

**TÜRK HUKUKUNDA VE MUKAYESELİ HUKUKTA  
AYNEN İFA TALEBİ**

**BAŞAK BAŞOĞLU  
105615007**

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI  
EKONOMİ HUKUKU**

**TEZ DANIŞMANI: DOÇ. DR. YEŞİM M. ATAMER**

TÜRK HUKUKUNDA VE MUKAYESELİ HUKUKTA  
AYNEN İFA TALEBİ

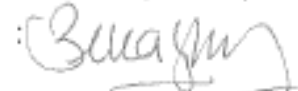
SPECIFIC PERFORMANCE  
UNDER TURKISH LAW AND COMPARATIVE LAW

Başak BAŞOĞLU  
105615007

Doç. Dr. Yeşim M. ATAMER

: 

Yrd. Doç. Dr. Burak ÖZEN

: 

Yrd. Doç. Dr. M. Murat İNCEOĞLU

: 

Tezin Onaylandığı Tarih

:

Toplam Sayfa Sayısı

: 201

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Aynen İfa Talebi
- 2) Borçlar Hukuku
- 3) Mukayeseli Hukuk
- 4) Common Law
- 5) Civil Law

- 1) Specific Performance
- 2) Law of Obligations
- 3) Comparative Law
- 4) Common Law
- 5) Civil Law

## ÖZ

Sözleşmeye aykırılık halinde borçluya karşı uygulanabilecek olan yaptırımlardan aynen ifanın Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta incelenmesi araştırmamızın konusunu oluşturmaktadır. Araştırma kapsamında konu, common law ve civil law sistemleri açısından ele alınmış, ayrıca hukuk uyumlaştırması çalışmalarındaki gelişmelere de yer verilmiştir. Zira common law ve civil law sistemleri arasındaki en temel farklılık aynen ifanın uygulanması aşamasındadır. Kaldı ki, hukuk uyumlaştırılması çalışmaları açısından da, common law ve civil law sistemlerinin ifa engellerine farklı yaklaşımlarının uzlaştırılması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenlerle, aynen ifa talebinin karşılaştırmalı hukuk açısından incelenmesi sözleşmeler hukuku açısından önem taşımaktadır. Tezimizin amacı karşılaştırmalı hukuktaki ışığında aynen ifa talebine ilişkin farklı yaklaşımlar ile sorunları incelemek ve Türk hukukunda olan ve olması gereken hukuk bağlamında eleştiri ve önerilerde bulunmaktır.

## ABSTRACT

The subject of this dissertation is assessment of specific performance under Turkish and comparative law. In the context of this dissertation, the subject has been analyzed under common law and civil law systems since the basic difference between the contract laws of these systems is the application of specific performance. Moreover, the recent developments of the unification of legal systems has been explained within the context since the harmonization of different approaches of common law and civil law systems on legal remedies is crucial for the unification of contract law. Therefore, assesment of specific performance under the comparative is an important matter of the law of contracts. The purpose of this dissertation is to examine the different approaches and the problems on specific performance under the comparative law and to make proposals and critiques for Turkish legal system, considering de lege lata and de lege ferenda approaches.

## İÇİNDEKİLER

ÖZ .....	iii
ABSTRACT .....	iii
İÇİNDEKİLER .....	iv
KISALTMALAR .....	vii
KAYNAKÇA .....	ix
MAHKEME KARARLARI .....	xxi
GİRİŞ .....	1
§ 1. Common Law Sisteminde Aynen İfa Talebi .....	3
I. Giriş .....	3
II. Tarihi Gelişimi .....	5
A- Roma Hukukunda Aynen İfa Talebinin Gelişimi .....	5
B- İngiliz Hukukunda Aynen İfa Talebinin Gelişimi .....	6
III. Aynen İfa Talebi .....	13
A- Genel Olarak – Tazminatın Yeterli veya Uygun Bir Yaptırım Olmaması .....	13
B- Bazı Sözleşme Tiplerinde .....	18
1. Taşınmaz Satımı .....	18
2. Taşınır Malların Satımı .....	21
3. Diğer Satım Sözleşmeleri .....	27
4. Hizmet Sözleşmesi .....	30
5. Rekabet Yasağı Öngören Sözleşmeler .....	34
a) Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinden Sonrası İçin Öngörülen Rekabet Etme Yasağı .....	34
b) Ticareti Sınırlayan Rekabet Yasağı .....	37
IV. Aynen İfaya Hükmedilemeyecek Haller .....	39
A- Genel Olarak .....	39
B- Mahkemenin Borcun İfasını Sürekli Denetlenmesini Gerektiren Durumlar .....	40
C- Karşı Edimin İfasının Talep Edilmesinin Mümkün Olmadığı Haller .....	43
D- İmkânsızlık (Frustration / Impracticability) .....	44
1. Kavram .....	44
2. İmkânsızlığa yol açan sebepler bakımından yapılan ayrımlar .....	46
a) Fiili İmkânsızlık (Impossibility) .....	46
b) Hukuki İmkânsızlık (Illegality) .....	47
c) Sözleşmenin Amacının İmkânsızlaşması (Frustration of Purpose) .....	48
3. Kısmi İmkânsızlık .....	51
4. Geçici İmkânsızlık .....	52
E- Aşırı İfa Güçlüğü .....	53

§ 2. Türk Hukukunda ve Diğer Bazı Civil Law Ülkelerinde Aynen İfa Talebi.....	55
I. Giriş .....	55
II. Aynen İfa Talebi .....	57
A- Genel Olarak .....	57
B- Verme Borçlarında .....	59
1. Taşınır Mülkiyetinin Naklî Borçlarında .....	59
2. Taşınmaz Mülkiyetinin Naklî Borçlarında .....	61
3. Para Borçlarında .....	63
C- Yapma Borçlarında .....	63
1. Genel Olarak .....	63
2. İrade Beyanında Bulunma Borcu .....	70
a) Genel Olarak .....	70
b) İrade Beyanında Bulunma Borcu Doğuran Hâller .....	70
c) İrade Beyanında Bulunma Borcuna Aykırı Davranışın Sonuçları .....	73
aa) Genel Olarak .....	73
ab) Özel Olarak: Taşınmaz Satım Vaadi Sözleşmelerinde .....	74
D- Yapmama Borçlarında .....	78
1. Genel Olarak .....	78
2. Yapmama Borçlarında Borçlu Temerrüdü Hükümlerinin Uygulanması .....	85
E- Bazı Sözleşme Tiplerinde .....	88
1. Satım Sözleşmesi .....	88
a) Genel Olarak .....	88
b) Borçlu Temerrüdünde Aynen İfa Talebi .....	88
aa) Adi Satışlarda .....	89
ab) Ticari Satışlarda .....	92
ac) Taksitle Satışlarda .....	97
c) Ayıba Karşı Tekeffülde Aynen İfa Talebi .....	100
d) Zapta Karşı Tekeffülde Aynen İfa Talebi .....	110
e) Hasarın Geçmesi .....	112
2. Kira Sözleşmesi .....	116
3. Karz Sözleşmesi .....	121
4. Kefalet Sözleşmesi .....	122
5. Vekâlet Sözleşmesi .....	124
6. Eser Sözleşmesi .....	127
7. Hizmet Sözleşmesi .....	132
III. Aynen İfaya Hükmedilemeyecek Haller .....	138
A- İfanın Talep Edilmesinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Olduğu Haller .....	138
B- Sözleşme veya Kanun ile Tanınmış Başka Bir Hakkın Kullanılmış Olması .....	140
C- Bağımlı Yan Borçların İfasının Talep Edilememesi .....	142

D- Ödemezik Defi .....	142
E- İmkânsızlık .....	143
1. Genel Olarak .....	143
2. Geçici İmkânsızlık .....	157
a) Genel Olarak .....	157
b) Kesin Vadeli İşlemler Açısından Geçici İmkânsızlık .....	162
c) Sürekli Borç İlişkileri Açısından Geçici İmkansızlık .....	166
3. Kısmi İmkânsızlık .....	168
4. Farklı Edim Tipleri Açısından İmkânsızlık .....	174
a) Parça Borçlarında İmkansızlık .....	174
b) Çeşit Borçlarında İmkansızlık .....	175
c) Para Borçlarında İmkansızlık .....	177
d) Seçimlik Borçlarda İmkânsızlık .....	180
aa) Seçimlik Edimlerden Hepsinin İmkânsızlaşması .....	181
ab) Seçimlik Edimlerden Birinin İmkânsızlaşması .....	182
e) Yapmama Borçları .....	184
5. Kaim Değerin Alacaklıya Devri .....	186
F- Aşırı İfa Güçlüğü .....	192
SONUÇ .....	199
ÖZGEÇMİŞ .....	203

**KISALTMALAR**

1999/44 sayılı AT Yönergesi	:	1999/44/AT sayılı Tüketici Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi
ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri bkz. USA
AC	:	The Law Reports, Appeal Cases
AD	:	Adalet Dergisi
Batider	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
Birleşik Krallık	:	Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı
BK	:	Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	:	Bakınız
BM	:	Birleşmiş Milletler bkz. UN
c.	:	Cilt
Ch App	:	The Law Reports, Chancery Appeal Cases, 1865-1875
CISG	:	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“Milletlerarası Mal Satımına ilişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”)
Cir.	:	Circuit (Daire)
Co.	:	Corporation
dn.	:	Dipnotu
E.	:	Esas
ER	:	The English Reports (Reprint to 1865)
F. Supp./F. Supp. 2d	:	Federal Supplement
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	:	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İİK	:	İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFEM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
KB	:	The Law Reports, King's Bench
m.	:	Madde
MHAD	:	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
no	:	Numara
PECL	:	Principles of European Contract Law (“Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri”)
PICC	:	Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004 (“Milletlerarası Ticari Sözleşmelere ilişkin İlkeler”)
QB	:	The Law Reports, Queen's Bench
RG	:	Resmî Gazete

s.	:	Sayfa
sy.	:	Sayı
t.	:	Tarih
Tasarı	:	Borçlar Kanunu Tasarısı
TasTKHK	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Taslağı
TKHK	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
UN	:	United Nations bkz. BM
UNIDROIT	:	International Institute for the Unification of Private Law
USA	:	United States of America bkz. ABD
v.	:	versus
vd.	:	ve devamı
vol.	:	Volume
WLR	:	The Weekly Law Reports [İngiltere]



## KAYNAKÇA

- Akıntürk* : **Akıntürk, Turgut**, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966
- Akıpek, c. I* : **Akıpek, Jale**, Türk Eşya Hukuku, I. Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara, 1972
- Akıpek, c.II* : **Akıpek, Jale**, Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mülkiyet, Ankara, 1971
- Akkanat* : **Akkanat, Halil**, Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar, İstanbul, 1996
- Altaş* : **Altaş, Hüseyin**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı İfa İmkânsızlığı (BK m. 117), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1991
- Altay* : **Altay, Sabah**; Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul, 2008
- Altunkaya* : **Altunkaya, Mehmet**, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005
- Anson/ Beatson* : **Anson, Sir William Reynell; Beatson, J.**, Anson's Law of Contract, New York 2002
- Aral* : **Aral, Fahrettin**, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007
- Arbek* : **Arbek, Ömer**; Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara, 2005
- Aslan* : **Aslan, İ. Yılmaz**, Tüketici Hukuku, İstanbul, 2006
- Atamer, CISG* : **Atamer, Yeşim M.**, Uluslararası Satım sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005
- Atamer, Hasar* : **Atamer, Yeşim M.**, “Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikal Anı”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, 131-167
- Atamer, Tüketici* : **Atamer, Yeşim M.**, “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri”, Batider c. XXIV, sy. 1, s. 81-106
- Atiyah, Contract* : **Atiyah, P.S.**, A Introduction to the Law of Contract, New York 1995

- Aybay, Kira* : **Aybay, Aydın**, İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiracıların Korunması, İstanbul, 1974
- Barlas, Kredi Kartı* : **Barlas, Nami**, “*Kredi Kartı İlişkilerinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi*”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 937
- Barlas, Para Borcu* : **Barlas, Nami**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992
- Başpınar, Kısmi Butlan* : **Başpınar, Veysel**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998
- Başpınar, Vekil* : **Başpınar, Veysel**, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2004
- Baysal Erman* : **Baysal Erman, Başak Z.**, Zaman İçerisinde Değişen Koşulların Hukuki İşleme Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007
- Beale/ Hartkamp/ Kötz/ Tallon* : **Beale, Hugh; Hartkamp, Artur; Kötz, Hein; Tallon, Denis**, Contract Law, Oxford, 2002
- Bell/ Boyron/ Whittaker* : **Bell, John; Boyron, Sophie; Whittaker, Simon**, Principles of French Law, Oxford, 1998
- Berkin* : **Berkin, Necmettin M.**, “*İngiltere’de Cebrî İcra ve Hukuki Sorumluluk*”, Kubalı’ya Armağan, İstanbul Üniversitesi MHAD, y. 8, s. 11, 1974, 539-561
- Bianca/ Grundmann/ Stijns* : **Bianca, Massimo C./ Grundmann, Stefan/ Stijns, Sophie (trad. par Ludovic Bernardeau)**, La Directive Communautaire sur la Vente, Paris, 2004
- Blacks Law Dictionary* : **Garner, Bryan**; Black’s Law Dictionary, 8th Edition, St. Paul, Minn., 2004
- Boghossian* : **Boghossian, Nayiri**, “*A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000), 3-78
- Bucher* : **Bucher, Eugen**, Chapter 8 Law of Contracts. Retrieved December 14, 2006  
[http://www.eugenbucher.ch/pdf\\_files/86.pdf](http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/86.pdf)
- Buckland/ McNair* : **Buckland, William; McNair, Arnold**; Roman Law & Common Law: a Comparison in Outline, Holmes

- Beach, 1997
- Burrows* : **Burrows, Andrew**, Remedies for Torts and Breach of Contract, New York 2004
- Buz, Dönme* : **Buz, Vedat**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998
- Buz, Takas* : **Buz, Vedat**, “Takas Beyanının Geriye Etkisi Üzerine”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 229
- Buz, Yenilik Doğuran Haklar* : **Buz, Vedat**, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005
- Calamari/ Perillo* : **Perillo, Foseph M.**, Calamari and Perillo on Contracts, St. Paul, Minn., 2003
- Cashin-Ritaine (Baysal)* : **Cashin-Ritaine, Eleanor**, “Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman - Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar”, (Çeviren: Başak Baysal), İÜHFM, İstanbul, c.63, s.1-2, 2005, s.321-342
- Chitty on Contracts, General* : **Chitty, Joseph; Beale, Hugh**, Chitty on Contracts: General Principles, London, 2004
- Curti (Azak)* : **Curti, Arthur (Çeviren: Necdet Azak)** “İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik bir Bakış”, İÜHFM, c. 3, y. 3, 1937, 295-310
- Çakırca* : **Çakırca, İrem**, “Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi”, İÜHFM, İstanbul, c.65, s.1, 2007, 177 - 205
- Çenberci* : **Çenberci, Mustafa**, Taşınmaz Satış Vaadi, Ankara, 1986
- Çetiner* : **Çetiner, Bilgehan**, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile BM Satım Hukuku’nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi”, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul, c. 5, s. 58, 2007, 3139 – 3152
- Dawson* : **Dawson, John P.**, “Specific Performance in France and Germany”, Michigan Law Review, 1959, No.4, 495
- Doğan* : **Doğan, Gül**, Önsözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul, 2006
- Dural, İmkânsızlık* : **Dural, Mustafa**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul, 1976
- Dural, Yapmama* : **Dural, Mustafa**, “Akitten Doğan Yapmama

- Borçları*”, MHAD, y.4, s. 6, 1970, 7-22
- Dural/ Sarı* : **Dural, Mustafa; Sarı, Suat**, Türk Özel Hukuku c. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2006
- Eisenberg* : **Eisenberg, Melvin A.**, “*Actual And Virtual Specific Performance, The Theory Of Efficient Breach, And The Indifference Principle In Contract Law*”, California Law Review, N.93, 975
- Elçin Grassinger, Kasa Kirası* : **Grassinger, Elçin**, “*Kasa Kirası Sözleşmesi*”, Halit Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996
- Elçin Grassinger, Kefalet* : **Elçin Grassinger, Gülçin**, Borçlar Hukuku’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul, 1996
- Elçin Grassinger, Yabancı Para* : **Grassinger, Elçin**, “*BK md. 83 Hükmüne Göre Yabancı Para Borcuna İlişkin Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000
- Elgar Encyclopedia* : **Smits, Jan M.**, Elgar Encyclopedia Of Comparative Law, Cheltenham, UK, 2006
- Erdem* : **Erdem, Ercüment**, “*Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Vienna Satım Sözleşmesi)*”, Batider, Ankara, c. 16, s. 3, 1992, 36
- Eren* : **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, 2006
- Ergüne, Aynen Tazmin* : **Ergüne, Mehmet Serkan**, “*Alman Hukukunda Aynen Tazminin Önceliği İlkesinin Yumuşatıldığı Hallere Genel Bir Bakış*”, İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, c. 5, s. 1-2, 2006, 31- 47
- Ergüne, İmkânsızlık* : **Ergüne, Mehmet Serkan**, “*Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları*”, İÜHFM, İstanbul, c. 62, s. 1-2, 2004
- Erlüle* : **Erlüle, Fulya**, “*Tüketim Mallarının Satım Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 418-434
- Erman, Akit Serbestisi* : **Erman, Hasan**, “*Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*”, İÜHFM c.38, sy.1-4, s. 601-620

- Erman, İstisna Sözleşmesi* : **Erman, Hasan**, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK m.365/2), İstanbul 1979
- Farnsworth/ Young/ Sanger* : **Farnsworth, Edward Allan; Young, William F.; Sanger, Carol**, Contracts: Cases and Materials, New York, 2001
- Feyzioğlu, c.1* : **Feyzioğlu, Feyzi Necmettin**, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) C. 1, 2.Bası İstanbul 1977
- Feyzioğlu, c.2* : **Feyzioğlu, Feyzi Necmettin**, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. 2, 4.Bası, İstanbul, 1980
- Fry* : **Fry, Edward**; A Treatise of Specific Performance of Contracts, London, 1892
- Goldstein* : **Goldstein, Jordan A.**, “*The Efficiency Of Specific Performance In Stock-For-Stock Mergers*” Del. J. Corp. L., No. 29, 747
- Gökyayla* : **Gökyayla, K. Emre**, “*Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu*” Galatasary Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, sy. 1/2002, s. 785-803
- Gülekli* : **Gülekli, Yeşim**, “*Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması hâlinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi*”, MHAD, s. 18, 1990, s.43-69
- Gümüş* : **Gümüş, Alper**, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001
- Harris* : **Harris, Donald**, Remedies in Contract and Tort, London, 1988
- Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel* : **Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku – Özel Bölümü, İstanbul, 1992
- Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Eşya* : **Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991
- Helvacı* : **Helvacı, Serap**, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1993
- Ibbetson* : **Ibbetson, David**, A Historical Introduction to the Law of Obligations, New York 2001
- İnal* : **İnal, Tamer**, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul, 2004

- İnceoğlu,* : **İnceoğlu, Mehmet Murat,** “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 5. maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 391- 429
- İnceoğlu, Taksitle Satım* : **İnceoğlu, Mehmet Murat,** Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul, 1998
- Kaniti, Mahkeme Kararları Kroniği:* **Kaniti, Salamon,** “Mahkeme Kararları Kroniği”, İÜHFİM, İstanbul, c.29, s. 4, 1964, 1201 - 1223
- Kaniti, Akdin İfa Edilmediği Def’i :* **Kaniti, Salamon,** Akdin İfa Edilmediği Def’i, İstanbul 1962
- Karagöz* : **Karagöz, Veli,** İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006
- Karahasan, Borçlar Özel, c.1* : **Karahasan, Mustafa Reşit,** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c.1, İstanbul 2002
- Karayalçın, Trust* : **Karayalçın, Yaşar;** “İngiliz Hukukunda Trust ve Avrupa Hukuku”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, 651-687
- Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar* : **Kocayusufpaşaoğlu, Necip, (Serozan, Rona / Hatemi, Hüseyin / Arpacı, Abdülkadir),** Borçlar Hukuku- Genel Bölüm, C. 1, İstanbul, 2008
- Kocayusufpaşaoğlu, İş Akdinin Feshi* : **Kocayusufpaşaoğlu, Necip,** “Kitap Tanıtımı: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre İş Akdinin Feshi”, İBD, İstanbul, c. 29, s. 8, 1955, 391-396
- Kocayusufpaşaoğlu, İşlem Temeli* : **Kocayusufpaşaoğlu, Necip,** “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?” Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 503- 514
- Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi* : **Kocayusufpaşaoğlu, Necip,** Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Satış Vaadi, İstanbul, 1959
- Kronman* : **Kronman, Anthony T.,** “Specific Performance”, The University of Chicago Law Review, C. 45/No.2 (Kış 1978), 351
- Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıtan/ İpek/ Yaşar/ Koç* : **Kuntalp, Erden; Barlas, Nami; Ayanoğlu Morali, Ahu; Çavuşoğlu Işıtan, Pelin; İpek, Mehtap; Yaşar, Mert; Koç, Sedef,** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005
- Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra* : **Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder,** İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2007

- Markesinis/ Unberath/ Johnston* : **Markesinis, Basil; Unberath, Hannes; Johnston, Angus**, The German Law of Contract: A Comparative Treatise, Oxford, 2006
- McBryde* : **McBryde, William**, The Law of Contract in Scotland, Edinburg, 1987
- McKendrick, Contract* : **McKendrick, Ewan**; Contract Law: Text, Cases and Materials, New York 2005
- Micklitz* : **Micklitz, Hans W**, “Sale of Consumer Goods”, in Micklitz, Hans W./ Reich Norbert, The Basics of European Consumer Law, s. 199
- Modern Equity* : **Hanbury, Harold; Mauldsley, Ronald; Martin, Jill**, Modern Equity, London, 1989
- Murray* : **Murray Jr., John Edward**, Murray on Contracts, New Jersey 2001
- O’Sullivan/ Hilliard* : **O’Sullivan, Janet; Hilliard, Jonathan**, The Law of Contract, Oxford, 2004
- Oğuz* : **Oğuz, Arzu**, Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin, Ankara 2003
- Oğuzman, İş Akdinin Feshi* : **Oğuzman, Kemal**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre İş Akdinin Feshi, İstanbul, 1955
- Oğuzman/ Barlas* : **Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami**, Medeni Hukuk Giriş – Kaynaklar- Temel Kavramlar, 9.Bası, İstanbul, 2002
- Oğuzman/ Öz* : **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2005
- Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir* : **Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe**, Eşya Hukuku, İstanbul 2006
- Okutan- Nilsson* : **Okutan-Nilsson, Gül**, Anonim Ortaklıklarda Payscaleleri Sözleşmeleri, İstanbul, 2004
- Olgaç/ Karahasan* : **Olgaç, Senai; Karahasan, Mustafa Reşit**, Gayrimenkullerin Akit Esasına Dayanan İktisap ve Tescilleri, İstanbul 1964
- Oser/ Schönerberger (Seçkin)* : **Oser, H.; Schönerberger, W.**; Borçlar Hukuku, 2. Bası, (Çeviren: Recai Seçkin), Ankara, 1947
- Öz, Eser Sözleşmesi* : **Öz, Turgut**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi: Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte, İstanbul, 1989
- Özen, Kefalet* : **Özen, Burak**, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2008

- Parry, İngiliz Hukuku* : **Parry, Clive**, “*İngiliz Hukuk Sistemi*” (Çeviren: Fadıl Sur) AÜHF c.1 sy. 3 (1944) s. 442-458
- Pekcanitez/ Atay/ Özekes* : **Pekcanitez, Hakan; Atay, Oğuz; Özekes, Muhammet**, Medeni Usûl Hukuku, Ankara, 2007
- Pekcanitez/ Atay/ Sungurtekin-Özkan/ Özekes* : **Pekcanitez, Hakan; Atay, Oğuz; Sungurtekin-Özkan, Meral; Özekes, Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2007
- Pichonnaz* : **Pichonnaz, Pascal**, Impossibilité et Exorbitance, Edition Universitaires Fribourg Suisse, 1997
- Rado* : **Rado, Türkan**, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1997
- Reisoğlu, Borçlar* : **Reisoğlu, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006
- Reisoğlu, Kefalet* : **Reisoğlu, Seza**, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara, 1992
- Restatement (Second)* : Restatement of the Law, Second -- Contracts 2d, as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C. 17 May 1979, St. Paul, Minn., 1981
- Rimke* : **Rimke, Joern**, “*Force Majeure And Hardship: Application In International Trade Practice With Specific Regard To The CISG And The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts*” Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000) s. 197-243
- Schlechtriem/ Schwenger* : **Schlechtriem, Peter; Schwenger, Ingeborg**, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford, 2005
- Schwartz* : **Schwartz, Alan**, “The Case for Specific Performance”, The Yale Law Journal, C.89/No.2 (Aralık 1979), 271 – 301
- Schwarz, Akit* : **Schwarz, Andreas**, “*Harbin Hususi Akitlere Etkisi*” Adliye Ceridesi, y. 35 (1944) sy. 2 s. 186-202
- Schwarz, İngiliz Hukuku* : **Schwarz, Andreas**, “*İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk*”, (Çeviren: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu), İÜHF, y.3 (1937) c.2, s. 215-236
- Seliçi, Kesin Vade* : **Seliçi, Özer**, “*Kesin Vadeli İşlemler*”, MHAD, y.2, s. 3, 1968, 92-107
- Seliçi, Seçimlik Borç* : **Seliçi, Özer**, “*Seçimlik Borçların İfası*”, İstanbul hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXIV, S. 1-4,



- İstanbul, 1969
- Seliçi, Sürekli Borç* : **Seliçi, Özer**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977
- Serozan, Bağımsız Borç İlişkisi* : **Serozan, Rona**, “*Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi*” MHAD Y.2 Sy.3 (1968)
- Serozan, Borçlar Genel* : **Serozan, Rona (Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Arpacı, Abdülkadir)**, Borçlar Hukuku- Genel Bölüm, C. 3, İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006
- Serozan, Borçlar Özel* : **Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 2002
- Serozan, Dönme* : **Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007
- Serozan, Edimler Arası Dengesizlik:* **Serozan, Rona**, “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1013-1030
- Serozan, İmkânsızlık* : **Serozan, Rona**, “*Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkânsızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması*”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, c.II, İstanbul, 2007
- Serozan, Medeni* : **Serozan, Rona**, Medeni Hukuk Genel Bölüm, İstanbul, 2005
- Serozan, Parça Borcu* : **Serozan, Rona**, “*Parça Borcu – Çeşit Borcu: Aşılması Gerekli Bir Ayrım*”, MHAD, İstanbul, y. 3, s. 5, 1969, 212-238
- Serozan, Sözleşmenin Müspet İhlali:* **Serozan, Rona**, “*Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo*” İÜHFY Y. 15 Sy.18 (1989-1990)
- Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri* : **Serozan, Rona**, “*Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)*”, İÜHFY, İstanbul, c. 58, s.1-2, 2000
- Sharpe* : **Sharpe, R**, Injunctions and Specific Performance, Toronto, 1983

- Smith, Contract Theory* : **Smith, Stephen A.**, Contract Theory, New York 2004
- Smith, Performance* : **Smith, Stephen A.**, “Performance, Punishment and the Nature of the Contractual Obligation”, The Modern Law Review, Vol. 60, No. 3 (May 1997) s. 360-377
- Soyer* : **Soyer, Polat**, Rekabet Yasası Sözleşmesi (BK m.348-352), Ankara 1994
- Sungurbey, Şerh* : **Sungurbey, İsmet**, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul, 1963
- Şahiniz* : **Şahiniz, Salih**, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, İstanbul, 2008
- Şahlanan* : **Şahlanan, Fevzi**, “Rekabet Yasası Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sonuçları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 11. Yıl Toplantısı, İstanbul 2008, s.71-89
- Şenocak* : **Şenocak, Zarife**; Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002
- Tandoğan, c.I/I* : **Tandoğan, Haluk**, I. Kitap: Borçlar Hukuku –Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, Ankara 1990
- Tandoğan, c.I/II* : **Tandoğan, Haluk**, II. Kitap: Borçlar Hukuku –Özel Borç İlişkileri, C. 1/2, Ankara 1992
- Tandoğan, c.II* : **Tandoğan, Haluk**, III. Kitap: Borçlar Hukuku –Özel Borç İlişkileri, C. 2, Ankara 1989
- Tandoğan, Mesuliyet* : **Tandoğan, Haluk**, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961
- Tekinay, Aynen İfa* : **Tekinay, S. Sulhi**, “Boçlunun Aynen İfaya veya Tazminat Ödemeye Zorlanması”, Kubalı’ya Armağan, MHAD, y.8, s. 11, 1974, 421-436
- Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar* : **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993
- Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya* : **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, Tekinay Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul, 1989
- Tercier, Les Contrats Spéciaux* : **Tercier, Pierre**, Les Contrats Spéciaux, Zürich 2003
- Tercier, Obligations* : **Tercier, Pierre**, Le Droit des Obligations, Zürich 1999
- Tiryaki* : **Tiryaki, Betül**, Tüketicinin Korunması Hukuku

- Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara, 2007
- Treitel, Contract* : **Treitel, Sir Guenter**, The Law of Contract, London 2003
- Treitel, Outline* : **Treitel, Sir Guenter**, An Outline of the Law of Contract, London 2004
- Treitel, Remedies* : **Treitel, Sir Guenter**, Remedies for Breach of Contract, Oxford 1988
- Tunçomağ, Alman Hukukunda Aşırı Güçlük* : **Tunçomağ, Kenan**, “Alman Hukukunda *Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler*”, İÜHFM, c.32, S.2-4, 1967, 884-905
- Tunçomağ, Aşırı Güçlük* : **Tunçomağ, Kenan**, “*Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı*”, MHAD, y. 1, s. 1, 1967, 87-108
- Tunçomağ, c. I* : **Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, c. 1 (Genel hükümler), İstanbul, 1976
- Tunçomağ, c. II* : **Tunçomağ, Kenan**, Borçlar Hukuku, c. 2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977
- Uçar* : **Uçar, Ayhan**; İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003
- Ulen* : **Ulen, Thomas**, “*The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedy*” Michigan Law Review, 83, November 1984, s. 341
- Umar* : **Umar, Bilge**, “Borçluya İsnat Olunamayan İmkânsızlık Sebebiyle Âdemi İfa”, Adalet Dergisi, 1961, s. 963-982
- Umur* : **Umur, Ziya**, Roma Hukuku, İstanbul 1984
- Uşan* : **Uşan, Fatih**, İş Hukukunda İş Sırının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003
- Uygur, c.3* : **Uygur, Turgut**, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, c. 3, Ankara, 2003
- Üstündağ, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı* : **Üstündağ, Saim**, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, 1967
- von Tuhr (Edege)* : **von Tuhr, Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, İstanbul 1952 (Çeviren: C. Edege); Yargıtay Yayını No. 15,C.1-2, Ankara 1983

- Welser/ Welser* : **Welser, Rudolf; Welser, Irene**, “*Legal Remedies in Breach of Contract by the Seller under CISG*”, İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, c. 5, s. 1-2, 2006, 125- 143
- Wendtland (Aksu)* : **Wendtland, Holger**, “*Yeni Alman Borçlar Hukuku*”, (Çev. Mustafa Aksu), Prof. Dr. Ergun Özsünay’a Armağan, İstanbul, 2004, 353-366
- Worthington* : **Worthington, Sarah**, *Equity*, Oxford, 2003
- Yavuz, Ayıp* : **Yavuz, Cevdet**, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından: Satıcının Satılanın (malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989
- Yavuz, Borçlar Özel* : **Yavuz, Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz- Burak Özen- Faruk Acar, İstanbul, 2007
- Yetiş-Şamlı* : **Yetiş-Şamlı, Kübra**, “*Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali*”, İÜHFİM, İstanbul, c. 65, s.1, 2007, 303-349
- Yorio* : **Yorio, Edward**, *Contract Enforcement – Specific Performance and Injunctions*, USA, 1989
- Zevkliler/ Havutçu* : **Zevkliler, Aydın, Havutçu, Ayşe**; *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Ankara, 2007
- Zimmerman, Roman Law* : **Zimmermann, Reinhard**, “*Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe*”, *Towards a European Civil Code*, 2004, s. 21-42
- Zimmermann, Breach of Contract* : **Zimmermann, Reinhard**, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, Roma, 2002
- Zimmermann, Law of Obligations* : **Zimmermann, Reinhard**, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996
- Zweigert/ Kötz (Weir)* : **Zweigert, Konrad; Kötz, Hein**, *Introduction to Comparative Law*, (Çeviren: Tony Weir), New York 1998

## MAHKEME KARARLARI

### Common Law Mahkeme Kararları

Aluminum Corp of America v. Essex Group Inc. 499 F. Supp. 53 (1980)	: § 1 IV D 2 c
Autry v. Republic Productions, 30 Cal.2d. 144, 180 P.2d 888 (1947)	: § 1 IV E
Bailey v. King, 240 Ark. 245, 398 W.2d 906 (1966)	: § 1 III B 5 a
Beckmann v. Vassal-Dillworth Lincoln-Mercury, Inc. 468, A. 2d. 784 (1983)	: § 1 III B 2
Behnke v. Bede Shipping Co Ltd. 1 KB 649 (1927)	: § 1 III B 2
Benziger v. Steinhauer; Federal Jurisdiction (1909)	: § 1 III B 3
Bettini v. Gye, 1 Q.B.D. 183 (1876)	: § 1 IV D 4
Bishop v. Lakeland Animal Hospital 268 III. App.3d. 114,205 (1994)	: § 1 III B 5 a
Boeving v. Vandover, 240, Mo. App. 117, 218, S.W.2d. 175 (1949)	: § 1 III B 2
Castle v. Wilkinson 5 Ch App 534 (1870)	: § 1 IV D 2 a
Centex Homes Corp v. Boag, 128 N.J. Super. 358, 393, 320, A. 2d. 194, 198 (1974)	: § 1 III B 1
Chaulk v. Fairview Constr. Ltd. 14 Nfld & PEIR 13, 3, RPR 116 Nfld. CA (1977)	: § 1 III B 2
Co-operation Insurance Society Ltd. v. Argyll Stones (Holdings) Ltd AC 1 (1998)	: § 1 IV C
Cricklewood Property & Investment Trust Ltd. v. Leightons Investment Trust Ltd. AC 221 (1945)	: § 1 IV D 2 c
Cud v. Rutter 1 P Wms 570 (1720)	: § 1 III B 3
Cumbest v. Harris Supreme Court of Mississippi, 363 So. 2d 294 (1978)	: § 1 III B 2
Dallas Cowboys Football Club v. Harris, 348 W.2d 37 (1961)	: § 1 III B 4; § 1 III B 5 a
Daly v. Smith, 49 How. Pr. 150, NY Super. (1874)	: § 1 III B 4
Demors v. Conart Motors Sales, Inc. 149 Ohio St. 299, 78 N.E. 2d. 675 (1948)	: § 1 III B 2
Denny, Mott & Dickson v. James B. Fraser & Co Ltd. AC 265 (1944)	: § 1 IV D 2 c
Duff v. Russell, 133 NY 678, 31 NE 622 (1892)	: § 1 III B 4
Eastern Lines, Inc. v. Gulf Air Oil Corp. Southern Dist FL (1975)	: § 1 III B 2
Ertel Bieber and Co. v. Rio Tinto Co Ltd AC 260 (1918)	: § 1 IV D 2 c
Ferguson v. Wilson [1866] 2 Ch App 77; Wroth v. Tyler Ch 30 (1974)	: § 1 IV D 2 c
Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. AC 32 (1943)	: § 1 IV D 2 c
Frierson v. Sheppard Building Supply, 247, Miss 157 (1963)	: § 1 III B 5 a
Giannini v. First National Bank of Des Plaines, 136 III. App. 3d 971, 979-980, 438 N.E. 2d 924, 932 (1935)	: § 1 IV D 2 c
Haywood v. Cope 35 Beav. 140 (1858)	: § 1 IV E
Herne Bay Strem Boat Company v. Hutton 2 KB 683 (1903)	: § 1 IV D 2 c
Hirji Mulji v. Cheong Yue SS Co Ltd AC 497 (1926)	: § 1 IV D 2 c
Houston Oilers Inc. v. Neely, 385 US 840 (1966)	: § 1 III B 4
Hyde v. Dean of Windsor, Cro. Eliz. 552.	: § 1 IV D 1
In re IBP, Inc., 789 A.2d 14 Del. Ch. (2001)	: § 1 III B 3

Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd LR 10 CP 125 (1874)	: § 1 IV D 2 b
Justus v. Clelland, 651 P.2d 1206, 1208 Ariz. Ct. App. (1982)	: § 1 III B 1
Kaiser Trading Co. v. Associated Metals & Minerals Corp., 321 F. Supp. 923 N.D. Cal. (1970)	: § 1 III B 2
Kimsey Cotton Co. Inc. v. Ferguson, 233, Ga, 962, 214, S.E.2d. 360 (1975)	: § 1 III B 2
Krell v. Henry 2 KB 740 (1903)	: § 1 IV D 2 c
Laclede Gas Company v. Amoco Oil Company U. Ct. of App. (1975)	: § 1 III B 2
Leasco v. Taussig, 473 F.2d 777, 2. Cir. (1972)	: § 1 III B 3
London Bucket Co. v. Stewart 237 W.2d 509 Ky. (1951)	: § 1 IV B
Loveless v. Diehl, 235 Ark. 805 364 W.2d 317 (1962)	: § 1 III B 1
Lumley v. Wager 1 De D.M. & G. 604 (1852)	: § 1 III B 4
Madison Square Garden Boxing Inc. v. Shavers, 434 F. Supp. 449, 452 n.11 SDNY (1977)	: § 1 III B 4
Mary Clark, 1 Blackf. 122 Ind. (1821)	: § 1 III B 4
MCA Records Inc v. Newton-John, 90 Cal. App. 3d 18, 153 Cal Rptr. 153 2d Dist. (1979)	: § 1 III B 4
McCaull v. Braham, 16 F, 37 CCSDNY (1883)	: § 1 III B 4
Medcom Holding v. Baxter Travenol Lab, 984 F. 2d 223 7. Cirt. (1993)	: § 1 III B 3
Mitchell-Huntley Cotton Co, Inc. v. Waldrep, 377 F. Supp. 1215 N.D. Ala. (1975)	: § 1 III B 2
Mo. Hous. Dev. Comm'n v. Brice, WL 142978 (1988)	: § 1 IV D 1
Mountford v. Scott Ch. 258, 265 (1975)	: § 1 IV E
National Carries Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd. A.C. 675 (1981)	: § 1 IV D 2 c
Nike Int'l, Ltd. v. Athletic Sales, Inc., 689 F. Supp. 1235 D.P.R. (1988)	: § 1 IV D 1
Paradine v. Jane (1647), Aley 26, 82 ER 897, (1647)	: § 1 IV D 1
Patel v. Ali Ch 283 (1984)	: § 1 IV E
Philadelphia Ball Club v. Lajoie, 202 Pa. 210, 217, 51 A. (1973)	: § 1 III B 4
Post v. Merrill, Lynch, Fierce, Fenner & Smith, 48 N.Y.2d. 84, 421, NYS 2d. 847 (1979)	: § 1 III B 5 a
Poussard v. Spiers & Pond, 1 Q.B:D. 410 (1876)	: § 1 IV D 4
Prince v. Stange Ch 337, 367-368 (1978)	: § 1 IV C
Pusey v. Pusey, 23 Eng. Rep. 465 (1684)	: § 1 III B 2
Rainbow Estates Ltd. v. Tokenhold Ltd. 2 All ER 860 (1998)	: § 1 IV C
Republican Printing Co. v. Channel 17, Inc. , 533 F. Supp. 601, 621 W.D. Mo. (1981)	: § 1 III B 4
Ruddock v. First Nat. Bank 201 III. App.3d 907, 147 III.Dec. 310, 559 N.E.2d 483 III App. 2 Dist. (1990)	: § 1 III B 2
Semelhago v. Paramadevan, 2 C.R. 415 (1996)	: § 1 III B 1
Sky Petroleum Ltd. v. VIP Petroleum Ltd. 1 WLR 576 (1974)	: § 1 III A
Suchan v. Rutherford, 90, Idaho 288, 296, 410, P.2d 434, 438 (1966)	: § 1 III B 1
Taylor v. Caldwell 3 B&S 826 (1863)	: § 1 IV D 1; § 1 IV D 2 a; § 1 IV D 3
The Nema AC 724 (1982)	: § 1 IV D 4
Thorn v. Public Works Comrs 32 Beav 490 (1863)	: § 1 III B 2
United States v. Verdugo-Urquidez, 939 F.2d 1341, 1362 9th Cir. (1991)	: § 1 IV D 2 1

Warmington v. Miller QB 877 (1973)	: § 1 IV D 2 b
Warner Brothers Pictures, Inc v. Nelson 1 KB 209 (1937)	: § 1 III B 4; § 2 II D 2; § 2 II E 7
Watts v. Spence Ch 165 (1976)	: § 1 IV D 2 b
Weathersby v. Gore, 556, F.2d. 1247, 8th Circuit (1977)	: § 1 III B 2

