adeta iç içe olan sonraki kusursuz imkansızlık ekseninde olacaktır.

Bu şekilde önce imkansızlık kavramı,

İncelememiz üç ana bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde genel olarak imkânsızlık ve hasar kavramları, imkânsızlık ve hasarın türleri, imkansızlık ve hasarın sözleşmeye etkileri incelenmiştir.

İkinci bölümde kira, ürün kirası ve finansal kiralama sözleşmelerinin tanımları, özellikleri, tarafların edimleri, bu edimlerin kusursuz imkânsızlığı ve bu sözleşmeler yönünden hasar konuları incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, ödünç ve atipik kullandırma sözleşmelerinin tanımları, özellikleri, tarafların edimleri, bu edimlerin kusursuz imkânsızlığı bu sözleşmeler yönünden hasar konuları incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK HASAR ve İMKÂNSIZLIK KAVRAMLARI

I. Hasar Kavramı

A. Hasarın Tanımı

Hasar kavramına ilişkin tanım içeren bir madde borçlar kanununda mevcut değildir. Bu durumda hasar kavramının ne anlama geldiğinin tespiti, gerek incelemenin doğru sınırlar içinde ortaya konulması, gerekse de hasarın sözleşmeye ve edimlere ilişkin etkisi bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Bu noktada hasarın, genel olarak ikiye ayrılmak suretiyle incelendiği görülmektedir.

1. Eşyaya İlişkin (Geniş Anlamda) Hasar

Eşyaya ilişkin hasar denildiği zaman, çoğu kaynakta hasar kelimesinin günlük dilde kullanıldığı sözlük anlamının kastedildiği belirtilir¹. Hasar kelimesi ise sözlükte, “herhangi bir olayın yol açtığı kırılma, dökülme, yıkılma gibi zarar” olarak geçmektedir². Hasar kelimesinin sözlük anlamı olan eşyanın doğal bir olay ya da

¹Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen) **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncelleştirilmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, 2014s. 67; Sabah Altay, **Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 4; Turgut Akıntürk, **Satım Akdinde Hasarın İntikali**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966,s. 21, Feyzi Necmeddin Fezyioğlu, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri Cilt I**, 4. Bası, İstanbul, 1980; s. 204; S. İrem Çakırca, “**Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi**” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 65, Sayı: 1, 2007 (s. 177-206) sç. 179.

²**Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr

insan iradesi sonucu kırılması, yanması, parçalanması gibi durumlar, doktrinde genel olarak, eşyaya ilişkin hasar olarak adlandırılır. Ancak *GÜMÜŞ*'ün de belirttiği gibi, eşyanın bir insan iradesi veya doğal bir olay sonucu zarar görmesi “eşya hasarı” anlamına gelir³. Bu kavram, hasar kelimesinin günlük dildeki karşılığıdır. Dolayısıyla, eşya hasarı denildiğinde hukuki anlamdaki hasar kavramından değil, günlük dilde “ eşyaya gelen zarar” anlamında kullanılan hasar kelimesi anlaşılır. Günlük dilde eşyanın hasara uğradığından söz edebiliriz, ancak Türk hukuk literatüründe eşyanın hasara uğramasından değil, değil eşyanın zarara uğramasından söz ederiz. (periculum değil damnum) Bir malvarlığı zararından bahsederken tazmin (giderim) sorumluluğundan söz ederiz. Buna karşılık tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karakteristik edim günlük dildeki anlamıyla “hasara uğrayarak” “telef olmuş” ise, ifa yükümü veya datio in solutum yükümünün devam edip etmediği konusunda edim hasarının alacaklıya mı ait olduğunu, karakteristik edim borçlusu borcundan kurtuluyorsa bu kez de karşı edim (para) borçlusunun da borcundan kurtulup kurtulmayacağını inceleriz. Edim hasarı ve karşı edim hasarı terimlerinin de özel ve ayrı anlamları vardır. Aşağıda bunları belirteceğiz.

Hukuk terminolojisinde eşya hasara uğramayıp, zarara uğrayacağından, eşya hasarıyla, eşyaya ilişkin hasar kavramı birbirleriyle ilgili olmakla birlikte, kanaatimizce farklı kavramlardır. Şöyle ki;

Eşya hasarı hukuk dili ve tekniği içinde kullanılmayan, buna karşın günlük dilde kullanılan ve kullanılmasıyla da eşyanın zarara uğradığı kastedildiği bir kavramdır.

Eşyaya ilişkin hasar ise hukuk literatürü ve hukuk tekniğinde yer alan bir kavram olup, şeyin bir sözleşmeye ilişkin borç ilişkisine konu olup olmamasına bakılmaksızın bozulması, kırılması, zarar görmesi gibi, o şeyin uğradığı somut ve maddi anlamdaki zararın kimin malvarlığında etki doğuracağına tespitidir⁴. Bir

³ Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I**, 3. Bası, Vedat, İstanbul, 2013, s. 29, 30.

⁴ Gümüş **Cilt I a.g.e.**, s.29, 30.

anlamda, zararın kimin malvarlığına etki edeceğine ilişkin bir risktir. Bu risk, eşya üzerindeki mutlak hakkın sahibini tehdit eder. Çünkü kural olarak bir malın malikinin onun zarar görmesi riskine katlanacağı açıktır⁵. Bunun sebebi de, Roma hukukundan beri var olan “casum sentit dominus” yani; eşyanın yok olması veya telef olması halinde bununla birlikte eşya üzerindeki hakkın da sona ereceği kuralıdır. Eşyanın uğradığı bu zarara bizzat hak sahibi ya da bir başkası kusuruyla yol açabileceği gibi, ne hak sahibinin ne de bir başkasının kusuru olmadan meydana gelen bir hasar da söz konusu olabilir. Örneğin, eşya üzerinde bir doğal afet sonucu hasar meydana geldiğinde, ne malik ne de bir başkasının kusuru söz konusudur. Eşyaya ilişkin hasar çoğu kez doğal afet gibi herhangi bir kusur sonucu meydana gerçekleşmeyen olaylar sonucu meydana gelse de, bunun aksi de her zaman olabilir⁶. Başka bir deyişle, eşyaya ilişkin hasarın gerçekleşmesi için mutlaka kusurdan kaynaklanmayan bir zararın varlığı şart değildir. Kusur sonucu gerçekleşmiş bir zarar da, eşyaya ilişkin hasara yol açar.

Eşyaya ilişkin hasar, sözleşmeden bağımsız bir görünüme sahiptir. Dolayısıyla, şey üzerinde maddi anlamda bir zarar mevcutsa, şeyin sözleşmeden doğan borç ilişkisine konu olup olmamasına bakılmaksızın, malik için eşyaya ilişkin hasar mevcuttur.

2. Borca İlişkin (Dar ve Teknik Anlamda) Hasar

Borca ilişkin hasar (dar ve teknik anlamda hasar) ise, borç ilişkileri için kullanılan ve sözleşmenin kurulması anından ifa edilmesine kadar olan süreçte, borç konusu edimin borçlunun ve alacaklının kusuru olmaksızın imkansızlaşmasının olumsuz sonuçlarının borç ilişkisinin taraflarından hangisinin malvarlığına etki edeceğinin belirlenmesi anlamına gelmektedir⁷.

⁵ Yeşim M. Atamer, **Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı**, Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, (131-167) s. 131,132.

⁶ Akıntürk, **a.g.e.** s. 22.

⁷ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt1/1**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 106.

Sözleşmeden doğan borçlar yönünden borca ilişkin hasar; sözleşmenin kurulması ile sözleşmeden doğan aslı edimlerin ifası arasındaki zaman diliminde meydana gelen kusursuz ifa imkansızlığının sonuçlarına, sözleşmenin hangi tarafının katlanacağı sorunudur⁸. O halde, edimin imkânsızlığı borçlunun kusurundan kaynaklanmışsa, borca ilişkin hasar sorunu doğmaz. Çünkü bu durumda, kusuru olan taraf imkânsızlıktan zaten sorumludur.⁹. Yani bu durumda bir borca ilişkin hasar sorunu ortaya çıkmaz. Yine, sözleşmeden doğan edimlerin tam ve doğru bir şekilde ifası sözkonusuysa, borca ilişkin hasardan söz edilemez.

Borca ilişkin hasar, bir bakımdan da sözleşmenin her iki tarafı için bir risk dağılımıdır¹⁰. Gerçekten, her iki taraf da sözleşmenin kurulmasıyla beraber, borcun kusursuz şekilde imkânsızlaşması tehlikesi karşısında, bir malvarlığı tehlikesi altına girerler. Bu anlamda hasar, sözleşmenin her iki tarafı için de bir tehlike olduğundan, yabancı hukuklarda Almanca “gefahr”, Fransızca “risque,” İngilizce de “risk” kelimeleriyle ifade edilir. Esas itibarıyla tüm bu kavramlar, ifanın umulmayan hallerden dolayı ifanın imkânsız hale gelmesinin sonuçlarına aittir.¹¹

3. Borca İlişkin Hasarın Ayrımı

a. Genel Olarak

Borca ilişkin hasar, sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra edimin ifası imkanının kusursuz olarak ortadan kalkması halinde, bu durumun taraflardan hangisinin

⁸Altay,**a.g.e.** s. 7.

⁹ Bu konu tartışmalıdır. Bu konuyla ilgili gerekli açıklamalar “**III, A, 3**” başlığında yapılacaktır. Ancak kısaca şunu söyleyelim; sözleşmeden doğan borçlar yönünden kusurlu imkansızlık söz konusu olduğunda dar anlamda borç düşer, ancak bu borcun yerini tazminat borcu alacağından geniş anlamda borç; yani borç ilişkisi ise bir içerik ve nitelik değişikliğiyle devam etmektedir.

¹⁰ Altay, **a.g.e.** s. 7.

¹¹Andreas Schwarz (Çeviren: Kudret Ayiter) **Satış Akdinde Hasarın İntikali” (s. 159-167)** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4, Sayı: 1-4, 1947, s. 160.

malvarlığını olumsuz yönde etkileyeceği tehlikesidir¹². Zaman bakımından sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen borca ilişkin hasar, edim hasarı ve karşı edim hasarı olmak üzere ikiye ayrılır. Ancak karşı edim hasarı, yalnızca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde mümkün olur. Çünkü tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da hem alacaklı hem borçludur. Dolayısıyla, (karakteristik) edimin mübadele edileceği bir de karşı edim mevcuttur.

b. (Karakteristik) Edim Hasarı

Edim hasarıyla ilgili olarak en başta belirtilmesi gereken husus; edim hasarının karakteristik edimin hasarı olduğudur. Karakteristik edim ise; tipik sözleşmelerde sözleşmenin tipini belirleyen, belirleyici edimdir¹³. Örnek olarak; kira sözleşmesinde sözleşmenin niteliğini belirleyen (karakteristik) edim, kiralananın kullanımının diğer tarafa bırakılması edimidir.

Edim hasarı, karakteristik edimin borçlunun kusuru olmadan imkânsız hale gelmesi ihtimalinde, borçlunun gene de ifa ile yükümlü olma riski ya da başka bir deyişle alacaklının ifayı talep edebilmesi riskidir¹⁴. Edim hasarı; genel anlamda bir borç ilişkisinin her iki tarafı için bir risk, bir tehlikedir. Bu risk; karakteristik edim alacaklısı yönünden, “karakteristik edimin ifasından ya da gereği gibi ifasından yoksun kalma riski şeklinde kendisini gösterir. Borçlu yönünden de “kusuru olmadan imkânsızlaşan bir karakteristik edim olmasına rağmen, borçlunun edimini gereği gibi ifa etme yükümlülüğünün halen devam ediyor olması” şeklinde kendisini göstermektedir. Başka bir deyişle, edim hasarı; karakteristik edim alacaklısı yönünden, sonraki ifa imkânsızlığı sebebiyle borçlunun borçtan kurtulması sebebiyle karakteristik edimi talep etme hakkının ortadan kalkması tehlikesidir. Karakteristik

¹² Akıntürk **a.g.e.** s. 24; Altay **a.g.e.** s. 7;

¹³ Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 1999, s. 13; Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Notları**, İstanbul, 2013, s. 6.

¹⁴ Akıntürk, **a.g.e.** s. 27, Tandoğan 1/1, **a.g.e.** 106, Necip Kocayusufpaşaoğlu, (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı) **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014**, s. 60,61 ; Altay **a.g.e.** s. 8 vd.

edim borçlusunu yönünden de kendi edimi olan karakteristik edimin kusursuz olarak imkânsızlaşmasına rağmen, borçtan kurtulamayarak halen edimi ifa ile yükümlü olma tehlikesidir.

c. Karşı Edim Hasarı

Karşı edim sinallagmatik ilişkide karakteristik edimin karşılığını oluşturur.

Tanım olarak karşı edim; tam iki tarafa borç yükleyen tipik sözleşmelerde edimin karşısında yer alan ve kural olarak¹⁵ bir miktar para şeklinde belirlenen edimdir¹⁶.

Verdiğimiz bu tanımdan sonra, karşı edimle ilgili önemli bir noktaya da açıklık getirmek gerekir. Mal değişim sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasına rağmen, karşı edim olarak para bu sözleşmede yer almaz. Ancak sözleşme tam iki taraf borç yüklediğine göre, bir karşı edim mutlaka mevcut olmalıdır. O halde mal değişim sözleşmesi yönünden karşı edim nasıl belirlenebilir? Bunu şu şekilde cevaplamak mümkündür:

TBK m. 283 uyarınca satışa ilişkin hükümler mal değişim sözleşmesine de uygulanacağından ve bu hükme göre taraflardan her biri hem alıcı hem de satıcı durumunda olacağından, kanaatimizce her iki edim de hem karakteristik edim hem de karşı edim niteliğinde olacaktır.

Karşı edim hasarı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karakteristik edimin, karakteristik edim borçlusunun kusuru olmadan imkânsız hale gelmesine rağmen, karşı edim borçlusunun kendi edimini tam ve eksiksiz şekilde ifa ile yükümlü olması riskidir¹⁷. Görüldüğü üzere karşı edim hasarı, yalnızca tam iki tarafa

¹⁵ Mal değişim sözleşmesindeki duruma ait görüşümüz aşağıdaki paragrafta açıklanmıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen atipik sözleşmelerde karşı edim ise incelememizin üçüncü bölümünde ele alınacaktır.

¹⁶Hatemi **Borçlar Özel a.g.e.** s. 13; Hatemi **Ders Notları a.g.e.** s. 6.

¹⁷ Akıntürk, **a.g.e.** s. 28; Tandoğan Cilt 1/1 **a.g.e.**, s. 107; Kocayusufpaşaoğlu **Borçlar Genel a.g.e.** s. 61, 62; Altay **a.g.e.**, s. 8 vd.

borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur. Karakteristik edim alacaklısının edimi, karşı edimi oluşturur.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde “hasarın taraflardan birine ait olması” ifadesiyle kastedilenin karşı edim hasarı olduğundan söz edilir¹⁸. Bize göre ise, bu ifadeyle kastedilen hem edim hasarının hem de karşı edim hasarının alacaklıya ait olmasıdır. Ancak burada bir ifade tarzı farklılığı söz konusudur. Bu ifade tarzı farklılığı da, tarafların her ikisinin de hem alacaklı hem borçlu olmalarından kaynaklanmaktadır. Hasarın alacaklıya ait olması, doktrinde karşı edim hasarının karakteristik edim alacaklısına ait olması şeklinde ifade edilir¹⁹. Ancak bize göre bu doğru bir ifade değildir. Çünkü, esasında hasarın alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına) ait olması, edim hasarıyla birlikte karşı edim hasarının da alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına) ait olmasıdır. Genel kural olan TBK m. 136/II edim ve karşı edim hasarını kuramsal açıdan dengeli bir biçimde sözleşmenin taraflarına dağıtmıştır. Bundan dolayı, edim hasarı zaten alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına) aittir. Ancak TBK m. 136/II son cümle uyarınca kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce meydana gelen hasarın alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına) yüklendiği durumlarda, karakteristik edim hasarıyla birlikte karşı edim hasarı da alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına) ait olur. Şu halde “hasarın alacaklıya ait olması kavramıyla kastedilenin, karşı edim hasarı olması” ifadesine kıyasla, “hasarın alacaklıya ait olması kavramıyla kastedilenin, hem edim hasarının hem de karşı edim hasarının alacaklıya ait olduğu” ifadesi daha yerindedir. Başka bir deyişle, her ne kadar hasarın alacaklıya ait olması ile kastedilen, karşı edim hasarıdır deniyor ise de²⁰, kanaatimizce hasarın alacaklıya ait olmasından, TBK m. 136/II son cümle uyarınca hem karakteristik edim hem de karşı edim hasarının alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına) ait olmasının anlaşılması doğrudur. Çünkü bu durumda mevcut olan hasarın taraflara dağılımı, edim hasarıyla

¹⁸ Akıntürk **a.g.e.** s. 65; Altay **a.g.e.** 15, 16.

¹⁹ Akıntürk **a.g.e.** s. 65; Altay **a.g.e.** 15, 16.

²⁰ Akıntürk **a.g.e.** s. 65; Altay **a.g.e.** 15, 16.

birlikte karşı edim hasarının da alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına) ait olması şeklindedir.

Hasarın geçişi denildiğinde ise, farklı bir şey kastedilmektedir. Şöyle ki:

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasarın geçişi kavramıyla kastedilen “karşı edim hasarının” geçiştir²¹. Edim hasarına edim alacaklısı katlanırken, karşı edim hasarına da karşı edim alacaklısı katlanır. Ancak bazı durumlarda karşı edim hasarı da edim hasarıyla birlikte edim alacaklısının üzerinde kalır. Yani sonuçta; “geçiş yapan” karşı edim hasarıdır.

II. İmkânsızlık Kavramı

A. İmkânsızlığın Tanımı

İmkânsızlığın ne anlama geldiği konusunda kanunda tanım içeren bir hüküm olmamakla birlikte, doktrinde çeşitli tanımlar yapılmaktadır. *von Tuhr'a* göre imkânsızlık, taahhüt edilen borcun yerine getirilemez nitelikte olmasıdır²². *Dural'a* göre imkânsızlık, ifa edilemeyen ya da ifa edilemez hale gelen bir edimin ifası imkânsızdır²³. *Tandoğan'a* göre imkânsızlık, sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olmayan, sonradan ortaya çıkan önlenemez nitelikteki olgunun borçlunun ifasını engellemesidir²⁴. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop'a* göre borçlar hukukunda imkânsızlığın üç ayrı rolü vardır²⁵. Buna göre imkânsızlık; bir butlan sebebi,

²¹ Altay **a.g.e.** s. 15.

²² Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukuku** Birinci Cilt Tercüme Eden: Av. Cevat Edege, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952, s. 267.

²³ Dural, **a.g.e.** s. 7.

²⁴ Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara, 2010, s. 395.

²⁵ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 903.

borçluyu borçtan kurtaran bir sebep ve son olarak da bir sorumluluk sebebidir²⁶. *SEROZAN'a* göre imkânsızlık edimin içeriği değişmeksizin, başkalaşmaksızın borçlu tarafından aynen ifasının mümkün olmaması demektir²⁷. *HATEMİ'ye* göre imkânsızlık, sözleşme konusunda ve sözleşmenin kurulmasından sonraki imkânsızlık olmak üzere ikiye ayrılır²⁸. *EREN'e* göre imkânsızlık dar yorumlanmalı ve edim sonucuna ilişkin olmalı; buna göre de edim sonucunun hem borçlu hem de üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır²⁹. *OĞUZMAN/ÖZ'e* göre imkânsızlık, mevcut bir borcun ifasının cebri icra yoluyla elde edilemeyecek olmasıdır³⁰. *SELİÇİ'ye* göre ise, imkânsızlık, borçlunun edim sonucunu gerçekleştirebilmesini kesin olarak önleyen bir engelin bulunmasıdır³¹.

Yukarıda “imkânsızlık” kavramı için doktrinde yapılan birtakım tanımları belirtmiş bulunuyoruz. Bu tanımlara bakıldığında ilk dikkat çekici olan nokta, tanımların hareket noktalarının birbirinden farklı olmasıdır. Buna göre tanımlarda ifa, borçlu ve alacaklı gibi borç ilişkisinde birbiriyle yakın ilişkisi olan hareket noktalarından bir tanesi esas alınarak tanımlar bu hareket noktasının üzerine oturtulmuştur. İmkânsızlığın tanımı yapılırken farklı hareket noktalarının esas alınması, kavram için verilen tanımların birbirinden farklı olması sonucunu doğurmaktadır. Tanımlardaki diğer dikkat çekici nokta ise, tanımların farklı olmasının yanı sıra, çoğunun esasında “ifa imkânsızlığı” kavramını karşıladığıdır. Oysa imkânsızlık denildiğinde sadece ifa imkânsızlığı anlaşılmaz. İfa imkânsızlığının dışında bir de TBK m. 27’de sözü edilen sözleşme konusunun imkânsızlığı

²⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e** s. 903, 904.

²⁷ Rona Serozan (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 6. Bası, Filiz, İstanbul, 2014, s. 163.

²⁸ Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat, İstanbul, 2012, s. 246.

²⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Güncelleştirilmiş 16. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 1037.

³⁰ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** Cilt 1, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 408 dn. 84.

³¹ Özer Seliçi, “**Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**” Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 90.

bulunmaktadır. Bu bakımdan önce kanaatimizce hem sözleşme konusunun imkânsızlığını hem de ifa imkânsızlığını kapsayacak şekilde bir genel tanım vermek gerekir. Bu bakımdan *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*'un verdiği tanım kanaatimizce, oldukça geniş olan imkânsızlık konusunun tümünü içine alması yönünden diğer tanımlardan daha isabetlidir. Ancak biz bu tanıma da iştirak edemiyoruz. Çünkü söz konusu tanımda imkânsızlığın üç karakteri olduğu, bunların da ifa engeli, sorumluluk sebebi ve geçersizlik sebebi olduğu belirtilmiştir. İmkânsızlığın geçersizlik sebebi ve ifa engeli olduğuna hiçbir şekilde kuşku yoktur. Ancak imkansızlığın bir sorumluluk sebebi olup olmadığı konusuna gelecek olursak; *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*'un tanımında ifade edilen imkansızlığın sorumluluk sebebi de olması ile edimin borçlunun kusuruyla sonradan imkansızlaşması anlatılmaktadır. Ancak kanaatimizce kusurlu imkânsızlık halinde borçlunun sorumluluğunu sağlayan olgu, edimin imkânsızlaşması değil, edimin imkânsızlaşmasının “kusur” sebebiyle olmasındandır. Dolayısıyla bu durumda sorumluluk sebebi, imkânsızlık değil, borçlunun “kusurudur”. İşte bundan ötürü, bize göre imkânsızlık bir sorumluluk sebebi değildir. Zaten borçlar hukukunda esas olan kusur sorumluluğu olduğuna göre, imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olabilmesi için kusurlu olması gerekir. Yani; imkânsızlık borçlunun kusuru olmadan meydana gelirse, bir kusursuz sorumluluk hali de yoksa sorumluluk da söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle, imkânsızlık bir sorumluluk sebebi olamaz, bir ifa engeli olabilir. Kusur ise, sorumluluk sebebidir. İfa engeli, imkânsızlığın karakterlerinden biridir. Bir diğer karakteri ise, geçersizlik sebebidir.

Tüm bu açıklamalardan sonra imkânsızlığa ilişkin olarak biz bir tanım verecek olursak; bize göre imkânsızlık ya bir geçersizlik sebebi, ya da bir ifa engeli olarak kendisini gösterir. İmkânsızlığın bu iki karakterden hangisini taşıdığıının belirlenmesi için ise, imkânsızlık olgusunun ne zamandan beri var olduğunun tespiti gerekir. İmkânsızlığın, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında mevcut olmasıyla, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkması büyük farklılıklar gösterir. Öyle ki bu farklılık; imkânsızlığın deyim yerindeyse, rengini, karakterini belirler. Yani imkânsızlığın geçersizlik sebebi mi yoksa ifa engeli mi olduğunu gözler önüne serer. Hatta kimi zaman, sözleşme kurulmadan önce meydana gelen

edimin imkânsızlığı, herkes için mevcut olması ya da sadece borçlu için mevcut olmasıyla bile, imkânsızlığın geçersizlik sebebi ya da ifa engeli olmasını belirleyici etki gösterir.

Sonuç olarak imkânsızlığa ilişkin kısa bir tanım vermek gerekirse; bize göre imkânsızlık öyle bir kavramdır ki ya bir sözleşmenin baştan itibaren geçersizliğine sebep olur; ya da geçerli olarak meydana gelmiş sözleşmenin ifasını engeller ve/veya borç ilişkisini ortadan kaldırır. Şu halde imkansızlık ya bir geçersizlik sebebi ya da bir ifa engelidir.

B. Önceki (Konuda) İmkânsızlık

1. Genel Olarak

Zamansal olarak sözleşmenin kurulmasından önce var olan önceki imkânsızlık, sözleşmenin içerdiği edimin ya da edimlerden birinin en geç sözleşme kurulduğu anda imkânsız olmasıdır. Bu durum, TBK m. 27 uyarınca sözleşme özgürlüğü alanının dışında kalır. Önceki imkânsızlık fiilî ya da hukukî imkânsızlık şeklinde ortaya çıkabilir³². Yani sözleşmenin konusu, ya fiili olarak, maddi anlamda önceden imkânsızdır, ya da sözleşmenin konusu, henüz sözleşme kurulmadan önce bir hukuk kuralıyla yasaklanmıştır. Örneğin; B'nin sahibi olduğu ressam X'in tablosunu A'ya satması ancak satımdan önce tablonun yanmış olması³³ durumu, konuda imkânsızlığın fiilî imkânsızlık şeklinde gerçekleşmesi halidir. Ancak B'nin

³²von Tuhr **Cilt I a.g.e.**, s.267; Oğuzman, Öz, **Cilt I a.g.e.** s. 90; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 77, 246. Safa Reisoğlu, “**Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**” 01.07.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış 25. Bası, Beta, İstanbul, 2014, s. 139; Hüseyin Altaş, “**Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık**”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 1991s. 18; Mehmet Altunkaya, “**Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**” Yetkin, Ankara, 2005,s. 102.

sahibi olduğu araziyi parselleyerek 100 metrekarelik parseli A'ya satmayı taahhüt etmiş olması ancak o bölgede 200 metrekareden küçük parsele izin verilmemesi³⁴ hali de konuda imkânsızlığın hukuki imkânsızlık şeklinde gerçekleşmesi halidir. Önceki imkânsızlıkta önemli olan nokta, imkânsızlık durumunun henüz sözleşme kurulmadan önce en geç sözleşme kurulduğu anda var olmasıdır.

2. Önceki İmkânsızlığın Ayrımı

a. Genel Olarak

Önceki imkânsızlık kendi içinde de bir ayrıma tâbi tutularak, objektif imkânsızlık ve sübjektif imkânsızlık olarak adlandırılmaktadır.

Objektif ve sübjektif imkânsızlık ayrımı, doktrindeki bir görüş uyarınca imkânsızlığın herkes için mutlak olarak mı yoksa sadece borçlu için mi söz konusu olduğuna göre belirlenir³⁵. Buna göre imkânsızlık herkes içinse objektif imkânsızlık, sadece borçlu için söz konusu bir imkânsızlıkta sübjektif imkânsızlık söz konusu olur³⁶. Bir diğerk görüş de, bu ayrım yapılırken imkânsızlığın kaynağını ölçü alarak imkânsızlığın borçlunun kişisel durumundan doğmuşsa sübjektif imkânsızlık, edimin konusundan kaynaklanan bir imkânsızlık varsa bunun objektif imkânsızlık olduğunu kabul etmektedir³⁷.

³⁴Dural,**a.g.e.** s. 23.

³⁵ Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt. I a.g.e.**, s. 173; Oğuzman, Öz **Cilt 1a.g.e.**,s. 392; Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi a.g.e.**, s. 11; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Sermet, İstanbul, 1976 s. 179; Dural **a.g.es.** 80; Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, “**Türk, İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi**” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 57, S: 3, (s. 673-718), Ankara, 2008, s. 677.

³⁶ Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt. I a.g.e.**, s. 173; Oğuzman, Öz **Cilt 1a.g.e.**,s. 392; Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi a.g.e.**, s. 11; Tunçomağ **a.g.e** s. 179; Dural **a.g.es.** 80; Topuz, Canbolat **a.g.m.** s. 677.

³⁷ Ali Naim İnan, **Die Umnöglichkeit der Leistung im Deutschen, Schwerischen und Türkischen Recht**, Freiburg, 1956, s. 24. vd; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 908.

b. Objektif İmkânsızlık

Yukarıda belirttiğimiz gibi, objektif imkânsızlık, sadece borçlu için değil herkes için söz konusu olan imkânsızlıktır. Ancak bu imkânsızlığın objektif olabilmesi için, mutlak olması şarttır³⁸. İmkânsızlığın mutlak olması, devamlılık arz etmesi, kalıcı olması anlamındadır. Örnek olarak kira sözleşmesine konu edilmiş bir ev, henüz sözleşme kurulmadan önce yanmış ve yok olmuşsa, satım sözleşmesine konu edilmiş bir şey, sözleşme kurulmadan önce telef olmuşsa, bu kira ve satış sözleşmelerindeki edimler, sadece borçlu için değil herkes için, objektif olarak ve mutlak bir şekilde imkânsızdır. TBK m. 27 uyarınca sözleşmenin konusunun imkânsız olması kesin hükümsüzlüğe yol açar. Sözleşmenin yapıldığı sırada imkânsız olan bir edim, daha sonra şartların değişmesiyle birlikte mümkün hale gelse bile, bu durum sözleşmeyi geçerli hale getirmez, sözleşme halen geçersizdir³⁹. Ancak imkânsızlığın sözleşme kurulduktan sonra ortadan kalkması, bazı durumlarda sözleşmenin geçerli olduğunun kabul edilmesini de gerektirebilir. *von Tuhr'a* göre; edim, sözleşme yapıldıktan bir süre sonra ifa edilecekse ve ifa tarihine kadar edimin imkânsızlığı ortadan kalkar, edimin ifası mümkün hale gelirse, sözleşmenin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁰. Aynı şekilde; sözleşme, imkânsız olan edimin ifa tarihinde mümkün hale gelmesi şartına bağlanmışsa, yine sözleşmenin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir⁴¹. *von Tuhr* hem edimin ifasının sözleşmenin kurulduğu tarihten sonraki bir tarihte söz konusu olması halinde, hem de sözleşmenin edimin imkansızlığının ortadan kalkması şartına bağlanmış olması halinde, sözleşmenin geçersiz

³⁸ von Tuhr **Cilt I, a.g.e.** s. 268; Reinhard Zimmermann, “**The Law Of Obligations**” Roman Foundations of the Civilian Tradition, Clarendon Press Oxford, 1996, s. 688; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop s. 903; Hatemi, (**Gökyayla**),s. 246, Oğuzman/Öz **Cilt I, a.g.e.** s. 91; Tunçomağ., 260; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 97; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış 8. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s. 149.

³⁹ von Tuhr **Cilt I a.g.e.** s. 268.

⁴⁰ von Tuhr **Cilt I a.g.e.** s. 268.

⁴¹ von Tuhr **Cilt I a.g.e.** s. 268.

olmayacağını, aksine geçerli kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla *von Tuhr*'a göre iki ayrı durum mevcut olup bu iki ayrı durum da tek başına sözleşmenin geçerli kabul edilmesini gerektirmektedir.

SUNGURBEY de, edimin sözleşme kurulduğu anda imkansız olması halinde, sözleşmenin, edimin imkansızlığının ileride ortadan kalkacağı ihtimali gözetilerek kurulması halinde, ileride edimin imkansızlığı ortadan kalkarsa sözleşmenin geçerli olacağını, bu durumda sözleşmeyi geçersiz saymanın “karakuşî bir hükümden⁴²”

⁴² Karakuşî hüküm için bkz. İsmet Sungurbey, “**Medeni Hukukun Temel Sorunları**” “Hukuk Dilinin Türkçeleştirilmesi ve Yüce Atatürk’ün Vasiyetinin Çiğnenmemesi Uğrındaki Savaşımız Başlıklı Birinci Bölümü, Yüce Atatürk’e Armağan, Adalet, Ankara, 2003, s. 1233’den aynen:

“*Mantıksız, saçma sapan, ipe sapa gelmez, indî ve keyfî, işkembeden atma, dediği dedik-çaldığı düdük türünden, hak sahibini hakkını aradığına da, arayacağına da pişman ettirecek kadar adaletsiz ve zalimane hükümleri anlatmak için kullanılan “Karakuşî hüküm” (hüküm-i Karakuşî) deyimi, gerek yurdumuzda, gerekse komşu İslam ülkelerinde yüzyıllardan beri halk arasında yerleşmiş ve kökleşmiş bir deyimdir*”.

başka bir şey olmayacağını belirtmiştir⁴³. *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP*'a göre, sözleşmede öngörülen edimin ifası ileride gerçekleşecekse, kural olarak imkânsızlıktan söz edilemez, bu durumda sözleşmenin edimin imkânsızlığının ortadan kalktığına ifa edileceği şartını içerdiği kabul edilir⁴⁴. *EREN ve RENDA/ONURSAN da*, sözleşme bir geciktirici şarta veya süreye bağlanmışsa, şartın gerçekleştiği veya sürenin dolduğu tarihte edimin imkânsızlığı ortadan kalktıysa, imkansızlıktan söz edilemeyeceğini belirtmişlerdir⁴⁵. Bu konuda Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de 2002 tarihli bir kararında, bu konudaki yerleşik içtihatlarına da atıf yapmış, konuyu çok açık ve anlaşılır biçimde özetleyerek; imkânsızlığın, sözleşme kurulduktan sonra ortadan kalkması halinde, imkansızlığın ortadan kalkma olasılığı

⁴³ İsmet Sungurbey, “**Medeni Hukuk Sorunları**” Altıncı Cilt, Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1994, s. 537.

Yazar, Kadıköy Asliye Ticaret mahkemelerinde görülen ve konuyla ilgili olan bir davaya sunduğu hukuki mütalaasında, somut olaya ilişkin olarak aynen şu tespiti yapmıştır:

*“Sözleşme, onaylanacak imar planları, yani imkansızlığın ileride ortadan kalkacağı olasılığı göz önünde tutularak, daha açık ve teknik deyişimiyle, imkansızlığın ileride kalkması şartına bağlı olarak kurulmuştur. Nitekim Kartal Belediyesi imar planını onaylamış, böylece sözleşmenin bağlı tutulduğu şartın birincisi gerçekleşmiştir. Kartal Belediyesi onayladığı imar planını gene onaylanmak üzere Anakent Belediyesi'ne göndermiş olup Anakent Belediye Meclisi'nin elimize geçen ve bir örneği de dosyaya sunulan 21.05.1991 tarih, 717 no'lu kararı ile konuyu incelemiş, bölgenin mevcut 1/25000 ölçekli Nazım İmar Planının 1/5000-1/1000 ölçekli imar planlarının bütünlüğü içerisinde çözümünün uygun olacağı ileri sürülerek ve hataen mevcut yapılaşmayı göz ardı ederek sorunun çözümünün 1/5000, 1/1000 ölçekli imar planları ve uygulama planlarıyla çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir.”*Sungurbey **a.g.e.** Sorunlar Altıncı Cilt, s. 529.

Görüldüğü üzere, somut olayda mevcut imar planına aykırı olan inşaat sözleşmesi, mevcut imar planının ileride değişmesi ihtimali gözetilerek akdedilmiş olduğundan, inşaat sözleşmesinin geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir.

⁴⁴Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 405.

⁴⁵ Eren **Borçlar Genel a.g.e.** s. 298; Nihat Renda, Galip Onursan, “**Borçlar Hukuku, Dördüncü Hukuk Dairesinin Emsal İçtihatlarıyla 2**” Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 132.

gözetilerek kurulan sözleşmenin geçerli olduğu isabetli olarak vurgulanmıştır⁴⁶. Görüldüğü üzere doktrin ve Yargıtay, sözleşme kurulduğu anda edimin imkânsız olması durumunda, imkânsızlığın ifa tarihinde ortadan kalkması ihtimalinde sözleşmeyi geçerli saymıştır. Bize göre de, edimin imkânsızlığı ifa tarihinde ortadan kalkarsa ve edim sözleşme kurulduğu anda muaccel değilse, sözleşmenin geçerli olduğunun kabulü gerekir. Çünkü böyle bir durumda gerçek anlamda bir imkânsızlıktan söz edilemez, ancak hukuka aykırılıktan söz edilebilir. Asıl olan taraf iradeleri olduğuna göre taraf iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olduğu noktada, sözleşme konusu edimin imkânsızlığı da, ifa zamanı ortadan kalkmışsa, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürecektir bir gerekçe yoktur. Bu durumu edimin imkânsızlığının sonradan ortadan kalkması halinde sözleşmenin geçerli hale

⁴⁶ **Yargıtay 15. H.D. T: 03.06.2002; 2002/1412 E. 2002/2969 K**, “*İMAR İZİNİ OLMAYAN ARSA İLE İLGİLİ ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ (Sözleşmede Yer Alan İzin Alındıktan Sonra İnşaata Başlama Şartı - Sözleşme Anında Bilinen Geçici İmkansızlığın Kalkması İçin Tarafların Beklemesi Gereken Tahammül Süresi)*

- *TAHAMMÜL SÜRESİ (Sözleşme Anında Bilinen Geçici İmkansızlığın Kalkması İçin Tarafların Beklemesi Gereken Süre - İmar İzni Olmayan Arsa İle İlgili Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Geçerliliği)*

.....Sözleşme yapılırken taşınmazın mevcut vasfı itibariyle imara müsait olmadığı taraflarca bilinmektedir. Bunun içindir ki sözleşmenin 6.maddesinde inşaatın başlama tarihi olarak ilgili mercilerden bina yapılabilir anlamını taşıyan ön izin belgesinin alınması, imarla ilgili işlemlerin tamamlanması koşulu getirilmiştir. Bu koşulun tahakkukunun zamana bağlı olduğu kabul edilerek inşaatın başlanması için belli bir tarih kararlaştırılamamıştır. Geçici imkansızlığın varlığı sözleşme anında kabul edildiğine göre istikrar kazanmış Yargıtay İçtihatları bu imkansızlığın ortadan kaldırılması için yanların makul bir süre beklemeyi peşinen göze aldıkları kabul edilmelidir. Uygulamada bu süre "tahammül süresi" olarak isimlendirilmektedir. Bunun olayın özelliğine göre takdiri gerekir.

Kamu düzeninden olan imara müsait olma durumu ortaya çıkmadan inşaat öngörülmediğine göre sözleşme yasaya aykırı değildir. Bu nedenle aksine kabul de isabet bulunmamaktadır. www.kazanci.com.tr (25.07.2013)

dönüşmeyeceği gerçeğinden ayıran ince nokta, edimin sözleşme kurulduğunda muaccel olmaması, muaccel olduğunda da imkânsızlığın ortadan kalkmış olmasıdır. Bu noktada şu somut örneği verebiliriz: Ölmüş bir atın satılmasıyla, henüz doğmamış bir tayın sağ ve tam doğması şartıyla satılması arasında fark vardır.

Objektif imkânsızlığın sözleşmeye etkisi sözleşmenin geçersiz olmasıdır⁴⁷. Bu durum, TBK m. 27'de de açıkça ifade edilmiştir. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere imkânsızlık ifa tarihinde ortadan kalkarsa ve edim sözleşme kurulduğu anda muaccel değilse, sözleşmenin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

Objektif imkânsızlıkla ilgili olarak söylenmesi gereken bir başka husus da, edimin objektif olarak imkansız olduğunu bilmesine rağmen bunu karşı tarafa söyleyerek onunla sözleşme ilişkisi içine giren kimsenin karşı tarafın bundan dolayı bir zarara uğraması halinde, culpa in contrahendo sorumluluğunun olmasıdır⁴⁸.

c. Sübjektif İmkânsızlık

Sübjektif imkânsızlık ise borçlunun durumu ve şartları dolayısıyla söz konusu olan imkânsızlıktır⁴⁹. Başka bir deyişle, borcun ifası yönünden genel anlamda objektif bir imkânsızlık değil de, yalnızca borçlu için söz konusu olan bir imkânsızlık mevcuttur. Sübjektif imkânsızlık, sadece borçlunun işgücüyle, sağlığıyla, yetenekleriyle, tasarruf yetkisiyle ve başkaca özellikleriyle kişisel, öznel nedenlerle edimin aynen yerine getirilememesi anlamına gelir⁵⁰ Yani edim üçüncü kişiler

⁴⁷von Tuhr, **Cilt I a.g.e.** s. 268; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop., **a.g.e.** s. 403; Hatemi, **(Gökyayla), a.g.e.** s. 246, Oğuzman/Öz **Cilt I a.g.e.**, s. 91; Tunçomağ **a.g.e.**, s. 260; Kılıçoğlu **a.g.e.**, s. 97; Ayan **Borçlar Genel a.g.e.**, s. 149.

⁴⁸Eren **Borçlar Genel a.g.e.** s. 329, Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, 2008, s. 232.

⁴⁹von Tuhr **Cilt I a.g.e.** s. 268; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop. **a.g.e.** s. 404, Hatemi, **(Gökyayla), a.g.e.** s. 246, Oğuzman/Öz **Cilt I, a.g.e.** s. 91; Eren **Borçlar Genel a.g.e.** s. 295; Tunçomağ, **a.g.e.** s. 260; Kılıçoğlu, **a.g.e.** s. 97; Ayan **Borçlar Genel, a.g.e.** s. 149.

⁵⁰Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 168.

tarafından imkânsız olmamakla birlikte, yalnız borçlu yönünden imkânsızdır. Hatta öyle ki, bir görüş uyarınca sübjektif imkânsızlık kavramı yerine “borçlunun ekonomik ve kişisel güçsüzlüğü” kavramını kullanmak daha yerindedir⁵¹. Başka bir görüş uyarınca ise, sübjektif imkânsızlık gerçek anlamda bir imkânsızlık değildir⁵². Bu görüşe göre, kişisel niteliklerin ön planda olduğu “instuitus personae” sözleşmelerdeki edimler, bu ayrımın içine zaten bünyeleri gereği girmezler⁵³. Çünkü bu türden edimlerin borçlu için imkânsızlaşması, herkes için imkansızlaşması sonucunu doğurur, bu ise objektif imkansızlıktır⁵⁴. Örneğin bir belli bir ressama resmini yaptırmak isteyen alacaklı için resmin yapılması kadar, resmin o ressam tarafından yapılması da önem arz eder⁵⁵. Dolayısıyla borçlu için edimi yerine getirmenin imkânsız olması durumunda, edimi yerine getirmek herkes için, yani objektif olarak, imkânsızdır. Başka bir deyişle, bu tür edimleri içeren sözleşmelerde, ifayı gerçekleştirebilecek tek kişi, zaten borçludur. Şu halde intuitus personae sözleşmeler yönünden, sübjektif imkânsızlık, objektif imkansızlığın sonuçlarını doğurur.

Yine aynı görüş uyarınca ise, kişisel niteliklerin ön planda olmadığı edimleri içeren sözleşmelerde ise durum farklıdır⁵⁶. Borçlu burada bizzat kendisi ifa mecburiyetinde olmadığı için, edimi kendi ifa edememesi halinde bir başkasına ifa ettirebilir. Dolayısıyla borçlu şahsından doğan bir nedenle borcu ifa edemezse, borçtan kurtulmaz. Borçlu borcu üçüncü kişilere ifa ettirebileceğinden, ortada gerçek bir imkânsızlık yoktur⁵⁷.

Biz sübjektif imkânsızlığın gerçek anlamda bir imkansızlık olmadığı nitelemesine katılmıyoruz⁵⁸. Çünkü daha önce belirttiğimiz gibi, bize göre

⁵¹ Eren **Borçlar Genel a.g.e.** s. 296.

⁵² Dural **a.g.e.** s. 89.

⁵³ Dural **a.g.e.** s. 88.

⁵⁴ Dural **a.g.e.** s. 88.

⁵⁵ Dural **a.g.e.** s. 88.

⁵⁶ Dural **a.g.e.** s. 88.

⁵⁷ Dural **a.g.e.** s. 88.

⁵⁸ Bu niteleme için bkz: Dural **a.g.e.** s. 89.

imkânsızlık ya bir geçersizlik sebebi ya da bir ifa engelidir. Bundan dolayı borçlunun şahsından doğan bir nedenle borcu ifa edememesi halinde borçtan kurtulamaması, bu durumun imkânsızlık olarak nitelenmesini engellemez. Buradaki imkânsızlık geçersizlik sebebi olan (objektif) imkânsızlık değildir, ifa engeli olan (sübjektif) imkânsızlıktır. Zaten borçlunun borçtan kurtulamaması da bundan dolayıdır.

Sübjektif imkânsızlık, sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz, sözleşme geçerlidir ancak borçlu kusurlu ise bir tazmin yükümlülüğü vardır⁵⁹. Sözleşme geçerli olduğundan borçlu için ifa yükümlülüğü devam etmektedir⁶⁰. Doktrinde sübjektif imkânsızlığın, alacaklı için bariz ve bilinebilir olduğu durumlarda bir geçersizlik sebebi olması gerektiği yönünde bir görüş de mevcuttur⁶¹. Bu görüş uyarınca, alacaklının sübjektif imkânsızlığı bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde, onu korumak için kuvvetli bir gerekçe bulunmamaktadır⁶². Gerçekten böyle bir durumda sözleşmenin geçerli sayılması, kanaatimizce “alacaklının da henüz sözleşme kurulurken bildiği, borçlu için ifası baştan beri sübjektif olarak imkânsız olan edimi ifaya” borçlunun mecbur olması, alacaklının borçluyu ifaya zorlayabilmesi anlamına gelir. Oysa alacaklının, ifasının sübjektif olarak imkânsızlığını bildiği bir sözleşme için borçluyu ifaya zorlayabilmesi deyim yerindeyse alacaklının ödüllendirilmesidir. Böyle bir durumda alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi, haksız yere alacaklı lehine değişmiş olur. Ancak alacaklının sübjektif imkânsızlığı bildiği ya da sübjektif imkânsızlığın bariz olduğu durumlarda sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilirse, alacaklı borçluyu ifaya zorlama imkânına sahip olamaz. Bu sayede de, her iki tarafça da bilinen “bariz ve bilinebilir” olan imkânsızlık sebebiyle, sözleşme adaleti taraflardan hiçbiri lehine değişmez. Bundan dolayı kanaatimizce de sübjektif imkânsızlığın bariz ya da

⁵⁹von Tuhr, **Cilt II a.g.e.** s. 268; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** s. 903, Hatemi, **(Gökyayla),a.g.e.** s. 246, Oğuzman/Öz **Cilt 1 a.g.e.**, s. 91; Tunçomağ **Genel Hükümler,a.g.e** s. 260; Kılıçoğlu,**a.g.e.** s. 97; Ayan,**a.g.e.** s. 149.

⁶⁰Zimmermann **a.g.e.** s. 687.

⁶¹Hatemi, **(Gökyayla), a.g.e.** s. 246.

⁶²Hatemi, **(Gökyayla), a.g.e.** s. 246.

alacaklı tarafından bilinebilir olduğu durumlarda sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

C. Sonraki (İfada) İmkânsızlık

1. Tanım

İmkânsızlık, hukuk sistemimizde ifa engelleri alanında kabul edilen temel yasal kavramdır⁶³. Şüphesiz ki bu tespit, sonraki imkânsızlık içindir. Sonraki imkânsızlık, borç ilişkisi kurulduktan sonra edimin ifasının sürekli ve kesin olarak mümkün olmamasını ifade etmektedir. Başka bir deyişle, geçerli bir şekilde kurulan borç ilişkisinden doğan edimin ifası, sonradan imkânsız hale gelmektedir. Bu noktada borcun konusu anlamına gelen edimin imkânsızlaşması haline kısaca değinmek ve bundan ne anlaşılması gerektiğini belirlemek gerekir.

2. İmkânsızlıkta Edim Fiili – Edim Sonucu Ayrımı

Edimin imkânsızlaşması kavramıyla, imkânsızlaşmanın edim fiili mi yoksa edim sonucu mu olduğunun ortaya konulması gerekir. Kısaca şunu söyleyebiliriz ki; edim fiili ya da edim sonucundan hangisinin imkânsızlaşmasının edimin imkânsızlaşması anlamına geldiği, borç ilişkisini doğuran sözleşme tipine göre değişecektir⁶⁴.

Borçluya belirli bir davranışta bulunmasını yükleyen sözleşmelerde, edimin imkânsızlaşması, edim fiilinin imkânsızlaşmasıyla söz konusu olur⁶⁵. Örnek olarak bir vekâlet sözleşmesinde vekil işin sonucun meydana gelmemesinden sorumlu değildir, ancak vekil vekâlet sözleşmesinin kendisine yüklediği işi özenle takip etme

⁶³ Selin Sert, **Viyana SatımSözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 43.

⁶⁴Kocayusufopaşaoğlu **Borçlar Genel**, a.g.e. s. 33, 34; Eren **Borçlar Genel** a.g.e. s. 97; Fatih Gündoğdu; **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları**, Oniki Levha, İstanbul, 2014, s. 78.

⁶⁵Kocayusufopaşaoğlu, **Borçlar Genel** a.g.e. s. 33, 34; Eren a.g.e. s. 97; Gündoğdu a.g.e. s. 78; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin, Ankara, 2010, s. 62.

edimini yerine getirmek durumundadır. Bir avukat müvekkiline ya da bir doktor hastasına, aralarındaki vekâlet sözleşmesi uyarınca, edim fiilini borçlanır ve edim fiili gereği gibi ifa edilse bile edim sonucu gerçekleşmemişse, avukatın ve doktorun bundan sorumluluğu söz konusu olmaz⁶⁶. Başka bir deyişle bu tip sözleşmelerde borçlunun edimi, belli bir şekilde davranıştır, bir sonucun sağlanması değildir.

Borçluya bir sonucu meydana getirmesinin yüklendiği sözleşmelerde, edimin imkânsızlaşması, edim sonucunun imkânsızlaşmasıyla söz konusu olur⁶⁷. Bu sözleşmelerde borçlunun belirli bir davranışta bulunması, ifa için yeterli olmaz, aynı zamanda borçlu, sonucu da yerine getirmelidir.

3. Sonraki İmkânsızlığın Sınırı

Sonraki imkansızlığın sınırı olarak neyin kabul edileceği konusunda ise, hakim görüş; borçlunun ifayı gerçekleştirebilecek durumda olmasını kabul eder⁶⁸. Yani borçlunun ifayı gerçekleştirebilecek durumda olduğu hallerde, sonraki imkânsızlıktan söz edilemeyecek, borçlunun ifayı gerçekleştiremeyeceği durumda

⁶⁶GÜNDOĞDU bu sözleşmeleri “borçlunun bir sonuç meydana getirme vaadinin olmadığı sözleşmeler” olarak ifade etmiş ve bunlara örnek olarak da avukat veya doktorla kurulan vekâlet sözleşmelerini örnek vermiştir, Gündoğdu **a.g.e.** s. 79.

Ancak bizce avukat ve doktorla kurulan vekâlet sözleşmelerinde *borçlunun bir sonuç meydana getirme vaadinin bulunmaması* ifadesi doğru bir ifade değildir. Çünkü avukat veya doktor sonuç meydana getirme vaadinde bulunabilir olabilir ve bu doğaldır. Örneğin, bir avukatın müvekkiline sonuç vaad etmemesi değil, sonucu garanti etmemesi gerekir. Dolayısıyla avukat veya hekim sonucu vaad etse de sonucu garanti edemez ve etmemelidir. Hem vekâlet sözleşmesinin ilkeleri gereği hem de bu iki mesleğin ilkeleri gereği, sonuç garanti edilmemelidir. Avukat veya doktor sonucu vaat etmiş olsa bile, vekil olarak işi özenle yapmış olduğu takdirde (edim fiilini yerine getirmiş olduğu takdirde) edim sonucundan sorumlu değildir. Vekillik görevini özenle yerine getirmezse, edim fiilinden sorumluluğu söz konusu olur. **Bu bakımdan dikkat çekmek istediğimiz husus; edim fiilinden sorumlu olunan sözleşme tiplerinde edim sonucunun vaat edilebileceği ancak garanti edilemeyeceğidir.**

⁶⁷Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel a.g.e.** s. 33, 34; Eren **a.g.e.** s. 97; Aral, s. 61.

⁶⁸Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 907.vd; Dural **a.g.es.** 80; Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt II a.g.e.** , s. 175; Serozan **a.g.e.** s. 166 vd; 246 vd.

olması halinde sonraki imkânsızlık söz konusu olacaktır⁶⁹. Bu görüş uyarınca alacaklının ifayı cebri icra yoluyla sağlayamayacağı bazı durumlar, sonraki imkânsızlık sayılmaz. Hâkim görüş sonraki imkânsızlığını sınırını çizerken, borçlunun ifa edebilir durumda olup olmamasını merkez almıştır.

OĞUZMAN/ÖZ'ün savunduğu azınlık görüşüne göre ise, sonraki imkânsızlığın sınırı, alacağın cebri icra yoluyla elde edilemeyecek durumda olmasıdır⁷⁰. Yani, borcun ifası cebri icra yoluyla sağlanabiliyorsa sonraki imkânsızlıktan söz edilmez. Ancak borcun ifası cebri icra yoluyla sağlanamıyorsa sonraki imkânsızlık söz konusudur⁷¹. Bu görüş uyarınca alacaklının her ne sebeple olursa olsun kesinlikle ifayı elde edemeyeceği durumlar sonraki imkânsızlık sayılmalıdır⁷². Çünkü bu görüş uyarınca ifanın önemi borçludan çok, alacaklı bakımındandır⁷³. Bu görüş de, sonraki imkânsızlığının sınırını çizerken, alacaklının ifayı sağlayıp sağlayamayacağını merkez noktası olarak almıştır.

Azınlık görüşü uyarınca örneğin bir iş görme edimi içeren sözleşmenin varlığı halinde, borçlu borcu ifa edemeyecek bir duruma düşmemesine rağmen borcu ifa etmeyeceğini ifa tarihinden önce alacaklıya bildirdiğinde, sonraki imkânsızlık hükümleri uygulanmalıdır⁷⁴. Buna gerekçe olarak ise, hukukumuzda iş görme ediminin bir kimseye zorla yaptırılmayacağını başka bir deyişle iş görme ediminin cebri icra konusu olamayacağını bundan dolayı da bu durumda sonraki imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği azınlık görüşünü savunanlar tarafından

⁶⁹Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.es.** 907.vd; Dural **a.g.es.** 80; Feyzioğlu **Genel Hükümler a.g.e. Cilt II a.g.e.**, s. 175; Serozan **Borçlar Genel** s. 166 vd; 246 vd.

⁷⁰Oğuzman, Öz Cilt 1 **a.g.e.** s. 389; Kemal Oğuzman, “**Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi**” İstanbul, 1955, s. 15 vd.; Turgut Öz, “**İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**” , İstanbul, 1989, s. 158.