### Civil Law Kararları

Civ. (1) 24.02.1981, D. 1982 (Fransa)	: § 2 III E 2 a
Cass. Civ. 17.11.1984 (Fransa)	: § 2 III A
Anayasa Mahkemesi'nin 28.2.2008 tarihli 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı kararı	: § 2 II D 1
Danıştay 9. Daire 23.5.1986 tarihli 1957 E. 1931 K. kararı	: § 2 II C 2 c aa
Yargıtay 1. HD 10.1.1963 tarihli 3581 E. 3609 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay 1. HD 15.5.1964 tarihli 3378 E. 2856 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay 1. HD 25.6.1984 tarihli 6602 E. ve 7623 E. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay 1. HD. 16.4.1954 tarihli ve 7256 E. 3406 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay 1. HD. 2.6.1956 tarihli ve 956-4281 E. 3383 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay 1. HD. 9.3.1954 tarihli ve 9369 E. 2193 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay 3. HD 4.6.1998 tarihli 1857 E: ve 6257 K. sayılı kararı	: § 2 II E 5
Yargıtay 4. HD 5.5.1960 tarihli 50/7305 E ve 4490 K. sayılı kararı	: § 2 II C 1
Yargıtay 4. HD. 18.4.1961 tarihli 960/7605 E. ve 3686 K. sayılı kararı	: § 2 III E 5
Yargıtay 6. HD 24.4.1980 tarihli 1076 E. ve 4101 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 b
Yargıtay 9. HD. 8.6.2004 tarihli 18581 E: ve 14299 K. sayılı kararı	: § 2 II E 7
Yargıtay 11. HD. 12.3.2004 tarihli, 2006 E. ve 2467 K. sayılı kararı	: § 2 II E 1 b ac
Yargıtay 12 HD 01.03.2002 tarihli, 2885 E. ve 4259 K. sayılı kararı	: § 2 II B 1
Yargıtay 12. HD. 18.6.2001 tarihli, 9865 E. ve 10849 K. sayılı kararı	: § 2 II E 1 b ac
Yargıtay 13. HD 0.3.1987 tarihli 1024 E. ve 1335 K. sayılı kararı	: § 2 II C 1
Yargıtay 13. HD 14.11.2005 tarihli 9205 E. ve 16840 K. kararı	: § 2 II A
Yargıtay 13. HD 27.6.1981 tarihli 3483 E. ve 4055 K. sayılı kararı	: § 2 II C 1
Yargıtay 13. HD 25.1.1993 tarihli 1992/8546 E. ve 1993/348 K. sayılı kararı	: § 2 III E 1
Yargıtay 13. HD. 25.10.2004 tarihli 5874 E. ve 15382 K. sayılı kararı	: § 2 III E 1
Yargıtay 13. HD. 6.4.1995 tarihli 3569 E: ve 3453 K. sayılı kararı	: § 2 II E 1 d
Yargıtay 14. HD 27.11.1989 tarihli 7198 E. ve 9982 K. kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay 14. HD. 22.12.1980 tarihli ve 4882 E. 6335 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay 15. HD 11.4.2002 tarihli 38 E. ve 1749 K. sayılı kararı	: § 2 II C 1
Yargıtay 15. HD 19.6.1996 tarihli 3158 E. ve 3503 K. sayılı kararı	: § 2 II C 1
Yargıtay 15. HD 13.10.1994 tarihli 414 E. ve 5816 K. sayılı kararı	: § 2 II A
Yargıtay 15. HD 27.01.1981 tarihli, 117 E. ve 137 K. numaralı kararı	: § 2 III D
Yargıtay 15. HD 4.7.2004 tarihli 2951 E. ve 3735 K. sayılı kararı	: § 2 II C 1
Yargıtay 15. HD 5.7.1991 tarihli 761 E. ve 3514 K. sayılı kararı	: § 2 II A
Yargıtay 15. HD 9.5.1980 tarihli 1204 E. ve 1218 K. sayılı kararı	: § 2 II C 1
Yargıtay 15. HD, 2.6.2004 tarih, 2003/6445 E. ve 2004/3081 K. sayılı kararı	: § 2 III E 1
Yargıtay HGK 14.2.1996 tarihli 14-963 E. 69 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay HGK 18.11.1998 tarihli 13-815 E. ve 835 K. sayılı kararı	: § 2 III F

Yargıtay HGK 19.2.1997 tarihli 11-762 E. ve 77 K. sayılı kararı	: § 2 III F
Yargıtay HGK 22.6.2005 tarihli, 4-309 E. ve 391 K. sayılı kararı	: § 2 II E 1 c
Yargıtay HGK 6.7.1977 tarihli 6-535 E. 701 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay HGK 9.12.2004 tarihli 14-610 E. 656 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay HGK. 4.5.1959 tarihli 32 E. ve. 28 K. sayılı kararı	: § 2 III E 2 a
Yargıtay İBGK 25.10.1971 tarihli ve 1 E. 2 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab
Yargıtay İBGK 30.09.1988 tarihli 2 E. ve 2 K. sayılı kararı	: § 2 II C 2 c ab



## GİRİŞ

Sözleşmeye aykırılık hukuku Borçlar Hukukunda uyuşmazlıkların en sık karşılaşıldığı alan olmasına karşın, bu konuya hukuk sistemlerinin yaklaşımları arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Hemen tüm hukuk sistemlerinde sözleşmeye aykırılık halinde borçluya karşı uygulanabilecek olan yaptırımlar, aynen ifa, sözleşmeden dönme ve tazminat olarak karşımıza çıkmakta ise de, hangi hallerde hangi yaptırımın uygulanması gerektiği konusunda temel yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. Bu yaptırımlar arasında aynen ifanın karşılaştırmalı hukuk açısından özel bir önemi bulunmaktadır. Zira *common law* ve *civil law* sistemleri arasındaki en temel farklılık aynen ifanın uygulanması aşamasındadır. Kaldı ki *common law* sisteminin ifa engellerine yaklaşımı günümüzde gerek hukuk uyumlaştırılması sürecine, gerekse de çeşitli ülkelerde yaşanan borçlar hukuku reform hareketlerine ilham vermiştir. Bu nedenlerle, aynen ifa talebi karşılaştırmalı hukuk açısından ele alınmasında fayda görülmüştür.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde *common law* sisteminde ifa talebi incelenecektir. Öncelikle *common law* sisteminin aynen ifa talebine ilişkin farklı yaklaşımının daha iyi anlaşılabilmesi açısından aynen ifa talebinin tarihsel gelişimi ele alınacaktır. *Common law* ile Roma hukukunda aynen ifanın gelişimi birçok açıdan benzerlik taşıdığı için her iki sistemin tarihsel sürecine değinmekte yarar bulunmaktadır. Ardından, aynen ifa yaptırımının *common law* sisteminde uygulanışı farklı sözleşme tipleri açısından değerlendirilecektir.

*Common law* sisteminde, sözleşmeye aykırılık halinde uygulanan yaptırımların amacı alacaklının malvarlığını sözleşmenin gereği gibi ifa edilmiş olması halinde bulunacağı noktaya getirmektir. Bu nedenle, *common law* sisteminde sözleşmeye aykırılık halinde uygulanan esas yaptırım tazminattır. Aynen ifa ancak tazminatın alacaklının ifaya kavuşamaması nedeniyle uğradığı zararı karşılamaya yetmediği hallerde, mahkemeler tarafından hükmedilecek

istisnai bir yaptırımdır. Bununla birlikte, imkânsızlık başta olmak üzere birçok hâlde bu istisnai durumlarda dahi *common law* mahkemeleri tazminata hükmetmektedir. Birinci bölümde son olarak, *common law* sisteminde aynen ifaya getirilen bu engellere değinilecektir. Bu bölümde esas olarak İngiliz ve Amerikan hukuku birlikte ele alınacak, ancak ayrıldıkları noktalar ile özel düzenlemeleri belirtilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde *civil law* sisteminde ifa talebi incelenecektir. *Civil law* sisteminde amaç, alacaklının sözleşmenin gereği gibi ifa edilmiş olması halinde elde edeceği menfaate tam olarak kavuşmasıdır. Bu nedenle, *civil law* sisteminde ifa mümkün olduğu sürece aynen ifa alacaklının esas talep hakkı olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, aynen ifa yaptırımının uygulanması çeşitli borçlar ve sözleşme tipleri açısından farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle, çalışmamızın ikinci bölümünde öncelikle ifa talebi verme, yapma ve yapmama borçları ile bazı özel sözleşme tipleri açısından incelenecektir. Ayrıca aynen ifa talebi *civil law* sisteminde asli yaptırım olmakla birlikte, alacaklının bu asli talebi başta imkânsızlık olmak üzere bazı engeller ile sınırlanmış durumdadır. Çalışmamızın son bölümünde aynen ifaya hükmedilmesine olanak bulunmayan bu hâller değerlendirilecektir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki ikinci bölümde İsviçre-Türk hukuk sistemi esas alınacak, bununla birlikte, Fransız ve Alman sistemindeki farklı düzenlemeler ile Milletlerarası Mal Satımına ilişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda (CISG), Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri'nde (PECL) ve Milletlerarası Ticari Sözleşmelere ilişkin İlkeler'de (PICC) yer alan düzenlemelere de karşılaştırmalı olarak yer verilecektir.

## § 1. Common Law Sisteminde Aynen İfa Talebi

### I. Giriş

*Common law*<sup>1</sup> sisteminde, sözleşmeye aykırılık halinde getirilen yaptırımlar, alacaklının sözleşmenin ifa edilmiş olması halinde elde etmeyi beklediği maddi beklentilerin karşılanmasını amaçlamaktadır<sup>2</sup>. Bu nedenle, bu sistemde aynen ifa, sözleşmeden dönme ve tazminat yaptırımları arasında, öncelikli ve asli olan tazminat talebidir<sup>3</sup>. Zira tazminat yaptırımı ile alacaklının malvarlığını sözleşmenin gereği gibi ifa edilmiş olması halinde bulunacağı noktaya getirmek hedeflenmektedir.

*Common law* sisteminde sözleşmeye aykırılık halinde esas yaptırım tazminat iken, aynen ifa talebi ancak istisnai bir yaptırım olarak düzenlenmiştir<sup>4</sup>. Dolayısıyla, temel olarak edimin ifası yerine edimin değerinin ifası amaçlanmaktadır. Buna karşılık, ikinci bölümde detaylı olarak açıklayacağımız üzere, *civil law* sisteminde amaç, ifa mümkün olduğu sürece edimin ifasının sağlanmasıdır. Bu bağlamda, ifa talebi alacaklının esas talep hakkı olarak düzenlenmiştir. Mahkemeler, istisnai durumlar dışında her zaman aynen ifaya

<sup>1</sup> “Common Law” ifadesi İngiliz hukukunda birden fazla anlam taşımaktadır. Öncelikle, common law ifadesiyle anlaşılan Türkçede “Anglo-Amerikan hukuk sistemi” olarak adlandırılan, hukuk kurallarının kaynağında hâkimin hukukunun bulunduğu hukuk sistemidir. Bu sistem başta İskoçya dışında Birleşik Krallık ve ABD olmak üzere Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Hindistan, Güney Afrika, Filistin gibi birçok ülkede uygulanmaktadır (**Samuel Smits, Jan M.**, Elgar Encyclopedia Of Comparative Law, Cheltenham, UK, 2006, s. 145). Bu bakımdan, sadece “Birleşik Krallık ve Amerika’yı karşılayan “Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi” ifadesi yerine uluslararası yaygınlığı olan “Common Law” ifadesinin kullanılması bu çalışma kapsamında tercih edilmiştir. “Common Law” ifadesinin taşıdığı bir diğer anlam ise İngiltere’deki krallık mahkemeleri tarafından yaratılan hukuktur. Bu iki kavramın karıştırılmaması açısından çalışmamızda hukuk sistemi olarak “common law” küçük harflerle, İngiltere’ye özgü krallık mahkemeleri tarafından yaratılan hukuk anlamında “Common Law” ise büyük harflerle yazılacaktır.

<sup>2</sup> **Worthington, Sarah**, Equity, Oxford, 2003, s. 22.

<sup>3</sup> **Treitel, Sir Guenter**, An Outline of the Law of Contract, London 2004, s. 369; **Schwarz, Andreas**, “İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk”, (Çeviren: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu), İÜHFİM, y.3 (1937) c.2, s. 215 (227).

<sup>4</sup> **Smith, Stephen A.**, Contract Theory, New York 2004, s. 398; Treitel, Outline, s. 409.

hükmetmektedir ve talep edildiği ve ifa mümkün olduğu sürece mahkemelerin bu bağlamda bir takdir yetkileri bulunmamaktadır<sup>5</sup>. Öte yandan, *common law* sisteminde ifa talebi alacaklının bir hakkı olarak düzenlenmemiş ve aynen ifaya hükmetmek tamamen mahkemelerin takdir yetkisine bırakılmıştır.

*Common law* sistemi birçok açıdan Roma hukukundan etkilenmiş olduğundan<sup>6</sup> özellikle aynen ifa yaptırımı açısından *common law* sistemi Roma hukukunun ilk dönemlerindeki düzenlemelere benzemektedir<sup>7</sup>. Zira hem *common law* sisteminde hem de Roma hukukunda aynen ifa prensip olarak reddedilmekte ancak istisnai haller açısından kabul edilmektedir.

Kanaatimce *common law* sisteminde ifa talebinin yerini anlayabilmek için öncelikle tarihi gelişimini incelemek gerekmektedir. Bu nedenle, bu bölümde ifa talebinin Roma hukukundaki kökeni ile ortaçağ İngiltere’inde *Equity*’nin doğuşunun *common law* sistemi üzerindeki etkileri incelenecektir. Ardından, *common law* sisteminde mahkemelerin hangi hallerde aynen ifaya hükmettiği ve borçlu tarafından ifanın talep edilmesi halinde alacaklının ileri sürebileceği savunmalar, dolayısıyla aynen ifaya hükmedilemeyecek hâller ele alınacaktır. Bu çalışmamızda *common law* sistemi kapsamında esas olarak İngiliz ve Amerikan hukuku birlikte ele alınacak, ancak ayrıldıkları noktalar ile özel düzenlemeleri ayrıca belirtilecektir. Ayrıca, Kanada ve Avustralya’daki farklı kararlara da yer verilmeye çalışılacaktır.

---

<sup>5</sup> **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 987; **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2005, s. 329.

<sup>6</sup> **Zimmermann, Reinhard**, “Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe”, Towards a European Civil Code, 2004, s. 21 (33 vd).

<sup>7</sup> Bkz. § 1 II A.

## II. Tarihi Gelişimi

### A- Roma Hukukunda Aynen İfa Talebinin Gelişimi

Roma hukukunun klasik döneminde *actio* sistemi hâkimdi. Buna göre, belirli bir alanda dava hakkı verilmediği sürece korunabilecek bir hak bulunmamaktaydı ve dava hakkı ancak belli *actio* 'larla tanınmaktaydı<sup>8</sup>. *Actio* 'lar aynı konudaki çeşitli uyuşmazlıkların hangi usul ve şekiller dâhilinde çözüleceğini gösteren dava kalıplarıydı<sup>9</sup>. Davacı öncelikle *praetor* 'a başvurmakta ve kendisine bir *actio* verilmesini talep etmekteydi. *Actio* 'ların konusu dışında kalan olaylar, hukuki koruma görememekteydi. Bu açıdan, davacıların talepleri değil, davanın türü önemliydi.

Daha sonraki devirlerde, *actio* sisteminin yerini *formula* sistemi aldı. Roma hukukunun bu döneminde “*omnis condemnatio est pecunaria*” ilkesi<sup>10</sup> geçerliydi. Buna göre, alacağın konusu ne olursa olsun, alacağın para karşılığı tespit edilerek, daima belli bir paranın ödenmesine hükmedilmekteydi. Dolayısıyla, her *actio* ancak bir miktar paranın ödenmesine ilişkin ve alacaklının sözleşmeye aykırılık halinde sadece tazminat talep etme hakkı bulunmaktaydı<sup>11</sup>. Klasik dönemdeki bu çözüme *Gaius Institutiones* 'lerinde de yer verilmiştir<sup>12</sup>. Buna göre, bütün *formula* 'larda yaptırımın bir paranın ödenmesine ilişkin olacağı, hatta uyuşmazlık konusunun bir mal olduğu hallerde dahi malın teslimine değil, malın kıymetinin hesaplanarak parasının ödemesine hükmedileceği belirtilmişti<sup>13</sup>. Dolayısıyla, Roma hukukunun Klasik Dönemi 'nde para borcu dışındaki borçların aynen ifasına

<sup>8</sup> **Zimmermann, Reinhard**, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996, s. 771; **Umur, Ziya**, Roma Hukuku, İstanbul 1984, s. 217.

<sup>9</sup> **Umur**, s. 229.

<sup>10</sup> “Her dava ancak bir miktar paranın ödenmesine ilişkindir.” Bkz. **Zimmermann, Law of Obligation**, s. 771.

<sup>11</sup> **Zimmermann, Law of Obligation**, s. 772; **Rado, Türkan**, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1997, s. 45.

<sup>12</sup> **Buckland, William; McNair, Arnold**; Roman Law & Common Law: a Comparison in Outline, Holmes Beach, 1997, s. 327.

<sup>13</sup> **Buckland/ McNair**, s. 327; **Rado**, s. 47.

hükmetmek mümkün olmadığı gibi, tüm borca aykırılıkların tek yaptırımını tazminat olarak düzenlemişti<sup>14</sup>.

Post Klasik Dönemde, olağanüstü muhakeme usulünün gelişmesi ve *formula* sistemindeki gevşemeler sonucunda tazminat yaptırımını uygulama zorunluluğu kalktı ve aynen ifa yaptırımı kabul edilmeye başlandı. Öte yandan, 3. ve 4. yüzyılda ekonomideki düşüş ile birlikte para değerinin azalması da aynen ifa yaptırımına olan eğilimi arttırdı. Justinien Döneminde artık, ifa mümkün oldukça tazminata hükmedilmemekteydi. Bununla birlikte, *Corpus Iuris Civilis*'de ifa talebine ilişkin bir düzenleme getirilmemişti<sup>15</sup>. Ancak yine de, daha sonra kilise hukukunun etkisiyle ve haksızlığın kefaretinin ödenmesi gerektiği düşüncesiyle aynen ifa yaptırımı yaygınlaşmaya başlamıştır. Müşterek hukuk döneminde de çeşitli sözleşme tipleri açısından aynen ifaya hükmedilmesi eğilimi artmıştır.

Sonuç itibariyle, Roma hukukunda daha sonra yaşanan -kilise hukukunun etkisi gibi- gelişmeler 19. yüzyılda *civil law* sistemi üzerinde etkisini göstermiş, bunun sonucu olarak da Almanya, Avusturya ve İsviçre gibi ülkelerde aynen ifa, tazminat karşısında asli talep olma özelliğini kazanmıştır<sup>16</sup>.

## B- İngiliz Hukukunda Aynen İfa Talebinin Gelişimi

*Common law* sisteminde aynen ifa talebinin sözleşmeye aykırılık hâlinde istisnai bir yaptırım olarak gelişmesinin özünde, tüm *common law* sistemi ülkelere kaynaklık eden İngiliz hukukuna özgü kurumların ve o kurumlara bağlı

<sup>14</sup> Dawson, John P., "Specific Performance in France and Germany", Michigan Law Review, 1959, No.4, s. 495 (496); Tekinay, S. Sulhi, "Boçlunun Aynen İfaya veya Tazminat Ödemeye Zorlanması", Kubalı'ya Armağan, MHAD, y.8, s. 11, 1974, 421 (422).

<sup>15</sup> Zimmermann, Law of Obligation, s. 772; Atamer, Yeşim M., Uluslararası Satım sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s. 319; Tekinay, Aynen İfa, s. 422.

<sup>16</sup> Atamer, CISG, s. 320.

hukuk sisteminin gelişimi rol oynamıştır. Bu nedenle, öncelikle kısaca İngiliz hukuk sisteminin tarihi gelişimi üzerinde durulmasında fayda görülmektedir.

Modern İngiliz hukuk tarihinin, 11. yüzyılda yaşanan Norman istilası sonrasında başladığı kabul edilmektedir<sup>17</sup>. 1066 Hastings Savaşı sonrasında İngiltere’yi ele geçiren Normandiya Kralı I. William tıpkı Norman istilası altında olan Kuzey Fransa’da olduğu gibi İngiltere’de de son derece katı bir feodal hiyerarşik sistem kurmuştur<sup>18</sup>. Bu amaçla, öncelikle Saksonya’nın bütün malvarlığına el koyarak krallık tapu siciline kayıt ettirmiş ve kendisine bağlılık yemini edenlere dağıtmıştır<sup>19</sup>. Bununla birlikte, Kral William yeni bir vergi sistemi getirerek arazilerin kullanımını vergiye bağlamıştır. Bu vergilerin denetimi ile vergiler ve dolayısıyla mülkiyete ilişkin ihtilafların çözümlenmesi konusunda bir meclis yetkilendirilmiştir<sup>20</sup>. *Curia Regis* adı verilen bu meclisin, 13. yüzyıl itibariyle yargı faaliyeti açısından yeterli olmaması sonucunda Westminster şehrinde merkezi krallık mahkemeleri kurulmuştur. Böylece, *Common law*<sup>21</sup> yetkileri birbirinden farklı üç ayrı mahkeme de uygulanmaya başlamıştır<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> **Zweigert, Konrad; Kötz, Hein**, Introduction to Comparative Law, (Çeviren: Tony Weir), New York 1998, s. 181; **Aybay, Aydın**, İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiracıların Korunması, İstanbul, 1974, s. 8; **Oğuz, Arzu**, Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin, Ankara 2003, s. 255. Aslında, İngiliz hukukunun bugün hâlen korunmakta olan kurum ve kavramları 5. yüzyılda başlayıp üç yüzyıl süren ve Roma hâkimiyetine son veren Anglo-Sakson istilası sonrasında gelişmeye başlamıştır. Zira İngiltere’de feodal toplum yapısı ilk kez bu dönemde ortaya çıkmış ve İngiliz hukuku feodalitenin siyasal-ekonomik sistem olarak hâkim olduğu toplumsal yapısının ihtiyaçlarına göre şekillenmiştir. Anglo-Sakson istilası sonrasında siyasi birlik tam olarak kurulamamıştır. Bununla birlikte, 9. yüzyılın sonlarında Batı Saksonlar’ın kralı Alfred tarafından siyasi birlik sağlanmıştır. Ayrıca, Kral Alfred döneminde gelenek hukuku yazıya dökülmüştür. Ancak, bu dönemlere ilişkin bilgiler oldukça eksiktir. (**Zweigert/Kötz (Weir)**, s. 181; **Aybay, Kira**, s. 12; **Oğuz**, s. 255).

<sup>18</sup> **Samuel: Elgar Encyclopedia**, s. 145.

<sup>19</sup> Günümüz İngiltere’sinde hâlen kabul edilmekte olan bütün taşınmazların krala ait olduğu, ancak vatandaşların sınırlı bir hakka sahip oldukları anlayışının temelinde bu tarihi olgu yatmaktadır.

<sup>20</sup> **Oğuz**, s. 255.

<sup>21</sup> Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, “Common Law” ifadesi İngiliz hukukunda birden fazla anlam taşımaktadır. Bu kavramların karışmasına engel olmak amacıyla, çalışmamızda Türkçede “Anglo-Amerikan hukuk sistemi” olarak da adlandırılan hukuk sisteminin karşılığı olan “common law” küçük harflerle, İngiltere’ye özgü krallık mahkemeleri tarafından yaratılan hukuk anlamında “Common Law” ise büyük harflerle yazılacaktır.

<sup>22</sup> **Oğuz**, s. 255.

Krallık mahkemelerine başvurmak isteyen tarafların, öncelikle kraliyet makamına başvurmaları gerekmektedir. Davacının talebinin uygun bulunması halinde, kraliyet makamı tarafından kendisine bir *writ*<sup>23</sup> verilmekteydi. Bu *writ*'ler hukuki ihtilafın özeti ile birlikte tarafların mahkemeye davet edilerek aralarındaki ihtilafın çözülmesi hususunda mahkemeye hitaben yazılmış bir emir içermekteydi<sup>24</sup>. Böylece, davacı elindeki *writ*'e dayanarak mahkemeye başvurabilmekte ve dava açabilmekteydi.

Kraliyet makamına yapılan başvuruların yoğunluğu ve benzer şikâyet tipleri için aynı *writ*'lerin verilmeye başlanmasıyla *writ*'ler standartlaşarak her yeni şikâyet için sadece tarafların adlarının ve adreslerinin eklendiği matbu formlara dönüşmüştür. 13. yüzyıl itibariyle bu matbu formlar “*register of writs*” adı verilen bir sicilde toplanmaya başlamıştır. Bundan sonra, talep sahiplerinin öncelikle sicillerden kendi taleplerine en uygun olan *writ*'i belirlemeleri gerekmektedir. Bu bakımdan, *writ* seçimi büyük önem taşımaktaydı. Zira talebin mahkeme tarafından değerlendirilebilmesi için olayın seçilen *writ*'e uygun olması gerekmektedir, yanlış *writ* seçilmesi hâlinde mahkeme davayı reddetmekteydi. Böylece, doğru *writ*'in seçilip seçilmediğinin belirlenmesi açısından olayın saptanması önem arz etmekteydi. Buna bağlı olarak modern yargılama usulleri geliştirilmiş ve olayı saptama yetkisi on iki kişiden oluşan bir jüriye verilmiştir. Olayın jüri tarafından söz konusu *writ*'e uygun bulunması halinde mahkeme *writ* için öngörülen yaptırımını uygulamaktaydı.

Görüldüğü üzere, Klasik Roma hukukundaki *formula*'lar<sup>25</sup> gibi, ortaçağda İngiliz hukuk sistemi de “*writ*” olarak adlandırılan krallık fermanlarına dayanmaktaydı ve tıpkı *formula* sisteminde olduğu gibi *writ* sistemi de alacaklıya

<sup>23</sup> Writ “krallık fermanı” anlamını taşımaktadır.

<sup>24</sup> **Zweigert/ Kötz (Weir)**, s. 181; **Oğuz**, s. 256.

<sup>25</sup> Bkz. § 1 II A.



tazminat dışında bir talep hakkı tanımadığından, alacaklıların sözleşmenin aynen ifasını talep etmeleri mümkün değildi.

Bu sistemin temelinde *writ of trespass*<sup>26</sup> bulunmaktaydı. Temel itibariyle bir haksız fiil davası olan *writ of trespass* önceleri bir kişinin kuvvet kullanarak diğer bir kimsenin vücut bütünlüğüne veya malvarlığına hakkına zarar vermesi ya da zilyetliğine el atması hâllerinde verilmekteydi ve yaptırımını karşı tarafın uğradığı zararın tazminiydi<sup>27</sup>. Ancak zaman içerisinde, bir kişinin vücut bütünlüğüne ya da malvarlığına doğrudan saldırı olmamasına rağmen, kişinin bir alacağının yerine getirilmemesi sonucunda zarar gördüğü durumlarda da *writ of trespass* uygulanmaya başlamıştır. Diğer bir ifadeyle, haksız fiil nedeniyle tazminat talebi sözleşme alanına da kaydırılmıştır. Böylece, *writ of trespass* uygulaması sadece haksız fiil davalarının temelini oluşturmakla kalmamış, sözleşme hukukunun da temelini oluşturmuştur<sup>28</sup>.

Görüldüğü üzere, *Common law* sisteminde yaptırımlar, herkesin kendi sebep olduğu zararı karşılaması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Tazminatın asli yaptırım olmasının başlıca nedeni ise, sözleşmeden kaynaklanan borçlarını yerine getirmek istemeyen tarafın hiç bir şekilde ifaya zorlanamamasıydı<sup>29</sup>. Bu

<sup>26</sup> Yukarıda açıklandığı üzere *Common law* mahkemelerinin temelinde vergi ve dolayısıyla mülkiyete ilişkin ihtilafların çözümlenmesi hususunda yetkilendirilmiş mahkemeler bulunmaktaydı. Bu ihtilaflara konu olan davalardan en önemlisi mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin olanlardı. Bu nedenle *writ of trespass* aslında, davacıya arazi üzerinde hak talep edenlere bir çeşit işgalin men'i davası açmak hakkı vermekteydi. Ancak bu dava hakkı genişletilerek cezai olarak nitelendirilmekteydi. Zira arazinin davacının elinden zorla alındığı haller bir suç teşkil etmekteydi. Bu nedenle, *writ of trespass* ile başlangıçta davacılar medeni hukuktan ziyade ceza hukukuna başvurma hakkı verilmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Öte yandan, daha sonra arazinin zorla elinden alındığını ileri süren davacıya uğradığı zararın tazmini için de *writ of trespass* talep etme hakkı verilmeye başlanmıştı. Zamanla *writ of trespass* talep etme hakkı iyice genişletilerek tüm haksız fiil kaynaklı borç ilişkilerine ve hatta bazı durumlarda sözleşme ilişkilerine de uygulanmıştır. Örneğin, sözleşmeden kaynaklanan borcunu alacaklıya zarar verecek şekilde ifa eden borçlu aleyhine de *writ of trespass* verilmekteydi (Parry, Clive, “İngiliz Hukuk Sistemi” (Çeviren: Fadıl Sur) AÜHF c.1 sy. 3 (1944) s. 442 (451)).

<sup>27</sup> Parry, *İngiliz Hukuku*, s. 451; Oğuz, s. 257.

<sup>28</sup> Oğuz, s. 257.

<sup>29</sup> Treitel, *Outline*, s. 409; Buckland/ McNair, s. 327.

bağlamda, alacaklının borcun ifası ile tazminat talepleri arasında bir seçme hakkı bulunmamaktaydı. Borçlu borcunu ödemediği takdirde, tıpkı Klâsik Roma hukukunda olduğu gibi mahkeme, sözleşmeden doğan tüm borçları maddi tazminata dönüştürmekteydi. Bu itibarla, sözleşmeden kaynaklanan borcunu ödemeyen borçluya karşı alacaklının sahip olduğu tek yaptırım tazminattı<sup>30</sup>.

Öte yandan, 14. yüzyılın sonlarına doğru *Common law* mahkemelerinin yeni *writ* türleri yaratma faaliyetleri yavaşlamıştı. Böylece, mahkemeye başvurabilmek istisnalara yer vermeyen katı bir sisteme bağlanmış oldu<sup>31</sup>. Bu durum ise toplumda zamanla huzursuzluk ortamı yarattı. Zira birçok dava talebi sicilde mevcut *writ* formlarına uygun olmadığı gerekçesiyle kabul edilmemekteydi. Bu dönemde, sicilde mevcut olan *writ* formları dışındaki taleplerini mahkemeye sunamaz hale gelen halkın, “hukukun ve adaletin garantörü olan” krala bizzat başvurarak, *Common law*'a göre değil, ahlak ve vicdana göre karar verilmesini istemeye başladığı görülmektedir<sup>32</sup>. Dolayısıyla, gerçek anlamda bir adaletin sağlanabilmesi için matbu *writ* sistemin aşılması gerekmektedir.

Bu durumun yarattığı sıkıntıları gidermek amacıyla, 14. yüzyılda Kral en yüksek idari memur olan *Lord Chancellor*'a bu talepleri değerlendirmesi hususunda yetki vermiş ve bu taleplerin artması sonucunda, *Common law*

---

<sup>30</sup> Bununla birlikte, zamanla *writ of assumpsit* adı verilen sözleşmeye aykırılık talebi de gelişmeye başlamıştı. **Zweigert/ Kötz**, s. 479; **Atamer, CISG**, s. 320.

<sup>31</sup> **Oğuz**, s. 257.

<sup>32</sup> **Zweigert/ Kötz**, s. 480.

mahkemelerinin yanı sıra *Chancery mahkemeleri*<sup>33</sup> diye adlandırılan yeni bir mahkeme teşkilatı oluşturulmuştur<sup>34</sup>.

*Chancery mahkemeleri*, bu uyuşmazlıkları incelerken *Common law* mahkemelerinden farklı bir yargılama usulü uygulamaya başlamıştı. Zira *Lord Chancellor*, bütün olaylar ve hukuki sorunlar hakkında bir jürinin katılımı olmaksızın tek başına ve kendi vicdani kanaatlerine göre karar vermektedir. Bu nedenle, *Chancery mahkemelerinin* uygulaması *Equity*<sup>35</sup> (“hakkaniyet hukuku”) olarak adlandırılmıştı. 15. yüzyıl itibarıyla yaygınlaşan *Chancery mahkemelerinin* kurulma amacı, katı başvuru koşulları bulunan ve tazminat dışında bir hukuki çözüm sunamayan *Common law*’un aşılmasıydı. Bu şekilde toplumda tam bir adaletin sağlanması amaçlanmaktaydı. *Chancery mahkemeleri* ancak *Common law*’un sıkı katı kurallarını hafifletmek için müdahale edebilmekteydi. *Common law* mahkemeleri tarafından sunulan çözümlerin, mağdur olan tarafın haklarını korumaya yetersiz kaldığı hallerde, taraflar *Chancery mahkemelerine* başvurabilmekteydi<sup>36</sup>.

*Equity* uygulamasında *writ*’ler ile belli kurallar veya yerleşmiş içtihatlar bulunmamaktaydı. Bu anlamda, karar mekanizması belli formüllere değil, aksine tamamen *Lord Chancellor*’un kendi vicdanına ve görüşlerine dayanmaktaydı. Bu nedenle, her olay bazında farklı değerlendirmeler yapılabilmekte ve benzer

<sup>33</sup> *Chancery Mahkemeleri*, kralın danışmanı ve en yüksek idari memur olan *Lord Chancellor* ve onun memurlarından oluşmaktaydı. *Lord Chancellor* kiliseye bağlıydı ve dini konularda krala danışmanlık yapmaktaydı. Bu makam, din adamlarına ait olduğu için onların bireysel değerleri verdikleri kararlarda rol oynamaktaydı. Bu nedenle, *Chancery mahkemeleri* tarafından uygulanan hukuk hakkaniyet anlamına gelen *Equity* olarak anılmıştır (**Parry, İngiliz Hukuku**, s. 455; **Oğuz**, s. 258). Öte yandan, 15. yüzyılda Anglikan kilisesinin Katolik kiliseden ayrılması üzerine *Lord Chancellor* makamına kilise dışından kişiler getirilmeye başlanmıştı. Bu makama getirilen ilk kilise dışı kişi Thomas More’dur.

<sup>34</sup> **Boghossian, Nayiri**, “A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000), s. 3 (38); **Karayalçın, Yaşar**; “İngiliz Hukukunda Trust ve Avrupa Hukuku”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 651 (657); **Tekinay, Aynen İfa**, s. 423.

<sup>35</sup> Latince adalet, eşitlik anlamlarına gelen “aequitas” sözcüğünden gelmektedir.

<sup>36</sup> **Zweigert/ Kötz (Weir)**, s. 480.

taleplere dayanan olaylarda verilen kararlar değişiklik gösterebilmekteydi<sup>37</sup>. Bu bakımdan, *Equity* somut olay adaletini sağlayan açık ve esnek bir hukuk olarak gelişmiş ve karar mekanizması tamamen mahkemelerin takdirine bırakılmıştı<sup>38</sup>.

*Equity* kuralları kesinlikle *Common law* ile çelişki halinde olmayıp<sup>39</sup>, aksine bu sistemde mümkün olmayan yeni çözümler getirmek suretiyle bir anlamda boşlukları tamamlamaktaydı. Bu nedenle, *Common law mahkemeleri* tarafından kabul edilen, tazminat yaptırımının asıl olduğu kuralı *Equity mahkemeleri* tarafından da teyit edilmekteydi<sup>40</sup>. Bununla birlikte, istisnai olarak aynen ifa talebi de kabul edilmekteydi<sup>41</sup>. Ancak aynen ifaya hükmetmek için mahkemelerin aradıkları şart, somut olayda tazminat yaptırımının davacıyı güç bir duruma sokacak olmasıydı. Bunun en tipik örneği, davacının sözleşme konusunu başka yerden temin edemeyecek olması, tazminat miktarının tayin edilmesinin zorluk teşkil etmesi veya tazminatın alacaklının zararını karşılamaya yeterli olmamasıydı<sup>42</sup>. Böylece, esas yaptırım tazminat iken aynen ifa ikincil nitelikte kalmaktaydı<sup>43</sup>. Ayrıca, *Chancery mahkemelerinde* ifayı yerine getirmeyen davalıyı ifaya zorlamak için para ve son çare olarak hapis cezaları da uygulanmaktaydı<sup>44</sup>.

<sup>37</sup> **Boghossian**, s. 40.

<sup>38</sup> **Boghossian**, s. 39; **Ibbetson, David**, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, New York 2001, s. 260.

<sup>39</sup> Chancery Mahkemelerinin bu rolü, "*Equity hukuku takip eder.*" kuralı ile ifade edilmekteydi (**Murray Jr., John Edward**, *Murray on Contracts*, New Jersey 2001, s. 837).

<sup>40</sup> **Zweigert/ Kötz (Weir)**, s. 479.

<sup>41</sup> **Atamer**, CISG, s. 321; **Zimmermann, Law of Obligations**, s. 777; **Ibbetson**, s. 208; **Treitel, Sir Guenter**, *The Law of Contract*, London 2003, s. 1020; **Schwarz, İngiliz Hukuku**, s. 13.

<sup>42</sup> **Zweigert/ Kötz (Weir)**, s. 480.

<sup>43</sup> **Tekinay, Aynen İfa**, s. 425, **Boghossian**, s. 39.

<sup>44</sup> **Treitel, Outline**, s. 408. Ancak, modern toplumda borca aykırılık nedeniyle hapis cezasının uygulaması kabul görmediği için, bu kural zamanla değişmiştir. Öte yandan, İngiltere’de bazı istisnai hallerde hapis cezasına hükmedilmektedir. Örneğin, mahkeme tarafından tazminatın yeterli bir yaptırım olarak görülmemesi üzerine verilecek aynen ifa kararının borçlu tarafından yerine getirilmemesi, mahkemeye karşı bir saygısızlık olarak nitelendirilmekte ve borçlu hapis ile tazyik edilmektedir (**Boghossian**, s. 38; **Berkin, Necmettin M.**, "*İngiltere’de Cebrî İcra ve Hukuki Sorumluluk*" , Kubalı’ya Armağan, İstanbul Üniversitesi MHAD, y. 8, s. 11, 1974, s. 539 (540)).

Napolyon işgalinden sonra yaşanan ekonomik sıkıntı bir sosyal reformu ve buna bağlı olarak, hukuk alanında da bazı reformları gerektirmiştir. Bu reformlardan en önemlisi 1873 yılında İngiliz hukuk sistemindeki ikiliğin giderilmesi amacıyla *Common law* ve *Equity* hukukunun tek bir sistemde birleştirilmesi oldu<sup>45</sup>. Böylece bu reformdan sonra, mahkemeler İngiliz hukukunun bütün kurallarının *Common law* veya *Equity* ayrımı yapılmaksızın uygulamakla yükümlü kılındılar. Ancak bu iki hukuk arasındaki muhtemel bir çatışmada *Equity Law*'ın öncelik kazanacağı belirtilmişti. Ayrıca, *writ* sistemi de tamamen ortadan kaldırılmıştır<sup>46</sup>. 19. yüzyıldaki hukuk reformu kapsamında ticaret hukukuna ilişkin birçok konu da özel kanunlarla düzenleme altına alınmıştır<sup>47, 48</sup>. 1882 Bills of Exchange Act, 1890 Partnership Act, 1906 Marine Insurance Act ve 1979 Sale of Goods Act bu reform sonucunda kabul edilen kanunlardan bazılarıdır<sup>49</sup>.

### III. Aynen İfa Talebi

#### A- Genel Olarak – Tazminatın Yeterli veya Uygun Bir Yaptırım Olmaması

*Common law* sisteminin öngördüğü temel yaptırım olan ifa etmeme tazminatının amacı alacaklının sözleşmeden kaynaklanan menfaatini korumaktır. Tazminatın zararı karşılamaya yetersiz kaldığı durumlarda, alternatif bir yaptırım

<sup>45</sup> Schwarz, *İngiliz Hukuku*, s. 13.

<sup>46</sup> Günümüz İngiliz Hukukunda tek bir *writ of summons* vardır.

<sup>47</sup> Roma hukukunun İngiliz hukuku üzerindeki etkisi, özellikle ticaret ve deniz hukukunda görülmektedir. Ortaçağda ticaret genellikle, çeşitli kökenlerden gelen tacirler tarafından yapılmaktaydı. Tacirler farklı ülkeler ile yaptıkları ticaretlerde kökenleri Roma hukukuna dayanan örf ve adetleri uygulamaktaydı. Ticari satım sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda *common law mahkemelerinin* katı hukukunun uygulanması zor olacağından çeşitli önemli ticaret merkezlerinde, *Lex Mercatoria* uygulayan ticaret mahkemeleri kurulmuştu. Bu mahkemelerde genellikle Roma hukukuna göre karar verilmekteydi.

<sup>48</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere Birleşik Krallığa bağlı olmakla birlikte İskoçya civil law sistemini benimsemiştir. Bunun temeli, İngiltere'nin aksine Fransa ile yaptıkları tarihi işbirliği sonucunda İskoçya'nın Roma hukuku etkisinde bulunmuş olmasıdır (**Curti, Arthur (Çeviren: Necdet Azak)** “*İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik bir Bakış*”, İÜHFM, cilt:3, y. 3, 1937, s. 295 (298)). İskoç hukukunda aynen ifa talebinin gelişimine ilişkin bkz. **McBryde, William**, *The Law of Contract in Scotland*, Edinburg, 1987.

<sup>49</sup> Schwarz, *İngiliz Hukuku*, s. 5.

olarak aynen ifaya hükmedilebileceği kabul edilmektedir<sup>50</sup>. Bu noktada, tazminatın yeterli olup olmadığının belirlenmesi çok büyük önem taşımaktadır<sup>51</sup>. Zira yeterlilik kıstasının ne olduğuna ilişkin kesin bir kural bulunmadığından her olay açısından tazminatın yeterli olup olmadığının takdiri mahkemelere bırakılmıştır.

Tazminat yaptırımının amacı borçlunun sözleşmeye aykırılığı sonucunda alacaklının elde edemediği menfaatin karşılanmasıdır<sup>52</sup>. Dolayısıyla, hükmedilen tazminat, ifası taahhüt edilen edimi ikame etmeye yeterli olmalıdır. Bu açıdan, piyasadan kolaylıkla ikame edilemeyecek olan “kendine özgü” malların (*unique goods*)<sup>53</sup> karşılıklarının belirlenmesi de güç olacaktır<sup>54</sup>. Tazminatın yeterli olup olmadığının tespiti açısından edimlerin para karşılığında ikame edilip edilemeyeceği önem taşımaktadır<sup>55</sup>. Bu açıdan, sözleşme konusunun piyasadan kolaylıkla elde edilebilir olması gerekmektedir. Sözleşme konusu eşyanın piyasadan elde edilme imkânının bulunmadığı hallerde, bu malın hiç bir ücret karşılığında ikame edilebilmesi mümkün olmayacağı için, ödenecek bir tazminatın alacaklıyı tatmin etmeyeceği açıktır<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> **Anson, Sir William Reynell; Beatson, J.**, Anson's Law of Contract, New York 2002, s. 633.

<sup>51</sup> **Yorio, Edward**, Contract Enforcement – Specific Performance and Injunctions, USA, 1989, s. 25; **Sharpe, R.**, Injunctions and Specific Performance, Toronto, 1983, s. 270;

<sup>52</sup> **Schwartz, Alan**, “The Case for Specific Performance”, The Yale Law Journal, C.89/No.2 (Aralık 1979), s. 271 (271); **Yorio**, s. 26; **Sharpe**, s. 271.

<sup>53</sup> Buna göre, aynen ifa talebi sadece belirli veya sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusu malın ayrılmış olduğu hâller ile sınırlandırılmamaktadır. Bir malın kendine özgü olup olmamasının tespiti açısından tüm durumlar mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmalıdır (**Farnsworth, Edward Allan; Young, William F.; Sanger, Carol**, Contracts: Cases and Materials, New York, 2001, s. 463). Bu açıdan bakıldığında common law sisteminde parça - çeşit borcu ayrımı bir önem taşımamaktadır. Türk hukukunda bir görüş parça – çeşit borcu ayrımını eleştirmektedir. Bu görüş için bkz. aşağıda § 2 III E 4 a.

<sup>54</sup> **Treitel, Outline**, s. 410.

<sup>55</sup> **Burrows, Andrew**, Remedies for Torts and Breach of Contract, New York 2004, s. 458.

<sup>56</sup> **Yorio**, s. 35. Bu açıdan mallar piyasada bulunan veya bulunmayan mallar olarak ayrılmaktadır. Piyasada bulunmayan malların ikamesinin alınması mümkün olmayacağı için tazminat yaptırımı yeterli olmayacaktır. **Worthington**, s. 23.

Öte yandan, piyasadan ikamesi mümkün olmayan bir eşya söz konusu olduğu hallerde tazminat miktarının belirlenmesi de güçtür<sup>57</sup>. Zira bu gibi eşyaların piyasadaki benzerleri ile karşılaştırılarak bedelinin belirlenmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, sözleşme konusu eşyanın kendine özgü olup olmaması ikame edilebilirlik açısından büyük önem taşımaktadır. Bu gibi hallerde eşyanın başka bir satıcıdan ikamesi mümkün olamayacağı ve tazminat miktarının belirlenmesi büyük güçlük yaratacağı için, aynen ifaya hükmedilmesi gerekecektir<sup>58</sup>.

Buna karşılık, piyasadan kolaylıkla tedarik edilmesi mümkün olan malların aynen ifasına hükmedilmesi mümkün değildir<sup>59</sup>. Zira alacaklı, bu malları, masrafları borçluya ait olmak üzere piyasadaki başka bir satıcıdan tedarik edebilme imkânına sahiptir.

Bununla birlikte, sözleşme konusu malların kendilerine özgü olmamalarına karşın piyasada başka bir satıcıdan temin edilmelerinin güç ve masraflı olduğu durumlar da söz konusu olabilir. Malların ikamesinin bu şekilde güç olduğu hallerde de malların “ticari açıdan kendilerine özgü” (*commercially unique goods*) oldukları kabul edilmektedir<sup>60</sup>.

Ticari açıdan kendine özgü mallar (*commercially unique goods*) açısından tazminata değil de aynen ifaya hükmedilmesinin nedeni, söz konusu malların

<sup>57</sup> **Yorio**, s. 37; **Sharpe**, s. 280; **Restatement of the Law, Second** -- Contracts 2d, as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C. 17 May 1979, St. Paul, Minn., 1981, § 360 (b).

<sup>58</sup> **Boghossian**, s. 43.

<sup>59</sup> **Boghossian**, s. 43.

<sup>60</sup> Sky Petroleum Ltd. v. VIP Petroleum Ltd. 1 WLR 576 (1974). Bu kararda, mahkeme petrolün kendine özgü nitelikte bir mal olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak, karara konu olan olay açısından petrolün ticari açıdan kendine özgü bir nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Zira dönemin koşulları gereğince petrol tedarik kaynakları yetersizdir ve dolayısıyla petrol piyasada az ve zor bulunan bir maldır. Bu nedenle, mahkeme alacaklının sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini oldukça güç bulmuş ve petrol satımına ilişkin sözleşmenin aynen ifasına hükmetmiştir.

piyasadan tedarikinin güç olması nedeniyle tazminat açısından esas değerlerinin belirlenmesinin zor olmasıdır<sup>61</sup>. Bu gibi hallerde, piyasadaki tedarikçilerinin verecekleri fiyatların malların gerçek değerini yansıtmaması muhtemeldir. Diğer yandan, malların değeri tam olarak belirlenebilse dâhi alacaklının söz konusu malları tedarik etmesi oldukça güç olduğu hâllerde katlanacağı işlem maliyeti de çok daha fazla olacaktır<sup>62</sup>. Bu nedenle, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi daha uygun bir çözüm yolu olacaktır. Zira aynen ifa yaptırımı, alacaklının sözleşmeden kaynaklanan borca olduğu gibi sahip olmasını sağlamaktadır. Böylece sözleşmeye aykırılığın parasal karşılığının tam olarak bulunamaması veya yaptırımın yeterli olmaması riski önlenecektir<sup>63</sup>.

Bununla birlikte, aynen ifaya hükmedilecek haller sadece sözleşme konusunun ikame edilemez olduğu haller ile sınırlı değildir. Bunun dışında, ifaya hükmetmenin tazminattan daha uygun ve adil bir çözüm getirdiği diğer bütün hallerde de aynen ifaya hükmedilebileceği kabul edilmektedir<sup>64</sup>.

Öğretide bazı yazarlar<sup>65</sup>, *common law* sisteminde aynen ifa yaptırımına daha liberal yaklaşılması gerektiğini ve sözleşmeye aykırılık hallerinde alacaklıya aynen ifa talep edebilmek hususunda genel bir hakkın tanınmasının gerekli olduğunu savunmaktadırlar. *Schwartz*'a göre<sup>66</sup>, sözleşmeye aykırılık hâlinde getirilen yaptırımın amacı “sözleşmeye aykırılığı telafi etmek” ise aynen ifanın asli yaptırım olması gerekir. Zira tazminat yaptırımı birçok durumda yetersiz kalmakta ve alacaklının zararını telafi edememektedir. Yazara göre, alacaklının mahkemeden tazminat yerine aynen ifa talep etmesi, tazminatın yeterli bir

<sup>61</sup> **Boghossian**, s. 44; **Yorio**, s. 35; **Sharpe**, s. 280.

<sup>62</sup> **Farnsworth/ Young/ Sanger**, s. 469. Detaylı bilgi için bkz. **Ulen, Thomas**, “*The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedy*” Michigan Law Review, 83, November 1984, s. 341 (377-391).

<sup>63</sup> **Sharpe**, s. 281; **Kronman, Anthony T.**, “Specific Performance”, The University of Chicago Law Review, C. 45/No.2 (Kış 1978), s. 351 (360-362).

<sup>64</sup> **Treitel, Outline**, s. 409.

<sup>65</sup> **Schwartz**, s. 277.

<sup>66</sup> **Schwartz**, s. 277.



yaptırım olmadığının göstergesidir. Dolayısıyla, mahkemeler hangi yaptırımın sözleşmeye aykırılığı en iyi şekilde telafi edeceğine karar verme hususunu alacaklıya bırakmalıdırlar<sup>67</sup>.

Öte yandan, öğretilerde birçok yazar alacaklıya sözleşmeye aykırılık halinde aynen ifa talep edebilmesi hususunda genel bir hak tanınmasına ilişkin bu görüşü eleştirmektedir. Bu eleştirilerin başında, mevcut sistemin tarafların menfaatine uygun olduğu ve işlem maliyetini düşürdüğü gelmektedir<sup>68</sup>. Bir diğer eleştiriye göre<sup>69</sup>, alacaklıya sözleşmeye aykırılık halinde aynen ifa talep edebilmek hususunda genel bir hakkın tanınması halinde alacaklı kendi zararını en aza indirmek için gerekli önlemleri almayacaktır. Zira tazminatın indirilmesinde uygulanan prensipler aynen ifa talebi için geçerli olmayacaktır<sup>70</sup>. Başka bir eleştiri ise<sup>71</sup>, borçluya yerine getirmek istemediği bir edimi zorla ifa ettirmek suretiyle aynen ifa yaptırımının uygulanmasının kişilik haklarını ihlal edebileceği yönündedir. Son olarak, ifanın zorla yerine getirilmeye çalışılmasının sözleşme serbestisinin özüne aykırı olduğu da ileri sürülmektedir<sup>72</sup>. Bu görüşe göre, sözleşme çerçevesinde serbest iradeyle oluşturulmuş bağlar, ancak ifanın serbest iradeyle yerine getirilmesiyle sağlanabilir.

Günümüzde, *common law* sisteminde mahkemeler aynen ifaya hükmetmek hususunda daha esnek ve liberal bir tutum içerisine girmeye başlamışlardır. Bununla birlikte, tazmin edilmesi gereken zararın tam olarak belirlenmesi için geliştirilen yeni yöntemler, ifanın yine de ikincil yaptırım olarak kalacağını bir göstergesidir<sup>73</sup>. Dolayısıyla, günümüzde hâlen daha aynen ifaya hükmedilebilecek

---

<sup>67</sup> **Schwartz**, s. 277.

<sup>68</sup> **Kronman**, s. 351.

<sup>69</sup> **Burrows**, s. 472-475.

<sup>70</sup> **Ulen**, s. 391; **Atiyah, P.S.**, A Introduction to the Law of Contract, New York 1995, s. 177.

<sup>71</sup> **Burrows**, s. 472-475.

<sup>72</sup> **Smith, Stephen A**, “*Performance, Punishment and the Nature of the Contractual Obligation*”, The Modern Law Review, Vol. 60, No. 3 (May 1997) s. 360 (360).

<sup>73</sup> **Anson/ Beatson**, s. 633.

durumların, tazminatın alacaklı tarafın menfaatini korumaya yeterli olmadığı haller ile sınırlı olduğunu söylemek mümkündür.

## B- Bazı Sözleşme Tiplerinde

### 1. Taşınmaz Satımı

Ortaçağ İngiltere'sinde feodal düzenin bir sonucu olarak bireylerin toplumsal statüleri onların toprak üzerindeki hak sahiplikleri ile ölçülmekteydi. Buna göre, arazilerin değerleri sadece büyüklükleri ile değil, yeraltı kaynakları, toprağın üzerindeki bitkiler, ağaçlar, yapılar ve elde edilen ürünlerin kalitesi gibi unsurlar da göz önünde bulundurularak hesaplanmaktaydı. Bu bakımdan, her bir toprak parçasının kendine özgü bir niteliği bulunmaktaydı. Dolayısıyla, taşınmazların birbirleri ile ikame edilmeleri mümkün olmadığından sözleşmeye aykırılık sonucunda tazminat yetersiz kalmaktaydı<sup>74</sup>. Sonuç olarak, her bir taşınmazın kendine özgü olması ve piyasadan ikamesinin mümkün olmaması nedeniyle, *Equity* taşınmaz mülkiyetinin naklî sözleşmeleri bakımından aynen ifaya hükmedilmesini uygun görmekte idi<sup>75</sup>.

Günümüzde *common law* sisteminde taşınmazlar açısından yerleşik içtihatlar doğrultusunda halen *Equity* geleneği sürdürülmekte ve taşınmaz mülkiyetinin naklî sözleşmelerinde aynen ifaya hükmedilmektedir<sup>76</sup>. Bu uygulama halen daha, her bir toprak parçasının kendine özgü olduğu ve piyasadan ikamesinin mümkün olmadığı düşüncesine dayanmaktadır<sup>77</sup>.

Oysa günümüzde taşınmaz anlayışı ortaçağdakinden oldukça farklıdır. Ortaçağda gerçekten de taşınmazları ikame edilmez kılan, toprakların verimliliği,

<sup>74</sup> **Yorio**, s. 260; **Kronman**, s. 355-365; **Restatement (Second)** §360 (e).

<sup>75</sup> **Perillo, Foseph M.**, Calamari and Perillo on Contracts, 5. bası., 2003, s. 636, **Worthington**, s. 23, **Burrows**, s. 458.

<sup>76</sup> **Calamari/ Perillo**, s. 636, **Worthington**, s. 24; **Hanbury, Harold; Mauldsley, Ronald; Martin, Jill**, Modern Equity, London, 1989, s. 658.

<sup>77</sup> **Burrows**, s.458.

binalardaki taş işçiliği, el yapımı süslemeler gibi bazı unsurlardır. Oysa bugün için taşınmazları sadece tarıma elverişli araziler ve özel olarak yapılmış müstakil evler ile sınırlamaya olanak bulunmamaktadır. Günümüzde apartman daireleri ve aynı tip müstakil evlerden oluşan sitelerdeki evler birbirine benzemektedir. Çoğunlukla bu evlerin değeri bir diğer benzeri ile aynıdır ve kolaylıkla aynı tip bir evin, aynı değere bulunması mümkündür<sup>78</sup>. Bu bakımdan tazminatın tam bir şekilde hesaplanabilmesine de bir engel bulunmamaktadır. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz *Equity* geleneğinden ötürü ihtilaf konusu taşınmaz kendine özgü bir karaktere sahip olmasa dahi mahkemeler tarafından halen aynen ifaya hükmedilmekte olduğu görülmektedir<sup>79</sup>. Öte yandan, tarıma elverişli araziler ile ormanlık arazilerin nitelikleri gereği ikame edilip edilemez oldukları hususunda da farklı kararlar mevcuttur. Örneğin *Suchan v. Rutherford* kararında<sup>80</sup> mahkeme tarıma elverişli bir arazinin ikame edilmez olmadığını belirtmiştir.

*Common law* sisteminin taşınmazlara ilişkin bu gelenekselleşmiş kuralı yakın tarihli bazı kararlarda eleştirilmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında<sup>81</sup> satıcının sözleşmeye aykırı davranarak, evin mülkiyetini nakil yükümlülüğünü ihlal ettiği tespit edilmiştir. Ancak, sözleşme konusu taşınmazın bir apartman dairesi olması nedeniyle kendine özgü bir karakter taşımadığı, benzer bir dairenin bulunmasının ve benzerlerinin değerinden hareketle tazminatın hesaplanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Buna göre, mahkeme aynen ifaya hükmetmek yerine tazminata hükmetmiştir<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Eisenberg, Melvin A., "Actual And Virtual Specific Performance, The Theory Of Efficient Breach, And The Indifference Principle In Contract Law", California Law Review, N.93, s. 975 (29); Burrows, s. 458.

<sup>79</sup> Burrows, s. 459, Zweigert/ Kötz (Weir), s. 480.

<sup>80</sup> Yorio, s. 261 ve orada anılan *Suchan v. Rutherford*, 90, Idaho 288, 296, 410, P.2d 434, 438 (1966).

<sup>81</sup> *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 C.R. 415.

<sup>82</sup> Amerikan hukukunda aynı yönde kararlar için bkz. Yorio, s. 260. *Centex Homes Corp v. Boag*, 128 N.J. Super. 358, 393, 320, A. 2d. 194, 198 (1974): Apartman dairesinin kendine özgü niteliği bulunmadığı belirtilmiştir. *Chaulk v. Fairview Constr. Ltd.* 14 Nfld & PEIR 13, 3, RPR 116 Nfld. CA (1977): aynı tip evlerden oluşan bir sitedeki ev açısından tazminat yaptırımı yeterli bulunmuştur.

*Eisenberg*'e göre ise<sup>83</sup>, sözleşme konusu taşınmazın apartman dairesinin bulunduğu kat, manzarası, sitedeki diğer evlere göre konumu gibi kendine özgü olan bir takım özelliklerinin alıcının o taşınmazı tercih etmesine neden olmuş olması mümkündür. Bu nedenle, taşınmazların piyasada benzerleri söz konusu olsa dahi, tam anlamıyla ikameleri mümkün olmayacaktır. Zira alıcının sözleşme konusu taşınmazı seçmesine neden olan özelliklere bire bir sahip olan bir ikamesini bulmak güçtür.

Öte yandan, yatırım amacıyla taşınmaz edinen alacaklılar açısından durum farklıdır. Zira yatırım amacıyla taşınmaz edinen alacaklılar söz konusu taşınmazda ikamet etmeyi veya taşınmazı her hangi bir amaç doğrultusunda kullanmayı planlamamaktadırlar. Aksine, taşınmazı bir süre ellerinde tutup sonra satmayı ve böylece kâr etmeyi amaçlamaktadırlar. Dolayısıyla, sözleşmeye aykırılık nedeniyle uğranılan zararın tespiti de nispeten kolay olacaktır. Özellikle, alacaklının söz konusu taşınmazı kısa vadede hemen satmak amacıyla aldığı durumlarda, hele ki ikinci satıma ilişkin sözleşme çoktan yapılmış ise, zararın belirlenmesi kolaylıkla mümkün olacağı için, aynen ifa talebini haklı nedenlere dayandırmak daha güçtür<sup>84</sup>.

Bununla birlikte, *Common law* sisteminde aynen ifaya hükmedilmesi bakımından taşınmazın uzun vadeli yatırım, emlak geliştirme ya da ikamet amacıyla edinilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır<sup>85</sup>. Nitekim alacaklının sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tespiti mümkün olsa dahi, mahkeme ifa etmeme tazminatı yerine aynen ifaya hükmetmektedir. Bunun Amerikan hukukundaki en tipik örneklerinden biri *Loveless v. Diehl* kararında<sup>86</sup>, görülebilir. Karara konu olan olayda ilk derece mahkemesi taşınmazı yeniden

<sup>83</sup> **Eisenberg**, s. 29.

<sup>84</sup> **Burrows**, s. 459.

<sup>85</sup> **Burrows**, s. 459.

<sup>86</sup> *Loveless v. Diehl*, 235 Ark. 805 364 W.2d 317 (1962).

satmak amacıyla alan davacının aynen ifa talebini reddederek, tazminata hükmetmiştir. Ancak, yüksek mahkeme davacının satın alma amacına bakılmaksızın taşınmazın kendine özgü niteliği gereği aynen ifaya hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>87</sup>.

Görüldüğü üzere, taşınmaz mülkiyetinin nakline ilişkin sözleşmeler açısından, *common law* sistemindeki esas yaptırım olan tazminat göz ardı edilmekte ve bu sözleşmeler açısından ifa asli yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır.

## 2. Taşınır Malların Satımı

*Common law* sisteminde, taşınır malların satımına ilişkin sözleşmelerde belli durumlarda aynen ifaya hükmedilebildiğini söylemek mümkün ise de, bu konuda belirleyici kriterin sözleşme konusu malın niteliği ile talepte bulunanın alıcı mı, yoksa satıcı mı olduğunu belirtmek gerekir.

Sözleşme konusu çeşit borcu olduğunda, malların piyasadan elde edilmeleri kolay ve hızlıdır<sup>88</sup>. Alıcı malları piyasadan ikame edecek, malların ikamesi için kurduğu sözleşmenin bedelini ve yaptığı masrafları satıcıdan tazminat davası ile talep edecektir. Neticede, alıcı aynı mallara sahip olabilecektir. Böylece, alıcı borcun ifası sonucunda elde edeceği menfaate kavuşacak ve mahkemeden ifayı talep etmesine gerek kalmayacaktır<sup>89</sup>.

Her ne kadar tazminat davası açarak ikame malların bedelini ve masrafları talep eden alıcı, bu konuda para ve zaman harcayacak ise de, unutulmamalıdır ki,

<sup>87</sup> Aynı doğrultuda, *Justus v. Clelland*, 651 P.2d 1206, 1208 (Ariz. Ct. App. 1982).

<sup>88</sup> **Yorio**, s. 292.

<sup>89</sup> Öğretide, çeşit borçlarında da ifa talebinin mümkün olacağını savunan bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre, satıcının da sözleşme konusu malları alıcı kadar etkin şekilde ikame edebilmesi ve bu malları alıcıya devredebilmesi mümkündür. Dolayısıyla aynı gerekçe aynen ifa talebi için de kullanılabilir. **Schwartz**, s. 286, **Kronman**, s. 352.

bu masraflar alıcının tazminat talep etmek yerine aynen ifayı talep etmesi halinde de yapılması gerekecektir. Bu açıdan malların masrafları borçluya ait olmak üzere alacaklı tarafından piyasadan ikame edilmesi ile aynen ifa talebinin kabul edilerek borçlu tarafından karşılanması arasında -sosyal refah açısından- bir fark bulunmamaktadır<sup>90</sup>.

Bazı hallerde ise, sözleşme konusu çeşit borcunun piyasadan kolayca ikamesi mümkün değildir. Burada sorun, satıcının piyasada tekel konumunda olmasından veya savaş<sup>91</sup> gibi olağanüstü nedenlerden<sup>92</sup> kaynaklanabilmektedir. Bu gibi hallerde, mahkemelerin aynen ifaya hükmetmekte oldukları görülmektedir. Bu açıdan *Kaiser Trading Co. v. Associated Metals & Minerals Corp.* kararı<sup>93</sup> ilginçtir. Söz konusu olayda, Kaiser şirketi alüminyum fabrikalarında kullanılmak üzere alüminyum yapımında kullanılan bir kimyasal madde olan cryolite'ten 3,500 ton sağlanması hususunda Associated şirketi ile anlaşmıştır. Ancak Associated, piyasada az miktarda cryolite kaldığı bir sırada

<sup>90</sup> **Eisenberg**, s. 1030. Yazar, her ne kadar sosyal refah ifadesine yer vermemiş olsa da, burada kastedilen hususun bu olduğu anlaşılmaktadır.

<sup>91</sup> Bu durum özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında otomotiv sektöründe görülmüştür. Mahkemeler normal koşullarda araba satımına ilişkin sözleşmeler açısından arabaların seri üretim olması nedeniyle aynen ifaya hükmetmemektedir. Bkz. *Beckmann v. Vassal-Dillworth Lincoln-Mercury, Inc.* 468, A. 2d. 784 (1983). Ancak 2. Dünya Savaşı sonrasında otomotiv sektöründe yaşanan sıkıntılar sonucunda arabaların piyasadan ikame edilmesini güç olduğu gerekçesiyle mahkeme birçok olayda aynen ifaya hükmetmiştir. *Demors v. Conart Motors Sales, Inc.* 149 Ohio St. 299, 78 N.E. 2d. 675 (1948); *Boeving v. Vandover*, 240, Mo. App. 117, 218, S.W.2d. 175 (1949).

<sup>92</sup> Amerika'da 1970'lerde piyasada pamuğun azalması nedeniyle pamuk fiyatları bir anda yükselmiştir. Bu durumun etkileri o dönemde pamuk satımına ilişkin verilen kararlarda görülmektedir. Mahkemeler bu dönemde *Weathersby v. Gore*, 556, F.2d. 1247, 8th Circuit (1977): pamuk satımına ilişkin kararda pamuğun piyasada bulunmasının güç olması nedeniyle aynen ifaya hükmedilmiştir. Aynı yönde, *Mitchell-Huntley Cotton Co, Inc. v. Waldrep*, 377 F. Supp. 1215 N.D. Ala. (1975); *Kimsey Cotton Co. Inc. v. Ferguson*, 233, Ga, 962, 214, S.E.2d. 360 (1975). Bu kararda mahkeme tarafların pamuğun "kendine özgü" olarak nitelendirmesi üzerine aynen ifaya hükmetmiştir.

<sup>93</sup> *Kaiser Trading Co. v. Associated Metals & Minerals Corp.*, 321 F. Supp. 923 (N.D. Cal.1970). Aynı yönde; *Eastern Lines, Inc. v. Gulf Air Oil Corp.* Southern Dist FL 1975. Eastern Havayolları uçak yakıtı sağlanması hususunda Gulf Şirketi ile anlaşmıştır. Ancak, Gulf OPEC boykotu nedeniyle yaşanan petrol krizi sırasında sözleşmeyi ihlal etmiştir. Bunun üzerine, mahkeme Gulf'in Eastern Havayollarına uçak yakıtı sağlamamasının sonucunda kriz yaşanacağını belirterek aynen ifaya hükmetmiştir.

sözleşmeyi ihlal etmiştir. Mahkeme, piyasada cryolite miktarındaki azalmayı göz önünde bulundurarak, aynen ifaya hükmetmiştir.

Belirtmek gerekir ki, uzun vadeli tedarik sözleşmeleri, mal satımına ilişkin diğer sözleşmelerden farklıdır. Uzun vadeli tedarik sözleşmelerinde sözleşmenin konusu bir çeşit borcu teşkil etse dahi, burada önem taşıyan unsur sözleşmenin yapıldığı sırada piyasada malın ikamesinin kolayca bulunup bulunamayacağı hususu değildir. Bu sözleşmelerde alıcı, belli bir dönem boyunca aynı tür malı aynı fiyat üzerinden almak amacıyla sözleşme yapmıştır. O takdirde, burada bakılması gereken asıl unsur tüm sözleşme süresi boyunca malların ikamesinin piyasada sözleşme bedeli üzerinden temin edilip edilmeyeceğidir. Başka bir deyişle, sözleşme konusunun çeşit borcu olma özelliğini sözleşmenin süresi boyunca koruyup korumadığı önem taşımaktadır. Zira alıcı açısından tedarikin sürekliliğini koruması çok önemlidir<sup>94</sup>. Bu nedenle, uzun vadeli tedarik sözleşmelerinde genellikle aynen ifaya hükmedilmekte olduğu görülmektedir.

İngiltere’de 1979 tarihinde kabul edilmiş olan Menkul Mal Satımlarına İlişkin Kanun (“*The Sale of Goods Act*”), hâkimin aynen ifaya hükmedebileceği halleri belirten açık bir hüküm içermesi açısından önem taşımaktadır<sup>95</sup>. Buna göre hâkim, “belli veya tespit edilmiş malların satımında”, sözleşmenin özelliklerine

<sup>94</sup> Laclede Gas Company v. Amoco Oil Company U. Ct. of App. 1975: 1970’de, Amoco Oil ve Laclede Gas, aralarında Missouri bölgesinde doğal gaz şebekesi geliştirilene kadar Laclede’in, iskân bölgelerine yerel propan gazı dağıtım sistemleri sağlamasına ilişkin bir sözleşme yapmışlardır. Bir süre sonra, Amoco aralarındaki sözleşmeyi ihlâl ederek, propan gazı dağıtımını durdurmuştur. Mahkeme piyasada propan gazının mevcut olmasına karşın enerji kaynaklarının geleceğinin belirsiz olması ve her an enerji sıkıntısı yaşanabileceğinden hareketle Laclede’in kendisi ile uzun süreli bir sözleşme yapacak başka bir tedarikçi bulmasının güç olduğunu belirterek aynen ifaya hükmetmiştir.

<sup>95</sup> 1979 İngiliz *Mal Satımlarına İlişkin Kanun* (“*The Sale of Goods Act*”) m. 52

(1) Belirli veya ayırt edilmiş malların teslimine ilişkin sözleşmenin ihlaline dayanan bir davada, Mahkeme, davacının talebi üzerine uygun gördüğü takdirde, davalıya zarar tazmin etmek imkânı tanımaksızın, sözleşmenin aynen ifa edileceğine ilam veya mahkeme emri ile hükmedebilir.

(2) Davacının talebi ilam veya mahkeme emrinden önce herhangi bir zamanda yapılabilir.

İlam veya mahkeme emri koşulsuz olarak verilebileceği gibi, mahkeme tarafından adil bulunacak bir tazminatın ya da semenin ödenmesi koşuluyla veya sair koşullar ile de verilebilir.

uygun bir çözüm getirdiğine inandığı takdirde satım konusu malın aynen ifasına hükmedebilecektir<sup>96</sup>. Dolayısıyla, mahkemelere “belirli veya ayırt edilmiş malların” satımında aynen ifaya hükmetmek konusunda açık bir takdir yetkisi verilmiştir<sup>97</sup>. Ancak, bu hüküm mahkemeler tarafından yorumlanarak sadece malların kendine özgü özelliklere sahip olduğu hallerde ifaya hükmedilmektedir<sup>98</sup>. Esasen, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kendine özgü malların aynen ifasına hükmedilmesi İngiliz içtihatlarında çok eskilere dayanmaktadır<sup>99</sup>.

Aynı şekilde, Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu da (“*Uniform Commercial Code*”) alıcının ifa talebini malın özelliğine bağlamakta ve “malların kendilerine özgü olduğu hâller ile diğer elverişli koşullarda” alıcıya ifayı talep etme hakkı vermektedir<sup>100</sup>. Buna göre, aile yadigârları<sup>101</sup> veya sanatsal çalışmalar<sup>102</sup> gibi mallar kendilerine özgüdür ve bu malların satımlarında aynen

<sup>96</sup> **Zweigert/ Kötz (Weir)**, s. 480.

<sup>97</sup> **Modern Equity**, s. 660.

<sup>98</sup> **Burrows**, s. 460.

<sup>99</sup> *Thorn v. Public Works Comrs (1863) 32 Beav 490*. Mahkeme, yıkılan eski Westminster Köprüsü’nün kemer taşının, Spandril taşının ve Bramley Fall taşının kendilerine özgü nitelikte olduklarını belirterek bu taşların satımına ilişkin sözleşmenin aynen ifasına hükmetmiştir. *Pusey v. Pusey*, 23 Eng. Rep. 465 (1684): İngiliz mahkemesi antikalara kendine özgü olarak nitelendirerek aynen ifaya hükmetmiştir.

<sup>100</sup> ABD Yeknesak Ticaret Kanunu (“*Uniform Commercial Code 2003 § 2-716 Buyer’s Right to Specific Performance or Replevin*”).

- (1) Aynen ifaya malların kendilerine özgü olduğu hâller ile diğer elverişli koşullarda hükmedilebilir. Tüketici sözleşmeleri haricindeki sözleşmelerde tarafların bu hususta anlaşmaları halinde aynen ifaya hükmedilebilir. Ne var ki, tarafların aynen ifayı kararlaştırmış olmaları halinde dahi, sözleşmeyi ihlal eden tarafın yerine getirmedeği yegâne yükümlülük paranın ödenmesi olursa, aynen ifaya hükmedilemez.
- (2) Aynen ifaya ilişkin hüküm mahkeme tarafından adil bulunacak bir tazminatın veya semenin ödenmesi koşulunu ya da sair koşulları içerebilir.
- (3) Alıcı, makul bir çaba göstermesinin ardından sözleşmede belirlenen malları tedarik edemiyorsa veya şartlardan böyle bir çabanın nafie olacağı anlaşılıyorsa veya mallar teminat sağlanması amacıyla yollanmış ise, alıcı bu mallara ilişkin olarak istirdat davası açma veya benzer bir yaptırımda bulunma hakkına sahiptir.
- (4) Satıcının malı göndermemesi veya göndermekten kaçınması halinde dahi, alıcının fıkra (3)’de olduğu gibi bir sınırlı bir ayni hakkı kazanması mümkündür.

<sup>101</sup> *Ruddock v. First Nat. Bank* 201 Ill.App.3d 907, 147 Ill.Dec. 310, 559 N.E.2d 483 (Ill. App. 2 Dist.1990), 1162: Ender bulunur bir aile yadigârı saat satımında, saat kendine özgü olarak nitelendirilmiş, aynen ifaya hükmedilmiştir.



ifaya hükmedilmesi gerekmektedir<sup>103</sup>. Ayrıca, Yeknesak Ticaret Kanunu, İngiliz Mal Satımlarına İlişkin Kanundan farklı olarak ifa talebinin kapsamını “diğer elverişli koşullar” ifadesi ile daha geniş bir şekilde kabul etmiş olmaktadır.

Böylece İngiliz ve Amerikan hukuklarında yer alan bu düzenlemeler uyarınca, mahkemeler kendilerine özgü mallar söz konusu olduğunda aynen ifaya hükmedebilmektedir. Kendine özgü malların, benzerlerinde bulunmayan belli karakteristik özelliklere sahip mallar oldukları göz önüne alındığında<sup>104</sup>, sözleşme konusunun parça borcuna ilişkin olduğu hallerde genellikle aynen ifaya hükmetmek gerekecektir. İkinci el mal satımlarında bu özellik çok açık bir şekilde görülebilir.

Malların farklılık gösteren özellikleri objektif veya sübjektif olabilir. Van Gogh’un “Yıldızlı Gece” tablosu objektif olarak diğer tablolardan farklı iken, halka açık olmayan şirketler ve onların hisseleri sübjektif olarak diğer şirketlerden farklıdır<sup>105</sup>. Her iki halde de, söz konusu parçanın özelliklerinden hareketle değerini tespit etmek mümkün olsa dahi, aynen ifaya hükmedilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, gemilerin her birinin kendilerine özgü karakterleri bulunduğu gerekçesiyle mahkemeler tarafından gemi satımına ilişkin sözleşmelerde de aynen ifaya hükmedildiği görülmektedir<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> Cumbest v. Harris Supreme Court of Mississippi, 363 So. 2d 294 (1978): Sipariş üzerine yapılan bir ses sisteminin kendine özgü olduğu ve dolayısıyla ikamesinin mümkün olamayacağı, bu nedenle tazminatın borcun ifası ile aynı sonuçları doğurmayacağı ve tazminat yaptırımının yetersiz kaldığı gerekçesiyle aynen ifaya hükmedilmiştir.

<sup>103</sup> **Calamari/ Perillo**, s. 637, **Zweigert/ Kötz (Weir)**, s. 481.

<sup>104</sup> **Burrows**, s. 460.

<sup>105</sup> **Eisenberg**, s. 1032.

<sup>106</sup> Behnke v. Bede Shipping Co Ltd. 1 KB 649 (1927): Davacı, Alman bir donatandır ve City isimli İngiliz gemisini satın almak için Bede Shipping Co ile sözleşme yapmıştır. Ancak, Davalı şirket sözleşme uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Bunun üzerine, Davacının ifa talebiyle açmış olduğu davada sözleşme konusu eski bir gemi olmakla birlikte, kendine özgü ve piyasada ikame edilemez nitelikte bulunmuştur. Bu nedenle, mahkeme aynen ifaya hükmetmiştir.

Öte yandan, ticari mallar genellikle piyasadan kolayca ikame edilebildikleri için yukarıda açıklandığı üzere genellikle bir çeşit borcu niteliği taşımaktadırlar. Ancak, yukarıda da incelediğimiz üzere<sup>107</sup>, ticari açıdan kendine özgü malların (*commercially unique goods*) satımı ifa talebi açısından önem taşımaktadır<sup>108</sup>. Ticari açıdan kendilerine özgü mallar fiziksel olarak bir özellik taşımamakla birlikte, ikame edilmeleri güç oldukları için bu malların ikamesi alacaklının işlerini aksatacak bir gecikmeye neden olacaktır<sup>109</sup>. Bu nedenle bu gibi hallerde aynen ifaya hükmedilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>110</sup>.

Satım sözleşmesi uyarınca alıcının, malları teslim almak ve mal bedelini ödemek yükümlülüğü bulunmaktadır. Alıcının sözleşmeye aykırı davranması hâlinde satıcının ifa talebi hususunda İngiliz Mal Satımlarına İlişkin Kanunda hiç bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, satıcının sözleşmeden elde edeceği menfaat genellikle belli bir miktar paranın ödenmesine ilişkindir. Bu nedenle, mahkemenin tazminata ilişkin vereceği bir karar satıcı açısından yeterli olmaktadır. Bu nedenle, *common law* sisteminde, alıcıyı ifaya mahkûm edebilmeleri için mahkemelere çok az bir takdir yetkisi bırakılmış olduğunu söylemek mümkündür<sup>111</sup>.

Bununla birlikte, uzun vadeli mal tedarik sözleşmelerinde satılan malların tam sayısının veya gelecekteki piyasa değerlerinin tespit edilmesi güç olduğundan satıcının zararının da net bir şekilde belirlenmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, uzun vadeli sözleşmelere aykırılık halinde sadece alıcı açısından değil satıcı açısından da aynen ifaya hükmedilmesi uygun olacaktır. Ayrıca, bu

---

<sup>107</sup> Bkz. § 1 III A.

<sup>108</sup> **Treitel, Contract**, s. 1022, **Burrows**, s. 461.

<sup>109</sup> Nitekim Behnke v. Bede Shipping Co Ltd davasında, Mahkemenin aynen ifaya hükmetme gerekçeleri arasında alıcının işlerinin aksamaması için gemiye hemen ihtiyacı olması da sayılmıştır.

<sup>110</sup> Ticari açıdan kendine özgü mal, (*commercially unique goods*) piyasada başka bir satıcıdan temin edilmesinin güç ve masraflı olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır.

<sup>111</sup> **Burrows**, s. 464.

gibi sözleşmelerde alıcının satıcıdan başkasından mal almasını önlemek için mahkemenen tedbir kararı alınmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>112</sup>.

Amerikan hukukunda sözleşme konusu malın henüz alıcıya teslim edilmemiş olması hâlinde, satıcının malı satarak, ilk sözleşme bedeli ile ikinci satım bedeli arasındaki farkı ve ikinci satımın gerçekleştirilmesi için yapılan masrafları sözleşmeye aykırı davranan alıcıdan talep etmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, satıcının makul özeni göstermesine rağmen, malları satamaması veya uygun fiyattan satamaması durumunda, Amerikan Yeknesak Ticaret Kanununun 2-709. bölümünün 1/b maddesi uyarınca -malların belirlenmiş olması koşuluyla- satıcının sözleşme bedelini talep etmesi mümkündür. Bu talebin bir aynen ifa talebi olduğunu düşünmek mümkündür. Zira bu hüküm uyarınca, alıcıdan borcunu sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ödemesi talep edilmektedir. Bununla birlikte, belli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin bu davanın da aslında bir tazminat davası olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Nitekim verilen kararın icrasının, alıcının zorlanmasına gerek olmadan, alıcının malları ve gelirleri haczedilmek suretiyle sağlanabilecek olması da bunun bir göstergesi sayılmaktadır<sup>113</sup>.

### 3. Diğer Satım Sözleşmeleri

Mal satımları dışında, kendine özgü nitelikteki diğer satım sözleşmelerinde, alıcının sözleşme konusu şeyleri piyasadan ikame etmesi çoğu zaman mümkün olmayacağından hareketle sözleşmenin ifasına hükmedilmektedir.

---

<sup>112</sup> Burrows, s. 465.

<sup>113</sup> Eisenberg, s. 1034.

Hisse senedi satımları bu bakımdan özellik arz ederler. Hisse senetlerinin piyasada serbestçe bulunmasının mümkün olduğu hallerde, tazminat söz konusu hisselerin piyasadaki alınabilmesine yeterli olacaktır. Bu nedenle, bu gibi hallerde genellikle aynen ifaya hükmedilmemektedir. Özellikle halka açık şirketlerin hisse senetlerinin piyasada, yani borsada ikame edilmeleri kolaydır. Söz konusu hisselerin piyasa değerleri belli olduğu için ikame alım bedelinin belirlenmesi de mümkündür. Dolayısıyla, söz konusu şirketlerin hisse devirlerinde sözleşmeye aykırılık halinde, tazminat piyasadaki ikame edilebilir olduğu nispette yeterli olmakta ve aynen ifaya genellikle hükmedilmemektedir. Örneğin *South Sea* hisselerinin satımına ilişkin bir sözleşmede ifa talebi mahkeme tarafından reddedilmiş olup mahkemenin gerekçesi zararın tazmininin sözleşmede kararlaştırılan sayıda hisselerin alınmasını karşılaması halinde, söz konusu hisselerin davalıdan veya piyasada herhangi bir kişiden alınması arasında hiç bir fark bulunmadığı yönündedir. Bu davada, hisseleri halka açık olan şirketin hisse devri sözleşmesinin Chancery Mahkemelerinin yetkisi dâhilinde olmadığı ve kanunun öngördüğü tazminat yaptırımının bu sözleşmeler açısından yeterli olacağı belirtilmiştir<sup>114</sup>.

Öte yandan, hisseleri piyasada bulunmayan halka açık olmayan şirketlere ilişkin hisse satımları ile -halka açık bir şirket dahi söz konusu olsa- sözleşme konusu hisselerin şirketin kontrolünü sağlamaya yarayacağı hallerde tazminat yaptırımı yeterli olmayacaktır<sup>115</sup>.