⁷¹Oğuzman, Öz **Cilt Ia.g.e.** s. 389; Oğuzman, s. 15 vd.; Öz, s. 158.

⁷²Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 389; Oğuzman, s. 15 vd.; Öz, s. 158.

⁷³Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 389; Oğuzman, s. 15 vd.; Öz, s. 158.

⁷⁴Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 389.

belirtilmiştir.⁷⁵ Bu gerekçe ve görüşe ilişkin düşüncelerimizi hemen aşağıda “görüşümüz” başlığı altında belirteceğiz.

İki görüş arasındaki temel fark ise, hâkim görüşün sonraki imkansızlığın sınırını çizerken borçlunun ifayı gerçekleştirebilecek durumda olup olmamasını esas alması, diğer görüşün ise sonraki imkansızlığın sınırını çizerken alacaklının edimin ifasını sağlayıp sağlayamamasını esas almasıdır.

Görüşümüz

Biz, sonraki imkânsızlığın sınırı olarak, borçlunun edimi ifa edebilip edememesini merkez alan baskın görüşe katılmaktayız. Bize göre imkânsızlık kavramı, borcun ifasının cebri icra ile elde edilemeyecek olmasının aksine, fiilen ya da hukuken çıkmış bir engelden ötürü borcun ifa edilememesidir. *OĞUZMAN/ÖZ*'ün verdiği örnekte “iş görme edimi borçlusunun, borcu ifa edebilecek durumda iken ifa tarihinden önce borcu ifa etmeyeceğini alacaklıya bildirmesi olan “öncelenmiş borca aykırılık hallerinde”⁷⁶ halinde bize göre çözüm şu şekilde olmalıdır:

Kanaatimizce imkânsızlık hükümleri değil, borçlu temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır. Öncelikle bize göre burada imkânsızlıktan bahsedilemez. Çünkü borcun ifası halen mümkündür, ancak borçlu ifa etmemektedir.

Borçlunun edimi ifa etmeyeceğini bildirmesi üzerine imkânsızlık hükümlerini uygulamayı düşünür olursak, borçlunun iradesine göre değişkenlik gösterebilecek bir

⁷⁵Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 389.

⁷⁶ Bize göre bu ifade doğru bir ifade değildir. Biz bu ifade yerine “**borçlunun ifa etmeyeceğini önceden bildirmesi**” ifadesini öneriyoruz. **Ayrıntılı bilgi için bkz:** Selin Sert, Ali Hulki Cihan, “**Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi**” (s. 917-935) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, Cilt: VIII, Sayı: 2, Kayseri, 2013. Borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi ifadesi, “öncelenmiş borca aykırılık” ifadesine göre hem dil bakımından hem de vakıayı daha net olarak anlatması bakımından daha uygundur. Zira “öncelenmek” diye bir eylem Türkçe bakımından da kulağa pek hoş gelmemektedir. Öncelenmiş borca aykırılık terimini tercih eden yazarlar; Serozan Borçlar Genel, s. 166, 246; Başak Başoğlu, **Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:66, Sayı:2 , 2008 (s. 287-310)

durum söz konusu olur. Çünkü borçlu edimi ifa etmeyeceğini belirtmesine rağmen, her nasılsa ifa tarihinde borcu ifa ederse, imkânsız olan edimin ifa edilmesi gibi çelişkili bir netice ortaya çıkar.

Bundan başka yine, borçlu alacaklıya iş görme edimini ifa etmeyeceğini ifa tarihinden önce belirtmesine rağmen bu sefer ifa tarihinden sonra bir şekilde iş görme edimini ifa edecek olsa ve alacaklı bu geç kalınmış ifayı kabul etse, bu durumda temerrüt hükümleri uygulanacaktır. Yani, bir süre önce imkânsız sayılan edim, daha sonra temerrüde konu olacaktır. Bu da söz konusu olamaz, çünkü temerrüt hükümleri ancak ifası mümkün ve muaccel bir borç için uygulanır. Yani; imkânsızlık varsa temerrüt olamaz. Dolayısıyla bu durum, eşyanın tabiatına aykırıdır.

Ayrıca hâkim görüşün aksini savunan *Oğuzman/Öz*; yapma borcunun cebri icraya konu olamayacağını, hukukumuzda cebri icra yoluyla kimsenin bir işi yapmaya zorlanamayacağını ifade etmiştir. Ancak hukukumuzda bir kimse cebri icra yoluyla bir yapma borcunun yerine getirilmesi hususunda zorlanabilir, yeter ki yapma borcunun zamanında ifa edilmemiş olması imkânsızlığa yol açmamış olsun⁷⁷. Şöyle ki:

Bilindiği üzere takip hukuku bakımından, bir yapma veya yapmama borcu ilamsız takibe konu olmaz⁷⁸. Ancak, yapma veya yapmama borcu, mahkemedен alınacak ilama dayanılarak ilamlı takibe konu olabilir⁷⁹. Örneğin, yapma borcu içeren bir borç ilişkisinde, alacaklı taraf açtığı ifa davasının kabul edilmesi sonucu aldığı **“bir şeyin yapılması hakkındaki ilamı”** İİK m. 30 uyarınca ilamlı icraya koyarak yapma borçlusunu işin yapılmasına cebri icra yoluyla zorlayabilir⁸⁰. Yani hukukumuzda bir kimse bir işi yapmaya ilamlı icra yoluyla zorlanabilir. Kaldı ki, bir yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı için borcun bizzat borçlu tarafından ifası şart değilse, alacaklı hiç cebri icraya başvurmadan, TBK m.

⁷⁷Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.es.** 921.

⁷⁸ İlhan Postacıoğlu, Sümer Altay “**İcra Hukuku Esasları**” Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2010, s. 138: İlamsız takibin konusu para ya da teminat talebi olmalıdır.

⁷⁹Postacıoğlu, Altay **a.g.e.**, s. 821.

⁸⁰Postacıoğlu, Altay **a.g.e.s.** 821.

113'ün verdiği imkân sayesinde, masrafı borçluya ait olmak üzere, işin veya bir başkası tarafından görülmesi için izin talep edebilir. Ancak bu durum, cebri icra prosedüründen başka bir yoldur.

Şu halde, yapma borçları yönünden borçlunun şahsına bağlı nitelikte olan ve borçlunun şahsına bağlı nitelikte olmayan yapma borçları yönünden meseleyi ayrı ayrı incelemek gerekir⁸¹:

- ❖ Borçlunun şahsına bağlı olan yapma borçları yönünden, öncelikle İİK m. 30/I hükmü uygulanır⁸². Buna göre alacaklı bir işin yapılması yönündeki ilamı ilamlı icra prosedürüne göre icraya koyar. Borçluya icra dairesi tarafından gönderilen icra emrinde ilamda gösterilen süre içinde işi yapması, ilamda süre yoksa işin niteliğine göre bir zaman tayin edilerek, bu da mümkün değilse icra müdürünce icra emrinde belirtilen süre içinde işi yapması gereği, aksi takdirde İİK m. 343 uyarınca, ilamın gereğini yerine getirmeyen yapma/yapmama borçlusu için, alacaklının şikâyeti üzerine üç aya kadar hapis cezası öngörülen hapis cezasının uygulanacağı bildirilir. Buradan anlaşıldığı üzere, İİK m. 343, aynen ifayı, hapis cezasıyla sağlamak istemiştir⁸³. Buradaki hapis cezası tazyik hapsidir⁸⁴. Tazyik hapsinin amacı da borçluyu aynen ifaya zorlamasıdır. *Serozan ve Aydıncık*, “**borçlunun ifaya zorlanmasının**” kişilik haklarına aykırı olduğunu belirtmişlerdir⁸⁵. Ancak borçluyu ifaya zorlama her zaman kişilik hakkını ihlal etmeyebilir. Borçluyu aynen ifaya zorlama amacını taşıyan zor kullanma, cebir uygulanması ve borçlunun manevi kişiliğini ihlal edici

⁸¹ Şirin Aydıncık, “**Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/Kapsamında Nama İfa**”, Vedat, İstanbul, 2013, s. 63, 64 vd.

⁸² Aydıncık **a.g.e.**, s. 70.

⁸³ Postacıoğlu, Altay **a.g.e.**, s. 821.

⁸⁴ Tazyik; sözlük anlamı olarak zorlama, sıkıştırma, baskı uygulama anlamındadır; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2001, s. 848. Burada tazyik hapsinin anlamı da, borçluyu aynen ifaya zorlama amacıyla hapis cezası uygulanmasıdır.

⁸⁵ Serozan **Borçlar Genel a.g.e.**, s. 219; Aydıncık **a.g.e.** s. 70.

diğer her tür davranış hukuka aykırıdır ve kişilik hakkını da ihlal eder. Fakat; borçlu kanaatimizce belli ölçüde bir manevi ve psikolojik baskı uygulanarak ifaya zorlanabilmelidir meğer ki kişilik hakkı ihlal edilsin. Borçlunun aynen ifayı sağlaması yönünde baskı unsuru olarak hürriyeti bağlayıcı ceza kanunda öngörölmüş ve uygulanıyorsa, pekala kişilik hakkını ihlal etmeden borçlunun ifaya zorlanmasını hukuka uygun kabul etmek gerekir. Bunun kabulü, iş ve ticaret yaşamının gerçeklerine de daha uygundur⁸⁶.

- ❖ Borçlunun şahsına bağı olmayan yapma borçları yönünden ise İİK m. 30/I hükmü uyarınca gönderilen icra emrine rağmen borçlu ifayı gerçekleştirmezse, İİK m. 30/II uyarınca masrafı bilirkişiye takdir ettirilerek alacaklın da talebi halinde iş bir başkasına yaptırılır. Yukarıda belirttiğimiz üzere İİK m. 30/II'de öngörölen işin başkasına yaptırılması yolu ile TBK m. 113'dek öngörölen işin başkasına yaptırılması yolu, aynı sonuca yönelmiş ancak farklı prosedürlere tâbi yöntemlerdir.

4. Sonraki İmkânsızlığın Ayrımı

a. Doktrindeki Durum

Sonraki imkânsızlık da kendi içinde ikiye ayrılır. Ancak bu ikili ayrımın ne şekilde yapılması gerektiğı, doktrinde farklı ifadelerle belirtilmektedir. Bazı yazarlar ayrımlarında kusuru esas olarak kusurlu-kusursuz sonraki imkânsızlık ayrımını tercih ederken⁸⁷, bazı yazarlar da borçlunun sorumlu olup olmadığını esas olarak borçlunun

⁸⁶ Örnek olarak bir yapma edimi borçlanan ancak, ifa etmeyen borçlunun, iş çevresine bu durumun duyurulması borçlu üzerinde ifaya yönelik bir baskı oluşturur. Ancak bu durum, borçlunun kişilik hakkını ihlal etmez.

⁸⁷ von Tuhr **Cilt: II a.g.e.** s. 644; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 907 vd. ; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.** s. 248; Eren **a.g.e.** s. 994; Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi**, s. 10,11; Tunçomağ **Genel Hükümler a.g.e.** s. 787; Reisoğlu, s. 347; Kılıçoğlu **a.g.e.** s. 651; İhsan Erdoğan,

sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık-borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık ayrımını tercih etmektedirler⁸⁸.

b. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay'ın ise bu konuda hangi ayrımı esas aldığı tam olarak anlaşılammaktadır. Bazı kararlarda açıkça sorumlu olup-olmama ayrımını esas aldığı⁸⁹ göze çarpmaktadır. Ancak bazı kararlarında da “kusur” kavramına vurgu yaparak o tarihte yürürlükte olan 818 s. BK m. 117'den hareketle (TBK m.136) borçlunun edimin imkânsızlaşmasında kusurunun olmaması halinde sorumluluğunun da olmayacağını hükme bağlamıştır⁹⁰.

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Gazi, Ankara, 2013, s. 153; Ayan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 329 vd; Şahin Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, Yedinci Baskı, Sayram, Konya, 2013, s. 226.

⁸⁸Oğuzman, **Öz Cilt I a.g.e.** s. 561; Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, Onüçüncü Bası, Filiz, İstanbul, 2011, s. 131; Eren **Borçlar Genel a.g.e.** s. 1301; Dural **a.g.e.** s. 110; Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 199; Başak Başoğlu, “**Borcun İfasındaki İmkansızlık**” Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, (s. 307-347), Filiz, İstanbul, 2013, s. 309, dn. 10; Şemsi Barış Özçelik, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara,. 2009, s. 5 vd.

⁸⁹**Y.H.G.K. T: 29.9.2010, 2010/14-386 E., 2010/427 K** ”İmkansızlık borçlunun kusuruna dayanıp dayanmamasına değil, genel olarak borçlunun bu imkansızlıktan tan sorumlu tutulup tutulmayacağına göre tasnif edilmelidir. Nitekim BK'nın 117. maddesinde kullanılan tabirler de bu görüşü desteklemektedir. Yani, kanun kusursuz olmayı değil, sorumlu olmamayı aramaktadır. (Eren Fikret, **age.**, s. 1251.; Altunkaya, **age.**, s. 139; Dural, **Sonraki İmkansızlık** , s. 110).; Y.H.G.K. T: 28.9.2011, 2011/13-528 E. 2011/571 K., www.kazanci.com.tr (27.06.2013) İmkansızlık, **borçlunun kusuruna dayanıp dayanmamasına değil, genel olarak borçlunun bu imkansızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağına göre tasnif edilmelidir. Nitekim BK'nın 117. maddesinde kullanılan tabirler de bu görüşü desteklemektedir. Yani, kanun kusursuz olmayı değil, sorumlu olmamayı aramaktadır. (Eren Fikret, a.g.e. s. 1251.; Altunkaya, age., s. 139; Dural, Sonraki İmkansızlık, s. 110)**

⁹⁰ Y.2.H.D. T: 10.03.1992, 1992/1221 E. 1992/3491 K. “Öte yandan ifa akit yapıldıktan sonra imkansız olur ve bu imkansızlıkta borçlunun kusuru bulunmazsa, borçlu borcundan kurtulur (BK m. 117).” www.kazanci.com.tr (02.07.2013)

Ancak bu kararlarında Yüksek Mahkeme'nin kalıplaşmış bazı kelimelerle bu kanaate vardığı, kusurluluk ve sorumlu olup olmama kıstaslarının derinine inmediği anlaşılmaktadır. Buna ek olarak, aşağıda dipnotta bir kısmını aynen verdiğimiz Y.2.H.D'nin. T: 10.03.1992, 1992/1221 E. 1992/3491 K Sayılı kararında Yüksek Mahkeme BK m. 117 (TBK m. 136) madde hükmünün, “sözleşme ifa edilmeden önce edimin imkânsızlaşması halinde borçlunun kusuru yoksa sorumluluğu olmayacağı” anlamına geldiğini belirterek, BK m. 117 (TBK m. 136) hükmünü kanaatimizce eksik ve yanlış yorumlamıştır. Çünkü söz konusu madde, aşağıda görüşümüz başlığı altında ayrıntılı şekilde açıklayacağımız üzere, kusursuzluğu esas almış olmakla beraber, istisnai birtakım durumları da bünyesine dâhil etmiştir. Ancak, Yüksek Mahkeme'nin Yargıtay 2.Hukuk Dairesi'nin. T: 10.03.1992, 1992/1221 E. 1992/3491 K Sayılı kararından; BK m. 117 uyarınca (TBK m. 136) borçlunun sorumlu olmaması için sadece kusursuz olmayı aradığı sonucu çıkmaktadır. Yüksek Mahkemenin bu ve benzer kararlarında, işte tam da bu noktada BK m. 117'nin (TBK m. 136) yorumunu eksik yapmak suretiyle, borçlunun kusuru olmamasına rağmen, sonraki imkânsızlıktan sorumlu olabileceğini, ya da kusuru olmasına rağmen borçlunun sonraki imkânsızlıktan sorumlu olmayabileceğini gözden kaçırdığını tespit etmiş bulunuyoruz. Bu kararlara örnek olarak; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 29.09.2010 tarihli, 2010/14-386 E., 2010/427 K. Sayılı kararında önce şu ifadeleri kullanmış:⁹¹ “.....Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkansızlık, borçlunun kusuruna dayanıyorsa, borçlu bundan sorumlu olur. Sonraki imkansızlık, ister objektif ister sübjektif mahiyette olsun, borçlunun kusuru söz konusu olursa, borçlu bundan sorumlu olur. Bu takdirde, borca aykırılığı konu alan BK'nın 96.maddesindeki genel hüküm uygulama alanı bulur (Eren Fikret, age., s. 298.; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, s. 77.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 1210).” Aynı kararın devamında da aynen “*imkânsızlık, borçlunun kusuruna dayanıp dayanmamasına değil, genel olarak borçlunun bu imkansızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağına göre tasnif edilmelidir. Nitekim BK'nın 117.maddesinde kullanılan tabirler de bu görüşü desteklemektedir. Yani, kanun kusursuz olmayı değil, sorumlu olmamayı aramaktadır. (Eren Fikret, age., s. 1251.; Altunkaya, age., s. 139; Dural,*

⁹¹www.kazanci.com.tr (03.07.2013)

Sonraki İmkânsızlık, s. 110)” demek suretiyle yukarıda aynı karardan aynen alıntı yaptığımız bölümle taban tabana zıt ifadeler kullanmış, kendisiyle çelişmiştir. Bu da göstermektedir ki, Yargıtay; bu konuya ilişkin kararlarında kusurluluk-kusursuzluk ve sorumlu olma-sorumlu olmama kıstaslarını tam olarak açıklığa kavuşturamamıştır. Bundan da öte, bu iki kıstastan hangisinin esas alınması gerektiği konusunda Yargıtay yine muğlâk ifadeler kullanmıştır. Aynı kararın başı ve sonu tamamen farklı anlamlara gelebilecek bir üslupla kaleme alınmıştır.

Bu konuya ilişkin daha geniş açıklamalar aşağıdaki başlık altında belirtilecektir.

c. Görüşümüz ve Diğer Görüşün Eleştirisi

Bu husustaki kişisel görüşümüzü açıklamadan önce, bu konudaki ayırımın pratik öneminden çok teorik öneminin olduğunu belirtmekte yarar görüyoruz. Çünkü sonraki imkânsızlık halinde uygulanacak hüküm ya TBK m. 112 ya da 136 olacaktır. Ancak bu ayırımın önemi, TBK m. 112 ve 136 ile OR. 97 ve 119 hükümlerinin konuluş amacı ile sözleşme sorumluluğunun esasının kusur sorumluluğu olduğu gerçeğindedir.

Sonraki imkânsızlığı düzenleyen iki hüküm TBK m.112 ve 136'yı iyi yorumlamak gerekir. Şöyle ki; TBK m. 112 borcun ifa edilmemesini düzenleyen genel hükümdür. TBK m. 112 borçlu aleyhine bir kusur karinesi öngörmüştür ve bu karinenin çürütülememesi halinde borçlu bir tazmin yükümlülüğü altına girer. Borçlu edimi hiç ya da gereği gibi ifa etmemede, ancak kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulur. İfanın gerçekleşmemesini düzenleyen genel hükmün öngördüğü rejim bu şekildedir ve ifanın (hiç ya da gereği gibi) gerçekleşmediği tüm hallerde bu hüküm genel hükümdür. O halde, ifanın gerçekleşmemesi edimin imkânsızlaşmasından ileri gelirse de, borçlu edimin ifasının sonradan imkânsız hale gelmesinde kusursuz olduğunu ispatlamadıkça, TBK m. 112 uyarınca sorumludur.

TBK m. 136 ise doğrudan sonraki (ifa) imkânsızlığı halinde borç ilişkisinin akıbetini düzenleyen bir hükümdür. Bu hükme göre borçluya yüklenemeyecek

sebeplerle edim imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Yani TBK m. 112 borçlu aleyhine öngördüğü kusur karinesinin çürütülememesi halinde, borçluya bir tazmin borcu yüklerken, TBK m. 136, edimin imkânsızlaşması halinde borç ilişkisinin durumunun ne olacağını çözümlenmektedir.

Borçların ifa edilmemesine ilişkin genel hüküm olan TBK m. 112 “kusurdan” bahsederken, sonraki imkânsızlığa ilişkin genel hüküm olan TBK m. 136, “borçluya yüklenebilir olup olmama veya borçlunun sorumlu olup olmamasından” bahsetmektedir. Ancak hemen belirtelim; bize göre burada bir özel hüküm-genel hüküm çatışması yoktur. Kanaatimizce TBK 112 nasıl kusuru esas almışsa, TBK m. 136’da kusursuzluğu esas almış ancak istisnai halleri de gözden kaçırmayarak kusursuzluktan bir adım öteye gitmiş ve kusursuz sorumluluk hali ile kusurlu bile olursa sorumluluğun söz konusu olmadığı halleri de kapsamı içine almıştır. Bu durumda, TBK m. 136 hükmündeki “borçluya yüklenemeyen sebepler” borçlunun ifa yardımcısının ifa sırasındaki zarar verici eyleminden kusursuz sorumluluğu (TBK m. 116) ile borçlunun temerrüde düştükten sonra edimin kusursuz olarak imkânsızlaşmasından (TBK m. 119) sorumluluğudur. Aynı şekilde TBK m. 112 de kusuru esas almış ancak “*borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*” demek suretiyle borçlu kusurlu bile olsa, sorumlu olmayabileceği halleri de kanaatimizce kapsamı içine almıştır. Bu haller de; hafif kusur halindeki sorumsuzluk anlaşmasının varlığı ve alacaklı temerrüdü halinde borçlunun hafif ihmalden sorumlu tutulmaması durumlarıdır⁹².

d. TBK 112 ve 136’nın Birlikte Yorumuyla Ulaştığımız Sentez

Tüm bu açıklamaların sonucu; kural olarak kusur varsa borçlu imkânsızlıktan sorumlu, kusur yoksa borçlu imkânsızlıktan sorumlu değildir. Ancak bu durumun

⁹² **Karşı görüş için bkz:** Dural **a.g.e.** s. 111; Eren **a.g.e.** s. 1301; Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 199, Başoğlu **a.g.e.** s. 309 dn.10. Yazarlar, bu durumların sonraki imkânsızlığın ayırımının kusur esasına göre değil, borçlunun sorumlu olup olmaması esasına göre yapılması gerektiğini belirtmektedirler.

istisnaları mevcuttur. TBK 112 ve 136 birlikte yorumlandığında hem bu kural hem kuralın istisnaları söz konusu iki hükmün kapsamına girer. İki hükme ilişkin bizim yorumumuz aşağıdaki gibidir:

- TBK m. 112 borcun ifa edilmemesi hallerinin genel sonucunu düzenler. Yani, borç ifa edilmediği zaman, uygulanacak temel hüküm TBK m. 112 olup bu hüküm kıstas olarak “**kusur**” kavramını esas almıştır.
- Borcun ifasının imkânsız hale gelmesi de borcun ifa edilmeme hallerinden olduğuna göre, bu durumda da TBK m. 112 uygulama alanı bulur ve kusur kıstas alınır.
- Borçlu, edimin sonradan imkânsızlaşması halinde, aleyhindeki kusur karinesini çürüterek sorumluluktan kurtulur. Çünkü bu durumda borç ilişkisi sona erer.
- Ancak borçlu aleyhindeki kusur karinesini çürütemezse gerçekte kusurlu olmasa bile, yasal karineyi çürütemediği için kusurlu kabul edilerek, kusurlu sonraki imkânsızlıktan sorumlu olacaktır.
- Borçlunun kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir durum varsa, borçlunun kusursuz imkânsızlıktan sorumluluğu söz konusu olacaktır.
- Borçlu kusuruyla imkânsızlığa sebep olmuş bile olsa, hafif kusur halinde sorumsuzluk anlaşmasıyla, alacaklı temerrüdü halinde de hafif ihmalinden dolayı kusurlu imkânsızlıktan sorumlu olmayacaktır.
- Borçlunun “kusurlu” olduğu ispatlanmışsa, borçlu kusurlu sonraki imkânsızlıktan sorumlu olacaktır.

Öte yandan borçlunun sorumlu olup olmadığı esasının sonraki imkânsızlığın ayırımında esas alınmasını savunanlardan *DURAL*; TBK m. 136'nın İsviçre'deki karşılığı olan OR. 119. maddede “.....borçlunun sorumlu olmadığı” (*nicht zu verantworten*) ifadesinin kullanılmasının İsviçre'de de “sorumlu olup –olmama”

esasının benimsediğine işaret olduğunu belirtmiştir⁹³. Ancak TBK 112'nin kaynak İsviçre'deki karşılığı OR. 97'de ise borçlunun kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmesi (*dass ihm keinerlei Verschulden zur Lastfalle*) ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla İsviçre Borçlar Kanunu da hem kusur hem de sorumlu olup olmama ifadelerini içerdiğinden, Dural'ın İsviçre'de de sonraki imkânsızlık halinde sorumlu olup olmama esasının benimsendiğine ilişkin gerekçesi, OR. 97 ile çelişmektedir.

EREN ise, borçlunun sonraki imkânsızlıktan sorumluluğu her zaman kusurlu olmasını gerektirmeyeceğini borçlu bazen kusuru olmasa bile imkânsızlıktan sorumlu olduğunu ve bu nedenle borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık deyiminin hem daha doğru hem de daha geniş olduğunu belirtmiştir⁹⁴. Ancak bize göre, her ne kadar borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olduğu bazı durumlarda kusuru aranmasa bile, borçlunun kusurunun varlığına rağmen imkânsızlıktan sorumlu olmadığı durumlar da mevcuttur. Örnek olarak borçlu kusursuz bile olsa, ifa yardımcısının ifa sırasındaki zarar verici eyleminden kusursuz sorumluluğu (TBK m. 116) ile borçlunun temerrüde düştükten sonra edimin kusursuz olarak imkânsızlaşmasından (TBK m. 119) sorumluluğu halleridir. Bunun tam tersi olan bir durum da, borçlunun kusurlu olsa bile sorumlu olmadığı hafif kusur halinde sorumsuzluk anlaşması ve alacaklı temerrüdü halinde borçlunun hafif ihmalinden sorumlu olmaması halleridir. Görüldüğü üzere, kusur halinde sorumsuzluk ve kusursuzluk halinde sorumluluk istisnai sonuçlar olup, ancak kanunun özellikle düzenlediği durumlarda bu sonuçlar meydana gelir. Dolayısıyla, kusur kavramı, kural olarak ifa etmeme hallerinde sorumluluğu belirleyici unsurdur.

SEROZAN ise, borçlu temerrüdünde dahi kusurun şart olmadığını belirterek, uluslararası anlaşmalar ve “common law”da da kusursuz sorumluluğun esas olduğunu belirtmiştir⁹⁵. Biz bu gerekçeye de katılamıyoruz ve yalnızca kendi

⁹³ Dural, **a.g.e.** s. 110.

⁹⁴ Eren **Borçlar Genel a.g.e** s. 1301.

⁹⁵ Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 199.

görüşümüzü savunmak adına bu konuda kısa bir açıklama yapmakla yetineceğiz. Şöyle ki:

Borçlunun temerrüdün bazı sonuçlarından sorumlu olması için kusur şarttır. Temerrüt halinde kusur; borçlu için TBK m. 112’de öngörülen yasal kusur karinesi dolayısıyla mevcuttur. Bu karine çürütölüp borçlu kusursuzluğunu ispatladığı zaman temerrüdün kusura bağılı sonuçlarından sorumlu olmaz. İşte kusurun varlığının temerrüdün bazı sonuçları yönünden etkili olması; yani borçlunun kusuru halinde sorumluluğunun ağırlaşması⁹⁶ durumu borçlu aleyhine öngörülen yasal kusur karinesinde kaynağını bulur.

TBK m. 112 borçlu aleyhine öngörülen bu karine uyarınca borçlu hiç veya gereği gibi ifa etmemede, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını tazmin etmek durumundadır. Şu halde borçlu temerrüde düştüğünde, aleyhindeki kusur karinesini çürütemezse, “kusurlu sayılır”⁹⁷. Dolayısıyla temerrüdün bazı sonuçlarından da sorumlu olur. Yani borçlu kanundaki kusur karinesinden ötürü, temerrüde düştüğünde kusurlu sayılacağından, aynı zamanda temerrüdün; kusurun varlığı halinde sorumlu olacağı sonuçlarından da, yasal kusur karinesini çürütemediği için sorumlu olur. Ancak borçlunun temerrüdü halinde alacaklının dönme ya da fesih hakkını kullanması yönünden kusurun varlığına gerek yoktur⁹⁸. Bu noktada kusurun varlığı tazminat yönünden (temerrüdün borçlunun kusuru halinde sorumlu tutulacağı sonuçları) söz konusu olur⁹⁹. Burada sözleşme sorumluluğunun yasal kusur karinesi gereği, haksız fiilin aksine borçlunun kusursuz olduğu değil kusurlu olduğu karinedir. Borçlu kusursuzluğunu ispatlayarak beklenmedik halden sorumluluktan da kurtulur. Bu, TBK m. 119/II’nin kendi ifadesidir. Bize göre; sözleşme sorumluluğunun temeli kusur olduğundan ve

⁹⁶Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 919; Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 386; Tunçomağ **Genel Hükümler a.g.e.** s. 912; Kılıçoğlu **a.g.e.** s. 671; Eren, **Genel Hükümler a.g.e.** s. 1098; Ayan, **Borçlar Genel a.g.e.** s. 333; Erdoğan, s. 164; Akıncı, s. 232.

⁹⁷Hatemi, (**Gökyayla**) **a.g.e.**, s. 254.

⁹⁸Hatemi, (**Gökyayla**) **a.g.e.**, s. 255.

⁹⁹Hatemi, (**Gökyayla**) **a.g.e.**, s. 255.

sözleşme sorumluluğu yönünden kusur karine olarak var sayılmış olduğuna göre asıl olan kusur sorumluluğudur¹⁰⁰. İşte bundan dolayı borçlu temerrüt halinde kusursuzluğunu ispatlarsa, temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından sorumlu olmaz. Şu halde, temerrüde düşmede borçlunun kusuru yoksa para borçları dışındaki borçlar yönünden¹⁰¹, geçici imkânsızlıkla borçlu temerrüdü durumları arasında bir fark olmadığını söyleyebiliriz. Geçici imkânsızlığa borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması¹⁰² da, bu görüşümüzü desteklemektedir. Toparlamak gerekirse; temerrüt halinde borçlu karine olarak kusurludur. Karine de olsa borçlunun kusurlu olması temerrüdün kusura bağlı sonuçları yönünden etkili olur. Ancak para borçlarındaki temerrüt faizi dışında da, temerrüdün kusurdan bağımsız bir sonucu yoktur. Şu halde para borçları haricindeki temerrüt hali ile geçici kusursuz imkansızlık hali arasında bir fark bulunmamaktadır.

Yine *SEROZAN*, common law'da da borçlu temerrüdünde kusursuz sorumluluk söz konusu olduğunu belirtmiştir¹⁰³. Ancak İsviçre – Türk hukuku bir Kara Avrupası hukuk sistemi olduğuna göre, Anglo-Sakson hukuk sisteminin bu konuda örnek alınması bizce isabetli değildir.

Yukarıda değerlendirdiğimiz veriler ışığında, bize göre Türk Borçlar Kanunu da sonraki imkânsızlık bakımından kusurlu-kusursuz imkânsızlık ayrımını benimsemiştir. Hem kusurlu hem kusursuz sonraki imkânsızlık halinde, sorumluluk yönünden istisna teşkil eden durumlar mevcuttur. Roma hukukunda olduğu gibi modern hukukta da borç ilişkilerinde esas olan kusur sorumluluğu, istisna ise

¹⁰⁰Hatemi,(**Gökyayla**) **a.g.e.**, s. 255.; “Türk-İsviçre hukuku sıkı sıkıya kusur kavramına bağlanmaktadır” Hatemi (**Gökyayla**) **a.g.e.** s. 255 “akdi sorumluluğun temeli kusur sorumluluğudur, Erzurumluoğlu “**Edimin Yerine Getirilememesi**” s. 29.

¹⁰¹ Para borçlarında borçlunun temerrüde düşmede kusuru olmasa bile, alacaklı temerrüt faizine hak kazanır. Dolayısıyla para borçlarında, borçlu için temerrüdün kusura bağlı sonuçlarının dışında, kusurdan bağımsız, bir de temerrüt faizi sonucu da bulunmaktadır.

¹⁰²von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 602; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 909.

¹⁰³Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 199.

kusursuz sorumluluktur¹⁰⁴. Bu temel kuralın bizim hukukumuzdaki tezahürü olan TBK m. 112 hükmü uyarınca da önemli olan “ karine de olsa kusurun varlığı” olduğuna göre¹⁰⁵, istisna teşkil eden durumların, sonraki imkansızlığın ayırımına esas olacak şekilde algılanmasını ve sonraki imkansızlığın borçlunun sorumlu olduğu ve borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık şeklindeki ayırımını biz isabetli bulmuyoruz¹⁰⁶. Çünkü söz konusu TBK m. 112 ve 136 madde hükümlerinin konuluş amacı, kusur esasına dayanır. Ancak Türk Borçlar Kanunu ve tabi ki İsviçre Borçlar Kanunu, kendi içinde bir bütünlük ve tutarlılık gözettiğinden, kusur esasını benimsense dahi, kanunun kusursuz sorumluluk, kusura ilişkin sorumsuzluk anlaşması ve bazı hallerde de kusurdan dahi sorumluluğun olmadığı halleri öngörmesi çok doğaldır. Ancak bu gibi haller, sorumluluğun esasının kusur olduğu gerçeğini değiştirmez. İşte tüm bu nedenlerden dolayı, bize göre de sonraki imkânsızlık; sonraki kusurlu imkansızlık ve sonraki kusursuz imkansızlık şeklinde bir ayırma tabi tutulmalıdır.

5. En Sık Görülen Sonraki Kusursuz İmkânsızlık Olarak Beklenmeyen Hal ve Mücbir Sebep

a. Genel Olarak

Edimin kusursuz şekilde imkânsızlaşması çeşitli sebeplerden ileri gelebilir. Kusur olgusu, deyim yerindeyse imkânsızlaşan edimin konu olduğu borç ilişkisinin akıbetini belirleyeceği için önemlidir ve bundan dolayıdır ki sözleşme ilişkilerinde borca aykırılığın sonuçlarının genel hükmü olan TBK m. 112’de kusur karinesi getirilmiştir. Edimin kusursuz olarak imkânsızlaşması ise, her zaman olmasa da

¹⁰⁴von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 599.

¹⁰⁵ Hatta *Reisoğlu*; “*ifa imkânsızlığı borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebepler nedeniyle diğer bir deyişle borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelmişse TBK m. 136/1 (TBK m. 117/1) uyarınca borç sona erer*” demek suretiyle aslında kusur karinesinin varlığından bahsetmektedir, *Reisoğlu a.g.e.* s. 408.

¹⁰⁶**Karşı görüş için bkz.** Oğuzman/Öz **Cilt I a.g.e.** s. 561, Yazarlar bu istisna teşkil eden durumlardan dolayı borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık ve borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık ayırımını tercih ettiklerini belirtmektedirler.

olayların çoğunda beklenmeyen hal ya da mücbir sebep dolayısıyla gerçekleşir. O halde bu iki kavrama ve bunlara ilişkin bazı noktalara da ışık tutmak gerekir.

Beklenmeyen hal ve mücbir sebep Fransız hukukunun aksine¹⁰⁷ Türk hukukunda aynı anlama gelmez¹⁰⁸. Bunlar farklı kavramlar olmalarına rağmen, kusursuzluğun ispatlanması bakımından bu iki kavram arasındaki farkın bir önemi yoktur¹⁰⁹. Ancak; tarafların borçlunun beklenmeyen halden bile sorumlu olduğu yönünde anlaşmaları ya da, kanun hükmü gereği borçlunun beklenmeyen halden bile sorumlu olduğu ve dolayısıyla borcun ifa edilmemesinin mücbir sebepten kaynaklandığını ispat ile sorumluluktan kurtulabildiği hallerde, bu iki kavram arasındaki fark önem taşır¹¹⁰. Ancak beklenmeyen hal ile mücbir sebep arasındaki sınır; teorik olarak her ne kadar belirlenebilir ve ortaya konabilir ise de, pratikte olayların çoğunda bu sınır silikleşir ya da bir olayda mücbir sebep kabul edilen bir durum, bir başka olaya beklenmedik hal olarak kabul edilebilir. Yani iki kavram arasındaki sınır silik olmakla birlikte, bu iki kavramın nitelendirilmesi somut olayın şartlarına göre de değişiklik gösterebilir.

İki kavram arasındaki sınırın silikliğine ve bir olayın, şartlara göre bazen mücbir sebep bazense beklenmeyen hal olarak nitelendirilebilmesine rağmen, bu iki kavram hukukumuzda birbirinden farklı anlamlara gelir.

Beklenmeyen hal ve mücbir sebep kavramları arasındaki anlam farkı ise; aşağıda açıklayacağımız üzere esasen nitelik yönünden değil nicelik yönünden

¹⁰⁷ Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi a.g.e.** s. 15 dn. 26'dan naklen: H. Capitant, A. Colin, **Traite de Droit Civil**, Paris, 1959, s. 471; J. Carbonnier, **Droit Civil**, Tome 11, Paris, 1967, s. 298-300.

¹⁰⁸ Ferit Hakkı Saymen, Halid Kemal Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul, 1966, s. 730; A. Pulat Gözübüyük, **Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, 2. Baskı, Ankara, 1957, s. 13; Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt I a.g.e.** s. 34; Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.**, s. 451; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.** s. 313, Tunçomağ **Genel Hükümler Cilt I a.g.e.**, s 816; Eren **Genel Hükümler** , **a.g.e.** s. 557, 558.

¹⁰⁹ Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 451.

¹¹⁰ Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 451.

kendisini gösterir başka bir deyişle bu fark daha çok olayın meydana geliş biçimi ve şiddetiyle ilgilidir¹¹¹.

b. Beklenmeyen Hal

İnsan davranışından bağımsız olaylara, sorumluluk hukukunda beklenmeyen hal¹¹² ya da umulmayan olay denir¹¹³. Borç ilişkilerinde ise, beklenmeyen hal, sözleşmenin kuruluşu sırasında öngörülmesi mümkün olmayan ve sözleşmenin kaçınılmaz biçimde ihlal edilmesine yol açan olaylardır¹¹⁴. Beklenmeyen hal olarak nitelenen olaylar, kişinin işletme veya faaliyet alanı içinde de dışında da gerçekleşebilir¹¹⁵.

¹¹¹Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.** s. 313.

¹¹² Kaza ya da umulmayan olay olarak da anılan bu durum için 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da beklenmeyen hal kavramı kullanıldığından, biz de "beklenmeyen hal" kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

¹¹³ Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi**, Ankara, 1975, s. 139 vd.

¹¹⁴von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 630; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 1002 vd.; Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt II a.g.e.** s. 221; Tunçomağ **Genel Hükümler Cilt I a.g.e.** s. 816; Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 451; Hatemi (**Gökyayla**), **a.g.e.** s. 313; Eren **Genel Hükümler a.g.e.** s. 771 vd.; Reisoğlu **a.g.e.** s. 357; Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi a.g.e.** s. 13vd.,Serozan, **Borçlar Genel**, s. 188; Aydın Zevkliler, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu, Murat Aydoğdu, Emre Cumalıoğlu, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler**, 2. Baskı, Barış, İzmir, 2013,s. 365; Ayan, **Borçlar Genel a.g.e.** s. 368; İnal **a.g.e.** s. 342 vd.

¹¹⁵von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 630; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 1002 vd.; Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt II a.g.e.** s. 221; Tunçomağ **Genel Hükümler Cilt I a.g.e.** s. 816; Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 451; Hatemi (**Gökyayla**), **a.g.e.** s. 313; Reisoğlu **a.g.e.** s. 357; Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi a.g.e.** s. 13vd., Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 188; Zevkliler,

Buradaki kaçınılmazlık unsuru, objektif nitelikte olmayıp, sadece sorumlu kişi yönünden olup nispi bir özellik taşır¹¹⁶. Ayrıca beklenmeyen hal, tek başına nedensellik bağına kesmeyebilir¹¹⁷.

Şu halde, beklenmeyen hal kavramının unsurları, sözleşmenin kuruluşu anında öngörülmesi mümkün olmayan bir olay ve bu olayın sözleşmenin kaçınılmaz biçimde ihlaline yol açmasıdır.

Tüm bunların yanında ekonomik şartları ve ticaret hayatını derinden etkileyen her olayın da, beklenmeyen hal olarak kabulü mümkün değildir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 1999 yılında verdiği karara konu olayda, “*davacı davalılardan otelin, 1995 yılbaşı paket programının pazarlanması işini 27.11.1995 tarihli sözleşme ile diğer davalı turizm şirketine verdiğini, bu sözleşme hükümleri uyarınca da, 50 oda için 4 adet 200.000 TL tutarında çekin davalı otele verildiğini, ancak ülke genelindeki ekonomik istikrarsızlık sebebiyle planlanan oranda oda satışı gerçekleştiremediklerini, bu durumun beklenmeyen bir hal olduğunu ve doğal olarak müvekkillerinin odaların satışını gerçekleştirmemesini kusura dayalı olmadığını iddia ederek söz konusu çeklerle borçlu olmadıklarının tespitini*” talep etmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise, yerel mahkemenin davanın reddine ilişkin hükmünü “*seçim ve yılbaşı gibi durumların her ne kadar ticaret hayatını etkileyip ekonomik istikrarsızlık yaratsa da, beklenmeyen hal olarak kabul edilemeyeceğinden bahisle*” onamıştır¹¹⁸. Yargıtay burada başkaca herhangi bir gerekçe belirtmeden, somut

Ertaş, Havutçu, Aydoğdu, Cumalıoğlu, **a.g.e.** s. 365; Ayan, **Borçlar Genel, a.g.e.** s. 368; İnal **a.g.e.** s. 342 vd.

¹¹⁶ Antalya **a.g.e.** s. 539.

¹¹⁷ Antalya **a.g.e.** s. 539.

¹¹⁸ Y. 19. HD. T:16.04.1999, 1999/1712 E. 1999/2572 K.

“Mahkemece, 1995 yılında ülkede çok önemli bir mali kriz yaşanmadığı yılbaşı ve seçim öncesi gibi durumların beklenmeyen hal ve mücbir sebep olmadığı gerekçesi ile davanın reddine tedbir ile takip durdurulduğundan % 40 tazminatın davacıdan alınıp davalıya verilmesine, karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

olayda “beklenmeyen hal bulunmadığı” hükmüne varmıştır. Bize göre; beklenmeyen hal kavramının, “kaçınılmazlık” unsuru burada mevcut olmadığından Yargıtay kararı isabetlidir. Çünkü seçim ya da yılbaşı gibi olaylar, ne zaman olacağı ya da gerçekleşeceği herkesçe mâlum olaylardır.

Beklenmeyen hal kavramının borcun ihlalinin kaçınılmaz kılması unsuru, ihlalin öngörülmez olması olarak da anılır¹¹⁹. Ancak öngörülmezlik, kaçınılmazlık kavramının içine girdiğinden, başka bir deyişle kaçınılmazlık daha geniş bir kavram olarak, öngörülmezliği kapsadığından, öngörülmezlik tek başına beklenmeyen halin bir unsurunu oluşturmaz¹²⁰. Bundan dolayı, borcun ihlalinin “kaçınılmaz olması” ifadesi daha isabetlidir¹²¹. Ancak belirtmek gerekir ki, yalnızca borcun ihlaline sebebiyet veren olayın kaçınılmaz olması önem yeterli değildir¹²². Hem borcun ihlaline sebebiyet veren olayın kaçınılmaz olması, hem de bu sebepten borcun ihlalinin kaçınılmaz olması gerekir. İşte bu yüzden de, borcun ihlalinin kaçınılmaz olması, öngörülmezlikten daha geniş bir kavramdır ve bize göre de öngörülmezlik yerine kaçınılmazlık deyimini kullanmak daha doğrudur.

Borcun ihlalinin kaçınılmaz olması hususunda, Federal Mahkemenin bu konuya ilişkin ilginç ve bir o kadar da konuyu net açıklayan bir kararına değinmek gerekir:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle seçim öncesinde ülke genelinde var olan durumun, beklenmeyen bir hal olarak ileri sürülemeyeceğinin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamasına, kaldı ki davacı ile davalılardan ... Turizm Limited Şirketi yetkilileri arasında yapılan 4.3.1996 tarihli protokol ile borcun, 9.500 DM olarak ödeneceğinin kararlaştırılmış bulunmasına göre davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, 16.4.1999 gününde oybirliğiyle karar verildi.
www.kazanci.com. (21.01.2014)

¹¹⁹ Gözübüyük **a.g.e.** s. 51-67.

¹²⁰ Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi a.g.e.** s. 32.

¹²¹ Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi a.g.e.** s. 32.

¹²² Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi a.g.e.** s. 32.

“Seyyar ve yabancı bir tiyatro yöneticisi, bir şehirdeki tiyatro yönetimiyle belirli bir ücret karşılığında iki oyun oynamak üzere sözleşme yapmıştır. Polis, oyunun içeriğini “kurallara göre hafif karakterde” gördüğünden oyunu yasaklamıştır. Tiyatro yönetimi polisin oyunları yasaklaması nedeniyle ücreti ödemeyeceğini, OR. 119’a (TBK 136) göre borçluya yüklenemeyen haller nedeniyle borcun sona erdiğini belirtmektedir. Federal Mahkeme, bu gibi tiyatro oyunu işlerini her zaman organize eden bir kuruluşun, bölgede oyunların kurallara göre polis kontrolünden geçtiğini ve gerekirse sansüre uğrayacağını bilmesi gerekeceğini ve borçlu tiyatro yönetiminin böyle güçlükler için bir kayıt koyarak sözleşme yapması gerektiğini, bu gibi durumları düşünmeden sözleşme yapmasının OR. 119 kapsamına girmeyeceğini, tiyatro yönetiminin kusurlu davrandığını belirtmiştir”. Bundan dolayı da, tiyatro yönetiminin belirtilen ücreti ödemekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir¹²³. Federal Mahkemenin örnek verdiğimiz kararında; polisin oyunlara sansür uygulayabilmesi bölgede mutâd ve kanuni bir işlem olduğundan, olay kaçınılmaz olmadığı gibi, borcun ihlali de kaçınılmaz değildir. Gerçekten de somut olayda, bölgedeki mevcut şartlar dâhilinde tiyatro yönetiminin polisin bu olağan kontrolü ve sansür uygulayabilme yetkisi karşısında, bir kayıt, çekince koymadan sözleşme yapması sonucunda, yapılan sansür uygulaması kaçınılmaz olmadığı gibi, bu sansürün tiyatrocuya ifa edilecek ücret ediminin de ihlalinin kaçınılmaz kılması söz konusu değildir.

c. Mücbir Sebep

Mücbir sebep; borçlunun faaliyet (işletme) alanı dışında meydana gelen, kaçınılmaz bir biçimde borcun ihlaline yol açan ve sözleşme kurulurken öngörülmesi mümkün olmayan bir olayı ifade etmektedir¹²⁴.

¹²³ Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi a.g.es.** 33 dipnot 10’dan naklen: ATF 54, II, s. 392.

¹²⁴ von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 632; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 1002; Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt II a.g.e.** s. 221; **Tunçomağ Genel Hükümler Cilt I a.g.e.** s. 816; Hatemi, **(Gökyayla) a.g.e.** s. 313; Reisoğlu, **a.g.e.** s. 357; Eren **İllyet Bağı a.g.e.** s. 176; Eren, **Genel**

Beklenmeyen halden farklı olarak mücbir sebebin kaçınılmazlık unsuru mutlak ve objektif olduğu halde, beklenmeyen halde kaçınılmazlık yalnızca sorumlu kişi yönünden olup nispi bir özellik taşımaktadır¹²⁵. Bundan başka, mücbir sebep, kişinin işletmesi (faaliyeti) dışında, harici bir şekilde gerçekleşir, oysa beklenmeyen hal kişinin işletme (faaliyet) alanı içinde de gerçekleşebilir¹²⁶.

Mücbir sebep de beklenmeyen hal gibi tesadüfi olaylarla meydana gelse de, yukarıda belirttiğimiz gibi, mücbir sebep olayın meydana geliş biçimi itibarıyla farklıdır ve şiddet yönünden daha yoğundur.

Mücbir sebeple beklenmeyen hal arasındaki en önemli fark; bu iki kavramın sonuçları yönündendir. Öyle ki, mücbir sebep nedensellik bağıını keserken, beklenmeyen hal tek başına nedensellik bağıını kesmeyebilir¹²⁷.

Hükümler a.g.e. s. 771 vd.; Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 188; Zevkliler, Ertaş, Havutçu, Aydoğdu, Cumaloğlu, **a.g.e.** s. 365; Ayan **a.g.e.** s. 368; İnal **a.g.e.** s. 342 vd; Antalya **a.g.e.** , s. 539.

¹²⁵von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 632; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 1002; Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt II a.g.e.** s. 221; **Tunçomağ Genel Hükümler Cilt I a.g.e.** s. 816; Hatemi, Gökyayla **a.g.e.** s. 313; Reisoğlu, **a.g.e.** s. 357; Eren **İllyet Bağı a.g.e.** s. 176; Eren **a.g.e.** s. 771 vd.;Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 188; Zevkliler, Ertaş, Havutçu, Aydoğdu, Cumaloğlu, **a.g.e.** s. 365; Ayan, **Borçlar Genel a.g.e.** s. 368; İnal **a.g.e.** s. 342 vd; Antalya **a.g.e.** s. 539.

¹²⁶von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 632; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 1002; Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt II a.g.e.** s. 221; **Tunçomağ Genel Hükümler Cilt I a.g.e.** s. 816; Hatemi, (Gökyayla) **a.g.e.** s. 313; Reisoğlu, **a.g.e.** s. 357; Eren **İllyet Bağı a.g.e.** s. 176; Eren **Genel Hükümler a.g.e.** s. 771 vd.;Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 188; Zevkliler, Ertaş, Havutçu, Aydoğdu, Cumaloğlu, **a.g.e.** s. 365; Ayan, **Borçlar Genel a.g.e.** s. 368; İnal **a.g.e.** s. 342 vd; Antalya **a.g.e.** s. 539.

¹²⁷von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 632; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop **a.g.e.** s. 1002; Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt II a.g.e.** s. 221; **Tunçomağ Genel Hükümler Cilt I a.g.e.** s. 816; Hatemi, (Gökyayla) **a.g.e.** s. 313; Reisoğlu, **a.g.e.** s. 357; Eren **İllyet Bağı a.g.es.** 176; Eren, **Genel Hükümler a.g.e.** s. 771 vd.;Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 188; Zevkliler, Ertaş, Havutçu, Aydoğdu, Cumaloğlu, **a.g.e.** s. 365; Ayan, **Borçlar Genel a.g.e.** s. 368; İnal **a.g.e.** s. 342 vd; Antalya **a.g.e.** s. 539.

6. Diğer Kusursuz İmkânsızlık Halleri

a. Genel Olarak

Borçlunun kusuru olmadan edimin imkânsızlaşması, en çok beklenmeyen hal ve mücbir sebep sonucu gerçekleşir. Ancak beklenmeyen hal ve mücbir sebep halleri dışında da, borçlunun kusuru olmadan edim imkânsızlaşabilir. Edimin imkânsızlaşmasının beklenmeyen hal ve mücbir sebep dışında gerçekleşmesi, ya alacaklının ya da üçüncü kişilerin kusurundan kaynaklanır.

Sözleşmeden doğan borçların ifasında borçlu aleyhine öngörülen yasal kusur karinesinden dolayı, borçlu kusursuzluğunu ispatlayamadıkça kusurlu kabul edilir ve imkânsızlıktan sorumlu olur. Bu, borçlu aleyhine öngörülen yasal kusur karinesinin çürütülememesi halinde doğacak olan sonuçtur. Ancak bazı durumlarda borçlu kendi kusursuzluğunu ispatlamak yerine, imkânsızlığın alacaklının ya da üçüncü kişilerin kusurundan kaynaklandığını ispatlamak suretiyle imkânsızlıktan sorumlu olmaz. Çünkü bu durumda borçlu doğrudan, direkt olarak kendi kusursuzluğunu ispatlamak yerine, alacaklı ya da üçüncü kişilerin kusuruyla imkânsızlığın gerçekleştiğini ispatlayarak, kendi kusursuzluğunu da dolaylı olarak ispatlamış olur. Başka bir deyişle, borçlunun imkânsızlık halinde alacaklının ya da üçüncü kişilerin kusurunu ispatlaması, kendisi aleyhine getirilmiş olan yasal kusur karinesini çürütmesi anlamına gelir ve borçlu dolaylı da olsa kusursuzluğunu ispatlamış olduğundan imkânsızlıktan sorumlu olmaz. Borçlu imkânsızlık ile alacaklı ya da üçüncü kişilerin kusuru arasında nedensellik bağı kurduğu zaman, aleyhindeki kusur karinesini çürütmüş olur. Ancak belirtmek gerekir ki, bu gibi hallerde edimin imkânsızlaşmasının tamamen alacaklının kusurundan ya da tamamen üçüncü kişinin kusurundan kaynaklanması gerekir. Borçlunun alacaklı ya da üçüncü kişiyle ortak kusurlu bulunduğu hallerde edim imkânsızlaşırsa, borçlu kusur karinesini çürütememiştir ve sorumluluğu devam etmektedir. Alacaklı ya da üçüncü kişiyle birlikte borçlunun ortak kusuru halinde, borçlunun alacaklı ya da üçüncü kişiyle birlikte sorumluluğu söz konusu olur. Aşağıdaki başlıklarda imkânsızlığın borçlunun alacaklı veya üçüncü kişilerle ortak kusurundan kaynaklanması durumuyla,

imkânsızlığın yalnızca alacaklının veya yalnızca üçüncü kişilerin kusurundan kaynaklanması durumunu ayrı ayrı inceleyeceğiz.

b. Alacaklının Kusuru

Edimin imkânsızlaşması tamamen alacaklının kusurundan kaynaklanmışsa, borçlu sorumluluktan kurtulur. Bu durum, alacaklının ifa yardımcılarının kusurundan doğmuş ise de sonuç aynıdır¹²⁸. Ancak yukarıda bahsettiğimiz üzere, borçluya yüklenen yasal kusur karinesinden dolayı edimin tamamen alacaklının kusuruyla imkânsızlaşması halinde de, bunu ispat yükü borçlunun üzerindedir. Karineden ötürü edimin imkânsızlaşmasının tamamen alacaklının kusurundan meydana geldiğinin ispatı, borçlunun kusursuz olduğunun ispatlanması anlamına gelir. Bu sebeple alacaklının kusuruyla edim imkânsızlaşmışsa, borçlunun borcundan kurtulacağına şüphe yoktur.