Halka açık olmayan şirketlerde, şirketin hisseleri piyasada bulunmamaktadır. Dolayısıyla, halka açık olmayan şirket hisselerinin ikamesi kolay olmadığından, tazminatın belirlenmesi de güç olacaktır. Bu nedenle, bu gibi şirketlerin hisse devirlerinde sözleşmeye aykırılık halinde aynen ifaya hükmedilmektedir. Örneğin *Medcom Holding v. Baxter Travenol Lab*

<sup>114</sup> *Cud v. Rutter* (1720) 1 P Wms 570.

<sup>115</sup> **Goldstein, Jordan A.**, “*The Efficiency Of Specific Performance In Stock-For-Stock Mergers*” *Del. J. Corp. L.*, No. 29, s. 747 (753).

*davasında*<sup>116</sup>, mahkeme şirketin hisselerinin halka açık olmaması nedeniyle tam ve doğru bir değerlendirme yapmanın mümkün olmayacağını ve işletmenin kendine özgü bir karaktere sahip olduğunu belirterek aynen ifaya hükmetmiştir.

Hisse devirleri açısından önem taşıyan bir diğer durum; hisse devri sonucunda alıcının şirket kontrolünü elinde bulundurmaya yetecek hisseye sahip olacağı hallerdir<sup>117</sup>. Bu satımlarda sözleşmeye aykırılık halinde alacaklı çoğunluk hisseyi elinde bulundurmaya imkânından yoksun kalmakta ve dolayısıyla şirketin kontrolünü elde edememektedir. Bu bakımdan, tazminatın miktarını belirlemek kolay olsa dahi, bu gibi durumlarda tazminat zararı karşılamak açısından uygun bir yaptırım olmamakta ve aynen ifaya hükmedilmektedir<sup>118</sup>.

Bununla birlikte, alıcının hisseleri tekrar satmak üzere aldığı hallerde zararın tam olarak belirlenmesi mümkündür ve bu bakımdan tazminatın yeterli bir yaptırım olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır<sup>119</sup>.

Aynen ifaya hükmedilmesinin uygun olacağı bir diğer hal ise, işletme devirleridir. Her bir işletme kendine özgü olduğundan ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmelere aykırılık halinde de aynen ifaya hükmedilmesi tercih edilmektedir. Örneğin *Republican Printing Co. v. Channel 17, Inc* davasında<sup>120</sup>, televizyon istasyonunu kendine özgü bir işletme olarak tanımlanmış ve bir televizyon istasyonunun bir halka açık olmayan şirketten diğer bir halka açık olmayan şirkete satılması halinde sözleşmeye aykırılık nedeniyle aynen ifaya hükmedilmiştir.<sup>121</sup>

<sup>116</sup> *Medcom Holding v. Baxter Travenol Lab*, 984 F. 2d 223 (7. Cirt. 1993).

<sup>117</sup> **Burrows**, s. 465.

<sup>118</sup> **Goldstein**, s. 753, **Burrows**, s. 465.

<sup>119</sup> **Burrows**, s. 465.

<sup>120</sup> *Republican Printing Co. v. Channel 17, Inc.*, 533 F. Supp. 601, 621 (W.D. Mo. 1981).

<sup>121</sup> Ayrıca aynı doğrultuda bkz. *Leasco v. Taussig*, 473 F.2d 777, 2. (Daire 1972).

Aynı şekilde, birleşme ve devralma sözleşmelerinin de aynen ifasına karar verilmektedir<sup>122</sup>. Ayrıca, patent ve telif hakkı gibi fikri hakların piyasadan ikameleri mümkün olmadığı için bu hakların naklîne ilişkin sözleşmelerde de aynen ifaya hükmedilmesi mümkündür<sup>123</sup>.

#### 4. Hizmet Sözleşmesi

*Common law* sisteminde, mahkemeler iş sözleşmesi uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmeyen işçi aleyhine aynen ifaya hükmetmemektedir<sup>124</sup>. Bu durumda, işverenin sözleşmeye aykırı davranan işçinin yerine almış olduğu aynı nitelikteki başka bir işçi için ödediği ücret farkı yeterli bir tazminat olarak nitelendirilmektedir.

Hizmet sözleşmelerinde işçinin sözleşmeye aykırılığı söz konusu ise, işverenin aynı işçiye muadil bir işçi bulması mümkün olamayacağı için, ifa tam olarak elde edilemeyecektir. Bu durum, kişisel yetenek ve becerileri ile öne çıkan sanatçılar<sup>125</sup> ve sporcular<sup>126</sup> açısından özellikle önem arz etmektedir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, *common law* sisteminde mahkemelerin aynen ifaya hükmedebilmeleri için müdahalenin hakkaniyete uygun olması gerekmektedir. Dolayısıyla, hizmetin kendine özgü ve ikame edilemez olması veya tazminat

<sup>122</sup> In re IBP, Inc., 789 A.2d 14 (Del. Ch. 2001): Tyson Foods Inc. ile IBP Inc.'in birleşmesinin ardından 29 Mart 2001 tarihinde, Tyson Food Inc., IBP Inc.'nin mali raporlarını yeniden yayınlaması sonucunda hisselerinin düştüğü gerekçesiyle aralarındaki Birleşme Sözleşmesi'ni feshetmiş, bunun üzerine, 30 Mart 2001'de IBP Inc. tarafından açılan davada Delaware Mahkemesi, Sözleşmenin feshinin hukuka aykırı olduğuna ve bundan hareketle sözleşmenin aynen ifasına karar verilmiştir.

<sup>123</sup> Benziger v. Steinhauer; Federal Jurisdiction (1909).

<sup>124</sup> Anson/ Beatson, s. 636; Treitel, Outline, s. 411.

<sup>125</sup> Mahkemeler, yetenekleri öne çıkan sanatçıların başka bir kimseyle ikame edilemez olduklarını kabul etmektedir. Bu yönde, McCaull v. Braham, 16 F, 37 CCSDNY (1883); MCA Records Inc v. Newton-John, 90 Cal. App. 3d 18, 153 Cal Rptr. 153 2d Dist. (1979); Duff v. Russell, 133 NY 678, 31 NE 622 (1892); Daly v. Smith, 49 How. Pr. 150, NY Super. (1874) (Yorio, s. 364).

<sup>126</sup> Tıpkı sanatçılarda olduğu gibi mahkemeler, profesyonel sporculara da olağanüstü yeteneklere sahip olduklarından hareketle onlara özel önem vermekte ve başka biriyle ikame edilemez olduklarını kabul etmektedir. Bu yönde, Houston Oilers Inc. v. Neely, 385 US 840 (1966); Madison Square Garden Boxing Inc. v. Shavers, 434 F. Supp. 449, 452 n.11 SDNY (1977); Philadelphia Ball Club v. Lajoie, 202 Pa. 210, 217, 51 A. 973, 974. (Yorio, s. 364).

yaptırımının yetersiz kalması gerekmektedir<sup>127</sup>. Öte yandan, işçinin sahip olduğu yetenek, beceri veya itibarın benzersiz veya nadir olması halinde, tazminat yeterli bir yaptırım olarak görülmemektedir. Zira söz konusu işçinin yerine aynı nitelikleri taşıyan başka birinin bulunması güç olduğundan tazminatın da belirlenmesi güç olacaktır.

Bu nedenle, bu gibi hallerde aynen ifaya karar verilmesi gerektiği düşünülebilirse de, bu koşulların mevcut olması halinde dahi, işçilerin, hizmet sözleşmelerine aykırılıkları nedeniyle mahkemelerin aynen ifaya hükmetmelerine olanak bulunmamaktadır<sup>128</sup>. Zira işçilerin hizmet sözleşmesi uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmelerine hükmetmek, iş görmeye zorlamak anlamına gelecektir<sup>129</sup>. Bu durum, Roma hukukundan bu yana hâkim olan “*Nemo praecise cogi potest ad facum*”<sup>130</sup> prensibine aykırı olacak ve kölelik anlamına gelecektir<sup>131</sup>. Oysaki işçilerin çalışma özgürlükleri bulunmaktadır<sup>132</sup>. Maça çıkmaktan kaçınan bir sporcu<sup>133</sup> ile sahneye çıkmak istemeyen sanatçının<sup>134</sup>

<sup>127</sup> Yorio, s. 357; O’Sullivan, Janet; Hilliard, Jonathan, The Law of Contract, Oxford, 2004, s. 598.

<sup>128</sup> 1992 İngiliz Ticaret Birliği ve İş İlişkileri Kanunu (*Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act*) s. 236 Çalışma mecburiyetinin olmaması

“Hiçbir mahkeme,

(a) Bir iş sözleşmesinin aynen ifası veya aynen uygulanması veya

(b) Söz konusu sözleşmenin cebri icrası veya mevcut veya muhtemel sözleşmeye aykırılıkların yasaklanması,

aracılığıyla bir işçiyi bir işi yapmaya veya bir işin yapılması amacıyla bir yerde hazır bulunmaya zorlayamaz.”

<sup>129</sup> Mary Clark, 1 Blackf. 122 Ind. (1821): İşçinin, zorla işine devam etmesi anlamına gelecek olan ifa talebi reddedilmiş ve işçinin çalışma borcuna aykırılığı halinde sadece tazminata hükmedilebileceği belirtilmiştir.

<sup>130</sup> “Kimse bir iş yapmaya zorlanamaz.”

<sup>131</sup> Bu ilke temel civil law sisteminde de kabul edilmektedir. Bunun en tipik örneği Fransız Hukukunda görülmektedir. Bkz. § 2 II C 1.

<sup>132</sup> Amerikan hukukunda bu durumun Anayasa’nın 13. maddesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir.

<sup>133</sup> Dallas Cowboys Football Club v. Harris, 348 W.2d 37 (1961).

<sup>134</sup> Lumley v. Wager (1852) 1 De D.M. & G. 604.

borcunu aynen ifa etmesine hükmetmek ile kölelik arasında bu bağlamda pek bir fark bulunmamaktadır<sup>135 136</sup>.

Öte yandan, sözleşmenin işçinin işveren ile rekabet etmesini yasaklayan hükümlerinin ifası için mahkemeden bir *injunction*<sup>137</sup>, yani bir men kararı alınması mümkündür<sup>138</sup>. Ancak, hizmet sözleşmesine bağlı rekabet etmeme hükmünün *injunction* vasıtasıyla yerine getirilmesinin de, aynen ifa ile aynı sonuçları doğurabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Zira rakip için çalışamazsa kendi hayatını sürdüremeyecek bir işçinin, bu durumda esas işvereni ile çalışmak ile hiç çalışmamak arasında tercihte bulunması gerekecektir<sup>139</sup>. O halde, işçiyi önceki işverenin yanında çalışmaya zorluyorsa, o takdirde rekabet etmeme borcunun aynen ifasına karar verilmemesi gerekir.

Buna karşılık, 1937 tarihli ünlü Warner Brothers Pictures, Inc v. Nelson kararında<sup>140</sup>, mahkeme farklı bir sonuca ulaşmıştır. Bayan Nelson (sanatçı, Bette Davis olarak tanınmaktadır) ile Warner Bros arasında yapılan sözleşme ile Bayan Nelson'ın belli bir süreliğine sadece Warner Bros filmlerinde çalışacağı, başka hiç bir şirket için çalışmayacağı kararlaştırılmıştır. Ancak, Bayan Nelson bu süre içinde ün kazanmış ve sözleşmeye aykırı davranarak bir İngiliz film şirketi tarafından yapılan filmde rol almıştır. Bunun üzerine, Warner Bros şirketi

<sup>135</sup> **Calamari/ Perillo**, s. 656.

<sup>136</sup> Amerikan hukukunda bir görüş hizmet sözleşmelerinin aynen ifasına hükmetmenin Anayasaya aykırılık teşkil edeceğini savunmaktadır (**Murray**, s. 846).

<sup>137</sup> *Injunction*, belli bir davranışta bulunmayı emreden veya engelleyen mahkeme kararıdır. Davacının mahkemeden *injunction* talep edebilmesi için başka hiçbir açık, yeterli ve tam yaptırımın bulunmadığını ve *injunction* kararı verilmediği takdirde telafi edilemez bir zararın ortaya çıkacağını ispatlaması gerekmektedir (**Garner, Bryan**; Black's Law Dictionary, 8th Edition, St. Paul, Minn., 2004).

<sup>138</sup> **Farnsworth/ Young/ Sanger**, s. 453.

<sup>139</sup> Burada kastedilen hizmet sözleşmesinin devamı süresi için öngörülmuş olan rekabet yasağıdır. Buna karşılık hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olmak üzere bir rekabet yasağının öngörülmesi de hiç şüphesiz mümkündür. Bu tür rekabet yasağı sözleşmeleri aşağıda ayrıca incelenecektir. Bkz. § 1 III B 5 a.

<sup>140</sup> Warner Brothers Pictures, Inc v. Nelson [1937] 1 KB 209.



mahkemeye başvurmuş ve Bayan Nelson'ın başka bir şirket için çalışmasını engellemiştir<sup>141</sup>.

Rekabet yasağına ilişkin hükümler bir kenara bırakılacak olunursa görüldüğü üzere, işçinin sözleşmeye aykırı davranışı halinde aynen ifaya hükmetmek kural olarak mümkün değildir. Ancak, işverenin hizmet sözleşmesine aykırılığı halinde aynen ifaya hükmedilebileceği kabul edilmektedir. İşverenin hizmet sözleşmesi uyarınca yükümlülükleri işçinin maaşını ödemek, işçinin gelişmesini ve işyeri çevresinin bir parçası olmasını sağlamaktır. Bu bağlamda işçinin, işyeri ve çalışma koşullarına ilişkin talepler ileri sürmesi veya haklı nedenler olmaksızın hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde işe iadesine ilişkin aynen ifa davası açması düşünülebilir.

Ancak, hizmet sözleşmeleri işçi – işveren arasındaki güven ilişkisine dayanmaktadır. Bu bakımdan, işe iade davalarında aynen ifaya hükmedilmesi genellikle tercih edilmemektedir. Zira mahkemeler işçinin işe iadesine hükmetmeler dahi bozulan işçi-işveren ilişkisinin düzelmesini sağlamalarına olanak bulunmamaktadır. Güven olmadan devam eden iş ilişkisi ise sözleşmeden beklenen sonuçları vermeyecektir. Özellikle yönetici düzeyindeki işçiler ile işveren arasında yaşanabilecek benzer bir uyuşmazlığın sonuçları katlanılmaz olabilecektir. Dolayısıyla, işverenden işçisini yeniden işe almasını istemek işverenin işini etkileyebilecek ve bu açıdan işvereni istemediği bir hizmet ilişkisini devam ettirmeye zorlamak olacaktır<sup>142</sup>. Bu açıdan, işe iade taleplerinin ifasına hükmedilmemesi ihtilafın niteliği göz önüne alındığında daha uygun

---

<sup>141</sup> Bu konudaki en klasik karar Lumley v. Wager (1852) 1 De D.M. & G. 604) kararıdır. Buna göre, davalı ile davacı arasında davalı şarkıcının belli bir süre davalının tiyatrosunda şarkı söylemesi ve bu süreç içinde başka bir yerde şarkı söylememesi hususunda bir sözleşme yapılmıştır. Ancak, davalı bir süre sonra başka bir tiyatro ile anlaşmıştır. Mahkeme, davalının sözleşme uyarınca davacının tiyatrosundan şarkı söyleme yükümlülüğünü yerine getirmesi hususundaki ifa talebini reddetmiştir. Ancak, bu süre içinde davalının herhangi başka bir tiyatrodaki şarkı söylemesini yasaklamıştır. [Anson/ Beatson, s. 639'dan naklen]

<sup>142</sup> Zweigert/ Kötz (Weir), s. 482.

olacaktır. Bununla birlikte, özel bir güven ilişkisi gerektirmeyen hallerde, aynen ifaya hükmedilmesinin hiç bir sakıncası bulunmamaktadır.

Hizmet sözleşmelerinde gerek işçinin gerekse işverenin borçları açısından aynen ifaya hükmedilmesinin yaratabileceği bir diğer sıkıntı ise, hizmet sözleşmelerinin ifasının yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesindeki güçlüktür. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere<sup>143</sup>, mahkemeler tarafından aynen ifaya hükmedildikten sonra, ifanın yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesinin mümkün olmadığı durumlar aynen ifaya hükmedilmesinin mümkün olmadığı hallerden biri olarak kabul edilmektedir. Bu husus da, mahkemelerin hizmet sözleşmelerinde aynen ifaya hükmetmek konusunda çekingen davranmalarının bir diğer gerekçesini teşkil etmektedir.

## 5. Rekabet Yasağı Öngören Sözleşmeler

*Common law* sisteminde, yapmama borcu içeren sözleşmelere aykırılık halinde aykırılığın *injunction*<sup>144</sup> ile önlenmesi mümkündür<sup>145</sup>. *Injunction*, aynen ifa talebini destekler niteliktedir ve her ikisine de aynı prensipler uygulanmaktadır<sup>146</sup>. Aşağıda yapmama borcunun bulunduğu iki tipik durum; hizmet sözleşmelerinin sona ermesinden sonra işçiler için getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü ile özellikle ticari işletme satımlarında öngörülen ticareti sınırlayan rekabet yasağı özel olarak incelenecektir.

### a) Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinden Sonrası İçin Öngörülen Rekabet Etme Yasağı

<sup>143</sup> Bkz. § 1 IV B.

<sup>144</sup> *Injunction* hakkında detaylı bilgi için bkz. **Sharpe**, s. 1-120; **Modern Equity**, Bölüm 24.

<sup>145</sup> **Treitel, Outline**, s. 408.

<sup>146</sup> **Treitel, Outline**, s. 415.

İşçinin ticari sır veya benzeri gizli bilgilere sahip olması halinde, genellikle, işçi ve işveren arasında hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra dahi bu bilgilerin açıklanmamasına veya kullanılmamasına ilişkin bir düzenleme getirilmektedir. Aslında, açık bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde bile, işçiler iş sözleşmesinin feshinden sonra gizli müşteri listeleri dâhil ticari sırları açıklayamazlar ve kullanamazlar. Bununla birlikte, işçilerin eski işverenlerinin ticari sırlarını öğrendikleri durumlarda bu bilgilerin kötüye kullanılma veya açıklanma ihtimali daha yüksek olduğu için, taraflar arasında rekabet etmeme yönünde anlaşmaların yapıldığına sıklıkla rastlanmaktadır. Hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin işveren ile rekabet etmemesine ilişkin bu hükümlere aykırılık halinde genellikle tazminat yaptırımını öngörülmektedir.

İşçinin rekabet etmeme hükmü içeren sözleşmeyi işe başladığı sırada imzalamış olması gerekmektedir. Eğer bu rekabet etmeme sözleşmesi, hizmet sözleşmesi devam ederken imzalanmış ise bu durumda, sözleşmenin geçersiz olacağı ifade edilmektedir. Ayrıca, hizmet sözleşmesinin feshinden sonra işçinin işveren ile yapmış olduğu rekabet etme yasağına ilişkin düzenlemenin ivazlı olması gerekmektedir. Eğer rekabet etmeme düzenlemesi işçinin iş sözleşmesinin düzenlemesi sırasında getirilirse, ivaz sorun olmayacaktır. Ancak, söz konusu düzenlemenin işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapılması halinde rekabet etmeme düzenlemelerinin ivazsız olmaları sözleşmenin geçersiz olmasına yol açacaktır<sup>147</sup>.

Ancak, ivazlı düzenlemelerde diğer bir sorun ile karşılaşılmaktadır. İşçinin rekabet etmesini yasaklayan hükümlerin, ticari ilişkilerdeki rekabet etmeme hükümlerinden farklı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda ele alacağımız üzere, işletmesini devreden satıcıya ilişkin düzenlemelerin geçerliliği, sürenin, coğrafi alanın ve faaliyet alanının makul olarak belirlenmiş olmasına bağlıdır. Oysa iş sözleşmelerinde getirilen rekabet etmeme hükümlerinde, işçi

---

<sup>147</sup> Calamari/ Perillo, s. 657.

hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işveren ile aynı iş kolunda çalışmayacağını taahhüt etmektedir. Bu durumda işçinin, işe ilişkin bir ticari sır öğrenmediği veya müşterilerle doğrudan ilişki içinde olmadığı hallerde, böyle bir rekabet etmeme hükmünün uygulanması için geçerli bir neden bulunmamaktadır<sup>148</sup>.

Rekabet yasağına aykırılık halinde ifanın dolaylı yoldan sağlanması için *injunction* yoluna başvurulması mümkün olmaktadır<sup>149</sup>. Ancak bu durumun, işçinin haklarının ihlali anlamına gelebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır<sup>150</sup>. Özellikle süreli bir hizmet sözleşmesinin sonunda işçinin sebep gösterilmeksizin işine son verilmiş ise, rekabet yasağına ilişkin sözleşme hükümlerinin dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu durum mahkeme içtihatlarında tartışmalıdır. Bazı kararlarda, sözleşmenin yorumlanması yönünde karar alınırken,<sup>151</sup> diğer kararlarda ise *injunction* yoluna başvurulmasının uygun olmayacağı<sup>152</sup> belirtilmektedir. Zira rekabet etmeme hükümleri içeren hizmet sözleşmesinin amacı bir yandan işvereni haksız rekabetten korurken, diğer yandan da işçinin eğitilmesini sağlamaktır. İşçi hizmet sözleşmesini imzalarken, kendi mesleğini işverenin yanında devam ettirmeyi amaçlamaktadır. Ancak işveren, sözleşmeyi hiçbir neden bulunmaksızın sona erdirerek, işçinin iş güvencesini elinden almış olmaktadır. Rekabet etmeme hükümlerinin uygulanması ile işçinin başka bir yerde çalışma şansı da kalmamaktadır. Bu nedenle, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak sona erdirildiği hallerde, söz

<sup>148</sup> Nitekim Türk hukukunda da benzer bir sınırlama kabul edilmiştir. Borçlar Kanununun 348. maddesinin 1. fıkrasında göre, hizmet sözleşmesine, işçinin işinin son bulmasından sonra kendi adına işveren ile rekabet edemeyeceğine, böyle bir işte çalışamayacağına ya da böyle bir işe ortak olarak ya da başka yolla katılamayacağına ilişkin kayıtların konulabilmesi işçinin işverenin sırlarını ve müşteri çevresini öğrenmiş olmasına ve bunları kullanarak işverene zarar verme olasılığının bulunmasına bağlıdır.

<sup>149</sup> **Treitel: Chitty on Contracts, General**, N.27-065.

<sup>150</sup> *Dallas Cowboys Football Club v. Harris*, 348 W.2d 37 (1961).

<sup>151</sup> *Frierson v. Sheppard Building Supply*, 247, Miss 157 (1963); *Bishop v. Lakeland Animal Hospital* 268 III. App.3d. 114,205 (1994).

<sup>152</sup> *Bailey v. King*, 240 Ark. 245, 398 W.2d 906 (1966); *Post v. Merrill, Lynch, Fierce, Fenner & Smith*, 48 N.Y.2d. 84, 421, NYS 2d. 847 (1979).

konusu rekabet etmeme hükmünün uygulanması işçinin haklarını ihlal edecektir<sup>153</sup>.

## b) Ticareti Sınırlayan Rekabet Yasağı

Ticari işletme satımında, işletmenin tüm malvarlığı ile birlikte satılan bir diğer unsur da ticari itibardır (good will). Buna göre, işletmeyi devralan taraf, işletmenin mevcut müşterilerinin yeni işletmecilerle devam edecekleri beklentisiyle söz konusu yatırımı yapmaktadır. Bu nedenle, taraflar arasında genellikle, işletmeyi devreden, satım konusu işletme ile aynı işkolunda yeni bir işletme açmaması hususunda sözleşme yapılmaktadır. Öte yandan, *common law* sisteminde ticaret hayatına aşırı sınırlamalar getirilmesi yasaklanmıştır. Öyleyse, bu düzenleme ile söz konusu prensibin ihlal edip edilmediği sorunu ortaya çıkacaktır<sup>154</sup>. Bu nedenlerle, işletmeyi devreden iş hayatını sürdürmesini kısıtlayan ve makul olmayan ticari sınırlamalar geçersiz kabul edilecektir.

İngiliz içtihatlarında, getirilen yasaklamanın “genel” veya “sınırlı” olup olmadığı hususu ön plana çıkmaktadır. Amerika’da eski bazı kararlarda, bu kıstas farklı bir şekilde uygulanmıştır. Buna göre tüm eyalette getirilen yasaklamalar *per se* geçersiz, eyaletin tamamına ilişkin olmayan tüm diğer yasaklamalar ise sınırlı olduğu için geçerli kabul edilmiştir. Günümüzde söz konusu kıstas terk edilmiştir; artık ticarete getirilen yasaklamanın aşırı olup olmadığı hususu önem taşımaktadır<sup>155</sup>. Bir başka deyişle, işletme yerel nitelikte olsa dahi, ülkenin her hangi bir yerinde rekabet etmeyi yasaklayan bir düzenleme geçerli kabul edilebilecektir.

<sup>153</sup> Calamari/ Perillo, s. 660.

<sup>154</sup> Goldstein, s. 755, Calamari/ Perillo, s. 655.

<sup>155</sup> Calamari/ Perillo, s. 655.

Ticarete getirilen aşırı yasaklamalar ise geçersizdir. Satıcının alıcı ile rekabet etmeme taahhüdü; satın alınan ticari itibarın sınırlarını aştığı takdirde icra edilemez. Bu nedenle, eğer yasaklama satıcının ticari itibarının bulunmadığı bir bölgeye veya satıcının faaliyet konusu dışında bir alana ilişkin ise, o takdirde ticarete getirilen aşırı bir sınırlama söz konusu olacak ve bu yasak geçersiz sayılacaktır<sup>156</sup>.

Rekabet etme yasağı için bir sürenin öngörülmesi halinde, getirilen bu sürenin geçersiz olduğuna ilişkin içtihatlar bulunmaktadır. Bununla birlikte, bugün için genel kabul gören görüş rekabet etme yasağının ancak satıcının ticari itibarını oluşturma süresinden ve alıcının ticari itibarın devam etme süresinden daha uzun bir süre için öngörülmüş olması halinde bu sürenin geçersiz olacağı yönündedir<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> Calamari/ Perillo, s. 656.

<sup>157</sup> Calamari/ Perillo, s. 656.

#### IV. Aynen İfaya Hükmedilemeyecek Haller

##### A- Genel Olarak

*Common law* sisteminde, tazminatın yetersiz olduğu ve aynen ifanın daha uygun bir yaptırım olduğu hallerde bile mahkemeler bazı özel durumları göz önünde bulundurarak aynen ifaya hükmetmekten kaçınabilmektedir. Mahkemelerin aynen ifaya hükmetmekten kaçındığı durumların önem dereceleri birbirinden farklıdır. Bazı durumlar sadece bir olayın özel koşullarından kaynaklanırken, mahkemelerin verdikleri bazı kararlar ise süreklilik göstermekte ve “ifa engelleri” olarak anılmaktadır<sup>158</sup>. Bu nedenle, mahkemelerin aynen ifaya hükmetmekten kaçındığı tüm bu durumları kapsayan genel bir formül vermek güçtür.

*Treitel*, her bir olayın özel koşulları gereğince istisnalar olabileceğini kabul etmekle beraber, mahkemelerin tazminatın yetersiz kaldığı hâllerde dahi aynen ifaya hükmetmekten kaçınacağı yedi durum saymıştır. Yazara göre, mahkemelerin aynen ifaya hükmetmekten kaçınacağı hâller şöyledir;

- (i) şahsen ifa gerektiren iş görme sözleşmeleri,
- (ii) mahkemenin icrayı sürekli gözetmesi gereken hâller,
- (iii) belirsiz süreli sözleşmeler,
- (iv) inşaat sözleşmeleri,
- (v) kısmen ifanın yeterli olduğu hâller,
- (vi) borçlunun her halükarda sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olduğu sözleşmeler
- (vii) ivazsız sözleşmeler<sup>159</sup>.

<sup>158</sup> **McKendrick, Ewan**; Contract Law: Text, Cases and Materials, New York 2005, s. 1142.

<sup>159</sup> **Treitel, Contract**, s. 1037.

Treitel ayrıca, mahkemelerin aynen ifaya hükmetmekten kaçındığı durumlarda dikkate aldığı unsurlara da yer vermiştir. Bu hâllerin başında, borcun borçlu tarafından ifasının imkânsız olduğu veya borçlu açısından borcun ifa edilmesinin aşırı derece güçleşeceği durumlar gelmektedir. Ayrıca hile sonucunda yapılan sözleşmelerde, eğer hile sözleşmenin geçersizliğine sebep olmuyorsa mahkemeler yine de aynen ifaya hükmetmekten kaçınabilir. Son olarak, karşı edimin yetersiz kalması hâlinde de mahkemeler aynen ifaya hükmetmekten kaçınabileceklerdir. Alacaklının ifa talebinin mahkeme tarafından kabul edilmeyeceği bir diğer hâl ise alacaklının kendisinin hileli veya kusurlu bir davranışta bulunmasıdır. Bu kural “temiz eller” olarak anılmaktadır ve alacaklının mahkemeye başvurabilmesi için kendisinin kusurlu bir davranışının bulunmaması gerektiğini ifade eden bir kusursuzluk şartıdır.

Öte yandan, *common law* sisteminde aynen ifaya hükmedilmeyen hâller yukarıdakilerle sınırlı değildir. Öğretide çeşitli mahkeme kararları esas alınmak suretiyle farklı hâllerin varlığına da değinilmiştir. Söz konusu engellerin tamamının incelenmesi bu çalışmanın kapsamını aşacağı için, aşağıda, bu engellerden sadece önem taşıyan ve genel kabul görmüş olanları ele alınacaktır.

## **B- Mahkemenin Borcun İfasını Sürekli Denetlenmesini Gerektiren Durumlar**

İfaya hükmedilmesi sonucunda davalının ifayı yerine getirip getirmediğinin sürekli denetlemesi gerekiyorsa, mahkemeler aynen ifaya hükmetmekten kaçınmaktadırlar<sup>160</sup>. Zira davalının ifayı yerine getirip getirmediğinin mahkemeler tarafından gözetilmesi gereken hallerde ifayı sağlama ve denetleme masrafları, alacaklının elde edeceği menfaatten daha fazla olabilecektir<sup>161</sup>. Mahkemeler, ifayı denetlemek için bir görevli atayabilir veya davacıya ifanın sağlanmasını

<sup>160</sup> Treitel, *Outline*, s. 413.

<sup>161</sup> Ulen, s. 398; Treitel, *Sir Guenter*, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford 1988, s. 69.



denetleyecek bir kişi ataması hususunda yetki verebilir<sup>162</sup>. Ancak şüphesiz bu uygulama oldukça masraflı olacaktır. Dolayısıyla, mahkemeler ifaya hükmederken, ifanın gözetilmesinin neden olabileceği masrafları da değerlendirmekte ve ifanın gözetilmesinin zaman, emek ve para kaybına neden olacağı hallerde, aynen ifaya hükmetmemektedirler<sup>163</sup>.

Mahkemelerin gözetim yükümlülüğü kaygısı genellikle, inşaat sözleşmeleri,<sup>164</sup> sürekli hizmet sözleşmeleri ve konusu iş görme olan benzer sözleşmeler ile uzun süreli kira sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır. Mahkemelerin gözetim yükümlülüğü açısından Co-operation Insurance Society Ltd. v. Argyll Stones (Holdings) Ltd kararı<sup>165</sup> büyük önem taşımaktadır. Karara konu olan olayda, Argyll marketleri Cooperative Insurance Society'nin kiracısıdır. Ancak, aralarındaki kira sözleşmesi devam ederken market zarar etmeye başlar ve Argyll kira sözleşmesini feshetmek ister. Kiralayanın 19 yıl süresi kalmış olan kira sözleşmesinin aynen ifası talebi ile açtığı davayı, Mahkeme, uzun süreli kira sözleşmesinin ifasının yerine getirilip getirilmediğinin gözetilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Kararda Mahkeme, sonuç taahhüdü içeren sözleşmeler ile borçlunun devamlı olarak bir davranışta bulunmasını gerektiren sürekli sözleşmeler arasında bir ayırım yapmıştır. Buna göre, sonuç taahhüdü içeren sözleşmeler açısından aynen ifaya hükmetmenin uygun olacağını, ancak sürekli sözleşmelerde, mahkemenin ifanın yerine getirilip getirilmediğini devamlı olarak gözetmesi gerekeceği için aynen ifaya hükmedilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.

<sup>162</sup> **Treitel, Remedies**, s. 69.

<sup>163</sup> **Eisenberg**, s. 1038; **Ulen**, s. 399-400.

<sup>164</sup> London Bucket Co. v. Stewart 237 W.2d 509 (Ky. 1951): London Bucket, Stewart Oteline kışları 75 Fahrenheit ısıtacak bir ısıtma sistemini sağlamayı, kurmayı ve tüm işleri denetlemeyi taahhüt eder. Stewart, London Bucket'in ısıtma sistemini sözleşmede taahhüt edilen malzemeleri kullanarak kurmadığı ve sistemin taahhüt edilen şekilde işlemediğini iddia ederek, London Bucket'in havalar soğumadan sözleşme uyarınca borcunu ifa etmesini talep etmiştir. Kentucky Yüksek Mahkemesi, inşaat sözleşmelerinde mahkemelerin ifayı kontrol edecek yetkilerinin bulunmadığı gerekçesiyle aynen ifa talebini reddetmiştir.

<sup>165</sup> Co-operation Insurance Society Ltd. v. Argyll Stones (Holdings) Ltd [1998] AC 1.

*Common law* sisteminde mahkemeler, bu gibi hallerde davalının ifasını yerine getirip getirmediğinin kendileri tarafından denetlenmesi ve kontrol edilmesi gerektiğini, ancak böyle bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin masraflı olacağını belirterek ifa talebini reddetmektedirler<sup>166</sup>. Ancak mahkemelerin ifa talebini kendilerine aşırı gözetim yükümlülüğü getirmesi nedeniyle reddetmeleri öğretide eleştiri konusu olmuştur. Bu görüşe göre, aynen ifa kararı ile mahkemeye tazminata karar verilmesi halinde olduğundan daha fazla bir gözetim yükümlülüğü yüklenmemektedir. Mahkeme aynen ifaya hükmettikten sonra, davalı borcunu gereği gibi yerine getirirse zaten sorun olmayacaktır. Ancak, davalı borcunu gereği gibi ifa etmezse, o takdirde davacı yeniden mahkemeden bir talepte bulunacaktır<sup>167</sup>. Aynı durum davalının tazminat borcunu yerine getirmekten kaçınması halinde de söz konusudur. Sonuçta, mahkemeler açısından aynen ifaya hükmetmek ile tazminata hükmetmek arasında bu açıdan bir fark bulunmamaktadır. Zira aynen ifaya hükmettikten sonra hâkimlerin davalının başında bekleyip, borcunu ifa edip etmediğini incelemeleri gibi bir durum söz konusu değildir.

Bu noktada, diğer bir önemli husus ise edimin 3. kişi tarafından ifa edilmesine ilişkindir. Buna göre, sözleşmeye aykırılık halinde, davacı alternatif bir yüklenici veya sağlayıcı ile anlaşarak borcun ifasını sağlayabilir. Bu halde, davacı sözleşme uyarınca elde etmeyi amaçladığı menfaate kavuşmuş, aynen ifayı talep etmesine gerek kalmamıştır. Davacı, artık sadece 3. kişi ile yapmış olduğu sözleşme nedeniyle uğradığı zararını tazminat davası açarak isteyecektir<sup>168</sup>. Şüphesiz, borcun borçlu tarafından şahsen ifasının önem taşıdığı hallerde, alacaklının bu imkânı başvurması söz konusu olmayacaktır.

<sup>166</sup> O'Sullivan/ Hilliard, s. 597.

<sup>167</sup> Eisenberg, s. 1038.

<sup>168</sup> Eisenberg, s. 1039. Alacaklıya tanınan bu imkânın aynen ifa talebi mi, yoksa bir tazminat talebi niteliği mi taşıdığı, Türk hukukunda tartışmalıdır. Söz konusu tartışma için bkz. aşağıda § 2 II C 1.

### C- Karşı Edimin İfasının Talep Edilmesinin Mümkün Olmadığı Haller

Sözleşmenin aynen ifasına mahkeme tarafından hükmedilebilmesi için, karşı edimin ifasının talep edilmesinin mümkün olması zorunluluğu ilk kez 1858 yılında Sir Edward Fry tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre, “*Sözleşmenin aynen ifasına mahkeme tarafından hükmedilebilmesi için, sözleşmenin kurulması anında ifanın talep edilmesinin her iki taraf için de mümkün olması gerekmektedir*<sup>169</sup>.” Ancak, Fry tarafından ileri sürülen bu görüş öğretilerde birçok yazar tarafından eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin özellikle, bu unsur açısından tarafların sözleşmenin kurulduğu andaki değil, mahkemenin karar verdiği andaki durumlarının dikkate alınması gerektiği noktasında toplandığını söylemek mümkündür. Buna göre, hâkim karar verirken, davacının henüz yerine getirmediği borçlarını ve bu borçların ileride ifa edilmemesi hâlinde davalının bu karşı alacağının ifasının sağlanması veya zararın uygun bir şekilde tazmin edilmesi hususunda sahip olduğu imkânları göz önünde bulundurmalıdır. Bu durum, 1978 tarihli Price v. Strange kararında<sup>170</sup> ele alınmıştır. Bu kararda mahkeme karşı ifanın talep edilebilirliğini aynen ifaya hükmedilmesi önünde kesin bir engel olarak görmemiş, ancak hâkimin karar verirken değerlendirmesi gereken bir unsur olarak tanımlamıştır<sup>171</sup>.

Sonuç olarak, sözleşmenin taraflarının her birinin ifayı talep etme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla, mahkeme tarafından aynen ifaya zorlanan tarafın da karşı edimi elde edebileceğinin teminatı bulunmalıdır. Bu nedenle, sözleşmeye aykırılık halinde, karşı edimin ifa edileceğinden emin olunmadıkça taraflardan birini kendi edimini ifa etmeye zorlamak mümkün değildir. Zira sözleşmeye aykırılık nedeniyle taraflardan birinin borcunu ifa etmek zorunda bırakılmasına

<sup>169</sup> **Fry, Edward;** A Treatise of Specific Performance of Contracts, London, 1892: “*A contract to be specifically enforced by the court must, a general rule, be mutual- that is to say, such that it might, at the time it was entered into, have been enforced by either of the parties against the other of them*”.

<sup>170</sup> Prince v. Stange [1978] Ch 337, 367-368.

<sup>171</sup> Aynı yönde, Rainbow Estates Ltd. v. Tokenhold Ltd. [1998] 2 All ER 860.

rağmen kendisinin sadece tazminat talep edebilmesi, hakkaniyete uygun bir çözüm olmayacaktır<sup>172</sup>.

Günümüzde mahkemeler, karşı ifanın talep edilmesinin mümkün olmaması nedeniyle aynen ifaya hükmetmekten, ancak duruşma anında davacı henüz kendi edimini ifa etmemiş ve herhangi bir nedenden ötürü ifaya zorlanamıyorsa kaçınılırlar. Öte yandan, eğer aynen ifa talebinde bulunan davacının ileride sözleşmeye aykırı davranması halinde tazminat ödemesi sözleşmeye aykırılığının giderilmesi açısından uygun bir yaptırım ise, yukarıdaki ihtimalde dahi mahkeme davalı borçlunun borcu açısından aynen ifaya hükmedebilecektir<sup>173</sup>.

## D- İmkânsızlık (Frustration / Impracticability)

### 1. Kavram

*Common law* sisteminde hâkim olan en temel ilkelere biri, *Sanctity of Contract* teorisidir<sup>174</sup>. Buna göre, sözleşme alacaklıya hakkı olanı elde edeceğine dair verilen bir garanti olarak nitelendirildiğinden<sup>175</sup> sözleşme ile borç altına giren kişi bununla her koşulda bağlıdır<sup>176</sup>. Bu nedenle, imkânsızlık, *common law* sisteminde borcun sona erme sebebi olarak kabul edilmemiştir<sup>177</sup>.

<sup>172</sup> **Treitel, Outline**, s. 414.

<sup>173</sup> **Anson/ Beatson**, s. 635.

<sup>174</sup> Sözleşmenin kutsallığı anlamına gelen bu teori "*Absolute Contract*" olarak da anılmaktadır ve *civil law* sistemindeki "*pacta sunt servanda*" ilkesine karşılık gelmektedir.

<sup>175</sup> **Schwarz, Andreas**, "*Harbin Hususi Akitlere Etkisi*" Adliye Ceridesi, y. 35 (1944) sy. 2 s. 186 (196).

<sup>176</sup> **Calamari/ Perillo**, s. 513; **Hyland**, s. 407. Bu yönde mahkeme kararları için bkz. *United States v. Verdugo-Urquidez*, 939 F.2d 1341, 1362 (9th Cir. 1991); *Nike Int'l, Ltd. v. Athletic Sales, Inc.*, 689 F. Supp. 1235 (D.P.R. 1988); *Mo. Hous. Dev. Comm'n v. Brice*, 1988 WL 142978 \*3 (E.D. Mo.).

<sup>177</sup> Aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere imkânsızlık kavramı, *common law* sisteminde Türk hukukundan daha farklı ve geniş olarak anlaşılmaktadır.

*Common law* sisteminde bu konu ilk kez 1647 tarihli *Paradine v. Jane* kararında<sup>178</sup> ele alınmıştır. Bu karar, hâlen emsal karar olma özelliğini korumaktadır<sup>179</sup>. Karara konu olan olayda, davalının hâsılat kiracısı olarak kiralamış olduğu arazi yaşanan siyasi çalkantılar sırasında Alman askeri birlikleri tarafından işgal edilmiş ve davalı kiralamış olduğu yerden uzaklaştırıldığı gibi arazinin ürününden de yoksun kalmıştır. Bunun üzerine, kirayı ödemekten kaçınan davalı aleyhine mal sahibi dava açmıştır. Mahkeme, sözleşme uyarınca kiracıyı yükümlülüğünden kurtaracak bir durumun söz konusu olmadığını, dolayısıyla kiranın ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna göre, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan mücbir sebep niteliğindeki değişiklikler, ifanın yerine getirilmemesi bakımından gerekçe olarak nitelendirilememektedir. Böyle bir durum, ancak sözleşmede açık olarak kararlaştırıldığında borçluyu borcundan kurtarabilecektir.

Öte yandan, mahkemeler ilk zamanlardan beri bu kuralın uygulamasında iki istisnai durumun borcu sona erdireceğini kabul etmişlerdir. Birincisi iş görme sözleşmelerinde borçlunun ölümü veya ağır hastalığı nedeniyle borcun ifasının imkânsızlaşmasıdır<sup>180</sup>. Diğeri ise sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan bir kanun değişikliği nedeniyle borcun ifasının hukuka aykırılık teşkil etmesi yani hukuki imkânsızlık hâlidir. Buna göre, fiili ve hukuki imkânsızlık hâlleri, *sanctity of contract* ilkesinin istisnalarıdır.

Bununla birlikte, aşağıda detaylı olarak incelenecek olan *Taylor v. Caldwell*<sup>181</sup> kararından sonra İngiliz mahkemelerinin uygulaması değişmiş, örtülü

<sup>178</sup> *Paradine v. Jane* (1647), Aleyn 26, 82 ER 897, [1647].

<sup>179</sup> **Treitel, Contract**, s. 867.

<sup>180</sup> *Taylor v. Caldwell* (1863), 3 B&S 826 ve orada anılan *Hyde v. Dean of Windsor*, Cro. Eliz. 552.

<sup>181</sup> *Taylor v. Caldwell* (1863), 3 B&S 826.

şart (*implied conditions*) ve yorumlayıcı şart (*constructive conditions*) teorileri ile *sanctity of contract* teorisinin istisnasını teşkil eden hâller genişletilmiştir<sup>182</sup>.

*Civil law* sisteminde imkânsızlık (impossibility) olarak anılan ifa engeli, İngiliz hukukunda *frustration* ve Amerikan hukukunda impracticability teorileri altında değerlendirilmiştir. İngiliz hukukunda, *frustration* kavramı bir imkânsızlık teorisidir ve aşağıda detaylı olarak incelediğimiz üzere impossibility, illegality ve frustration of purpose kavramlarını kapsamaktadır. Bununla birlikte, Frustration kavramı Amerikan hukukunda bu çalışmamızda sadece Frustration of Purpose başlığı altında incelediğimiz kavram karşılığında kullanılmaktadır<sup>183</sup>.

## 2. İmkânsızlığa yol açan sebepler bakımından yapılan ayrımlar

### a) Fiili İmkânsızlık (Impossibility)

*Common law* sisteminde ilk zamanlarda sadece iş görme sözleşmeleri bakımından sözleşme ile yükümlülük altına giren kişinin ölümü bir imkânsızlık sebebi olarak sayılmaktaydı. Bunun dışındaki hâller ancak açıkça sözleşmede kararlaştırılmış (*express terms*) olmaları hâlinde borcu sona erdirmekteydi. Ancak zamanla sözleşmede açık olarak belirtilmemiş olsa da, ifanın fiili olarak imkânsız olduğu hallerde, aynen ifaya hükmedilmeyeceği kabul edilmiştir<sup>184</sup>.

1861 tarihli Taylor v. Caldwell kararı<sup>185</sup> bu bakımdan önem taşımaktadır. Newington'da bulunan bir konser salonu ve salona bağlı olan Surrey Bahçeleri 4 gece için kiralanmış, ancak daha sonra, konser salonu bir yangın sonucu kullanılamaz hâle gelmiştir. Tarafların arasındaki kira sözleşmesinde herhangi bir şekilde kiralanın yerlerin kullanılmaz hale gelmesine ilişkin bir hüküm

<sup>182</sup> Calamari/ Perillo, s. 513; Erman, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK m.365/2), İstanbul 1979, s. 41.

<sup>183</sup> Bkz. aşağıda dn. 198.

<sup>184</sup> Burrows, s. 497; Treitel, Outline, s. 414; Sharpe, s. 112; Ulen, s. 397.

<sup>185</sup> Taylor v. Caldwell (1863), 3 B&S 826 (836).

bulunmadığından, mal sahibi Paradine v. Jane kararındaki esaslara dayanarak kira parasını ödemeyen borçluya karşı sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat davası açmıştır. Ancak mahkeme, burada sözleşmenin örtülü bir şart (*implied condition*) içerdiğini kabul ederek, bu şarta göre sözleşmenin devamı için edimin imkânsızlaşmaması gerektiğini belirtmiş ve davalının artık sözleşme ile bağlı olmayacağına hükmetmiştir<sup>186</sup>. Zira davalının yerine getirmesinin mümkün olmayacağı bir edimin ifasına hükmetmenin mantığı yoktur.

Böylece, sözleşme konusunun mevcut olmaması hâlinde borç imkânsızlaşacaktır<sup>187</sup>. Castle v. Wilkinson kararında<sup>188</sup> ise, eşine ait bir araziyi satmaya çalışan davalının borcunu ifa etmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>189</sup>. Görüldüğü gibi mahkemeler sadece objektif imkânsızlık hallerini, değil subjektif imkânsızlık durumlarını fiili imkânsızlık (*impossibility*) kapsamında değerlendirmektedirler.

Ölüm halinde olduğu gibi, sözleşme ile yükümlülük altına giren kişinin ehliyetini kaybetmesi durumunda da borç sona erecektir. Bu noktada, ehliyet kaybının kapsamı ile ehliyet kaybının sürekli olup olmaması önem taşıyacaktır.

## b) Hukuki İmkânsızlık (Illegality)

İmkânsızlığın söz konusu olduğu bir diğer hâl ise edimin sözleşmenin kurulmasından sonra<sup>190</sup> hukuka aykırılık teşkil etmesidir. Warmington v. Miller

<sup>186</sup> **Rimke, Joern**, “*Force Majeure And Hardship: Application In International Trade Practice With Specific Regard To The CISG And The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts*” Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000) s. 197 (201-202).

<sup>187</sup> Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd (1874) LR 10 CP 125.

<sup>188</sup> Castle v. Wilkinson [1870] 5 Ch App 534.

<sup>189</sup> Aynı şekilde: Ferguson v. Wilson [1866] 2 Ch App 77; Wroth v. Tyler [1974 ] Ch 30; Watts v. Spence [1976] Ch 165. (**Harris**, s. 145 naklen)

<sup>190</sup> Sözleşmenin kurulduğu sırada taraflarca bilinmeyen bir imkânsızlığın mevcut olması hâlinde sözleşme geçersiz sayılacaktır. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulması sırasında hukuka aykırı olan sözleşmeler geçersizdir.

kararında<sup>191</sup> mahkeme, kira sözleşmesi gereğince mal sahibinin iznini almadan alt kiraya vermenin yasaklanmış olması nedeniyle alt kira sözleşmesinin aynen ifasına hükmedilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Kanun veya diğer idari düzenlemeler nedeniyle aynen ifaya hükmetmenin mümkün olmadığı hallerde de aynı sonuç kabul edilmektedir<sup>192</sup>. Bunun en tipik örneklerinden biri Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. kararıdır<sup>193</sup>. Buna göre, İkinci Dünya Savaşı sırasında Polonya'nın Almanya tarafından işgal edilmesi ve düşmanla ticaret yapılmasının yasaklanması üzerine, Polonyalı alıcılara makine satımına ilişkin borç imkânsızlaşmıştır.

Hukuki imkânsızlığın, sözleşmede açık olarak kararlaştırılmış olması<sup>194</sup> veya taraflarca öngörülebilir olması nedeniyle borcu sona erdirmeyeceğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Hukuki imkânsızlığın sözleşmenin yalnızca belli bir bölümüne ilişkin olması hâlinde mahkeme imkânsızlaşan kısmın sözleşmeye etkisine göre karar verilecektir. Eğer imkânsızlık sözleşmeyi önemli ölçüde etkiliyorsa, o zaman borç sona erecek<sup>195</sup>, aksi hâlde, sona ermeyecektir<sup>196</sup>

### c) Sözleşmenin Amacının İmkânsızlaşması (Frustration of Purpose)

*Frustration*<sup>197</sup> teorisi İngiltere'de doğmuş bir imkânsızlık teorisidir<sup>198</sup>. *Frustration*, sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşullar sonucu ifanın

<sup>191</sup> Warmington v. Miller [1973] QB 877.

<sup>192</sup> Giannini v. First National Bank of Des Plaines, 136 Ill. App. 3d 971, 979-980, 438 N.E. 2d 924, 932 (1935).

<sup>193</sup> Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. [1943] AC 32.

<sup>194</sup> Ertel Bieber and Co. v. Rio Tinto Co Ltd (1918) AC 260.

<sup>195</sup> Denny, Mott & Dickson v. James B. Fraser & Co Ltd. (1944) AC 265.

<sup>196</sup> Cricklewood Property & Investment Trust Ltd. v. Leightons Investment Trust Ltd. (1945) AC 221.

<sup>197</sup> Bu başlık altında kullanılan *frustration* kavramı esas itibarıyla "*frustration of purpose*" kavramını karşılamaktadır.

<sup>198</sup> **McKendrick; Chitty, Joseph; Beale, Hugh**, Chitty on Contracts: General Principles, 29 ed. London, 2004, N. 23-001-096. *Frustration* kavramı Amerikan Hukukunda esasen bu başlık altında incelediğimiz *Frustration of Purpose* kavramını karşılamaktadır ve diğer imkânsızlık hâllerinden (impracticability) ayrı olarak değerlendirilmektedir. Bunun en temel nedeni



anlamını yitirmesidir<sup>199</sup>. *Civil law* sisteminde genel olarak kabul edilen “işlem temelini çökmesi” teorisi ile benzerlikler taşıdığı açık olan bu teorinin esası, tarafların ortak niyetlerinin, anlaşmayı kökünden sarsacak beklenmedik bir olay sonucunda boşa çıkmasıdır<sup>200</sup>.

Yukarıda detaylı olarak incelediğimiz Taylor v. Caldwell davasında kabul edilen ilkeler sadece edimin ifasının imkânsızlaştığı hallerle sınırlı kalmamış, daha sonra sözleşmenin amacının zedelendiği (*frustrated*) olasılıklar da bu kapsamda değerlendirilerek *frustration* teorisinin uygulama alanı geliştirilmiştir<sup>201</sup>. Özellikle öğretide taç giyme davaları (*coronation cases*) olarak anılan kararlar bu gelişmeye katkıda bulunmuştur<sup>202</sup>. Taç giyme davaları olarak anılan kararların ilki ve en önemlisi Krell v. Henry kararıdır<sup>203</sup>. Davaya konu olan olayda davalı 26 ve 27 Haziranda gerçekleşecek olan Kral VII. Edward’ın taç giyme törenini seyretme amacıyla, davacının tören alanına bakan dairesini kiralamıştır. Davalının sözleşmeyi kurmadaki amacı taç giyme törenini seyretmek olmasına karşın bu husus, sözleşmenin içeriğinden anlaşılmamaktadır. Daha sonra

---

Amerikan hukukunda *Frustration* kavramının İngiliz Hukukunda olduğu gibi borcu sona erdiren bir hâl olarak görülmemesi ve hatta birçok kararda Amerikan mahkemelerinin *civil law* sisteminde olduğu gibi uyarlamaya karar vermiş olmasıdır. Bkz. Aluminum Corp of America v. Essex Group Inc. 499 F. Supp. 53 (1980). Ayrıca, Amerikan Yeknesak Ticaret Kanununun (Uniform Commercial Code) 2-613(b) ve 2-615 maddelerinde de uyarlamaya yer verilmiştir. Bu bakımdan, *Frustration (of purpose)*, *Impracticability* teorisinden ayrılmaktadır. Bu ayrımı şu şekilde örneklendirmek mümkündür. Sözleşme uyarınca bir taşınmaz veya taşınır malın mülkiyetinin devrini veya belli bir iş görme edimini yüklenen taraf bu borcunu ifa edemiyorsa, *impracticability* savunmasını ileri sürecektir. Buna karşılık, alıcı veya para ödeme borcu altına giren taraf *frustration* savunmasını ileri sürecektir. Örneğin fabrikadan çıkan malların fabrikadan depolara özel ekipmanlarla taşınması hususunda yapılan bir anlaşmada, eğer taşıma işini yüklenen taraf söz konusu ekipmanları sağlayamaması nedeniyle ifada bulunamıyorsa, *impracticability* savunmasında bulunacaktır. Buna karşılık, ekipmanların sağlanmış olmasına karşın, fabrikadaki grev sonucunda malların üretiminin durması nedeniyle taşıma işlemi gerçekleştirilemiyorsa, karşı taraf taşıma bedelini ödemekten kaçınmak için *frustration* savunmasında bulunabilir. Zira mallarının taşınmasını talep eden tarafın taşıma ücretini ödemesi mümkün iken, söz konusu taşıma işinin gerçekleşmemesi nedeniyle bir karşılık alamaması sözleşmenin amacına ulaşılmasını engellemektedir.

<sup>199</sup> **Baysal Erman, Başak Z.**, Zaman İçerisinde Değişen Koşulların Hukuki İşleme Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, s. 51.

<sup>200</sup> **Aybay, Kira**, s.90 dn. 25.

<sup>201</sup> **Treitel, Contract**, s. 866-877.

<sup>202</sup> **Treitel, Contract**, s. 886.

<sup>203</sup> Krell v. Henry (1903) 2 KB 740.

kral aniden hastalanmış ve taç giyme töreni iptal edilmiştir. Bunun üzerine, kiralayan törenin yapılmamasına rağmen mahkemeye müracaat ederek kira bedelinin ödenmesini talep etmiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi, kira bedelinin talep edilemeyeceği, zira sözleşmenin amacının zedelenmiş olduğu sonucuna ulaşmıştır. Dairenin kiralanmasındaki asıl amaç, kraliyet töreninin seyredilmesidir. Kararda, bu amacın sözleşmenin temeli olduğu ifade edilerek kira bedellerinin ödenmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>204</sup>. Böylece, sözleşmenin temeli teorisi (*Foundation of Contract*) İngiliz hukukunda yerleşmiştir. Bu teorinin esası, tarafların ortak amaçlarının sözleşmeyi kökünden sarsacak beklenmedik bir olay neticesinde ulaşılamaz hale gelmesi ve bunun sonucunda sözleşmeden doğan hak ve borçların derhal sona ermesidir<sup>205</sup>.

Böylece sözleşmenin konusunun imkânsızlaşmasına gerek olmadan, sözleşmenin amacının ve sözleşmenin temelini zedelendiği olasılıklarda da, *frustration* teorisinde kabul edilen ilkeler uygulama alanı bulacaktır. Gerçekten de, yukarıda bahsedilen olayda sözleşmede kararlaştırılan edimin ifasının imkânsızlaşması söz konusu değildir, davacı sözleşmede kararlaştırılan günlerde kiralanana kullanabilme imkânına sahiptir<sup>206</sup>. *Krell v. Henry* kararıyla, bu durumlar da *frustration* teorisinin kapsamına alınmıştır. Karara göre teori, sözleşmeyi ifa edilemez hale getiren olayın, sözleşmenin özüne dayanan ve ifası açısından olmazsa olmaz nitelikte bulunan bir koşulu veya durumu ortadan kaldırması halinde de uygulama alanı bulacaktır<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> Hukukumuzda kralın taç giyme töreninin ertelenmesi, temel hatasının tipik örneklerinden biri olarak kabul edilmekte ve durum geleceğe ilişkin bir yanılmanın sözleşmenin iptaline imkân verip vermeyeceği açısından tartışılmaktadır. Ancak sözleşmenin temel hatası sebebiyle iptal edilmesine olanak tanınmasa dahi, bu durumun işlem temelini çökmesi olarak sayılması ve sözleşmenin feshine yol açması düşünülebilir.

<sup>205</sup> **Aybay, Kira**, s. 90, dn. 25.

<sup>206</sup> **Treitel, Contract**, s. 867.

<sup>207</sup> *Krell v. Henry* (1903) 2 KB 740 (748).

Buna karşılık, Herne Bay Strem Boat Company v. Hutton kararında<sup>208</sup>, sözleşmenin temelini zedelenmiş olmadığı sonucuna varılmıştır. Benzer durumların söz konusu olduğu bu iki kararda neden iki farklı sonuca varıldığı öğretide tartışma konusu olmuştur<sup>209</sup>. Esasen sorun büyük ölçüde sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişikliğin riskini kimin taşıması gerektiği noktasında toplanmaktadır<sup>210</sup>.

İngiliz hukukunda *frustration* teorisi sonuçları itibariyle The Law Reform Act 1943’de düzenlenmiş durumdadır<sup>211</sup>. Buna göre, *frustration*, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurmaktadır<sup>212</sup>. Hatta tarafların ortaya çıkan durum değişikliğinden sonra sözleşme varlığını sürdürüyormuşçasına ilişkiye devam etmeleri de bu sonucu değiştirmemektedir<sup>213</sup>. *Frustration* teorisi bu açıdan, hâkime sözleşmenin uyarlanması veya bunun mümkün olmaması halinde feshedilmesi konusunda imkân tanıyan işlem temelini çökmesi teorisinden ayrılmaktadır.

### 3. Kısmi İmkânsızlık

Bilindiği üzere edimin sadece bir bölümünün yerine getirilemediği hallerde kısmi imkânsızlıktan söz edilmektedir. Bu durumda, borçlu imkânsızlaşan kısım için borcundan kısmen kurtulmuş olacaktır. Buna karşılık kısmi ifa alacaklı için bir menfaat taşıyorsa borcun imkânsızlığa uğramayan kısmı varlığını devam ettirir ve borçlu bu kısmı ifa etmekle (ve imkânsızlaşan kısmın ikamesi mümkün ve makul ise, imkânsızlaşan kısmı ikame etmekle) yükümlüdür.

<sup>208</sup> Herne Bay Strem Boat Company v. Hutton, (1903), 2 KB 683.

<sup>209</sup> Detaylı açıklama için bkz. **McKendrick, Contract**, s. 877.

<sup>210</sup> **McKendrick, Contract**, s. 884.

<sup>211</sup> **McKendrick, Contract**, s. 886-888; **McKendrick, Chitty on Contracts, General**, N. 23-068.

<sup>212</sup> **Treitel, Contract**, s. 909.

<sup>213</sup> Hirji Mulji v. Cheong Yue SS Co Ltd (1926) A.C. 497 (509). İngiliz hukukundaki bu “ya hep ya hiç” durumu Lord Simon tarafından eleştirilmiş ve *frustration* teorisinin daha esnek olabileceği söylenmiştir. National Carries Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd. (1981) A.C. 675 (s.707).

Öte yandan, kısmi ifa alacaklı için bir menfaat taşıyorsa, somut olayın şartları bakımından kısmi imkânsızlık tam imkânsızlığa eşit sayılacaktır<sup>214</sup>. Bununla birlikte, alacaklının menfaati kalmamış olsa bile, eğer borçlu makul bir süre içinde borcunun tamamını ifa edeceğini taahhüt ediyorsa, borç devam eder. Ancak, geç ifa halinde, ifaya olan menfaati karşılanmış olmayacak ise, alacaklının ifayı reddetmemesi ve imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin hiç ifa edilmemesinden doğan zararını talep etmesi mümkündür.

#### 4. Geçici İmkânsızlık

İfa müddeti içinde ortaya çıkan bir engel dolayısıyla borçlu geçici bir süre için edimini yerine getiremiyorsa, geçici imkânsızlık söz konusudur. Geçici imkânsızlık hâlinde alacaklı kendi ifasını makul bir süre geciktirme hakkına sahiptir. Bununla birlikte, geçici imkânsızlık nedeniyle ortaya çıkan engelin gelecekte devam edeceğinin anlaşılması üzerine taraflar sözleşmeden dönebilir. *Poussard v. Spiers & Pond* kararına<sup>215</sup> konu teşkil eden olayda, yeni bir opera gösterisinde başrol oynamayı kabul eden bir sanatçı, ilk gösteriden bir hafta önce hastalanır. Bu noktada, sanatçının hastalığının ne kadar süreceği belli değildir, bu nedenle yerine oynamak üzere başka bir sanatçı ile anlaşma yapılır. Ancak, yeni sanatçı tüm gösterilerde oynama şartıyla rolü kabul eder. Gösteriler başladıktan sonra iyileşen sanatçının rolüne devam etmek istemesine karşın yapımcılar diğer sanatçı ile anlaşmışları için kendisine rol veremezler. Mahkeme, bu olayda hastalığın ne kadar süreceğinin belirsiz olması nedeniyle, ilk sanatçı ile yapılan sözleşmenin dönerek, rolün başkasına verilmesini makul bulmuştur.

<sup>214</sup> Yukarıda ele aldığımız 1861 tarihli *Taylor v. Caldwell* kararında tam imkânsızlık değil, kısmi imkânsızlık söz konusudur. Zira konser salonunun yanmış olmasına karşın Surrey Bahçeleri zarar görmemiştir. Ancak sadece bahçelerden faydalanılması hâlinde sözleşmede öngörülen amaca ulaşamayacağından borcun tamamı sona ermiştir. *Taylor v. Caldwell* (1863), 3 B&S 826 (836).

<sup>215</sup> *Poussard v. Spiers & Pond*, 1 Q.B.D. 410 (1876). Buna karşılık, *Bettini v. Gye*, 1 Q.B.D. 183 (1876) kararında mahkeme benzer bir olayda hastalığın birkaç gün süreceği belli olduğundan imkânsızlığın geçici olduğuna hükmetmiştir.

Ayrıca imkânsızlığın geçici olması hâlinde mahkeme imkânsızlığın kapsamına bakmalıdır. Geçici imkânsızlığın sözleşmenin süresine kıyasla daha uzun sürecek olması hâlinde borç sona erecektir<sup>216</sup>. Öte yandan, bu engelin gelecekte de devam edeceği anlaşılmasa bile, geç ifa halinde alacaklının ifaya olan menfaati karşılanmış olmayacak ise borç yine sona erecektir.

*Autry v. Republic Productions* kararına konu teşkil eden olayda<sup>217</sup>, bir sinema oyuncusu yapım şirketi ile sözleşmesi devam ederken askere yazılmıştır. Bunun üzerine yapım şirketi, gecikme nedeniyle ifanın gerçekleştirilmesinde bir menfaatinin kalmayacağı gerekçesi ile sözleşmeyi feshetmiştir. Öğretide bir görüşe göre<sup>218</sup>, geçici imkânsızlık nedeniyle ifa, sözleşme süresinden ileri bir tarihe ertelenirse sözleşme kendiliğinden fesh olunacaktır. Taraflardan birinin sözleşme ile bu gecikme riskini üstlenmesi bu kuralın istisnasını teşkil edecektir.

### E- Aşırı İfa Güçlüğü

*Common law* sisteminde mahkemeler borcun ifa edilmesinin borçlu açısından büyük fedakârlıklar gerektireceği veya borcun ifasının ciddi derece güçleştiği durumlarda aynen ifaya hükmetmekten kaçınabilmektedirler<sup>219</sup>. Ancak sözleşmenin ifasının borçlunun aleyhine sonuçlar doğuracak olması, başlı başına mahkemenin aynen ifaya hükmetmekten kaçınmasına yeterli olacak derecede bir fedakârlık veya güçlük olarak nitelendirilmemektedir<sup>220</sup>. Örneğin *Mountford v. Scott* kararında<sup>221</sup> mahkeme, borçlunun evini sattıktan sonra yeni bir ev bulmasının güç olduğu yönündeki iddiasını aşırı ifa güçlüğü olarak nitelendirmemiştir. Benzer şekilde, *Haywood v. Cope* kararında<sup>222</sup> mahkeme,

<sup>216</sup> *The Nema* (1982) AC 724.

<sup>217</sup> *Autry v. Republic Productions*, 30 Cal.2d. 144, 180 P.2d 888 (1947).

<sup>218</sup> *Calamari/ Perillo*, s. 541.

<sup>219</sup> *Modern Equity*, s. 679.

<sup>220</sup> *Harris, Donald*, *Remedies in Contract and Tort*, London, 1988, s. 145-146.

<sup>221</sup> *Mountford v. Scott* [1975] Ch. 258, 265.

<sup>222</sup> *Haywood v. Cope* [1858] 35 Beav. 140, 149.

sözleşmenin yapılmasından sonra kâr getirmediği ortaya çıkan bir madenin kira sözleşmesinin de aynen ifasına hükmetmemiştir.

Görüldüğü üzere, ifanın aşırı derecede güçleşmesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Ancak bunu belli bir kurala bağlamak pek mümkün olmadığından, genellikle her bir olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılmaktadır. *Common law* sisteminde aşırı ifa güçlüğüne ilişkin verilmiş en temel karar 1984 tarihli *Patel v. Ali* kararıdır<sup>223</sup>. Söz konusu karar, 1979 tarihli ev satımına ilişkin bir sözleşmenin aynen ifasına ilişkindir. Davalı ve eşinin birlikte sahibi oldukları evin satım işlemleri davalının eşinin iflası üzerine alınan tedbir kararı nedeniyle uzun süre gecikmiştir. Satım işlemlerinin tamamlanmasının üzerine davalı kansere yakalanmış ve buna bağlı olarak bacağı kesilmiştir. Ayrıca, davalı üçüncü çocuğunu doğurmuş ve eşini kaybetmiştir. Davalı az derecede İngilizce konuşabilmekte ve mahalledeki komşularının ve yakınlarının desteğine ihtiyaç duymaktadır. Öte yandan, taşınmaz fiyatlarının artması nedeniyle ev sahibinin evden çıktıktan sonra aynı mahallede ev tutması mümkün değildir. Mahkeme, satım sözleşmesinin ifası sonucunda davalının evi tahliye etmesini ve çevresindeki yakınlarının desteğini kaybedecek olmasını aşırı ifa güçlüğü olarak nitelendirmiş ve aynen ifaya hükmetmemiştir.

Öte yandan, bu davada mahkemenin göz önünde bulundurduğu bir diğer husus ise davacının mahkemeye başvurmakta oldukça gecikmiş olmasıdır. Diğer bir ifade ile söz konusu kararda mahkeme sözleşmenin ifasının davalı açısından aşırı güçlüğe neden olacağı hususuyla, davacının mahkemeye başvurmakta gecikmesini birlikte değerlendirerek aynen ifaya hükmetmekten kaçınmıştır. Nitekim öğretideki bir görüşe göre<sup>224</sup>, aşırı ifa güçlüğü tek başına aynen ifayı engellemeye yetecek bir unsur değildir ve mahkemeler aşırı ifa güçlüğünü ancak diğer unsurların yanı sıra değerlendirmelidirler.

---

<sup>223</sup> *Patel v. Ali* [1984] Ch 283.

<sup>224</sup> **Harris**, s. 146.

## § 2. Türk Hukukunda ve Diğer Bazı Civil Law Ülkelerinde Aynen İfa Talebi

### I. Giriş

*Civil law* sisteminde aynen ifa talebine ilişkin farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde, Roma hukuku ve yukarıda açıklanmaya çalışılan *common law* sisteminden farklı olarak ifa mümkün olduğu sürece edimin ifasının sağlanması amaçlanmıştır<sup>225</sup>. Dolayısıyla, sözleşmeye aykırılık hâlinde borcun muaccel olması ve ifasının mümkün olması koşuluyla aynen ifa asli talep olarak düzenlenmiştir.

Öte yandan, Fransız ve İtalyan hukuklarında aynen ifa talebi sınırlandırılmış, Roma hukuku ve *common law* sistemine daha yakın çözümler kabul edilmiştir<sup>226</sup>. Fransız ve İtalyan hukuklarında alacaklının aynen ifa ve tazminat taleplerinden birini seçme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla, Fransız ve İtalyan hukuklarında var olan çözümler *common law* ile Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemleri arasında yer almaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde esas olarak Alman, İsviçre ve Türk hukukları detaylı olarak ele alınacak, Fransız ve İtalyan hukuklarının farklılıklarına da ilgili yerlerde değinilmeye çalışılacaktır. Bunun yanı sıra, yeri geldikçe Milletlerarası Mal Satımına ilişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ("CISG"), Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri'nde ("PECL") ve Milletlerarası Ticari Sözleşmelere ilişkin İlkeler'de ("PICC") yer alan düzenlemelere de Türk hukuku ve diğer *civil law* sistemleri ile karşılaştırmalı olarak yer verilecektir.

<sup>225</sup> **von Tuhr, Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, İstanbul 1952 (Çeviren: C. Edege); Yargıtay Yayını No. 15,C.1-2, Ankara 1983, s. 551; **Tercier, Pierre**, Le Droit des Obligations, 2 Edition, Zurich 1999, s. 206; Eren, s. 987; Feyzioğlu, C. II, s. 164; Oğuzman/ Öz, s. 329; **Serozan, Rona (Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Arpacı, Abdülkadir)**, Borçlar Hukuku- Genel Bölüm, Cilt 3, İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, s. 134; **Tandoğan, Haluk**, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 405; **Tekinay, Aynen İfa**, s. 429; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993, s. 920; **Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, c. 1 (Genel hükümler), İstanbul, 1976, s.779.

<sup>226</sup> **Tekinay, Aynen İfa**, s. 429.

Aşağıda sırasıyla genel olarak aynen ifa talebi ile verme, yapma ve yapmama borçlarında taşıdığı özelliklere değinilecek, daha sonra da ifa talebinin bazı sözleşme tiplerindeki özel görünümü açıklanacaktır. Bunun ardından aynen ifa talebinin ileri sürülemeyeceği hâller ele alınacaktır.



## II. Aynen İfa Talebi

### A- Genel Olarak

İsviçre - Türk hukukunda borca aykırılık hâlinde ifa mümkün olduğu sürece edimin ifasının sağlanması amaçlanmaktadır<sup>227</sup>. Bu nedenle, borcun karşılıklı sözleşmelerde ifa edilmemesi hâllerine bağlanan ifa talebi (ve cebrî icra), tazminat davası ve sözleşmeden dönme sonuçları arasından ifa davası, alacaklının esas talep hakkı olarak düzenlenmiştir. Borçluyu edimini ifaya, bir başka deyişle bir şeyi vermeye, bir işi yapmaya veya yapmamaya mahkûm eden dava ifa (eda) davasıdır<sup>228</sup>. İfa davası kural olarak her türlü borcun ifası için açılabilir, muaccel ve yerine getirilme imkânı olan her türlü edimin ifa davasının konusunu teşkil etmesi mümkündür. Dolayısıyla, ifa davasının açılabilmesi için öncelikle alacağın muaccel olması ve edimin imkânsız hale gelmemiş bulunması gerekir. Ayrıca borçlunun kusuru ya da temerrüde düşmüş olması aranmaz<sup>229</sup>.

Hukukumuzda ifa mümkün olduğu sürece kural olarak alacaklının tazminat talep etme veya sözleşmeden dönme hakkı bulunmamaktadır<sup>230</sup>. Bu nedenle, borca aykırılık hâlinde alacaklının aynen ifayı reddedip onun yerine tazminat talep etmesi mümkün değildir. Borçlu, borcunu aynen ifa etmeye ve alacaklı da sadece borcun aynen ifa edilmesini talep etmeye yetkilidir. Şüphesiz, tarafların bir ifa

<sup>227</sup> von Tuhr (Edege), s. 551; Tercier, *Obligations*, s. 206; Eren, s. 987; Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)*, Cilt 2, 4.Bası, İstanbul, 1980, s. 164; Oğuzman/ Öz, s. 329; Serozan, *Borçlar*, s. 134; Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 405; Tekinay, *Aynen İfa*, s. 429; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 920; Tunçomağ, c.I, s.779.

<sup>228</sup> von Tuhr (Edege), s. 551; Dural, Mustafa; Sarı, Suat, *Türk Özel Hukuku c. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, 2006, s. 217; Eren, s. 987; Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, *Medeni Hukuk Giriş – Kaynaklar- Temel Kavramlar*, 9.Bası, İstanbul, 2002, s. 221; Oğuzman/ Öz, s. 329; Serozan, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, İstanbul, 2005, s. 220; Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 405; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 920.

<sup>229</sup> Eren, s. 987; Oğuzman/ Barlas, s. 221; Oğuzman/ Öz, s. 329, Pekcanitez, Hakan; Atay, Oğuz; Özekes, Muhammet, *Medeni Usûl Hukuku*, Ankara, 2007, s. 289; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 920.

<sup>230</sup> Oğuzman/Öz, s. 329.

yerine edim (*datio in solutum*) anlaşması yapmak suretiyle tazminat ödenmesini kararlaştırmaları mümkündür<sup>231</sup>. Ancak, bunun için her iki tarafın da bu hususu kabul etmesi gerekmektedir. Aksi hâlde sadece taraflardan birinin, özellikle de alacaklının arzusu ile asıl edimin değiştirilmesi veya tazminata dönüştürülmesi mümkün değildir. Borçlu temerrüde düşmüş olsa bile alacaklı, aynen ifanın yanı sıra sadece gecikme yüzünden uğradığı zararın tazminini talep edebilir<sup>232</sup>. Karşılıklı sözleşmelerde alacaklıya Borçlar Kanununun<sup>233</sup> 106. maddesi uyarınca<sup>234</sup> tanınmış olan imkânlar bu durumun bir istisnasıdır. Bilindiği üzere, karşılıklı sözleşmelerde alacaklının, gecikmiş ifa ile gecikme tazminatı talep etmenin yanı sıra, ifa yerine tazminat talep etme veya sözleşmeden dönme hakları da bulunmaktadır<sup>235</sup>. Ayrıca bazı özel sözleşme tiplerinde de özellikle ayba karşı tekeffül hallerinde alacaklıya aynen ifayı talep dışında bazı talep hakları tanınmıştır<sup>236</sup>.

Türk hukukunda, alacaklının borcunu yerine getirmekten kaçınan borçluyu aynen ifaya zorlaması kural olarak mümkündür. Ancak alacaklı tarafından bizzat güç kullanılarak borçlunun ifaya zorlanması ve hakkın bizzat alınması bazı istisnalar<sup>237</sup> dışında hukukumuzda kabul edilen bir yöntem değildir. Borçlunun ifaya zorlanabilmesi için alacaklının borçlu aleyhine ifa davası açarak onu ifaya

<sup>231</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 330; **Reisoğlu, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 298.

<sup>232</sup> **Eren**, s. 1058; **Serozan, Borçlar**, s. 218; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s. 920.

<sup>233</sup> Kanun No: 818, Kabul Tarihi: 22 Nisan 1926, Resmi Gazete ile Neşir ve İlanı: 8 Mayıs 1926 - Sayı: 366, 3.t. Düstur, c.7 - s.763.

<sup>234</sup> Yargıtay 15. HD 13.10.1994 tarihli 414 E. ve 5816 K. sayılı kararı; Yargıtay 15. HD 5.7.1991 tarihli 761 E. ve 3514 K. sayılı kararı; Yargıtay 13. HD 14.11.2005 tarihli 9205 E. ve 16840 K. kararı. (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr)

<sup>235</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 2 II E 1 b aa.

<sup>236</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 2 II E 1 c.

<sup>237</sup> Bu istisnaların tipik örneğini Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin 3. fıkrası teşkil etmektedir. Bu hükme göre, "*Kendi hakkını vikaye için cebri kuvvete müracaat eden kimse hal ve mevkie nazaran zamanında hükümetin müdahalesi temin edilemediği yahut hakkının ziyaa uğramasını yahut hakkının kullanılması hususunun pek çok müşkül olmasını meni için başka vasıtalar mevcut olmadığı takdirde, bir güne tazminat itasıyle mükellef olmaz.*"

mahkûm ettirmesi gerekmektedir<sup>238</sup>. Ancak, alacaklının ifa davası sonucunda elinde bir ilâm bulunsa dahi borçluyu ifaya kendi kendine zorlaması mümkün değildir. Zira hakkın bizzat alınması hukukumuzda kural olarak yasak olduğu<sup>239</sup> için ifayı zorlamak devlet gücünü temsil eden resmi organlara bırakılmıştır<sup>240</sup>. Dolayısıyla, ifa davası sonucunda borçlu borcunu ifa etmekten kaçınmaya devam ederse, alacaklının elindeki ilâm ile cebri icra<sup>241</sup> yoluna başvurmak suretiyle ifanın gerçekleştirilmesini sağlayacaktır<sup>242</sup>.

## B- Verme Borçlarında

### 1. Taşınır Mülkiyetinin Nakli Borçlarında

Bir taşınır malın mülkiyetini nakletmeyi borçlanmış olan borçlu, malın mülkiyetini nakletmekten haksız olarak kaçınacak olursa, alacaklı açacağı bir ifa davası ile mahkemeden malın kendisine teslim edilmesine hükmedilmesini talep edebilir<sup>243</sup>. Ancak, taşınmaz mülkiyetinin naklinden farklı olarak mülkiyet hâkimin kararı ile kendiliğinden geçmeyecek; icra müdürünün borçlunun

<sup>238</sup> Eren, s. 987; Feyzioğlu, s. 164; Oğuzman/ Öz, s. 316; Serozan, Borçlar, s. 218; Tandoğan, Mesuliyet, s. 405.

<sup>239</sup> Türk Ceza Kanununun 150. maddesi uyarınca “Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

<sup>240</sup> Pekcanitez, Hakan; Atay, Oğuz; Sungurtekin-Özkan, Meral; Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2007, s. 42; Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2007, s. 30; Eren, s. 986; Oğuzman/Öz, s. 332.

<sup>241</sup> Borçlunun borcunu yerine getirmeye zorlanması amacıyla icra teşkilatına başvurma usulü cebri icra olarak adlandırılmaktadır. Cebri icra usulünün kural ve yöntemleri İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiştir. Cebri icra ilamlı veya ilamsız icra takibi ile yürütülür. Alacaklının ifa davası sonucunda mahkemenin verdiği karara dayanarak icra teşkilatına başvurması hâlinde ilamlı icra takibi başlar. İlamlı icra takibinde borçlunun borca itiraz etmesi mümkün değildir. Öte yandan, para ve teminat borçları bakımından alacaklı elinde mahkeme ilamı olmaksızın da icra takibi başlatabilir. Ancak, ilamsız icra takibinde borçlu borca itiraz ederse, alacaklının İcra ve İflas Kanununun 67. maddesi uyarına mahkemeye başvurması gerekmektedir (Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 30; Eren, s. 988).

<sup>242</sup> Eren, s. 986; Feyzioğlu, s. 164; Oğuzman/ Öz, s. 329; Serozan, Borçlar, s. 218.

<sup>243</sup> Eren, s. 989; Oğuzman/Öz, s. 332; Serozan, Borçlar, s. 219.

zilyetliğindeki malı borçludan alıp alacaklıya teslim etmesi<sup>244</sup>, yani zilyetliğin nakli ile mülkiyet hakkı alacaklıya geçecektir<sup>245</sup>.

Öte yandan, taşınırın borçlunun zilyetliğinde bulunmaması veya yerinin tespit edilememesi hâlinde, ifa imkânsızlığı söz konusu olacaktır<sup>246</sup>. Dolayısıyla, icra müdürü İcra ve İflas Kanununun<sup>247</sup> 24. maddesi<sup>248</sup> uyarınca borçludan malın ilâmda belirtilen değerini tahsil edecektir<sup>249</sup>. Borçlunun, söz konusu değeri de ödemekten kaçınması hâlinde icra müdürü ayrıca icra emri tebliğ etmeksizin haciz yoluyla borçludan bedeli tahsil edecektir<sup>250</sup>.

Bilindiği üzere, zilyetliğin mülkiyeti kazanana geçirebilmesi için, tarafların bu hususta anlaşmaları gerekmektedir. Bu anlaşma öğretide aynı sözleşme olarak da ifade edilmektedir<sup>251</sup>. Bununla beraber, taşınır mülkiyetinin naklî borçlarına ait

<sup>244</sup> İlâm ile takibin başlatılmasının üzerine icra müdürü İcra ve İflas Kanununun 24. maddesinin 1. fıkrası uyarınca borçluya icra emri tebliğ eder. Buna göre, borçlu yedi gün içinde malı alacaklıya teslim etmekle yükümlüdür. Aksi hâlde, icra müdürü borçlunun zilyetliğindeki malı borçludan alıp alacaklıya teslim ederek borcun cebrî icrasını gerçekleştirir. (**Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra**, s. 349; **Eren**, s. 988; **Oğuzman/Öz**, s. 332; **Serozan, Borçlar**, s. 219).

<sup>245</sup> **Pekcanitez/ Atay/ Sungurtekin-Özkan/ Özekes**, s. 332; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra**, s. 407; **Oğuzman/Öz**, s. 332; **Serozan, Borçlar**, s. 219.

<sup>246</sup> Mahkeme ilâmında teslim edilmesi hüküm altına alınan malın borçlunun zilyetliğinde bulunmaması da ifa imkânsızlığı olarak nitelendirilmektedir (**Oğuzman/Öz**, s. 332).