Bu durumda tartışma konusu olan nokta borçlunun karşı edimi alacaklıdan talep edip edemeyeceğidir. Bu konuya ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, imkânsızlıkla ilgili genel hüküm olan TBK m. 136'nın uygulanarak, edimler arasındaki sinallagma sebebiyle borçlunun karşı edimi talep edemeyeceğini söylemek, mümkün değildir¹²⁹. Çünkü alacaklının kusuruyla edimin imkânsızlaşması, TBK m. 136'da düzenlenen durumdan farklıdır. TBK m. 136 da Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümlerin çoğu gibi, alacaklının sorumlu olduğu hallere anlam itibariyle uygun düşmemektedir. Başka bir deyişle TBK m. 136 da, Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümlerin çoğu gibi, borçlunun kusuru ve sorumluluğu düşünülerek öngörülmüştür. Bundan dolayı da, TBK m. 136, alacaklının kusuruyla edimin imkânsızlaşması haline uygun düşmez. Ayrıca TBK m.136, alacaklının kusuruyla edimin imkânsızlaşması durumunda uygulanırsa, alacaklı kusurlu olduğu halde karşı edimi ifa borcundan kurtulmuş olur ki, bu da kabul edilebilecek bir sonuç değildir¹³⁰.

¹²⁸ Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi a.g.e.** s. 46.

¹²⁹ Dural **a.g.e.** s. 170.

¹³⁰ Bu durum hakkaniyete aykırıdır, Dural **a.g.e.** s. 170.

Bu konuda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Konuya ilişkin baskın görüş; kanunda alacaklının kusuruyla edimin imkânsızlaşması halinde borçlunun karşı edimi talep edebilmesine imkân verecek bir hükmün bulunmamasının bir kanun boşluğu olduğu ve bu boşluğun BGB §326/II' dekinde paralel bir hükümle doldurulması gerektiđidir¹³¹.

Bir başka görüş uyarınca, TBK m. 136 düzenlemesi bu durumu zer¹³². Bu görüş uyarınca alacaklının kusuruyla edim imkânsızlaşırsa, her iki taraf da borçlarından kurtulmalıdır, ancak borçlu uğramış olduğu zararın tazminini haksız fiil hükümlerine göre ister.¹³³

Bir başka görüş uyarınca ise, TBK m. 136 borçlunun kusuru olmadan edimin imkânsızlaşması halinde karşılıklı borçların sona ereceği düzenlendiğine göre, açıkça bu hükme aykırı bir yorum yapılarak bu konuda bir kanun boşluğu olduğunu ileri sürmenin isabetsiz olduğunu belirtmektedir¹³⁴.

Kanaatimizce bu konuda baskın görüş isabetlidir. Çünkü yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, kanundaki genel hükümlerin neredeyse hepsinde olduğu gibi¹³⁵, TBK m. 136 da, borçlu merkez noktası alınarak ngrlmş bir hükümdür. Dolayısıyla alacaklının kusuruyla edimin imkânsızlaşması hali, bu hükmün bünyesine uygun düşmez. şu halde, kanaatimizce bu konuda bir kanun boşluğunun olduğunu kabul etmekten başka bir are yoktur. Bu boşluk da, TMK 1 uyarınca hâkim tarafından doldurulur.

¹³¹Ođuzman, z, **Cilt I a.g.e.** s. 371; Tunçomağ **Genel Hükümler a.g.e.** s. 794; Dural **a.g.e.** s. 169 vd.; Serozan, **Borçlar Genel, a.g.e.** s. 155, 156; Halil Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları**, İstanbul, 1996, s. 142 vd.

¹³² İnan **a.g.e.** s. 122.

¹³³ İnan **a.g.e.** s. 122.

¹³⁴ M. Murat İnceoğlu **İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, s. 4 (s. 237-254), 2008, s. 243 vd.

¹³⁵ örnek olarak, kusurlu-kusursuz imkansızlık ayırımı da borçlunun kusuru üzerine inşa edilmiştir. Bunun sebebinin de sözleşmeden doğan borçlar yönünden borçlunun aleyhine ngrlen yasal kusur karinesi olduğu kanaatindeyiz.

Alacaklıyla birlikte borçlu da imkânsızlığın meydana gelmesinde kusurlu ise, yani ortak kusur söz konusu ise, hangi tarafın kusuru daha ağır ise, ona göre bir çözüme gidilmelidir¹³⁶. Şu halde; alacaklının kusuru daha ağır ise, alacaklının kusurundan dolayı edimin imkânsızlaştığı kabul edilmelidir. Yok eğer borçlunun kusuru daha ağır ise, borçlunun kusurundan dolayı edimin imkansızlaştığı kabul edilerek kusurlu imkansızlık esaslarına göre uyuşmazlık çözümlenmelidir.

c. Üçüncü Kişilerin Kusuru

Edimin imkânsızlaşması tamamen üçüncü kişilerin kusurundan kaynaklandıysa, borçlu imkânsızlıktan sorumlu olmaz. Ancak tıpkı alacaklının kusurunda olduğu gibi, burada da borçlu imkânsızlığın üçüncü kişilerin kusurundan kaynaklandığını, aleyhindeki kusur karinesi gereği ispatlamak durumundadır.

Üçüncü kişilerle borçlunun ortak kusuru halinde ise, imkânsızlıktan doğan zarardan sorumluluğun paylaşılması söz konusu olur.

D. İmkânsızlığa İlişkin Başkaca Bazı Ayrımlar

1. Mantıki İmkânsızlık – Fiili İmkânsızlık – Hukuki İmkânsızlık

Mantıki imkânsızlık (felsefi imkânsızlık da denir); mantık kurallarının bir edimin yerine getirilmesini mümkün görmediği hallerde imkânsızlıktan bahsedilir ve mantığın imkânsız saydığı durumları, hukuk da imkânsız sayar¹³⁷. Örneğin ölü bir atın satılması ya da satılan atın, satımdan sonra ölmesi halinde edim mantıki olarak imkânsızlaşmıştır¹³⁸. Ancak bazı durumlarda edimin yerine getirilmesi mantık kuralları bakımından mümkün görünmesine rağmen, fiili ya da hukuki olarak

¹³⁶ Dural **a.g.e.** 176, 177.

¹³⁷ Dural **a.g.e.** s. 8.

¹³⁸ Dural **a.g.e.** s. 8.

imkânsızdır. Görüldüğü üzere imkânsızlık kavramını açıklamak, mantıki imkânsızlıkla pek yeterli olmaz.

Fiili imkânsızlık; edimin imkânsızlaşmasının maddi bir nedenden, bilhassa bir doğa olayından, ya da üçüncü kişinin haksız fiilinden ileri gelmesi halidir¹³⁹. Örneğin edimin sel, deprem vb. sebeple ya da üçüncü kişinin verdiği zarar sonucu edimin telef olması ya da çalınması halinde, edimin ifası fiilen mümkün değildir¹⁴⁰.

Hukuki imkânsızlık ise; genelde, edimin ifasının bir hukuk kuralından ötürü mümkün olmaması şeklinde tanımlanır. Ancak doktrinde bir görüş hukuki imkânsızlığı dar anlamda hukuki imkânsızlık ve genişletilmiş hukuki imkânsızlık şeklinde ayırmak suretiyle iki grupta incelemiştir¹⁴¹. Buna göre:

Dar anlamda hukuki imkânsızlık; edimin yerine getirilmesine mantık kuralları ya da fiili durumlar engel olmamasına rağmen, edimin ifasına bir hukuk kuralı engel olmaktadır¹⁴². Bir fiilin mantıken ve fiilen yapılabilir durumda olması, söz konusu fiilin gerçekleştirilebilmesinin hukuken mümkün olduğu anlamına gelmez¹⁴³. Dar anlamda hukuki imkânsızlığın sebebi, bir kanun hükmü (özellikle yasaklayıcı hükümler) olabileceği gibi, kanunun taahhüt edilen sonuca izin vermediği durumlar da olabilir. Örnek olarak; kanunda bulunmayan bir aynı hak türünün devredilmesi gibi bir durum da (örneğin; hava hakkı gibi) ar anlamda hukuki imkânsızlığa örnektir. İşte kanunda bulunmayan biri aynı hak türünün bir hukuk kuralından ötürü, edimin ifasının mümkün olmamasıdır¹⁴⁴.

Genişletilmiş hukuki imkânsızlık; edimin mantıki anlamda imkânsızlaşmadığı ancak yerine getirilmesinin borçludan beklenemeyecek kadar ağırlaştığı, kural olmamakla birlikte özellikle de sürekli borç ilişkileri yönünden ifa

¹³⁹ Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi a.g.e.** s. 13; Dural **a.g.e.** s. 9; Akıntürk **a.g.e.** s. 36.

¹⁴⁰ Akıntürk **a.g.e.** s. 36, 37.

¹⁴¹ Dural **a.g.e.** s.9 v.d.

¹⁴² Dural **a.g.e.** s. 9, 10.

¹⁴³ Dural, **a.g.e.** s. 10.

¹⁴⁴ Dural, **a.g.e.** s. 11.

ile ekonomik anlamda gerçekten çökecek borçluyu bu durumdan kurtarabilmek için bazı çareler aranmıştır¹⁴⁵. Bu çarelerden biri de imkânsızlığın anlamını genişleterek, hukuki imkânsızlığı, mantıken mümkün olan edimin ifası, eğer borçlunun ekonomik durumunu veya hayat ya da sağlığını tehlikeye sokarak yerine getirdiği edimleri de kapsayacak şekilde algılamak ya da borcu aşan gayret sarf etme¹⁴⁶ olarak algılamaktır¹⁴⁷. Yani bu ayrıma göre:

Hukuki imkânsızlık borçlundun ifasının hukuken mümkün olmadığı halleri ifade eder.

Dar anlamda hukuki imkânsızlık; bir hukuk kuralıyla edimin ifasının hukuken mümkün olmadığı halleri ifade eder.

Genişletilmiş hukuki imkânsızlık ise, borçlunun ifasının, dürüstlük kuralı gereği borçludan beklenemeyecek derecede güç olması ya da borcu aşan gayret sarf etme olarak açıklanır. Ancak ister dürüstlük kuralı ister borcu aşan gayret sarf etme olarak kabul edilsin, sonuç olarak borç ipsoiure sona erecektir¹⁴⁸.

TBK m. 138 aşırı ifa güçlüğü başlığı altında; genişletilmiş hukuki imkânsızlık olarak ileri sürülen kavramı açıklayan ve bizi aynı sonuca götüren gerekçelerden birini; dürüstlük kuralı uyarınca borçlunun sözleşme ilişkisini sona erdirebilmesi gerekçesini, düzenlemektedir. Aşırı ifa güçlüğü kavramı¹⁴⁹ hukuk literatürümüze 6098 s. Türk Borçlar Kanunu ile girmiştir ve bu şekilde yasal bir kavram halini almıştır.

Kanaatimizce, genişletilmiş hukuki imkânsızlığı sonuçları her ne kadar aynı olsa da, aşırı ifa güçlüğü kavramı ile açıklamak TBK 138'de aşırı ifa güçlüğü'nün

¹⁴⁵ Dural, **a.g.e.** s. 17.

¹⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Dural **a.g.es.** 19 vd.

¹⁴⁷ Dural **a.g.e.** s. 18.

¹⁴⁸ Dural **a.g.e.** s. 21.

¹⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, On iki Levha, İstanbul, 2009, s. 32 vd.

artık bir kanun hükmü olarak düzenlenmesi göz önünde alındığında daha yerinde olacaktır.

2. Sürekli İmkânsızlık- Geçici İmkânsızlık

Sürekli imkânsızlık; ifaya yönelik olarak çıkan engellerin, edimin ifa zamanından sonra bile ifa edilebilmesi imkânını tamamen ortadan kaldırması halinde söz konusu olur¹⁵⁰.

Geçici imkânsızlık ise; edimin ifasına ilişkin engelin devamlı olmaması ve engelin ortadan kalktığı anda ifanın mümkün olmasıdır¹⁵¹. Belirtmek gerekir ki; geçici imkânsızlığın söz konusu olduğu bir durumda, kural olarak imkânsızlık hükümleri değil, temerrüt hükümleri uygulanır¹⁵². Ancak ifaya ilişkin devamlı olmayan engelin ne kadar zaman süreceği de belli değilse, ifa imkânsız sayılacaktır¹⁵³.

Edimin içeriğine ve tarafların iradelerine göre edimin mutlaka belli bir tarihte yapılması isteniyor ise, ifa bu tarihte gerçekleşmezse, burada geçici değil sürekli imkânsızlığın olduğu kabul edilir ve imkânsızlık hükümleri uygulanır¹⁵⁴. Örneğin; bir düğün pastasını düğün töreni günü istenen saatte düğünün olduğu yere gönderme borçlusu, edimi kusursuz geçici imkânsızlıktan dolayı ifa zamanı ifa edemez ancak ifa düğünden sonra mümkün hale gelirse (mesela pasta ustasının hastalanması sebebiyle pasta düğüne yetişmez) burada artık geçici imkânsızlık değil sürekli imkânsızlığın olduğu kabul edilir ve imkânsızlık hükümleri uygulanır.

¹⁵⁰Tunçomağ, **a.g.e.** s. 471; Dural **a.g.e.** s. 100.

¹⁵¹Tunçomağ, **a.g.e.** s. 471; Dural **a.g.e.** s. 100.

¹⁵²von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 602; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** s. 909.

¹⁵³von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 602.

¹⁵⁴von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 602; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** s. 909.

3. Tam İmkânsızlık – Kısmi İmkânsızlık

Tam imkânsızlık; edimin bütünüdürün ifa edilememesidir¹⁵⁵.

Kısmi imkânsızlık ise; edimin sadece belirli bir bölümünün ifa edilebilmesi, kalan bölümün ifa edilememesi, halinde söz konusu olur¹⁵⁶.

III.Sonraki İmkânsızlığın Borç İlişkinine Etkisi

A. Kusurlu İmkânsızlığın Borç İlişkinine Etkisi ve Sonuçları

TBK m. 112 madde metnine göre, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını tazmin etmek durumundadır. Yani; kusurlu imkânsızlık halinde, borçlu alacaklının imkânsızlık sebebiyle ifaya kavuşamamasından doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Peki bu durum borç ve borç ilişkisinin akıbetini nasıl etkilemektedir?

1. Baskın Görüş

Doktrindeki baskın görüş uyarınca kusurlu imkânsızlık halinde, borç düşmez¹⁵⁷. Ancak borcun içeriği, edimin niteliği değişikliğe uğrar. İmkânsızlaşan

¹⁵⁵ Dural **a.g.e.** s. 90; Ferhat Canbolat, **Seçkin Topuz**, “Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 678.

¹⁵⁶ Dural **a.g.e.** s. 90; Canbolat, Topuz **a.g.m.** s. 678.

¹⁵⁷Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** s. 853, 854; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 181;Serozan **Borçlar Genel a.g.e.**, s. 199, Reisoğlu **a.g.e.** s. 347.

edimi ifa borcu, alacaklının ifaya kavuşamamasından doğan (müsbet) zararını tazmin borcuna dönüşür¹⁵⁸.

2. Azınlık Görüşü

OĞUZMAN /ÖZ, baskın görüşten farklı olarak; borcun düşeceğini, ancak borçlu kusurlu olduğu için tazmin yükümlülüğü altında olacağı görüşündedir¹⁵⁹

3. İki Görüş Arasındaki Fark ve Çözüm

Bu görüş uyarınca ise, baskın görüşle *OĞUZMAN/ÖZ*'ün savunduğu azınlık görüşü arasında esas olarak bir fark bulunmamakla birlikte, bir ifade farklılığı bulunmaktadır¹⁶⁰. *OĞUZMAN/ÖZ*'ün görüşünü şu şekilde ifade edersek iki görüş arasındaki fark da ortadan kalkar: Dar anlamda borç ile borç ilişkisini ayırmak gerekir¹⁶¹. Burada dar anlamda borçtan söz ettiğimize göre, hem kusurlu hem de kusursuz imkânsızlıkta dar anlamda borç düşmüştür¹⁶². Ancak sözleşmeden doğan yükümlülük borç ilişkileri, edim “kusurlu olarak imkânsız hale geldiğinde”, sorumluluk borç ilişkisine dönüşürler¹⁶³. Başka bir deyişle, sözleşmeden doğan bir edimin ifası kusurlu olarak imkânsız hale gelirse, söz konusu edimi ifa borcu düşer. Bu dar anlamda borçtur. Ancak taraflar arasındaki borç ilişkisi, bir içerik ve nitelik değişikliğiyle devam etmektedir. Sözleşmeye dayalı borç ilişkisi devam etmektedir, ancak sözleşmedeki edimi ifa borcunun yerini, alacaklının edimin ifa edilmemesinden doğan zararının tazmini yükümlülüğü almaktadır.

¹⁵⁸Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** s. 853, 854; Feyzioğlu **a.g.e.** Cilt 2, s. 181; Reisoğlu, **a.g.e.** s. 347; Serozan, **Borçlar Genel, a.g.e.** 199

¹⁵⁹Oğuzman, Öz, Cilt 1 **a.g.e.** s. 395

¹⁶⁰Hatemi, (Gökyayla) **a.g.e.** s. 249.

¹⁶¹Hatemi, (Gökyayla) **a.g.e.** s. 249.

¹⁶²Hatemi, (Gökyayla) **a.g.e.** s. 249

¹⁶³Hatemi, (Gökyayla) **a.g.e.** s. 249

B. Kusursuz İmkânsızlığın Borç İlişkisine Etkisi ve Sonuçları

1. Genel Olarak

TBK m. 136/1 uyarınca borçlunun kusuru olmadan borç imkânsızlaşır, borç sona erer. Bunun anlamı hem dar anlamda borcun hem de geniş anlamda borcun; yani borç ilişkisinin sona ereceğidir. Bu şekilde borçlu borcundan kurtulmuş olur.

TBK m. 136/2 iade yükümlülüğünün düzenlemektedir. İade yükümlülüğü, doğal olarak sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur. TBK m. 136/2 uyarınca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, kusursuz imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan aldığı edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermek durumundadır. Kendisine henüz ifa edilmemiş olan edimi talep hakkını da kaybeder.

TBK m. 136/3 ise kusursuz imkânsızlık halinde borçluya bir bildirim yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre borçlu edimin ifasının kendi kusuru olmadan imkânsızlaştığını gecikmeksizin bildirip zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Demek ki; kusursuz imkânsızlık sebebiyle ortaya çıkan zarardan borçlu sorumlu değildir. Ancak borçlu, durumu alacaklıya gecikmeden haber verip zararın artmaması için gereken önlemleri almazsa, meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. O halde maddedeki bildirim yükümlülüğüne uymayan borçlunun sorumlu olduğu zarar kalemi doğrudan doğruya kusursuz imkânsızlıktan doğan zarar değil, ifa imkânsızlığını alacaklıya bildirim yükümlülüğüne uysa idi alacaklının malvarlığı ile buna uymama sonucu alacaklının malvarlığı arasındaki değer farkıdır.

2. İmkânsızlığın Geçici Olması Hali

Bu durum, edimin ifa edilmesi gereken tarihte geçici olarak imkânsızlaşması, fakat daha sonra edimin ifasının mümkün olabilmesidir. Edim ifa zamanında

imkânsız hale gelmiş ancak daha sonra edimin ifası mümkün olmuşsa, imkânsızlığın geçici olmasından söz edilir¹⁶⁴.

Ancak ifa zamanı içinde ortaya çıkan engeller, edimin ifasını, ifa zamanından sonra dahi imkânsız kılıyorsa, devamlı bir imkânsızlık söz konusudur¹⁶⁵. İmkânsızlığın geçici olması halinde, imkânsızlık sona erince edim ifa edilebilir, oysa imkânsızlığın devamlı olması halinde, edimin ifası söz konusu olmaz. Ancak öyle bazı durumlar vardır ki, imkânsızlığın geçici olması, imkânsızlığın devamlı olmasıyla aynı sonucu doğurur¹⁶⁶. Bu durumlar; geçici imkânsızlığın ne kadar süreceğinin bilinmemesi¹⁶⁷, edimin sonradan yerine getirilmesinde alacaklının bir çıkarının kalmaması¹⁶⁸ ve zamanın geçmesi ile edimin sözleşmede kararlaştırıldan tamamen farklı bir nitelik almasıdır¹⁶⁹. Bu üç durumun da ortak noktası, sözleşmenin amacıdır¹⁷⁰. Geçici imkânsızlık ortadan kalktıktan sonra, edimin ifası alacaklıyı tatmin etmiyorsa, sözleşmenin amacı ortadan kalkmış demektir¹⁷¹. Başka bir deyişle, alacaklının sözleşmenin ifasıyla beklediği menfaat, ifa zamanı geçici imkânsızlık sebebiyle ortadan kalkmıştır. Yani ifa zamanında borcun ifa edilmesi, alacaklı için özel ve büyük bir önem arz eder, öyle ki bu husus sözleşmenin merkezine oturmuş durumdadır. Yani, borcun ifa zamanında ifa edilmemesi halinde, sözleşme alacaklı

¹⁶⁴ Dural **a.g.e.** s. 100.

¹⁶⁵ Dural **a.g.e.** s. 100.

¹⁶⁶ Dural **a.g.e.** s. 100.

¹⁶⁷ Dural **a.g.e.** s. 101 dn. 942'te anılan Dernburg, s. 152; Erman prg. 275 Bem 6; RGRK prg. 275, Anm. 26; Rosenthal/Bohnenberg N. 816; Barth s. 41; Becker Art. 197, N. 21; Oser/Schönenberger, Art 119. N. 13; 5. 378; 42, 114; 89, 203; 142, 114; BGE 44 II 526; ayrıca LM prg. 275, Nr. 3 ve 4

¹⁶⁸ Dural **a.g.e.** s. 102 dn. 95'ten naklen: Zitzweitz, s.22; Blomeyer, s. 134; Loevenwarter, s. 58; Soergel/Siebert, prg. 275; Vorbem. 25; Lehmann, s. 236; İnan, s. 36; karşı. RGZ 88, 71; 105, 387; 107, 158; BGE 51 II 175; ayrıca bkz. BGE 38 II 79; 44 II 527.

¹⁶⁹ Dural **a.g.e.** s. 102 dn. 96'dan naklen; Lehmann, s. 236; Dernburg, s. 152; Schlegerberger/Vogels, prg. 275-292, Vorbem. 18; Heck, s. 116; Larenz, Schuldrecht, s. 239; Soergel/Siebert, prg. 275, Vorbem. 25; karşı. RGZ 42, 114; 94, 95; 146, 60; JW 1919, s. 673 Nr. 1; JW 1920, s. 376, Nr. 5; MDR 1951, s. 153.

¹⁷⁰ Dural **a.g.e.** s. 102.

¹⁷¹ Dural **a.g.e.** s. 102.

için adeta içi boşaltılmış bir borç ilişkisi halini alır. İşte bu durumda, geçici imkânsızlık, mutlak imkânsızlıkla aynı etkiyi doğurur¹⁷². Örnek olarak; bir düğün için düğün pastası yapma borcu altına giren bir pastacının, kusuru olmamasına rağmen geçici imkânsızlık sebebiyle söz konusu edimi ifa tarihinde (düğünde) ifa edememesi durumunda, alacaklı tarafın, edimin sonradan yerine getirilmesinde bir çıkarı kalmamıştır. Sözleşmenin amacı, edimin düğün töreninde ifa edilmesidir. Düğün pastası ediminin ifası, düğünden sonra mümkün hale gelmiş olsa bile, sözleşmenin amacı ortadan kalkmıştır; alacaklının ifada hiçbir menfaati kalmamıştır. Bu duruma bir başka örnek olarak da; bir şoförün yolcusunu saat 09:00'daki trene yetiştirmek borcu altına girmesi halinde, şoförün yolcuyu istasyona götürme edimi, ifa zamanı geçtikten sonra yani tren saati kaçtıktan sonra imkansız hale gelmeyecektir¹⁷³. Görüldüğü üzere burada edim imkânsızlaşmamış ancak ifa imkânsızlaşmıştır.

IV. Temerrüdün Sonraki İmkânsızlığa Etkisi

Kusursuz imkânsızlık söz konusu olduğunda, TBK m. 136/1 uyarınca borç sona erer. Borçlunun hiçbir sorumluluğu kalmaz. Ancak borçlu temerrüde düştükten sonra edim onun kusuru olmadan, bir kaza sonucu, beklenmedik hal nedeniyle imkânsızlaşırsa, borçlu, alacaklının bu sebeple uğradığı zarardan TBK m. 119 gereği sorumlu olur¹⁷⁴. Borçlu böylece temerrüde düşerek borca aykırı davranmasının beklenmeyen sonuçlarından ve borcun ifasının kusuru olmadan imkânsızlaşmasından sorumlu olmaktadır¹⁷⁵. Temerrüde düşme durumunda aleyhindeki kusur karinesini çürütemeyen borçlu, beklenmedik hal nedeniyle kusursuz olarak imkânsızlaşan edimin yol açtığı zarardan sorumludur. Edimin imkânsızlaşmasıyla beraber, temerrüt

¹⁷² Dural **a.g.e.** s. 102.

¹⁷³ Gündoğdu **a.g.e.** s. 81.

¹⁷⁴ Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 491; Ayan **a.g.e.**, s. 368; Hatemi, (**Gökyayla**) **a.g.e.** s. 249; Kılıçoğlu **a.g.e.** s. 680.

¹⁷⁵ Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 491

sona erer ve imkânsızlık hükümleri devreye girer. Cins borçlarında ise imkânsızlık söz konusu olamayacağı için borç sona ermez, temerrüt hali de devam eder¹⁷⁶.

V. Hasar ve İmkânsızlık Arasındaki Bağ

Hasar ve imkânsızlık arasındaki bağ, imkânsızlığın kusursuz olması halinde mevcuttur. Başka bir deyişle, kusursuz imkânsızlık söz konusu olduğunda, hasar sorunu otaya çıkacaktır. Şu halde; kusurlu imkânsızlık söz konusuysa, hasar sorunundan bahsedilemez. Çünkü kusurlu imkânsızlıkta, dar anlamda borç düşer ancak onun yerini tazminat yükümlülüğü alır¹⁷⁷. Yani, edim borçlusunun ifa yükümlülüğü, edimin imkânsızlaşmasından doğan zararı tazmin yükümlülüğü olarak devam eder. Ayrıca borç ilişkisinin diğer tarafı yönünden de, yani edim alacaklısı yönünden de, karşı edimi ifa yükümlülüğü halen mevcuttur. Çünkü geniş anlamda borç; yani borç ilişkisi devam etmektedir. Dolayısıyla, kusurlu imkânsızlıkta her iki tarafın da ifa yükümlülüğü halen mevcuttur.

Oysa kusursuz imkânsızlıkta dar anlamda borçla birlikte geniş anlamda borç; yani borç ilişkisi de ortadan kalktığı için, karşı edim henüz ifa edilmediyse ifası talep edilemeyecek, ifa edildi ise de, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi talep edilebilecektir. Ancak TBK m. 136/II'nin son cümlesi, bu duruma bazı istisnalar getirmektedir. Buna göre, kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın¹⁷⁸ alacaklıya yüklenmiş olduğu durumlar, bu kuralın dışındadır. Şu halde,

¹⁷⁶Oğuzman, Öz Cilt 1, a.g.e. s.491;;Hatemi, (Gökyayla),a.g.e. 248.

¹⁷⁷ Kusurlu imkansızlık halinde dar anlamda borcun düştüğü kusurlu imkansızlığın borç ilişkisine etkisi konusundaki hem baskın görüş hem Oğuzman/Öz'ün azınlık görüşü hem de aslında bu iki görüş arasında ifade farkından başka bir fark bulunmadığını belirten Hatemi'nin görüşlerinde belirtilmiştir. (bkz: III, A, 1; III, A, 2; III, A,3)

¹⁷⁸ Kanun koyucu kanaatimizce burada "hasar" kelimesi yerine "zarar" kelimesini kullanmalıydı. Çünkü TBK m. 136/II son cümlede düzenlenen, ifadan önce meydana gelen zararın kime ait olacağı sorunudur. Borçlar hukuku anlamında hasardan bahsediyorsak; hasarın meydana gelmesinden değil, zararın meydana gelmesinden bahsederiz. Oysa, hasarın geçişinden veya kime ait olduğundan bahsederiz. Bu hükümde eşya hasarından değil, borçlar hukuku bakımından hasardan, yani borca

kusursuz imkânsızlık halinde kural olarak edim hasarı karşı edim borçlusunda, karşı edim hasarı da edim borçlusundadır. Ancak TBK m. 136/II'nin son cümlesindeki istisna hükmü dolayısıyla, bazı durumlarda hem edim hem de karşı edim hasarı karşı edim borçlusuna ait olur¹⁷⁹. İşte bundan dolayı sonraki kusursuz imkânsızlık kavramıyla borca ilişkin hasar kavramı adeta iç içedir. Çünkü sonraki kusursuz imkânsızlık söz konusu olduğunda, hasara kimin katlanacağı sorunu ortaya çıkar. Deyim yerindeyse sonraki kusursuz imkânsızlık, borca ilişkin hasarın sebebi, borca ilişkin hasar da sonraki kusursuz imkânsızlığın sonucudur. Başka bir deyişle; borç konusu edimin kusursuz olarak imkânsızlaşmasının hangi tarafın malvarlığında olumsuz etki yapacağı, (borca ilişkin) hasarın konusunu oluşturur. İşte imkânsızlık ve hasar kavramları arasındaki bağlantı bu noktadadır.

Sonuç olarak; sonraki kusursuz imkânsızlık söz konusu ise hasar sorunu ortaya çıkacaktır; hasar sorunu mevcut ise de bu, sonraki kusursuz imkânsızlıktan kaynaklanmaktadır.

VI. Sözleşmedeki Edimlerin Tarafalara Dağılımına Göre Hasarın İncelenmesi

A. Genel Olarak

Bu başlık altında sözleşmedeki edimlerin taraflara dağılımına göre hasarın akıbetini inceleyeceğiz. Sözleşmedeki edimlerin taraflara dağılımı, ilk olarak sözleşmenin tek tarafa ya da iki tarafa borç yüklemesi şeklinde ayrılır. Öyle ki; iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde¹⁸⁰ de; edim dağılımı eksik iki tarafa ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ayrımı esası uyarınca değişir.

ilişkin hasardan söz edildiğine göre, hasar kelimesi eşya hukukundaki anlamıyla (zarar anlamında) kullanılmamalıydı.

¹⁷⁹ Bu durumda hem edim hasarını hem de karşı edim hasarını karşılayacak şekilde” hasar karşı edim borçlusundadır” denilir.

¹⁸⁰ Kanun koyucu, 6098 s. Türk Borçlar Kanunu m. 136/2’de, *tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme* ifadesi yerine *karşılıklı borç yükleyen sözleşme* ifadesini tercih etmiştir. Ancak eksik iki tarafa borç

Hasar kavramı, önceki sayfalarda açıkladığımız üzere sözlük anlamı dışında hukuki anlam olarak da birden fazla anlama sahip olup, bizim çalışmamızı ilgilendiren anlamı ise sözleşme sorumluluğu alanındaki “borca ilişkin hasardır”.

Borca ilişkin hasar, daha önce belirttiğimiz üzere borç konusu edimin borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşmasının olumsuz sonuçlarının, borç ilişkisinin taraflarından hangisinin malvarlığına etki edeceğinin belirlenmesi anlamına gelmektedir. Bu belirlenirken, sözleşme tiplerine göre borca ilişkin hasarın niteliği de değişiklik gösterir. Sözleşmedeki edimlerin taraflarına dağılımına göre hasarı incelemek için, aşağıda gerçekleştireceğimiz üzere TBK m. 136 hükmünü masaya yatırmak gerekir.

B. Hasara İlişkin Genel Kural

1. Tek Tarafa ve Eksik İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Hasar

TBK m. 136/1 hükmü, edim borçlunun kusuru olmadan imkânsız hale gelirse, borcun sona ereceğini düzenlemektedir. Bu kural tüm sözleşmeler için genel kural niteliğindedir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, yalnızca bir edim olduğundan, karşı edimden söz edilemez. Dolayısıyla, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karşı edim hasarı olmaz, çünkü tek bir edim vardır. Bundan dolayı da, hasar yalnızca edim hasarıdır. İsviçre Türk hukukunda tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasar alacaklıya aittir¹⁸¹. Örnek olarak, bağışlama sözleşmesinde bağışlanan şey borçlunun kusuru olmadan telef olursa, borç sona ereceğinden, hasar (edim hasarı) alacaklıya aittir. Yani; edimin imkânsızlaşmasının olumsuz sonucuna alacaklı katlanır.

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ise, bir tarafın her zaman borç altına girdiği, diğer tarafın ise bazı şartlar gerçekleşirse borç altına girdiği ya da tarafların

yükleyen sözleşmeden ayrımı ve ifade bütünlüğü açısından, biz tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ifadesini daha isabetli buluyor ve bu ifadeyi kullanıyoruz.

¹⁸¹Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** 53; Akıntürk **a.g.e.** s. 64, 65; Altay **a.g.e.** s. 14

her ikisinin de borç altına girmeleri halinde, edimlerin birbirlerinin karşılığını teşkil etmediği, bir tarafın borcunu ifa etmesinin sonucu olarak diğer tarafın borcunun doğduğu sözleşmelerdir¹⁸². Yani eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ya bir tarafın borcu durum ve koşullar uyarınca doğabilir, ya da bir tarafın borcu edimlerin mübadele ilişkisi sonucu değil de, karşı tarafın borcunun doğmasının sonucu olarak ortaya çıkar. Örneğin, ücretsiz vekalet sözleşmesinde vekil yüklendiği işi görme borcu altına giriyor ise de, müvekkil ancak vekilin işin görülmesi esnasında masraf yapması halinde bunları vekile ödeme borcu altına girer¹⁸³. Eğer vekil herhangi bir masraf yapmazsa, müvekkil hiçbir borç altına girmeyecektir. İşte burada eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin, bir taraf borç altına girerken, diğer tarafın durum ve koşullara göre borç altına girdiği bir tür söz konusudur. Öte yandan, kullandırma sözleşmelerinden kullanım ödünçü sözleşmesinde ise, ödünç verenin borcu sözleşmenin kurulduğu an doğmuş iken, ödünç alanın borcu ancak ödünç verenin borcunu ifa etmesinin sonucu olarak doğar¹⁸⁴. Görüldüğü üzere burada da, taraflardan biri borç altına girmiş, bu borcu ifa etmiş ve ifa neticesinde diğer tarafın borcu doğmuştur.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimler birbirlerinin karşılığı olarak meydana gelmediklerinden, hasar konusunda TBK m. 136/II değil, TBK m. 136/I uygulanmalıdır. Çünkü bir deyişle edimler birbirleriyle mübadele ilişkisi içinde olmadıklarından, karşı edim de söz konusu değildir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edim söz konusu olmadığından, karşı edim hasarı da söz konusu değildir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasara (edim hasarı) alacaklı katlanır¹⁸⁵.

¹⁸²Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 46.

¹⁸³Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 46.

¹⁸⁴Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 46.

¹⁸⁵ Akıntürk **a.g.e.** s. 65.

2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Hasar

a. Genel Olarak

Bilindiği üzere tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, her iki tarafın da hem alacaklı hem de borçlu olduğu, edimlerin birbiriyle mübadele ilişkisi içinde olduğu, deyim yerindeyse edimlerin birbiriyle değiş tokuş edildiği sözleşmelerdir¹⁸⁶. Yani edimler, birbirlerinin sonucu değildir ya da, bir edim ifa edildiğinde, diğer edim bu ifadan kaynaklanarak doğmamıştır. Edimler birbirlerinin karşılıkları olarak meydana gelmişlerdir. Bundan dolayı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde (karakteristik) edimin hasarının yanında, karşı edim hasarı da söz konusu olabilir.

b. (Karakteristik) Edim Hasarı

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim-karşı edim dengesi içinde karakteristik edim; önceki açıklamalarımızda vurguladığımız üzere sözleşmeye esas rengini ve karakterini veren baskın edimdir, bu yüzden karakteristik edim olarak nitelenir¹⁸⁷. Belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, edim hasarı açısından ayrı bir anlam ve önem taşımaz¹⁸⁸. Çünkü sözleşme kavramında, taraflardan en az biri bir edimi yerine getirmek durumundadır. Yerine getirilmek durumunda olan edim de borç konusunu oluşturur. Yani, edim olmadan dar anlamda borç olmaz. Dar anlamda borç olmadan da geniş anlamda borç; yani borç ilişkisi oluşmaz. Sonuç olarak, borç ilişkisinde taraflardan en az birine, bir edim yüklenmiştir. Bundan dolayı da, her sözleşmede karakteristik edimin hasarı söz konusu olabilir. Önceden de değindiğimiz üzere edim hasarı, kusursuz imkânsızlık halinde, edim alacaklısının edimi talep edip edemeyeceği, karakteristik edim borçlusunun da halen ifa ile yükümlü olup olmayacağı sorunudur¹⁸⁹.

¹⁸⁶ TBK m. 136/2'de de "karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler" denilmiştir.

¹⁸⁷Hatemi **Borçlar Özel a.g.e.** s. 13; Hatemi **Ders Notları a.g.e.** s. 6.

¹⁸⁸ Altay **a.g.e.** s. 15.

¹⁸⁹Akıntürk, **a.g.e.** s. 27, Tandoğan 1/1, **a.g.e.** 106, Kocayusufoğlu, **Borçlar Genel a.g.e.**, s. 60,61 ; Altay **a.g.e.** s. 8 vd.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar hem alacaklı hem de borçlu durumdadırlar. TBK m. 136/2 uyarınca, borçlu karşı taraftan aldığı edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade borcu altına girer. Dolayısıyla, TBK m. 136/2 uyarınca edim hasarı karakteristik edim alacaklısına aittir.

c. Karşı Edim Hasarı

Karşı edim, tam iki tarafa borç yükleyen tipik sözleşmelerde karakteristik edimin karşılığını oluşturan ve kural olarak para şeklinde belirlenen edimdir¹⁹⁰. Karşı edim hasarı ise; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karakteristik edimi ifa etmekten kusursuz imkânsızlık nedeniyle kurtulan karakteristik edim borçlusunun, karşı taraftan (karşı edim borçlusundan, yani; karakteristik edim alacaklısından) karşı edimi talep edebilmesi riskidir¹⁹¹. Bu tanıma göre, karşı edim hasarından bahsedebilmek için bir tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmalı ve bu sözleşmede edim hasarı söz konusu olmalıdır. Yeri gelmişken açıklamakta fayda gördüğümüz bir noktaya da dikkati çekmek istiyoruz. Şöyle ki:

Karşı edim hasarı “yalnızca iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur” ifadesi kanaatimizce yanlış bir ifadedir. İşin esası şudur ki; karşı edim hasarı yalnızca “tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde” söz konusu olabilir. TBK m. 136/2 tam iki tarafa (sinallagmatik) sözleşme yerine özdeş terim olan “karşılıklı borç yükleyen sözleşme” terimini tercih etmiştir. Ancak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ile iki tarafa borç yükleyen sözleşme kavramları birbirinden farklıdır. Her tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler grubuna dahil olsa da, her iki tarafa borç yükleyen sözleşme tam iki tarafa borç

¹⁹⁰Hatemi, **Borçlar Özel a.g.e.** s. 1; Hatemi, **Ders Notları a.g.es.** 6. Bu konuda “IA3c” başlığında mal değişim sözleşmesi ile ilgili yaptığımız açıklamalara atıf yapıyoruz.

¹⁹¹Akıntürk, **a.g.e.** s. 28; Tandoğan 1/1 **a.g.e.**, s. 107; Kocayusufpaşaoğlu **Borçlar Genel, a.g.e.** s. 61, 62; Altay **a.g.e.**, s. 8 vd.

Başka bir deyişle edimin sonraki imkansızlığı durumunda karşı edime ilişkin alacak hakkını kaybetme riskidir, Serozan **Borçlar Genel, a.g.e.** s. 41.

yüklemeyebilir. Örneğin, türüne göre¹⁹² eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türü ise de, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme değildir. Bazı eserlerde karşı edim hasarının iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde mevcut olacağını ifadelerine¹⁹³ bu nedenle katılmıyor ve karşı edim hasarının yalnızca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde mevcut olabileceği ifadesinin özellikle kullanılması gerektiğini düşünüyoruz.

Karşı edim hasarının kime ait olduğu sorununa değinecek olursak; TBK m. 136/II'de, karşı edim hasarını "tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim hasarı sebebiyle borcundan kurtulan borçlunun, almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermesi, eğer henüz kendisine ifa edilmediyse de ifayı isteme hakkını kaybettiği ve kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yüklendiği durumların saklı olduğu belirtilmiştir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da hem alacaklı hem de borçlu olduğuna göre, hükmü şu şekilde okumamız gerekir:

"Edim (karakteristik edim) hasarına edim alacaklısı katlanmak durumunda olduğundan, karşı edim hasarı da kural olarak ifa yapılanaya kadar karşı edim alacaklısındadır. Ancak kanunun özel hükmü ya da taraflar arasındaki sözleşme hükmü ile, karşı edim hasarı edimin ifasından önce bile meydana gelse, (karakteristik) edim alacaklısına ait olabilir. Bu durumda edim alacaklısı hem edim hasarı, hem de karşı edim hasarına katlanmak durumunda kalır".

Görüldüğü üzere tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasar konusunda, edimler arası sinallagma, karşılıklılık titizlikle korunmuş, bu duruma ancak kanun hükmü ya da tarafların rızası ile (sözleşme hükmü) ile istisna getirilebileceği öngörülmüştür. Biz aşağıda hem bu iki istisnayı, hem de TBK m. 136/II'de söz

¹⁹² Mesela, ücretsiz vekalet sözleşmesinde vekilin harcama yapması halinde müvekkilin borcu da doğar. Ya da kullanım ödünç sözleşmesinde sözleşme konusunun ödünç alana teslimi ile ödünç alanın da borcu doğar. **Ancak bu örneklerde ne müvekkilin doğan borcu ne de ödünç alanın doğan borcu, bir karşı edim oluşturmaz.**

¹⁹³ Akıntürk a.g.e. s. 28; Altay a.g.e. s. 10.

konusu iki istisna arasında sayılmayan ancak sayılması gerektiğini düşündüğümüz bir üçüncü istisnayı da inceleyeceğiz.

C. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Karşı edim Hasarına İlişkin Genel Kuralın İstisnaları: TBK m. 136/II'de Sayılan Haller

1. Kanunla Getirilen İstisnalar

Bazı özel hükümler, TBK m. 136/II'de sözü geçen istisna durumuna yol açarlar ve aynı maddedeki genel kuraldan sapmaya yol imkan tanırlar. Dolayısıyla, TBK'nın özel hükümleri kısmında öngörülen bazı hallerde, edim alacaklısı, edim kendisine henüz ifa edilmemiş olsa bile, edim hasarının yanında karşı edim hasarından da sorumlu olur. Bunların dışında TBK'nın genel hükümlerinde yalnızca tek bir halde ifa gerçekleşmeden alacaklı karşı edim hasarından sorumludur. Şimdi önce genel hükümlerdeki istisna hükmüne ardından da özel hükümlerdeki istisna hükümlerine sırasıyla bir göz atalım.

- TBK'nın genel hükümlerinde alacaklı temerrüdü halinde borçlu kanunda öngörülen yüklenileri yerine getirmek kaydıyla borcundan kurtulur. TBK m. 107'de de bir şeyin teslimine ilişkin edimlerde alacaklı temerrüdüne düşüldükten sonra hasarı borçluya ait olmak üzere şeyi tevdi ederek borçtan kurtulur denmektedir. Dolayısıyla bir şeyin teslimine ilişkin edimler yönünden, alacaklı temerrüdü gerçekleştikten sonra borçlunun kusuru olmadan edim imkânsızlaşır, karşı edim hasarı alacaklıya ait olur. Diğer edimler yönünden ilgili hüküm TBK 110 ise, borçlunun, borçlu temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönebileceğini öngörmektedir. Şu halde alacaklı temerrüdü halinde yalnızca bir şeyin teslimine ilişkin edimler yönünden hasara alacaklı katlanabilir.

- TBK'nın özel hükümleri yönünden ise ilk olarak şu anda yürürlükte olmamasına rağmen bu duruma örnek teşkil eden en temel örneklerden satış sözleşmesine ilişkin bir hüküm olan 818 S. BK m. 183 hükmü idi¹⁹⁴. Bu hükme göre satış sözleşmesi kurulduğunda satış konusu şey alıcıya henüz teslim edilmeden önce, satıcının kusuru olmadan şey imkânsız hale gelirse, alıcı gene de satış bedelini ödemekle yükümlü idi.

6098 s. Türk Borçlar Kanunu kapsamında şu anda yürürlükte bulunan istisna hükümlerine sırasıyla gelecek olursak:

- Hizmet sözleşmelerinde TBK 409'a göre, uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi; hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye kıyasen daha kısa bir süre için iş görme edimim ifa edemezse, işveren işçiye iş göremediği süre için de ücret ödemekle yükümlüdür.
- Adi ortaklığa ilişkin TBK m. 621 hükmüne göre, adi ortaklıkta bir ortağın katılım payı bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki hasara ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.
- Eser sözleşmelerinde TBK m. 483/I'e göre yüklenicinin borcu teslimden önce imkânsızlaşır, iş sahibi de temerrüde düşmüş ise, yüklenici karşı edimi isteyebilir, yani karşı edim hasarı edim alacaklısı iş sahibine ait olur. TBK m. 483/II uyarınca eser iş sahibinin kusuru yüzünden yok olursa yüklenici ücret alacağını iş sahibinden talep eder. Yani bu durumda da karşı edim hasarı edim alacaklısı iş sahibindedir.
 - Yine eser sözleşmelerinde iş sahibinin kusuru olmasa bile kendi sorumluluk alanındaki bir beklenmeyen hal sonucu edim imkânsızlaşır, yüklenici ücreti talep edebilir, yani bu durumda da karşı edim hasarı edim alacaklısındadır.

¹⁹⁴ Bu konudaki daha geniş açıklamalar ve satış sözleşmesindeki yeni düzenleme için” C)Satış Sözleşmesindeki Hasara İlişkin Düzenleme” başlığına bakınız.

- Yayın sözleşmelerinde TBK m. 498/I uyarınca, eser yayımcıya teslim edildikten sonra beklenmedik hal sonucu yok olsa bile yayımcı bedeli ödemekle yükümlüdür; yani karşı edim hasarı edim alacaklısı olan yayımcıdadır.
- Evde hizmet sözleşmelerinde TBK m. 467 madde hükmünde, işverenin ürünü kabulde temerrüde düşmesi veya işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ve kusuru olmadan çalışma engellenirse, hizmet ediminin engellenmesi durumundaki ücret ödenmesine ilişkin hükümler gereğince işveren işçiye ücret ödemekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere burada da, edim alacaklısı işveren edimi elde etmemiş olsa bile, karşı edim hasarı kendisine aittir.

2. Sözleşmeyle Getirilen İstisnalar

Taraflar sözleşme serbestisi ilkesi gereği ve bu ilkenin sınırlarını aşmamak kaydıyla, henüz ifa gerçekleşmeden bile alacaklının karşı edim hasarından sorumlu olacağını aralarındaki sözleşmede kararlaştırabilirler. Buna bir engel yoktur.

3. TBK m. 136/II Dışında Üçüncü Bir İstisna: “Alacaklının Kusuruyla Edimin İmkânsızlaşması”

Bu konuya ilişkin açıklamaları “diğer kusursuz imkânsızlık halleri” başlığında alacaklının kusuruyla edimin imkânsızlaşması hususunda yapmış idik. Ancak burada bazı önemli noktaların tekrar altını çizmek istiyoruz.

Alacaklının kusurundan dolayı edimin imkânsızlaşması, hiç şüphesiz borçlunun kusursuzluğu anlamına gelir ve borçlu imkânsızlıktan sorumlu olmaz. Alacaklının kusuru halinde problem, borçlunun karşı edimi isteyip isteyememesindedir.¹⁹⁵ Bu

¹⁹⁵ Dural a.g.e. s. 170.

duruma ilişkin bir hüküm Türk Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Ancak Alman hukukunda BGB § 326 uyarınca edim alacaklının kusuru neticesinde imkansız hale gelirse, borçlu karşı edimi yine de talep edebilir. Yani karşı edim hasarı alacaklıdadır. Edim hasarı ise evleviyetle alacaklıdadır, çünkü alacaklı kendi kusuruyla imkansızlaşan edimin yerine bir edim talebinde bulunamaz. Alman hukukunda sözünü ettiğimiz BGB§ 326 hükmü, alacaklının kusuruyla edimin imkansızlaşması hali için öngörülmuş özel bir hükümdür. Bizim hukukumuzda ise konuya ilişkin özel bir hüküm öngörülmemiştir. TBK m. 136/II'deki genel hüküm de, imkansızlıktan alacaklının sorumlu olması için tatmin edici çözüm sunmamaktadır, hatta Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümler, alacaklının sorumlu olduğu hallerde anlam bakımından uygun düşmemektedir¹⁹⁶. Bu hususta doktrindeki baskın görüş, bu konuda bir kanun boşluğu olduğu yönündedir¹⁹⁷. Buna göre, alacaklının kusuruyla edimin imkânsızlaşmasıyla, her iki tarafın kusuru olmadan edimin imkânsızlaşması birbirinden farklı durumlardır¹⁹⁸. Alacaklının kusuru ile edim imkânsızlaştığında, alacaklının kendi ediminden kurtulması hakkaniyete aykırı olur¹⁹⁹. Bu noktada TBK m. 136 tatmin edici bir çözüm getirmediğine göre, kanunda gerçek olmayan bir boşluğun olduğunu kabul etmek gerekir ve bu boşluğun da BGB §326/2 paralelinde bir hükümle doldurulması gerekir²⁰⁰.

BGB §326/2 hükmü uyarınca, ifanın alacaklı yüzünden imkânsızlaşması halinde borçlu borcundan kurtulur, ancak borcundan kurtulan borçlu karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde karşı edimi talep edebilir. Baskın görüşü savunan yazarlar

¹⁹⁶ Dural **a.g.e.** s. 171.

¹⁹⁷ Oğuzman, **Öz Cilt I a.g.e.** s. 371, 372 ; Eren **Genel Hükümler a.g.e.** s 1302. ; Tunçomağ **Genel Hükümler a.g.e.** s. 794 ; Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 154, 155 ; Akkanat **a.g.e.** s. 142 vd.

¹⁹⁸ Oğuzman, **Öz Cilt I a.g.e.** s. 371, 372 ; Eren **Genel Hükümler a.g.e.** s 1302. ; Tunçomağ **Genel Hükümler a.g.e.** s. 794 ; Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 154, 155 ; Akkanat **a.g.e.** s. 142 vd.

¹⁹⁹ Oğuzman, **Öz Cilt I a.g.e.** s. 371, 372 ; Eren **Genel Hükümler a.g.e.** s 1302. ; Tunçomağ **Genel Hükümler a.g.e.** s. 794 ; Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 154, 155 ; Akkanat **a.g.e.** s. 142 vd.

²⁰⁰ Oğuzman, **Öz Cilt I a.g.e.** s. 371, 372 ; Eren, **Genel Hükümler a.g.e.** s 1302. ; Tunçomağ **Genel Hükümler a.g.e.** s. 794 ; Serozan **Borçlar Genel a.g.e.** s. 154, 155 ; Akkanat **a.g.e.** s. 142 vd.

bu hüküm paralelinde, kanunda var olduğunu savundukları boşluğun doldurulması gerektiğini belirtmektedirler. Bu görüşe katılmayan²⁰¹ *İnceoğlu*, böyle bir durumda TBK m. 136/II uyarınca karşılıklı borçların sona ereceğini, ancak alacaklının akdin müsbet ihlalinden dolayı borçluya karşı bir tazmin borcu altına gireceğini belirtmektedir²⁰². *İNCEOĞLU*'na göre alacaklının bu sebeple ödeme yükümlülüğü altına gireceği tazmin yükümlülüğü karşı edimin bir miktar para olduğu durumlarda bu bedelin aynısıdır²⁰³. Yazar bu durumda, borçlunun asli edimini yerine getirmekten kurtulmasından dolayı tasarruf ettiği şeylerle veya iş gücünü başka şekilde kullanması sebebiyle elde ettiği kazançlar varsa, bunlar tazminattan düşürülmesi gerektiğini savunur²⁰⁴.

Edimin alacaklının kusuruyla imkânsızlaşması durumunda kanaatimizce izlenmesi gereken yol şu olmalıdır:

- Borçlu kusurlu olarak imkânsızlığa sebep olduğu durumlarda nasıl imkânsızlıktan sorumlu ise, alacaklının da kusuruyla imkânsızlığa sebep olduğu durumlarda imkânsızlıktan alacaklı sorumlu olmalıdır. Nasıl kusursuz imkânsızlık halinde edim hasarıyla birlikte karşı edim hasarı da edim alacaklısındaysa, burada da, sözleşme adaleti ilkesi bunu gerektirir²⁰⁵. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler yönünden, edim borçlusu edimin kendi kusuruyla imkânsızlaşmasından sorumlu

²⁰¹ Baskın görüş dışındaki diğer görüşler, “diğer kusursuz imkansızlık halleri” başlığı altında aynı konu anlatılırken belirtilmiştir. Tekrar etmemek adına, baskın görüşle en yakın görünen *İnceoğlu*'nun görüşünü burada irdeliyoruz.

²⁰² M. Murat *İnceoğlu* **İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması**, AÜHFD, Yıl 2008, c. 57, S.a. 4 (s. 237-254) s. 246 vd.

²⁰³ *İnceoğlu* **Alacaklı Yüzünden İmkansızlık a.g.m.** s. 247.

²⁰⁴ *İnceoğlu* **Alacaklı Yüzünden İmkansızlık a.g.m.** s. 247.

²⁰⁵ Dural **a.g.e.** s. 173, Yazar “*BGB §324/II'deki çözümle aynı sonuca varılmasını, bunun adaletli olduğunu ve ayrıca TBK'nın özel hükümlerinde alacaklının kusurundan dolayı karşı edim hasarının kendisine yüklenen durumların bulunduğu, dolayısıyla böyle bir çözümün hukukumuzda yabancı da olmadığını*” belirtmiştir.

olduğu gibi, edim alacaklısı da kendi kusuruyla edimin imkânsızlığına sebep olursa, bundan sorumlu olmalıdır.

- Karşı tarafın kusuruyla edimin imkânsızlaşması durumunda borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmaması, imkânsızlığa borçlunun kusurunun sebep olması halinde sorumlu olmasıyla aynı mantığın sonucudur. Kural olarak kusurun varlığı borca aykırı davranıştan sorumluluğu gerektirir ve sözleşme borç ilişkilerinde de borçlu aleyhine kusur karinesi mevcuttur. Hatta borçlunun kusurlu olmadığı hallerde edim imkânsızlaşırsa borç ilişkisinin sona ereceği sonucu da, aslında alacaklının da tıpkı borçlu gibi kusuru olmaması kaydıyla geçerlidir. Bunun aksini düşünürsek; yani alacaklı (edim alacaklısı) kendi kusuruyla edimin imkânsızlığına sebep olmuş ise, ancak buna rağmen karşı edimi ifa borcundan kurtulursa, kendi kusuruyla borçtan kurtulmuş olur.
- Mevcut düzenlemede bize göre de bir boşluk bulunmaktadır. Ancak bize göre bunun sebebi, borç ilişkilerini düzenleyen hükümlerin genel yapısıyla aynıdır. Kanun sistematik itibarıyla genelde hep borçlunun kusuru ya da kusursuzluğu üzerine hükümler öngörmüştür. Bu hususta ise, TBK m. 136/II alacaklının kusuruyla edimin imkânsızlaşması haline uymamaktadır, ya da başka bir deyişle alacaklının kusuruyla edimin imkânsızlaşması TBK m. 136/II'nin kapsamına girmemektedir. Bu durumda baskın görüş isabetli görünmektedir.