<sup>247</sup> Kanun no: 2004, Kabul Tarihi: 9 Haziran 1932, Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 19 Haziran 1932 - Sayı: 2128 3.t.Düster, c.13 - s.426.

<sup>248</sup> Bu madde uyarınca “*Yedinde bulunmazsa ilamda yazılı değeri alınır. Vermezse ayrıca icra emri tebliğine hacet kalmaksızın haciz yoluyla tahsil olunur. Menkul malın değeri, ilamda yazılı olmadığı veya ihtilaflı bulunduğu takdirde, icra memuru tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur.*”

<sup>249</sup> **Pekcanitez/ Atay/ Sungurtekin-Özkan/ Özekes**, s. 332; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra**, s. 407. Yargıtay 12 HD 01.03.2002 tarihli, 2885 Esas ve 4259 Karar sayılı kararı (Kazancı Bilişim-Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr). Öte yandan, borçludan bedelin tahsili yapılmadan önce malı elinde bulunduran kişi borçlunun borcunun ifası olarak malı icra görevlisine veya alacaklıya teslim ederse, artık borçludan bedel tahsili yapılmayacaktır (**Oğuzman/Öz**, s. 332 dn. 202).

<sup>250</sup> **Eren**, s. 988; **Pekcanitez/ Atay/ Sungurtekin-Özkan/ Özekes**, s. 332; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra**, s. 407; **Oğuzman/ Öz**, s. 332; **Tunçomağ, c.I**, s. 781.

<sup>251</sup> **Akipek, Jale**, Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mülkiyet, Ankara, 1971, s. 254; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 570; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya Hukuku**, İstanbul, 1989, s. 464.

ilâmlar zilyetliğin naklînde<sup>252</sup> ve mülkiyetin geçmesinde aranan borçlunun rızasının yerini tutar<sup>253</sup>. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, mülkiyet mahkeme kararıyla geçmeyecek, bunun için icra neticesinde malın zilyetliğinin de geçmesi gerekecektir<sup>254</sup>.

## 2. Taşınmaz Mülkiyetinin Naklî Borçlarında

Bir taşınmazın mülkiyetini nakletmeyi borçlanmış olan borçlu, tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınırsa, alacaklı mahkemeden mülkiyetin kendisine geçirilmesini isteyebilir<sup>255</sup>. Bu imkânı Türk Medeni Kanununun<sup>256</sup> 716. maddesinin 1. fıkrası sağlamaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, “*Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.*”

Taşınmaz mülkiyetinin naklîne veya taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkının ya da taşınmaz yükünün tesisine ilişkin verilen ilâmların ayrıca icrasına gerek

<sup>252</sup> Öğretide hâkim görüşe göre, teslim yoluyla zilyetliğin kazanılmasında rıza aranmamakta, teslim maddi bir fiil olarak kabul edilmektedir (**Akipek, Jale**, Türk Eşya Hukuku, I. Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara, 1972, s. 187-188). Bir diğer görüş ise, rızayı aramakta ancak rızanın bir hukuki işlem niteliği taşımadığını, ayırt etme gücünün rızanın geçerliliği için yeterli olduğunu ifade etmektedir. Gerçi burada da teslim edenle teslim alan arasında, zilyetliğin devrine ilişkin karşılıklı rızalar bulunmalı, yani bir anlaşma kurulmalıdır. Ancak bu anlaşmanın hukuki işlem mahiyetinde bir sözleşme derecesine ve niteliğine yükselmediği belirtilmektedir (**Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 256; Serozan, Eşya, s. 109; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya**, s. 69-70). Buna karşılık, diğer bir görüş zilyetliğin devri için tarafların hukuki işlem niteliğinde bir anlaşmasını zorunlu saymaktadır (**Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe**, Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s. 65). Bu son iki görüşten birinin kabul edilmesi hâlinde zilyetliğin nakli için borçlunun rızasının aranması kural olarak gerekecek ise de mahkeme ilamı bu rızanın yerine geçecektir.

<sup>253</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 332.

<sup>254</sup> Her ne kadar, mahkeme kararı mülkiyetin geçmesi için yeterli olmamakta, bunun için icra neticesinde malın zilyetliğinin alacaklıya geçmesi şart ise de, zilyetliğin naklî için bazı yazarlarca aranan borçlunun rızasını artık aramaya gerek olmayacaktır. Zira mahkeme kararı bu rızanın yerini tutacaktır.

<sup>255</sup> **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 314.

<sup>256</sup> Kanun no: 4721, Kabul Tarihi: 22 Kasım 2001, Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 8 Aralık 2001 - Sayı: 24607.

yoktur<sup>257</sup>. Zira mahkemenin hükmünün kesinleşmesi ile mülkiyet tescilden önce alacaklıya geçecek veya sınırlı ayni hak kurulmuş olacaktır (TMK m. 705/2). Bunun üzerine, alacaklı Türk Medeni Kanununun 716. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mahkeme ilâmına dayanarak tapu sicil müdürlüğünden açıklayıcı tescili bizzat talep edecektir<sup>258</sup>.

Öte yandan, İcra ve İflas Kanununun 28. maddesi uyarınca, ifa davası sonucunda alacaklının lehine hüküm verilmesi hâlinde mahkeme alacaklının talebine gerek kalmaksızın tapu sicil müdürlüğüne durumu bildirecek ve ilgili müdürlük de bu durumu taşınmaz kaydına şerh edecektir<sup>259</sup>.

Her ne kadar, öğretide 716. madde uyarınca verilen hükmün bir eda ilâmı olmayıp, yenilik doğuran karar niteliğinde olduğu ifade edilmekte ise de<sup>260</sup> davanın kendisi bir eda davası niteliğindedir<sup>261</sup>. Bu nedenle, 716. maddeye dayandırılan talebin bir ifa talebi olduğu açıktır.

Ancak Türk Medeni Kanununun 716. maddesine dayanan bir davanın açılabilmesi için dava açılırken borçlunun taşınmaza malik olması gerekmektedir. Eğer borçlu taşınmazın mülkiyetini bir başkasına devretmişse, ne borçluya ne de üçüncü şahsa karşı söz konusu davanın açılması mümkün olmayacaktır. Alacaklı, artık sadece zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir<sup>262</sup>. Nitekim böyle bir durumda ifa imkânsızlaşmıştır<sup>263, 264</sup>.

<sup>257</sup> Eren, s. 989; Oğuzman/ Öz, s. 332; Serozan, Borçlar, s. 219.

<sup>258</sup> Eren, s. 988; Oğuzman/ Öz, s. 332; Serozan, Borçlar, s. 219.

<sup>259</sup> Pekcanitez/ Atay/ Sungurtekin-Özkan/ Özkes, s. 333; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 408; Eren, s. 988.

<sup>260</sup> Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s. 716.

<sup>261</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 322

<sup>262</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 169

<sup>263</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 2 III E 4.

<sup>264</sup> Öte yandan, taşınmaz üçüncü şahsa dava açıldıktan sonra intikal etmişse, İcra ve İflas Kanunu madde 27 uyarınca alacaklı borçlunun üçüncü şahsa karşı sahip olduğu haklara sahiptir.

### 3. Para Borçlarında

Para borçlarının ifasında imkânsızlık işin doğası gereği söz konusu olmamaktadır<sup>265</sup>. Bu nedenle, para borçlarının ifası her zaman için talep edilebilir. Mahkemenin borcun ifasına hükmetmesi üzerine verilen ilâma dayanılarak, borçlunun mallarının cibrî icra teşkilatı tarafından haciz veya iflas yoluyla paraya çevrilmesi ve böylece alacaklının para alacağıının temin edilmesi mümkündür<sup>266, 267</sup>.

Bu durumun tek istisnası, nitelikli bir miktar paranın parça borcunun konusunu teşkil etmesidir. Bu durumun en tipik örneği, koleksiyoncuya satılan bir miktar paranın kıymet olarak değil, bir mal olarak borçlanılmasıdır<sup>268</sup>. Bu durumda taşınır mülkiyetinin naklî borçlarına ilişkin başlık altında yaptığımız açıklamalar geçerli olacaktır<sup>269</sup>. Söz konusu paranın fiziksel olarak ortadan kalkması veya paranın mülkiyetinin 3. kişiye geçmesi durumunda ifa imkânsızlaşmış olacağı için sadece bir tazminat davası açılacaktır.

### C- Yapma Borçlarında

#### 1. Genel Olarak

<sup>265</sup> **Barlas, Nami**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992, s. 20; **Oğuzman/ Öz**, s. 332. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. § 2 III E 4 c.

<sup>266</sup> Borçlunun borcunu ödemeye yetecek kadar malına haciz veya iflas yoluyla el konulur ve bu mallar icra teşkilatı tarafından satılarak paraya çevrilip, alacaklıya verilir. Alacağın rehin ile teminat altına alınmış olması hâlinde, öncelikle rehinin paraya çevrilmesi yoluna gidilir (**Oğuzman/ Öz**, s. 332; **Serozan, Borçlar**, s. 219).

<sup>267</sup> İcra ve İflas Kanununun 42. maddesi uyarınca para alacaklarının cibrî icrası için ilamsız icra yoluna da başvurulması mümkündür. Bu hükme göre, hiçbir mahkeme kararı olmasa dahi ifanın cibrî icra teşkilatı aracılığıyla yerine getirilmesi mümkün olabilecektir. Ancak, ilamsız icra takibinde borçlu borca itiraz ederse, alacaklının İcra ve İflas Kanununun 67. maddesi uyarınca mahkemeye başvurması gerekmektedir (**Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra**, s. 30; **Eren**, s. 988).

<sup>268</sup> **Oğuzman/ Öz**, s. 231.

<sup>269</sup> Bkz. § 2 II B 1.

Yapma borçlarının zamanında ifa edilmemesi bir imkânsızlığa sebep olmadıkça, aynen ifasının talep edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, alacaklının borçludan bir yapma borcunun yerine getirilmesini zorla elde etmesi oldukça güçtür. Zira Roma hukukundan beri hâkim olan “*Nemo praecise cogi potest ad facum*” ilkesi uyarınca hiç kimse istemediği bir işi yapmaya zorlanamaz<sup>270</sup>. Ancak ifa mümkün oldukça alacaklının ifa talebinden vazgeçerek tazminat talep etmesi de mümkün değildir.

Borçlar Kanununda yapma borçlarına ilişkin olarak ilginç bir hüküm yer almaktadır. Borçlar Kanununun 97. maddesinin düzenlemesi uyarınca bir yapma borcunun ifa edilmemesi hâlinde alacaklı masrafları borçluya ait olmak üzere işin bizzat kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından yapılmasını mahkemeden talep etmek hakkına sahiptir<sup>271</sup>. Bunun yanı sıra, İcra ve İflas Kanununun 30. maddesi de bu hükme paralel bir düzenleme getirmektedir<sup>272, 273</sup>. Söz konusu hüküm uyarınca bir işin icrasına ait ilâmı borçlu icra etmezse ve eğer işin başkası tarafından yapılması mümkünse, masrafı borçluya ait olmak üzere işin başkasına yaptırılması mümkündür. Borçlar Kanununun 97. maddesinin 2. fıkrası uyarınca

<sup>270</sup> Serozan, **Borçlar**, s. 219.

<sup>271</sup> Yargıtay 15. HD 4.7.2004 tarihli 2951 E. ve 3735 K. sayılı kararı; Yargıtay 15. HD 11.4.2002 tarihli 38 E. ve 1749 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

<sup>272</sup> İcra ve İflas Kanununun 30. maddesinin 1. fıkrası uyarınca öncelikle icra müdürü tarafından borçluya icra emri tebliğ edilecektir. Buna göre, borçluya ilamda gösterilen süre içinde veya eğer ilamda süre gösterilmemişse işin niteliğine göre başlama ve bitirme zamanları tayin edilerek yapma borcunun yerine getirilmesi gerektiği bildirilir. Borçlunun borcunu tayin edilen süre içinde yerine getirememesi hâlinde iş artık diğer bir kimse tarafından da yapılabilecektir. Bu durumda, alacaklının talebi üzerine icra müdürü işin yapılması için gerekli masrafları bilirkişiye takdir ettirir ve söz konusu masraflar borçludan tahsil edilmek üzere iş başka birine yaptırılabilir. Öte yandan, alacaklı masrafların sonradan borçludan tahsil edilmesi kaydıyla avans vermemesi hâlinde, borçlunun masrafları karşılayacak miktarda malları haczedilerek paraya çevrilir ve böylece iş başka bir kimseye yaptırılır (**Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra**, s. 354; **Eren**, s. 991).

<sup>273</sup> Bunun yanı sıra, borçlu İcra ve İflas Kanunu madde 343 uyarınca bir aydan üç aya kadar hapis cezasına çarptırılır. Böylece yapma borçlarında hapis cezası vasıtasıyla borçluya dolaylı yoldan baskı yapılmış olmaktadır (**Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s. 923; **Serozan, Borçlar**, s. 219). Öte yandan, bu hükmün tüzel kişiler açısından uygulanmasında bazı sorunlar ortaya çıkabilecektir. Zira tüzel kişilerde kimin hapisle tazyik edilmesi gerektiği sorunu ile karşılaşılacaktır. Kaldı ki, kanaatimce cezaların şahsiliği prensibinin geçerli olduğu ülkemizde, bir başkasının borcu için diğer bir kimseyi hapisle tazyik etmek mümkün olamamalıdır.



alacaklının borcun zamanında ve bizzat borçludan elde edilememesinden doğan zararlarını tazmin ettirme hakkı da ayrıca mevcuttur<sup>274</sup>.

Borçlar Kanununun 97. ve İcra ve İflas Kanununun 30. maddelerinde yer alan bu düzenlemelerin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu hükümler, öğretilerdeki baskın görüş uyarınca yapma borcunun aynen ifasının cebrî icra yoluyla sağlanması olarak değerlendirilmektedir<sup>275</sup>. Serozan'a göre<sup>276</sup>, Borçlar Kanununun 97. maddesi yapma ve yapmama edimlerine ilişkin özel bir cebrî icra sistemi öngörmektedir. Yazar'a göre, somut olaylarda, bu hükmün uygulanması yerine tazminat ve karşılıklı sözleşmede ise sözleşmeden dönme tercih edilmektedir<sup>277</sup>.

İsviçre'de bir görüş<sup>278</sup>; Borçlar Kanununun 97. maddesinin 1. fıkrasını, ifanın alacaklı tarafından yapılmasına izin verilebilmesi için önce alacaklının borçluyu aynen ifaya mahkûm eden bir ilâm elde etmesi gerektiği şeklinde yorumlamaktadır. Buna göre, mahkeme ilâmı icraya konulmalı ve borçluya ilâmın yerine getirilmesi için bir icra emri gönderilmiş olmalıdır. Bu kapsamda, alacaklının Borçlar Kanununun 97. maddesinin 1. fıkrasına dayanabilmesi için borçlunun kendisine iletilen icra emrindeki yazılı süre içinde yapma borcunu ifa etmemiş olması gerekmektedir. Bu görüş, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop tarafından eleştirilmiştir<sup>279</sup>. Buna göre, Borçlar Kanununun 97. maddesinin 1. fıkrası yapma borcunun ifasından bahsetmektedir. Söz konusu maddenin uygulanması açısından ilâma gerek bulunmamaktadır. Yazarlar, sadece hâkimin

<sup>274</sup> Eren, s. 991; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 923.

<sup>275</sup> Eren, s. 196; Serozan, *Borçlar*, s. 218; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 921.

<sup>276</sup> Serozan, *Borçlar*, s. 218-219.

<sup>277</sup> Serozan, *Borçlar*, s. 219.

<sup>278</sup> von Tuhr (Edege), s. 549-595; Oser, H.; Schönerberger, W.; *Borçlar Hukuku*, 2. Bası, (Çeviren: Recai Seçkin), Ankara, 1947, m.98, No.1, s. 730; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 922 ve orada dn. 3'de anılan Schobert, *Die Realerfühlung, insbesondere nach anglo- amerikanischem Recht*, Bern 1952, s. 105-106.

<sup>279</sup> Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 922.

izninin yeterli olacağını ileri sürmektedirler<sup>280</sup>. Zira maddenin uygulanması için ilâm aranması hâlinde, İcra ve İflas Kanununun 30. maddesi anlamını yitirecek ve hatta bu hükümle Borçlar Kanununun 97. maddesinin 1. fıkrasının değiştirilmiş olduğunu kabul etmek gerekecektir. Burada kanun koyucunun amacı, bir taraftan işin borçlu tarafından istenmeyerek yapılmasından doğacak sakıncalara karşı alacaklıyı korumak, diğer taraftan da, bir yapma borcunun zorla elde edilmesini dolaylı olarak mümkün kılmaktır.

Dolayısıyla, sözleşme konusu yapma borcunun başka bir kimse tarafından ifa edilmesi mümkün ise, alacaklı dava açarak, birbirine bağlı beş talep ileri sürebilecektir<sup>281</sup>. Buna göre, alacaklı, sözleşmeye aykırılığın tespitini, edimin ya bizzat kendisi ya da üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesine izin verilmesini<sup>282</sup>, ifanın gerektireceği masrafların borçludan tahsilini, gecikmeden kaynaklanan zararın tazminini ve alacaklının ifanın bizzat borçlu tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle elde edeceği menfaatin daha yüksek olması hâlinde, aradaki bu farkın tazminini talep edebilecektir. Bununla birlikte, alacaklının söz konusu hükme dayanmaksızın borcun bizzat borçlu tarafından ifasını dava etmesi de mümkündür. Söz konusu dava sonucunda, borçlu aynen ifaya mahkûm

<sup>280</sup> Yargıtay 15. HD 9.5.1980 tarihli 1204 E. ve 1218 K. sayılı kararı, Yargıtay 13. HD 27.6.1981 tarihli 3483 E. ve 4055 K. sayılı kararı (**Uygur, Turgut**, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, c. 3, Ankara, 2003, s. 3198-3199). Yargıtay 15. HD 19.6.1996 tarihli 3158 E. ve 3503 K. sayılı kararı (**Uygur, c.3**, s. 3551). Yargıtay 13. HD 0.3.1987 tarihli 1024 E. ve 1335 K. sayılı kararı uyarınca alacaklının mahkemeden izin almadan borçlu yerine ifada bulunması, BK m. 414 uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine tabidir. Buna göre, alacaklı borçludan ancak yaptığı giderleri, borçlunun bundan faydalandığı ve zenginleştiği oranda talep edebilecektir (**Uygur, c.3**, s. 3199).

<sup>281</sup> **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s. 922.

<sup>282</sup> Yargıtay 4. HD 5.5.1960 tarihli 50/7305 E ve 4490 K. sayılı kararında “*davacının isteğinin BK m. 97/1 hükmünce izin isteğinden ibaret bulunmasına ve bu itibarla bir tedbire ilişkin bulunmasına ve tedbir kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceğine ve iznin haklı olup olmadığının ancak davacı tarafça masraf hakkında esas dava açıldığı zaman incelenebileceğine göre temyiz dilekçesinin reddi gerekir.*” (**Tekinay, Aynen İfa**, s. 432). Edimin alacaklının kendisi ya da üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesine ihtiyati tedbir yoluyla da izin verilmesi mümkün olmakla birlikte, BK 97 hükmünün sadece bir tedbir olarak değerlendirilmesi yerinde değildir.

edilmesine karşın ifayı gerçekleştirmezse, o takdirde, İcra ve İflas Kanununun 30. maddesi uygulama alanı bulacaktır<sup>283</sup>.

Buna karşılık Oğuzman/ Öz<sup>284</sup>, burada yapma borcunun ifa edilmemesinden doğan zararın özel bir tarzda tazmininin düzenlenmiş olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, bir yapma borcu başkası tarafından ifa edilebilecek olsa bile borçlunun ifa etmeyeceği anlaşılınca imkânsızlık söz konusu olacaktır. Böylece, borçlu bu imkânsızlık yüzünden doğan zararı tazmin edecektir<sup>285</sup>.

Ayrıca, 97. madde ile 96. maddenin “Borçlunun Mesuliyeti” genel başlığı altında düzenlenmiş olması ve 96. maddenin genel hüküm olduğunun alt başlıkta belirtilmiş olması da bu görüşe dayanak teşkil etmektedir. Söz konusu hüküm alacaklıya ifanın faydasını sağlamakla birlikte, borçlu sadece tazminat ödeyecektir. Bu görüşe göre, alacaklı dilerse, borçluya karşı Borçlar Kanununun 97. maddesi uyarınca tazminat davası açabilecek, ancak borçlu borcu ifa ederek tazminata hükmedilmesini engelleyebilecektir<sup>286</sup>. Kaldı ki, yazarlara göre hukukumuzda tazminatın mutlaka nakden ödenmesi gerekmeyip, 97. madde uyarınca alacaklının ifa menfaatine kavuşmasını bir aynen tazmin hükmü olarak değerlendirmek mümkündür<sup>287</sup>.

<sup>283</sup> Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 922.

<sup>284</sup> Oğuzman/ Öz, s. 374.

<sup>285</sup> Oğuzman/ Öz, s. 306.

<sup>286</sup> Oğuzman/Öz, s. 374-375.

<sup>287</sup> Aynen tazmin, zarara sebep olan olayın hiç meydana gelmemesi halinde içinde bulunulacak farazi durumun para ödemesinden farklı bir şekilde tazmin edilmesidir (**Ergüne, Mehmet Serkan**, “*Alman Hukukunda Aynen Tazminin Önceliği İlkesinin Yumuşatıldığı Hallere Genel Bir Bakış*”, İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, c. 5, s. 1-2, 2006, s. 31 (31)). Bir başka deyişle, tazminatın para verilmesi suretiyle değil, mağdurun zarar gören malvarlığı değerinin yerine geçecek yeni bir malın verilmesi veya onarılması suretiyle eski hale getirilmesidir. Yok edilen bir malın bir eşinin verilmesi, tahrip edilen bir malın davalı tarafından tamir edilmesi, failin hilesi sonucu mağdurun başkasına karşı yüklediği borcu davalının devralması, kirletilen alanın temizletilmesi aynen tazmine birer örnektir (Oğuzman/ Öz, s. 576)

Borçlunun yapma borcunu ifa etmemesi hâlinde ifanın imkânsızlaştığını kabul eden bu görüş benimsendiği takdirde alacaklının doğrudan ifa etmeme nedeniyle müspet zararının tazminini talep etmesi de mümkündür. Bu şekilde, borçlu Borçlar Kanununun 97. maddesinin 1. fıkrası ile İcra ve İflas Kanununun 30. maddesi uyarınca özel ve istisnai hükümlere dayanmak zorunda kalmayacaktır<sup>288 289</sup>.

Kuşkusuz imkânsızlık görüşü, özellikle borçlunun kişisel özelliklerine sıkı surette bağlı bir iş görme edimi söz konusu<sup>290</sup> olduğunda savunulabilecektir. Zira bu durumda, ifa yalnızca borçlu tarafından yerine getirilebilecektir. Dolayısıyla, söz konusu edimin masrafları borçluya ait olmak üzere üçüncü kişiye yaptırılması veya söz konusu borca ilişkin ilâmın İcra ve İflas Kanununun 30. maddesi uyarınca cebrî icrası mümkün olmayacaktır. Bu durumda, işin borçludan başka bir kimse tarafından yapılması mümkün olmadığı için ifa, borçlunun kusuru ile imkânsızlaşmış olmaktadır. Bu gibi hâllerde alacaklının elindeki tek imkân uğradığı zararının tazminini istemektir.

Bu iki görüş arasındaki temel farklılık, Borçlar Kanununun 97. maddesinin uygulanması açısından borçlunun kusurunun aranıp aranmamasıdır. Zira bu hükmün cebrî icra niteliğinde olduğunun kabul edilmesi hâlinde, edimin cebrî icra

<sup>288</sup> Oğuzman/ Öz, s. 307.

<sup>289</sup> Fransız Medeni Kanununun 1142. maddesi uyarınca yapma ve yapmama borcunun ifa edilmemesi hâlinde borçlunun ifaya zorlanması mümkün değildir, dolayısıyla esas yaptırım tazminat olarak düzenlenmiştir. Öte yandan, yapma borçlarında borçlunun kişisel özelliklerinin önem taşımadığı bir borç ilişkisi söz konusu ise, alacaklı mahkemeden masraflı borçluya ait olmak üzere ifanın üçüncü bir kişiye yaptırılması hususunda izin isteyebilir. Ayrıca, Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution m.33-37 uyarınca borçluyu ifaya zorlamanın mümkün olduğu birçok durumda, astreinte öngörülmüştür. Astreinte yapma ve yapmama borçları açısından getirilen bir parasal tazminat yaptırımıdır (**Serozan, Borçlar**, s. 219). Buna göre, borçlu aynen ifayı geciktirdikçe yükselen bir para miktarının ödenmesi gerekmektedir. Eğer borçlu ifayı gerçekleştirirse, astreinte alacaklının gerçek zararını karşılayacak miktara indirilecektir (**Dawson**, s. 510; **Tekinay, Aynen İfa**, s. 428).

<sup>290</sup> Sözleşme instuitus personae unsuru taşımaktadır. Buna göre, alacaklının sözleşmeden doğan borcun seçtiği kişi tarafından bizzat ifa edilmesinde büyük bir manevi veya ekonomik menfaati bulunmaktadır (**Helvacı, Serap**, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1993, s. 45).

ile elde edilmesi borçlunun kusuruna bağlı olmayacağından, üçüncü kişiye yaptırılan ifa masraflarının borçludan talep edilmesi için borçlunun kusuru aranmayacaktır. Öte yandan, bu hükmün tazminat niteliğinde kabul edilmesi hâlinde, borca aykırılık nedeniyle tazminat ödenmesi borçlunun kusuruna bağlı olduğundan borçlunun kusursuzluğunu ispat edebildiği bir kurguda artık tazminat ödemek yükümlülüğü bulunmayacaktır<sup>291</sup>.

Öte yandan, Borçlar Kanununa göz atılacak olursa, bazı sözleşme tipleri bakımından alacaklıya, hâkimden karar almaya gerek olmaksızın borçlanılan yapma edimlerini borçlunun yerine yapma hakkı tanındığı görülecektir<sup>292</sup>. Örneğin, Borçlar Kanununun 251. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kiracıya bu hak tanınmıştır. Buna göre, kiralananın teslim alınması sırasında mevcut olan veya kiralanda sonradan ortaya çıkan ve kiracının onarma yükümlülüğü bulunmayan “önemli olmayan ayıpların” kiraya verene bildirilerek uygun bir süre içinde giderilmesi talep edilecektir. Kiraya verenin, uygun süre içinde bu ayıpları gidermemesi hâlinde ise kiracı söz konusu ayıpları kiraya veren hesabına giderebilecektir. Aynı şekilde, Borçlar Kanununun 358. maddesi 2. fıkrası uyarınca iş sahibine de bu hak tanınmıştır. Bu madde uyarınca, eserin meydana getirilmesi sırasında işin müteahhidin kusuru sebebiyle ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak ifa edileceğini tahmin etmek mümkün ise, iş sahibi, müteahhide uygun bir süre vermek suretiyle gerekli onarımın yapılmasını talep edebilecektir. Müteahhidin bu süre için gerekeni yapmaması durumunda, iş sahibi hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere onarımı veya işin tamamlanmasını üçüncü bir kişiye yaptırabilecektir. Bu hükümlerin 97. maddenin özel görünümleri olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, ifade ettiğimiz üzere her iki hüküm uyarınca da alacaklı hâkimden bir izin almak zorunda olmadığından, bu hükümlerin alacaklı açısından 97. maddeden daha geniş imkânlar sunduğunu kabul etmek gerekir.

---

<sup>291</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 374-375.

<sup>292</sup> **Eren**, s. 991.

## 2. İrade Beyanında Bulunma Borcu

### a) Genel Olarak

İrade beyanında bulunma borcu esasen yapma borcunun bir türüdür. Ancak, irade beyanında bulunma borcunun icrası genel olarak diğer yapma borçlarının icrasından farklıdır. Bu nedenle, özel olarak ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, borçlunun irade beyanında bulunmakla yükümlü olduğu hâllerde, hâkimin hükmü, irade beyanın yerine geçer. Bu nedenle ayrıca cebrî icraya gerek bulunmamaktadır<sup>293</sup>. Bu husus, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda açık olarak düzenlenmemiştir. Ancak bugün Medeni Kanunun 716. ve Borçlar Kanununun 164. maddelerini kıyasen uygulamak suretiyle mahkeme ilâmının irade beyanı yerine geçeceği savunulmaktadır<sup>294</sup>. Öte yandan, Alman Usul Kanununda mahkeme ilâmının irade beyanı yerine geçeceğine ilişkin açık hüküm bulunmaktadır<sup>295</sup>. Aşağıda öncelikle irade beyanında bulunma borcu doğuran hâllere kısaca değinilecek, daha sonra da buna aykırılığın sonucu ele alınacaktır.

### b) İrade Beyanında Bulunma Borcu Doğuran Hâller

İrade özerkliği ilkesi gereğince, taraflar özgür iradeleriyle hukuki ilişkilerini diledikleri şekilde düzenleyebilirler. Buna bağlı olarak, sözleşme özgürlüğü<sup>296</sup> prensibi tarafların kendi iradeleriyle sözleşme yapma veya yapmama, sözleşmenin

<sup>293</sup> Eren, s. 990; Oğuzman/ Öz, s. 334; Serozan, Borçlar, s. 219.

<sup>294</sup> Bkz. aşağıda § 2 II C 2 c ab.

<sup>295</sup> Alman Hukukunda ZPO 894. maddesi uyarınca, “*Borçlu bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmişse, hükmün kesinleşmesi ile beyan yapılmış sayılır.*”.

<sup>296</sup> Bu ilke, Anayasa m. 48/2 ile de garanti altına alınmıştır. Buna göre; “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*” Borçlar Kanunu m. 19 uyarınca “*Bir akdın mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.*”

tarafını seçme, sözleşmeyi değiştirme ve ortadan kaldırmaları ile şekil serbestisini de kapsamaktadır<sup>297</sup>.

Borçlar Hukukunda sözleşme özgürlüğü kuraldır. Ancak bu kuralın kanundan doğan veya tarafların iradeleri sonucunda ortaya çıkan bazı istisnaları mevcuttur. Sözleşme özgürlüğünün görünümlerinden biri olan sözleşme yapma yapmama özgürlüğü de sınırsız bir özgürlük tanımamaktadır. Bazı durumlarda tarafların bir sözleşme yapmaları yasaklanırken ya da bir organının iznine tabi tutulurken, bazı durumlarda da taraflardan biri için bir sözleşme yapma zorunluluğu kabul edilmektedir<sup>298</sup>.

Sözleşme yapma zorunluluğunun kanunda düzenlendiği hâllerin en tipik olanı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun<sup>299</sup> 5. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “*Üzerinde "numunedir" veya "satılık değildir" ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi hâlinde satıcı bu malların satışından kaçınamaz.*” Ayrıca aynı maddenin 2. fıkrasında hizmet sağlamaktan da haklı bir sebep bulunmadıkça kaçınılamayacağı öngörülmüştür. Bunun yanı sıra, 4857 sayılı İş Kanununun<sup>300</sup> 30. maddesi uyarınca, bazı şartlar altında işverenlerin sakat ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu da bir sözleşme yapma zorunluluğudur<sup>301</sup>.

<sup>297</sup> Eren, s. 279; Erman, Hasan, “*Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*”, İÜHFİM c.38, sy.1-4, s. 601 (603); Tandoğan, Mesuliyet, s. 9 vd; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 362; İnceoğlu, Mehmet Murat, “*Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 5. maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi*”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 391 (391).

<sup>298</sup> Erman, Akit Serbestisi, s. 605; Oğuzman/ Öz, s. 145; İnceoğlu, Sözleşme Yapma Zorunluluğu, s. 393.

<sup>299</sup> Kanun No: 4077, Kabul Tarihi: 23 Şubat 1995, Resmi Gazete ile Neşir ve İlanı: 8 Mart 1995 - Sayı: 22221, 5.t. Düstur, c.34.

<sup>300</sup> Kanun No: 4857, Kabul Tarihi: 22 Mayıs 2003, Resmi Gazete ile Neşir ve İlanı: 10 Haziran 2003 - Sayı: 25134.

<sup>301</sup> Eren, s. 275; Oğuzman/ Öz, s. 145.

Bazı hâllerde ise, bu konuda açık bir kanun hükmü bulunmamasına rağmen, sözleşme yapma zorunluluğunun dürüstlük kuralından da kaynaklanabileceği ifade edilmektedir<sup>302</sup>. Bu durumdan zarar gören taraf sözleşmenin yapılmasını veya sözleşmenin yapılmamasından uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Buna göre, halka açık yerlerde, dürüstlük kuralı gereğince bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Örneğin otel, lokanta, sinema, tiyatro gibi halka açık yerleri işletenler haklı bir sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınamazlar.

Ayrıca, özellikle halkın ihtiyaç duyduğu hayati nitelik taşıyan mal veya hizmetleri sağlayan tekel durumundaki işletmeler ve kuruluşlar haklı bir sebep olmaksızın piyasadaki güçlerini kötüye kullanarak sözleşme yapmaktan kaçınamazlar. Bu durumun en tipik örneği, köydeki tek fırının haklı bir sebep olmaksızın ekmek satmaktan kaçınmamasıdır<sup>303</sup>. Sözleşme yapma zorunluluğuna aykırı davranarak sözleşme yapmaktan kaçınma hukuka aykırılık teşkil eder. Bu hâllerde, sözleşme yapmaktan kaçınan tarafa karşı dava açıp irade beyanında bulunmaya mahkûmiyeti talep etmek mümkündür.

Sözleşme yapma zorunluluğu doğuran ön sözleşmeler ise sözleşme yapma özgürlüğünün taraf iradelerinden kaynaklanan bir istisnasını oluşturmaktadır<sup>304</sup>. Ön sözleşme, taraflara daha sonra yapılacak olan asıl sözleşmenin kurulması borcunu yüklemektedir<sup>305</sup>. Böylece taraflardan biri veya her ikisi de asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik bir irade beyanında bulunmayı yükümlenmiş olmaktadır<sup>306</sup>.

<sup>302</sup> Eren, s. 273; Erman, Akit Serbestisi, s. 609; Oğuzman/ Öz, s. 145.

<sup>303</sup> Eren, s. 273; Oğuzman/ Öz, s. 145; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 365.

<sup>304</sup> Doğan, Gül, Önsözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul, 2006, s. 37.

<sup>305</sup> “Önsözleşme öyle bir borç sözleşmesidir ki, bununla taraflardan biri veya her ikisi ileride asıl sözleşme adı verilen bir borç sözleşmesi yapma borcu altına girerler.” Kocayusufpaşaoğlu, Necip, (Serozan, Rona / Hatemi, Hüseyin / Arpacı, Abdülkadir), Borçlar Hukuku- Genel Bölüm, Cilt 1, İstanbul, 2008, s. 96.

<sup>306</sup> Ön sözleşme daha sonra gerçekleştirilecek olan asıl sözleşmenin yapılmasını güvence altına almaktadır. Öte yandan, ön sözleşmenin bu fonksiyonu öğretide eleştirilmiştir. Sungurbey'e



Buna karşılık opsiyon hakkı, tek taraflı irade açıklamasıyla bir sözleşme ilişkisi kurma hakkı tanır<sup>307</sup>. Taraflar, sözleşme ile içlerinden birine bir borç ilişkisini aralarında önceden kararlaştırdıkları şartlarla, tek taraflı bir irade beyanı ile kurma hakkını tanımışlardır. Opsiyon hakkı sahibi bu hakkını kullanıp kullanmama konusunda serbesttir. Diğer bir ifadeyle, karşı tarafın irade beyanına gerek olmaksızın, tek taraflı irade beyanı ile söz konusu borç ilişkisini kurmak imkânına sahiptir<sup>308</sup>. Bu nedenle, ön sözleşmeden farklı olarak opsiyon sözleşmesinde bir irade beyanında bulunma borcu doğmamaktadır.

### c) İrade Beyanında Bulunma Borcuna Aykırı Davranışın Sonuçları

#### aa) Genel Olarak

Tarafların irade beyanında bulunma borcundan kaçınması hâlinde, aynen ifanın talep ve dava edilmesinin mümkün olduğu öğretide<sup>309</sup> ve yargı kararlarında<sup>310</sup> genel olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, örneğin bir satım vaadinden doğan sözleşme yapma borcunun ihlali üzerine mahkemenin hükmü

---

göre, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda bir edimi vaad etmekle, zaten doğrudan doğruya o edim borçlanılmış olduğundan bir kez daha vaadde bulunmak gereksizdir. Bkz. **Sungurbey, İsmet**, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul, 1963, s. 11; **Karahasan, Mustafa Reşit**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c.1, İstanbul 2002, s. 452. Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 24.4.1980 tarih, 1076 Esas ve 4101 Karar sayılı kararı da aynı doğrultuda olup bu karar uyarınca “*ilk sözleşmenin BK. nun 22. maddesi hükmü gereğince tanzim olunmuş sözleşme yapma vaadi olarak kabulü de mümkün bulunmamaktadır. İlk sözleşmenin muhteviyatı kira akdinin esaslı unsurlarını kapsadığından kira sözleşmesi niteliğindedir. Esasen ekseriyetle kiralananda vaad kira sözleşmesini doğurur.*” (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

<sup>307</sup> **Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar**, s. 104.

<sup>308</sup> **Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar**, s. 104.

<sup>309</sup> Bu görüşler için bkz. **Oğuzman/ Barlas**, s. 206; **Oğuzman/ Öz**, s. 149; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Satış Vaadi, s. 153 vd; **Sungurbey, Şerh**, s. 14-15; **Tandoğan, Haluk**, I. Kitap: Borçlar Hukuku –Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/1, Ankara 1990, s.254 vd.

<sup>310</sup> Danıştay 9. Daire 23.5.1986 tarihli 1957 E. 1931 K. kararı uyarınca “*Tescil için irade beyanından kaçınan malike karşı Türk Medeni Kanununun 642.maddesine göre açılan davada mahkemece verilen karar, malikin irade beyanı yerine geçtiğinden aynı hak doğuran sa tış işlemi ve dolayısıyla mülkiyetin nakli de mahkeme kararının kesinleştiği sırada gerçekleşmiş olur.*” (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

borçlunun irade beyanının yerine geçecek ve taraflar arasında asıl sözleşme, yani satım sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Hatta taşınmaz satım vaadinde, hâkimin kararının bunun ötesinde sonuçlar doğuracağı ve mülkiyetin bu karar ile birlikte geçeceği de öğretide ileri sürülmektedir<sup>311</sup>. Bu görüş temelini taşınmaz mülkiyetinin naklî ve alacağın temliki bakımından borçlunun irade beyanına gerek olmaksızın hakkın mahkeme hükmü ile devredilmesini sağlayan Medeni Kanunun 716. ve Borçlar Kanununun 164. maddelerinden kıyasen yararlanılmasında bulmaktadır<sup>312</sup>.

Buna karşılık, bir görüşe göre; hiç kimse irade beyanında bulunmaya zorlanamayacağından ön sözleşme alacaklısının borcun aynen ifasını talep edebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, alacaklı sadece borcun yerine getirilmemesinden doğan zararının tazminini isteyebilir<sup>313</sup>. Ancak bu görüş Türk hukukunda benimsenmemiştir. Baskın görüş, irade beyanında bulunma borcunun aynen ifasının mümkün olduğu ve hâkimin hükmünün borçlunun irade beyanının yerine geçeceği yönündedir.

#### ab) Özel Olarak: Taşınmaz Satım Vaadi Sözleşmelerinde

Taşınmaz satım vaadinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmeyerek satım sözleşmesinin yapılması için irade beyanında bulunmaktan kaçınan satıcı aleyhine alıcı tarafından bir ifa davası açılacaktır. İfa davası sonucunda verilecek olan ilâmın niteliği taşınmaz satım vaadi sözleşmeleri açısından Türk hukukunda özel olarak incelenmiş olup bu husus öğretide tartışmalıdır<sup>314</sup>.

<sup>311</sup> Kocayusupaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 167.

<sup>312</sup> Oğuzman/ Öz, s. 334; Okutan-Nilsson, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul, 2004, s. 371.

<sup>313</sup> Bu görüşler için bkz. Kocayusupaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 153-154; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s. 147.

<sup>314</sup> Bu tartışmalar için bkz. Kocayusupaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 170 vd.; Sungurbey, Şerh, s. 14 vd.; Çenberci, Mustafa, Taşınmaz Satış Vaadi, Ankara, 1986, s. 160 vd.; Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, s.314 vd. Tandoğan, c. I/I, s. 254 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s. 694 vd.

Buna ilişkin olarak öğretide ileri sürülen bir görüşe göre<sup>315</sup>, dava sonucunda verilecek karar satım vaadi borçlusunun irade beyanının yerine geçmektedir. Böylece, alacaklı mahkeme ilâmını ibraz etmek suretiyle tapu memurundan resmi satım sözleşmesinin yapılmasını isteyebilecektir. Ancak, mülkiyetin alıcıya geçebilmesi için satıcının ayrıca tapuya tescil talebinde bulunması gerekmektedir. Satıcının talepte bulunması hâlinde mülkiyet geçecektir. Eğer satıcı tescil talebinden kaçınırsa, bu takdirde satım sözleşmesinin ifa edilememesinin sonuçları ortaya çıkacak ve alıcı yeniden mahkemeye başvurarak Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca mülkiyetin kendisine geçirilmesini talep edecektir.