D. Yeni Hüküm TBK 136/III'ün Gerekliliği Hakkında Açıklama

TBK m. 136/III 818 s. BK'da olmayan yeni bir hükümdür. Bu hükme göre borçlu ifa imkânsızlığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın atmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararı gidermekle yükümlü tutulmuştur. Her ne kadar eski Borçlar Kanunu'nda bu hüküm olmasa da, dürüstlük

kuralından hareket edilerek doktrinde borçlunun böyle bir yan yükümlülüğünün varolduğu kabul edilmekteydi²⁰⁶.

TBK m. 136/III düzenlemesiyle birlikte, doktrinde borçlunun bir yan yükümü olarak kabul edilen borçlunun ihbar ve önlem alma yükümü, yasal hüküm haline gelmiştir. Kanun koyucunun borçlu için öngördüğü bu yükümlülükler; ifa imkansızlığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmek ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almaktır. TBK 136/III hükmünün dürüstlük kuralı kaynaklı bir hüküm olmasından hareketle, eski düzenlemede bulunmayan bu hükümde anılan yükümlülüklerin; tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından dürüstlük kuralı gereği zaten var olduğu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da evleviyetle borçludan bekleneceği, bunların bir yan yüküm olarak, bir davranış yükümü olarak borçlu yönünden zaten varolduğu bu gerekçelerden ötürü de TBK 136/III hükmünün gereksiz bir düzenleme olduğu dile getirilmiştir²⁰⁷. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz, bize göre TBK 136/III hükmün kanunda yer alması gereksiz bir düzenleme değildir. Çünkü bu hükmün kaynağını dürüstlük kaynağında bulması, hükmün gereksiz olduğu sonucuna bizi götüremez. TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı; emredici bir hüküm olduğundan hakim önündeki uyuşmazlığı çözerken dürüstlük kuralını re'sen göz önüne alır. Ancak bu durum dürüstlük kuralının, uyuşmazlığı çözecek kanun hükümlerini bertaraf etmesi anlamına gelmez²⁰⁸. Dürüstlük kuralının kanunun uyuşmazlığa uygulanacak özel hükümlerini bertaraf etmeyişi bizi şu sonuca götürür:

- Kanunda var olan özel hükmün uyuşmazlığı adil bir şekilde çözmeye elverişli olmaması ya da kanunda uyuşmazlığa uygulanacak hüküm bulunmaması halinde, dürüstlük kuralı gibi genel ve soyut bir kavrama

²⁰⁶ Dural **a.g.e.** s. 131; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yedinci Tıpkı Bası, Vedat, İstanbul, 2009, s. 447; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Tıpkı Baskı, Beta, İstanbul, 2009, s. 1252.

²⁰⁷ Bu görüş için bkz: Herdem Belen, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Kısa Şerh**, İstanbul, Beta, 2014, s. 352.

²⁰⁸ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İkinci Bası, Vedat, İstanbul, 2006, s. 16.

başvurulmalıdır. Esasen dürüstlük kuralının da işlevi budur. Hakim somut olaya kanun hükümlerini uygularken ortaya çıkan sonuç kanunun genelliğinden, eksikliğinden veya sertliğinden dolayı adalet hissimizi tatmin etmez ve menfaatler dengesine aykırı sonuçlar ortaya çıkarsa dürüstlük kuralı devreye girer²⁰⁹.

- Uyuşmazlıkların çözümü aşamasında dürüstlük kuralını doğrudan çözüm aracı olarak kullanmak, hak sahibi yönünden de tehlikeler içerir. Çünkü kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst olmasının belirli bir objektif ölçütü yoktur. Bundan dolayı da, öncelikle somut olaya özel hükümle hak sahibi korunmalıdır.

Bu gerekçelerden ötürü dürüstlük kuralı, uyuşmazlığı çözmek için son çare olarak “ratiolegis” uygulanmalıdır.

Şu halde sonuç olarak, TBK m. 136/III varken, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralının varlığını gerekçe göstererek TBK m. 136/III'ün gereksiz olmasından bahsedebilmek bize göre hukuken mümkün görünmemektedir. TBK m. 136/III madde hükmündeki ihbar ve önleme yükümlülüğünün diğer ifa engelleri yönünden öngörülmemesi, bir eksiklik olarak görünmektedir²¹⁰.

²⁰⁹ Akyol **a.g.e.** s. 16, 17.

²¹⁰ Rona Serozan, **BK Tasarısının Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanında Örneklerle Sergilenmesi**, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 6 (s. 38-52), İstanbul, 2006. s. 46; Cem Baygın, **Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri-Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 3-4 2010 (s. 119-143) s. 138, 139.

E. Satış Sözleşmesindeki Hasara İlişkin Düzenleme

1. 818 s. Borçlar Kanunu'ndaki Eski Düzenleme

Satım sözleşmesinde hasarın geçişi sorunu, kaynağını Roma hukukunda bulur ve *periculum emptoris est*; yani hasar alıcıya aittir kuralına dayanır²¹¹. Bu kural uyarınca²¹², kusur olmadan satım konusu şeyin telef olması karşısında, alıcının gene de satım bedelini ödemek durumunda olması anlaşılır²¹³. Yani, edim hasarı kendisine ait olan alıcı, bu kural ile karşı edim hasarına da katlanır. Bu düzenleme satımda hasarın geçişine ilişkin klasik kuraldır²¹⁴. Roma Hukuku'nda karşı edim hasarının alıcıya geçmesini haklı kılan gerekçelerin temelinde, o devirde yaygın olan satım sözleşmesi türünün pazarda akdedilen nakit karşılığı satım sözleşmesi olması bulunmaktadır²¹⁵. *Periculum emptoris est* kuralının gönderilecek borçlar yönünden de uygulanmasının altında ise, o devirde özellikle gemiyle ile göndermelerde batma ve korsanlık gibi ciddi tehlikelere muhatap olunması yatmaktaydı²¹⁶. Roma hukuku emtia satışı noktasından hareket etmiştir; yani bu esasa göre, satılan malı, yanında alıkoymada satanın bir menfaati olmadığından, hasar satış sözleşmesi yapıldığı anda alıcıya geçmektedir²¹⁷. Bu kural, günümüz modern ticaret hayatı ve modern hukuk sisteminin içinde, uzunca zamandır adaletsiz ve hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Ancak 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nun hazırlanma süreci ve

²¹¹Zimmermann, **a.g.e.** s. 281.

²¹²*Roma hukukunda periculum emptoris est kuralı büyük çoğunlukla şarap alım satımına aittir. Bunun sebebi de şarabın kolaylıkla bozulan bir eşya olmasıdır. Maddesi itibarıyla bozulmaya müsait bu gibi eşyalara ve bir de tabii olaylar ve âfetler: neticesinde eşyanın zarar görmesinde periculum estemptoris in bilhassa uygulandığı açıktır; Kudret Ayiter, Roma Hukukunda Alım Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 122-142) C. 14, S. 1-4, 1957, s. 131.*

²¹³Zimmermann, **a.g.e.** s. 281.

²¹⁴Zimmermann, **a.g.e.** s. 281.

²¹⁵Zimmermann, **a.g.e.** s. 290; Atamer **Hasar a.g.m.** s. 135.

²¹⁶Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz, İstanbul, 1999, s. 79.

²¹⁷S. Şakir Ansay **Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 450-456) S.1-4, 1953, s. 455.

yürürlüğe girmesinden önce, 818 s. Borçlar Kanunu'nda konuyu düzenleyen 183. maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştı. BK m.183 uyarınca satış sözleşmesinde halin icabından ya da özel şartlardan doğan istisnaların dışında, satılan şeye ilişkin yarar ve hasar sözleşmenin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçmekteydi ama kural mümkün mertebe dar yorumlanmaya çalışılıyordu.

Hasarın geçişinden anlaşılan; karşı edim hasarının alıcıya geçişidir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim hasarı karakteristik edim borçlusuna, karşı edim hasarı da karakteristik edim alacaklısına ait iken, satış sözleşmesinde edim hasarı ile karşı edim hasarı da sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya (karakteristik edim borçlusu) ait idi. Bu şekilde, henüz şeyin mülkiyetini kazanmamış olan alıcı, şeyin kendisine mülkiyetinin devrinin kusursuz olarak imkansızlaşması durumunda (karakteristik) edim hasarının yanında, karşı edim hasarına da katlanmak zorunda kalarak, mülkiyetini kazanmadığı ve telef olmak suretiyle imkansızlaşmış şeyin bedelini de satıcıya ödemek zorunda kalıyordu.

2. 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'ndaki Yeni Düzenleme

6098 s. Türk Borçlar Kanunu m. 208 satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin yeni bir düzenleme getirmiştir²¹⁸. Buna göre satış sözleşmesinde hasar, sözleşmenin kurulduğu anda değil, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda da tapuya tescil anında alıcıya geçecektir. Bu değişikliklerle, sözleşmenin kurulduğu andan sonra fakat ifasından önce sözleşme konusu şey kusursuz olarak imkansız hale gelirse, edim hasarı alıcıya (karakteristik edim alacaklısı), karşı edim hasarı da satıcıya (karakteristik edim borçlusu) ait olacaktır.

Taşınırlarda zilyetliğin devri taşınmazlarda ise tapuya tescil olguları gerçekleştiikten sonra, satılan şey borçlunun kusuru olmadan telef olursa, ödenmemiş

²¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Hulki Cihan, “ 818 s. Borçlar Kanunu ve 6098 s. Türk Borçlar Kanunu Yönünden Karşılaştırmalı Olarak Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Alıcıya Geçışı”Ersin Çamoğlu'na Armağan (s.267-293), Vedat, İstanbul, 2013.

satış bedelinin ödenmesi istenebilir, satış bedeli ödenmiş ise satıcıdan satış bedelinin iadesi istenemez²¹⁹ .

Bu yeni düzenlemede ayrıca, eski düzenlemenin aksine, cins borçlarında hasarın alıcıya geçişi için ayırt edilmenin yapılmasına isabetli²²⁰ bir şekilde²²¹ gerek görülmemiştir. Ancak doktrinde bu konuda aksi görüşü savunan *ATAMER*; cins borçlarında hasarın geçişi için ayırt edilmeye gerek kalmayacağı düşüncesinin olayların yalnızca bir bölümü için geçerli olduğu, alacaklı temerrüdü ve gönderilmesi kararlaştırılan cins borçlarında hasarın alıcıya geçişi için halen ayırt etmenin gerekli olduğunu, CISG'deki düzenlemenin de bu yönde olduğunu belirtmiştir²²². Yine bu konuda bizden farklı düşünen *ÇETİNER*'e göre ise; cins borçları yönünden hasarın alıcıya geçişi için kanunda ayrıca bir ifade olmamasının sebebi, en geç zilyetliğin devri anında ayırt etme yapılacağı için, kanunda bu hususun ayrıca belirtilmemiş olduğudur²²³. *ÇETİNER* de ayrıca CISG'deki konuya ilişkin hükümleri örnek göstermiştir²²⁴.

Ancak bize göre cins borçlarında hasarın alıcıya geçişi için ayırt edilme aranır; cins borcu alıcısı parça borcu alıcısına göre daha elverişsiz bir duruma sokulmuş olur²²⁵. Hasarın alıcıya geçiş anı sözleşmenin kurulduğu an iken yeni düzenlemeyle sözleşmenin ifası anı olarak değiştirildiğine göre, hasarın alıcıya geçişi için cins borçları yönünden ayırt edilmenin aranmasına gerek de yoktur²²⁶. Çünkü

²¹⁹ Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm Ders Notları**, 2013, s. 15.

²²⁰ Bu düzenlemenin isabetli olduğu hakkındaki gerekçeler için bkz: Cihan **a.g.e.** s. 283, 284, 285.

²²¹ Bunun düzenlemenin isabetsiz olduğunu belirten karşı görüş için bkz: Yeşim Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler** (Derleyen: Murat İnceoğlu) İstanbul, 2012, s. 284; Bilgehan Çetiner **Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LXVII, S: 1-2, (s. 97-114), 2009, s. 102.

²²² Atamer **Taşınır Satımı a.g.m.** s. 193, 194.

²²³ Çetiner **Hasar a.g.m.** s.. 102.

²²⁴ Çetiner **Hasar a.g.m.** s.. 102.

²²⁵ Cihan **a.g.m.** s. 284.

²²⁶ Cihan **a.g.m.** s. 284

ayırt etme ifadan önceki aşamadır, bir ifa hazırlığıdır²²⁷. Bundan dolayı da, yeni düzenlemede hasarın geçişi ifa anı olarak belirlendiğine göre, ifadan önceki bir aşama olan ayırt edilme anında cins borçları için hasarın geçmesi düşünülemez ve yeni düzenlemenin amacına aykırıdır²²⁸.

TBK m. 208 ile getirilen bir yenilik de maddenin ikinci fıkrasıyla öngörülen varsayımdır. Buna göre, taşınır satışında eğer alıcı şeyin zilyetliğini devralmada temerrüde düşerse, zilyetlik devri yapılmış gibi yarar ve hasar alıcıya geçecektir. Burada akla gelebilecek soru işareti, alıcının şeyin zilyetliğini almada temerrüde düşmesi yani alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde, maddedeki varsayımı kabul etmek için, satıcı borçlunun şeyi hakimın göstereceği bir yere tevdi etmesinin şart olup olmadığıdır. Başka bir deyişle, yoruma ihtiyaç olan nokta, alıcının şeyi teslim almada alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde, şeyin zilyetliğinin devri gerçekleşmişçesine yarar ve hasarının alıcıya geçtiği varsayımını kabul etmek için, tevdi'in şart olup olmadığıdır.

Açık olan husus şudur ki, alacaklı temerrüdü ile birlikte hasar alıcıya geçer. Bu konu madde hükmünde belirtilmiştir. O halde, bu hususu tartışmaya gerek yoktur. Tartışılacak olan nokta ise, alıcının zilyetliği devralmada alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde, hasarın alıcıya geçişi için satıcının şeyi tevdi etmesinin gerekip gerekmemesidir. Bu hususu tartışmaya satış sözleşmesinde satıcı ve alıcının asli edimlerini inceleyerek başlayalım., Satıcının asli edimi TBK m. 210 uyarınca “mülkiyeti geçirme amacıyla zilyetliğin devri borcudur”. Alıcınınki ise, TBK m. 232 uyarınca “satış bedelini ödemek ve kendisine sunulan satılanı devralma” borcudur. Görüldüğü üzere satış bedeli dışında, tarafların karşılıklı borçları, birbirini tamamlamakta, deyim yerindeyse adeta bir paranın iki yüzünü andırmaktadır. Şöyle ki; “satıcının satılanı mülkiyeti geçirme amacıyla zilyetliğini devir borcu”, alıcının

²²⁷ Cihan **a.g.m.** s. 284

²²⁸ Cihan **a.g.m.** s. 284. Ayrıca konuyla ilgili uyumsuzluklara iç hukuk düzenlemesi olan Türk Borçlar Kanunu uygulanacağından, CISG düzenlemesinin örnek gösterilmesinin isabetli olmadığını düşünüyoruz.

kendisine sunulan satılanı devralma borcunu karşılamaktadır. Başka bir deyişle, bir taraf için asli edim olan devretme borcu, diğer taraf için bir devralma borcu olarak belirmektedir. Dolayısıyla alıcının devralmada temerrüde düşmesi satıcı yönünden alacaklı temerrüdü teşkil ederken, alıcı yönünden de aynı durum borçlu temerrüdü olarak meydana gelmektedir²²⁹.

Bu durumda *HATEMİ* 'ye göre burada bir yorum sorunu ortaya çıkar²³⁰. Acaba TBK m. 208/II'deki varsayımı kabul edebilmek için, satıcı tevdi yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda mıdır? Bu soruya olumsuz cevap verilse bile, hiç değilse alıcı devralmada temerrüde düşerken kusursuz ise, hasarın satıcıdan alıcıya geçişi için satıcının tevdi yükümlülüğünü yerine getirmesini gerekli olduğunu kabul etmek doğru olur²³¹. Ancak alıcı devralmada temerrüde düşerken kusurlu ise, hasarın alıcıya geçişi için satıcının tevdi yükümlülüğünün olmadığı kabul edilebilir. Aksi takdirde hasar satıcıda kalır²³². Yani bu görüş uyarınca yorum hasarın geçişi için tevdi yükümlülüğünün yerine getirilmesine gerek olmadığı yönünde yapılırsa bile, hiç değilse, TBK m. 119/II kıyasen göz önünde tutulmalı ve alacaklı temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispat ederek kusur karinesi çürütebilmeli ve sonuçta kusursuz ise karşı edim hasarından kurulabilmelidir²³³.

Bize göre ise, TBK m. 208/2'de alıcının zilyetliği devralmadaki "alacaklı temerrüdü" halinde, şeyin zilyetliğinin devrinin gerçekleşmiş varsayılararak yarar ve hasarın alıcıya geçmesi için, şeyin satıcı tarafından bir yere tevdi edilmesine gerek yoktur. Çünkü alacaklı temerrüdündeki tevdi etme yükümlülüğü, borçlunun borcundan kurtulmasının bir şartıdır, yoksa şey hakimın göstereceği bir yere tevdi edilmemiş olsa da, alacaklı temerrüde düşmüştür. Zaten TBK m. 107 hükmü de, bunu doğrular. Yani tevdi etme yükümlülüğü, alacaklının temerrüdü halinde,

²²⁹ Alıcının zilyetliği devralma borcu ve devralmada gecikme halinin borçlu temerrüdü olduğu hakkında bkz: Hatemi **Borçlar Özel Ders Notları**, s. 15.

²³⁰ Hatemi **Borçlar Özel Ders Notları**, s. 15.

²³¹ Hatemi **Borçlar Özel Ders Notları**, s. 15.

²³² Hatemi **Borçlar Özel Ders Notları**, s. 15.

²³³ Hatemi **Borçlar Özel Ders Notları**, s. 15.

borçlunun borcundan kurtulmasına imkan sağlar. Şu halde, alacaklı devralmada temerrüde düşmeseydi, zaten hasar alıcıya TBK m. 208/I uyarınca geçmiş olacaktı. Temerrüt halinde ise, hasar TBK m. 208/II'deki varsayım sonucu yine alıcıya geçer ama hasarın geçişi zilyetliğin devrinin yapılmış kabul edilmesine bağlıdır. Dolayısıyla kanun koyucunun hükümdeki amacı ve iradesi de bize göre, satıcının hasardan kurtulması için tevdi yükümlülüğünü öngörür nitelikte değildir. Çünkü, satıcı TBK m. 210'un kendisine yüklediği asli edim yükümlülüğü olan "mülkiyeti geçirme amacıyla zilyetliğin devri" borcunu ifa etmek üzere gerekli tüm eylemleri gerçekleştirmiş olmasına rağmen, alıcının devralmada temerrüdü halinde hasarın geçişi için tevdi yükümlülüğü şart olsa idi, kanun koyucu bunu TBK m. 208'de açıkça düzenleme yoluna giderdi. Kaldı ki, TBK m. 119 hükmünce temerrüde düşen borçlu, beklenmedik halden de sorumludur.

TBK m. 208 ile getirilen bir yeni düzenlemede maddenin üçüncü ve son fıkrasıdır. Buna göre satıcı alıcının isteğiyle satılan şeyi ifa yerinde başka bir yere gönderirse, şeyin taşıyıcıya teslimi anında hasar alıcıya geçmektedir. İsbetli bir yenilik olan TBK m. 208/3'ün önemli bir eksikliği ise, "bir tarafı tüketici olan mesafeli satış sözleşmelerinde ifa yeri olarak, tüketicinin yerleşim yerinin seçildiği kabul edilir" şeklinde bir yasal karine getirmemiş olması sebebiyle, tüketicilerin hiçbir kusurları olmamasına rağmen, mesafeli satışlarda hasar riskini taşımalarıdır²³⁴. Böyle bir durumda tüketicinin hasara katlanması, kanaatimizce TBK m. 208 ile yapılan radikal ve yerinde değişikliğin amacına da aykırıdır.

²³⁴ Serozan, **Tasarımın Eksiklikleri a.g.m.**, s. 42.

İKİNCİ BÖLÜM

KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI, TÜRLERİ VE KİRA TÜRÜNDEN SÖZLEŞMELERDE HASARIN İNCELENMESİ

I. Kullandırma Sözleşmeleri Kavramı

A. Genel Olarak

Kullandırma sözleşmelerinde hasar konusunu aydınlatabilmek için, bu bölümde önce kullandırma sözleşmeleri kavramını inceleyeceğiz. Bu kavramı masaya yatırırken, gerek kavramın ifadesi bakımından, gerekse de tanım bakımından bir inceleme yapmak suretiyle, önce bu konuyu açıklığa kavuşturup, daha sonra da ilk bölümde incelediğimiz hasar sorununu, bu defa kullandırma sözleşmeleri yönünden mercek altına alacağız. Bunu yaparken de, kullandırma sözleşmelerini belli bir sınıflandırma çerçevesinde ayıracağız. Bu sınıflandırma iki üst gruptan oluşmaktadır. Bu iki üst grup içinde de çeşitli alt gruplar mevcuttur. Kullandırma sözleşmelerinde hasarı, her alt grup yönünden ayrı ayrı inceleyeceğiz.

B. Kavram Sorunu

Kullandırma sözleşmeleri, “kullandırma ve yararlandırma sözleşmeleri”, “kullandırma ve yararlandırma hakkının devrini hedef tutan sözleşmeler” gibi değişik ifadelerle nitelendirilse de, esas olarak bir şeyin ya da bir hakkın, karşı tarafa kullandırılmasını amaçlamaktadır. Sözleşmenin amacı “kullandırma” olduğundan, kullanım da kullandırılan tarafın zaten yararına gerçekleşeceğinden, yararlanma kullanmanın içinde deyim yerindeyse erir ve kaybolur. Bu tip sözleşmelerde esas olan kullanmadır, yararlanma kullanmanın içinde, eşyanın tabiatı gereği zaten bulunur. Biz bundan dolayı kullandırma ve yararlandırma sözleşmeleri gibi ifadeler

yerine “kullandırma sözleşmeleri” ifadesini kavram bakımından daha doğru buluyoruz ve incelememizde kullandırma sözleşmeleri kavramını tercih ediyoruz.

C. Tanım Sorunu

Doktrinde kullandırma sözleşmelerini açıklamak için birtakım tanımlar yapılmıştır, ancak yapılan tanımlardan bazıları karışıklık yaratmaya müsaittir. Öyle ki, bu tanımlardaki ifade karışıklığı, kullandırma sözleşmelerinin karakteristik edimi konusunda kavram karmaşasına sebep olabilecek niteliktedir. Bundan dolayı kullandırma sözleşmelerindeki karakteristik edim olan çeşitli şekillerde kullandırma edimi, tanım ile uyumlayabilir ya da, kullandıran tarafın sözleşme konusu şey üzerindeki hakkının niteliği noktasında yanlışlar olabilir. Bu anlamda olmak üzere bir tanım; “*kullandırma sözleşmelerinin taraflardan birinin malik olduğu bir şeyi, diğer tarafa kullanması ve yararlanması amacıyla ivazlı veya ivazsız olarak vermeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir*”²³⁵ şeklindeki tanımdır. Bu tanımda, kullandırma sözleşmelerinde, sözleşme konusu şeyin, kullandıran tarafın mülkiyetinde bulunmasının zorunlu olması gibi bir anlam çıkmaktadır ki; kullandırma sözleşmelerinde asla böyle bir durum söz konusu değildir. Kullandırma sözleşmelerinde kullandıran taraf, sözleşme konusu üzerinde sınırlı aynı hakka, hatta nispi bir hakka bile sahip olabilir.

Kullandırma sözleşmelerinin tarifi yönünde karışıklığa yol açabilecek bir diğer tanım da “*kullandırma sözleşmelerinin bir şeyin geçici bir süre için karşılıklı ya da karşılıksız devrini amaçlayan sözleşmeler olduğu*” yönündeki tanımdır²³⁶. Bu

²³⁵ Feyzioğlu **Özel Hükümler a.g.e.** s. 22.

²³⁶ Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Bası, Turhan, Ankara, 2014, s. 25; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İleri, İzmir, 2014, s. 36.

Her iki eserde de, kullandırma sözleşmeleri için, “*bir şeyin geçici bir süre için ivazlı ya da ivazsız olarak karşı tarafa devrini amaçlayan sözleşmelerdir*” tanımı yapılmış ancak bir sonraki cümlede “*bu nedenle sözleşme konusu şeyin, sözleşmede öngörülen süre içinde karşı tarafın zilyetliğinde bulunması gerekir*” açıklaması yapılmıştır. Ancak ilk cümle tanım cümlesi olduğuna göre, sadece tanım cümlesindeki “*şeyin devredilmesi*” ifadesi, sanki şeyin mülkiyeti devrediliyormuş

tanımda da, sanki kullandırma sözleşmelerinde şeyin mülkiyetinin geçici bir süreliğine devredilmesi gerçekleşiyor anlamı çıkmaktadır. Oysa kullandırma sözleşmelerinin konusu olan şeyin kendisi, karşı tarafa devredilmez, ancak bu şeye ilişkin kullanım hakkı devredilir. Bunun dışında, her iki tanımda da, kullandırma sözleşmelerinin konusu “şey” ile sınırlı verilmiştir, oysa bir kullandırma sözleşmesi olan kullanım ödücünde bazı haklar da sözleşmeye konu edilebilir²³⁷.

O halde kullandırma sözleşmelerinin tam ve doğru tanımını şu şekilde yapabiliriz:

Kullandırma sözleşmeleri, bir şeyin ya da bir hakkın üzerindeki kullanma hakkının; geçici olarak, ivazlı ya da ivazsız şekilde devrini amaçlayan sözleşmelerdir.

D. Kullandırma Sözleşmelerinin Sınıflandırılması

Türk Borçlar Kanunu, sözleşme tiplerinin düzenlendiği özel borç ilişkileri başlıklı ikinci kısmında sözleşmeleri ayırırken, düzenlediği her sözleşme tipine bir bölüm numarası vermiş ve tipik olan yani, bünyesinde yer verdiği sözleşme tiplerini herhangi bir esasa göre kendi aralarında ayırmamıştır. Yani mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmeler, kullandırma sözleşmeleri, iş görme sözleşmeleri gibi başlıklandırmalar suretiyle bir ayırım, Türk Borçlar Kanunu’nda yapılmamış ancak bu başlıklandırmalara uygun bir sistematik izlenmiştir²³⁸. Yani; birinci bölümde satış sözleşmesi, ikinci bölümde mal değişim sözleşmesi, üçüncü bölümde bağışlama sözleşmesi ve devam eden diğer bölümlerde de diğer başka sözleşme tipleri düzenlenmiştir. Ancak kimi bölümlerde, bölüme ismini veren sözleşme tipinin bazı değişik çeşitleri “ayırım” şeklinde alt başlık olarak bölümlenmiştir. Örneğin, satış sözleşmesi bölümündeki alt ayrımlar olan bazı özel satış türleri, vekalet ilişkileri

gibi bir anlam çıkarılmaya müsaittir. Bundan dolayı tanım cümlesi, kullandırma sözleşmelerinin tanımı yönünden bir karışıklık yaratabilir.

²³⁷ Bu konu “**Kullanım Ödücü Sözleşmesi**” başlığı altında etraflıca inceleneceğinden, burada ayrıntıya girmiyoruz.

²³⁸ Örnek olarak; mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşme tipleri alt alta birbirleri ardına sıralanmıştır.

bölümünde alt ayrımlar olan vekalet sözleşmesi, kredi mektubu ve kredi emri, hizmet sözleşmeleri bölümündeki alt ayrımlar genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi, evde hizmet sözleşmesi şeklindedir.

Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda kullandırma sözleşmeleri adı altında bir bölüm bulunmamakla birlikte, kullandırma sözleşmelerinin çoğunluğu Türk Borçlar Kanunu kapsamına alınmışlar, Finansal Kiralama Sözleşmesi ise, ayrı bir kanun olan 6361 sayılı Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile düzenlenmiştir.

Kullandırma sözleşmeleri Türk Borçlar Kanunu'nda sistematik bir şekilde sınıflandırılmamış olsa da, doktrinde bazı yazarlar tarafından yalnızca ivazlı ve ivazsız kullandırma sözleşmeleri olarak ayrılmış²³⁹, ancak ivazlı ya da ivazsız olmanın, kullandırma sözleşmelerinin hangi alt grubuna girdiği konusunda bir sınıflandırma bu yazarlarca yapılmamıştır. *TANDOĞAN* ise, diğer yazarlardan şu noktada farklılık göstermektedir:

Kullandırma sözleşmelerinin ivazlı olanları kira sözleşmeleri, kural olarak ivazsız olanları ise ödünç sözleşmeleridir²⁴⁰. Buna göre kira sözleşmeleri de ödünç sözleşmeleri de kendi aralarında alt türlere ayrılırlar.

Kullandırma sözleşmelerini kira ve ödünç sözleşmeleri olarak ayırırken, bu ayrıma esas olan kullandırma ediminin bir karşı ediminin olup olmamasıdır. Bu karşı edim, kullandırma sözleşmesinin ivazlı olması anlamına gelir. Kullandırma edimi ivazlıysa²⁴¹ kira türünden bir sözleşme, kullandırma edimi ivazsız ise kullanım ödünç sözleşmesi söz konusu olur.

²³⁹ Feyzioğlu **Özel Hükümler a.g.e.** s. 22 vd; Aral, **Ayrancı a.g.e.** s. 48; Yavuz **a.g.e.** s. 7.

²⁴⁰ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt1/2**, Dördüncü Basım, Vedat, İstanbul, 2008, s.1 vd.

²⁴¹ Kira sözleşmelerinde ivaz olan karşı edim; yani kira bedeli genelde bir miktar para olmakla birlikte, kira bedelinin para olması şart değildir. Ancak kira bedelinin ne olduğu, sözleşmeye atipik sözleşme kimliği de kazandırabilir. Bu konuyu ileride ayrıntılı olarak kiracının borçlarını incelerken tartışacağız.

Kullandırma sözleşmelerini kira ve ödünç sözleşmeleri şeklinde, kullandırma ediminin ivazlı olup olmamasına göre ayıran sınıflandırma; gerçekten kullandırma sözleşmelerini sistematik olarak en anlaşılır şekilde ayıran yöntemdir. Çünkü bu sınıflandırma, öncelikle kullandırma sözleşmelerini bir ivaz karşılığında olup olmamasına göre ayırmış ve daha sonra da ivazlı olanlar ile ivazsız olanları kendi içlerinde alt ayrımlara tâbi tutmuştur.

Kira sözleşmeleri ve ödünç sözleşmeleri, yukarıda bahsettiğimiz üzere kendi aralarında alt türlere ayrılır. Buna göre kira sözleşmeleri kira sözleşmesi, ürün kirası sözleşmesi ve finansal kiralama sözleşmesi olarak ayrılırlar. Ödünç sözleşmeleri ise, kullanım ödünç sözleşmesi ve tüketim ödünç sözleşmesi olarak ayrılırlar. Ancak bu ayırım, kullandırma sözleşmelerinin tipik olan türleri içindeki ayırımdır. O halde kullandırma sözleşmeleri ivazlı ise kira türünden sözleşmeler, veya atipik (karma) kullandırma sözleşmeleri, ivazsız ise ödünç sözleşmelerinden söz edilir. Biz incelememizde, tüm bu sözleşme tipleri yönünden hasar sorununu inceleyeceğiz.

E. Kullandırma Sözleşmelerinde Hasara Genel Bir Bakış

Yukarıda sınıflandırdığımız kullandırma sözleşmelerinde hasar sorununun incelenebilmesi için, önce tarafların edimlerinin kusursuz olarak imkansızlığı durumunu incelemek gerekir. Bu belirleme yapılmalıdır ki, hasar sorunu ortaya çıksın. Bu durum, incelememizin ilk bölümünde belirttiğimiz üzere, sırf kullandırma sözleşmeleri için değil, tüm sözleşme tipleri için geçerli bir durumdur. Biz bu başlık altında kullandırma sözleşmelerinde hasar sorununu ne şekilde inceleyeceğimizi belirteceğiz. İlerleyen bölümlerde ise, her kullandırma sözleşmesi tipinde kusursuz imkansızlık ve hasar sorunlarını ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Kullandırma sözleşmelerinde hasar sorunu, öncelikle kullandırma sözleşmelerinde kusursuz imkansızlık durumunun gerçekleşmesini zorunlu kılar. Bu noktada incelenmesi gereken ise, sözleşmenin taraflara yüklediği asli edimlerin ne olduğudur. Bu aşamadan sonra ise, incelenmesi gereken; sözü geçen asli edimlerin kusursuz imkansızlık nedeniyle yerine getirilememesidir. Çünkü ancak sözleşmenin yüklediği asli edim kusursuz olarak imkansızlaştığında, borç ilişkisi sona erer. Şu

halde, kullandırma sözleşmeleri yönünden kusursuz imkansızlığın konusu olabilecek ve dolayısıyla hasar sorununa sebep olabilecek asli edimlerden karakteristik edim “kullandırma edimidir”. Kullandırma sözleşmesinin türüne göre de, eğer bir tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme mevcutsa, karşı edim “para edimidir”. Ancak atipik bir kullandırma sözleşmesinde ise, karşı edim para değil, “para dışında başkaca bir edimdir”.

İlk bölümde ayrıntılı olarak söz ettiğimiz üzere; eğer bir tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme değil de, eksik iki tarafa borç yükleyen bir kullandırma sözleşmesi mevcut ise, burada bir karşı edim söz konusu olmaz. Dolayısıyla eksik iki tarafa borç yükleyen bir kullandırma sözleşmesi mevcut ise, burada yalnızca edim hasarından söz edilir.

II. Kira Sözleşmelerinde Hasar

A. Kira Sözleşmesi Kavramı

Türk Borçlar Kanunu'nun Dördüncü Bölüm başlığı "Kira Sözleşmesi" başlığını taşır. Bu bölümün Birinci Ayrımında "Genel Hükümler", İkinci Ayrımında "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları" Üçüncü Ayrımında da "Ürün Kirası" düzenlenmiştir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nun Dördüncü Bölüm başlığı olan Kira Sözleşmesi kanun koyucu tarafından geniş anlamda kullanılarak, hem dar anlamda (adi) kira sözleşmesini, hem de ürün kirası sözleşmesini içine almaktadır. Ancak Dördüncü Bölümün iki alt ayrıma (genel hükümler-konut ve çatılı işyeri kiraları) ayrılarak, Ürün Kirasının ise Beşinci Bölümde ayrı olarak incelenmesi daha isabetli olurdu²⁴². Çünkü kira sözleşmesinin genel hükümleri ile konut ve çatılı işyeri kiraları, esas olarak birbirlerinden farklı olmamakla birlikte, ayrımın temelinde "sözleşme konusu şeyin kullanım amacı" bulunmaktadır²⁴³. Buna göre, sözleşme konusu bir konut ya da çatılı işyeri ise, kanundaki konut ve çatılı işyeri kiralarına ait özel hükümler uygulanacaktır²⁴⁴. Yani kira sözleşmesinin genel hükümleri ile konut ve çatılı işyeri kiraları, aynı sözleşme tipine ait fakat farklı durumları düzenleyen hükümlerdir. Dolayısıyla, bir konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesi ile konut

²⁴² Mustafa Alper Gümüş, **Yeni "6098" Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299- 356)**, Vedat, İstanbul, 2012, s. 4.

²⁴³ Herdem Belen, **Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesi Türleri İle Genel Hükümler Uyarınca Kiraya Veren Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler**, İstanbul Barosu Dergisi (s. 106-137), Mayıs- Haziran 2013, Cilt:87; Sayı: 2013/3, s. 108.

²⁴⁴ Bununla birlikte TBK m. 339 uyarınca konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanacaktır.

Bu durum, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümleri, kanun koyucunun genişlettiği izlenimi verir. Çünkü bu hükümle taşınır yönünden de konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanabilir. Ancak, TBK m. 339/II uyarınca ise, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler, niteliği gereği geçici kullanıma tahsis edilmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmaları halinde uygulanmaz. Kanun koyucu bu düzenleme ile de konut ve çatılı işyeri kiralarına ait hükümlerin uygulama alanını daraltmıştır. M. Murat İnceoğlu, **Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Yenilenmesi**, s. 245-260) Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, (Derleyen: Doç.Dr. Murat İnceoğlu) Oniki Levha, İstanbul, 2012, s. 247, 248.

ve çatılı işyeri dışındaki bir şeye ilişkin kira sözleşmesinin objektif esaslı noktaları aynıdır. Ancak ürün kirası ise, kira sözleşmesinden objektif esaslı noktaları itibariyle ayrılır.

Adi kira sözleşmesi deyimini, esasen 818 s. Borçlar Kanunu dönemine ait bir deyim olduğundan bizi incelememizde bu ifadeyi kullanmayı tercih etmiyoruz. Kaldı ki, 818 s. Borçlar Kanunu döneminde de bu deyim 6570 s. Kanun dışında kalan kira sözleşmeleri için kullanılmaktaydı. Oysa görmekteyiz ki, adi kira sözleşmesi deyimini, bugün hala her ne kadar kanunda olmasa da doktrinde konut ve çatılı işyeri kiralarından ayırt edilmek amacıyla kullanılmakta, ancak 818 s. Borçlar Kanunu dönemindeki anlamından farklı bir içerikle kullanılmaktadır. 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, adi kira sözleşmesi deyimini kullanan yazarlar, esasında ürün kirası dışında kalan, “alelade” kira sözleşmesini ifade etmektedirler. Ancak bu ifade, kanaatimizce akıllara 818 s. Borçlar Kanunu'ndaki farklı anlamda kullanılan adi kirayı getirebileceğinden²⁴⁵ ve halen 818 s. Kanun ile 6570 s. Kanun kiracısı tacir olan kira ilişkileri yönünden yürürlükte geçici olarak olduğundan, ve de 6098 s. Türk Borçlar Kanunu artık “adi kira” deyimini barındırmadığından “adi kira sözleşmesi” ifadesini karışıklığa yol açmamak için kullanmayacağız. Biz bu kavram yerine çatı kavram olarak tüm kira türünden sözleşmeler için çatı kavram olarak “**geniş anlamda kira sözleşmeleri**” kavramını esas alıyoruz. Bu çatı kavramın altında “**kira sözleşmesi**”, “**ürün kirası sözleşmesi**” bulunmaktadır.

Sonuç olarak biz ürün kirasından farkını ortaya koyabilmek adına (adi) kira sözleşmesi kavramını belirtmek üzere “**kira sözleşmesi**” deyimini kullanacağız.

B. Kira Sözleşmesinin Tanımı ve Türk Borçlar Kanunu'nun Bu Konudaki Sistematiği

Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanmasını veya bununla birlikte yararlanmasının kiracıya bırakıldığı, bunun karşılığında da kiracının kararlaştırılan

²⁴⁵Konut ve çatılı işyeri olmayan yerlere ilişkin kira sözleşmesi.

kira bedelini ödemeyi borçlandığı bir sözleşmedir. Bu, TBK 299’da kira sözleşmesi için kanun koyucunun verdiği tanımdır. Kanun koyucu bu tanımla hem kira sözleşmesini hem de ürün kirası sözleşmesini içine alan bir tanım vermeye çalışmıştır²⁴⁶. TBK m. 299 hükmünün madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, kira sözleşmesinin tanımında kullanmayla beraber yararlanmanın da kiracıya bırakılması yönündeki tanım değişikliğinin, kanun koyucunun hem kira sözleşmesini hem de ürün kirası sözleşmesini kapsayacak ortak bir tanım vermesinden kaynaklanmaktadır. Ancak kanaatimizce kanun koyucunun bu iki sözleşme için ortak bir tanım maddesi vermesi yerinde değildir. Çünkü her ne kadar iki sözleşme de kira türünden sözleşme olsalar da, iki sözleşme tipinin de objektif esaslı unsurları birbirinden farklıdır. Kira sözleşmesinin konut ve çatılı işyerine ilişkin olması ile genel hükümlere ilişkin olması, daha önce belirttiğimiz üzere sözleşme konusunun kullanım amacı ile ilgilidir, yoksa sözleşmenin esaslı unsurları yönünden bir fark yoktur. Bundan dolayı ortak bir tanım vermek, tanımın yanlış olmasına sebep olur.

Ayrıca tanımda, şeyin kullanılmasıyla birlikte şeyden yararlanmanın da kiracıya bırakılması deyimini bize göre bir mantık hatası barındırmaktadır. Çünkü kullanma deyimini zaten yararlanmayı da kapsamaktadır. Kira sözleşmesinin tanımında kullanmayla beraber yararlanmanın da kiracıya bırakılmasının, 6098 s. Türk Borçlar Kanunu’ndaki yeniliklerden biri olduğundan bahsedilmiştir²⁴⁷. Ancak ürün kirası sözleşmesinde TBK m. 357 uyarınca şeyden yararlanma değil, ürün veren

²⁴⁶ M. Murat İnceoğlu, **Kira Hukuku Cilt I** Oniki Levha, İstanbul, 2014, s. 7, 8.

Bu tanımın yalnızca kira sözleşmesini kapsadığı yönünde: Duygu Koçak Diker “**Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sonuçları**” (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul, 2013, s. 6, 7.

Ancak bu tanımın yalnızca kira sözleşmesi için yapıldığı bizce düşünülemez. Çünkü ilk olarak zaten madde gerekçesinde tanımın bütün kira türleri için yapıldığı açıkça belirtilmiştir. Bundan başka ise, tanım maddesindeki “kullanma yanında yararlanmanın da kiracıya bırakılması” ifadesi tanımın içine ürün kirasının da alındığı anlamına gelir. Ancak metin içindeki açıklamalarımız doğrultusunda, bu ifade yine de yerinde değildir.

²⁴⁷ M. Murat İnceoğlu, **Kira Hukuku Cilt I** Oniki Levha, İstanbul, 2014, s. 7, 8.

bir şey veya “*hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesi*”²⁴⁸” söz konusudur. İşte bu iki sebepten ötürü, TBK m. 299’da kira sözleşmesi ve ürün kirası sözleşmesi için yapılan tanım pek isabetli değildir. Öte yandan kaynak OR. 253’te kira sözleşmesi için verilen tanımda da; şeyin kullanılmasının bırakılması söz konusu olup²⁴⁹, şeyden yararlanmanın bırakılması gibi bir ifade mevcut değildir. OR. 275’te ise, ürün kirası sözleşmesi için ayrı bir tanım verilmiştir. Yani görüldüğü üzere, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun kira sözleşmesi ve ürün kirası sözleşmesine ait tanımlar, her iki sözleşmenin kendisine ait olan tanım maddelerinde, ayrı ayrı verilmiştir. Sonuç olarak TBK m. 299’da verilen tanım kanaatimizce yanlış bir tanımdır.

Ayrıca TBK m. 299’daki verilen tanım, yanlış olmasının yanı sıra, önemli bir eksikliği de bünyesinde barındırmaktadır. Bu eksiklik; tanımın şey veya hak üzerinden değil yalnızca şey üzerinden yapılmış olmasıdır. Oysa her ne kadar biz isabetsiz bulsak da, kanun koyucu kira ve ürün kirasının tanımını aynı maddede vermiş, ancak bu ortak tanımı “şeye” indirgemiş; sonuçta da TBK m. 299’da ürün veren bir hakkın da sözleşmeye konu olabileceği göz ardı edilmiştir²⁵⁰. Bu noktada kanun koyucunun TBK m. 299’da yaptığı tanım, yanlış olmakla birlikte eksik bir tanımdır. Doktrinde de haklı olarak bu tanım eleştirilerek, “hatalı ve işlevsiz” bir tanım olduğu vurgulanmıştır²⁵¹.

Kanun koyucunun bu şekilde zorlama bir tanımla kira sözleşmesini ve ürün kirası sözleşmesini Dördüncü Bölüm kapsamı içine alma çabası, kanaatimizce yukarıda belirttiğimiz mantık hatasıyla birlikte yine yukarıda belirttiğimiz TBK m. 357 ile örtüşmeyen, çelişkili bir tanım olmuştur. Yani, TBK m. 357’de verilen ürün

²⁴⁸ Devşirme kelimesi; “toplanma, bir araya getirilme” anlamına gelmektedir; TDK Güncel Türkçe Sözlük,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.533a6e24a09629.28598828 (01.04.2014)

²⁴⁹Hermann Becker (Çev: Dr. A. Suat Dura) “**İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**”, s . 239.

²⁵⁰Oysa, ürün veren hakkın ürün kirasına konu olabilmesi, TBK m. 357 uyarınca ürün kirasının temel özelliklerindedir. Ürün kirasıyla ilgili geniş açıklamaları “**B. Ürün Kirası Sözleşmelerinde Hasar**” başlığı altında yapacağız.,

²⁵¹ Gümüş **Kira Sözleşmesi a.g.e.** s. 22, 23.

kirasının tanımıyla, hem (adi) kira sözleşmesini hem de ürün kirasını kapsayan tanım maddesi TBK m. 299, birbiriyle uyumlu değildir. Kanun koyucu kira sözleşmesi başlıklı bölümü düzenlerken, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin kurallarını temel olarak benimsemiş ancak kaynak kanunun konuya ilişkin diğer bazı önemli hükümlerini bünyesine almak yerine 6570 S. Kanun hükümlerini bu boşluklara aynen yerleştirerek, deyim yerindeyse “kırma” bir kira sözleşmesi sistemi öngörmüştür²⁵². Bu anlayış, kira sözleşmesinin tanım maddesindeki bu çelişkiye neden olmuştur.

Şu halde bu paragraf içinde vardığımız iki önemli sonucu kısaca toparlamak gerekirse:

- Tanım yönünden kira sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda yanlış ve eksik tanımlanmıştır. Oldukça önemli ve bir o kadar olumlu değişiklikler içeren 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nda, kira sözleşmesinin tanımının yanlış yapılması düşündürücüdür. Öte yandan kira ve ürün kirasını aynı maddede tanımlama eğilimi olan kanun koyucu, söz konusu tanım maddesi TBK m. 299'da belirttiğimiz üzere sözleşme konusunu yalnızca eşya üzerinden belirlemiş, hakların da (bu tanımda tanım ürün kirasını da kapsadığı için) tanımdaki sözleşme konusu olarak yer alması gerektiğini atlamıştır. Kaldı ki bizce, TBK m. 299'daki tanım maddesi yalnızca kira sözleşmesine ait olmalıdır. Çünkü “İkinci Ayrımda” TBK m. 357'de zaten ürün kirası sözleşmesinin tanımı yapılmıştır.
- Sistematik olarak ise, kanun koyucu “Dördüncü Bölüm” başlığı altında iki ayırım öngörmeli idi. Buna göre Dördüncü Bölümün Birinci Ayrımı “Genel Hükümler”, İkinci Ayrımı ise “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” olmalı idi. Ürün kirası sözleşmesi ise, Beşinci Bölüm adı altında ayrı bir bölüme konularak düzenlenmeli idi. Bu şekildeki bir sistematik, kanaatimizce daha kolay anlaşılır bir sistematik olurdu.

²⁵² Gümüş **Kira Sözleşmesi a.g.e.** s. 2.

Son olarak kavram yönünden bir eleştirimiz ise; kira sözleşmesi bölüm başlığı altında birinci ayırım genel hükümler²⁵³ ile, ikinci ayırım konut ve çatılı işyeri kirası ayırımlarının, kendi aralarında kavram olarak pek uyumlu olmamalarıdır. İkinci ayırım olan “konut ve çatılı işyeri kirası” sanki başka bir sözleşme tipiymiş gibi bir başlık taşımaktadır.

Bu nedenlerle;

- İlk ayırımın başlığı “genel hükümler” ise, ikinci ayırımın başlığının “konut ve çatılı işyeri kiralarna uygulanacak hükümler” olması daha yerinde olurdu.
- Yok eğer ikinci ayırımın başlığı “konut ve çatılı işyeri kirası” ise, bu sefer ilk ayırımın başlığının “kira sözleşmesi”, bölüm başlığının da mesela “geniş anlamda kira sözleşmesi” olması daha yerinde ve kendi içinde uyumlu olabilirdi. Ancak kanunun mevcut halinde, dördüncü bölümün ilk ayırımı genel hükümler iken, ikinci ayırımın sanki başka bir sözleşme tipi imiş gibi “konut ve çatılı işyeri kirası” şeklinde yazılması, bizce yerinde olmadığı gibi, kendi içinde uyumlu da olmamıştır.

C. Kira Sözleşmesinin Özellikleri

Kira sözleşmesi, tipik²⁵⁴ bir sözleşmedir. Türk Borçlar Kanunu’nda objektif esaslı noktaları, hükümleri ve sonuçlarıyla düzenlenmiştir.

²⁵³İnceoğlu tarafından “*Türk Borçlar Kanunu’nun sistematik açıdan ilk göze çarpan özelliğinin 818 s. Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak, kira sözleşmesine ilişkin dördüncü bölümün ilk ayırımının adi kira sözleşmesine değil genel hükümlere ait olduğu*” belirtilmiştir, İnceoğlu **Kira Hukuku Cilt I**, s. 3. Ancak, yeni düzenlemedeki genel hükümlerle, eski düzenlemedeki adi kira sözleşmesi arasında içerik yönünden bir farklılık bulunmamaktadır. Her ikisi de, konut ve çatılı işyeri dışında kalan kiralari kapsamaktadır.

²⁵⁴ Doktrinde bazı yazarlar atipik ve isimsiz sözleşmeleri anlamdaş olarak kullanırken, bazı yazarlar da atipik sözleşme ile isimsiz sözleşmenin farklı anlamda olduklarını savunurlar. Bu iki kavramın

Kira sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Yani, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını birbirlerine yöneltmeleriyle birlikte kira sözleşmesi kurulur. Bu bakımdan herhangi bir şekil şartı da yoktur. Ancak bazı kira sözleşmeleri için kanun tarafından özel olarak resmi şekil aranır²⁵⁵. Bu tip kira sözleşmelerinde aranan resmi şekil geçerlilik şeklidir. Çünkü TBK m. 12/I uyarınca kanunda bir sözleşme için şekil öngörüldüyse, bu kural olarak geçerlilik şeklidir.

Kira sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşmedir. Sözleşme süreli ya da süresiz olabilir. Ancak sözleşme süreli de olsa süresiz de olsa önemli olan edimin sürekli olduğudur. Yani, tarafların karşılıklı edimlerin ifasından doğan menfaatleri, tek bir ifa eyleminde değil, belirli zamanlarda yapılan ifa eylemlerindedir.

farklı olduğu konusundaki açıklamalar için bkz: Erden Kuntalp, “**Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**”, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, 7 vd,

Ancak biz bu iki kavramın farklı anlamlarda kullanılmaması gerektiğini, çünkü bu iki kavramın esasında aynı anlama geldiğini düşünüyoruz. Bunların farklı anlama geldiği düşüncesi, isimsiz sözleşmelerin kanunda objektif esaslı noktalarının düzenlenmemesi anlamına gelir. Atipik sözleşme ise, kanun ya da uygulama tarafından bir sözleşmenin tipeleşmediği anlamına gelir. Dolayısıyla bu görüş uyarınca bir sözleşme isimsiz ise atipik olmak zorunda değildir ve tipik olabilir. Ancak bir sözleşmenin tipeleşmesinin objektif bir ölçütü olup olmadığı konusunda biz temkinli düşünüyoruz ve tipeleşmenin hangi objektif ölçütlere göre belirlenebileceği konusunun gri bir nokta olduğunu kanaatindeyiz. İşte bundan ötürü de, bu iki kavramın aralarında fark gözetilmeden kullanılması gerektiğini düşünüyoruz.

Bunun yanında atipik sözleşme kavramını, isimsiz sözleşme kavramına tercih ediyoruz. Bunun sebebi de; kanunda düzenlenmese de, her sözleşmenin bir isme sahip olması ve o isimle anılması, ancak kanunda düzenlenmeyen sözleşmelerin doğal olarak kanundaki sözleşme tiplerine uymaması, onlar içine tam olarak oturtulamamasıdır. Bundan dolayı atipik sözleşme deyimi, konuyu daha iyi ifade etmektedir.

²⁵⁵ Bu kira sözleşmeleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu; 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu; 5846 sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu; 2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu ve Vakıflar Kanununa göre akdedilen kira sözleşmeleridir. Bunların noterde resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Bu konu hakkında ayrıca Yargıtay kararı için bkz: **YHGK; T:22.12.2010; 2010/6-659 E.; 2010/682 K.**, www.kazanci.com.tr (10.03.2014)

Kira sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen²⁵⁶ başka bir deyişle sinallagmatik bir sözleşme olduğundan, tarafların her ikisi de hem alacaklı hem de borçludur. Kira sözleşmesinin bu niteliği itibariyle, kiraya veren sözleşme konusunun kullanımını kararlaştırılan süre için kiracıya bırakmayı borçlanırken, bunun karşılığında kiracı da kararlaştırılan kira bedelini kiraya verene ödemeyi borçlanır. Görüldüğü üzere tarafların edimleri değiş tokuş ilişkisi içindedir. Kira sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen karakterinin sonucu olarak, kira sözleşmelerinde hasar ileride ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere hem edim hasarı hem de karşı edim hasarı olarak kendini gösterir.

1. Kira Sözleşmesinin Koşula Bağlı Olarak Kurulması Sorunu

Koşul, tarafların ileride gerçekleşip gerçekleşmemesine sonuç bağladıkları şüpheli olaydır²⁵⁷. Başka bir deyişle sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başlamasının ya da sözleşmenin sona ermesinin bağlandığı, meydana gelmesi muhtemel olaya koşul, buna bağlı işleme de koşula bağlı işlem denir²⁵⁸.

²⁵⁶ 6098 s. TBK m. 136/II'de "karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler" denilmiştir. Ancak kanaatimizce tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme terimi, daha yerindedir. Çünkü tam iki taraf borç yükleyen sözleşme terimi kullanıldığında, eksik iki taraf borç yükleyen sözleşmelerle bir kavram bütünlüğü sağlanmış olur.

²⁵⁷ von Tuhr **İkinci Cilt a.g.e.** s. 792; Zimmermann **a.g.e.** s. 717; Kemal Tahir Gürsoy, **Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet** AÜHFD. 1954 C.11, S.1-4, s. 371; Oğuzman, Öz **a.g.e.** s. 478; Tekinay, Akman, Burcuoğlu Altop, **a.g.e.** s. 328 Aybay **a.g.e.** s. 174; Lale Sirmen **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, 1992, s. 1 vd.; Gökyayla (**Hatemi**) **a.g.e.** s. 343; Tunçomağ **Özel Hükümler Cilt I a.g.e.** s. 991 vd.; Kılıçoğlu **a.g.e.** s. 738; Serozan **Borçlar Genel a.g.e. s. 58 vd.;** Reisoğlu **a.g.e.** s. 449; Akıncı **a.g.e.** s. 268; Erdoğan **a.g.e.** s. 201.