Buna karşılık, diğer bir görüş ise<sup>316</sup>, mahkemenin verdiği karar satım sözleşmesinin yerine geçtiğinden satıcının tapu memuru önünde tescil talebinde bulunmasını yeterli görmektedir. Alıcının satım sözleşmesinin kurulmasına yönelik olarak tapu memuruna karşı ayrıca bir talepte bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Öte yandan, bu görüş uyarınca da, satıcının tescil talebinde bulunmamasının sonucunda alıcı Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca tescile zorlama davası açacak ve bu dava sonucunda verilen ilâm, tescil talebinin yerine geçecektir.

---

<sup>315</sup> Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, s.315;

<sup>316</sup> Sungurbey, Şerh, s. 15 vd.

Uygulamaya<sup>317</sup> ve öğretide<sup>318</sup> hâkim olan görüş ise, taşınmaz satım vaadi açısından satıcı, satım sözleşmesini yapmaktan kaçınırsa alıcının doğrudan doğruya Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca mülkiyetin kendisine geçirilmesine karar verilmesini talep edebileceği yönündedir. Böylece, alıcının talebi üzerine mahkemenin vereceği ilâm hem satım sözleşmesi hem de tescil talebinin yerine geçecek, iki ayrı davanın açılmasına gerek olmayacaktır. Bir başka deyişle, mahkeme ilâmı ile yalnızca satım sözleşmesinin kurulması yönündeki irade beyanına değil, doğrudan doğruya mülkiyetin alıcıya geçmesine yani tescile karar verilmektedir. Buna göre, alacaklı açtığı dava ile hem asıl sözleşme ilişkisinin mahkeme kararıyla kurulmasını, hem de asıl sözleşmeden kaynaklanan borcun ifasını aynı dava ile talep etmektedir<sup>319</sup>. Bu görüşün kabul edilmesinin, uygulama açısından büyük kolaylık sağladığı açıktır.

Öte yandan, bu görüş satım vaadi sözleşmesi ile satım sözleşmesi arasındaki farkın ortadan kalkmasına neden olduğu gerekçesi ile öğretide bazı yazarlar tarafından eleştirilmiş ve bir tutarsızlığa yol açtığı savunulmuştur<sup>320</sup>. Yazarlara göre, Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açılacak olan davada alacaklının, satım sözleşmesine veya mahkeme kararına dayanması zorunludur. Satım vaadine dayanarak mülkiyetin geçirilmesinin talep edilmesi mümkün olmamalıdır. Aksi bir tutum, noterin düzenlediği taşınmaz satım vaadi sözleşmesi ile tapuda tescil beyanında bulunulmasına olanak tanınması anlamına

<sup>317</sup> Yargıtay 1. HD. 16.4.1954 tarihli ve 7256 E. 3406 K. sayılı kararı (**Olgaç, Senai; Karahasan, Mustafa Reşit**, Gayrimenkullerin Akit Esasına Dayanan İktisap ve Tescilleri, İstanbul 1964, s.330), Yargıtay 1. HD. 9.3.1954 tarihli ve 9369 E. 2193 K. sayılı kararı (**Olgaç/ Karahasan**, s.334), Yargıtay 1. HD. 2.6.1956 tarihli ve 956-4281 E. 3383 K. sayılı kararı (**Kocayusupaşaoğlu, Satış Vaadi**, s. 172 dn. 77), Yargıtay 1. HD 10.1.1963 tarihli 3581 E. 3609 K. sayılı kararı (Çenberci, s. 412) Yargıtay 1. HD 15.5.1964 tarihli 3378 E. 2856 K. sayılı kararı (Çenberci, s. 412), Yargıtay İBGK 25.10.1971 tarihli ve 1 E. 2 K. sayılı kararı, Yargıtay HGK 6.7.1977 tarihli 6-535 E. 701 K. sayılı kararı, Yargıtay 14. HD. 22.12.1980 tarihli ve 4882 E. 6335 K. sayılı kararı, Yargıtay HGK 14.2.1996 tarihli 14-963 E. 69 K. sayılı kararı, Yargıtay HGK 9.12.2004 tarihli 14-610 E. 656 K. sayılı kararı. (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

<sup>318</sup> **Kocayusupaşaoğlu, Satış vaadi**, s. 170; **Çenberci**, s. 160-161, **Tandoğan, c. I/I**, s.246, **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya**, s. 695, **Tunçomağ, c.I**, s. 282.

<sup>319</sup> **Kocayusupaşaoğlu, Satış Vaadi**, s. 153-154; **Çenberci**, s. 160-161.

<sup>320</sup> **Sungurbey, Şerh**, s. 9 vd; **Oğuzman/ Öz**, s.149; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 315.

geleceğindedir ki, bunun kabul edilmesi mümkün değildir<sup>321</sup>. Tarafların mutlaka tapu memuru önünde bir satım sözleşmesini gerçekleştirmeleri gerekmektedir.

Bu görüşe göre, mahkeme ilâmı, borçlunun irade beyanı yerine geçerek asıl sözleşmenin akdedilmesine yönelik bir nitelik taşımaktadır. Bir başka deyişle, davacı mahkemeden ön sözleşmenin aynen ifasını sağlamak üzere asıl sözleşme ilişkisinin kurulmasını istemekte yani bir eda hükmünün verilmesini talep etmektedir<sup>322</sup>. Sonuç olarak, kabul edilen görüşe göre borçlu asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınırsa alacaklı onu borcunu aynen ifa etmesi için dava edebilecek ve hâkimin kararı borçlunun asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanının yerini tutacaktır.

Kocayusufpaşaoğlu<sup>323</sup>, davacının dava dilekçesini asıl sözleşmeye ilişkin bir icap olarak gören bu görüşün getirdiği çözümü reddetmekte ve yapay bir çözüm olarak nitelendirmektedir. Yazar'a göre<sup>324</sup>, davacı mahkemeye sunduğu dilekçe ile bir icapta bulunmamakta, sadece mahkemeden ön sözleşmenin aynen yerine getirilmesinin sağlanması yönünde karar vermesini talep etmektedir. Diğer bir ifadeyle, mahkemeden yenilik doğuran bir karar verilmesini istemektedir.

Öğretide<sup>325</sup> ve uygulamada<sup>326</sup> hâkim olan görüşe göre, alacaklı açtığı davada asıl sözleşme ilişkisinin kurulmasını ve asıl sözleşmeden doğacak borcun ifasını aynı anda talep etme imkânına sahiptir. Böylece verilecek karar ile hem irade beyanında bulunma borcunun, hem de asıl sözleşmeden kaynaklanan borcun yerine getirilmesine hükmedilecektir.

<sup>321</sup> Sungurbey, Şerh, s. 9 vd; Oğuzman/ Öz, s.149; Oğuzman/ Selçi/ Oktay-Özdemir, s. 315.

<sup>322</sup> Doğan, s. 177-178.

<sup>323</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s. 102.

<sup>324</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s. 102.

<sup>325</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 170.

<sup>326</sup> Bu yönde bkz. Yargıtay İBGK 30.09.1988 tarihli 2 E. ve 2 K. sayılı kararı; Yargıtay 1. HD 25.6.1984 tarihli 6602 E. ve 7623 E. sayılı kararı; Yargıtay 14. HD 27.11.1989 tarihli 7198 E. ve 9982 K. kararı (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

İrade beyanında bulunma borcunun aynen ifasının doğurduğu en önemli sorunlardan biri, sözleşme kapsamının belirli olması zorunluluğunun ön sözleşme için aranıp aranmayacağıdır. Bu konudaki hâkim görüş uyarınca<sup>327</sup>, akdedilen sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarının belirli veya belirlenebilir nitelikte olması şartı, ön sözleşmeler için de aranmalıdır. Bir başka deyişle, sözleşmenin kapsamı, en geç ifa anında belirlenebilir nitelikte olmalıdır. Buna göre, esaslı noktaları itibariyle eksik olan bir ön sözleşme, sözleşme kapsamının yeterli derecede belirli olmaması nedeniyle kurulmamış sayılacaktır. Bu hâlde, ancak culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde bir tazminat talep edilmesi mümkündür.

Yukarıdaki görüşe karşı diğer görüşe göre ise<sup>328</sup>, hâkim sözleşmedeki asıl edimin belirlenmemiş olması hâlinde sözleşmeyi tamamlamak üzere müdahale edebilecektir. Dolayısıyla, herhangi bir sınırlama olmaksızın, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasına olanak sağlanmış olmaktadır. Ancak bu görüşün kabul edilmesi hâlinde, hâkimin sözleşmeyi tamamlama yetkisinin oldukça genişlemiş olacağı da gözden uzak tutulmamalıdır.

## D- Yapmama Borçlarında

### 1. Genel Olarak

Yapmama borçlarında borca aykırılık hâlinde, ifa davasının açılıp açılmayacağına ilişkin hukukumuzda açık bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>329</sup>.

<sup>327</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 552; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s. 143.

<sup>328</sup> Doğan, s. 138 ve orada dn. 411'de anılan Czachorowski, Wiktor; Die Bestimmbarkeit der Leistung im Schuldverhältnis, Diss. Hamburg, 1948, s. 17-19; Herzog; Nicolas R., Der Vorvertrag im Schweizerischen und Deutschen Schuldrecht, Diss. Zürich, 1999, N. 260.

<sup>329</sup> Yapmama borçlarının en klasik örneği olan rekabet etmeme borcu hizmet sözleşmesi açısından ayrıca ele alınacaktır. Bkz. aşağıda § 2 II E 7.

Bu nedenle durum, öğretide tartışmalıdır. Öğretide baskın görüş<sup>330</sup>, yapmama borçlarında, korunacak bir menfaatin bulunması şartıyla müspet edimli borçlarda olduğu gibi aynen ifa davasının açılabilmesi yönündedir. Meğerki edim imkânsızlaşmış<sup>331</sup> veya imkânsızlaşmamasına rağmen, yapmama borcunun ifa edilmemesi güven ilişkisini etkilemiş olsun.

Dural'a göre<sup>332</sup>, kanunda bir hükmün bulunmaması dava hakkının tanınmasına engel olmamalıdır. Dolayısıyla, kanunda aksine bir hüküm mevcut olmadığından, yapmama borçlarında da aynen ifanın temin edilebilmesi için bir ifa davası açılabilirdir. Yine yazara göre<sup>333</sup>, menfaatler dengesi de bu davanın tanınması gerektiğini göstermektedir. Zira alacaklı için önemli olan kendisine bir tazminat verilmesi değil, borcun aynen ifa edilmesidir. Bu nedenle alacaklıya aynen ifa yerine sadece bir tazminat talep etme hakkının tanınması alacaklının haklı menfaatine aykırılık teşkil edecektir<sup>334</sup>. Ancak Dural yapmama borçlarında belirli şartlar altında bir imkânsızlığın da söz konusu olabileceği görüşündedir<sup>335</sup>. Bununla birlikte yazara göre<sup>336</sup>, yapmama borçlarında bir yandan imkânsızlığın olabileceğini, ama diğer yandan da aynen ifa davasının açılabilmesini savunmak

<sup>330</sup> **Dural, Mustafa**, “*Akitten Doğan Yapmama Borçları*”, MHAD, y.4, s. 6, 1970, s. 7 (20); **Feyzioğlu**, s. 141; **Tandoğan, Mesuliyet**, s. 407.

<sup>331</sup> Yapmama borçları nitelikleri gereği çoğunlukla instutius personae unsuru içermektedir (**Helvacı**, s.45). Diğer bir ifade ile yapmama borçları şahsa sıkı surette bağlı olup, edimin başkası tarafından yerine getirilebilmesi yapmama borçlarında mümkün değildir (**Dural, Yapmama**, s.16 dn. 35).

<sup>332</sup> Yazara göre, Kanunumuzda verme borçları için de aynen ifa davasının açılabilmesine olanak tanıyan genel bir hüküm mevcut değildir. Ancak buna rağmen aynen ifanın talep edilebileceği kabul edilmektedir. Aynı şeyin yapmama borçları için de kabul edilmesine bir engel bulunmamaktadır (**Dural, Yapmama**, s. 21).

<sup>333</sup> **Dural, Yapmama**, s. 20-21.

<sup>334</sup> **Dural, Yapmama**, s. 21.

<sup>335</sup> Yazara göre, yapmama borçlarında imkânsızlık, bir kanun hükmünden kaynaklanan yapma zorunluluğu şeklinde olabilir. Bu zorunluluk, borçluyu yapmaması gereken hususu yapmaya zorlayabilir. Borca uygun gayret gösterme prensibine göre, hakkaniyet ölçüsü içinde, borçludan söz konusu şeyi yapmaması artık beklenemeyecektir. Yapmama borçlarında imkânsızlığın söz konusu olabileceği diğer bir hal ise borca uygun hareket etme imkânının ortadan kalkmasıdır. Bu durumda, imkânsızlık bir yapma zorunluluğuna dayanmayıp, borca uygun hareket etme imkânının ortadan kalkması sonucunda gerçekleşmektedir. Bu halde, ifa imkânsızlaşmamış olmasına rağmen borcun gayesinin elde edilmesi imkânsızlaşmıştır (**Dural, Yapmama**, s.16-17).

<sup>336</sup> **Dural, Yapmama**, s.20 dn. 48.

bir çelişki teşkil etmemektedir. Zira imkânsızlaşma ihlal edilen borç yönünden olurken, ifa davasının açılabilmesi imkânı, borcun ilerideki ihlallerini önlemek içindir. Yani henüz imkânsızlaşmamış borçlar için ifa davası açmak mümkün olabilecektir.

Buna karşılık aksi görüş<sup>337</sup>, yapmama borcuna aykırı davranışların bir imkânsızlık yaratacağı bu nedenle de alacaklının bir aynen ifa davası açmasının mümkün olmayacağını savunmaktadır. Nitekim yapmama borcuna bir defa aykırı hareket edilmesi hâlinde, artık aykırılığın giderilmesi mümkün değildir. Bir başka deyişle, borcun ileride ifa edilebilmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır<sup>338</sup>. Buna göre, yapmama borçlarına aykırılık hâlinde alacaklının elindeki tek imkân, Borçlar Kanununun 97. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bir tazminat istemektir. Türk hukukunda Oğuzman/ Öz tarafından savunulan bu görüşe göre<sup>339</sup>, borcun ihlali yüzünden ortaya çıkan durumun ortadan kaldırılmasının mümkün ise tazminat söz konusu ihlalin sonuçlarının bertaraf edilmesi tarzında tespit edilecektir. Başka bir anlatımla, yazarlara göre, Borçlar Kanununun 97. maddesinin 3. fıkrası hükmü aynen ifayı değil, tazminatın tarzını belirleyen bir hükümdür.

Bu noktada Borçlar Kanununun 97. maddesine daha yakından bakmakta ve hukuki niteliğini ele almakta fayda bulunmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Borçlar Kanununun 97. maddesi düzenlemesinin yapma ve yapmama borçlarına özgü bir cibrî icra usulünü mü, yoksa borçlunun kusurunu gerektiren bir tazminat talebini mi düzenlediği öğretide tartışmalıdır<sup>340</sup>.

<sup>337</sup> Oğuzman/ Öz, s.335.

<sup>338</sup> Oğuzman/ Öz, s.335. Yazarlar, bu duruma imalat sırrının açıklamama borcunu örnek olarak göstermektedirler. Sırrın açıklanmasından sonra artık aynen ifa davası açmanın bir anlamı kalmamış olacaktır, diğer bir ifade ile söz konusu borç imkânsızlaşmış olacaktır (Oğuzman/ Öz, s.302).

<sup>339</sup> Oğuzman/ Öz, s.335.

<sup>340</sup> Tartışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. yukarıda § 2 II c 1.



Borçlar Kanununun 97. maddesinin 2. fıkrası, “*Bir şeyin yapılmamasına taalluk eyleyen borca muhalif surette hareket eden kimse mücerret muhalefet ile zarar ve ziyan tediyesine mecburdur*”, demek suretiyle yapmama borçlarına aykırılık hâlinde borçlunun tazminat ödemesi gerektiğini ifade etmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca alacaklı mahkemeden borçlunun yapmama borçlarına aykırı hareket etmesinden doğan hukuka aykırılığın kaldırılmasını talep edebilir. Bu durumda gerekli tüm masraflar borçluya ait olacaktır. Ancak bu hüküm alacaklının, yapmama borcuna aykırılık yüzünden uğradığı bir zarar varsa bu zararın tazminini istemesine engel olmaz. Ayrıca, alacaklının masrafları borçluya ait olmak üzere hukuka aykırılığın bizzat kendisi tarafından kaldırılmasını mahkemeden isteme hakkı bulunmaktadır. Örneğin alacaklı, yüksek duvar örmeme taahhüdüne aykırı olarak yapılmış olan bir duvarın kendisi tarafından yıktırılmasına izin verilmesini isteyebilir.

Belirtmek gerekir ki, yapmama borcuna aykırılık, birçok hâlde sadece bir tazminat yükümü doğuracak, hukuka aykırılığın ayrıca ortadan kaldırılması mümkün olmayacaktır<sup>341</sup>. Örneğin rakip festivalde sahne almayacağına ilişkin bir taahhütte bulunan şarkıcının, bu taahhüdüne aykırı davranması hâlinde borca aykırılığın ortadan kaldırılması söz konusu olamaz. Zira artık ortadan kaldırılabilecek olan somut bir sonuç bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, Borçlar Kanununun 97. maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak üçüncü kişilerin taraf olduğu işlemlerin de iptalinin istenemeyeceği, bu gibi hâllerde sadece 2. fıkraya dayanılarak bir tazminatın istenmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>342</sup>.

Bu noktada *common law* sistemi ile *civil law* sisteminin bir farkı ortaya çıkmaktadır. *Common law* sistemini ele alırken incelemiş olduğumuz *Warner*

<sup>341</sup> Rekabet yasağı sözleşmeleri açısından BK 351/3 hükmünün özel düzenlemesi bulunduğundan baskın görüş, bu sözleşmelerde aynen ifa ancak söz konusu hükmün öngördüğü şartların gerçekleşmesi hâlinde istenebileceğini ve bu doğrultuda, BK 97/3 hükmünün rekabet etmeme sözleşmelerine uygulanamayacağını ifade etmektedir (Soyer, Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m.348-352), Ankara 1994, s. 85 vd). Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda § 2 II E 7.

<sup>342</sup> Oğuzman/ Öz, s. 377; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.924.

*Brothers Pictures, Inc v. Nelson*<sup>343</sup> davasını Türk hukuk sistemi açısından değerlendirecek olursak, benzer bir uyuşmazlıkta Türk hâkimlerinin farklı bir çözüm yolunu benimsemeleri gerektiğini söylemek mümkündür. Hatırlanacağı üzere, söz konusu olayda, Bette Davis olarak tanınan sanatçı ile Warner Bros arasında yapılan sözleşme uyarınca Bette Davis'in belli bir süreliğine sadece Warner Bros. filmlerinde çalışacağı, başka hiç bir şirket için çalışmayacağı kararlaştırılmıştı. Ancak, Bette Davis bu süre içinde ün kazanmış ve sözleşmeye aykırı davranarak bir İngiliz film şirketi tarafından yapılan filmde rol almıştı. Bunun üzerine, Warner Bros. şirketi icraya başvurmuş ve Bette Davis'in başka bir şirket için çalışmasını engellenmiştir. Türk hukukunda bu gibi hallerde yapılan sözleşmenin geçerli olacağını, ancak rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranan borçlunun alacaklıya sadece bir tazminat ödemekle yükümlü olacağını söylemek mümkündür<sup>344</sup>.

Buna karşılık, yapmama borcunun devamlı bir şekilde yüklenilmiş olduğu hâllerde, öğretide borca aykırı her davranışın ayrı bir tazminata yol açacağı kabul edilmektedir<sup>345</sup>. Örneğin borçlunun geceleri gürültü yapmayacağına ilişkin bir taahhüdünün bulunduğu bir ihtimalde, borçlunun her akşam yaptığı gürültü ayrı bir tazminat borcu doğuracaktır. Aksine bir düşünce, borcunu bir kez ihlal eden borçluyu, bundan sonra yapmama borcuna riayet etmesi gereğini ortadan kaldıracığı için kabul edilemez.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi<sup>346</sup>, Türk hukukunda hâkim görüş, Borçlar Kanununun 97. maddesinin 2. fıkrasındaki, yapmama borcuna aykırılık hâlinde borçlunun tazminat ödeyeceğini ilişkin düzenlemenin aynen ifanın talep

<sup>343</sup> Warner Brothers Pictures, Inc v. Nelson [1937] 1 KB 209.

<sup>344</sup> Söz konusu karara ilişkin değerlendirme sadece genel hükümler kapsamında yapılmıştır. Hizmet Sözleşmesinin niteliği değerlendirilmemiştir. Hizmet Sözleşmesi niteliğine ilişkin değerlendirme için Bkz. aşağıda § 2 II E 7.

<sup>345</sup> Eren, s. 991; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Borçlar, s. 923.

<sup>346</sup> Bkz. § 2 II C 1.

edilmesine engel olmadığı yönündedir<sup>347</sup>. Nitekim bu hüküm sadece yapmama borçlarında, borcun imkânsızlaşması hâlinde talep edilecek olan tazminatı özel olarak düzenlemektedir.

Buna karşılık bazı yazarlar, 97. maddenin 2. fıkrasının varlığının aynen ifa talebine engel olduğunu, hükmün son fıkrasının ise tazminatın “*taahhüde muhalif olarak yapılan şeyin fiilen bertaraf edilmesi*” şeklinde özel olarak düzenlenmiş olduğu bir hüküm olarak ele alınması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>348</sup>. Bu görüşe göre, yapmama borçlarında aynen ifa talebine yer yoktur.

Borçlar Kanununun 97. maddesi altında yapılan tartışmalar açısından İcra ve İflas Kanununun 30. ve 343. maddeleri de önem kazanmaktadır. Yapmama borçlarının icrası konusu, İcra ve İflas Kanununun 30. maddesinin 2. fıkrası ile Borçlar Kanununun 97. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir. İcra ve İflas Kanununun 30. maddesinin 2. fıkrası, özellikle katlanma edimlerine ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Bir işin yapılmamasına ilişkin ilâm öncelikle borçluya bir icra emri ile tebliğ edilir ve borçludan borcun ihlali yüzünden ortaya çıkan durumu ortadan kaldırması istenir. Ancak, bu ilâma aykırılığın zorla icra edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, borçluya karşı sadece ceza tehdidi baskısının yapılması mümkündür<sup>349</sup>. İlâma aykırı davranan borçlu, İcra ve İflas Kanununun 343. maddesi<sup>350</sup> uyarınca bir aydan üç aya kadar hapis cezasına çarptırılacaktır<sup>351, 352</sup>.

<sup>347</sup> Dural, *Yapmama*, s. 21.

<sup>348</sup> Oğuzman/ Öz, s.377.

<sup>349</sup> İcra ve İflas Kanununun 30. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, “İlam, bir işin yapılmamasına mütedair olduğu takdirde icra dairesi tarafından ilamın hükmü borçluya aynı müddetli bir emirle tebliğ olunur. Bu emirde ilam hükmüne muhalefetin 343 üncü maddedeki cezayı müstelzim olduğu yazılır”.

<sup>350</sup> Buna göre; “Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması yahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilâm hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir”.

<sup>351</sup> Kuru/ Arslan/ Yılmaz, *İcra*, s. 355; Eren, s. 991; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 923; Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 412.

Bazı yazarlara göre, İcra ve İflas Kanununun 30. maddesi yapmama borçlarında ilâmdan bahsetmek suretiyle, alacaklının aynen ifadaki menfaatini, tazminattan daha üstün tutmuş ve bunun da ötesinde aynen ifayı temin edebilmek için hapis cezası getirmiştir<sup>353</sup>.

Öte yandan bir diğer görüş uyarınca,<sup>354</sup> yapmama borcuna aykırı davranışlar ileride de aykırı davranılması tehlikesini ortaya koydukları içindir ki, alacaklıya borçluyu dava ederek onu borcuna uymaya davet edebilecektir. İşte 30. maddenin 3. fıkrasında kastedilen ilâmın anlamı budur. Ancak borçlu bütün bunlara rağmen borcunu ifa etmeyecek olursa, borcunu yerine getirmesi için cebrî icraya imkân yoktur. İcra ve İflas Kanununun 343. maddesinin öngördüğü hapis

<sup>352</sup> Bu noktada belirtilmesinde fayda görülen bir diğer husus, İcra ve İflas Kanununun süresi içinde mal beyanında bulunmayan borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine on gün disiplin hapsi ile cezalandırılacağını düzenleyen 337. maddesinin 1. fıkrasının iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 28.2.2008 tarihli 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı kararıdır. Anayasa mahkemesine yapılan iptal başvurularında, borcunu ifa etmekten kaçınan borçlunun cebrî icra dışında ayrıca hapisle cezalandırılmasının evrensel hukuk kuralları ile bağdaşmayacağı ve mal beyanında bulunmama nedeniyle İcra ve İflas Kanununda iki ayrı özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörüldüğü gibi nedenler ileri sürülmüştür. Anayasa mahkemesi mal beyanına ilişkin İcra ve İflas Kanununda iki ayrı hapis cezası bulunması gerekçesiyle 337. maddeyi iptal etmiştir. Buna göre, “İcra ve İflas Kanununun 337. maddesinin birinci fıkrasında ve 76. maddesinde borçlunun özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını gerektiren eylem, mal beyanında bulunmama eylemidir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanmaz ve cezalandırılmaz. İtiraz konusu kural uyarınca, müddeti içinde mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı olarak mal beyanında bulunmayan kimse disiplin hapsi cezası ile cezalandırılmasının yanı sıra, İcra ve İflas Kanunu'nun 76. maddesine göre de mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle tazyik hapsi cezası ile cezalandırılabilir. Böyle bir olasılığın varlığı İcra ve İflas Kanununun 337. maddesinde öngörülen disiplin hapsi cezasını, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırı hale getirmektedir.” Anayasa mahkemesinin söz konusu gerekçesinin 343. madde açısından bir etkisi olmayacağı görülmektedir. Zira yapma ve yapmama borçlarının sağlanması açısından İcra ve İflas Kanunu mal beyanında olduğu gibi iki ayrı cezalandırma getirmemektedir. Anayasa mahkemesinin iptal talebini 38. madde açısından incelememesi de bu hususta görüş bildirmek istemediğini göstermektedir. Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca “hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz”. Kanaatimce, aksi bir durum, özel hukuk ilişkilerinde “şahısla sorumluk” anlamına gelecektir. Şahısla sorumluluk Roma hukukuna dayanan ve alacaklının borç nedeniyle borçlunun şahsına elkoymasına yönelik kölelik, hapis gibi cezaları öngörür. Bu nedenle, İcra ve İflas Kanununun 343. maddesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir.

<sup>353</sup> **Dural, Yapmama**, s. 21.

<sup>354</sup> **Oğuzman/ Öz**, s.335.

cezası, bir zorlama imkânı vermekle birlikte, gerçek bir cibrî icra değildir. Daha iyi bir deyişle, borçlu kendisi aleyhine açılan eda davasında elde edilen ilâmına ve hapisle tazyike rağmen, borcunu yerine getirmeyecek olursa, onun borcunu yerine getirmesi için gerçek anlamda bir cibrî icra yolu yoktur. Bu durumda Borçlar Kanununun 97. maddesi uygulanacak ve tazminatın ne olacağı buna göre tespit edilecektir. Bu nedenle de söz konusu hükmün yapmama borçlarında aynen ifa davası açılabileceğine dayanak olarak gösterilmesine olanak bulunmamaktadır.

## 2. Yapmama Borçlarında Borçlu Temerrüdü Hükümlerinin Uygulanması

Yapmama borçlarının aynen ifasının mümkün olup olmadığı konusuna bağlı olarak, yapmama borçlarında temerrüdün mümkün olup olmayacağı hususu da öğretilerde tartışılmıştır. Bir görüşe göre<sup>355</sup>, temerrüdün esas şartı ifanın sonradan yapılabilmesinin mümkün olması olduğu için yapmama borçlarında her hâlde ifa imkânsızlığı söz konusu olacaktır. Bu anlamda, yapmama borçlarında temerrüt hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu görüşün temelinde yapmama borçlarının kesin vadeli işlem olarak kabul edilmesi bulunmaktadır. İmkânsızlık borca aykırılığın niteliğine göre tam veya kısmi olacaktır. Eğer ortada imalat sırrını açıklamama gibi yalnızca bir defa aykırı davranılmak ile alacaklının menfaatinin sona ereceği bir yapmama borcu söz konusu ise, borca aykırılık borcun tamamını imkânsız kılacaktır. Buna karşılık, ard arda ifa edilecek yapmama borçları bakımından borca aykırılık sadece vadesi gelen borç açısından söz konusu olacaktır<sup>356</sup>. Dolayısıyla, borç ilişkisinin ifası, sadece vadesi gelip de ifa edilemeyen kısım yönünden imkânsızlaşacak, ancak geri kalan kısmın ifası hâlen mümkün olacaktır. Aynı görüşe göre<sup>357</sup>, devamlı nitelikteki yapmama

<sup>355</sup> **Dural, Yapmama**, s. 21 ve orada dn. 39 anılan **Ulrich**, Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen, Jh. Jb. 64 s. 161 – 261, 202, 208; **Geschnitzer**, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Wien – New York, 1965, s. 29; **Voser**, Schuldnerverzug im Schweizer Obligationenrecht, Aarau, 1914, s.6.

<sup>356</sup> Buna örnek olarak belirli bir süre boyunca geceleri piyano çalmama yükümlülüğü gösterilebilir.

<sup>357</sup> **Dural, Mustafa**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul, 1976, s. 155; **Dural, Yapmama**, s. 16.

borçlarında da bir ayırıma gidilmesi gerekir. Eğer ifa zamanı sadece borç ilişkisinin başlangıç ve sona erme zamanını göstermekte ise, borca bir veya birkaç defa aykırılık sadece bir kısmı açısından imkânsızlık yaratacaktır. Buna karşılık zamanın borcun esaslı bir unsuru olması durumunda, borca bir defa aykırı davranılması ile imkânsızlık borcun tamamı açısından söz konusu olacaktır.

Bir diğer görüş ise<sup>358</sup>, yapmama borçlarında temerrüdün mümkün olabileceğini kabul etmektedir. Bu görüş uyarınca, ayırım yapmama borcunun, mutlak kesin vadeli bir işlem<sup>359</sup> olup olmaması bakımından yapılmaktadır. Mutlak kesin vadeli işlemlerde, zaman borcun esaslı bir unsuru olduğundan borca aykırılık hâlinde her zaman imkânsızlık söz konusu olacaktır. Nitekim borcun kararlaştırılan ifa zamanının dışında ifa edilmek istenmesi sözleşmenin amacına uygun düşmemektedir. Dural'a göre<sup>360</sup>, eğer yapmama borcu, bölünemeyen bir borç ise, o zaman borca bir defalık aykırılık borcu kısmen değil, aksine tamamen imkânsızlaştıracaktır. Aynı şekilde, borca bir defalık aykırılık, borç ilişkisinin temelindeki güven ilişkisini sarsmak suretiyle tamamını etkileyecekse, yine borcun tamamı imkânsızlaşacaktır. Bununla birlikte, borcun mutlak kesin vadeli işlem olmadığı diğer hâllerde ise, temerrüt mümkün olacaktır<sup>361</sup>. Zira geç ifa, borcun amacının elde edilmesine hizmet etmektedir. Burada, kabul edilen kıstas, edimin sonradan ifa edilebilme imkânının bulunup bulunmamasıdır. Eğer borcun geç ifa edilmesine rağmen, borcun amacı elde edilebiliyor ise temerrüdün söz konusu olacağı kabul edilmektedir.

Bu konudaki son bir görüş ise<sup>362</sup>, yapmama borcunun ihlali hâlinde, alacaklının, dilerse temerrüt hükümlerine dayanabileceğini; dilerse de bu

<sup>358</sup> Bu görüşler için bkz. **Dural, İmkânsızlık**, s. 156 vd., **Tunçomağ, c.I**, s. 522 vd.

<sup>359</sup> Kesin vadeli işlem, tarafların mutlaka kararlaştırılan tarihte veya sürede ifa edilmesi gerektiği konusunda anlaşmış olmaları hâlinde söz konusu olacaktır (**Seliçi, Özer, "Kesin Vadeli İşlemler"**, MHAD, y.2, s. 3, 1968, 92 (92 vd)).

<sup>360</sup> **Dural, Yapmama**, s. 18.

<sup>361</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 156 vd; **Tunçomağ, c.I**, s. 522 vd.

<sup>362</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar**, s. 924.

hükümleri uygulamaktan vazgeçerek, tıpkı kusurlu imkânsızlıkta olduğu gibi, müspet zararının tazminini isteyebileceği yönündedir. Alacaklının yapmama borcunun ifası ile birlikte gecikmeden doğan zararının tazminini talep edebilmesi için bir ihtara gerek yoktur. Zira bu takdirde temerrüt hükümlerinin kendiliğinden uygulanması gerekecektir. Böylece, yapma ve yapmama borçlarına aykırılık hâlinde işin borçludan başka bir kimse tarafından da yapılması mümkün ise alacaklı mahkemeden sözleşmeye aykırılığın tespitini, edimin ikame ifasının ya bizzat kendisi ya da bir üçüncü şahıs tarafından gerçekleştirilmesine izin verilmesini, ifa masrafları ile gecikmeden kaynaklanan zararın borçludan tahsil edilmesini talep edebilecektir<sup>363</sup>.

Kanaatimce, yapmama borcuna bir defa aykırılık alacaklının ifaya olan menfaatini sona erdiriyorsa, şüphesiz imkânsızlık söz konusu olacaktır. Örneğin, bir şirket sırrının açıklanmamasına ilişkin yapılan bir sözleşmenin bir defa ihlâl edilmesi hâlinde artık alacaklının ifada herhangi bir menfaati kalmayacaktır. Bu nedenle, böyle bir durumda imkânsızlık hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır. Öte yandan, yapmama borcuna bir defa aykırı davranılsa dahi alacaklının ifaya olan menfaati devam ediyorsa, o takdirde imkânsızlık söz konusu olmayacaktır. Geceleri geç saatte piyano çalmama borcunun yükümlenilmiş olması bu durumun tipik bir örneğini teşkil eder. Bir gece piyano çalınmış ve borç ihlâl edilmiş olsa dahi, borçlunun diğer geceler yapmama borcu devam edecektir. Ancak, bu durumda dahi, temerrüt hükümlerinin uygulanmasına ilişkin görüşün kabul edilmesi kanaatimce yerinde olmayacaktır. Zira borçlu temerrüdünün sonuçları yapmama borçlarının niteliğine uymamaktadır. Böyle bir durumda, sözleşmenin müspet ihlâli<sup>364</sup> nedeniyle borçlunun tazminat ödemekle yükümlü olması kanaatimce en uygun çözüm olacaktır<sup>365</sup>.

<sup>363</sup> Serozan, *Borçlar*, s. 219; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, *Borçlar*, s. 923.

<sup>364</sup> Sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek veya sona erdirecek şekilde sonuç doğuracak davranışlardan kaçınmaya ilişkin genel yükümlülüğün ihlâli sözleşmenin müspet ihlâlidir. Bu, kusurlu imkânsızlık ve temerrüt ayrımının dışında kalan bir borca aykırılık türüdür. Örneğin, istisna sözleşmesinden kaynaklanan borcunun ifası için eve gelen ustanın boruyu iyi sıkamaması nedeniyle evi su basması veya işini bitirdikten sonra yere attığı sigaranın yangına sebep olması

## E- Bazı Sözleşme Tiplerinde

### 1. Satım Sözleşmesi

#### a) Genel Olarak

Satım sözleşmelerinde aynen ifa talebi bakımından temerrüt, ayıba karşı tekeffül ve zapta karşı tekeffül hükümleri özel bir önem taşımaktadır. Zira bu durumlarda alacaklıya aynen ifa dışında da bazı talep hakları tanınmış durumdadır. Bu nedenle söz konusu üç konunun özel olarak incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Bunun yanı sıra satılan malın hasara uğraması durumunda aynen ifanın artık mümkün olamayacağı göz önüne alındığında hasar konusunun ve özellikle hasarın geçişinin de ayrıca ele alınması gerekmektedir.

#### b) Borçlu Temerrüdünde Aynen İfa Talebi

Borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde alacaklıya tanınan aynen ifa dışındaki imkânlar, hukukumuzda geçerli olan, ifa mümkün olduğu sürece aynen ifanın esas olduğu yönündeki genel kuralın bir istisnasını teşkil etmektedir. Aşağıda öncelikle adi ve ticari satımlarda borçlu temerrüdü ve buna bağlı olarak temerrüdün aynen ifa talebine olan etkisi ele alınacak, bunun ardından da, temerrüt hükümleri ile doğrudan ilgili olmasa da, borçlunun ifada gecikmesinin bir sonucu olarak taksitle

---

hâllerinde zarar sözleşmenin müspet ihlâli nedeniyle tazmin edilecektir. (Serozan, Rona, “*Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlâli ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi*” MHAD Y.2 Sy.3 1968, s. 112). Sözleşmenin müspet ihlâlinde borçlu yapmaması gereken bir şeyi yapmaktadır. Bir başka deyişle, borca aykırılık olumlu bir fiil ile yani bir yapma fiili ile gerçekleştirilmektedir (İnal, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul, 2004, s. 113). Sözleşmenin müspet ihlâli sonucunda meydana gelen zararın tazmini kusurlu imkânsızlık hükümlerinin kıyasen uygulanması ile sağlanmaktadır (Eren, s. 1001). Serozan’a göre sözleşmenin müspet ihlâlinin temelinde MK m. 2/1, BK m. 96 ve m. 101 ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen uygulandığı bir genel ilke bulunmaktadır (Serozan, Borçlar, s. 246).

<sup>365</sup> Tandoğan, Mesuliyet, s. 403 ve orada dn. 37’de anılan Staub, Die Vertragsverletzungen, Berlin, 1904, s. 5.



satım sözleşmelerinde yer alan muacceliyet koşullarının ileri sürülebilmesinin şartları değerlendirilecektir.

### **aa) Adi Satışlarda**

Borçlar Kanununun 211. maddesi bir kenara bırakılacak olunursa, adi satımlarda temerrüde ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için, Borçlar Kanununun borçlunun temerrüdünü genel olarak düzenleyen m. 101 – 108 hükümlerinin ticari satım dışındaki bütün satım sözleşmelerinde de uygulanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>366</sup>.

Borçlar Kanununun 106. maddesine göre, satıcının temerrüdü hâlinde alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi için öncelikle uygun bir mehil tayin etmesi gerekmektedir. Ayrıca satıcının kendisine verilen mehil sonunda borcunu ifa etmemesi hâlinde, alıcının ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek, menfî zararının tazminini talep etmesi için bu yollardan hangisini seçtiğini derhal satıcıya bildirmesi gerekir. Mehil sonunda alıcı herhangi bir bildirimde bulunmamış ise, alıcı ancak gecikmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep edebilir<sup>367</sup>. Görüldüğü üzere, Kanunumuz adi satım sözleşmelerinde satıcının temerrüdü açısından asıl olanın aynen ifa olduğu kuralından ayrılmamış, aynen ifa yerine müspet zararın tazminini isteyen veya sözleşmeden dönen alacaklının bunu derhal bildirmesi zorunluluğunu kabul etmiştir.

<sup>366</sup> **Aral, Fahrettin**, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007, s. 92; **Tandoğan, c. I/I**, s. 130; **Yavuz, Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz- Burak Özen- Faruk Acar, İstanbul, 2007, s. 75. Bunun yanı sıra, vadesi belirli olmayan ticari satımlarda da Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanır (**Aral**, s. 93).

<sup>367</sup> **Oğuzman/ Öz**, s. 330; **Serozan, Borçlar**, s. 225 vd; **Tandoğan, c. I/I**, s. 130; **Yavuz, Borçlar Özel**, s. 75.

Buna karşılık, adi satım sözleşmelerinde alıcının temerrüde düşmesine ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır. Borçlar Kanununun 211. maddesi uyarınca satılan malın semenin ödenmesinden sonra veya aynı anda teslim edilmesi gereken hâllerde mehil vermeye gerek olmaksızın sözleşmeden dönülebileceği ifade edilmiştir. Ancak, satılanın alıcıya teslim edilmesi hâlinde ise dönme hakkının kullanılması için satıcının bu hakkını saklı tutmuş olması şarttır (BK m. 211/3). Ayrıca satıcı bu hüküm uyarınca süre vermeksizin dönme hakkını kullanmak istiyorsa, bu hususu derhal beyan etmelidir (BK m. 211/2)<sup>368</sup>.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde, ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyen alacaklının kendi edimini ifa etmek zorunda olup olmadığı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Mübadele teorisi olarak adlandırılan bir görüşe göre<sup>369</sup>, ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteyen alacaklı, mutlaka kendi edimini yerine getirmelidir. Kendi edimini yerine getirmeyip sadece bu edimin değeriyle müspet zararı arasındaki farkın tazminini talep etmekle yetinmesi mümkün değildir.