²⁵⁸ von Tuhr **Cilt II a.g.e.** s. 792; Zimmermann **a.g.e.** s. 717; Gürsoy **a.g.m.** s. 371; Oğuzman, Öz **a.g.e.** s. 478; Tekinay, Akman, Burcuoğlu Altop, **a.g.e.** s. 328; Aybay **a.g.e.** s. 174; Sirmen **a.g.e.** s. 1 vd.; Gökyayla (**Hatemi**) **a.g.e.** s. 343; Tunçomağ **Cilt I a.g.e.** s. 991 vd.; Kılıçoğlu **a.g.e.** s. 738; Serozan **Borçlar Genel a.g.e. s. 58 vd.;** Reisoğlu **a.g.e.** s. 449; Akıncı **a.g.e.** s. 268; Erdoğan **a.g.e.** s. 201.

2. Geciktirici Koşula Bağlı Kira Sözleşmeleri

6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nda kira sözleşmesinin geciktirici koşula bağlı olarak kurulabilmesini engelleyen bir hüküm yoktur²⁵⁹. Geciktirici koşula bağlanmış kira sözleşmeleri özellikle henüz inşaat halindeki taşınmazların kiralınmasında söz konusu olur.

İNCEOĞLU'na göre bu türden kira sözleşmelerinde, gerekli izin ve ruhsatların makul sürede alınmaması halinde, sözleşme kendiliğinden geçersiz hale gelir²⁶⁰. Oysa bize göre böyle bir durumda sözleşmenin kendiliğinden geçersiz hale gelmesi söz konusu olmaz. Çünkü geciktirici koşula bağlı bir sözleşme geçerli olarak kurulmakla birlikte, sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başlaması geciktirici koşul meydana gelene kadar söz konusu olmayacaktır. Geciktirici koşulun meydana gelmesiyle beraber, sözleşme hükümlerini doğurmaya başlayacaktır. Şu halde, henüz inşaat halindeki bir taşınmaza ilişkin bir kira sözleşmesi inşaatın tamamlanması geciktirici koşuluna bağlanarak kurulduysa, inşaat makul sürede tamamlanmazsa da kira sözleşmesi geçerlidir. Bunun sebebi de, geciktirici şart kavramının içinde gizlidir. Geciktirici şart ile “geciktirilen”, sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başlamasıdır. Bundan dolayıdır ki, geciktirici şartla bağlı bir kira sözleşmesi hükümlerini, geciktirici şart meydana gelene kadar doğurmaya başlamaz, ancak sözleşme geçerli olarak kurulmuştur. Bu sebeple biz, *İNCEOĞLU*'nun inşaatın tamamlanması geciktirici koşuluna bağlı kira sözleşmesinin, inşaatın makul sürede tamamlanmaması halinde kendiliğinden geçersiz olduğu yönündeki görüşüne katılmıyoruz.

Bize göre, henüz inşaat halindeki bir taşınmaza ilişkin kira sözleşmesi, “inşaatın tamamlanması ya da gerekli izin ve ruhsatların alınması” geciktirici koşuluyla kurulduğunda ve geciktirici koşul meydana gelmediğinde çözüm şu şekilde olmalıdır:

²⁵⁹İnceoğlu. **Kira Hukuku Cilt I a.g.e.** s. 35; Acar **a.g.e.** s. 109; Efrail Aydemir, **Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Hukuku**, Ankara, 2012, s. 64.

²⁶⁰İnceoğlu **a.g.e. Kira Hukuku Cilt I** s. 35.

- İlk olarak, kira sözleşmesinin bağlandığı geciktirici koşul makul sürede meydana gelmediği için sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olduğu sonucuna varılamaz.
- Kira sözleşmesinin inşaatın tamamlanması ya da gerekli izin ve ruhsatların alınması geciktirici koşuluna bağlanması durumu, incelememizin ilk bölümünde önceki imkansızlık başlığı altında bahsi geçen “ifası sözleşme kurulduğunda imkansız olan edimin, ifa tarihinde mümkün hale gelmesi” durumunun aynısıdır.
- Bu durumda kira sözleşmesi kurulduğu anda edimin imkansız olması durumunda, sözleşmenin, edimin imkansızlığının ileride ortadan kalkacağı ihtimali gözetilerek kurulması halinde, edimin imkansızlığı ortadan kalktığında sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürülememesi gerekir²⁶¹. Bu şekildeki bir kira sözleşmesi de, zaten ileride inşaatın tamamlanması ya da gerekli izin ya da ruhsatların alınması gözetilerek kurulmuştur.
- Bu durumda, edim ancak “ifa tarihinde mümkün hale gelmediyse” sözleşmenin geçersizliği söz konusu olur. Bu geçersizlik de, edimin önceki imkansızlığının yol açtığı geçersizliktir. *İNCEOĞLU* ise geciktirici koşula bağlanmış kira sözleşmesinin, koşul makul sürede gerçekleşmezse kendiliğinden geçersiz hale geleceğini belirtmektedir²⁶². Oysa, burada geçersizlik kanaatimizce, az önce belirttiğimiz üzere edimin (inşaat tamamlanamadığı ya da ruhsat alınamadığı için edimin ifa tarihinde mümkün hale gelmemesi) önceki imkansızlığının ifa tarihinde de devam etmesinden kaynaklanan bir durumdur.

²⁶¹von Tuhr,*Cilt I a.g.e.* s. 268; Sungurbey,*a.g.e.*, s. 1233; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, *a.g.e.* s. 405; Eren *Genel Hükümler,a.g.e.* s. 329; Renda, Onursan *a.g.e.*, s. 132.

²⁶²İnceoğlu, *Kira Hukuku, Cilt I a.g.e* s. 35.

Geciktirici koşulun varlığı sözleşmenin yürürlüğe girmesini geciktirse de, Yargıtay geciktirici koşula bağlı kira sözleşmesinin hükümlerini doğurmaya başladığı zamana ilişkin verdiği bir kararında, koşul henüz gerekleşmemişken tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye başlaması üzerine “*geciktirici koşul henüz gerçekleşmeden kiralananın fiilen kullanımı söz konusuysa,*

bu durumda fiili kullanım anından itibaren sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başladığına” yerinde olarak hükmetmiştir²⁶³.

²⁶³ Y. 19. H.D. 29.11.2004 T. 2393 E./11736 K. www.kazanci.com (17.06.2014)

“Davacı vekili, davalının dava dışı Selahattin Şerefoğlu ve arkadaşlarına ait taşınmazı 1.12.1999 tarihli sözleşme ile kiraladığını ve kira bedeli olarak adı geçenlere 1.200.000.USA ödemede bulunduğunu, bu ödemenin 20 aylık kira alacağına mahsubunun kararlaştırıldığını, akit devam ederken taşınmazı satın aldıklarını ve 20 aylık ödemeye ilişkin mahsubun bitmesinden sonra kira akdindeki aylık kira bedelinin kendilerine ödenmesi gerektiği halde davalının bu ödemeyi yapmaktan kaçındığını, Ekim 2001 yılına ait 74.230 USA kira alacağının tahsili için başlatılan icra takibine itiraz edildiğini iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, kira akdinin taşınmazın kullanma ruhsatının alınması halinde yürürlük kazanacağını kararlaştırıldığını, bu nedenle akdin henüz yürürlüğe girmediğinden davacıya kira borçları bulunmadığını beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davacı kiralayanın, kiraya konu taşınmazın kullanma ruhsatını temin edemediği ve taşınmazı BK.'nın 249. maddesindeki şartlara uygun olarak davalıların hizmetine süremediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı Tansaş ile dava dışı Selahattin Şerefoğlu ve arkadaşları arasında aylık kira bedeli 74.230 USA olan bir sözleşme imzalandığı, bu sözleşme uyarınca kiralayanlara 1.200.000.USA peşin ödemede bulunduğu ve ödemenin aylık kira bedeline 20 ay boyunca mahsup edileceği, kira akdinin kullanma ruhsatı tarihinden itibaren 10 yıl süre ile geçerli olacağı kararlaştırılmış ve taşınmaz daha sonra davacı tarafından satın alınmıştır.

Davalı Tansaş taşınmazı 22.12.1999 tarihinde Belediyeden almış olduğu "Sihhi İşyeri Açma ve Çalıştırma Ruhsatı" ile fiilen kullanmaya başlamış ve çalışma ruhsatını 3.1.2001 tarihinde yenilemiş, akit 22.3.2002 tarihinde tahliye ile sona ermiştir. Bu süreler içinde davalının taşınmazı kullanımına hiçbir müdahale olmamıştır.

Bu durumda kira akdi 22.12.1999 tarihinde fiilen yürürlüğe girmiş olup, davalı Tansaş "kira akdinin taşınmazın kullanma ruhsatı alınmasından itibaren yürürlüğe girmesine" ilişkin hükmü tadil etmiştir. Peşin ödenen 1.200.000 USA'nın 20 ay boyunca mahsup işlemi Ağustos 2001 sonunda bitmiş olup, davalı taşınmazı bu aydan sonra nizasız olarak kiracı sıfatı ile kullanmaya devam

3. Bozucu Şart ya da Olguya Bağlı Kira Sözleşmeleri

Kira sözleşmesinin sona ermesinin bozucu şarta ya da bir olguya bağlanması, tahliye sebeplerinin sınırlılığı kuralı karşısında, oldukça dikkat edilmesi gereken bir husustur. Kiraya verenin tahliye sebeplerinin sınırlılığı kuralını dolanmak amacıyla kira sözleşmesinin sona ermesini bozucu şarta ya da bir olguya bağlamak suretiyle kira sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiğini ileri sürmesinin önüne geçilmelidir²⁶⁴.

Bazı durumlarda ise, kira sözleşmesinin sona ermesinin bozucu şarta ya da bir olguya bağlanması zorunlu olarak karşımıza çıkar²⁶⁵. Bu durumlardan çok sık görülenleri, üniversitenin öğrencilerine kiraladığı yurt odaları ile bir iş yerinin çalışanlarına kiraladığı lojmanlarıdır²⁶⁶. İş yerinin çalışanlarına lojman kiralaması durumunda, TANDOĞAN, “kira sözleşmesinin iş sözleşmesinin bir unsuru olduğu ve bundan dolayı da iş sözleşmesi sona erdiği anda kira sözleşmesinin de sona ereceğini” belirtmektedir²⁶⁷. Aynı yolu kanaatimizce, üniversitenin öğrencilerine kiraladığı yurt odaları için de izleyebiliriz. Şu halde, üniversite öğrencilere yurt odası kiraladığında, , kira sözleşmesi öğrenci ile üniversite arasındaki okul sözleşmesinin bir unsurudur. Bundan dolayı da, öğrencilik sona ermesiyle birlikte, yurt odasına ilişkin kira sözleşmesi de sona erecektir.

ettiğinden akit ile belirlenen kira bedelini ödemekle yükümlüdür. Mahkemece açıklanan yönler gözetilmeden yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davacı yararına takdir edilen 375.000.000.-TL. duruşma vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 29.11.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

²⁶⁴İnceoğlu,Kira Hukuku Cilt II a.g.e. s. 183.

²⁶⁵İnceoğlu,Kira Hukuku Cilt II a.g.e. s. 184.

²⁶⁶ Tandoğan,Cilt 1/2 a.g.e. s. 17, 18; İnceoğlu Kira Hukuku Cilt 2 a.g.e. s. 184.

²⁶⁷ Tandoğan,Cilt 1/2 a.g.e. s. 17, 18.

Ancak bir kimsenin çocuğunun yurt dışından yurda dönüş yapması bozucu şartına dayanarak kira sözleşmesi yapılması mümkün değildir²⁶⁸. Çünkü kira sözleşmesinin ihtiyaç sebebiyle sona erdirilmesi, TBK m. 350/I hükmünde özel olarak düzenlenen bir tahliye sebebidir²⁶⁹. Tahliye sebeplerinin sınırlılığı karşısında, bu şekildeki bir bozucu şartın kira sözleşmesine konulması, tahliye sebeplerinin kanundakilerden ibaret olmakla sınırlayan TBK m. 354 emredici hükmüne aykırı bir durum olur. Başka bir deyişle, bu şekildeki bir bozucu şartın varlığı, tahliye sebeplerinin sınırlı olması kuralını dolanmaya yöneliktir.

Bu konuda doktrindeki bir görüş, şartın ancak kira lehine olduğu veya tahliye sebeplerinin şartlarını taşıdığı hallerde geçerli olduğudur²⁷⁰. Bu görüşe iki sebeple katılmıyoruz. Birinci sebep, eğer bir tahliye sebebi varsa, kiraya veren zaten söz konusu tahliye sebebine dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilir²⁷¹. İkinci sebep de, kira sözleşmesinin bir başka sözleşmenin unsuru olarak akdedildiği durumlardaki kira ilişkilerindeki sorunları çözücü nitelikte olmamasıdır²⁷².

Bir başka görüş ise, bu sorunun cevabının TMK m.2 ile çözülebileceğini belirtmektedir. Buna göre kural olarak konut ve çatılı işyeri kiralalarının sona ermesinin bozucu şart ya da bir olgunun gerçekleşmesine bağlanmasının önünde bir engel yoktur. Ancak sözleşmenin sona ermesinin bozucu şart ya da bir olgunun gerçekleşmesine bağlanması, tahliye sebeplerinin sınırlı olması kuralını dolanma amacını taşıyor ise, bu sözleşme hükümlerinin sonuç doğurmayacaktır. Bu görüş de, “bozucu şartın ya da olgunun tahliye sebeplerinin sınırlı olması kuralını dolanma amacı” gibi soyut ve ispatı güç bir kriteri, esas alması sebebiyle, bizi yanlış çözümlere götürebilir niteliktedir.

²⁶⁸İnceoğlu, **Kira Hukuku Cilt II a.g.e.** s. 184.

²⁶⁹İnceoğlu, **Kira Hukuku Cilt II a.g.e.** s. 184, 185.

²⁷⁰Acar, **a.g.e.** s. 116, 117.

²⁷¹İnceoğlu, **Kira Hukuku, Cilt II a.g.e.** s. 185.

²⁷² Öğrencinin yurt odasını kiralaması ya da işçinin işyerinin lojmanını kiralaması, kira sözleşmesinin başka sözleşmelerin unsuru olarak akdedilmesinin tipik örnekleridir, İnceoğlu, **Kira Hukuku, Cilt II a.g.e.** s. 185.

Değişik ve ilginç bir örnek de kiraya verenin intifa hakkı sahibi olması halinde ileri sürülen bir görüştür. Bu görüş uyarınca, eğer kiraya veren intifa hakkı sahibi ise ve intifa hakkı sahibi olduğunu kiracıya bildirdiyse, söz konusu kira sözleşmesinin kiraya verenin ölümü bozucu koşuluna bağlı olarak kurulduğu kabul edilmelidir²⁷³. Kiraya veren intifa hakkı sahibinin ölümüyle beraber, kira sözleşmesi sona ermiş olur. Ancak biz bu görüşü isabetli bulmuyoruz. Bize göre, böyle bir durumda bozucu koşulun varlığından bahsedilemez. Çünkü taraflar sözleşmenin bozucu koşula bağlanması hususunda açık bir irade ortaya koymamışlardır. Ayrıca intifa hakkı sahibi kiraya verenin ölmesi, kira sözleşmesinin bozucu koşula bağlandığı yorumunu yapmaya da müsait değildir. Çünkü kiraya verenin ölümü halinde mirasçıları kira sözleşmesinin tarafı olurlar.

Kanaatimizce kira sözleşmelerinin bozucu koşula bağlanabilirliği konusunda genel olarak şu sonuçlara varmak gerekir:

- Konut ve çatılı iş yeri kiralalarında, kiracı ve kiraya verenin “fesih bildirimini” yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilme imkân ve şartları ilgili hükümlerde düzenlenmiştir. O halde, kiracı ve kiraya veren bu belirli şartlar dâhilinde fesih bildirimini ile kira sözleşmesini sona erdirebilirler.
- Kiraya veren, belirli şartlar dâhilinde, kanunda sınırlı sayıda zikredilmiş olan “tahliye sebeplerinden birinin” varlığı ile dava yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilir.
- Taraflar, olağanüstü fesih sebeplerinin varlığı halinde sözleşmeyi fesih hakkına sahiptir. Bu durum hem konut ve çatılı işyeri kiralaları, hem de bu kapsama girmeyen diğer kira sözleşmeleri için ortak bir hükümdür.
- Şu halde, kanunda üç kategori olarak zikredilen kira sözleşmesinin sona erme hallerinden başka bir sona erme sebebi ya da şeklinin, konut ve çatılı işyeri kiralaları yönünden kabul edilememesi gerekir. Başka bir deyişle her ne kadar kira sözleşmesinin bozucu şart ya da gerçekleşmesi

²⁷³ Suat Bertan, **Ayni Haklar**, C:2, Ankara, 1976 s. 1425

beklenen olgu sebebiyle sona ermesini açıkça yasaklayan bir hüküm olmasa da, TBK m. 354 emredici hükmü uyarınca, dava yoluyla ileri sürülecek olan tahliye sebeplerinin kiracı aleyhine değiştirilemeyeceği gerekçesiyle, bozucu şart ya da olgunun gerçekleşmesi halinde tahliye davası açılmaz.

- Bozucu şart ya da olgunun gerçekleşmesi sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi, fesih bildirim yoluyla da mümkün değildir. Çünkü fesih bildirim kanunda emredici sürelerle²⁷⁴ bağlanmıştır. Sözleşmeye bir hüküm olarak monte edilen bozucu şart ya da olgunun da bir fesih bildirim niteliğinde olduğu asla düşünülemez.
- İşte tüm bu sebeplerden dolayı, kanaatimizce konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmeleri bozucu koşula ya da olguya bağlı olarak kurulamaz. Aksi takdirde, koşul ya da olguyu içeren sözleşme maddesi hükümsüz olur. Başka bir deyişle burada kısmi hükümsüzlük söz konusu olur²⁷⁵. Ancak bozucu koşul bozucu ya da olgu sözleşmenin işlem temeli niteliğinde olup, hükümsüz olan sözleşme kayıtları sözleşme yönünden “condictio sine quanon” ise, artık kısmi hükümsüzlüğü aşan bir durum ortaya çıkar ve sözleşme tümünden kesin hükümsüzlükle (mutlak butlan) bătıldır²⁷⁶.
- İşyerinin çalışanlarına lojman kiralaması ile üniversitenin öğrencilere yurt kiralaması, bu hallerin dışındaki istisnai durumlardır. Çünkü bu iki durumda, kira sözleşmesi salt bozucu şarta bağlanmamıştır, kira sözleşmesi başka bir sözleşmenin unsuru haline gelmiştir. Zaten işten

²⁷⁴ Bu süreler, nispi emredici niteliktedir. Yani, örneğin TBK M. 347'deki konut ve çatılı işyerlerine ilişkin belirli süreli kira sözleşmelerinde, sözleşmenin bitiminden en az 15 gün önce kiracı fesih bildiriminde bulunmazsa, sözleşme 1 yıl uzamış sayılır. Ancak sözleşmenin bitiminden en az 15 gün önce fesih bildirimden bulunma süresi, sözleşme ile daha önceki bir zaman dilimine çekilebilir.

²⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Nagehan Kırkbeşoğlu, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul, 2011, s. 1 vd.

²⁷⁶ Hatemi (Gökyayla) a.g.e. s. 82.

ayrılan kişinin lojmanda halen kiracı olarak bulunmaya devam etmesi, ya da öğrenciliği biten bir kimsenin halen yurttaki kiracı olması pratik açıdan da, ilgili lojman ya da yurt odasına ilişkin kira sözleşmesinin kuruluş amacı bakımından da mümkün değildir.

D. Kira Sözleşmesinde Tarafların Edimlerinin Kusursuz İmkânsızlığı ve Bu Çerçeve de Hasar Sorununun İncelenmesi

1. Genel Olarak

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme tipi olan kira sözleşmesinde kiraya verenin ve kiracının herhangi birinin sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmemesi, borca aykırılık anlamına gelir ve diğer tarafın birtakım taleplerinin doğmasına sebep olur.

Kira sözleşmesinde hasar konusunu inceleyebilmek için önce kira sözleşmesinin taraflara yüklediği asli edimleri, bundan sonra da kira sözleşmesinin taraflara yüklediği bu asli edimlerin imkânsızlaşması halini incelemek gerekecektir. Ancak imkânsızlığın kusura dayanmaması gerekir, çünkü hasar sorunu kusursuz imkansızlık halinde söz konusu olur²⁷⁷.

Kusursuz imkânsızlığın gerçekleşmesinin sonucu olarak kira sözleşmesinde hasar sorunu gündeme gelecektir. Görüldüğü üzere hasar sorununu inceleyebilmek için, önce edimlerin kusursuz imkânsızlaşması durumunun incelenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle önce kira sözleşmesinin taraflara yüklediği edimlerin kusursuz imkânsızlaşması söz konusu olmalı ki; hasar sorunu ortaya çıksın. Bu noktada şunu da belirtelim; imkânsızlaşan ve hasarı söz konusu olan edim

²⁷⁷ Bu konuda incelememizin ilk bölümünde geniş açıklamalar mevcuttur.

sözleşmenin borçluya yüklediği asli edimdir. Zaten bunun içindir ki kusursuz imkânsızlık neticesinde borç ilişkisi sona erer.

Kira sözleşmesinde kusursuz imkânsızlığın söz konusu olması halinde, edim hasarı ve buna bağlı olarak da karşı edim hasarı ortaya çıkacaktır. Kira sözleşmesinin sinallagmatik karakteri, kiraya veren ve kiracı yönünden, hasar sorununun karşılıklı bir risk, bir tehlike teşkil ettiği gerçeğini böylece gözler önüne serer.

Bu karşılıklı riskin, tehlikenin sonucunda ise, kira sözleşmesinde kusursuz imkânsızlık sonucu ortaya çıkan hasar olgusu taraflardan birine ait olur ve onun malvarlığına olumsuz bir etkide bulunur. Bunu, konuyu fazla dağıtmadan genel olarak şu şekilde açıklayabiliriz:

- Taraflardan biri edim hasarına (karakteristik edim alacaklısı) katlanır, diğer taraf da (karşı edim alacaklısı) karşı edim hasarına katlanır. TBK m. 136/II'de sözü edilen durum budur. Bu genel kuralı kullandırma sözleşmelerine uyguladığımızda bu ancak kira türünden kullandırma sözleşmeleri için mümkün olur²⁷⁸.
- Çünkü TBK m. 136/II'deki bu kural, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için öngörülmüştür. Gerçekten karakteristik edim olan kullandırma edimine ilişkin edim hasarına (karakteristik) edim alacaklısı olan kiracı katlanırken, karşı edim hasarına da karşı edim alacaklısı olan kiraya veren katlanır. Bu hasarın, başka bir deyişle riskin, tehlikenin, taraflar üzerinde dağılmış halidir.
 - Bazı durumlarda ise, hem edim hasarı hem de karşı edim hasarı, edim alacaklısına ait olur. Edim hasarının edim alacaklısına ait olması, karşı edim hasarının da karşı edim alacaklısına ait olmasının bir

²⁷⁸ TBK m. 136'daki bu genel kural tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler içindir, çünkü ancak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edim ve dolayısıyla karşı edim hasarı söz konusu olabilir. Şu halde, kullandırma sözleşmelerinden tam iki tarafa borç yükleyenler için TBK m. 136/II uygulanır. Tam iki tarafa borç yükleyen kullandırma sözleşmeleri de, kira, ürün kirası ve finansal kiralama sözleşmeleridir.

karşılığdır, çünkü edimler sinallagma ilişkisi içindedir. Ancak bazı durumlar vardır ki, edim hasarı ile beraber karşı edim hasarı da edim alacaklısına yüklenir. İşte hasarın alacaklıya ait olduğu durum da budur.

➤ Belirttiğimiz üzere, kira sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olması sebebiyle, tarafların ikisi de hem alacaklı hem de borçludur. Bundan dolayı da kusursuz imkânsızlık sonucu ortaya çıkacak hasar olgusunun, kimin malvarlığını olumsuz etkileyeceği meselesi, kira sözleşmesinde hasara kimin katlanacağı sorusunun cevabını oluşturur²⁷⁹. Hal böyle olunca, hem kiracı hem de kiraya verenin edimleri yönünden ayrı ayrı kusursuz imkânsızlık ve hasar sorununun incelenmesi gerekir. Şu halde, kira sözleşmesi yönünden kusursuz imkânsızlık ve buna bağlı olarak da hasar sorununun incelenmesi, karakteristik edim ve karşı edim yönünden bir incelemenin yapılmasını zorunlu kılar. Şüphesiz ki, edim ve karşı edim de tarafların kira sözleşmesi ile yerine getirmeyi yükledikleri asli edimlerdir.

Kullandırma sözleşmelerinin tümü yönünden önceden belirttiğimiz üzere genel kural; asli edimlerden karakteristik edimin “kullandırma edimi” olduğudur. Kullandırma sözleşmelerinde karakteristik edim, her zaman kullandırma edimidir.

Kullandırma sözleşmelerinde asli edimlerden karşı edim ise “paradır”. Ancak para, tipik kullandırma sözleşmeleri için geçerli olan karşı edimdir. Eğer bir atipik kullandırma sözleşmesi mevcut ise, burada karşı edim para dışında başka bir şey olabilir. Şimdi kullandırma sözleşmelerinden kira sözleşmesinin asli edimlerini hasar konusu yönünden inceleyeceğiz.

²⁷⁹ Yani edim hasarıyla birlikte karşı edim hasarına da kimin katlanacağı sorusunun cevabını oluşturur.

2. Kiraya Verenin Edimi (Karakteristik Edim)

Kira sözleşmesinde kiraya veren kiralananın kullanımını kiracıya bırakmayı borçlanmıştır. Ancak kiraya verenin bu borcu tam ve doğru şekilde ifa edebilmesi için kiraya verenin asli edimini etraflıca incelemek gerekir. Bunun için de öncelikle söz konusu asli edimin içeriğinin doğru belirlenmesi zorunludur.

Kiraya verenin karakteristik edimi TBK m. 301'in ifadesiyle "*kiralananı kararlaştırılan tarihte sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda kiracıya teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmaktır*".

TBK m. 301'in ifade ettiği durum; kiraya verenin sözleşme ile güdülen amaç doğrultusunda ve bu amacı sağlayacak şekilde kiralananın kiracıya teslim²⁸⁰ edilmesini ve kira sözleşmesi boyunca kiralananın sözleşmede amaçlanan kullanım amacına uygun şekilde olmasını sağlamakla yükümlü olduğudur.

a. TBK m. 301'deki Teslim Borcu Kavramına İlişkin Doktrindeki Görüşler

Doktrinde TBK m. 301'deki "teslim borcu" ifadesi yerine zilyetliğin devri borcu" denilmesinin daha yerinde olacağını belirten yazarlar bulunduğu gibi²⁸¹, maddedeki teslim borcu ifadesindeki teslim kavramının burada farklı bir anlamda kullanıldığını, eşya hukukundaki anlamından farklı olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır²⁸².

- Teslim borcu ifadesini yerinde bulmayarak, zilyetliğin devri borcu ifadesinin yerinde olduğunu savunan görüş uyarınca TBK m. 301'deki teslim ifadesinin "*kiralananın zilyetliğini sözleşmede*

²⁸⁰ Teslim ifadesinin yerinde olup olmadığı konusunda aşağıdaki başlıklarda geniş açıklamalar yapılacaktır.

²⁸¹ Gümüş, **Kira Sözleşmesi, a.g.e.** s. 94.

Yazar, *TBK m. 301'deki kiraya verenin teslim borcunun, zilyetliğin devri borcu olarak okunması gerektiğini* belirtmiş ancak buna ilişkin bir gerekçe belirtmemiştir.

²⁸² Faruk Acar, **Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-312)** Beta, İstanbul, s. 136, 137.

amaçlanan kullanıma elverişli şekilde kiracıya devretmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür” şeklinde okunması gerekir²⁸³.

- Teslim borcu ifadesindeki teslim kavramının burada farklı anlamda kullanıldığını ileri süren yazarlara göre ise, TBK m. 301’de sözü edilen teslim borcunun, illa gerçek anlamda bir teslimin yapılmasını da gerektirmeyeceği yolundaki görüş uyarınca doğrudan zilyet kılınması şart değildir²⁸⁴. Bu husus, “şekli bir teslim gerek olmadığı” ifadesiyle de belirtilmiştir²⁸⁵. Yani, gerçek olmayan teslim²⁸⁶ halinde de, teslim borcunun ifa edildiği göz ardı edilmemelidir²⁸⁷. Bu görüş uyarınca kiralananın kiracının kullanımına hazır hale getirilmesi, kanundaki ifadesiyle “teslim²⁸⁸ borcunun” ifası için yeterlidir.

Bu görüşü savunanlardan *Acar*’ın gerekçesi şu şekildedir:

“Maddede kullanılan “teslim borcu” ifadesinin eşya hukukundaki anlamından daha geniş bir anlamda kullanılmıştır ve bundan dolayı da eşya hukukundaki teslim kavramıyla maddede ifade edilen kiracının teslim borcunun aynı anlama gelmemektedir. Bu nedenle, kiraya veren söz konusu teslim borcunu kiralananı kiracının kullanımına “amade tutarak” ifa etmiş sayılır. Başka bir ifadeyle kiracı kiralananı dilediği vakit hiçbir engelle karşılaşmaksızın kullanabilecekse, kiralanan bu denli kiracının kullanımına hazır vaziyette tutulmuşsa, kiraya veren kiralanan şeyi

²⁸³ Gümüş, **Kira Sözleşmesi**, a.g.e. s. 94.

²⁸⁴ Becker, a.g.e. s. 248; Tandoğan, **Cilt:1/2 a.g.e.** s. 110, Acar, a.g.e. s. 137.

²⁸⁵ Becker, a.g.e. s. 248; Tandoğan, **Cilt:1/2 a.g.e.** s. 110; Acar, a.g.e. s. 137.

²⁸⁶ Gerçek olmayan teslim, teslim fiili yerine, kiralananın kiracının kullanımına hazır hale getirilmesi, kiracının kullanımına amade kılmasıdır. Bu durumda da, teslim borcu ifa edilmiş olur. Kiracının kiralananı kullanmaya başlaması; örneğin konuta taşınması, teslim borcunun ifa edilmiş olması için şart değildir, Acar a.g.e. s. 137, 138.

²⁸⁷ Acar, a.g.e. s. 137, 138.

²⁸⁸ “Zilyetliğin devri borcunun ifası için yeterlidir” şeklinde okunmalıdır.

teslim etmiş olur. Şu halde TBK m. 301'deki teslim kavramını "gerçek teslim" ve "gerçek olmayan teslim" şeklinde iki anlamda yorumlamak gerekir"²⁸⁹.

b. Açıklığa Kavuşturulması Gereken Hukuki Sorun

Eşya hukuku bakımından, teslim zilyetliğin devri yollarından biridir. Kanunda kiralananın kiracıya teslim borcundan söz edilmiş olması karşısında, kiralananın zilyetliğinin devrinin, teslimsiz bir zilyetlik devri olmasının mümkün olup olmadığının ve maddedeki "teslim" ifadesinin ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

c. Hukuki Sorunun Çözümü

aa. Teslim İfadesini Yerinde Bulan ve Eşya Hukukundakinden Farklı Anlamda Kullanıldığını Savunan Görüşün Eleştirisi

Tıpkı TBK m. 301'de olduğu gibi, eski düzenleme 818 s. BK 249/ I hükmünde ve kaynak OR. 254 hükmünde de kiraya verenin teslim borcundan söz edilmektedir. Bizce buradaki teslim ifadesi, kiraya verenin bu borcunun kapsamını anlam yönünden tam karşılayamamaktadır. Çünkü kiraya veren kiralananın zilyetliğini kiracıya zilyetliğin teslimsiz devir yolları ile de devredebilir.

Hazırlar arasındaki teslim; *maddi teslim, araçların teslimi ve fili hakimiyeti sağladığı varsayılan anlaşma yoluyla teslim* olarak üç şekilde gerçekleşebilir²⁹⁰.

²⁸⁹ Acar,**a.g.e.** s. 136, 137.

²⁹⁰ Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku** İkinci Baskı, Ankara, 1984, s. 90vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I**, 5. Bası, Filiz, 1989, s. 68 vd., Hüseyin Hatemi,(Aydın Aybay) **Eşya Hukuku**, Vedat,

Teslim kavramının içine bu üç olgu da girer. Bundan başka, zilyetlik, teslimsiz olarak da devredilebilir. Çünkü teslim, zilyetliğin devri yollarından biridir. Zilyetlik teslimsiz de devredilebileceğinden, kiralananın zilyetliği kiracıya zilyetliğin teslimsiz devir yollarıyla da devredilebilmelidir. Bunun aksini düşünmek, hayatın olağan akışı içindeki hukuki ilişkiler ile pratik gerçekler ve ihtiyaçlarla çelişen bir durum yaratmak anlamına gelir. Başka bir deyişle, teslim ifadesi, edimin ifası yönünden kiraya verenin hareket alanını oldukça daraltır, sınırlar.

Bu durumu somutlaştırmak adına örnek vermek gerekirse; A taşınır ya da taşınmaz bir eşyasını B'ye satsa fakat satmış olduğu taşınıra kira sözleşmesi ile kiracı olsa; burada önce A'dan yeni malik B' ye ve sonra yine eski malik yeni kiracı A'ya "teslim edilmesi" gereken eşya, *Serozan'ın deyimiyle "akıl dışı bir al gülüm ver gülüm trafiğini önleme amacı güdülerek"²⁹¹*, zilyetliğin hükmen teslimi yoluyla devredilir. Bu örnekte zilyetliğin devri teslim yoluyla değil, aksine zilyetliğin teslimsiz devir şekillerinden biri olan hükmen teslim yoluyla yapılmıştır. O halde, TBK m. 301'in lafzında "kiraya verenin teslim borcu" şeklinde anılan yükümlülük, olayların hepsini kapsayacak anlama sahip değildir. TBK m. 301'de her ne kadar teslim borcundan söz etse de, şeyin zilyetliğinin hükmen teslimle devri örneğinde, kiraya verenin teslim borcu yerine zilyetliğin devri borcu denmesi, hukuki ilişkilerin kuruluş ve işleyiş tarzına uygun olmakla birlikte, pratik gerçekler ve pratik ihtiyaçlara da cevap veren, bundan dolayı da daha isabetli ve olayların tümünü kapsayacak anlamda olacaktır. Aksi takdirde TBK m.301'in lafzı, bizi teslim yapılması zorunluluğuna götürür. Şu halde TBK m. 301'de kiraya veren için öngörülen teslim borcunu, "zilyetliğin devri borcu" olarak kabul etmek gerekir.

Hatta kanaatimizce; TBK m. 301'de gerekli değişiklik yapılarak, maddedeki ifade "kiraya verenin teslim borcu" yerine "kiraya verenin zilyetliğin devri borcu" olmalıdır.

İstanbul, 2012, s. 48; Rona Serozan (Hüseyin Hatemi, Abdülkadir Arpacı) **Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1991, s. 256; Mehmet Ayan **Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 10. Baskı, Konya, 20124, s. 64 vd.

²⁹¹ Rona Serozan **Eşya Hukuku I**, 3. Bası, Filiz, İstanbul, 2014, s. 119.

Kiraya verenin karakteristik ediminin ifası yolunda, tarafların “kullanım amacı” konusundaki iradeleri, bu borcun ifası için büyük önem taşır. Öyle ki, bu husus TBK m. 301’in lafzında da ifade edilmiştir. Başka bir deyişle, tarafların sözleşmeyle belirledikleri “kiralananın ne amaçla ve ne şekilde kullanılacağı” olgusu, kiralananın zilyetliğinin devri borcunun tam ve doğru şekilde yerine getirilmesinde temel belirleyici etkindir.

Ancak kanundaki ifadesiyle teslim borcunun ifası da, sonuçta kiralananın doğrudan zilyetliğinin kiracıya devri ile mümkün olduğuna göre, “teslim borcu” ifadesi TBK m. 301’de kullanılmamalı idi. Çünkü burada her ne kadar teslim ifadesinin eşya hukukundaki anlamı ile kullanılmadığı belirtiliyor²⁹² ise de, gerçekleştirilen fiil, yani kiraya verenin karakteristik ediminin ifası, zilyetlik devridir. Yine bu anlamda olmak üzere, bir taşınmaza ait anahtarın teslimi²⁹³, aracın teslimi yoluyla zilyetliğin devrine bir örnektir. Ya da bir taşınmazın kiracının kullanımına hazır hale getirilmesi, kiracının kullanımına amade kılınması da, “fiili hakimiyeti sağladığı varsayılan anlaşma yoluyla teslim” bir örnektir. Bu iki örnekte de, zilyetliğin devri, maddi teslim dışındaki teslim şekilleriyle gerçekleşmiştir.

Bize göre, TBK m. 301 hükmü, zilyetliğin teslimsiz devir şekillerini de kapsar şekilde yeniden düzenlenmelidir. Çünkü kiracı-kiraya veren ilişkisinde, kiralanan olayların büyük çoğunluğunda “teslim” ile kiracının zilyetliğine geçse de²⁹⁴, yukarıda belirttiğimiz üzere hükmen teslim yoluyla da kiralananın zilyetliğinin kiracıya devri söz konusu olabilir.

²⁹² Tandoğan, **Cilt:1/2** s. 110, Acar **a.g.e.** s. 137.

²⁹³ Özellikle konut kiralalarında, teslim kiralananın anahtarının kiracıya verilmesi ile gerçekleşir, Roger Weber, **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationrecht I Art 1-529 OR, 3. Auflage, (Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand) Basel und Frankfurt am Main 2003, 4. Auflage Basel und Frankfurt am Main 2007, s. 1399.**

²⁹⁴ Belirttiğimiz üzere, bilhassa konut kiralalarında teslim, kiralananın anahtarının teslimi ile söz konusu olur, Weber, s. 1399.

bb. Acar'ın Konuya İlişkin Görüşünün Gerekçesinin Eleştirisi

Acar'ın maddedeki teslim ifadesinin eşya hukukundakinden farklı olduğu yönündeki görüşünün gerekçesini kısaca hatırlamak gerekirse, yazar; *“Maddede kullanılan “teslim borcu” ifadesinin eşya hukukundaki anlamından daha geniş bir anlamda olduğunu ve bundan dolayı da eşya hukukundaki teslim kavramıyla maddede ifade edilen kiracının teslim borcunun aynı anlama gelmediğini, bu nedenle, kiraya veren söz konusu teslim borcunu kiralananı kiracının kullanımına “amade tutarak” ifa etmiş sayılacağını”* belirtmektedir²⁹⁵

Teslim kavramı bizce TBK m. 301'de eşya hukukundaki anlamından farklı ya da ondan daha geniş bir anlamda kullanılmamıştır. Çünkü teslim kavramı, eşya hukukunda ne anlama geliyorsa, TBK m. 301'de de aynı anlama gelir ve başka anlamda yorumlanmamalıdır. Hatta başka anlamda yorumlanması mümkün de değildir. Kira sözleşmesine konu bir şeyin kiracıya teslimi, TBK m. 301'de düzenlenen ve dolayısıyla borçlar hukukuna ilişkin bir edim olması, TBK m. 301'deki teslim kavramının eşya hukukundaki anlamından farklı olmasını gerektirmez, ayrıca bu mümkün de değildir. Çünkü bize göre her şeyden önce hukuki uyumsuzluklar, pratik hayatta kompleks bir yapı içinde oluşurlar ve onları salt eşya hukuku veya salt borçlar hukuku vb. gibi keskin çizgilerle birbirinden ayıramayız. Bundan dolayı da eşya hukukundaki teslim kavramı ile TBK m. 301'de kullanılan teslim kavramı anlam olarak aynıdır. Sonuçta her ikisi de, bir şeyin zilyetliğinin devrine yöneliktir.

cc. Görüşümüz

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, biz teslim ifadesini yerinde bulan ve eşya hukukundakinden farklı anlamda kullanıldığını savunan görüşe katılmıyoruz. Bize

²⁹⁵ Acar,a.g.e. s. 137.

göre, TBK m. 301 hükmü kiralananın teslimi yerine kiralananın zilyetliğinin devri ifadesini içerir şekilde düzenlenmelidir. *GÜMÜŞ de* madde hükmünün “*kiracının doğrudan kullanımına elverişli olan yolla kiralananın zilyetliğinin devri*” şeklinde okunması gerektiğini belirtmektedir.²⁹⁶ Ancak bize göre bu bile yeterli değildir. Çünkü maddede “teslim” ifadesi yer aldığı sürece, kiraya veren kiralanayı teslim etmekle yükümlü olacaktır. Görüşümüzün dayandığı üç gerekçeyi aşağıda şu şekilde açıklıyoruz:

- Yukarıdaki başlıkta ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, TBK m. 301’in lafzında “kiraya verenin teslim borcu” şeklinde anılan yükümlülük, olayların hepsini kapsayacak anlama sahip değildir. TBK m. 301’de her ne kadar teslim borcundan söz edilse de, şeyin zilyetliğinin hükmen teslimle devri örneğinde, kiraya verenin teslim borcu yerine zilyetliğin devri borcu denmesi, kiraya verenin borcunu ifade hareket alanını kısıtlamayan, pratik gerçekler ve pratik ihtiyaçlara da cevap veren, bundan dolayı da daha isabetli ve olayların tümünü kapsayacak anlamda olacaktır. Aksi takdirde TBK m.301’in lafzı, bizi teslim yapılması zorunluluğuna götürür. Bu zorunluluk da, kiraya verenin edimini ifa ederken hareket alanını oldukça kısıtlar. Bundan dolayı, kiraya verenin zilyetliğinin devri borcu denilmesi daha yerinde olacaktır.
- Kiraya veren karakteristik edimi yerine getirdiğinde kiracı fer’i zilyet olduğuna göre, gerektiğinde zilyetlik davaları açabilecektir²⁹⁷. Kanaatimizce işte bu nedenle de, kiraya verenin borcunun “teslim borcu” yerine “zilyetliğin devri” borcu olduğunu kabul etmek gerekecektir. Çünkü, kiracı zilyetlik davaları açabileceğine göre demek ki, zilyetliğin kendisine devri yeterli olup, teslim şart değildir.

²⁹⁶ Gümüş, **Kira Sözleşmesi a.g.e.** s. 94.

²⁹⁷ Tandoğan, **Cilt 1/2 a.g.e.** s. 111; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** s. 251

- TBK m. 301’de “teslim borcu” olarak geçen edime ilişkin olarak, kavram yönünden “zilyetliğin devri” nitelemesinin daha yerinde olduğunu düşünmemizin bir sebebi de, bu edime ilişkin kusursuz imkansızlık hali ve hasar sorunudur²⁹⁸.

Bir başka husustaki detaya da dikkati çekmek istiyoruz. TBK m. 301’in hâlihazırdaki şekli “*kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlü olduğudur*”. Görüldüğü üzere, madde hükmünde kiralananın zilyetliğinin kiracının “doğrudan kullanımına elverişli bir yolla” devredilmesi gibi bir ifade söz konusu değildir. Ancak kira sözleşmesinde kiracı doğrudan zilyettir ve kiralananı doğrudan, araya hiçbir vasıta girmeksizin kullanma amacıyla sözleşmeyi akdeder. Bundan dolayı da kiraya veren kiralananın zilyetliğini, kiracının doğrudan kullanımına elverişli şekilde devretmelidir²⁹⁹. Başka bir deyişle, kira sözleşmesinin amacı kiracının şeyi doğrudan, araya hiçbir vasıta girmeksizin kullanabilmesi olduğuna göre, TBK m. 301 hükmünde, kiracının doğrudan kullanımına elverişli olma hususunun da belirtilmesi gerekirdi³⁰⁰. Bu eksikliğin de, kusursuz imkânsızlık ve hasar sorunuyla yakın ilişkisi bulunmaktadır. İleride ilgili başlık altında bu konuya da kapsamlı olarak değineceğiz.

²⁹⁸ Bu konuya aşağıda ilgili başlıkta etraflıca değineceğiz.

²⁹⁹ Gümüş, **Kira Sözleşmesi, a.g.e.** s. 94.

³⁰⁰ Zaten kira sözleşmesi sonucu kiracının doğrudan zilyet olması gerçeği karşısında, ayrıca madde hükmünde kiracının doğrudan kullanımına elverişli zilyetlik devri ifadesinin gereksiz olabileceği” eleştirisi bu görüşümüze karşı yapılabilir. Ancak kanaatimizce kiracının doğrudan zilyet olduğu hukuki gerçeği, TBK m. 301’in kapsamının doğru ifade edilmesine engel teşkil etmemektedir. Tam tersine bu hukuki gerçeğin madde hükmünde de doğru ve eksiksiz ifade edilmesi lazım gelir.

Başka bir deyişle, hükmün sözünü ettiğimiz hukuki gerçekliği barındırarak bu amaca yönelik bir lafza büründürülmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

d. Kiraya Veren Karakteristik Ediminin Kapsamı

Kiraya veren, karakteristik edimi ifa ederken tam ve doğru şekilde ifayı gerçekleştirmek için, TBK m. 301’de belirlenmiş koşullara uymalıdır. Buna göre, kiraya veren sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli şekilde kiralananın zilyetliğini kiracıya teslim devretmek ve bu durumu sözleşme boyunca sağlamakla yükümlüdür.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kiraya verenin ediminin kapsamına ilişkin verdiği bir kararında, “*kiralanan otelin iskânının olmamasını kiraya verenin asli edim yükümlülüğüne aykırı bir durum olarak*” nitelemiş ve kiracının sözleşmeyi feshetmesinde haklı olduğuna hükmetmiştir³⁰¹. Gerçekten söz konusu somut olayda, kira sözleşmesinin başladığı tarihte kiralanan otel, iskân alınmamış şekilde kiracıya teslim edilmiş, Yüksek Mahkeme de bu durumun kiraya verenin TBK m. 301’deki (o tarihte BK m. 249/I) asli edimine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Çünkü kiraya veren, kiralananı, “*kararlaştırılan tarihte sözleşmede amaçlanan kullanıma*

³⁰¹Y.13. H.D. 21.05.1992 T. 1992/2492 E. 1992/4759 K. www.kazanci.com (13.05.2014)

“*Kiralayan, kiralananı sözleşmenin amacına uygun surette kullanmaya ve işletmeye elverişli bir şekilde teslim ve kira süresince de kiralananı bu halde tutmaya mecburdur. Eş söyleyişle, kira sözleşmeleri iki taraflı borç doğuran ivazlı sözleşmelerdendir. O nedenle kiraya veren davalı, kiralananı da başlangıçtan itibaren sözleşmeden maksat kullanmaya salih bir halde, her türlü ayıptan salim olarak kiracıya teslim ve sözleşmenin devamı süresince de bu amacı sağlamak zorundadır (BK .m. 249/F.1). Çünkü buradaki ifa; borçlanılan edimin kural olarak borçlu tarafından belirli bir yer ve zaman içinde ve sözleşmenin kaynağındaki esaslar altında yerine getirilmek suretiyle borçlunun borcundan kurtulmasını sağlayan eylem ve davranıştır. O halde, geçerli bir ifanın benimsenebilmesi için; ifa borçlu tarafından alacaklıya sözleşmede kararlaştırılan yer ve zamanda, kararlaştırılan nicelik ve niteliklere uygun olarak yapılmak gerekir. Davalı otel binasını davacıya kiraya verdiği göre, binanın iskan raporunun alınmasını sağlamak gibi sözleşmenin, asli bu edimi ile yükümlü olduğunun kabulü gerekir. **Kaldı ki, kira sözleşmesi akdedilirken iskanın bulunmadığını davalı davacı kiracıya bildirmekle yükümlüdür. Çünkü taraflar sözleşmenin kurulması sırasında birbirlerine tam ve doğru bilgi vermek zorundadırlar (sözleşmenin görüşülmesi sırasındaki kusurdan dolayı sorumluluk Culpa in Contrahendo). Zira, yanlış görünüm yaratmak en azından doğruluk ve güven kurallarına (MK. m. 2) aykırıdır. Bir binanın iskan raporunun bulunması asıldır.**”*

elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla” yükümlüdür. Kiralanan otelin iskânının alınmış olarak teslim edilmesi, TBK m. 301’deki (kanundaki ifadesiyle) teslim borcunun (bize göre zilyetliğin devri borcunun) gereğidir.

Yine başka bir olayda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de, kira sözleşmesine konu dersane binasının, kira sözleşmesi akdedildikten sonra, kiralananın kiracıya tesliminin yapıldığı gün, kiracı tarafından bilirkişilere yaptırılan inceleme sonucu “sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli duruma gelmesi için birtakım tamiratlar yapılması gerektiğinin anlaşılması” üzerine, ihtarnameyle durumu kiraya verene bildirmesinin, kiracının bu konudaki yasal yükümlülüğünü yerine getirmesi anlamına geldiğine hükmetmiş ve bu durumda da davacı kiracının davalı kiraya veren adına kiralananı tamir ettirme hakkının doğduğu sonucuna varmıştır³⁰². Gerçekten, kiraya

³⁰²Y.11.H.D. 16. 09.2008 T. 2007/2260 E. 2008/10073 K. www.kazanci.com (06.06.2014)

“BK'nın 249. maddesi gereğince, kiralayan, akitten maksut kullanmaya salih bir halde, kiralananı kiracıya teslimle yükümlüdür. Davaya konu taşınmazın ise, sözleşme kurulduğu tarihte ruhsatsız olduğu ve 31.01.2005 tarihinde davacıya yapılan teslim ile aynı gün davacı tarafından yaptırılan Şişli 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2005/50 Değişik İş dosyasında alınan raporla taşınmazın amacına uygun olarak kullanılabilir hale gelmesi için tamiratlar yapılması gerektiği tespit edilmiş bulunmaktadır. Davalının ihaleden önce bölge müdürlük makamına yazdığı 11.10.2004 tarihli yazısında ve Değişik İş dosyasında alınan bilirkişi raporunun davalıya tebliğinden sonra alınan 24.03.2005 tarihli teknik raporda aynı hususların tespit edildiği dikkate alındığında, davalı kiralayanın kendi taşınmazındaki bu hukuki ve maddi ayıbı bildiği anlaşılmaktadır. O halde bu durumda, davacı kiracıya kiralananındaki eksiklikleri araştırma yükümlülüğü veya sonucuna katlanma sorumluluğu getirilemez. Öte yandan, kira sözleşmesinin özel şartlar 4. maddesinde ve BK'nın 256. maddesinde düzenlenen kiralanan yerin tamiri lazım gelir ise, kiracının hemen mal sahibine haber vermesi şartı, kiralanan yerin teslimi tarihinde alınan tespit raporunun davalıya tebliği ile yerine getirilmiş bulunmaktadır. Davalı kiralayan tespit raporunun tebliğinden sonra dahi onarım hakkında harekete geçmemiştir. Bu durumda kiralayan davalının, kira sözleşmesinin 4. maddesinde yer alan, kiralayana herhangi bir sorumluluk yüklenemeyeceği hükmüne dayanarak, kiralananı sözleşme maksadına uygun kullanıma hazır teslim sorumluluğundan kurtulması mümkün bulunmamaktadır.

veren, kira sözleşmesinde kiralananın kullanım amacı ne ise, zilyetliği bu koşulları sağlamış halde kiracıya devretmelidir. Aksi takdirde, karakteristik edimin tam ve doğru ifa edildiğinden söz edilemez.

Kiraya verenin, TBK m. 301’de düzenlenen karakteristik edimi, kira sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olması sebebiyle kiralananın zilyetliğini sözleşmede öngörülen kullanıma elverişli şekilde devretme yanında, bir de “sözleşme süresince bu durumda bulundurma” edimini de kapsar. Sözleşme süresince sözleşmede amaçlanan elverişliliği sağlama borcu, sözleşmede amaçlanan şekilde kiralananın kiracıya zilyetliğinin devri borcunun bir uzantısıdır. Gerçekten TBK m. 301’de de bu durum “kiraya verenin kiralananı kararlaştırılan tarihte sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim borcu ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmak” olarak öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, kiraya verenin asli edimi, zilyetliğin devrinin yanında aynı zamanda, bu durumu sözleşme süresince sağlama, sözleşme süresince kiracının kiralananı kararlaştırılan şekilde kullanabilmesi imkanını ona temin etme halini de kapsar. Bunun sebebi, yukarıda bahsettiğimiz üzere kira sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olmasıdır. Yani kiraya veren kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma uygun, ona elverişli kiracının kullanımına sunmalı ve bu şekilde kira sözleşmesi süresi boyunca bu durumu devam ettirmelidir. Asli edimin tam ve doğru ifası ancak bu şekilde

Sonuç olarak mahkemece, kiralananın akitten maksut kullanmaya salih bir halde kiracıya teslimi imkanının kira sözleşme yapıldığı esnada bulunmadığı, davacı kiracının yasal yükümlülüklerini yerine getirdiği, bir başka ifade ile tespit raporunu davalıya göndermekle ihbar yükümlülüğünü yerine getirdiği, buna karşın davalının da kiralananı salih bir şekilde teslim etmediği, bunun sonucu olarak da, davacı kiracının kiralayan adına tamir ettirme hakkının doğduğu gözetilerek, davacının sunduğu onarım gideri faturalarının kiralananın amacına uygun şekilde kullanımı için gerekli ve makul olup olmadığı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmektedir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 16.09.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. ”.

gerçekleşir. Kiraya verenin bu borcunu ifası, her şeyden önce kiralananın kullanım amacı elverişliliğini ortadan kaldıran vasıf eksikliklerini önlemesi veya gidermesi ile olur³⁰³. Bu konuya örnek teşkil edecek bir olayda Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, “önceki kiracının faturaları ödemiş olması sonucu kiralanan taşınmazın su ve elektriği kapatılsa bile, kiraya verenin, yeni kiracısı için kiralananı sözleşmede öngörülen kullanım amacına elverişli şekilde bulundurma borcu kapsamında taşınmazın önceki kiracıya ait faturalarını ödemek suretiyle su ve elektriğini açtırmak zorunda olduğuna” hükmetmiştir³⁰⁴. Gerçekten, Yargıtay kararına konu olan somut olayda, kiraya verenin kiralananı sözleşmedeki kullanma amacına elverişli şekilde bulundurma yükümlülüğü, kiralananın elektriği ve suyu kesilmiş şekilde kiracıya bırakılmamasını gerektirir. Kiracı; kiralananındaki elektrik ve sudan, kiralananın zilyetliği kendisine geçtiği anda faydalanabilir durumda olmalıdır. Eğer kiraya veren kiralananındaki elektrik ve suyun kullanımını kiracıya sağlayamazsa, TBK m. 301’deki edimine aykırı davranmış olur.

Zilyetliğin devri borcunun ifa zamanı konusunda, kira sözleşmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde herhangi bir özel düzenleme mevcut değildir. Bu durumda, kiralananın zilyetliğinin devri borcunun zamanı sözleşmeyle belirlenir. Genelde bu husus sözleşmeyle belirlenmekle beraber, eğer konuda sözleşmede de bir hüküm yoksa, TBK m. 90 genel hükmü uyarınca, borç hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça, doğumu anında muaccel hale geleceğinden, zilyetliğin devri borcu da sözleşmenin kurulduğu anda muaccel hale gelecektir. Zilyetliğin devri borcunun zamanında yerine getirilmemesi durumunda, mevcut şartlara göre imkansızlık veya borçlu temerrüdü hükümleri uygulanacaktır³⁰⁵.

Kiraya verenin edimi konusunda tartışılması gereken bir husus da, kira bedelinin peşin ödenmesinin kararlaştırılması halinde, kiraya veren henüz kiralananın zilyetliğinin devri borcunu ifaya hazır olmadıkça, kira bedelinin peşin ödenmesinin gerekip gerekmediğidir.

³⁰³ Gümüş, **Kira Sözleşmesi, a.g.e.** s.98.

³⁰⁴ Y.6.HD. 04.10.1977 T. 6299 E. 6199 K. www.kazanci.com (11.04.2014)

³⁰⁵ Tandoğan, **Cilt 1/2 a.g.e.** s. 110; Arkan Serim **a.g.e.** s. 38.

Bu konuda; *TANDOĞAN*; peşin ödeme kararlaştırılsa bile, kiraya verenin zilyetliğin devri borcunu ifaya hazır olmadan kiracının peşin ödeme borcunun doğmayacağını belirtmektedir.³⁰⁶

ARKAN SERİM ise, TBK m. 362 (818 s. BK m. 281) hükmünde taraflara kira bedelinin ne zaman ödenmesi gerektiği konusunu sözleşmede belirleme imkanı tanınmış olmasına rağmen, ayrıca sözleşme serbestisi ilkesi de zaten bizi bu sonuca götüreceksen, peşin ödemenin sözleşmede kararlaştırıldığı durumlarda kiracının kira bedelini ödeme borcunun kiraya veren zilyetliğin devri borcunu ifaya hazır olmasa bile doğacağını belirtmektedir³⁰⁷.

Bizim bu husustaki düşüncemiz ise şu şekildedir:

TBK m. 26 uyarınca, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda çizilmiş sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Buradan hareketle TBK m. 362 hükmünce taraflara bu konuyu sözleşmede düzenleme olanağı tanındığı için, peşin ödeme kararlaştırıldıysa kiracının kira bedelini ödeme borcunun doğduğunu düşünüyoruz. Bu aşamada gözden kaçırılmaması gereken önemli bir nokta; eğer imkansızlık durumu mevcutsa, TBK m. 136/II uyarınca peşin ödeme kararlaştırıldıysa bile, kiracının kira bedelini ödeme borcundan kurtulacağıdır.

3. Kiracının Karşı Edimi

Kiracının karşı edimi, sinallagma ilişkisi içinde yer alan ve kiracı yönünden asli edim niteliğini taşıyan kira bedelini ödeme borcudur. BK m. 248'de kiracının asli edimini ifade etmek üzere “ücret” kavramı kullanılmıştı. TBK m. 299'da ise, kiracının asli edimini ifade etmek üzere “kira bedeli” kavramı kullanılmıştır. Böylelikle, kira bedeli olarak ücret dışında başka birtakım edimlerin de kararlaştırılabileceği sonucuna varılabilir.

Bu noktada BK ile TBK arasında bir düzenleme farklılığı bulunmaktadır. TBK m. 299 mehz OR. 253 paralelinde bir hüküm öngörerek, ücret kavramı yerine kira

³⁰⁶ Tandoğan, *Cilt ½ a.g.e.* s. 110, 111.

³⁰⁷ Azra Arkan Serim, *Hasılat Kirasında Tarafları Hak ve Borçları*, İstanbul, 2010, s. 38.

bedeli kavramını tercih etmiştir. Bu şekilde, kiracının asli edim seçeneği genişlemiş ve asli edim olarak ücret ya da başkaca bir edimi ifa etme olanağına sahip olmuştur.

Bu noktada üzerinde düşünülmesi ve cevap verilmesi gereken sorun şudur: “Kira sözleşmesinde kiracının karşı edimi olarak ücret dışında başkaca bir edim öngörülmesi, söz konusu sözleşmeyi kira sözleşmesi olmaktan çıkarır mı? Böyle bir sözleşmenin kira sözleşmesi olarak nitelenmesi mümkün müdür?”

Bu soruya yanıt vermeden önce, tekrar altının önemle çizilmesi gereken olgu, kira bedelinin, kiralananın kullanımının kiracıya bırakılmasının karşılığını oluşturduğudur. Yani, karşı edim niteliğinde olmayan bazı yan edimlerin de, kiracıya yüklenmesi durumu bundan farklıdır. Örneğin, kira sözleşmesinde kiracının kira bedeli borcunun haricinde bir de, taşınmazda bulunan ağaçların bakımını da üstlenmesi halinde, sözleşmenin niteliğinin kira sözleşmesi olduğu açıktır. Burada karşı edim kira bedelidir. Ağaçların bakımı ise yan edimdir.

Karşı edim olan kira bedelinin ücret dışında başka bir edim olarak öngörülmesi durumuna gelirse, doktrinde ve uygulamada kira bedelinin para olarak belirlenmesinin zorunlu olmadığı belirtilmektedir³⁰⁸. Buna karşılık bazı yazarlarca da kira bedelinin kural olarak para³⁰⁹ olarak belirlenebileceği savunulmaktadır. DOĞAN ise, kira bedelinin kural olarak para şeklinde belirlenebileceğini, para dışında ise yalnızca piyasada değer kaydı bulunan (altın gibi) şeylerin kira bedeli olarak

³⁰⁸ Haluk Burcuoğlu, **Yargıtay Kararları Işığında 6570 s. Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi**, İstanbul, 1993, s. 9; Gümüş, **Kira, a.g.e.** s. 34; Acar **a.g.e.** s. 95; Y.6.H.D. T. 10.11.2008; E. 9297/K .12258; Azra Arkan Serim, **Hasılat Kirasında Tarafların Hakları ve Borçları**, İstanbul, 2010, s. 92.

“.....” *Kullanma karşılığı ödenecek bedele kira bedeli denir. Kira karşılığı kural olarak paradır. Ancak bu bedel paradan başka bir şey, örneğin hizmet akdi veya bir şey imal etme (istisna akdi) gibi şeyler de olabilir. Bu nedenle 01.02.2005 başlangıç tarihli sözleşmede kira bedeli para olarak kararlaştırılmamış, arsa üzerinde yapılacak hafriyat ve tesviye karşılığı hizmet olarak belirlenmiştir. Bu ilkeler çerçevesinde taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin tüm unsurları itibariyle kira sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.....” www.kazanci.com.tr (27.10.2014)*

³⁰⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler** Ankara, 2014, s. 343, 373; Aydoğdu, Kahveci **a.g.e.** s. 455.

belirlenebileceğini savunmaktadır³¹⁰. Yazar kira bedelinin para ya da piyasada değer kaydı bulunan şeyler dışında başkaca bir edim olarak belirlenmesi halinde ise sözleşmenin kira sözleşmesi değil bir karma sözleşme olacağı belirtmektedir³¹¹. Kira bedelinin para dışında başkaca bir edim olarak kararlaştırıldığı durumlarda, *BECKER*; kiraya ilişkin esasların kıyas yoluyla uygulanabileceğini savunmaktadır³¹².

Bu konuda fikrimizi ileri sürmeden evvel, kanaatimizce öncelikle bedel kelimesinin anlamını doğru tespit etmek gerekir. Bedel kelimesi sözlükte; “değer, fiyat, kıymet, bir şeyin yerini tutabilen karşılık” şeklinde tanımlanmıştır³¹³. Şu halde kanun koyucunun, kira bedeli kavramını kullanmasıyla, kiracının karşı ediminin yalnızca bir miktar ücret değil, başkaca edimler de olabileceğini amaçladığı yorumlanabilir. Nitekim TBK m. 299 madde gerekçesinde de bu amaç açıkça belli edilmiştir. Ancak; Türk Borçlar Kanunu’nda kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m. 344 madde hükmü içeriğine bakıldığında, kira bedeline yapılacak artış oranı emredici nitelikte düzenlenmiştir. Bu anlamda olmak üzere, kira bedeli taraflarca ücret yerine bir iş görme borcu olarak kararlaştırıldığında, kiraya veren kira bedelinin artırılmasını talep ettiğinde, kira bedeli olan iş görme borcunun üretici fiyat endeksine oranla artışının talep edilmesi gibi bir durum söz konusu olur ki, bu da eşyanın tabiatına aykırıdır.

Aynı şekilde kira bedeli olarak misli ya da misli olmayan bir eşyanın devri kararlaştırıldığında, kira bedelinin artışının, “devredilen eşyanın üretici fiyat endeksine göre artırılmasının talep edilmesi gibi” eşyanın tabiatına aykırı bir durum söz konusu olur. Bundan başka devredilen eşyanın para olarak karşılığının üretici fiyat endeksine göre artırımından elde edilecek para tutarı karşılığı olan başka bir eşyanın, üretici fiyat endeksi karşılığı sonucu belirlenen yeni kira bedeli olarak belirlenmesi gibi garip ve zorlama sonuçlar söz konusu olur. Buradan anlaşıldığı

³¹⁰ Murat Doğan, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Ankara, 2011, s. 9.

³¹¹ Doğan, *a.g.e.*, s. 9.

³¹² Becker, *a.g.e.* s. 244.

³¹³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53f5e5e575f7a9.53882930 (21.08.2014)

üzere kanun koyucu TBK m. 299'da kira bedelinin ücretten başka edimler de olabileceği saikiyle hüküm tesis etmiş olmasına rağmen, TBK m. 344'de kira artışını düzenlerken, kira bedelinin yalnızca ücret olabileceği saikiyle hüküm tesis etmiştir. Bu deyim yerindeyse yaman bir çelişkidir. Kanun koyucu kanaatimizce burada hukuki nitelendirme konusunda isabetli davranmamıştır. Hukuki nitelendirmeyi bir terzinin elbise ölçüsü almasına benzetirsek, elbisenin ölçüsü yanlış alındığında, elbise sahibinin üzerine uymayacaktır. Burada da, kira sözleşmesinde karşı edimin belirlenmesi konusu, terzinin yanlış ölçü alması halidir. Çünkü kira bedelinin artışı, TB m. 344 uyarınca yalnızca para olarak belirlenebilirken, TBK m. 299 uyarınca, kira sözleşmesinde karşı edim para veya ücret yerine başkaca edimlerden de oluşabilir anlamı çıkmaktadır. Kira bedelinin para ya da başkaca edim olarak belirlenmesinde serbestlik tanıyan kanun koyucu, verdiğimiz örnek uyarınca geniş ölçü almış ancak kira bedelinin artışı konusunda artışı üretici fiyat endeksine sabitleyerek, yani para olarak sabitleyerek, burada da ölçüyü dar almıştır. Aynı örnek üzerinden gidersek kira sözleşmesinde karşı edim, kimi yerlerindeki ölçüler birbirini tutmadan dikilmiş bir elbise gibidir.

Şu halde, bize göre kira bedeli, ücret dışında yalnızca piyasada değer kaydı olan ve paraya çevrilebilen (altın gibi) şeyler olabilir. Bunun dışındaki her türlü eşya veya başkaca edimler karşı edim olarak söz konusu olduğunda, sözleşme artık kira sözleşmesi değil atipik bir sözleşme niteliğine girer. Bu durumda da kanaatimizce karma sözleşmenin varlığından söz etmek gerekir. Kira sözleşmesinde karşı edim bize göre sadece ücret olabileceğine göre, karşı edimin ücret dışında başka bir edim şeklinde kabul edilmesi halinde kira sözleşmesine ait kullandırma edimiyle başkaca bir sözleşmeye ait karşı edim tarafların iradeleriyle aynı sözleşmeye dahil edilmektedir. Örneğin kullandırma ediminin karşılığı olarak bir hizmet edimi öngörülüyse, burada kira sözleşmesinin edimiyle ile hizmet sözleşmesinin karşı ediminin bir arada olduğu bir karma sözleşmeden söz edilmek gerekir. Ancak buradaki sözleşme ne kira sözleşmesi ne de hizmet sözleşmesidir, buradaki sözleşme kira ve hizmet sözleşmelerinin bir araya getirilip birbirlerine bağlanarak oluşturulan bir karma sözleşmedir.

Sonuç olarak bize göre TBK m. 299 ile TBK m. 344 hükümleri kendi aralarında çelişmektedir. Bu çelişkiden de öte, TBK m. 299 hükmü kanaatimizce kira sözleşmesini atipik bir kullandırma sözleşmesiyle karıştırmaya sebep olabilecek niteliktedir. Tüm bunlardan dolayı TBK m. 299, eski düzenleme BK m. 248 ile kıyaslandığında isabetsiz bir düzenleme olmuştur.

4. Kira Sözleşmesinde Hasar Sorunu

Hasar sorununun meydana gelebilmesi için, edimin kusursuz imkânsızlığının söz konusu olması gerekmektedir.

Kira sözleşmesinde hasar, kiraya verenin karakteristik edimini ifa borcunu ortadan kaldırırken, kiracının da kira bedeli ödeme borcunu ortadan kaldırır. Kiraya verenin ediminin kusursuz olarak imkânsızlaşması, edimin nitelenmesinde bize göre daha yerinde olan zilyetliğin devri ifadesinin mi yoksa kanundaki teslim ifadesinin mi kullanıldığına göre ne şekilde yapıldığına değişik şekillerde karşımıza çıkabilir.

TBK m. 301’de “teslim borcu” şeklinde geçen edime ilişkin olarak, kavram yönünden “zilyetliğin devri” nitelemesinin daha yerinde olduğunu düşünmemizin bir sebebi de, bu edime ilişkin kusursuz imkânsızlık hali ve hasar sorunu olduğunu belirtmiştik. Kiracının “kiralananın zilyetliğinin devri borcunda”, “kiralananın teslim borcuna” oranla edimini ifa şekli genişletilmiş ve deyim yerindeyse “nokta atışı” bir teslim ediminden çok, ifası teslim dışında da mümkün olabilen bir zilyetliğin devri edimi söz konusu olmuştur. Edimin ifa edilebilme şekli genişledikçe, edimin imkânsızlaşması olasılığı düşmektedir, bu nedenle edimin ifa şekliyle edimin imkânsızlaşması arasında ters bir orantı bulunmaktadır. Başka bir deyişle edimin ifa edilebilme şekli, teslim kavramına göre daha geniş bir kavram olan zilyetliğin devri olarak düşünüldüğünde, kiraya verenin ediminin imkânsızlaşması ihtimali azalmaktadır. Yine aynı şekilde kiraya verenin ediminin ifa edilebilme şekli genişledikçe, kiraya verene imkânsızlıktan dolayı kusur yüklenebilmesi ihtimali de azalmaktadır. Bu anlamda olmak üzere, kiraya verenin edimini kanundaki ifadesi olan teslim borcu şeklinde kabul edersek, zilyetliğin teslimsiz olarak kiracıya devrinde kiralananın herhangi bir zarara uğraması halinde, kiraya verenin kusuru söz

konusu olur. Bundan dolayı da kusurlu imkânsızlık hükümleri uygulama alanı bulur ve hasar sorunu da meydana gelmez. Aynı şekilde böyle bir ihtimalde kiralanan telef olsa, kiraya veren yönünden yine kusurlu imkânsızlık hükümleri devreye girecektir.

Eğer TBK m. 301'deki kiraya verenin edimini, teslim borcu yerine zilyetliğin borcu olarak kabul edersek, kiraya verenin, edimi yerine getirirken daha geniş bir ifa etme alanına ve şekline sahip olduğu ortadadır. Bu şekilde, kiralananın zilyetliği, kiracıya zilyetliğin teslimsiz devir şekillerinden biri olan hükmen teslim ile de devredilebilir. Bu durumda kiraya veren zilyetliğin devrini gerçekleştirirken kiralanan kiraya verenin kusuru olmadan telef olsa ya da kira sözleşmesiyle amaçlanan kullanıma yönelik niteliğini kaybetse, kusursuz imkânsızlık söz konusu olur. Çünkü bize göre kiraya verenin teslim borcu değil, zilyetliğin devri borcu bulunmaktadır. Bu noktada da, bir hasar sorunu ortaya çıkar. Bu durumda TBK m. 136/II uyarınca kiraya veren kiracıya, önceden ifa edilmiş kira bedeli ödemesi var ise, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince iade etmek durumundadır. Eğer kiracı kiraya verene henüz kira bedeli ödeme borcunu ifa etmediyse, kiraya veren bunu talep hakkını kaybeder.

Kira sözleşmesinde hasar söz konusu olduğunda, TBK m. 136 hükmü uyarınca borç ilişkisi sona erer. TBK m. 136/II uyarınca kusursuz imkânsızlık nedeniyle borcundan kurtulan borçluya, karşı taraf edimini ifa etmiş ise, borçlu bunu sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade yükümü altına girer, henüz kendisine ifa edilen karşı edim yoksa bunu talep hakkını kaybeder. Aynı hükmün son cümlesi ise, kanun veya sözleşmeyle hasarın alacaklıya yüklendiği durumların saklı olduğunu öngörmektedir. Kanun koyucu bu istisna hükmüyle, kanun ya da tarafların iradeleriyle hasarın alacaklıya yüklendiği durumların da olabileceğini belirtmektedir. Bu istisnai durumun en önemli örneği, 818 s. BK. m. 183 hükmü idi. Ancak bu hükmü karşılayan TBK m. 208 uyarınca artık yarar ve hasar, satış sözleşmesinin

kurulmasıyla değil, satılanın zilyetliğinin devri ile geçtiğinden, TBK m. 136/II'deki istisnai hallerin önemi de azalmıştır³¹⁴

Eğer kiracı kendi kusuruyla kiralananı sözleşmenin başladığı tarihte kullanamıyor ise, karşı edim hasarını üstlenir³¹⁵. Esasında kiracının kiralananı kendi kusurundan dolayı kullanamaması ya da kendi kusuru bulunmadan, beklenmeyen hal veya mücbir sebep dolayısıyla kiralananı kullanamaması veya sınırlı kullanabilmesi durumunda, kiraya veren kiralananı kiracının kullanımına hazır şekilde bulundurdukça kiracı kira bedelini ödeme borcu altındadır. Bu durum TBK m. 324 hükmünde öngörülmüştür. Madde hükmünde her ne kadar “*kiracının kendisinden kaynaklanan bir sebepten*” bahsedilse de, bu durum 818 s. BK m. 252/I'deki gibi kiracının kusuru ya da kendisinden kaynaklanan bir beklenmeyen hal veya mücbir sebep olarak okunmalıdır³¹⁶.

Tüm bu açıklamaların ardından sonuç olarak şunları söyleyebiliriz:

- Kiraya verenin karakteristik edimi teslim borcu olarak kabul edildiğinde, bu edim maddi teslim dışında herhangi başka bir şekilde ifa edilirse, edimin imkânsızlaşması kiraya verenin kusurundan kaynaklanır. Çünkü edimin ifa edilme şeklinin dışına çıkmış olur.
- Eğer kiraya verenin karakteristik edimi zilyetliğin devri olarak kabul edilirse, edimin imkânsızlaşması halinde, zilyetliğin devrinin teslimle yapılmamış olması tek başına kusurun varlığına işaret etmez. Çünkü edim zilyetliğin devri olduğuna göre, zilyetlik teslimle devredilebileceği gibi, teslimsiz de devredilebilir.
- Bu durumda kiraya verenin kusurundan söz edilemeyeceğine göre, imkânsızlık kusursuz imkânsızlık şeklinde kendini gösterir. Bunun sonucunda da, hasardan söz edilir.

³¹⁴Oğuzman, Öz **Cilt I a.g.e.** s. 563.

³¹⁵Serozan, **Borçlar Genel a.g.e.** s. 154.

³¹⁶Gümüş, **Kira Sözleşmesi a.g.e.** s. 188.

- Kiraya veren kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma uygun şekilde kiracının kullanımı için hazır bulundurması halinde, kiracı ister kendi kusurundan dolayı, isterse de kendisini ilgilendiren bir beklenmeyen hal ya da mücbir sebep dolayısıyla kiralananı tamamen ya da kısmen kullanamasa bile, kendi ediminin tamamını (kira bedelini) ifa etmek durumundadır.

III. Ürün Kirası Sözleşmelerinde Hasar

A. Ürün Kirası Sözleşmesi Kavramı ve Kira Sözleşmesinden Farkları

Ürün kirası sözleşmesi, kiraya verenin ürün veren bir malın veya hakkın kullanımını, ürünlerin devşirilmesini; yani kiralananın işletilmesini kiracıya bıraktığı, kiracının da bunun karşılığında bir kira bedeli³¹⁷ ödemeyi borçlandığı sözleşmedir³¹⁸.

Ürün kirası sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun Dördüncü Bölümünün Üçüncü Ayrımında düzenlenmiştir³¹⁹. Ürün kirası sözleşmesinde, kira sözleşmesinden farklı olarak, kiraya verenin zilyetliği devretme (teslim) borcunun karşısında kiracının zilyetliği devralma (teslim alma)³²⁰ borcu da bulunmaktadır³²¹. Bunun sebebi ise, kira sözleşmesinde kiracının işletme borcu olmamasına rağmen, ürün kirası sözleşmesinde kiracının işletme borcunun bulunmasıdır. Ürün kirasında kiracının kiralananı işletme borcu bulunduğuna göre, işletme borcunu yerine

³¹⁷ Bu hususta kira sözleşmesinde yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetinerek, kira bedelinin ücret olması gerektiğinin altını çiziyoruz.

³¹⁸Tandoğan, **Cilt 1/2 a.g.es.** 2, 3; Erol Cansel, **İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası**, Desen, Ankara, 1953, s. 4; Yavuz **a.g.e.** s. 697; Abdülkadir Arpacı, **Kira Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, 2002, s. 163,164; Arpacı (**Hatemi, Serozan**), **a.g.e.** s. 255,256; Zevkliler, Gökyayla **a.g.e.** s. 189; Zevkliler, Ertaş, Havutçu, Aydoğdu, Cumalıoğlu, **a.g.e.** s. 483; Hüseyin Altaş, **Hasılat ve Şirket Kirası, (BK m. 270-298)** Ankara, 2009, s. 45.

³¹⁹ Kanun koyucunun ürün kirası sözleşmesini Dördüncü Bölüm içinde düzenlemesinin isabetli olmadığını, kira sözleşmesiyle ilgili açıklamalarımızı yaptığımız önceki başlıklarda ifade etmiştik. Tekrar etmemek adına, söz konusu açıklamalarımıza atıf yapıyoruz.

³²⁰ Kira sözleşmesinde bahsettiğimiz üzere bize göre kiraya verenin teslim borcu yerine zilyetliğin devri borcu bulunmaktadır. Aynı şekilde ürün kirası sözleşmesinde de, teslim borcu yerine, kiraya verenin kiralananın zilyetliğini devri borcu denmesinin, kira sözleşmesinde ileri sürdüğümüz aynı gerekçelere dayanarak daha isabetli olacağını düşünüyoruz. Bundan dolayı biz, ürün kirası sözleşmesinde de, de teslim borcu yerine “zilyetliğin devri borcu” ifadesini kullanıyoruz.

³²¹ Tandoğan, **Cilt 1/2 a.g.e.** s. 111; Arkan Serim, **a.g.e.** s. 84.

getirebilmesi için kiralananın zilyetliğini devralmalıdır. Yani, zilyetliği devretme, kiraya veren yönünden karakteristik edim olduğu kadar, zilyetliği devralma da kiracı yönünden karşı edimdir. Kira sözleşmesiyle ürün kirası sözleşmesi ayırımında göz önüne alınması gereken ölçü için şunu söyleyebiliriz:

Tarafların edimleri iki kira türünü ayırma noktasında en belirleyici rolü taşır³²². Ürün kirasından söz edilebilmesi için kiraya verenin kullanmaya izin verme ve tahsis yükümünün yanında, kiralananın verdiği ürünlerden de yararlanmayı sağlama yükümü bulunmaktadır³²³. Buna karşın, kira sözleşmesinde kiracı kiralananı kullanma hakkına sahipken, ürün kirasında kiracı kiralananı kullanma ve işletme borcu altındadır³²⁴. Bu sebeple, eğer kiracının kiralananı işletme borcu varsa, burada ürün kirası sözleşmesi vardır.

Ürün kirası sözleşmeleri ile kira sözleşmelerinin edimleri yönünden ayrımı konusunda, güncel bir konu olan ve uygulama bakımından da önem arz eden bir örnek, Alışveriş Merkezleri'ndeki ("AVM") dükkânlara ilişkin kira sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesidir. Bu türden kira sözleşmelerinde genelde asgari bir kira bedeli belirlenmekte, bunun yanında ciro üzerinden de bir belirli bir oran uyarınca bir bedel kararlaştırılarak, bu bedelin asgari kiradan fazla olması halinde bunun kira bedeli olarak ödenmesi öngörülmektedir. Bu duruma ilişkin olarak doktrinde bir görüş, bu türden sözleşmelerin ürün kirası niteliğinde olduğunu savunmaktadır³²⁵. Bir diğer görüş ise, sözleşmede ciro üzerinden bir oran ile belirlenecek bedelin, asgari kira bedelinin üzerinde olması halinde, bu bedelin kira bedeli olarak ödeneceğine ilişkin bir hükmün varlığının, tek başına ürün kirası sözleşmesinin varlığına işaret edemeyeceğini savunmaktadır³²⁶. Bu görüşün dayanağı ise, işletme hakkının devredilmediği ve kiracının işletme borcunun bulunmadığı bir sözleşmenin

³²² Arkan Serim, **a.g.e.** s. 22.

³²³ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 22.

³²⁴ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 22.

³²⁵ Altaş, **Hasılat ve Şirket Kirası a.g.e.** s. 240.

³²⁶ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 24.

ürün kirası sözleşmesi olamayacağı esasına dayanmaktadır³²⁷. Hatta bu görüş uyarınca AVM’lerde dükkânların belirli gün ve saatlerde açık tutulması zorunluluğu getiren hükümler bile, tek başına işletme yükümü olarak değerlendirilemez³²⁸. Çünkü bu türden hükümler, AVM’nin canlılığının korunması amacıyla öngörülmektedir³²⁹. Bize göre de bu görüş isabetlidir. İşletme yükümlülüğü olmadan, ürün kirası sözleşmesinden söz edilemeyeceği hukuki gerçekliği karşısında, yalnızca sözleşmedeki ciro üzerinden bir oranla belirlenen bedelin, asgari bedelden yüksek olması sonucu, bu söz konusu bedelin kira bedeli olacağına ilişkin sözleşme hükmü, işletme yükümlülüğünün varlığını ispatlamamaktadır.

Konu yönünden de mevcut olan ayırım; ürün kirası sözleşmesinin konusu, kiracının bir mal veya hakkın kullanımıyla birlikte ürünlerinin toplanması iken, kira sözleşmesinin konusu bir malın kullanılmasının kiracıya bırakılmasıdır³³⁰. Şu halde, konu yönünden bu iki kira türünün ayırımı, kiralananın işletilmesidir. Alt kiraya verme yetkisi içeren bir konut kirası sözleşmesinde, sözleşme kira sözleşmesidir. Çünkü alt kiradan elde edilen gelir, alt kiracının kendisi tarafından değil, üçüncü kişi tarafından kullanıldığı için semereye dönüşmeyen, kullanım çıkarı olan bir ivazdır³³¹.

Bundan başka, kiralanan eşya yönünden de bir ayırım yapılabilir. Sözleşme konusu kiralananın yalnızca kullanıma cevaz vermesi halinde kira sözleşmesinden söz edilir³³². Ürün kirası sözleşmesinde ise kiralanan eşyanın kullanımı dışında ürün vermesi şarttır.

³²⁷ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 24.

³²⁸ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 24.

³²⁹ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 24.

³³⁰ Pierre Voirin (Çev: Erol Cansel), **Hasılat Kirasının Ölçüsü ve Muhtariyetinin Esası Olarak Kabul Edilen Bir İşletmeden İstifade**, (s. 231-265), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 3, 1954, s. 233; Arkan Serim, **a.g.e.** s. 23.

³³¹ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 24.

³³² Arkan Serim, **a.g.e.** s. 23.

B. Ürün Kirası Sözleşmesinin Özellikleri

Ürün kirası sözleşmesi, tipik, rızai, sürekli edimli ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2004 tarihli bir kararında, “ürün kirası sözleşmesinde ürünlerin toplanmasının kiralananın kullanılmasına oranla daha büyük bir önem taşıdığını, ürünlerin toplanması edimi ile kira bedelinin nakit ya da ürünün belli bir oranı olarak da ödenebilmesinin, bu sözleşmeyi kendine özgü bir yapıya kavuşturduğunu” belirtmektedir³³³. Kanaatimizce Yargıtay, bu söz konusu kararında hukuki yönden isabetsiz bir nitelendirme yapmıştır. Öncelikle şunu söylemek gerekir ki, ürün 4 Bundan başka, ürün kirası sözleşmesinin tipik bir sözleşme olduğu gerçekliği karşısında, Yargıtay, ürün kirası sözleşmesini “kendine özgüye yapıya kavuşmuş bir sözleşme” olarak nitelendirmiştir. Bundan dolayı, niteleme de kanaatimizce yanlıştır.

Yukarıda saydığımız genel nitelikte özelliklerinin dışında ürün kirası sözleşmesinin kendine özgü birtakım özellikleri de vardır. Ürün kirası sözleşmesinde kiralanan mutlaka ürün veren bir mal veya hak olmalıdır. Bununla birlikte her ürün veren bir mal veya hakkın üçüncü kişilere kullandırılması da ürün kirası sözleşmesinin varlığını göstermez³³⁴. Çünkü ürün veren bir mal veya hakkın varlığı halinde bile, ürün kirası sözleşmesinin mevcut olduğunun kabulü için, ürünün bir semere niteliğinde olması ve bizzat kiracı tarafından elde edilmesi gerekir³³⁵. Ürünün semere niteliğinde olabilmesi de, ürünün, “aslın cevherini tüketmeden, yok etmeden elde edilebilmesine” bağlıdır³³⁶. O halde, her semere bir ürün olmakla birlikte, her ürün bir semere değildir. Her ne kadar ürün ve semere kavramları çoğunlukla alışlageldiği üzere birbirinin eş anlamlısı olarak kullanılsa da, ürünün semere niteliğinde olması için, ürün elde edilirken aslının cevherinin, özelliğinin yok olmaması gerekir.

³³³ YHGK. 14.04.2004 T. 2004/11-222 E. 2004/222 K. Gülay Öztürk, **Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası**, Seçkin, Ankara, 2010, s. 49.

³³⁴ Cansel, **a.g.e.** s. 4.

³³⁵ Cansel, **a.g.e.** s. 4.

³³⁶ Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, **Ayni Haklar (Teksir)**, Ankara, 1951, s. 12.

Semere³³⁷, bilindiği üzere ikiye ayrılır. TMK m. 685/II hükmü de ayrımı bu şekilde hükme almıştır. O halde hem doğal semere hem de hukuki semere getiren eşya ürün kirası sözleşmesinin konusu olabilecektir³³⁸. Bundan dolayı, işletmelerin işletilmesi sonucu elde edilen kar da hukuki semere olarak nitelendirilmektedir³³⁹.

Haklar da TBK m. 357 uyarınca ürün kirası sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Ancak bu hakların da tıpkı eşya gibi ürün vermesi gerekir. Ürün kirası sözleşmesinde kiralanan hak olduğunda, bu hak işletilmek üzere kiracıya terk edilir³⁴⁰. Ürün kirasına konu olabilecek haklara örnek olarak; deniz, göl ve kara hayvanlarının avlanmasına yönelik haklar için yapılan ürün kirası sözleşmeleri verilebilir³⁴¹.

Haklar konusunda özel bir duruma da kısaca değinmek gerekir. Fikri ve sınai hakların ürün kirasına konu olup olmayacağı hususu tartışılması lazım gelen bir konudur. Fikri ve sınai hakların düzenlendiği özel kanuni düzenlemelerde, bu hakların kullanımıyla ilgili olan lisans sözleşmelerine ilişkin hükümler yer almaktadır³⁴². Doktrinde, *ARKAN SERİM'e* göre, fikri ve sınai hakların kullanımına ilişkin bu özel hükümlerin varlığından dolayı, fikri ve sınai hakların, genel hüküm olan ürün kirası sözleşmelerine direkt olarak konu olamayacaklardır³⁴³. Aksi

³³⁷ Doğal semere, asıl eşyanın organik yapısı sonucu olarak belirli aralıklarla tekrarlanan ve ayrıldıkları zaman asıl eşyanın özüne zarar vermeyen şeylerdir³³⁷. Hukuki semere ise, sermayenin bir sözleşme sonucu belirli aralıklarla getirdiği parasal gelirdir, Arpacı (**Hatemi, Serozan**), **Eşya, a.g.e.** s. 85; Hatemi(**Aybay**), **a.g.e.** s. 18

³³⁸ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 3.

³³⁹ Tandoğan, Cilt 1/2 **a.g.e.** s. 3-4; Cansel, **a.g.e.** s. 7; Yavuz, **a.g.e.** s. 699; Altaş, **Hasılat ve Şirket Kirası, a.g.e.** s. 77, 78; Arkan Serim, **a.g.e.** s. 3.

³⁴⁰ Cansel,**a.g.e.** s. 25.

³⁴¹ Tandoğan, **Cilt 1/2 a.g.e.** s. 5-6; Cansel, **a.g.e.** s. 25-31; Yavuz, **a.g.e.** s. 700; Öztürk, **a.g.e.** s. 152.

³⁴² Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, 2012, s. 215 vd.

³⁴³ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 7.

görüştteki *ARPACI'ya* göre ise, bu türden haklar, direkt olarak ürün kirası hükümlerine tâbi olurlar³⁴⁴. Bizim konu hakkındaki kanaatimiz ise, şu şekildedir:

Burada özel hüküm niteliğindeki lisans sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Çünkü özel hükmün varlığı halinde, genel hüküm değil özel hükmün uygulanması gerekir. Fikri ve sınai haklara ilişkin özel hükümler bulunduğu göre, genel hüküm olan ürün kirası sözleşmelerine direkt olarak konu olamamaları, lisans sözleşmelerine konu olmaları gerekir. Ancak, lisans sözleşmelerine ilişkin özel hükümlerde somut olaydaki konuya ilişkin hüküm olmaması halinde, genel hüküm olan ürün kirası sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir.

C. Ürün Kirası Sözleşmesinde Tarafların Edimlerinin Kusursuz İmkânsızlığı ve Bu Çerçevde Hasar Sorununun İncelenmesi

1. Genel Olarak

Ürün kirası sözleşmesinde de hasar sorunu inceleyebilmek için önce tarafların asli edimlerinin incelenmesi gerekmektedir. Tarafların asli edimleri incelendikten sonra bu edimlerin kusursuz imkânsızlığı söz konusu olduğunda, hasar sorunu kendisini gösterecektir.

Ürün kirası sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan, kusursuz imkânsızlığın söz konusu olması halinde, edim hasarı ve buna bağlı olarak da karşı edim hasarı ortaya çıkacaktır. Bundan dolayı, tıpkı kira sözleşmesinde olduğu gibi, ürün kirası sözleşmesinin de sinallagmatik karakteri, sözleşmenin tarafları yönünden, hasar sorununun karşılıklı bir risk, bir tehlike teşkil ettiği gerçeğini böylece gözler önüne serer.

Bu karşılıklı riskin sonucunda da, ürün kirası sözleşmesinde kusursuz imkânsızlık sonucu ortaya çıkan hasar olgusu, sözleşmenin taraflarından birisine ait olarak onun malvarlığına olumsuz bir etkide bulunur. Aşağıdaki başlıklarda ürün

³⁴⁴ Arpacı (**Hatemi, Serozan**), **Borçlar Özel, a.g.e.** s. 257.

kirası sözleşmelerinde kiraya verenin ve kiracının asli edimleri, hasar konusu yönünden incelenecektir.

2. Kiraya Verenin Edimi (Karakteristik Edim)

TBK m. 360 uyarınca kiraya verenin edimi, birlikte kiralanan taşınır şeyler varsa bunlarla birlikte kiralananın zilyetliğini sözleşmenin amacına uygun biçimde kullanılmaya ve işletilmeye elverişli bir durumda kiracıya devretmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmaktır. Burada da tıpkı kira sözleşmesinde olduğu gibi, bu durumu sözleşme süresince devam ettirme borcu da söz konusudur.

Kullanılmaya ve işletilmeye elverişli şekilde zilyetliğin devri borcu, kiracının kiralanda işletme faaliyetini gerçekleştirmesini sağlayacak tüm malzeme, araç-gereç, ruhsat ve imtiyazların da teslim edilmesini kapsamaktadır³⁴⁵.

Ticari işletmeler yönünden işletmeye bağlı unsurların da kullanıma sunulmasının gerekip gerekmediği doğru tespit edilmelidir. TTK m. 11/II bazı malvarlığı unsurlarını sınırlı sayı niteliği olmadan saymış ve bunlar arasında; tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer fikri mülkiyet haklarını da zikretmiştir. Başka bir deyişle, maddede sayılan ve sayılmamış olsa da, sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurları işletmeye dâhil kabul edilmiştir. TTK m. 11/II uyarınca sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ticari işletme devredilirken ya da başkaca hukuki işlemlere konu olurken, kendisini oluşturan maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarının unsurları tek tek tasarruf işlemlerine konu olmaksızın bir bütün halinde devredildiği veya başkaca hukuki işlemlere konu edildiği varsayılır. Bundan dolayı, bir ticari işletme kiraya verilirken, aksi bir hüküm sözleşmede yer almadıkça işletmeye bağlı tüm unsurların kiracının kullanımına ve işletmesine sunulması gerekmektedir³⁴⁶.

³⁴⁵ Cansel, **a.g.e.** s. 57; Tandoğan, Cilt 1/2 **a.g.e.** s. 110; Altaş, **Hasılat ve Şirket Kirası a.g.e.** s. 99,100; Arpacı, **a.g.e.** s. 167, 168; Öztürk, **a.g.e.** s. 170.

³⁴⁶ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 39.

Bu borcun kapsamı, aynı zamanda sözleşmenin kira ya da ürün kirası sözleşmesi olup olmadığını ayırmada da belirleyicidir. Eğer kiraya verenin borcu kiralananın zilyetliğini sözleşmedeki amaca uygun şekilde devretme ve bu durumu sözleşme süresince devam ettirme ise kira, kiraya verenin borcu kiralananın zilyetliğini sözleşmedeki amaca ve de işletilmeye uygun şekilde devretme ve bu durumu sözleşme süresince devam ettirme ise ürün kirası sözleşmesinin varlığından söz edilecektir³⁴⁷

Zilyetliğin devri borcunun ifa zamanı konusunda, tıpkı kirada olduğu gibi ürün kirasında da özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda sözleşmede bir hüküm varsa o uygulanır. Eğer sözleşmede bu konuda bir hüküm yoksa TBK m. 90 genel düzenlemesi uyarınca zilyetliğin devri borcunun yerine getirilmesi gerekir.

Zilyetliğin devri borcunun zamanında yerine getirilmemesi durumunda, mevcut şartlara göre imkânsızlık veya borçlu temerrüdü hükümleri uygulanacaktır³⁴⁸.

Kiraya verenin kullanılmaya ve işletilmeye elverişli şekilde zilyetliğin devri dışındaki bir başka borcu da, kiralananı sözleşme süresince kullanıma ve işletilmeye elverişli şekilde bulundurma borcudur. Yani kiraya veren kullanılmaya ve işletilmeye elverişli şekilde zilyetliğin devri borcunu sözleşme süresince sağlamakla da yükümlüdür. Bu da ürün kirası sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olmasından kaynaklanır.

3. Kiracının Karşı Edimi

Ürün kirası sözleşmesinde kiracının birden fazla karşı edimi bulunmaktadır. Bunlar kiralananın zilyetliğini sözleşmede amaçlanan kullanıma ve işletmeye elverişli şekilde devralma³⁴⁹, kiralananı işletme ve kira bedelini ödemedir. Satış

³⁴⁷ Altaş, **Hasılat ve Şirket Kirası a.g.e.** s. 99; Arkan Serim **a.g.e.** s. 36.

Y. 13. H.D. 23.05.1988 T. 1533 E. 2783 K. “Çırçır ve prese fabrikasının işletme ruhsatı olmadan demirbaşları ile kiraya verilmesi hasılat kirası değil, adi kiradır”, Öztürk, **a.g.e.** s. 81, dn. 63.

³⁴⁸ Tandoğan, **a.g.e.** s. 110; Arkan Serim, **a.g.e.** s. 38.

³⁴⁹ Ürün kirası yönünden de bu borç kanunda teslim borcu olarak anılsa da, biz önceki açıklamalarımızdaki gerekçelerle (**bkz: II, D, d, 3**) zilyetliğin devri borcu ifadesini kullanıyoruz.

sözleşmesinde olduğu gibi burada da zilyetliği devralma borç kılınmıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen tipik sözleşmelerde kural olarak para olan karşı edim³⁵⁰, ürün kirası sözleşmesinde kira bedelinin dışında, zilyetliği devralma ve işletme karşı edimleri olarak da vücut bulmuştur.

Her ne kadar kiracının zilyetliği devralma borcu Türk Borçlar Kanunu'nun ürün kirasını düzenleyen hükümlerinde kiracının borçları arasında sayılmamış olsa bile, kira sözleşmesinden farklı olarak kiracının ürün kirasında işletme borcu olduğu için, kiralananın zilyetliğini devralma borcunun da bulunduğu kabul edilmelidir³⁵¹. Yani, ürün kirasında kiracı işletme borcunu ifa edebilmek için, aynı zamanda kiralananın zilyetliğini devralmalıdır. Bundan dolayıdır ki, kiraya verenin zilyetliği devir edimine karşılık, kiracının zilyetliği devralma karşı edimi bulunmaktadır.

İşletme borcu ise, kiracının karşı edimi olarak TBK m. 364'te zikredilmiştir. Buna göre kiracı sözleşmedeki amaca uygun olarak kiralananı işletmekle ve özellikle ürün vermeye elverişli bir durumda bulundurmakla yükümlüdür. Kiracının işletme karşı edimi de, yine kiraya verenin zilyetliği devretme ediminin karşılığını oluşturur.

Doktrinde bir görüş işletme borcunun mutlak nitelikte olmadığını, ancak kiraya verenin zarara uğrama ihtimali bulunduğu durumlarda işletme borcunun mevcut sayılması gerektiğini savunmaktadır³⁵². Ancak bu görüşe karşı *ARKAN SERİM*; TBK m. 364'ün açık ifadesi gereği kiracının işletme borcunun mutlak bir borç olduğu kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir³⁵³. Bu bakımdan *ARKAN SERİM*'e göre kiracının işletme borcunun mutlak nitelikte olmadığını savunan görüşün dayanağı olarak ileri sürülen kiraya verenin zarara uğramaması halinde tazminat talep edemeyeceği yönündeki sav da, kiracının işletme borcunun olmamasından dolayı

³⁵⁰Hatemi, **Borçlar Özel a.g.e.** s. 13; Hatemi, **Ders Notları a.g.e.** s. 6.

³⁵¹ Tandoğan, Cilt 1/2 **a.g.e.** s. 111; Arkan Serim **a.g.e.** s. 84.

³⁵²Tunçomağ, **Özel Hükümler a.g.e.** s. 740, 741; Arpacı (**Hatemi, Serozan**) **Borçlar Özel a.g.e.** s. 265; Arpacı, **a.g.e.** s. 175; Ayşe Şahin, “**Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları ve Tâbi Olduğu Yasa Hükümleri**” (s. 1395-1446) Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt: 2, İstanbul, 2009, 1425, 1426.

³⁵³ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 86.

değil, sorumluluk hukukunun temel prensiplerinden zarar yoksa tazimatın da olmayacağı gerekçesiyledir³⁵⁴. Kiracının işletme borcu bakımından, *bizde ARKAN SERİM'in* bu görüşüne iştirak ediyoruz. Çünkü TBK m. 364, çok açık olarak kiracının işletme borcu olduğunu düzenlemiştir. Hatta kiracının işletme borcunun ürün kirası sözleşmesini kira sözleşmesinden ayıran en önemli unsur olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bundan dolayı bize göre kiracının işletme borcunun mutlak olup olmadığını tartışmaya gerek dahi yoktur. Ayrıca kanaatimizce duruma bir de başka açıdan; edimler arası sinallagma yönünden bakabiliriz. Kiraya veren kullanma ve işletmeye elverişli şekilde zilyetliği devretme edimini yüklediğine göre, kiracı da işletme karşı edimini mutlak olarak yüklenmiştir.

Zilyetliği devralma ile işletme karşı edimleri, tam iki tarafa borç yükleyen tipik sözleşmelerde kural olarak bir miktar para şeklinde belirlenen karşı edimin istisnalarındandır³⁵⁵. Gerçi aşağıda inceleyeceğimiz üzere ürün kirasında kiracının bir karşı edimi de kira bedeli olan bir miktar paradır ancak, bunun yanında para dışında zilyetliği devralma ve işletme olarak iki karşı edim daha mevcuttur.

Kiracının bir karşı edimi de kira bedelidir. Ürün kirası sözleşmesi yönünden kira bedeli, kiracının sözleşmeye konu kiralananı kullanması ve işletmesi karşısında kiraya verene ödediği karşılıktır³⁵⁶.

Kira bedelinin kapsamının ne olduğu konusunda ise, durumun kira sözleşmesi ile aynı olduğu kanaatindeyiz. Buna göre, kira bedeli, kural olarak yalnızca bir miktar para olabilir³⁵⁷. Para dışında ise ancak piyasada değer kaydı bulunan (altın

³⁵⁴ Arkan Serim, **a.g.e.** s. 86.

³⁵⁵ Bir diğer istisna ise, daha önce belirttiğimiz gibi mal değişim sözleşmesindedir. Ancak mal değişim sözleşmesinde ürün kirasından farklı olarak para karşı edimi hiç mevcut değildir.

³⁵⁶ Cansel, **a.g.e.** s. 106; Arkan Serim **a.g.e.** s. 91.

³⁵⁷ Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.** s. 455. Eren ise, “*kira sözleşmelerinde kira bedelinin yalnızca para olarak belirlenebileceğini*” belirtirken “*ürün kirası sözleşmelerinde ise, kira bedelinin para yerine mal da olabileceğini*” belirtmektedir, Eren, **Özel Hükümler a.g.e. s. 454.**

Kanaatimizce nasıl kira sözleşmeleri için kira bedeli mal olarak belirlendiğinde bir atipik sözleşmeden bahsediyorsak (ki yazarın kendisi de konuya böyle yaklaşmaktadır) ürün kirası için de

gibi) şeyler kira bedeli olarak belirlenebilir³⁵⁸. Para ve piyasada değer kaydı bulunan şeyler dışında örneğin bir iş görme edimi ya da bir eşyanın devri kira bedeli olarak belirlenirse, burada da ortada bir karma sözleşmenin olduğunun kabul edilmesi gerekir³⁵⁹. Ayrıca kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m. 344 hükmü de kira bedelinin yalnızca para ya da piyasada değer kaydı olan şeyler olarak belirlenmesi üzerine öngörülmüş bir hükümdür. Dolayısıyla bu sebepten dolayı da kira bedeli para ya da piyasada değer kaydı olan bir şeyden başkaca bir edim olarak belirlenemez³⁶⁰.

4. Ürün Kirası Sözleşmesinde Hasar Sorunu

İncelememizde yeri geldikçe belirttiğimiz üzere, hasar sorunu, ancak kusursuz imkânsızlık halinde söz konusu olur. Kusursuz imkânsızlık meydana geldiğinde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde TBK m. 136/II uyarınca borçlu borcundan kurtulur.

Ürün kirası sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan karakteristik edim kiraya verenin kusuru olmadan imkânsızlaşır, karakteristik edimi ifa borcu sona erer. Karşı edim yönünden de, karakteristik edimi ifa borcu ortadan kalktığı için karşı edimi ifa borcu da ortadan kalkar. Daha önce ifa edilmiş ise de, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi istenir. Bu durumda kiracı edim hasarına kiraya veren de karşı edim hasarına katlanmak durumunda kalır. Ancak TBK m. 136/II son cümle, borcun ifasından önce hasarın alacaklıya kanun ya da sözleşme hükmüyle geçtiği durumları saklı tutmuştur. Ürün kirası sözleşmesinde üç karşı edim bulunduğu göre, TBK m. 136/II'den doğan bu sonuçları üç karşı edim yönünden ayrı ayrı inceleyeceğiz.

aynı düşüncenin, yaklaşımın olması gerekir. Oysa ürün kirası sözleşmelerinde kira bedeli yönünden yazarın görüşü, kira sözleşmeleri yönünden kira bedeline ilişkin görüşüyle çelişki oluşturmaktadır.

³⁵⁸ Doğan, **a.g.e.**, s. 9.

³⁵⁹ Doğan, **a.g.e.**, s. 9.

³⁶⁰ Kira bedelinin kapsamı konusunda daha geniş açıklamalar, “**Kira Sözleşmelerinde Hasar**” başlığı altında yapılmıştır.

Kira bedeli yönünden; TBK m. 136/II uyarınca kiracının karşı edim olan kira bedeli ödeme borcu ortadan kalkar. Edim hasarına kiracı, karşı edim hasarına da kiraya veren katlanır. Yani, kiracı kiralananı kullanamaz, kiraya veren de kira bedelinden mahrum kalır. Ancak TBK m. 136/II son cümledeki istisna durumu mevcutsa, yani örneğin sözleşmeyle borcun ifasından önce hasar alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına yani; kiracıya) yüklenmişse, o halde kiracı karakteristik edim ortadan kalkmasına rağmen karşı edim olan kira bedelini ifa etmek durumundadır. Yani sonuç olarak; hasar kiracıya (alacaklıya; karakteristik edim alacaklısına) aittir.

Diğer karşı edimler olan zilyetliği devralma ve işletme borcu bakımından ise şunları söyleyebiliriz:

Karakteristik edim olan *“sözleşmedeki amaca uygun kullanılma ve işletilmek üzere kiralananın zilyetliğinin devri borcu”* imkânsızlaştıysa, karşı edim olan kiralananın zilyetliğini devralma borcu hiç doğmaz. Çünkü zilyetliği devretme borcu ortadan kalktığına göre, zilyetliği devralma borcunun doğması mümkün değildir. O halde zilyetliği devralma borcu yönünden karşı edim hasarı hiç meydana gelmez.

Karakteristik edimin imkânsızlaşmasının kiracının işletme karşı edimi üzerinde de etkisi aynı şekildedir. Zilyetliğin devri edimi imkânsızlık nedeniyle ortadan kalktığına göre, zilyetliğinin devredilmesi artık söz konusu olmayan kiralananın işletilmesi karşı edimi de ortadan kalkmıştır. O halde işletme borcu yönünden karşı edim hasarı hiç meydana gelmez.

O halde ürün kirası sözleşmesi yönünden hasar sorunu için şu genel sonuca varabiliriz:

Zilyetliği devralma ve işletme karşı edimlerinin, TBK m. 136/II son cümle uyarınca borcun ifasından önce kanun ya da sözleşmeyle alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına; kiracıya) yüklenmesi mümkün değildir. Çünkü bu karşı edimler kiralananı fizikî yönden bağımlı olmaları durumdadırlar. Söz konusu fizikî bağımlılık karakteristik edimin imkânsızlık sebebiyle ortadan kalkması halinde bu karşı edimlerin hiç doğmamalarına sebep olur. Doğmayan karşı edimin hasarı da söz

konusu olamaz. Başka bir deyişle; bu durumda TBK m. 136/II son cümle uyarınca kanun hükmü ya da taraflarca karşı edim hasarının ifadan önce alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına; kiracıya) yüklenmesi mümkün değildir. Çünkü meydana gelmeyen hasarın yüklenmesi söz konusu değildir. O halde, edim hasarı karakteristik edim alacaklısı olan kiracıdadır. Karşı edim hasarı ise hiç doğmamıştır.

Kira bedeli karşı edimi yönünden ise, karakteristik edimi ifa borcu imkânsızlık nedeniyle ortadan kalktığıında, kira bedelini ifa karşı edimi de TBK m. 136/II uyarınca ortadan kalkar. Yani edim hasarı karakteristik edim alacaklısı kiracıya, karşı edim hasarı da karşı edim alacaklısı kiraya verene ait olur. Ancak TBK m 136/II son cümle uyarınca karşı edim hasarı kiracıya yüklenebilir. Böyle bir durumda zaten edim hasarına katlanmak durumunda kalan kiracı, bununla birlikte karşı edim hasarına da katlanır. Yani, hasar kiracıya ait olur.

IV. Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmelerinde Hasar

A. Finansal Kiralama Sözleşmesi Kavramı ve Tanımı

Finansal kiralama sözleşmesini tanımlayabilmek için, önce finansal kiralama işlemi kavramına değinmek gerekir.

6361 s. Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketleri Kanunu (“6361 s. FFFK”) m. 3/ç’de finansal kiralama işleminin tanımı yapılmıştır. Buna göre finansal kiralama işlemi; 6361 s. FFFK ya da ilgili mevzuatla yetkilendirilen kiraya veren tarafından finansman sağlamaya yönelik olarak bir malın mülkiyetinin kira süresi sonunda kiracıya devredilmesi, kiracıya kira sözleşmesi bitiminde malın rayiç bedelinden düşük bir bedelle satın alma hakkı tanınması, kira sözleşmesi süresinin malın ekonomik ömrünün yüzde sekseninden daha büyük bir bölümünü kapsamaması veya finansal kiralama sözleşmesine göre yapılacak kira ödemelerinin toplam değerinin malın rayiç bedelinin yüzde doksandan daha büyük bir değeri oluşturması hallerinden birini sağlayan kiralama işlemidir.

Bu tanımdan hareketle bir kiralama işleminin finansal kiralama işlemi olabilmesinin koşullarını parçalara ayırarak inceleyebiliriz. Öncelikle bir kiralama işleminin finansal kiralama işlemi sayılabilmesi için üç koşulun bir arada bulunması gereklidir. Bunlar da sırasıyla:

- a. Kiralama işleminin bir finansal kiralama sözleşmesine dayanması,
- b. Kiralama işleminin kanun tarafından yetkili bir kiraya veren tarafından ve finansman sağlamak amacıyla yapılmış olması
- c. Yapılan işlemin FFFK’da sayılan dört durumdan birini kapsamasıdır.

Bu dört durum da:

- a. Malın mülkiyetinin sözleşme süresi sonunda kiracıya devredilmesi,
- b. Kiracıya sözleşme sonunda malın rayiç değerinden daha düşük bir bedelle malı satın alma hakkının tanınması,

- c. Sözleşme süresinin malın ekonomik ömrünün yüzde sekseninden fazlasını kapsamaması,
- d. Kira bedelleri toplamının malın rayiç bedelinin yüzde doksanından daha fazla olmasıdır.

Finansal kiralama işlemi³⁶¹ kavramını bu şekilde tanımladıktan sonra, finansal kiralama sözleşmesinin tanımına geçebiliriz. FFFK m. 18 uyarınca finansal kiralama sözleşmesi; kiraya verenin kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş olduğu bir malın zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında kiracıya bırakmasını düzenleyen sözleşmedir.

Oysa 3226 s. Finansal Kiralama Kanunu'nun ("3226 s. FKK") yürürlükte olduğu dönemde bu kanunun m. 4'te verilen tanım biraz daha farklıydı. Buna göre finansal kiralama sözleşmesi; kiraya verenin kiracının talebi ve seçimi ile üçüncü kişiden satın aldığı veya başka şekilde temin ettiği bir malın zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere ve belli bir süre feshedilmemek şartı ile kira bedeli karşılığında kiracıya bıraktığı sözleşme şeklinde tanımlanmıştı.

Görüldüğü üzere 6361 s. FFFK 3226 s. FKK'daki tanımı üç önemli noktada toplanmak suretiyle değiştirmiştir. Bunlardan ilki, kiralananın bizzat kiracıdan da temin edilebileceğidir. İkinci nokta, kiraya verenin kendi mülkiyetindeki bir malı finansal kiralama sözleşmesine konu yapabilmesidir³⁶². Sonuncusu ise, finansal

³⁶¹ Finansal kiralama işleminin çeşitli türleri bulunmaktadır. Bunlardan bazıları; faaliyet kiralaması, sat ve geri kirala, doğrudan-dolaylı kiralama, yatırım-tüketim malları kiralaması, birinci el-ikinci el kiralama. Başkaca çeşitler de mevcuttur. Ancak finansal kiralamanın çeşitleri hasar ile ilişkili olmadığından biz incelememizde bu konuya değinmeyeceğiz.

³⁶²“Bu değişiklikte uygulamada sat-geri kirala (sale-leaseback) olarak anılan sözleşmelerin finansal kiralama sözleşmesi olduğu öngörülmüştür”, Bilgehan Çetiner, **6361 s. Kanun İle Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Getirilen Yeni Düzenlemeler**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (s.65-92), Sayı:13, Nisan 2013, s. 65;” Bu değişiklikte açıkça sat-geri kirala türünde finansal kiralaların önü açılmıştır”; Murat Topuz, **Finansal Kiralama Sözleşmesi**, Ankara, 2013, s. 107.

kiralama sözleşmesinin belli bir süre (en az 4 yıl) feshedilmeme şartı ortadan kaldırılmıştır.

FFFK m.3/d uyarınca finansal kiralama sözleşmesinde kiraya veren yalnızca finansal kiralama şirketleri, katılım bankaları veya kalkınma ve yatırım bankaları olabilir.

B. 6361 s. FFFK'nın Yürürlüğüne İlişkin Bazı Hususlar

FFFK'nın geçici 2. maddesi uyarınca şirketlerin yeni hükümlere intibakı için altı ay ve üç yıllık süreler öngörülmektedir. Geçici madde 4 uyarınca da, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce düzenlenmiş olan finansal kiralama sözleşmeleri için bu kanunla yürürlükten kaldırılan 3226 s. FKK'nın süreye ilişkin hükümlerinin uygulanmasına devam edilir. Bunun yanında, 6361 s. FFFK'nın yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan finansal kiralama sözleşmelerinin geçerliliği, ifası ve sona ermesine ilişkin olarak da 3226 s. FKK hükümleri uygulanmalıdır³⁶³.

C. Finansal Kiralama Sözleşmesinin Özellikleri

Finansal kiralama sözleşmesinin özelliklerinden bahsederken, kanaatimizce önce aydınlatılması gereken husus, sözleşmenin hukuki niteliğidir. Bu konuda doktrinde sözleşmenin hukuki niteliğiyle ilgili çeşitli görüşler öne sürülmektedir³⁶⁴. Ancak bu ileri sürülen görüşler, 1985 yılında 3226 s. FFK'nın yürürlüğe girmesiyle

³⁶³ Çetiner, **Finansal Kiralama a.g.m.** s. 67.

³⁶⁴ **Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz:** Erden Kuntalp, **Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri**, Ankara, 1988, s. 63 vd.; Atilla Altop, **Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, Ankara, 1990; s. 109 vd.; Köksal Kocaağa, **Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, Ankara, 1999, s. 106 vd.; Argun Köteli, **Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri)**, İstanbul, 1991, s. 119 vd., 143 vd.; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** s. 411; Topuz, **a.g.e.** s. 153.

Türk hukuku bakımından önemini yitirmiştir³⁶⁵. Çünkü finansal kiralama sözleşmesinin esaslı noktaları ve uygulanacak hükümler ayrı ve özel bir kanunla belirlenmiştir.

Bu esastan hareketle, biz, finansal kiralama sözleşmesinin tipik bir sözleşme olduğunu düşünüyoruz³⁶⁶.

Finansal kiralama sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tarafların edimleri mübadele ilişkisi içindedir.

Finansal kiralama sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını birbirlerine yöneltmeleriyle finansal kiralama sözleşmesi kurulur.

Finansal kiralama sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşmedir.

Sözleşmenin şekli yönünden ise 3226 s. FKK'da finansal kiralama sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılmasının geçerlilik şekli olmasının aksine 6361 s. FFFK m. 22 adi yazılı şekli yeterli görmüştür. Ancak bu hükme göre, taşınmazlara ilişkin finansal kiralama sözleşmeleri taşınmazın bulunduğu yer tapu kütüğüne şerh edilir. Kendilerine mahsus özel sicili bulunan taşınır mallara ilişkin finansal kiralama sözleşmeleri de bu malların kayıtlı olduğu sicile tescil edilir. Sözleşmenin geçerlilik şekli noktasındaki bu değişiklik ile noterde düzenleme şeklinde yapılma şartı arayan eski düzenleme uyarınca sözleşmenin sahte olduğu iddiası dışında sözleşme tarihi, içeriği ve taraf imzaları yönünden itirazda bulunma imkânı yok iken, adi yazılı şeklin kabulü ile uygulamada bu tür itirazlara daha sık rastlanacaktır³⁶⁷.

³⁶⁵ Altop, **a.g.e.** s. 109.

³⁶⁶ Doktrinde bu konuda finansal kiralama sözleşmesinin 6361 s. Kanunla birlikte tipik bir sözleşme yapısına kavuştuğu yolunda bir görüş de mevcuttur, **bkz.** Topuz, **a.g.e.** s. 153.

Oysa böyle bir düşünce kanaatimizce kabul edilemez. Çünkü finansal kiralama sözleşmesi, 1985 yılında 3226 s. FFK ile zaten tipik bir yapıya kavuşmuştur. Bunun nedeni de 3226 s. FFK ile bu sözleşmenin esaslı noktalarının ve sözleşmeye uygulanacak hükümlerin düzenlenmiş olmasıdır.

³⁶⁷ Çetiner, **Finansal Kiralama a.g.m.** s. 72.

ÇETİNER; taşınmazların konu edildiği finansal kiralama sözleşmelerinde eğer kiracıya alım hakkı tanınıyor ise, finansal kiralama sözleşmesinin bu nedenden ötürü TBK m.237/II hükmünce resmi şekilde yapılması gerektiğinden, uygulamada en azından taşınmazlar yönünden noterde düzenleme şeklinde finansal kiralama sözleşmelerinin akdedilmesine devam edileceğini ileri sürmektedir³⁶⁸. Bu noktada kesin bir yargıya varmadan önce bize göre resmi şekilden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekir.

Yargıtay'a göre Noterlik Kanunu m. 60/II uyarınca, tapu sicil memuru yanında noterler de alım sözleşmelerini yapabilirler³⁶⁹. Ancak; TBK m 237'de açıkça belirtilmemesine rağmen, Tapu Kanunu m. 26'ya göre resmi sözleşmeyi yapacak olan makamın tapu sicil müdürlüğü olduğu öngörülmüştür³⁷⁰. Kanaatimizce, alım hakkı hak sahibine tek taraflı irade beyanıyla mülkiyetin devrini isteme yetkisi veren bir hak olduğundan yalnızca tapuda gerçekleştirilebilir. Bu noktada akla şu soru da gelebilir. Taşınmaz satış vaadi noterde de akdedilebildiğine göre, alım sözleşmesi neden yalnızca tapuda akdedilebilir? Bu soruyu kanaatimizce şu şekilde cevaplandırmak isabetli olur:

Taşınmaz satış vaadi bir ön sözleşme olup, taşınmaz satış sözleşmesinin kurulması konusunda bir alıcıya bir talep hakkı verir. Bu talep hakkı da taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına yöneliktir. Başka bir deyişle, taşınmaz satış vaadi ile mülkiyetin devri istenemez. Oysa alım sözleşmesi, direkt olarak taşınmazın mülkiyetini devir konusunda bir talep hakkı verir, adı üzerinde satış ilişkisi doğuran haklardandır. İşte bu iki hukuki işlem arasındaki talep hakkın konusu noktasındaki farktan dolayı alım sözleşmesi kanaatimizce yalnızca tapuda akdedilebilir.

Bu açıklamaların ışığı altında, *ÇETİNER*'in taşınmazların konu olduğu ve alım hakkı içeren finansal kiralama sözleşmelerinin noterde yapılmaya devam edilmesi

³⁶⁸ Çetiner, **Finansal Kiralama a.g.m.** s. 73.

³⁶⁹ **Y.6. H.D.** T. 10.05.1955, 2306 E. 2489 K. www.kazanci.com.tr (10.11.2014)

³⁷⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, 1959, s. 121-123; Tandoğan **Cilt 1/1 a.g.e.** s. 279; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.** s. 643; Eren, **Özel Hükümler a.g.e.** s. 247.

görüŖü uygulama yönünden bir gerçekliği yansıtıyor olsa da, bize göre bu Ŗekilde bir uygulama doğru ve isabetli olmayacaktır. Çünkü bu konuda tek yetkili resmi makam tapu sicil müdürlüğüdür.

D. Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Edimlerinin Kusursuz İmkânsızlığı ve Bu Çerçeve de Hasar Sorununun İncelenmesi

1. Genel Olarak

Finansal kiralama sözleşmesinin sinallagmatik karakteri, edimin karşısında karşı edimin de var olmasını ve bu ikisinin değiş tokuş ilişkisi içinde olmasını gerektirir.

Finansal kiralama ilişkisinin yapısı ve özellikleri göz önüne alındığında kiracıya kıyasla kiraya verenin mümkün mertebe sorumsuz olma eğilimi dikkat çekmektedir. Aslında kiraya verenin bu eğilimi normaldir. Çünkü finansal kiralama ilişkisinde deyim yerindeyse aktif olan kiracıdır. Öyle ki kiracı; yapmayı düşündüğü yatırımın finansmanını finansal kiralama yolu ile sağlama amacıyla kendi ihtiyaçlar ekseninde malı üçüncü kişilerde arayan, teknik ve yapısal özelliklerini belirleyen ve teşhis eden, malın üreticisi ya da satıcısıyla satış sözleşme görüşmelerini gerçekleştiren ve bunların neticesinde kiraya veren ile yapacağı yatırımın finansmanı sağlaması için ilişkide bulunan taraftır³⁷¹.

³⁷¹ K. P. Nevitt, J. F. Fabozzi **Equipment Leasing**, Homewood, Illionis: Dow Jones- Irwin, 1988, s. 69; T. Clark, **Leasing Finance**, Euromoney Publication, London, 1985, s. 34; Erden Kuntalp, **Finansal Kiralama İşleminde Zilyetliğin Devri Yasağının Kapsamı ve Hukuki Niteliği**, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s 674.

Finansal kiralamalarda genellikle bir tarafta bir satış ilişkisi diğer tarafta da finansal kiralama ilişkisi mevcuttur³⁷². Tabi satış sözleşmesinin mevcut olması, 6361 S. FFFK m. 18 uyarınca cevaz verilen kiraya verenin malı daha önceden mülkiyetine geçirdiği durumların dışında kalan yani; finansal kiralamaya konu olacak malın kiraya verenin henüz mülkiyetinde olmadığı durumlar içindir.

6361 s. FFFK m. 23 uyarınca finansal kiralama konusu malın mülkiyeti kiraya verene ait olmak durumundadır.

Taraflar arasında finansal kiralama sözleşmesinin kurulabilmesi için, kiraya verenin finansal kiralama konusu malda “kiraya veren” sıfatını sağlayacak durumda olması şart değildir. Yani; kiraya verenle kiracı arasında henüz finansal kiralamaya konu olacak mal temin edilmeden finansal kiralama sözleşmesi yapılabilir. Böyle bir durumda kiraya veren kiracının talebi ve seçimi üzerine finansal kiralama konusu malı sonradan temin etme yoluna gidebilir³⁷³. Bilindiği üzere Türk hukukunda kişilerin kiraya veren olarak kira sözleşmesi kurabilmeleri için, malın maliki olmaları şart değildir. Bir kimse kendi mülkiyetinde olmayan bir malın zilyetliğini kullanma amacıyla başkasına devredebilme imkânına sahipse, bu malı kira sözleşmesine konu edebilir. Finansal kiralama sözleşmesi ise işte tam da bu noktada kira sözleşmesinden farklılık arzeder. Finansal kiralama sözleşmesinde kiraya veren, 6361 s. FFFK m. 23 emredici hükmü uyarınca malın maliki olmak durumundadır. Bu çözüm finansal kiralamanın kredi amaçlı bir işlem olma niteliğine de uygun düşmektedir³⁷⁴.

Kiraya veren malın yapısı, niteliği ve verimliliğine ilişkin ileride doğması muhtemel anlaşmazlıklara karşı kendisini güvence altına almak için malın seçilmesi, belirlenmesi, satıcıyla görüşme yapılması ve malın alınması gibi işlere uygulamada pek karışmak istememektedir. Bu tür işlemler genelde iki şekilde gerçekleştirilir. Bunlardan ilki; kiraya verenle kiracı arasında malın seçimi ve zilyetliğinin devri gibi

³⁷² Seza Reisoğlu, **Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları (s.47-65)**, Bankacılar Dergisi, Sayı:48, 2004, s. 50; Topuz **a.g.e.** s. 307; Clark, **a.g.e.** s. 34; Nevitt, Fabozzi **a.g.e.** s. 69.

³⁷³ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.** s. 408; Yavuz, **a.g.e.** s. 394; Çetiner, **Finansal Kiralama a.g.m.** s. 76 vd.; Topuz, **a.g.e.s.** 307.

³⁷⁴ Köteli, **a.g.e.s.** 166; Reisoğlu, **a.g.m.** s. 50.

işlemlerin kiraya veren ile kiracı arasında bir temsil ya da vekalet ilişkisi varmışçasına kiracı tarafından gerçekleştirilmesidir³⁷⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, kiraya veren ile kiracı arasında malın seçimi ve teslimi gibi konularda temsil ilişkisi varsa ve kiracı kiraya verenin temsilcisi sıfatıyla bu işlemleri gerçekleştiriyorsa, kiracının vâkıf olduğu malın ayıplı olması vb. gibi hususları, kanaatimizce “bilgide temsil”³⁷⁶ olgusundan ötürü kiraya verenin de bildiği kabul edilmelidir. İkinci yol ise, kiraya veren satıcı ile akdettiği satım sözleşmesinden doğan geç ifa ya da ifa etmemeye ilişkin hak ve taleplerini sözleşme serbestisi ilkesi sonucu kiracıya devretmesidir³⁷⁷.

2. Kiraya Verenin Edimi (Karakteristik Edim)

6361 s. FFFK m. 18 uyarınca kiraya verenin edimi, malın zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere kiracıya devretmektir. Bu hüküm, kiraya verenin teslim borcu yerine zilyetliğin devri borcundan söz etmektedir. Oysa kira sözleşmesi için TBK m. 301’de, ürün kirası için ise TBK m. 360’da kiraya verenin teslim borcundan söz edilmektedir. İncelememizde bu husustaki geniş açıklamalar ilgili yerde³⁷⁸ yapılmış olduğundan buradaki açıklamalara atıf yapıyor ve TBK m. 301 ile 360 hükümlerine kıyasla, 6361 S. FFFK m. 18’deki “zilyetliğin devri” ifadesinin daha isabetli olduğunu düşünüyoruz. Ancak 6361 s. FFFK m. 20 ve 25’te teslim ifadesi kullanılmıştır. Bu da kanun koyucunun teslim ve zilyetliğin devri ifadelerini yeterince özele kullanmadığı fikrini vermektedir. Aynı yasal düzenlemenin değişik hükümlerinde aynı konuya ilişkin farklı hukuki kavramlar kullanılması kanımızca isabetli olmamıştır. Bize göre, 6361 s. FFFK’da teslim ifadesinin geçtiği hükümlerin zilyetliğin devri olarak değiştirilmesi gerekir.

³⁷⁵ Topuz, **a.g.e.** s. 308; Köteli, **a.g.e.** s. 166.

³⁷⁶ M. Murat İnceoğlu, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul, 2009, s. 18 vd.

³⁷⁷ Altop, **a.g.e.** s. 154.

³⁷⁸ **Bkz: “II, D, d, 3”**

Kiralananın zilyetliğinin kiracıya devredilmesi edimi ifa edilmedikçe finansal kiralama sözleşmesinin süresi işlemeye başlamaz ve kiracının kira bedeli ödeme ve de diğer borçları muaccel olmaz³⁷⁹.

Kiraya verenin malın zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere kiracıya devir borcunun ifasını şahsen gerçekleştirme zorunda olup olmadığı noktasında özel bir hüküm yoktur. O halde genel hükümlere bakmak gerekir. TBK m. 83 uyarınca borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati yoksa borçlu şahsen ifaya zorunda değildir.

Şu halde finansal kiralama sözleşmesi yönünden de kiraya veren zilyetliğin devri borcunu şahsen ifa mecburiyet yoktur. Uygulamada da finansal kiralama sözleşmelerine konulan hükümle satıcının malın zilyetliğini direkt olarak kiracıya devretmesini temin edici sözleşme hükümleri öngörülmektedir³⁸⁰. Görüldüğü üzere buna yasal bir engel de yoktur.

Kiraya verenin zilyetliğin devri borcunu ifa zamanına gelirse; bu husus taraflarca sözleşmede kararlaştırılmalıdır. Ancak sözleşmede kiralananın zilyetliğin ne zaman kiracıya devredileceği kararlaştırılmadıysa, TBK m. 97'den yararlanmak gerekir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların borçlarını aynı anda ifa etmeleri aranmaktadır. İfayı talep eden taraf, TBK m. 97 uyarınca, sözleşme hükümlerine göre sonra ifa etme hakkı yoksa³⁸¹ kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olmalıdır. Aksi durumda diğer taraf ödemezlik def'i ileri sürebilir. Finansal kiralama sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğundan sözleşmede zilyetliğin devri borcunun ifa zamanı kararlaştırılmadıysa, kiraya veren ve kiracı borçlarını aynı anda ifa etmek durumunda olurlar. Kiracı zilyetliğin devri borcunun ifasını kiraya verenden talep ettiği anda, TBK m. 97 uyarınca ya kira

³⁷⁹ Altop, **a.g.e.** s. 148.

³⁸⁰ Altop **a.g.e.** s. 148, 149; Topuz **a.g.e.** s. 325, 326.

³⁸¹ 6361 s. FFFK m. 20'de açıkça böyle bir duruma atıf yapılarak sözleşmede açıkça öngörülen bir durumda, finansal kiralama konusu mal henüz imal edilmemiş veya kiracıya teslim edilmemiş olsa bile kira bedellerinin sözleşme tarihinden başlamak üzere tahsil edilebileceği düzenlenmiştir.

bedelini önceden ödemiş olması ya da kira bedelini ödemeyi önermiş olması lazım gelir.

Kiracının kiralananın zilyetliğini devralamaması, özellikle kiraya verenin satıcı veya imalatçıyla zamanında sözleşme yapmaması, gerekli ödemeyi zamanında gerçekleştirmemesi veya başkaca herhangi bir kusurundan kaynaklanıyorsa³⁸² 6361 s. FFFK m. 25, bu durumda TBK m. 123,125 ve 126 madde hükümlerinin uygulanacağı öngörerek, bu hususta özel bir düzenleme getirmemiştir. Bu durumda TBK m. 123 uyarınca, kiraya verenin kusurundan dolayı kiralananın zilyetliği kiracıya devredilmediyse, kiracı kiraya verene borcun ifası için uygun bir süre verebilir ya da hâkimden uygun bir süre verilmesini talep edebilir. Süre sonunda kiraya veren hala zilyetliği devretmemişse ya da süre verilmesine gerek olmayan bir durum mevcutsa, TBK m. 125 uyarınca kiraya veren aynen ifa ve gecikme tazminatı, müsbet zarar ya da sözleşmeden dönerek menfi zararını talep seçimlik haklarından birini kullanabilir.

6361 s. FFFK m. 25 karşısında kiraya verenin malın temini için yapacağı satış sözleşmesinin kural olarak finansal kiralama sözleşmesinin bir şartı olmadığı düşünülebilir³⁸³. Başka bir deyişle 6361 s. FFFK m. 25 hükmü, finansal kiralama sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını, malın teminine satış sözleşmenin kurulması geciktirici şartına bağlamamıştır. Ancak taraflar finansal kiralama sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını, malın teminine yönelik satış sözleşmesinin yapılması geciktirici şartına bağlayabilirler³⁸⁴. Bu durumda finansal kiralama sözleşmesi askıda hükümsüzdür. Satış sözleşmesinin makul bir sürede yapılmaması, geciktirici koşulun meydana gelmemesi anlamına gelecek ve finansal kiralama sözleşmesi de kesin hükümsüz hale gelecektir. Böyle bir ihtimalde kiraya verenin karakteristik edim olan kiralananın zilyetliğinin devrini ifa yükümlülüğü de

³⁸² Bir satış sözleşmesinin yapılmasına gerek olmayan, finansal kiralama konusu malın kiraya verenin zaten mülkiyetinde bulunduğu durumlarda kiracıya zilyetliğin devrinin yapılmamış olduğu haller de bu kapsamdadır.

³⁸³ Kuntalp, **Finansal Kiralama a.g.e.** s. 78; Kocaağa, **a.g.e.** s. 112.

³⁸⁴ Kuntalp, **Finansal Kiralama a.g.e.** s. 78; Kocaağa, **a.g.e.** s. 112, 113.

söz konusu olmaz. Aynı şekilde kiracının da karşı edim olan kira bedelini ifa yükümlülüğü söz konusu olmaz.

3. Kiracının Karşı Edimi

Finansal kiralama sözleşmesinde kiracının ifayla yükümlü olduğu karşı edim kira bedelini ödemedir. Kiracı, finansal kiralama ilişkisi içinde kiraya verenin kendisine sağladığı finansmanın, maliyetlerin ve elde etmeyi amaçladığı kârın karşılığı olmak üzere belli dönemlerde kira bedelini ödemek yükümlülüğü altındadır.

Finansal kiralama bedelinin para olarak belirlenmesi gerekir³⁸⁵. Bu konuda kira bedelinin para olarak belirlenmesi gerektiği hususundaki görüşümüze bu görüşümüze ilişkin gerekçelerimize atıf yapıyoruz³⁸⁶.

6361 s. FFFK m. 20 uyarınca finansal kiralama bedeli ve ödeme dönemleri taraflarca kararlaştırılır. Ancak aynı madde uyarınca, sözleşmede açıkça öngörülmesi halinde, sözleşme konusu mal henüz imal edilmemiş veya kiracıya teslim edilmemiş³⁸⁷ olsa dahi sözleşme tarihinden başlamak üzere kira bedelleri tahsil edilebilir. Yine 6361 S. FFFK m. 20 son cümlesi uyarınca sözleşme konusu mal sözleşme tarihinden itibaren iki yıl içinde kiracıya teslim edilmesi zorunludur³⁸⁸. Madde hükmünün bu düzenlemesinin isabetliliği hakkında biraz düşünmek gerekir. Kanun koyucu bu düzenlemeyle malın kiracıya teslimi için emredici bir hüküm tesis ederek azami iki yıl süre öngörmüştür. Kanun koyucu bu hükümle henüz teslimin (zilyetlik devrinin) gerçekleşmediği bir ihtimalde bile kira bedellerinin tamamının ödenmesi yükümlülüğünün sözleşmede kararlaştırılabilmesine imkân tanımaktadır³⁸⁹. Bu şekilde bir düzenleme, kiraya verene tanınan malın teslimini (zilyetliğinin devrini) sözleşmenin kurulmasından itibaren iki yıl erteleme olanağı,

³⁸⁵ Topuz **a.g.e.** s. 384.

³⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için **bkz: “II, D, 3”**.

³⁸⁷ Kanaatimizce “zilyetliği devredilmemiş olsa dahi” ifadesi olarak okunmalıdır.

³⁸⁸ Kanaatimizce “zilyetliğin iki yıl içinde devredilmesi zorunludur” şeklinde okunmalıdır.

³⁸⁹ Çetiner **Finansal Kiralama a.g.e.** s. 71.

kurulan sözleşmenin niteliğini değiştirebilecek etkiye sahiptir³⁹⁰. Gerçekten kira bedellerinin tamamının ödenmesinden sonra kiralananın teslim edilmesini (zilyetliğini devrini) öngören bir sözleşme, kiracıya alım hakkı da tanıyorsa, artık ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi olarak yorumlanabilecektir³⁹¹. Ancak belirtmek gerekir ki, m. 20 c.3'de yer alan iki yıllık azami süre, kiracının menfaatine sözleşme adaleti ölçüsünde kiraya verene kıyasla oldukça hanel getirebilecek niteliktedir³⁹². Kanun koyucunun bu tasarrufu, malın teslimini (zilyetliğinin devrini) iki yıllık zaman zarfında herhangi bir tarihe öteleme yetkisini kiraya vereninin iradesine bırakıyor iken, kira bedellerinin tamamının henüz mal teslim edilmeden (zilyetliği devredilmeden) muaccel olabilmesine imkân tanıyarak, kiracının durumunu dürüstlük kuralına aykırı olarak ağırlaştırmaktadır³⁹³. Kaldı ki kiracının durumunu bu şekilde ağırlaştıran bir hüküm kanunda değil de, sözleşme metninde genel işlem koşulu olarak var olsaydı, şüphesiz ki böyle bir hükmün TBK m. 25 bağlamında haksız koşul olduğu ve sonuç olarak da kesin hükümsüz olduğu kanaatine varılırdı³⁹⁴. Bu hukuki gerçeklikler karşısında, 6361 s. FFFK m. 20 c.3'ün isabetsiz bir hüküm olduğu kanaatindeyiz.

Mülga 3226 s. FFK m.6 hükmünde yurtdışından yapılacak finansal kiralamalarda kanun koyucu kira bedeli yönünden bir alt sınır öngörmekteydi. Buna göre yurtdışından yapılacak finansal kiralamalarda yıllık kiralama bedeli en az 25.000 USD olmak durumunda idi. Ancak 6361 s. FFFK'da böyle bir alt sınır yoktur. Şu halde taraflar yeni düzenlemede kira bedelini belirlemek yönünden daha serbesttirler.

4. Finansal Kiralama Sözleşmesinde Hasar Sorunu

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasara ilişkin genel kural TBK m. 136/II'de öngörülmüştür. Buna göre imkansızlık sebebiyle borcundan kurtulan

³⁹⁰ Çetiner **Finansal Kiralama a.g.e.** s. 71.

³⁹¹ Çetiner **Finansal Kiralama a.g.e.** s. 71.

³⁹² Çetiner **Finansal Kiralama a.g.e.** s. 71.

³⁹³ Çetiner **Finansal Kiralama a.g.e.** s. 71.

³⁹⁴ Çetiner **Finansal Kiralama a.g.e.** s. 72.

borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadeyle yükümlü olup henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Ancak TBK m. 136/II c.3 bu genel kurala bir istisna getirerek; *“kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır”* demektedir.

6361 s. FFFK m. 24/IV de, TBK m. 136/II c.3 paralelinde bir istisna hükmüdür. Başka bir deyişle 6361 s. FFFK m. 24/IV hükmünün finansal kiralama sözleşmesinden hasar yönünden öngördüğü düzenleme, TBK m. 136/II c.3’ün bahsettiği istisnalardan bizzat kanunla getirilmiş olandır.

Buna göre finansal kiralama sözleşmesi süresince kiralananın kiracının sorumlu tutulmadığı bir olay sonucunda zarar görmesi veya yok olması durumunda kiracı finansal kiralama bedelini, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ödemekle yükümlüdür. Yani bu gibi durumlarda kiracının malı sözleşme hükümlerine uygun kullanabilmesi mümkün olmamasına rağmen ya da malı kısmen kullanabiliyor olmasına rağmen, kiracının finansal kiralama bedelini sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ödeme borcu devam etmektedir³⁹⁵. Ancak bunun için 6361 s. FFFK m. 24/V uyarınca kiracıya kiralananın sözleşme hükümlerine uygun şekilde teslimi (zilyetliğinin devri) şarttır³⁹⁶. Aksi takdirde, hasara ilişkin genel kural TBK m. 136/II uygulanır. Bu durumda hasara kiraya veren katlanacaktır³⁹⁷. Bundan böyle de, kiracı için artık kira bedeli ödemek durumunda değildir. Şu halde edim hasarına kiracı, karşı edim hasarına da kiraya veren katlanır. Bu aşamada dikkat edilmesi gereken ayrıntı, 6361 s. FFFK m. 24/V hükmünün malın “sözleşme süresi içinde zarara uğramasına” ilişkin olduğudur. Başka bir deyişle burada tartışılan hasar olgusu, sözleşme süresi içinde gerçekleşen hasardır.

³⁹⁵Kuntalp, **Finansal Kiralama a.g.e.** s. 88; Yavuz, Acar, Özen **a.g.es.** 794; Kocaağa, **a.g.e.** s. 133; Topuz **a.g.e.** s. 413.

³⁹⁶ Yavuz, Acar, Özen **a.g.e.** s. 794; Topuz **a.g.e.** 413; Altop **a.g.e.** s. 212.

³⁹⁷ Yavuz, Acar, Özen **a.g.e.** s. 794; Topuz **a.g.e.** 413; Altop, durumun kural olarak böyle olduğunu ancak tarafların bu durumda da aksini kararlaştırabileceklerini ileri sürmektedir, Altop **a.g.e.** s. 212

Sözleşme süresi işlemeye malın zilyetliğinin kiracıya devredilmesiyle başladığına göre³⁹⁸, malın zilyetliği henüz kiracıya devredilmeden hasar söz konusu olduğunda çözüm ne olacaktır? Bu durumda mal satıcı nezdinde ise, zilyetlik de henüz devredilmediğine göre hasar TBK m. 208 uyarınca satıcıda kalır. TBK m. 208 satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçişi için BK m. 183'ün aksine sözleşmenin kurulmasını değil zilyetliğin devrini, taşınmazlar yönünden tapuya tescili aradığına göre, zilyetlik henüz devredilmeden mala zarar gelir ya da mal telef olursa, hasara satıcı katlanacaktır.

Eğer kiraya veren bizzat kendi mülkiyetindeki malı finansal kiralama sözleşmesine konu yapmakta ise de, TBK m. 136/II uyarınca karşılıklı borçlar sona erer.

Finansal kiralama sözleşmesi kurulduktan sonra, satış sözleşmesi yapılarak mal temin edilmek istendiğinde, malın zilyetliği satıcı tarafından kiracıya devredilecektir. Böyle bir durumda hasardan satıcının kurtulabilmesi için TBK m.208 uyarınca taşınırlarda zilyetliğin devri taşınmazlarda ise tescil şarttır. Zilyetliğin devri veya tapuya tescil ile birlikte hasar artık kiracıdadır³⁹⁹.

Finansal kiralama sözleşmesi henüz kurulmadan malın satış sözleşmesiyle temin edildiği durumlarda hasarın kime ait olacağı konusunda 6361 s. FFFK'da özel bir hüküm bulunmamaktadır. Hatırlanacağı üzere 6361 s. FFFK m. 24/V'deki hasara ilişkin düzenleme, finansal kiralama sözleşmesi süresi içinde meydana gelen hasara ilişkindir. Bu ihtimalde sorunun genel hüküm niteliğinde olan TBK hükümlerine göre çözülmesi gerekmektedir⁴⁰⁰. Kaldı ki 6361 s. FFFK m. 2/VI'da bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda genel hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu durumda da malın temini için satış sözleşmesi kurulduğuna göre, yine TBK m. 208 hükmünün uygulanması gerekmektedir. Buna göre taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tapuya tescil ile hasar kiracıya geçecektir.

³⁹⁸ Yavuz, Acar, Özen **a.g.e.** s. 794; Topuz **a.g.e.** 413; Altop **a.g.e.** s. 212.

³⁹⁹ Topuz **a.g.e.** s. 317.

⁴⁰⁰ Topuz **a.g.e.** s. 318.

6361 s. FFFK m. 24/V uyarınca, kiracının sözleşme süresince malın zarara uğraması veya yok olmasından sorumluluğunun kapsamı ödenen sigorta miktarının karşılamadığı kısım ile sınırlandırılmıştır. Şu halde sigorta şirketinin kiraya verene ödediği sigorta tazimatını aşan kısmını kiracı karşılamak zorundadır. Bu konuda 3226 s. FFK m. 14, kiracının sigorta miktarını aşan kısmı kiracının kira bedelleri ile ödemek durumunda olduğu öngörülmüştü. İki düzenleme arasındaki fark kiracının sigortayı aşan kısmı ne şekilde ödeyeceği noktasındadır. 6361 s. FFFK m 24/V de kiracı bu yönden daha serbestlik içindedir⁴⁰¹. Ancak 3226 s. FFK m. 14'de ise kiracı bu meblağı kira bedelleri ile ödemek zorundadır. Bunun anlamı da 3226 s. FFK m. 14 düzenlemesinde sigortayı aşan zararın tümünün kiraya veren tarafından derhal kiracıdan talep edilemeyeceği, bu miktarın kira bedellerinin ödeme tarihlerini beklemesi gerektiğidir⁴⁰².

⁴⁰¹ Topuz **a.g.e.** s. 413, 414.

⁴⁰² Kuntalp **Finansal Kiralama a.g.e.** s. 88.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖDÜNÇ SÖZLEŞMELERİ ve ATİPİK KULLANDIRMA SÖZLEŞMELERİNDE HASARIN İNCELENMESİ

I. Ödünç Sözleşmeleri Kavramı ve Türk Borçlar Kanununda Konunun Düzenlenişi

Ödünç sözleşmeleri, kullanmanın karşılıksız olarak devrine yönelik sözleşmelerdir⁴⁰³. Tüketim ödünç sözleşmesi ve kullanım ödünç sözleşmesi, ödünç sözleşmelerinin türlerini oluşturur.

Türk Borçlar Kanunu'nun Beşinci Bölümü "Ödünç Sözleşmeleri" başlığını taşımaktadır. Kanun Beşinci Bölümün Birinci Ayrımını "Kullanım Ödünç Sözleşmesi", İkinci Ayrımını da "Tüketim Ödünç Sözleşmesi" olarak öngörmüştür.

Biz de kanundaki sistematığe bağlı kalarak kullanım ödünç ve tüketim ödünç sözleşmelerini özellikle hasar konusu yönünden inceleyeceğiz.

⁴⁰³ Tandoğan Cilt 1/2 a.g.e. s. 1.

II. Kullanım Ödücü Sözleşmesinde Hasar

A. Kullanım Ödücü Sözleşmesi Kavramı

TBK m. 379'daki tanıma göre kullanım ödücü sözleşmesi ödünç verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanımını ödünç alana bıraktığı, ödünç alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi borçlandığı sözleşmedir. Ancak TBK m. 379'daki bu tanım eksiktir. Kullanım ödücü sözleşmesinde kullanıma konu olarak eşyanın dışında yararlanılabilir haklar da (marka, patent) bulunabilir⁴⁰⁴. Ancak alacak hakkı bu bağlamda yararlanılabilir bir hak olmadığı için kullanım ödücü sözleşmesine konu olamaz⁴⁰⁵.

B. Kullanım Ödücü Sözleşmesinin Özellikleri

Kullanım ödücü sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Tarafların eşya ya da yararlanılabilir bir hakkın kullanımını konusunda anlaşmaları üzerine sözleşme kurulmuş olur.

Kullanım ödücü sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşmedir⁴⁰⁶.

Kullanım ödücü sözleşmesi ivazsız bir sözleşmedir. Zaten kira türünden kullandırma sözleşmelerinden de bu yönüyle ayrılmaktadır. Ancak kira ve ürün kirası sözleşmelerinin kullanım ödücü sözleşmelerine yakınlığı nedeniyle kullanım

⁴⁰⁴ Eren **Özel Hükümler a.g.e.** s. 482; Aral, Ayrancı **a.g.e.** s. 292; Arpacı (**Hatemi, Serozan**) **a.g.e.** s. 277; Zevkliler, Gökyayla **a.g.e.** s. 368; Yavuz, Acar, Özen **a.g.e.** s. 717; Gümüş **Cilt I a.g.e.** s. 432; Aydoğdu, Kahveci **a.g.e.** s. 628.

⁴⁰⁵ Eren **Özel Hükümler a.g.e.** s. 482; Aral, Ayrancı **a.g.e.** s. 292; Arpacı (**Hatemi, Serozan**) **a.g.e.** s. 277; Zevkliler, Gökyayla **a.g.e.** s. 368; Yavuz, Acar, Özen **a.g.e.** s. 717; Gümüş **Cilt I a.g.e.** s. 432; Aydoğdu, Kahveci **a.g.e.** s. 628.

⁴⁰⁶ Eren **Özel Hükümler a.g.e.** s. 496; Yavuz, Acar, Özen **a.g.e.** s. 717; Aral, Ayrancı **a.g.e.** s. 298; Gümüş **Cilt I a.g.e.** 366.

ödücü sözleşmesi yönünden kiraya ilişkin hükümler tamamlayıcı nitelik taşımaktadır⁴⁰⁷.

Kullanım ödücü sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bundan dolayı da kullanım ödücü sözleşmesinde her iki tarafın da edimleri vardır ancak karşı edim yoktur. Çünkü edimler bir sinallagma, değiş tokuş ilişkisi içinde değildir.

Kullanım ödücü sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak doktrinde bir görüş uyarınca kural olarak misli olmayan şeylerin sözleşmenin konusunu oluşturduğu ancak istisnai olarak da misli şeylerin aynen iade edilmek üzere kullanım ödücünün konusunu oluşturmaktadır⁴⁰⁸. Buna ilişkin örnek olarak da; bir sergide gösterilmek aynen iade edilmek üzere verilen tahıl veya kıymetli pul gibi şeyler gösterilmektedir⁴⁰⁹. Bu konuda bir başka görüş uyarınca ise, kullanım ödücü sözleşmesinin konusu her zaman için misli olmayan maldır ve ödünç verenin borcu bir eşya ya da yararlanılabilir hakkın kullanılmasının bırakılmasına yönelik ivazsız bir parça borcudur⁴¹⁰. Bu nedenle de misli bir mal “aynen geri verilmek üzere” kullanım ödücüne konu edildiği andan itibaren misli olmayan maldır⁴¹¹. Zaten kullanım ödücü sözleşmesi bu yönüyle konusunu bir cins borcunun oluşturduğu, ivazlı olarak da gerçekleştirilebilen, aynı türden ve aynı miktar ve nitelikte iade edilmek şartıyla para veya misli eşyanın mülkiyetinin devrine yönelik bir sözleşme olan tüketim ödücünden ayrılmaktadır⁴¹².

Kanaatimizce de kullanım ödücü sözleşmesinin konusunu her zaman misli olmayan şeyler oluşturur ve misli bir şey aynen iade edilmek üzere kullanım ödücüne konu edildiği andan itibaren deyim yerindeyse nitelik değiştirerek artık misli olmayan şey karakterine bürünmektedir. Bize göre bu nitelik değişikliğinin

⁴⁰⁷ Tandoğan **Cilt 1/2 a.g.e.** s. 294; Gümüş **Cilt I a.g.e.** s. 432.

⁴⁰⁸ Tandoğan **Cilt 1/2 a.g.e.** s. 288, 289; Aral, Ayrancı **a.g.e.** s. 292.

⁴⁰⁹ Tandoğan **Cilt 1/2 a.g.e.** s. 288, 289; Aral, Ayrancı **a.g.e.** s. 292.

⁴¹⁰ Gümüş **Cilt I a.g.e.** s. 433.

⁴¹¹ Gümüş **Cilt I a.g.e.** s. 433 dn. 1582.

⁴¹² Gümüş **Cilt I a.g.e.** s. 433.

sırrı, misli şeyin “aynen iade edilmek üzere” ödünç verilmesinde yatmaktadır. Şeyin iade edilecek olması, o şeyi artık misli olmaktan çıkararak misli nitelikte olmamasına sebep olur.

C. Kullanım Ödünç Sözleşmesinde Tarafların Edimlerinin Kusursuz İmkânsızlığı ve Bu Çerçeve de Hasar Sorununun İncelenmesi

1. Genel Olarak

Kullanım ödünç sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Sözleşme kurulduğu anda ödünç verenin borcu doğar ancak bunun karşılığında ödünç alanın borcu henüz doğmamıştır. Ödünç alanın borcu, ödünç veren borcunu ifa ettikten sonra doğar. Görüldüğü üzere, tarafların edimleri arasında bir değiş tokuş ilişkisi, “karşılıklılık” bulunmadığından, bir “karşı edimden” söz edilmez. Bundan dolayı da kullanım ödünç sözleşmesinde karşı edim hasarı da söz konusu olmaz, yalnızca edim hasarı söz konusu olur.

2. Ödünç Veren (Asli) Edimi

Ödünç verenin edimi, bir eşya ya da yararlanılabilir nitelikte bir hakkın amaca uygun ivazsız olarak kullanımını ödünç alana bırakma ve amaca uygun kullanımın devamlılığını sağlamaktır. Bu edim ödünç alanın asli edimidir. Çünkü sözleşmeye tipini veren, sözleşmenin konusunu belirleyen edimdir, sözleşmenin objektif esaslı noktasıdır.

3. Ödünç Alanın (Tali) Edimi

Ödünç alanın edimi ise, sözleşmenin sonunda ödünç konusunu ödünç verene iade etmektir. Ödünç alanın bu edimi tali edimdir⁴¹³. Çünkü ödünç alan, ödünç verenin buradaki yükümlülüğü sürekli bir borç ilişkisinin sona erdiğinde alacaklıya sözleşme konusunu iade yükümlülüğüdür⁴¹⁴.

4. Kullanım Ödüncü Sözleşmesinde Hasar Sorunu

Kullanım ödüncü sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için karşı edim ve karşı edim hasarının mevcut olmadığını ve yalnızca edim hasarından söz edilebileceğini yukarıda belirtmiş idik.

Kullanım ödüncü sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen niteliği gereği hasar konusunda başvuracağımız hüküm TBK m. 136/I'dir. Bu hüküm uyarınca borcun ifası borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşırsa borç sona erer.

Sözleşme kurulduğu anda borçlanılmış taraf ödünç verendir. Bu durumda kendisinin kusuru olmadan sözleşme konusunu ödünç alana verme borcu imkânsızlaşırsa, borç sona erecektir. Bu durumda edim hasarı ödünç alandadır.

Ödünç verenin kullanım ödüncü sözleşmesinden doğan sözleşme konusunun amaca uygun ivazsız olarak kullanımı borcunu ifa etmesiyle beraber ödünç alanın iade borcu doğar. Ödünç alanın bu edimi, kendisinin kusuru olmadan imkansızlaşırsa TBK m. 136/I uyarınca borç sona erecektir. Bu durumda edim hasarı ödünç verendedir.

⁴¹³ Eren **Özel Hükümler a.g.e.** s. 480.

⁴¹⁴ Eren **Genel Hükümler a.g.e.** s. 31.

III. Tüketim Ödücü Sözleşmelerinde Hasar

A. Tüketim Ödücü Sözleşmesi Kavramı

TBK m. 386’da tüketim ödücü sözleşmesi için verilen tanıma göre, tüketim ödücü, ödünç verenin bir miktar para ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir. TBK m. 386’da verilen bu tanım, tüketim ödücü sözleşmesini tam olarak tanımlamaktan uzaktır. Çünkü tüketim ödücü sözleşmesinde sözleşme konusunun mülkiyeti, esas amaç mülkiyeti devretmek değil de şeyin tüketim amacıyla kullanılması olsa bile, karşı tarafa geçmektedir⁴¹⁵. Ancak TBK m. 386’daki “para ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmek” ifadesi, sanki ödünç veren tarafından sadece zilyetlik devrinin borçlanıldığı izlenimini yaratmaktadır⁴¹⁶.

Bunun yanında kanundaki tanımda “tüketilebilen eşya” ifadesini “misli eşya” olarak okumak gerekir⁴¹⁷. Kanun koyucu burada da isabetsiz bir şekilde tüketim ödücü sözleşmesinin konusunu tüketilebilen eşya ile sınırlamıştır, oysa tüketilemeyen eşya da tüketim ödücüne konu olabilir⁴¹⁸. Örnek olarak, bir testerenin aynı firma tarafından üretilen ve tipi aynı olan bir benzerinin temin edilerek geri verilmesi şartıyla bir başkasına devredilmesi halinde, bu şey tüketilebilir nitelikte olmadığı halde tüketim ödücü sözleşmesi söz konusu olur⁴¹⁹. Çünkü şey, mislidir.

⁴¹⁵ Ekrem Kurt “**Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)**” Ankara, 2014, s. 20.

⁴¹⁶ Gümüş **Cilt I a.g.e.** s. 439.

⁴¹⁷ Gümüş **Cilt I a.g.e.** s. 439.

⁴¹⁸ Tandoğan **Cilt 1/2 a.g.e.** s. 298; Aral, Ayrancı **a.g.e.** s. 299; Yavuz, Acar, Özen **a.g.e.** s. 730; Gümüş **Cilt I a.g.e.** s. 439.

⁴¹⁹ Yavuz, Acar, Özen **a.g.e.** s. 730.

Tüketim ödöncü sözleşmesinde mülkiyetin devriyle aslında ödünç alana bir değeri kullanımının bırakılması söz konusu olmaktadır⁴²⁰.

B. Tüketim Ödöncü Sözleşmesinin Özellikleri

Tüketim ödöncü sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşmedir, ödünç verenin ifa menfaati zamana yayılmıştır⁴²¹.

Bu sözleşme kural olarak ivazsız bir sözleşmedir. TBK m. 387 uyarınca adi tüketim ödöncünde taraflarca kararlaştırılması durumunda, ticari tüketim ödöncünde ise kanun gereği ivazlı olabilmektedir⁴²².

Faizsiz tüketim ödöncü sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Faizsiz tüketim ödöncü sözleşmesinde, ödünç verenin asli edimine karşı, ödünç alanın bir karşı edimi yoktur. Ödünç alanın bir tali edimi söz konusudur⁴²³ ve tarafların edimleri değış tokuş ilişkisi içinde değildir. Oysa faizli tüketim ödöncü sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir.⁴²⁴ Burada ödünç verenin bir miktar para ya da misli bir şeyin kullanımını devir borcuna karşılık, ödünç alan da karşı edim olarak faiz ödeme borcu altına girmektedir.

⁴²¹Seliçi **a.g.e.** s. 23; Kurt **a.g.e.** s. 15.

⁴²² Yavuz, Acar, Özen **a.g.e.** s. 728, 729; Gümüş **Cilt I a.g.e.** s. 440; Kurt **a.g.e.** s. 31.

⁴²³ Eren **Özel Hükümler a.g.e.** s. 496.

⁴²⁴ Tandoğan **Cilt 1/2 a.g.e.s.** 299; Eren **Özel Hükümler a.g.e.** s. 497; Aral, Ayrancı **a.g.e.** s. 298; Gümüş **Cilt I a.g.e.** s. 440;

C. Tüketim Ödücü Sözleşmesinde Tarafların Edimlerinin Kusursuz İmkânsızlığı ve Bu Çerçeve de Hasar Sorunun İncelenmesi

1. Genel Olarak

Tüketim ödücü sözleşmesinde sözleşme konusunun mülkiyeti ödünç alana geçtiği için, tüketim ödücünün bu yönden esas olarak satış, mal değişimi veya bağışlama sözleşmesinden bir farkı yoktur⁴²⁵.

Tüketim ödücü sözleşmesinde hasara kimin katlanacağı kanaatimizce tüketim ödücünün faizli ve faizsiz yani tam iki tarafa borç yükleyen veya eksik iki tarafa borç yükleyen nitelikte olmasına göre değişecektir. Aşağıda tüketim ödücü sözleşmesinin bu iki türüne ilişkin olarak tarafların asli/tali edimlerini kısaca belirttikten sonra, hasar konusunu inceleyeceğiz.

2. Ödünç Veren (Asli) Edimi

Ödünç verenin her iki tüketim ödücü sözleşmesinde de asli edimi; bir miktar para ya da misli bir eşyanın kullanım amacıyla mülkiyetinin ödünç verene devredilmesidir.

Ödünç alan tüketim ödücü sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse, ödünç veren TBK m. 390/I uyarınca ödünç konusunu vermektan kaçınma imkanına sahiptir. Ödünç veren, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu daha sonra öğrenmişse, TBK m. 390 uyarınca yine birinci fıkradaki hakka sahiptir.

⁴²⁵ Kurt a.g.e. s. 205.

3. Ödünç Alanın Asli/Tali Edimi

a. Ödünç Alanın Asli Edimi (Karşı edim)

Faizli tüketim ödücünde söz konusu olan ödünç alanın karşı edim niteliğindeki asli edimi, sözleşme sonunda belli miktardaki faizi ödünç alana ödemektir. Burada tarafların edimleri mübadele ilişkisi içindedir, çünkü faizli tüketim ödücü sözleşmesi tam iki tarafa borç yükler.

b. Ödünç Alanın Tali Edimi

Faizsiz tüketim ödücüne söz konusu olan ödünç alanın tali edimi, sözleşme konusu para veya misli şeyle aynı miktar veya nitelikte şeyi sözleşme sonunda ödünç verene geri vermektir. Burada tarafların edimleri mübadele ilişkisi içinde değildir, çünkü faizsiz tüketim ödücü sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükler.

4. Tüketim Ödücü Sözleşmesinde Hasar

Tüketim ödücü sözleşmesinde bir miktar para ya da misli şeyin mülkiyetinin ödünç alana geçmesi TBK m. 386'dan kaynaklanır. Yukarıda belirtildiği üzere, mülkiyetin geçişi yönünden tüketim ödücü sözleşmesinin satış, mal değişimi ve bağışlama sözleşmelerinden bir farkı yoktur.

Bu gerekçeye dayanarak *KURT* tüketim ödücü sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin olarak satış sözleşmesindeki hasarın geçişini düzenleyen TBK m. 208 hükmünün uygulanması gerektiğini ve bu şekilde de tüketim ödücü sözleşmesine konu para ya da misli şey ödünç alanın mülkiyetine geçtiği anda hasarın da ödünç alana geçtiğini belirtmektedir⁴²⁶. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Bizim bu konu hakkındaki görüşümüz şu şekildedir:

⁴²⁶ Kurt a.g.e. s. 205.

Tüketim ödünç sözleşmesi tam iki tarafa da borç yükleyebilir, eksik iki tarafa da borç yükleyebilir. Ancak satış sözleşmesi her zaman için tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Kanaatimizce; eksik iki tarafa borç yükleyen, yani faizsiz bir tüketim ödünç sözleşmesine tam iki tarafa borç yükleyen satış sözleşmesinin hasarın geçişine ilişkin hükmünü kıyasen uygulamak isabetli görünmemektedir. Ancak, tam iki tarafa borç yükleyen yani faizli tüketim ödünç sözleşmelerinde hasarın geçişine ilişkin olarak TBK m. 208'in uygulanabilmesine bir engel olduğunu düşünmüyoruz. Faizli tüketim ödünç sözleşmelerinde satış sözleşmesinde hasara ilişkin hüküm olan TBK m.208 uygulanacağından bu durumda sözleşme konusu taşınır ise zilyetliğin devri, taşınmaz ise tapuya tescil ile hasar ödünç alana geçer. Ancak ödünç alanın temerrüdü; yani alacaklı temerrüdü halinde zilyetliğin devri ya da tapuya tescil gerçekleşmemiş olduğundan ödünç verenin hasar sorumluluğundan kurtulması için TBK m.107 uyarınca şeyi tevdi etmesi gerekir. Ödünç veren şeyi tevdi etmez ise, ödünç alanın alacaklı temerrüdü halinde bile hasar ödünç verende kalır.

Faizsiz tüketim ödünç sözleşmelerinde hasarın geçişine ilişkin olarak ise, kanaatimizce TBK m. 136/I hükmü uygulanmalıdır. Çünkü TBK m 136/II tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkindir. Bu durumda ödünç veren henüz sözleşme konusunu ödünç alana devretmeden önce sözleşme konusu kusura dayanmadan imkânsızlaşırsa, borç sona erecektir. Edim hasarı ödünç alanın üzerinde kalır.

Ödünç veren sözleşme konusunu ödünç alana devrettikten sonra sözleşme konusu imkânsızlaşmasının kanaatimizce hasar yönünden bir önemi yoktur. Çünkü ödünç alanın iade borcu misli şeye yönelik bir cins borcudur.

IV. Atipik Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar

A. Atipik Kullandırma Sözleşmesi Kavramı ve Özellikleri

Kullandırma sözleşmelerinin tipik olanlarının bir kısmı ivazlı bir kısmı ivazsız olmakla beraber, atipik kullandırma sözleşmelerinin ivazsız olacağı düşünülemez. Çünkü kullandırma sözleşmesinin atipik olmasına sebep olan unsur, kullandırma ediminin karşısında yer alan edimdir.

Atipik kullandırma sözleşmeleri kavramından, karakteristik ediminin kullandırma edimi olduğu ancak karşı edimin tipik kullandırma sözleşmelerinin aksine para olmayan sözleşmeler anlaşılmalıdır.

Atipik sözleşmeler, bilindiği üzere kendine özgü sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olarak sınıflandırılmıştır. Atipik bir kullandırma sözleşmesi, bu üç türün hepsi yönünden meydana gelmez. Çünkü kullandırma edimi tipik bir edimdir, dolayısıyla kendine özgü bir kullandırma sözleşmesinin olması hukuken mümkün değildir. O halde atipik kullandırma sözleşmeleri bileşik sözleşme veya karma sözleşme şeklinde var olabilir.

B. Atipik Kullandırma Sözleşmelerinin Örnekleri

1. Bileşik Sözleşme Niteliğinde Atipik Kullandırma Sözleşmesi

Burada bir kullandırma sözleşmesiyle başka bir sözleşmenin ortak bir amaca yönelerek kendi vasıfların kaybetmeden birleştirilmeleri, birbirlerine bağlanmaları söz konusudur.

Bu türden bir kullandırma sözleşmesi için verilebilecek en yaygın örnek, bir işverenin işçisine düşük bir kira bedeli ile kendi evini kiralamasıdır. Burada hizmet birbirinden tamamen ayrı ve bağımsız varlıkları olan hizmet sözleşmesi ile bir kullandırma sözleşmesi olan kira sözleşmesi, tarafların iradeleriyle ortak bir amaca yönelerek kendi vasıfları değişmeden birbirlerine bağlanmıştır. Bu iki sözleşme arasındaki bağıllık, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki karakteristik edim ve karşı edim arasındaki bağıllık gibidir ve bu sebepten de bileşik sözleşmelere kıyas yoluyla tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere de uygulanması gerekir⁴²⁷. Yine başka bir örnek, bir imalathanenin kiracısının kiraya verene belli dönemlerde imal ettiği mallardan satmayı borçlanması durumudur. Burada da satış sözleşmesi ile kira sözleşmesi birleştirilmiştir.

2. Karma Sözleşme Niteliğinde Atipik Kullandırma Sözleşmesi

Burada tipik kullandırma sözleşmelerinden farklı olarak, kullandırma ediminin karşısında bir miktar para ediminin dışında başkaca bir herhangi bir karşı edim bulunmaktadır. En yaygın örnek olarak ise, kira sözleşmesinde hasar konusunu

⁴²⁷ Yavuz, Acar, Özen **a.g.e.** s. 22.

incelerken bahsettiğimiz kira bedelinin para yerine bir iş görme edimi olması durumudur.

3. Atipik Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar

Atipik kullandırma sözleşmelerinde edim ve karşı edimin belirlenmesi, tipik sözleşmelerdeki kadar kolay değildir. Bunun nedeni de sözleşmenin atipik olmasıdır. Başka bir deyişle, sözleşmeye rengini, karakterini veren karakteristik edim, tipik sözleşmelerdeki gibi açıkça ortada değildir. Hatta tarafların edimlerinden aslında ne biri ne de öteki karakteristik edim ya da karşı edim olarak ayrılamamaktadır. Çünkü hatırlanacağı üzere, karakteristik edim sözleşmeye rengini, ismini, karakterini veren belirleyici edimdir⁴²⁸. Karşı edim ise, tipik sözleşmelerde karakteristik edimin karşısında yer alan ve kural olarak bir miktar para olan edimdir⁴²⁹. Ancak atipik sözleşmelerde durum bu kadar berrak değildir.

Atipik sözleşmeler yönünden edim ve karşı edimin belirlenmesi lazım gelir ki, edim hasarı ve karşı edim hasarı da belirlenebilsin. Kanaatimizce edim-karşı edimin belirlenebilirliği yönünden diğer tipik tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden para edimi içermemesi nedeniyle ayrılan mal değişim sözleşmesine ilişkin TBK m. 283 hükmü kıyasen uygulanarak atipik kullandırma sözleşmelerinde edim ve karşı edimi belirleyebilecek duruma gelebiliriz. Görüşümüz uyarınca, şu yol izlenmelidir:

TBK m. 283'e göre mal değişim sözleşmesine satışı ilişkin hükümler uygulanır ve her iki taraf da verdiği mal yönünden satıcı, aldığı mal yönünden ise alıcıdır. Buradan çıkan sonuç ise kanaatimizce tarafların edimlerinin hem karakteristik edim hem de karşı edim olduğudur. Bu hükmü atipik kullandırma sözleşmelerine uygularsak, tarafların edimleri hem karakteristik edim hem de karşı

⁴²⁸Hatemi **Borçlar Özel a.g.e.** s. 13; Hatemi **Ders Notları a.g.e.** s. 6.

⁴²⁹Hatemi **Borçlar Özel a.g.e.** s. 13; Hatemi **Ders Notları a.g.e.** s. 6.

edim niteliğinde olacaktır. Bu durumda da taraflardan birinin edimi imkânsızlaştığında, o edimin borçlusu yönünden edim hasarı, o edimin alacaklısı yönünden de karşı edim hasarı söz konusu olur.

TBK m. 136/II tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasara ilişkin genel kural olduğuna göre, atipik kullandırma sözleşmeleri yönünden hasar sorunu da bu hüküm uyarınca çözümlenmelidir. Şu halde, taraflardan birinin edimi imkânsızlaştığında, borç ilişkisi sona erer. Diğer taraf da edimini henüz ifa etmediyse ifa etme yükümlülüğü ortadan kalkar. Eğer edimini ettiyse de, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesini talep edebilir. Bir taraf yönünden edim hasarı olan olgu, diğer taraf yönünden karşı edim hasarı teşkil edecektir.

SONUÇ

Eşyanın bir insan iradesi veya doğal bir olay sonucu zarar görmesi “eşya hasarı” anlamına gelir. Bu kavram, hasar kelimesinin günlük dildeki karşılığıdır. Dolayısıyla, eşya hasarı denildiğinde hukuki anlamdaki hasar kavramından değil, günlük dilde “ eşyaya gelen zarar” anlamında kullanılan hasar kelimesi anlaşılır. Günlük dilde eşyanın hasara uğradığından söz edebiliriz, ancak Türk hukuk literatüründe eşyanın hasara uğramasından değil, değil eşyanın zarara uğramasından söz ederiz.

Hukuk terminolojisinde eşya hasara uğramayıp, zarara uğrayacağından, eşya hasarıyla, eşyaya ilişkin hasar kavramı birbirleriyle ilgili olmakla birlikte, kanaatimizce farklı kavramlardır. Buna göre, eşya hasarı hukuk dili ve tekniği içinde kullanılmayan, buna karşın günlük dilde kullanılan ve kullanılmasıyla da eşyanın zarara uğradığı kastedildiği bir kavramdır. Eşyaya ilişkin hasar ise hukuk literatürü ve hukuk tekniğinde yer alan bir kavram olup, şeyin bir sözleşmeye ilişkin borç ilişkisine konu olup olmamasına bakılmaksızın bozulması, kırılması, zarar görmesi gibi, o şeyin uğradığı somut ve maddi anlamdaki zararın kimin malvarlığında etki doğuracağıının tespitidir.

Karşı edim tipik sözleşmeler yönünden kural olarak bir miktar para olduğuna göre, tipik bir tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olan mal değişim sözleşmesinde karşı edimin belirlenmesi için şu yol izlenmelidir: TBK m. 283 uyarınca satışa ilişkin hükümler mal değişim sözleşmesine de uygulanacağından ve bu hükme göre taraflardan her biri hem alıcı hem de satıcı durumunda olacağından, kanaatimizce her iki edim de hem karakteristik edim hem de karşı edim niteliğinde olacaktır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde “hasarın taraflardan birine ait olması” ifadesiyle kastedilenin karşı edim hasarı olduğundan söz edilir. Bize göre ise, bu ifadeyle kastedilen hem edim hasarının hem de karşı edim hasarının alacaklıya ait olmasıdır. Ancak burada bir ifade tarzı farklılığı söz konusudur. Bu ifade farklılığı da, tarafların her ikisinin de hem alacaklı hem borçlu olmalarından kaynaklanmaktadır. Hasarın alacaklıya ait olması, doktrinde karşı edim hasarının

karakteristik edim alacaklısına ait olması şeklinde ifade edilir. Ancak bize göre bu doğru bir ifade değildir. Çünkü esasında hasarın alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına) ait olması, edim hasarıyla birlikte karşı edim hasarının da alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına) ait olmasıdır.

Kusurlu imkânsızlık halinde borçlunun sorumluluğunu sağlayan olgu, edimin imkânsızlaşması değil, edimin imkânsızlaşmasının “kusur” sebebiyle olmasındandır. Dolayısıyla bu durumda sorumluluk sebebi, imkânsızlık değil, borçlunun “kusurudur”. İşte bundan ötürü, bize göre imkânsızlık bir sorumluluk sebebi değildir. Ancak imkânsızlık, bir ifa engeli olabilir. Kusur ise, sorumluluk sebebidir. İfa engeli, imkânsızlığın karakterlerinden biridir. Bir diğer karakteri ise, geçersizlik sebebidir.

Bize göre imkânsızlık ya bir geçersizlik sebebi, ya da bir ifa engeli olarak kendisini gösterir. İmkânsızlığın bu üç karakterden hangisini taşıdığı belirlenmesi için ise, imkânsızlık olgusunun ne zamandan beri var olduğunun tespiti gerekir. İmkânsızlık öyle bir kavramdır ki, ya bir sözleşmenin baştan itibaren geçersizliğine sebep olur; ya da geçerli olarak meydana gelmiş sözleşmenin ifasını engeller ve/veya borç ilişkisini ortadan kaldırır.

Edimin imkânsızlığı ifa tarihinde ortadan kalkarsa ve edim sözleşme kurulduğu anda muaccel değilse, sözleşmenin geçerli olduğunun kabulü gerekir. Çünkü böyle bir durumda gerçek anlamda bir imkânsızlıktan söz edilemez, ancak hukuka aykırılıktan söz edilebilir. Asıl olan taraf iradeleri olduğuna göre taraf iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olduğu noktada, sözleşme konusu edimin imkânsızlığı da, ifa zamanı ortadan kalkmışsa, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürecektir bir gerekçe yoktur. Bu durumu edimin imkânsızlığının sonradan ortadan kalkması halinde sözleşmenin geçerli hale dönüşmeyeceği gerçeğinden ayıran ince nokta, edimin sözleşme kurulduğunda muaccel olmaması, muaccel olduğunda da imkânsızlığın ortadan kalkmış olmasıdır. Bu noktada şu somut örneği verirsek durumu somutlaştırabiliriz: Ölmüş bir atın satılmasıyla, henüz doğmamış bir tayın sağ ve tam doğması şartıyla satılması arasında fark vardır.

Alacaklının, ifasının sübjektif olarak imkânsızlığını bildiği bir sözleşme için borçluyu ifaya zorlayabilmesi deyim yerindeyse alacaklının ödüllendirilmesidir. Böyle bir durumda alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi, haksız yere alacaklı lehine değişmiş olur.

Edim fiili ya da edim sonucundan hangisinin imkânsızlaşmasının edimin imkansızlaşması anlamına geldiği, borç ilişkisini doğuran sözleşme tipine göre değişecektir.

Bize göre imkânsızlık kavramı, borcun ifasının cebri icra ile elde edilemeyecek olmasının aksine, fiilen ya da hukuken çıkmış bir engelden ötürü borcun ifa edilememesidir.

İş görme edimi borçlusunun, borcu ifa edebilecek durumda iken ifa tarihinden önce borcu ifa etmeyeceğini alacaklıya bildirmesi olan “öncelenmiş borca aykırılık hallerinde imkânsızlık hükümleri değil, borçlu temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır. Öncelikle bize göre burada imkânsızlıktan bahsedilemez. Bunun sebebi de borcun ifası halen mümkün olması ancak, ancak borçlu ifa etmemesidir.. Borçlunun edimi ifa etmeyeceğini bildirmesi üzerine imkânsızlık hükümlerini uygulamayı düşünür olursak, borçlunun iradesine göre değişkenlik gösterebilecek bir durum söz konusu olur Çünkü borçlu edimi ifa etmeyeceğini belirtmesine rağmen, her nasılsa ifa tarihinde borcu ifa ederse, imkânsız olan edimin ifa edilmesi gibi çelişkili bir netice ortaya çıkar.

Borçlu alacaklıya iş görme edimini ifa etmeyeceğini ifa tarihinden önce belirtmesine rağmen bu sefer ifa tarihinden sonra bir şekilde iş görme edimini ifa edecek olsa ve alacaklı bu geç kalınmış ifayı kabul etse, bu durumda temerrüt hükümleri uygulanacaktır. Yani, bir süre önce imkânsız sayılan edim, daha sonra temerrüde konu olacaktır. Bu da söz konusu olamaz, çünkü temerrüt hükümleri ancak ifası mümkün ve muaccel bir borç için uygulanır. Yani; imkânsızlık varsa temerrüt olamaz. Dolayısıyla bu durum, eşyanın tabiatına aykırıdır

Hukukumuzda bir kimse cebri icra yoluyla bir yapma borcunun yerine getirilmesi hususunda zorlanabilir, yeter ki yapma borcunun zamanında ifa edilmemiş olması imkânsızlığa yol açmamış olsun.

Borçluyu ifaya zorlama her zaman kişilik hakkını ihlal etmeyebilir. Borçluyu aynen ifaya zorlama amacını taşıyan zor kullanma, cebir uygulanması ve borçlunun manevi kişiliğini ihlal edici diğer her tür davranış hukuka aykırıdır ve kişilik hakkını da ihlal eder. Fakat borçlu kanaatimizce belli ölçüde bir manevi ve psikolojik baskı uygulanarak ifaya zorlanabilmelidir meğerki kişilik hakkı ihlal edilsin. Borçlunun aynen ifayı sağlaması yönünde baskı unsuru olarak hürriyeti bağlayıcı ceza kanunda öngörülmüş ve uygulanıyorsa, pekâlâ kişilik hakkını ihlal etmeden borçlunun ifaya zorlanmasını hukuka uygun kabul etmek gerekir. Bunun kabulü, iş ve ticaret yaşamının gerçeklerine de daha uygundur.

Türk Borçlar Kanunu da sonraki imkânsızlık bakımından kusurlu-kusursuz imkânsızlık ayrımını benimsemiştir. Hem kusurlu hem kusursuz sonraki imkânsızlık halinde, sorumluluk yönünden istisna teşkil eden durumlar mevcuttur. Roma hukukunda olduğu gibi modern hukukta da borç ilişkilerinde esas olan kusur sorumluluğu, istisna ise kusursuz sorumluluktur. Bu temel kuralın bizim hukukumuzdaki tezahürü olan TBK m. 112 hükmü uyarınca da önemli olan “karine de olsa kusurun varlığı” olduğuna göre, istisna teşkil eden durumların, sonraki imkânsızlığın ayrımına esas olacak şekilde algılanmasını ve sonraki imkânsızlığın borçlunun sorumlu olduğu ve borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık şeklindeki ayrımını biz isabetli bulmuyoruz. Bunun sebebi de TBK m. 112 ve 136 madde hükümlerinin konuluş amacının, kusur esasına dayanmasıdır.

Beklenmeyen hal kavramının borcun ihlalinin kaçınılmaz kılması unsuru, ihlalin öngörülmez olması olarak da anılır. Ancak öngörülmezlik, kaçınılmazlık kavramının içine girdiğinden, başka bir deyişle kaçınılmazlık daha geniş bir kavram olarak, öngörülmezliği kapsadığından, öngörülmezlik tek başına beklenmeyen halin bir unsurunu oluşturmaz. Bundan dolayı, borcun ihlalinin “kaçınılmaz olması” ifadesi daha isabetlidir. Ancak belirtmek gerekir ki, yalnızca borcun ihlaline sebebiyet veren olayın kaçınılmaz olması önem yeterli değildir. Hem borcun ihlaline

sebebiyet veren olayın kaçınılmaz olması, hem de bu sebepten borcun ihlalinin kaçınılmaz olması gerekir. İşte bu yüzden de, borcun ihlalinin kaçınılmaz olması, öngörülmezlikten daha geniş bir kavramdır ve bize göre de öngörülmezlik yerine kaçınılmazlık deyimini kullanmak daha doğrudur.

TBK m. 136/III'teki bildirim yükümlülüğüne uymayan borçlunun sorumlu olduğu zarar kalemi doğrudan doğruya kusursuz imkânsızlıktan doğan zarar değil, ifa imkânsızlığını alacaklıya bildirim yükümlülüğüne uysa idi alacaklının malvarlığı ile buna uymama sonucu alacaklının malvarlığı arasındaki değer farkıdır.

Sonuç olarak; sonraki kusursuz imkânsızlık söz konusu ise hasar sorunu ortaya çıkacaktır; hasar sorunu mevcut ise de bu, sonraki kusursuz imkansızlıktan kaynaklanmaktadır.

TBK m. 136/II'de kanun koyucu kanaatimizce “hasar” kelimesi yerine “zarar” kelimesini kullanmalıydı. Çünkü TBK m. 136/II son cümlede düzenlenen, ifadan önce meydana gelen zararın kime ait olacağı sorundur. Borçlar hukuku anlamında hasardan bahsediyorsak; hasarın meydana gelmesinden değil, zararın meydana gelmesinden bahsederiz. Oysa hasarın geçişinden veya kime ait olduğundan bahsederiz. Bu hükümde eşya hasarından değil, borçlar hukuku bakımından hasardan, yani borca ilişkin hasardan söz edildiğine göre, hasar kelimesi eşya hukukundaki anlamıyla (zarar anlamında) kullanılmamalıydı.

Yine TBK m. 136/II'de kanun koyucu *tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme* ifadesi yerine *karşılıklı borç yükleyen sözleşme* ifadesini tercih etmiştir. Ancak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeden ayrımı ve ifade bütünlüğü açısından, biz tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ifadesini daha isabetli buluyor ve bu ifadeyi kullanıyoruz.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da hem alacaklı hem de borçlu olduğuna göre, TBK m. 136/II hükmünü şu şekilde okumamız gerekir:

“Edim (karakteristik edim) hasarına edim alacaklısı katlanmak durumunda olduğundan, karşı edim hasarı da kural olarak ifa yapılana kadar karşı edim alacaklısındadır. Ancak kanunun özel hükmü ya da taraflar arasındaki sözleşme

hükmü ile karşı edim hasarı edimin ifasından önce bile meydana gelse, (karakteristik) edim alacaklısına ait olabilir. Bu durumda edim alacaklısı hem edim hasarı, hem de karşı edim hasarına katlanmak durumunda kalır”.

Edimin alacaklının kusuruyla imkânsızlaşması durumunda, borçlu kusurlu olarak imkânsızlığa sebep olduğu durumlarda nasıl imkânsızlıktan sorumlu ise, alacaklının da kusuruyla imkânsızlığa sebep olduğu durumlarda imkânsızlıktan alacaklı sorumlu olmalıdır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler yönünden, edim borçlusunu edimin kendi kusuruyla imkânsızlaşmasından sorumlu olduğu gibi, edim alacaklısı da kendi kusuruyla edimin imkânsızlığına sebep olursa, bundan sorumlu olmalıdır.

Karşı tarafın kusuruyla edimin imkânsızlaşması durumunda borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmaması, imkânsızlığa borçlunun kusurunun sebep olması halinde sorumlu olmasıyla aynı mantığın sonucudur. Kural olarak kusurun varlığı borca aykırı davranıştan sorumluluğu gerektirir ve sözleşme borç ilişkilerinde de borçlu aleyhine kusur karinesi mevcuttur. Hatta borçlunun kusurlu olmadığı hallerde edim imkânsızlaşırsa borç ilişkisinin sona ereceği sonucu da, aslında alacaklının da tıpkı borçlu gibi kusuru olmaması kaydıyla geçerlidir. Bunun aksini düşünürsek; yani alacaklı (edim alacaklısı) kendi kusuruyla edimin imkânsızlığına sebep olmuş ise, ancak buna rağmen karşı edimi ifa borcundan kurtulursa, kendi kusuruyla borçtan kurtulmuş olur.

Mevcut düzenlemede bize göre de bir boşluk bulunmaktadır. Ancak bize göre bunun sebebi, borç ilişkilerini düzenleyen hükümlerin genel yapısıyla aynıdır. Kanun sistematik itibarıyla genelde hep borçlunun kusuru ya da kusursuzluğu üzerine hükümler öngörmüştür. Bu hususta ise, TBK m. 136/II alacaklının kusuruyla edimin imkânsızlaşması haline uymamaktadır, ya da başka bir deyişle alacaklının kusuruyla edimin imkânsızlaşması TBK m. 136/II'nin kapsamına girmemektedir.

Bize göre TBK 136/III hükmün kanunda yer alması gereksiz bir düzenleme değildir. Çünkü bu hükmün kaynağını dürüstlük kaynağında bulması, hükmün gereksiz olduğu sonucuna bizi götürmez. TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük

kuralı; emredici bir hüküm olduğundan hâkim önündeki uyuşmazlığı çözerken dürüstlük kuralını re'sen göz önüne alır. Ancak bu durum dürüstlük kuralının, uyuşmazlığı çözecek kanun hükümlerini bertaraf etmesi anlamına gelmez

Kanunda var olan özel hükmün uyuşmazlığı adil bir şekilde çözmeye elverişli olmaması ya da kanunda uyuşmazlığa uygulanacak hüküm bulunmaması halinde, dürüstlük kuralı gibi genel ve soyut bir kavrama başvurulmalıdır. Esasen dürüstlük kuralının da işlevi budur. Hâkim somut olaya kanun hükümlerini uygularken ortaya çıkan sonuç kanunun genelliğinden, eksikliğinden veya sertliğinden dolayı adalet hissimizi tatmin etmez ve menfaatler dengesine aykırı sonuçlar ortaya çıkarsa dürüstlük kuralı devreye girer.

Uyuşmazlıkların çözümü aşamasında dürüstlük kuralını doğrudan çözüm aracı olarak kullanmak, hak sahibi yönünden de tehlikeler içerir. Çünkü kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst olmasının belirli bir objektif ölçütü yoktur. Bundan dolayı da, öncelikle somut olaya özel hükümlerle hak sahibi korunmalıdır.

TBK m. 136/III varken, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralının varlığını gerekçe göstererek TBK m. 136/III'ün gereksiz olmasından bahsedebilmek bize göre hukuken mümkün görünmemektedir.

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimler birbirlerinin karşılığı olarak meydana gelmediklerinden, hasar konusunda TBK m. 136/II değil, TBK m. 136/I uygulanmalıdır.

Satış sözleşmesinde cins borçlarında hasarın alıcıya geçişi için ayırt edilme aranır; cins borcu alıcısı parça borcu alıcısına göre daha elverişsiz bir duruma sokulmuş olur. Hasarın alıcıya geçiş anı sözleşmenin kurulduğu an iken yeni düzenlemeyle sözleşmenin ifası anı olarak değiştirildiğine göre, hasarın alıcıya geçişi için cins borçları yönünden ayırt edilmenin aranmasına gerek de yoktur. Çünkü ayırt etme ifadan önceki aşamadır, bir ifa hazırlığıdır. Bundan dolayı da, yeni düzenlemede hasarın geçişi ifa anı olarak belirlendiğine göre, ifadan önceki bir

aşama olan ayırt edilme anında cins borçları için hasarın geçmesi düşünülemez ve yeni düzenlemenin amacına aykırıdır.

TBK m. 208/2’de alıcının zilyetliği devralmadaki “alacaklı temerrüdü” halinde, şeyin zilyetliğinin devrinin gerçekleşmiş varsayılarak yarar ve hasarın alıcıya geçmesi için, şeyin satıcı tarafından bir yere tevdi edilmesine gerek yoktur. Çünkü alacaklı temerrüdündeki tevdi etme yükümlülüğü, borçlunun borcundan kurtulmasının bir şartıdır, yoksa şey hâkimin göstereceği bir yere tevdi edilmemiş olsa da, alacaklı temerrüde düşmüştür. Zaten TBK m. 107 hükmü de, bunu doğrular. Yani tevdi etme yükümlülüğü, alacaklının temerrüdü halinde, borçlunun borcundan kurtulmasına imkân sağlar.

Kullandırma sözleşmelerinde sözleşmenin amacı “kullandırma” olduğundan, kullanım da kullandırılan tarafın zaten yararına gerçekleşeceğinden, yararlanma kullanmanın içinde deyim yerindeyse erir ve kaybolur. Bu tip sözleşmelerde esas olan kullanmadır, yararlanma kullanmanın içinde, eşyanın tabiatı gereği zaten bulunur.

TBK m. 299’da kanun koyucunun hem kira hem de ürün kirası sözleşmeleri için ortak bir tanım maddesi vermesi yerinde değildir. Çünkü her ne kadar iki sözleşme de kira türünden sözleşme olsalar da, iki sözleşme tipinin de objektif esaslı unsurları birbirinden farklıdır.

Ayrıca TBK m. 299’daki verilen tanım, yanlış olmasının yanı sıra, önemli bir eksikliği de bünyesinde barındırmaktadır. Bu eksiklik; tanımın şey veya hak üzerinden değil yalnızca şey üzerinden yapılmış olmasıdır. Oysa her ne kadar biz isabetsiz bulsak da, kanun koyucu kira ve ürün kirasının tanımını aynı maddede vermiş, ancak bu ortak tanımı “şeye” indirgemiş; sonuçta da TBK m. 299’da ürün veren bir hakkın da sözleşmeye konu olabileceği göz ardı edilmiştir. Bu noktada kanun koyucunun TBK m. 299’da yaptığı tanım, yanlış olmakla birlikte eksik bir tanımdır.

TBK m. 357’de verilen ürün kirasının tanımıyla, hem (adi) kira sözleşmesini hem de ürün kirasını kapsayan tanım maddesi TBK m. 299, birbiriyle uyumlu değildir.

Bize göre böyle bir durumda sözleşmenin kendiliğinden geçersiz hale gelmesi söz konusu olmaz. Çünkü geciktirici koşula bağlı bir sözleşme geçerli olarak kurulmakla birlikte, sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başlaması geciktirici koşul meydana gelene kadar söz konusu olmayacaktır. Geciktirici koşulun meydana gelmesiyle beraber, sözleşme hükümlerini doğurmaya başlayacaktır.

Her ne kadar kira sözleşmesinin bozucu şart ya da gerçekleşmesi beklenen olgu sebebiyle sona ermesini açıkça yasaklayan bir hüküm olmasa da, TBK m. 354 emredici hükmü uyarınca, dava yoluyla ileri sürülecek olan tahliye sebeplerinin kiracı aleyhine değiştirilemeyeceği gerekçesiyle, bozucu şart ya da olgunun gerçekleşmesi halinde tahliye davası açılmaz.

Bozucu şart ya da olgunun gerçekleşmesi sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi, fesih bildirim yoluyla da mümkün değildir. Çünkü fesih bildirim kanunda emredici sürelerle bağlanmıştır. Sözleşmeye bir hüküm olarak monte edilen bozucu şart ya da olgunun da bir fesih bildirim niteliğinde olduğu asla düşünülemez.

İşte tüm bu sebeplerden dolayı, kanaatimizce konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmeleri bozucu koşula ya da olguya bağlı olarak kurulamaz. Aksi takdirde, koşul ya da olguyu içeren sözleşme maddesi hükümsüz olur. Başka bir deyişle burada kısmi hükümsüzlük söz konusu olur. Ancak bozucu koşul bozucu ya da olgu sözleşmenin işlem temeli niteliğinde olup, hükümsüz olan sözleşme kayıtları sözleşme yönünden “*condictio sine quanon*” ise, artık kısmi hükümsüzlüğü aşan bir durum ortaya çıkar ve sözleşme tümünden kesin hükümsüzlükle (mutlak butlan) bătıldır.

İşyerinin çalışanlarına lojman kiralaması ile üniversitenin öğrencilere yurt kiralaması, bu hallerin dışındaki istisnai durumlardır. Çünkü bu iki durumda, kira sözleşmesi salt bozucu şartla bağlanmamıştır, kira sözleşmesi başka bir sözleşmenin unsuru haline gelmiştir.

TBK m. 301 hükmü kiralananın teslimi yerine kiralananın zilyetliğinin devri ifadesini içerir şekilde düzenlenmelidir. Çünkü teslim kavramı, eşya hukukunda ne anlama geliyorsa, TBK m. 301’de de aynı anlama gelir ve başka anlamda yorumlanmamalıdır. Hatta başka anlamda yorumlanması mümkün de değildir.

TBK m. 301’de her ne kadar teslim borcundan söz edilse de, şeyin zilyetliğinin hükmen teslimle devri örneğinde, kiraya verenin teslim borcu yerine zilyetliğin devri borcu denmesi, kiraya verenin borcunu ifade hareket alanını kısıtlamayan, pratik gerçekler ve pratik ihtiyaçlara da cevap veren, bundan dolayı da daha isabetli ve olayların tümünü kapsayacak anlamda olacaktır. Aksi takdirde TBK m.301’in lafzı, bizi teslim yapılması zorunluluğuna götürür. Bu zorunluluk da, kiraya verenin edimini ifa ederken hareket alanını oldukça kısıtlar.

TBK m. 301’de “teslim borcu” olarak geçen edime ilişkin olarak, kavram yönünden “zilyetliğin devri” nitelemesinin daha yerinde olduğunu düşünmemizin bir sebebi de, bu edime ilişkin kusursuz imkânsızlık hali ve hasar sorunudur.

Kiraya veren karakteristik edimi yerine getirdiğinde kiracı fer’i zilyet olduğuna göre, gerektiğinde zilyetlik davaları açabilecektir. Kanaatimizce işte bu nedenle de, kiraya verenin borcunun “teslim borcu” yerine “zilyetliğin devri” borcu olduğunu kabul etmek gerekecektir. Çünkü, kiracı zilyetlik davaları açabileceğine göre demek ki, zilyetliğin kendisine devri yeterli olup, teslim şart değildir.

TBK m. 26 uyarınca, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda çizilmiş sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Buradan hareketle TBK m. 362 hükmünce taraflara bu konuyu sözleşmede düzenleme olanağı tanındığı için, peşin ödeme kararlaştırıldıysa kiracının kira bedelini ödeme borcunun doğduğunu düşünüyoruz. Bu aşamada gözden kaçırılmaması gereken önemli bir nokta; eğer imkânsızlık durumu mevcutsa, TBK m. 136/II uyarınca peşin ödeme kararlaştırıldıysa bile, kiracının kira bedelini ödeme borcundan kurtulacağıdır.

Kanun koyucunun, kira bedeli kavramını kullanmasıyla, kiracının karşı ediminin yalnızca bir miktar ücret değil, başkaca edimler de olabileceğini amaçladığı yorumlanabilir. Nitekim TBK m. 299 madde gerekçesinde de bu amaç açıkça belli

edilmiştir. Ancak; Türk Borçlar Kanunu'nda kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m. 344 madde hükmü içeriğine bakıldığında, kira bedeline yapılacak artış oranı emredici nitelikte düzenlenmiştir. Bu anlamda olmak üzere, kira bedeli taraflarca ücret yerine bir iş görme borcu olarak kararlaştırıldığında, kiraya veren kira bedelinin artırılmasını talep ettiğinde, kira bedeli olan iş görme borcunun üretici fiyat endeksine oranla artışının talep edilmesi gibi bir durum söz konusu olur ki, bu da eşyanın tabiatına aykırıdır.

Kira bedeli, ücret dışında yalnızca piyasada değer kaydı olan ve paraya çevrilebilen (altın gibi) şeyler olabilir. Bunun dışındaki her türlü eşya veya başkaca edimler karşı edim olarak söz konusu olduğunda, sözleşme artık kira sözleşmesi değil atipik bir sözleşme niteliğine girer. Bu durumda da kanaatimizce karma sözleşmenin varlığından söz etmek gerekir.

TBK m. 299 ile TBK m. 344 hükümleri kendi aralarında çelişmektedir. Bu çelişkiden de öte, TBK m. 299 hükmü kanaatimizce kira sözleşmesini atipik bir kullandırma sözleşmesiyle karıştırmaya sebep olabilecek niteliktedir. Tüm bunlardan dolayı TBK m. 299, eski düzenleme BK m. 248 ile kıyaslandığında isabetsiz bir düzenleme olmuştur.

Eğer kiracı kendi kusuruyla kiralananı sözleşmenin başladığı tarihte kullanamıyor ise, karşı edim hasarını üstlenir. Esasında kiracının kiralananı kendi kusurundan dolayı kullanamaması ya da kendi kusuru bulunmadan, beklenmeyen hal veya mücbir sebep dolayısıyla kiralananı kullanamaması veya sınırlı kullanabilmesi durumunda, kiraya veren kiralananı kiracının kullanımına hazır şekilde bulundurduka kiracı kira bedelini ödeme borcu altındadır.

Ürün kirası sözleşmesinde ürünlerin toplanması ile kiralananın kullanılması arasında önem hiyerarşisi yoktur. Her iki edim de, ürün kirası sözleşmesinin içinde bulunan objektif esaslı noktalardandır. Dolayısıyla bu edimlerden birinin diğerine oranla daha önemli olması hukuken ve mantıken düşünülemez.

Her semere bir ürün olmakla birlikte, her ürün bir semere değildir. Her ne kadar ürün ve semere kavramları çoğunlukla alışlageldiği üzere birbirinin eş

anlamlısı olarak kullanılsa da, ürünün semere niteliğinde olması için, ürün elde edilirken aslının cevherinin, özelliğinin yok olmaması gerekir.

Fikri ve sınai haklara ilişkin özel hükümler bulunduğu göre, genel hüküm olan ürün kirası sözleşmelerine direkt olarak konu olamamaları, lisans sözleşmelerine konu olmaları gerekir. Ancak, lisans sözleşmelerine ilişkin özel hükümlerde somut olaydaki konuya ilişkin hüküm olmaması halinde, genel hüküm olan ürün kirası sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir.

Ürün kirası sözleşmesinde kiracının işletme borcunun mutlak olup olmadığını tartışmaya gerek dahi yoktur. Ayrıca kanaatimizce duruma bir de başka açıdan; edimler arası sinallagma yönünden bakabiliriz. Kiraya veren kullanma ve işletmeye elverişli şekilde zilyetliği devretme edimini yüklediğine göre, kiracı da işletme karşı edimini mutlak olarak yüklenmiştir.

Ürün kirasında kiracının bir karşı edimi de kira bedeli olan bir miktar paradır ancak, bunun yanında para dışında zilyetliği devralma ve işletme olarak iki karşı edim daha mevcuttur.

Karakteristik edim olan *“sözleşmedeki amaca uygun kullanılma ve işletilmek üzere kiralananın zilyetliğinin devri borcu”* imkânsızlaştıysa, karşı edim olan kiralananın zilyetliğini devralma borcu hiç doğmaz. Çünkü zilyetliği devretme borcu ortadan kalktığına göre, zilyetliği devralma borcunun doğması mümkün değildir. O halde zilyetliği devralma borcu yönünden karşı edim hasarı hiç meydana gelmez.

Zilyetliğin devri edimi imkânsızlık nedeniyle ortadan kalktığına göre, zilyetliğinin devredilmesi artık söz konusu olmayan kiralananın işletilmesi karşı edimi de ortadan kalkmıştır. O halde işletme borcu yönünden de karşı edim hasarı hiç meydana gelmez.

Zilyetliği devralma ve işletme karşı edimlerinin, TBK m. 136/II son cümle uyarınca borcun ifasından önce kanun ya da sözleşmeyle alacaklıya (karakteristik edim alacaklısına; kiracıya) yüklenmesi mümkün değildir. Çünkü bu karşı edimler kiralananana fizikî yönden bağımlı olmaları durumdadırlar. Söz konusu fizikî

bağımlılık karakteristik edimin imkânsızlık sebebiyle ortadan kalkması halinde bu karşı edimlerin hiç doğmamalarına sebep olur. Doğmayan karşı edimin hasarı da söz konusu olamaz.

Kiracıya alım hakkı tanınan finansal kiralama sözleşmeleri tapuda akdedilmelidir. Bu durumu bir karşılaştırmayla açıklamak gerekirse; taşınmaz satış vaadi bir ön sözleşme olup, taşınmaz satış sözleşmesinin kurulması konusunda bir alıcıya bir talep hakkı verir. Bu talep hakkı da taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına yöneliktir. Başka bir deyişle, taşınmaz satış vaadi ile mülkiyetin devri istenemez. Oysa alım sözleşmesi, direkt olarak taşınmazın mülkiyetini devir konusunda bir talep hakkı verir, adı üzerinde satış ilişkisi doğuran haklardandır. İşte bu iki hukuki işlem arasındaki talep hakkın konusu noktasındaki farktan dolayı alım sözleşmesi kanaatimizce yalnızca tapuda akdedilebilir.

Finansal kiralamada, kiraya veren ile kiracı arasında malın seçimi ve teslimi gibi konularda temsil ilişkisi varsa ve kiracı kiraya verenin temsilcisi sıfatıyla bu işlemleri gerçekleştiriyorsa, kiracının vâkıf olduğu malın ayıplı olması vb. gibi hususları, kanaatimizce “bilgide temsil” olgusundan ötürü kiraya verenin de bildiği kabul edilmelidir.

Satış sözleşmesinin makul bir sürede yapılmaması, geciktirici koşulun meydana gelmemesi anlamına gelecek ve finansal kiralama sözleşmesi de kesin hükümsüz hale gelecektir. Böyle bir ihtimalde kiraya verenin karakteristik edim olan kiralananın zilyetliğinin devrini ifa yükümlülüğü de söz konusu olmaz. Aynı şekilde kiracının da karşı edim olan kira bedelini ifa yükümlülüğü söz konusu olmaz.

6361 s. FFFK m. 24/V hükmünün malın “sözleşme süresi içinde zarara uğramasına” ilişkin olduğudur. Başka bir deyişle burada tartışılan hasar olgusu, sözleşme süresi içinde gerçekleşen hasardır.

Malın zilyetliği henüz kiracıya devredilmeden hasar söz konusu olduğunda çözüm ne olacaktır? Bu durumda mal satıcı nezdinde ise, zilyetlik de henüz devredilmediğine göre hasar TBK m. 208 uyarınca satıcıda kalır. TBK m. 208 satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçişi için BK m. 183’ün aksine sözleşmenin

kurulmasını değil taşınırklar yönünden zilyetliğin devrini, taşınmazlar yönünden tapuya tescili aradığına göre, zilyetlik henüz devredilmeden mala zarar gelir ya da mal telef olursa, hasara satıcı katlanacaktır.

Kiraya veren bizzat kendi mülkiyetindeki malı finansal kiralama sözleşmesine konu yapmakta ise de, TBK m. 136/II uyarınca karşılıklı borçlar sona erer.

Kullanım ödücü sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bundan dolayı da kullanım ödücü sözleşmesinde her iki tarafın da edimleri vardır ancak karşı edim yoktur. Çünkü edimler bir sinallagma, değiş tokuş ilişkisi içinde değildir.

Kullanım ödücü sözleşmesinin konusunu her zaman misli olmayan şeyler oluşturur ve misli bir şey aynen iade edilmek üzere kullanım ödücüne konu edildiği andan itibaren deyim yerindeyse nitelik değiştirerek artık misli olmayan şey karakterine bürünmektedir. Bize göre bu nitelik değişikliğinin sırrı, misli şeyin “aynen iade edilmek üzere” ödünç verilmesinde yatmaktadır. Şeyin iade edilecek olması, o şeyi artık misli olmaktan çıkararak misli nitelikte olmamasına sebep olur.

Ödünç verenin kusuru olmadan sözleşme konusunu ödünç alana verme borcu imkânsızlaşır, borç sona erecektir. Bu durumda edim hasarı ödünç alandadır.

Ödünç alanın bu edimi, kendisinin kusuru olmadan imkânsızlaşır TBK m. 136/I uyarınca borç sona erecektir. Bu durumda edim hasarı ödünç verendedir.

Eksik iki tarafa borç yükleyen, yani faizsiz bir tüketim ödücü sözleşmesine tam iki tarafa borç yükleyen satış sözleşmesinin hasarın geçişine ilişkin hükmünü kıyasen uygulamak isabetli görünmemektedir.

Faizsiz tüketim ödücü sözleşmelerinde hasarın geçişine ilişkin olarak ise, kanaatimizce TBK m. 136/I hükmü uygulanmalıdır. Çünkü TBK m 136/II tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkindir. Bu durumda ödünç veren henüz sözleşme konusunu ödünç alana devretmeden önce sözleşme konusu kusura dayanmadan imkânsızlaşır, borç sona erecektir. Edim hasarı ödünç alanın üzerinde kalır.

Ödünç veren sözleşme konusunu ödünç alana devrettikten sonra sözleşme konusu imkânsızlaşmasının kanaatimizce hasar yönünden bir önemi yoktur. Çünkü ödünç alanın iade borcu misli şeye yönelik bir cins borcudur.

Atipik kullandırma sözleşmeleri kavramından, karakteristik ediminin kullandırma edimi olduğu ancak karşı edimin tipik kullandırma sözleşmelerinin aksine para olmayan sözleşmeler anlaşılmalıdır.

Atipik kullandırma sözleşmeleri bileşik sözleşme veya karma sözleşme şeklinde var olabilir ancak kendine özgü sözleşme şeklinde var olamaz.

Edim-karşı edimin belirlenebilirliği yönünden diğer tipik tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden para edimi içermemesi nedeniyle ayrılan mal değişim sözleşmesine ilişkin TBK m. 283 hükmü kıyasen uygulanarak atipik kullandırma sözleşmelerinde edim ve karşı edimi belirleyebiliriz. Bunun sonucunda ise kanaatimizce tarafların edimlerini hem karakteristik edim hem de karşı edim olarak nitelemek gerekir.

TBK m. 136/II tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasara ilişkin genel kural olduğuna göre, atipik kullandırma sözleşmeleri yönünden hasar sorunu da bu hüküm uyarınca çözümlenmelidir.

KAYNAKÇA

Acar Faruk, Kira Hukuku Şerhi, (TBK m. 299-312) Beta, İstanbul, 2013.

Akıncı Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Yedinci Baskı, Sayram, Konya, 2013.

Akıntürk Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara, 1966.

Akkanat, Halil Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, İstanbul, 1996.

Akyol Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, Vedat, İstanbul, 2006

Altaş Hüseyin, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık”,(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 1991.

(Altaş İmkansızlık)

Altaş Hüseyin, Hasılat ve Şirket Kirası (BK. mad. 270-298) Yetkin, Ankara, 2009. **(Altaş Hasılat ve Şirket Kirası)**

Altay Sabah, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, Vedat, İstanbul, 2008.

Altunkaya Mehmet Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin, Ankara, 2005.

Altop Atilla, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990

Ansay, S. Şakir, Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 450-456) S.1-4, 1953.

Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2013.

Aral Fahrettin, **Ayrancı** Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 10. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.

Aral Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin, Ankara, 2010

Arkan Serim Azra, Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, Beşir, İstanbul, 2010.

Arpacı, Abdülkadir, Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2002.

Arslanlı Halil, Ticari Bey', 3. Bası, İstanbul, 1952.

Atamer Yeşim, Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000 (s. 131-167) (**Atamer Hasar**)

Atamer Yeşim, Taşınır Satımı Sözleşmesi, “Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, Oniki Levha, İstanbul, 2012. (187-222) (**Atamer Taşınır Satımı**)

Ayan Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış 8. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013,

Ayan Mehmet Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 10. Baskı, Konya, 2014. (**Ayan Eşya Cilt I**)

Aybay Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, Onüçüncü Bası, Filiz, İstanbul, 2011

Aydemir, Efrail, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Hukuku, Ankara, 2012.

Aydıncık Şirin, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları – Nama İfa (Özellikle TBK m.. 113/1 Kapsamında), Vedat, İstanbul, 2013.

Aydoğdu Murat, **Kahveci** Nalan, “Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri” 2. Baskı, İleri, İzmir, 2014.

Ayiter, Kudret Roma Hukukunda Alım Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 122-142) C. 14, S. 1-4, 1957.

Baygın Cem, Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkisinin Hükümleri-Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 3–4 2010 (s. 119-143)

Başıoğlu Başak, Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:66, Sayı:2 , 2008.

(Başıoğlu Öncelenmiş Borca Aykırılık)

Başıoğlu Başak, “Borcun İfasındaki İmkansızlık” Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, (s. 307-347), Filiz, İstanbul, 2013. **(Başıoğlu**

İmkansızlık)

Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, Oniki Levha, İstanbul, 2009.

Belen Herdem, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), İstanbul, Beta, 2014. **(Belen Şerh)**

Belen Herdem, Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi Türleri ile Genel Hükümler Uyarınca Kiraya Veren Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul Barosu Dergisi, Mayıs-Haziran 2013, Cilt: 87, Sayı: 2013/3. (**Belen Kira**)

Bertan Suat, Ayni Haklar, C:2, Ankara, 1976 .

Cansel Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, 1953.

Cihan Hulki, 818 s. Borçlar Kanunu ile 6098 s. Türk Borçlar Kanunu Yönünden Karşılaştırmalı Olarak Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Alıcıya Geçişi, (s. 267-293) Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat, İstanbul, 2013.

Clark T. Leasing Finance, Euromoney Publication, London, 1985.

Çakırca S. İrem, Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi, İstanbul Üniversitesi, Cilt LXV, s. 1, s. 177-206,2007.

Çetiner Bilgehan, Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXVII, S. 1-2 s. 97-114, 2009.(**Çetiner Hasar**)

Çetiner Bilgehan, 6361 s. Kanun İle Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Getirilen Yeni Düzenlemeler,Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (s.65-92), Sayı:13, Nisan 2013. (**Çetiner Finansal Kiralama**)

Çınar Ural, Nihal, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlene Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha, İstanbul, 2014.

Doğan Murat, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara, 2011

Dural Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976.

Erdoğan İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Gazi, Ankara, 2013.

Eren Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2014. (Eren **Genel Hükümler**)

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,11. Tıpkı Baskı, Beta, İstanbul, 2009. (Eren **2009**)

Eren Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975. (**Eren Uygun İlliyet**)

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ankara, 2014. (Eren Özel Hükümler)

Ergüne, Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008.

Erzurumluoğlu Erzan, Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara, 1970. (Erzurumluoğlu **Edimin Yerine Getirilememesi**)

Erzurumluoğlu Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yenilenmiş 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2013. (Erzurumluoğlu **Sözleşmeler Hukuku**)

Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 4. Bası, İstanbul, 1980. (Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt I**)

Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, 2. Bası, İstanbul, 1976. (Feyzioğlu **Genel Hükümler Cilt II**)

Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, Cilt 1, 4. Bası, İstanbul, 1980. (Feyzioğlu **Özel Hükümler**)

Gözübüyük A. Pulat, Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, 2. Baskı, Ankara, 1957.

Gündoğdu Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha, İstanbul, 2014.

Gökyayla K. Emre, İşyeri Kiralarına İlişkin Sözleşmelerin Sona Ermesine Uygulanacak Hükümler, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 14, Temmuz, 2013.

Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, Vedat, İstanbul, 2013. **(Gümüş Cilt1)**

Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, Vedat, İstanbul, 2014. **(Gümüş Cilt2)**

Gümüş Mustafa Alper, Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, Vedat, İstanbul, 2012. **(Gümüş Kira)**

Gürsoy Kemal Tahir, **Eren Fikret**, **Cansel Erol**, Türk Eşya Hukuku, İkinci Baskı, Ankara, 1984.

Gürsoy, Kemal Tahir, Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet AÜHFD 1954 C.11, S.1-4.

Hatemi Hüseyin; **Serozan Rona**; **Arpacı Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.

Hatemi Hüseyin, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1999.

Hatemi Hüseyin, **Gökyayla** Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2014.

Hatemi Hüseyin, Borçlar Hukuku Özel Bölüm (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Notları) 2013. (Hatemi Ders Notları)

Hatemi Hüseyin, **Aybay** Aydın, Eşya Hukuku, Vedat, İstanbul, 2014.

Hatemi Hüseyin, **Serozan** Rona, **Arpacı** Abdülkadir; **Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1991.

İnal Tamer, Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.

İnan Ali Naim, Die Umnöglichkeit der Leistung im Deutschen, Schwerischen und Türkischen Recht, Freiburg, 1956.

İnceoğlu, M. Murat, Kira Hukuku Cilt I, Oniki Levha, İstanbul, 2014.

(İnceoğlu **Kira Hukuku Cilt I**)

İnceoğlu, M. Murat, Kira Hukuku Cilt II, Oniki Levha, İstanbul, 2014.

(İnceoğlu **Kira Hukuku Cilt II**)

İnceoğlu, M. Murat, Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Yenilenmesi,(s. 245-260)Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu,

Makaleler-Tebliğler, (Derleyen: Doç.Dr. Murat İnceoğlu) Oniki Levha,

İstanbul, 2012. (İnceoğlu **Kurulma ve Yenilenme**)

İnceoğlu, M. Murat, İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması,

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, s. 4 (s. 237-254),

2008. (İnceoğlu **Alacaklı Yüzünden İmkansızlık**)

İnceoğlu, M. Murat, **Borçlar** Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul,

2009. (İnceoğlu **Doğrudan Temsil**)

Kaynar, Muhammet; Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin

Belirlenmesi, Vedat, İstanbul, 2014.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar

Kanununa Göre Hazırlanmış, Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi,

Ankara, 2014

Kırkbeşoğlu, Nagehan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre

Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011.

Kocaağa, Köksal, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Yetkin,

Ankara, 1999.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar

Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Birinci Cilt, İstanbul, 2014.

(Kocayusufpaşaoğlu **Borçlar Genel**)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959. (Kocayusufpaşaoğlu Gayrimenkul Satış Vaadi)

Koç, Nevzat, İsviçre Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara, 1992.

Koçak, Diker, Duygu, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sonuçları” (Yayımlanmamış Doktora Tezi)İstanbul, 2013.

Köteli, Argun, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), Kazancı, İstanbul, 1991.

Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme) 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013. (Kuntalp Karışık Muhtevalı Akit)

Kuntalp, Erden, Finansal Kiralama Kanunu’na Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1988. (Kuntalp Finansal Kiralama)

Kuntalp, Erden, Sonuca Katımlı Ödünç Sözleşmesi, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1980. (Kuntalp Sonuca Katımlı Ödünç Sözleşmesi)

Kuntalp Erden, “Finansal Kiralama İşleminde Zilyetliğin Devri Yaşadığının Kapsamı ve Hukuki Niteliği”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003. (Kuntalp **Zilyetliğin Devri**)

Kurt Ekrem, “Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)”, Ankara, 2014.

Nevitt, J. F. Fabozzi Equipment Leasing, Homewood, Illionis: Dow Jones- Irwin, 1988.

Nomer Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 s. Türk Borçlar Kanunu’na Göre Yenilenmiş Onuncu Bası, İstanbul, 2014.

Oğuzman Kemal, **Öz** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul, 2014. (Oğuzman, **Öz Cilt I**)

Oğuzman Kemal, **Öz** Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul, 2014. (Oğuzman, **Öz Cilt II**)

Oğuzman Kemal, **Öz** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Tıpkı Bası, Vedat, İstanbul, 2009. (Oğuzman, **Öz 2009**)

Oğuzman Kemal “Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi”, İstanbul, 1955.

Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit, Ayni Haklar (Teksir), Ankara, 1951.

Öz, Turgut “İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi”, İstanbul, 1989.

Özçelik, Şemsi Barış Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları,(Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara, 2009.

Öztürk Gülay, Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası, Seçkin, Ankara, 2010.

Postacıoğlu İlhan; **Altay** Sümer, İcra Hukuku Esasları” Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2010.

Reisoğlu, Seza, Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları (s.47-65), Bankacılar Dergisi, Sayı:48, 2004.

Renda, Nihat, **Onursan** Galip, “Borçlar Hukuku, Dördüncü Hukuk Dairesinin Emsal İçtihatlarıyla 2”Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973.

Saymen, Ferit Hakkı, **Elbir** Halid Kemal, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul, 1966.

Schwarz, Andreas, (Çeviren: Kudret Ayiter) Satış Akdinde Hasarın İntikali, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1-4, s:159-167, 1947.

Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, 6. Bası, İstanbul, 2014. (Serozan, **Borçlar Genel**)

Serozan Rona, BK Tasarısının Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanında Örneklerle Sergilenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 6 (s. 38-52), İstanbul, 2006. (Serozan **Tasarımın Eksiklikleri**)

Serozan Rona, Eşya Hukuku I, 3. Bası, Filiz, İstanbul, 2014. (Serozan **Taşınır Eşya**)

Sert Selin, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Sert Selin; Cihan Ali Hulki, “Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi” (s. 917-935) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, Cilt: VIII, Sayı: 2, Kayseri, 2013.

Sungurbey, İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, Altıncı Cild, Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1994.

Sirmen, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992.

Şahin, Ayşe, “Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları ve Tâbi Olduğu Yasa Hükümleri” (s. 1395-1446) Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt: 2, İstanbul, 2009.

Tandoğan, Haluk, Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/1, Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım Vedat, İstanbul, 2008 (Tandoğan **Cilt 1/1**)

Tandoğan, Haluk, Özel Borç İlişkileri, Cilt ½, Üçüncü Tıpkıbasım, Evrim, İstanbul, 2010. (Tandoğan **Cilt:1/2**)

Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 2010.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.

Tekinay, S. Sulhi, **Akman** Sermet, **Burcuoğlu** Haluk, **Alttop** Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul, 1993.

Tekinay, Selahattin Sulhi, **Akman** Sermet, **Burcuoğlu** Haluk, **Alttop** Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, 1989.

Topuz, Seçkin, **Canbolat** Ferhat, “**Türk, İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi**” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 57, S: 3, (s. 673-718), Ankara, 2008.

Topuz, Murat, 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu Çerçevesinde Finansal Kiralama Sözleşmesi, Adalet, Ankara, 2013.

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Sermet, İstanbul, 1976. (Tunçomağ Genel Hükümler)

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, Sermet, İstanbul, 1977.(Tunçomağ Özel Hükümler)

von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukuku Umumi Kısım, Birinci Cilt, İkinci Cilt, Tercüme Eden: Cevat EDEGE, İstanbul, 1952. (**vonTuhr Birinci Cilt**) (**von Tuhr İkinci Cilt**)

Weber, Roger, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationrecht I Art 1-529 OR, 3. Auflage, (Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand) Basel und Frankfurt am Main 2003, 4. Auflage Basel und Frankfurt am Main 2007.

Voirin, Pierre, (Çeviren: Erol Cansel) Hasılat Kirasının Ölçüsü ve Muhtariyetinin Esası Olarak Kabul Edilen Bir İşletmeden İstifade, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 3, 1954.

Yavuz, Cevdet, (**Yavuz, Özen, Acar**) Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2001.

Zevkliler, Aydın, **Gökyayla** Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara, 2014.

Zevkliler, Aydın, **Ertaş Şeref**, **Havutçu** Ayşe, **Aydoğdu** Murat, **Cumahoğlu** Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, 2. Baskı, Barış, İzmir, 2013.

Zevkliler, Aydın, **Ertaş Şeref**, **Havutçu** Ayşe, **Aydoğdu** Murat, **Cumahoğlu** Emre, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, 2. Baskı, Barış, İzmir, 2013.

Zimmermann, Reinhard The Law Of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Clarendon Press Oxford, 1996.

ÖZGEÇMİŞ

Ali Hulki CİHAN 1985 İstanbul doğumludur. Lise öğrenimini 2003 yılında İstek Özel Acıbadem Lisesi'nde tamamlamıştır. Aynı yıl İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans eğitimine başlamış ve 2007 yılında hukuk fakültesinden mezun olmuştur. 2007 yılı Eylül ayında İstanbul Barosu'na bağlı olarak avukatlık stajına başlamış ve 2008 Kasım ayında avukatlık ruhsatını almıştır. 2008 yılından bu yana İstanbul Barosu'na kayıtlı olarak avukatlık yapmaktadır. 2008 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde başladığı özel hukuk yüksek lisans eğitimini 2010 yılında "Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi" başlıklı yüksek lisans tezinin oybirliğiyle başarılı bulunmasıyla tamamlamıştır. 2011 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde özel hukuk alanında doktora eğitimine başlamıştır.