Buna karşı fark teorisi olarak anılan diğer bir görüş<sup>370</sup>, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyen alacaklının kendi edimini yerine getirmeyip, kendi ediminin değeriyle müspet zararının arasındaki farkın tazminini isteyebileceği yönündedir. Bu görüş, ticari satımda satıcının temerrüdüne ilişkin Borçlar Kanununun 188. maddesinin 2. ve 3. fıkraları ile alıcının temerrüdüne ilişkin 212. madde hükümlerinin adi satımlarda da kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşün kabul edilmesi

<sup>368</sup> Buna karşılık alıcının temerrüde düşmesi üzerine satıcı derhal sözleşmeden döndüğünü beyan etmese dahi, alıcının süre vermek suretiyle sürenin sonunda sözleşmeden dönme olanağının bulunduğu kabul edilmektedir. Öğretilerde Borçlar Kanununun 211. maddesi hükmünün satıcıya sadece kolaylık sağlamayı amaçlayan bir hüküm olduğu, Borçlar Kanununun 106. vd. maddelerine başvurma olanağını sınırlamadığı ifade edilmektedir (**Oğuzman/ Öz**, s. 423; **Serozan, Borçlar**, s. 238 vd; **Tandoğan, c. I/I**, s. 213 vd.).

<sup>369</sup> **von Tuhr (Edege)**, s. 78 vd.; **Öz, Turgut**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi: Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte, İstanbul, 1989, s. 183 dn. 138.

<sup>370</sup> **Eren**, s. 1025, **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s. 870.

hâlinde, sadece alacaklı değil, temerrüde düşen borçlu da kendi karşı edimi açısından aynen ifa talebinde bulunabilme olanağını kaybetmiş olacaktır<sup>371</sup>.

Bunun yanı sıra öğretide son bir görüş<sup>372</sup>, müspet zararının miktarının belirlenmesinde hesabın fark teorisine göre mi yoksa mübadele teorisine göre mi yapılması gerektiği konusunda alacaklının seçim yetkisinin bulunduğunu savunmaktadır.

Öte yandan, satım sözleşmesinde alıcının borcu bir para borcu olduğundan, mübadele teorisi kabul edilse dahi alıcının takas ileri sürebilme ve böylece kendi edimini ifa etmekten kaçınabilme imkânı bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır<sup>373</sup>. Bu nedenle satım sözleşmelerinde satıcının temerrüdü açısından, mübadele teorisinin veya fark teorisinin kabul edilmesi arasında pratik olarak bir farklılık ortaya çıkmayacaktır.

Temerrüt hükümlerinin aynen ifa talebine etkisi açısından önem taşıyan son bir husus da, kısmi ifa taleplerinin durumudur<sup>374</sup>. Bilindiği üzere satıcının tek seferde ifa etmesi gereken teslim borcunu kısmen ifa etmesi durumunda, alıcı, Borçlar Kanununun 68. maddesi uyarınca kısmi teslimi reddedebilecek ve satıcıyı borcun tamamı için temerrüde düşürebilecektir. Bununla birlikte, alıcı, bir ihtirazı kayıt koymaksızın kısmi teslimi kabul etmiş ise, ancak teslim edilmemiş kısım için temerrüt hükümlerinden yararlanabilecektir. Türk Ticaret Kanununun 25. maddesinde bu durum ticari satımlar açısından açık olarak düzenlenmiş olup bu hüküm adi satımlara da kıyasen uygulanacaktır. Ancak satım konusu malın

<sup>371</sup> Fark teorisi bir yandan işlemleri basitleştirmekte ve tazminat alacaklısını kendi edimini ifa etmek yükümlülüğünden kurtarmakta ise de, diğer yandan da kendi edimini esasen karlı bir şekilde değerlendiren alacaklının bunu gizleyerek haksız bir kazanç sağlamasına olanak tanımaktadır (Oğuzman/ Öz, s.347).

<sup>372</sup> Serozan, *Borçlar*, s.210; Tandoğan, *c.I/I*, s. 130.

<sup>373</sup> Buz, Vedat, “Takas Beyanının Geriye Etkisi Üzerine”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 229 vd; Yavuz, *Borçlar Özel*, s. 76.

<sup>374</sup> Tandoğan, *c. I/I*, s. 136-137; Yavuz, *Borçlar Özel*, s. 79.

bölünebilir bir eşya olmadığı hallerde bu hükmün uygulama alanı bulamayacağı açıktır<sup>375</sup>.

Ard arda teslimli satımlarda ise satıcı birden fazla vadeye ilişkin teslim borcunda temerrüde düşerse, alıcı, kural olarak her bir vadeye ilişkin teslim borcu bakımından ayrı ayrı temerrüt hükümlerinden yararlanabilir. Zira bu durumda birbirinden ayrı alacaklar söz konusudur. Ancak, borçlunun birden fazla vadeye ilişkin teslim borcu açısından temerrüde düşmüş olması, ilerideki teslimleri de tehlikeye düşürüyor veya faydasız kılıyorsa; ilerideki bütün teslimlere yaygın olarak sözleşmenin tamamından dönme mümkün olacaktır. Bununla birlikte, daha önce ifa edilmiş kısımların dönmeden etkilenmemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>376</sup>.

Buna rağmen burada bir fesih söz etmek isabetli olmayacaktır. Zira fesih hâlinde sözleşme fesih bildiriminden itibaren ileriye etkili olarak sona ermekte, bu tarihten önceki edimler - ifa edilmiş olsunlar, olmasınlar - sözleşmenin feshinden etkilenmemektedir. Oysa ard arda teslimli satım sözleşmesinde sadece daha önce ifa edilmiş olan edimlerin dönmeden etkilenmeyeceği buna karşılık dönme/ fesih beyanından önce yapılmış olsa dahi, henüz ifa edilmemiş olan tüm edimlerin sona ereceği kabul edilmektedir<sup>377</sup>. Buna karşılık burada gerçek anlamda bir sözleşmeden dönmenin de bulunduğunu söylemek güçtür. Zira sözleşmeden dönme hâlinde ifa edilmiş olan edimlerin de iade edilmesi gerekecektir. Bu nedenle ard arda teslimli satım sözleşmesindeki bu sona erme halinin hukukumuzda genel olarak kabul edilen sözleşmeden dönme – fesih ayrımının dışında kaldığını ifade etmek mümkündür.

#### **ab) Ticari Satışlarda**

<sup>375</sup> Tandoğan, c. I/I, s. 136-137; Yavuz, Borçlar Özel, s. 79.

<sup>376</sup> Tandoğan, c. I/I, s. 137; Yavuz, Borçlar Özel, s. 80.

<sup>377</sup> Tandoğan, c. I/I, s. 137 vd.

Ticari satımlarda<sup>378</sup>, satıcının teslim borcunda temerrüdü Borçlar Kanununun 187. ve 188. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 187. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, satılanın teslimi için belirli bir vade konulmuş olup da, satıcı satılanı bu sürenin sonuna kadar teslim edemezse, alıcının gecikmiş ifa yerine tazminat talep ettiği kabul edilmiştir<sup>379</sup>. Zira teslim tarihinin öngörülmesi, satım sözleşmesinin kesin vadeli işlem olduğuna karine teşkil etmektedir ve kesin vadeli işlemlerde alıcı aksini belirtmediği sürece tazminat talebi tercih edilmektedir<sup>380</sup>. Böylece, belirli vadeli ticari satımlarda, kesin vadeli bir borç söz konusuymuş gibi alıcı ihtarda bulunmaksızın ve süre vermeksizin tazminat talep edebilecektir<sup>381</sup>. Aynen ifayı talep etmek isteyen alıcı, bu hususu beyan etmelidir (BK m.188/2). Görüldüğü üzere ticari satımlarda hukukumuzda geçerli olan ifa mümkün olduğu sürece aynen ifanın esas olduğu prensibinden ayrılmış ve satıcının temerrüdü hâlinde esas olanın tazminat talebi olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere<sup>382</sup>, ticari satım sözleşmelerinde temerrüt hâlinde fark teorisinin uygulanması gerektiği satıcının temerrüdü açısından

<sup>378</sup> Ticari satım kavramı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ticari satım, alıcının kâr etmek amacıyla malı tekrar satmak üzere satın almasıdır (**Tercier, Pierre**, *Les Contrats Spéciaux*, Zurich 2003, s. 70). Bu görüşe göre, satıcının alıcının bu amaçla satın aldığını bilmesi gerekmektedir. Bu halde, alıcının tacir sıfatını taşıması karine teşkil eder. Ancak bu görüşün kabul edilmesi hâlinde, herhangi bir kişinin tekrar mal satmak amacıyla bir mal satın alması da ticari satım olarak nitelendirilecektir. Buna karşı ve üstün tutulması gereken bir diğer görüş ise, malı tekrar satma ve kâr etmeyi meslek edinen kişiyle yapılan satımları ticari olarak nitelendirmektedir. Buna göre, ancak sözleşmenin taraflarının her ikisinin de tacir olması halinde ticari satım söz konusu olacaktır (**Aral**, s. 92-93; ). Buna göre, tacirler arasında yapılan ve her iki taraf için de ticari nitelikteki satımlar ticaridir (**Şahiniz, Salih**, *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*, İstanbul, 2008, s. 21-22).

<sup>379</sup> **Tercier, Les Contrats Spéciaux**, s. 82; **Aral**, s. 94; **Serozan, Rona**, *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm*, İstanbul 2002, s. 110 vd; **Serozan, Rona**, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, 2007, s. 249; **Tandoğan, c. I/I**, s. 133.

<sup>380</sup> Bkz. **Seliçi, Kesin Vade**, s. 101.

<sup>381</sup> **Tercier, Les Contrats Spéciaux**, s. 82; **Aral**, s. 94; **Serozan, Borçlar Özel**, s. 110 vd; **Tandoğan, c. I/I**, s. 133.

<sup>382</sup> Bkz. § 2 II E 1 b ab.

Kanunun 188. maddesinde<sup>383</sup>, alıcının temerrüdü açısından ise 212. maddesinde açıkça benimsenmiş durumdadır. Böylece ticari satımlarda sadece alacaklı değil, temerrüde düşen borçlu da kendi karşı edimi açısından aynen ifa talebinde bulunabilme olanağını kaybetmiş olmaktadır.

CISG sistemini İsviçre – Türk hukuk Sistemi başta olmak üzere *civil law* sistemlerinden ayıran en önemli özellik şüphesiz, sözleşme ihlâlinin türüne göre bir ayırım yapılmaksızın genel ve yeknesak bir sözleşmeye aykırılık düzeninin benimsenmiş olmasıdır<sup>384</sup>. Buna göre, CISG sisteminde baştaki ifa imkânsızlığı, ifada gecikme, kusurlu ya da kusuruz sonraki imkânsızlık, sözleşmesel yükümlülüklerin müspet ihlâli, hatta ayıba karşı tekeffül ve garanti sorumluluklarının tamamı “sözleşmeye aykırılık” başlığı altında toplanmıştır. Buna göre, sözleşmeye aykırılığın türü önem taşımamaktadır ve sözleşmeye aykırılığın türü her ne olursa olsun kural olarak alıcının sahip olacağı imkânlar aynıdır. Bu noktada, sözleşmeye aykırılık türlerine göre bir ayırım yapmak yerine, genel sözleşmeye aykırılık sisteminin benimsenmesi CISG’nin *common law* sisteminden etkilenmesinin bir sonucudur. Buna karşılık, CISG’de sözleşmeye aykırılığa bağlanan sonuçlar düzenlenirken, *common law* sisteminde olduğu gibi asli talep hakkının tazminat olduğu, aynen ifa talebinin ise ancak istisnai hâllerde söz konusu olabileceği yönündeki yaklaşım benimsenmemiştir. Bu noktada, CISG *common law* sisteminden uzaklaşarak, aynen ifa talebini diğer talep hakları ile eşit düzeyde kabul etmiştir<sup>385</sup>. Diğer bir ifade ile aynen ifa talebi açısından bakıldığında CISG’nin her iki hukuk sistemi arasında yer aldığını söylemek mümkündür.

<sup>383</sup> BK m. 188 uyarınca alıcı tazminat olarak zamanında teslim edilmemiş olan malı bir başka satıcıdan sağlamak için ödediği satım bedeli ile sözleşmede öngörülmuş satım bedeli arasındaki farkı talep edebilir. Eğer zamanında teslim edilmeyen satım konusu malın borsada kaydı ya da piyasada geçerli bir fiyatı bulunuyorsa, alıcı, ikame mal almaksızın dahi satım sözleşmesinde kararlaştırılmış olan bedel ile malın teslim tarihindeki, borsada ya da piyasada geçerli fiyatı arasındaki farkı da talep edebilir (Serozan, **Borçlar Özel**, s. 111).

<sup>384</sup> Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. **Atamer, CISG**, 281 vd.

<sup>385</sup> **Atamer, CISG**, s. 291.

Sözleşmenin satıcı tarafından ihlali hâlinde alıcının sahip olduğu haklar CISG m. 45 vd.'da düzenlenmiştir. Buna göre, alıcıya aynen ifa, sözleşmeden dönme veya semenin indirilmesi seçimlik imkânları tanınmış olup, alıcı ayrıca bu imkânlar ile birlikte uğramış olduğu zararların tazminini de talep edebilecektir<sup>386</sup>. Aynen ifa talebi burada, bir yandan borcun hiç ifa edilmemiş olduğu hallerde ifanın yapılması talebini, diğer yandan da malın sözleşmeye uygun olmaması durumunda, bunun değiştirilmesi veya onarılması talebini kapsamaktadır.

Alıcının satıcıdan ifayı talep etme hakkına CISG m. 46'da yer verilmiştir. Buna göre, satıcının edimini ifa etmemesi durumunda alıcı borcun ifasıyla birlikte gecikme nedeniyle uğradığı zararının tazminini talep edebilecektir. Bu durumun tek istisnası alıcının başvurduğu diğer imkânlardan birinin aynen ifayı talep hakkı ile bağdaşmaması durumudur. Sözleşmeden dönen alıcının artık aynen ifayı talep edemeyeceği açıktır.

CISG'nin yaptırım sisteminin en belirgin özelliği; sözleşmenin tasfiyesinden kaçınarak mümkün olduğunca sözleşmeyi ayakta tutmayı amaçlamasıdır. Bu durumun en temel sonucu; sözleşmeden dönme yaptırımına ancak son çare olarak başvurulmasıdır<sup>387</sup>. Zira CISG ağır hukuki sonuçların ancak ağır ihlallerin mevcut olması hâlinde kabul edilmesini hedeflemektedir<sup>388</sup>.

Bu nedenle, alıcının sahip olduğu imkânların kullanılması bakımından getirilen en önemli kıstas, sözleşmeye aykırılığın “esaslı<sup>389</sup>” olup olmamasıdır.

<sup>386</sup> Alıcının kendisine tanınan imkânlardan birine başvurmasının tazminat talep etme hakkını kaybetmesine neden olmayacağı 45. maddenin 2. fıkrasında açıkça ifade edilmiştir.

<sup>387</sup> **Schlechtriem, Peter; Schwenger, Ingeborg**, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford, 2005, s. 576.

<sup>388</sup> **Çetiner, Bilgehan**, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile BM Satım Hukuku'nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi*”, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul, c. 5, s. 58, 2007, s. 3139 (3141).

<sup>389</sup> CISG m. 25 uyarınca “tarafardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.” Dolayısıyla, sözleşmeye

CISG m. 49/1 maddesi uyarınca kural olarak borcun ifa edilmemesi hâlinde alıcı, ancak satıcının sözleşme veya bu anlaşma ile kendisine getirilen yükümlülüklerini yerine getirmemesinin esaslı bir sözleşme ihlali teşkil etmesi hâlinde sözleşmeden dönebilir. Bununla birlikte, sözleşmeden dönmenin mümkün kılındığı bir diğer hâl, satıcının malın teslim edilmemesi nedeniyle CISG m. 47 uyarınca kendisine tanınan ek süre içinde de malı teslim etmemesi veya bu süre içerisinde malı teslim etmeyeceğini açıklamasıdır<sup>390</sup>.

CISG m. 47 uyarınca alıcı bu imkânlardan yararlanmak için satıcıya belli bir süre tayin edebilir ise de, ek süre verilmesi bu hakların kullanımı için zorunlu bir unsur değildir<sup>391</sup>. Erdem, bu bakımdan, CISG'nin Türk hukukundan ayrılmakta olduğunu, zira Türk hukukunda, borçlu temerrüdü hâlinde alacaklının seçimlik haklarından birini kullanabilmesi için borçluya ek süre vermesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>392</sup>.

Kanaatimce Türk hukuku ile CISG düzenlemesi arasında böyle bir farklılığın bulunduğunu ileri sürmek isabetli değildir. Zira Türk hukuku açısından da alacaklının aynen ifa talebi ileri sürebilmesi için bir mehil vermesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu durum sadece alacaklının sözleşmeden dönmek istemesi veya aynen ifa yerine müspet zararının tazminini talep etmesi hâlinde söz konusu olacaktır. Sözleşmeden dönme açısından durumu değerlendirdiğimizde ise, CISG

---

aykırılığın sonuçlarının basiretli bir tacir olan satıcı tarafından öngörülebilirliği ihlalin esaslı olup olmadığını belirlemede önem taşımaktadır (**Welser, Rudolf; Welser, Irene**, “*Legal Remedies in Breach of Contract by the Seller under CISG*”, İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, c. 5, s. 1-2, 2006, 125 (134)).

<sup>390</sup> Borçlar Kanunu Tasarısında 123. maddesinde düzenlenen borçlunun ek süre vermesini gerektirmeyen durumlar CISG'nin esaslı sözleşme ihlali olarak nitelendirdiği durumları kapsamaktadır. Öte yandan, Tasarı'nın 124. maddesi uyarınca alacaklıya süre tanımaksızın doğrudan dönme hakkı tanınmıştır (**Çetiner**, s. 3142). Bu nedenlerle Tasarı'da yer alan sözleşmeden dönmeye ilişkin düzenlemenin CISG düzenlemesi ile bir ölçüde paralel olduğunu söylemek mümkündür.

<sup>391</sup> PICC m. 7.1.5 ile PECL m. 8:106 hükümleri uyarınca da borçluya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için ek süre verilmesi imkânı tanınmıştır.

<sup>392</sup> **Erdem, Ercüment**, “*Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyanalı Satım Sözleşmesi)*”, Batider, Ankara, c. 16, s. 3, 1992, s. 36 (78).



açısından da kesin vadeli olmayan işlemlerde alıcının sözleşmeden dönebilmesinin kural olarak mehil vermesine bağlı olduğunu görmekteyiz. Zira aksi hâlde sözleşmenin esaslı bir ihlali mevcut olmayacak ve alıcı süre vermeksizin sözleşmeden dönme imkânına başvuramayacaktır<sup>393</sup>. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Anlaşmanın 49. maddesine göre alıcının sözleşmeden dönebilmesi ya satıcının borca aykırı davranışının sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ya da satıcının edimini 47. madde uyarınca kendisine verilmiş olan süre içerisinde halen daha yerine getirmemiş olmasına bağlıdır.

Atamer tarafından da ifade edildiği üzere<sup>394</sup>, CISG sisteminin bu açılarından Borçlar Kanununun 106–108. maddeleri arasındaki düzenlemelerle benzerlikler gösterdiğini söylemek mümkündür. Bilindiği üzere Borçlar Kanununun 107. maddesi uyarınca ek süre vermenin faydasız olacağı hallerde, kesin vadeli işlemlerde veya alacaklının aynen ifada menfaatinin kalmadığı durumlarda alıcının sözleşmeden dönebilmesi için ek süre vermesine gerek bulunmamaktadır. Bu hâller CISG anlamında çoğu zaman sözleşmenin esaslı bir ihlali niteliği taşıyacağından, CISG kapsamında da bu gibi hâllerde alıcının sözleşmeden dönebilmesi için ayrıca bir süre vermesine gerek yoktur. Bunun dışında durumlarda ise, hem İsviçre- Türk sisteminde hem de CISG kapsamında satıcının temerrüdü hâlinde sözleşmeden dönmek isteyen alıcının ek süre vermesi gerecektir.

### **ac) Taksitle Satışlarda**

---

<sup>393</sup> Esasen öğretide de 46. maddede öngörülmüş olan süre verme imkânının en önemli uygulama alanının da sözleşmeden dönmek isteyen alıcıya sürenin sonunda, sözleşmenin esaslı ihlalinin mevcut olup olmadığı tartışmasına girmeksizin sözleşmeden dönebilmesine olanak tanınması olduğu ifade edilmiştir. **Atamer, CISG**, s.336

<sup>394</sup> **Atamer, CISG**, s. 336 dn. 286.

Taksitle satım sözleşmesi<sup>395</sup> Borçlar Kanununun 222–224. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Taksitle satımlarda, satıcının taksitlerin aynen ifasını talep etmesi mümkündür. Ancak, bunun için şüphesiz satıcının her bir taksidin muaccel olmasını beklemesi gerekmektedir. Buna karşılık uygulamada<sup>396</sup> birçok taksitle satım sözleşmesinde bir taksidin ödenmemesi hâlinde kalan taksitlerin de kendiliğinden muaccel olacağına ilişkin hükümler yer almaktadır<sup>397</sup>. Böylece alıcı bir taksiti ödemekte temerrüde düşmesi durumunda, vadesi ileride gelecek olan diğer taksitler açısından da şimdiden temerrüde düşme riski ile karşılaşmaktadır<sup>398</sup>.

Belirtmek gerekir ki, muacceliyet kayıtları aynen ifaya olanak tanıyan değil, sadece bu talebin ileri sürülebilmesi zamanı açısından önem taşıyan sözleşme hükümleridir. Alıcının borcu bir para borcu olduğu için, esasen satıcının aynen ifa talebinde bulunması her zaman için mümkündür, meğerki taraflardan biri sözleşmeden dönmüş olsun. Ancak bu kayıtlar aynen ifa talebinin vadesinden önce de yapılabilmesine olanak tanıdıkları için konumuz açısından ilginçtirler. Aşağıda yer verdiğimiz hükümlerde de görüleceği üzere, bu kayıtların alıcı açısından taşıdığı risk göz önüne alınarak, gerek alelade taksitle satım sözleşmelerinde, gerekse de taraflarından birini bir tüketicinin oluşturduğu taksitle

<sup>395</sup> Taksitle satım, veresiye satımın bir çeşididir. Borçlar Kanunu, taksitle satımı tanımlamamaktadır. Buna karşı, İsviçre Borçlar Kanununun 226. maddesinde taksitle satım, satıcının alıcıya taşınır bir şeyi satım parasının tamamıyla ödenmesinden önce teslim etme ve alıcının da satım parasını kısmi edimlerle ödeme borcu altına girdiği satım olarak tanımlanmaktadır (Aral, s. 179; Tandoğan, c. I/I, s. 301; Yavuz, *Borçlar Özel* s. 225; İnceoğlu, *İnceoğlu, Mehmet Murat*, Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul, 1998, s.1). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6/A maddesinde ise taksitle satım sözleşmesi, satım bedelinin en az iki taksitle ödendiği ve malın veya hizmetin sözleşmenin düzenlendiği anda teslim veya ifa edildiği satım türü olarak ifade edilmiştir. Ancak taksitle satım sözleşmesinden söz eden ve buna ilişkin bir tanım getiren bir hükümde, hizmetin ifa edilmesinden bahsedilmiş olmasının isabetli olmadığı açıktır.

<sup>396</sup> Yargıtay 11. HD. 12.3.2004 tarihli, 2006 E. ve 2467 K. sayılı kararında, taraflar arasındaki protokol uyarınca taksit vadesinde ödenmediğinden tüm alacak muaccel hale gelmiştir. Aynı şekilde Yargıtay 12. HD. 18.6.2001 tarihli, 9865 E. ve 10849 K. sayılı kararında tarafların taksitle satış nedeniyle muacceliyet sözleşmesi yapmış oldukları belirtilmiştir (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

<sup>397</sup> Aral, s. 182; Tandoğan, c. I/I, s. 310.

<sup>398</sup> İnceoğlu, *Taksitle Satım*, s.39.

satım sözleşmelerinde<sup>399</sup> alıcının korunması ihtiyacı doğmuş ve bu kayıtların ileri sürülebilmesi bazı koşullara bağlanmıştır.

Borçlar Kanununun 224. maddesi uyarınca, taksitlerden birinin ödenmesindeki gecikme yüzünden toplam satım parasının tümünün muaccel olacağı öngörülmüşse, satıcının bu muacceliyet kaydından yararlanabilmesi için, alıcının art arda iki taksiti ödemedede gecikmiş olması ve bu iki taksit tutarının toplam satım parasının en az yüzde onunu bulması gerekir<sup>400</sup>.

Borçlar Kanunu Tasarısının 258. maddesinin 2. fıkrasına göre, alıcı taksitleri ödemedede temerrüde düşerse, satıcının geri kalan satım bedelinin tamamını isteyebilmesi bu hakkı açık biçimde saklı tutmuş olmasına ve alıcının kararlaştırılan satım bedelinin en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksiti veya en az dörtte birini oluşturan bir taksiti ya da en son taksiti ödeme de temerrüde düşmüş olmasına bağlı olacaktır. Görüldüğü üzere Tasarı mevcut Kanundan farklı olarak taksidin miktarının toplam semenin dörtte birini oluşturması veya son taksit olması şartıyla sadece bir taksitin dahi ödenmemesi hâlinde muacceliyet kaydının ileri sürülebilmesine olanak tanımaktadır.

Hemen ifade etmek gerekir ki, son taksidin ödenmesinde temerrüde düşülmesi hâlinde muacceliyet koşulunun ileri sürülmesi anlamsızdır. Zira muacceliyet koşulu ancak vadesi gelmemiş olan taksitler açısından bir anlam ifade etmektedir. Oysa borçlunun son taksiti ödeme temerrüde düşmesi hâlinde vadesi gelmemiş olan bir taksit bulunmuyor demektir. Bu nedenle Tasarı'da yer alan bu ifade isabetsiz olmuştur.

---

<sup>399</sup> Belirtmek gerekir ki, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun uygulama alanı bulabilmesi için taraflardan birinin tüketici olması yeterli değildir. Ayrıca sözleşmenin diğer tarafının da bu Kanunun 3. maddesi anlamında bir satıcı/ sağlayıcı olması gerekmektedir.

<sup>400</sup> Aral, s. 182; Tandoğan, c. I/I, s. 310.

Bunun yanı sıra toplam semenin dörtte birini oluştursa dahi sadece bir taksitin ödenmesinde temerrüde düşülmüş olmasının muacceliyet koşulunun ileri sürülmesine olanak tanınmasının da isabetli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Zira muacceliyet koşullarının borçlu açısından oldukça ağır sonuçları olabilir. Ayrıca unutulmamalıdır ki, borçlunun temerrüde düşmesi bizim hukukumuzda kusurlu olmasına bağlı değildir. Böylece Tasarı'nın mevcut hali ile yasalaşması durumunda bir kusuru olmaksızın bir tek taksit ödemesinde temerrüde düşen borçlu dahi, tüm taksitlerin muaccel olması riski ile karşı karşıya kalabilecektir. Kanaatimce bu bakımdan Borçlar Kanunumuzun mevcut sisteminden ayrılmak için bir neden bulunmamaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 6. maddesinin 2. fıkrası da muacceliyet koşullarına ilişkin olarak Borçlar Kanununun 224. maddesine benzer bir düzenleme öngörmüş, sadece bu koşulun ileri sürülebilmesi için ek bazı şartlar aranmıştır<sup>401</sup>. Buna göre, muacceliyet koşulunun ileri sürülebilmesi, yukarıda ifade edilenlerin yanı sıra tüketicinin ifa edilmemiş bir edimin üzerinden en az dört hafta geçmiş olması ve satıcının en az bir haftalık bir süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması koşullarının da gerçekleşmesine bağlıdır<sup>402</sup>.

### c) Ayıba Karşı Tekeffülde Aynen İfa Talebi

Aynen ifa talebi açısından satım sözleşmesinde özellik taşıyan bir diğer durum satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğudur. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bakımından seçimlik haklar Borçlar Kanununun 202. ve 203. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, ayıba karşı tekeffül hâlinde maddi ve

<sup>401</sup> Söz konusu hükme göre, "Satıcı, taksitlerden birinin veya birkaçının ödenmemesi hâlinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak; ancak satıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması durumunda ve tüketicinin ifa edilmemiş bir edimin üzerinden en az dört hafta geçmiş olması ve satıcının en az bir haftalık bir süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması koşulları ile kullanılabilir".

<sup>402</sup> Söz konusu şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aslan, İ. Yılmaz**, Tüketici Hukuku, İstanbul, 2006, s. 345; **İnceoğlu, Taksitle Satım**, s. 39.

şekli şartların<sup>403</sup> gerçekleşmesiyle birlikte alıcının elinde üç seçimlik imkân bulunduğu kabul edilmiştir. Bunlar yenisiyle değiştirme, sözleşmeden dönme ve bedel indirimidir<sup>404</sup>.

Öte yandan, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrası tüketiciye ayıplı mal teslimi hâlinde bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme seçimlik haklarını tanımıştır<sup>405</sup>.<sup>406</sup> Buna göre, satıcı tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür, alıcının seçimlik haklarını kullanmak için ayrıca dava açması zorunlu değildir<sup>407</sup>.

Görüldüğü üzere, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinden farklı olarak, alıcının ayıplı malın onarılmasını talep etme hakkı Borçlar

<sup>403</sup> Söz konusu şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan, Borçlar Özel**, s. 135; **Tandoğan, c.I/I**, s. 164 vd, **Yavuz, Cevdet**, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından: Satıcının Satılanın (malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989, s. 105vd, **Zevkliler, Aydın, Havutçu, Ayşe**; Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, 2007, s. 107 vd.

<sup>404</sup> **Tandoğan, c. I/I**, s. 163 vd; **Yavuz, Borçlar Özel**, s. 97. Öte yandan, ayıba karşı tekeffül hâlinde alıcıya tanınan seçimlik hakların hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Öğretideki hâkim görüş, alıcının seçimlik haklarının bir yenilik doğuran hak olup, satıcıya karşı yapılan tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılabileceğini savunmaktadır (**Tercier, Les Contrats Spéciaux**, s. 111; **Feyzioğlu, c.I**, s. 293; **Serozan, Dönme**, s. 297; **Şahiniz**, s. 101; **Tandoğan, c. I/I**, s. 188; **Tunçomağ, Kenan**, Borçlar Hukuku, c. 2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977, s. 165; **Yavuz, Ayıp**; s. 139). Buna göre, hukuki şartlar mevcut ise tek taraflı beyanın satıcıya ulaşmasıyla istenilen sonuç, örneğin dönme gerçekleşir. Buna karşılık, satıcının itirazı üzerine mahkemenin vereceği karar, ancak bir tespit hükmünden ibarettir. Buna karşı bir görüş ise, alıcının seçimlik haklarının yenilik doğuran bir hak olmadığını ve ancak tarafların bu hususta anlaşmalarıyla veya mahkemenin vereceği yenilik doğuran bir kararla gerçekleşeceğini ileri sürmektedir (**Aral**, s. 130). Bu görüş, BK m. 202/2 hükmü uyarınca hâkime tanınan dönme yerine seminin indirilmesine, semenin indirilmesi yerine dönmeye karar verme yetkisine dayanmaktadır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz, Vedat**, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 461; **Yavuz, Ayıp**, s. 137).

<sup>405</sup> Tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklara ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Tiryaki, Betül**, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara, 2007, s. 110 vd.

<sup>406</sup> Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunu Tasarısı Taslağı ("TasTKHK"), 4. maddede öngörülen dört seçimlik hakkı muhafaza edilmiştir.

<sup>407</sup> **Aral**, s. 130.

Kanununda özel olarak düzenlenmemiştir<sup>408</sup>. Buna karşılık, Borçlar Kanunu bazı sözleşmeler için ayıpların giderilmesini (onarım, tamir) talep etme imkânına yer vermiştir. Örneğin Borçlar Kanununun 250. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kiracının, kiralananın ayıplarının giderilmesi talebinde bulunma imkânı; aynı Kanunun 360. maddesinin 2. fıkrasına göre ise iş sahibinin, eser sözleşmesinde müteahhitten sözleşme konusunun ayıplarının giderilmesi talebinde bulunma imkânı mevcuttur. Her ne kadar kanunda açık olarak bir düzenleme yer almasa da öğretide bir görüş<sup>409</sup>, bu hükümlerden yola çıkarak kıyasen aynı imkânın alıcıya da verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Alıcının onarım hakkının bulunduğunu savunan bir diğer görüşe göre<sup>410</sup>, alıcının onarım talep etme hakkı, bazı özel durumlarda Medeni Kanunun 2. maddesinden çıkartılabilir. Örneğin maldaki ayıbın sadece satıcı tarafından giderilebilecek türden olması hâlinde, alıcının onarım talep etme hakkı mevcut olacaktır. Bununla birlikte, öğretideki hâkim görüşe göre<sup>411</sup>, taraflar arasında aksine bir anlaşma olmadıkça alıcı onarım talep etme hakkına sahip değildir. Zira kanun koyucu parça satımında onarım hakkını bilerek düzenlememiştir. Bununla birlikte, tarafların kendi aralarında alıcıya satılanın onarılmasını talep etme hakkını tanımaları mümkündür<sup>412</sup>. Bazı yazarlar

<sup>408</sup> **Aral**, s. 129; **Arbek, Ömer**; Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara, 2005, s. 46; **Serozan, Borçlar Özel**, s. 123; **Şahiniz**, s. 98; **Tandoğan, c. I/I**, s. 187.

<sup>409</sup> **Yavuz, Ayıp**, s. 192; **Yavuz, Borçlar Özel**, s. 165; **Aral**, s. 129 ve orada dn. 111'da anılan **Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. Zürich, 2000, s. 390 N48; **Giger, H**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, Z: Abt., 1. Teibd. Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, Bern 1979, Art. 205 N42.

<sup>410</sup> **Aral**, s. 129 ve orada dn. 110'da anılan **Bucher**, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl, Zürich, 1988, s. 97; **Furrer, R**, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Zürich, 1973, s. 74.

<sup>411</sup> **Tercier, Les Contrats Spéciaux**, s. 111; **Şahiniz**, s. 98; **Aral**, s. 129 ve orada dn. 109'da anılan **Cavin, P**, Traité de droit privé suisse, T. VIII/I, Vente, échange et donation, Fribourg, 1978, s. 95; **Keller/ Siehr**, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich, 1995, s. 96; **Heim, Jean**, La réparation de la chose défectueuse dans la vente au détail, thèse Lausanne, 1972, s. 26; **Katz, H.P**, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Zürich, 1973, s. 79; **Oser/Schönenberger**, Zürcher Kommentar, Bd. V, Obligationenrecht, Teil 1-3, Zürich, 1929, 1936, 1946, Art. 205, N2; **von Büren**, BT, s. 19; **Honsell: Honsel/ Vogt/ Wiegand**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, I, art. 1-529 OR, Basel und Frankfurt, 2. Aufl., 1997, Art. 205, N4; **Honsell, H**, Schweizerisches Obligationenrecht Besondere Teil, 6. Aufl. Bern, 2001, s. 76-77.

<sup>412</sup> **Şahiniz**, s. 98.

ise<sup>413</sup>, alıcının onarım hakkının onarım masraflarının bedelden indirilmek suretiyle bedel indirimi talebi şeklinde veya Borçlar Kanununun 96. maddesine dayanan bir aynen tazmin talebiyle dolaylı şekilde elde edilebileceği görüşündedirler<sup>414</sup>. Öte yandan, Borçlar Kanunu Tasarısının, yürürlükteki BK m. 202–203 hükümlerini karşılayan, 226. maddesinde aşırı bir masrafı gerektirmediği sürece alıcıya ücretsiz onarım talep etme hakkı seçimlik hak olarak açıkça tanınmıştır.

Bu noktada, önem taşıyan bir konu seçimlik hakların hukuki nitelikleridir. Zira bu hakların hukuki niteliğinin tespit edilmesi, hakların kullanılmasının etkisi bakımından önem taşımaktadır. Öğretide söz konusu seçimlik hakların niteliklerinin yenilik doğurucu mu yoksa aynen ifaya yönelik mi olduğu hususu tartışmalıdır<sup>415</sup>. Bir görüşe göre<sup>416</sup> bu hakların tümü yenilik doğurucu etkiye sahiptir. Buna göre, yenilik doğuran haklar<sup>417</sup> bir kez kullanılmakla sonuç doğurduğundan başka bir seçimlik hakkın kullanılmasına artık engel olurlar. Buna karşı bir diğer görüş ise<sup>418</sup>, söz konusu seçimlik haklardan yenisiyle değiştirme ve onarım taleplerinin aynen ifa niteliğinde, bedel indirimi ve sözleşmeden dönme taleplerinin ise yenilik doğurucu etkiye sahip olduklarını ileri sürmektedir. Bu doğrultuda, aynen ifaya yönelik haklar kullanılıp sonuç alınmasa dahi ikinci planda diğer hakların kullanılması mümkün olabilecektir<sup>419</sup>.

<sup>413</sup> **Tandoğan, c.I/I**, s. 187 dn 81a ve orada anılan **Heim**, Jean, La réparation de la chose défectuse dans le vente au détail, thèse Lausanne, 1972, s. 26-29.

<sup>414</sup> Bu konuda farklı görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Arbek**, s. 62 vd.

<sup>415</sup> Seçimlik hakların hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Yavuz, Ayıp**, s.134vd.

<sup>416</sup> **Yavuz**, bu hakların yenilik doğurucu etkiye sahip olduğunu ifade ederken yine bir ayrıma gitmekte ve yenisiyle değiştirme hakkını aynen ifada ısrar edildiğini gösteren ve yenilik doğuran, bedel indirimi ve tamir hakkını değiştirici yenilik doğuran ve son olarak da sözleşmeden dönme hakkını da bozucu yenilik doğuran haklar olarak nitelendirmektedir (**Yavuz, Ayıp**, s. 141). Aynı görüşte Bkz. **Aslan**, s. 170-171.

<sup>417</sup> **Oğuzman/ Barlas**, s. 107vd.

<sup>418</sup> **Atamer, Yeşim M**, “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri”, *Batider c. XXIV*, sy. 1, s. 81 (90).

<sup>419</sup> 1999/44/AT sayılı Tüketici Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (“1999/44 sayılı AT Yönergesi”) ile de paraleldir. 1999/44 sayılı AT Yönergesi ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesini esas almak suretiyle seçimlik haklar bakımından bir kademelendirme öngörmüştür (**Bianca**, Massimo C./

Kanaatimce, seçimlik haklardan yenisiyle değiştirme ve onarım taleplerinin aynen ifaya yönelik olduğunu savunan görüş yerindedir. Zira alıcının yenisiyle değiştirme ve onarım talepleri, alıcının ifaya olan menfaatine kavuşmasını sağlaması bakımından tipik bir aynen ifa talebidir. Kaldı ki, alıcın yenisi ile değiştirme veya onarım imkânlarından birini seçmesine rağmen, satıcının bunu yerine getirmekten kaçınması halinde, alıcının halen daha sözleşmeden dönme veya semenin indirimi taleplerinden birini tercih edememesi için hiçbir neden bulunmamaktadır. Oysaki bu taleplerin de yenilik doğurucu etkiye sahip oldukları kabul edilecek olunursa, artık alıcı bu imkânlardan yararlanamayacaktır.

Aynı şekilde alıcının ayıplı malın yenisiyle değiştirilmesini talep etme hakkını da aynen ifa talebinin bir görünümü olarak kabul etmek gerekir<sup>420</sup>. Bilindiği üzere, Borçlar Kanununun 203. maddesinin 1. fıkrası hükmü uyarınca, satılan “belirli bir miktarda misli şeylerden ise”<sup>421</sup> alıcı, satılanın ayıpsız bir

---

**Grundmann**, Stefan/ **Stijns**, Sophie (trad. par Ludovic Bernardeau), La Directive Communautaire sur la Vente, Paris, 2004, s. 179; **Micklitz** Hans W, “Sale of Consumer Goods” in **Micklitz**, Hans W./ **Reich** Norbert, The Basics of European Consumer Law, s. 218). Buna göre, aynen ifa niteliğindeki taleplerinde öncelikle yöneltilmesi gerekmektedir. Yenilik doğuran etkiyi haiz talepler ise ancak aynen ifaya yönelik taleplerin amaca ulaşamaması durumunda kullanılabilir. Görüldüğü üzere, bu kademelendirmede esas olan sözleşmeyi ayakta tutmaktır. Ancak, bedel indiriminin ikincil nitelikte kalması bu açıdan uygun bulunmamaktadır (**Atamer**, **Tüketici**, s. 90). 1999/44 sayılı AT Yönergesinin öngördüğüne benzer bir kademelendirme Borçlar Kanununda ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda öngörülmemiştir. Zira sözleşmeden dönmeye ilişkin mevcut sistemin getirdiği sınırlamalar yeterli bulunmuştur. Ayrıca, TasTKHK ayıbın önemsiz olması halinde tüketicinin dönme hakkını kullanamayacak olmasına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Bedel indirimine ilişkin ise sözleşmeyi ayakta tutma amacına uygun olmayacağından bir sınırlama getirilmemiştir.

<sup>420</sup> **Aral**, s. 146.

<sup>421</sup> Burada kastedilen “çeşidi ile belirtilmiş mal satımı”dır. Zira BK m. 203’ün uygulanması açısından getirilen ölçü, satılanın ticarî anlayışa göre misli mal sayılması değil, tarafların aralarındaki anlaşmaya göre parça satımının söz konusu olmamasıdır (**Tercier**, **Les Contrats Spéciaux**, s. 119; **Yavuz**, **Borçlar Özel**, s. 191; **Aral**, s. 144-145; **Tandoğan**, c. I/I, s. 198). Parça satımının söz konusu olduğu hallerde, alıcı bu seçimlik hakka sahip olmayacaktır. Buna karşılık, TKHK m. 4’te mala ilişkin herhangi bir nitelendirme öngörülmemiştir. Böyle bir nitelendirmenin öngörülmemesinin nedeni tüketici satışlarına konu olacak malların genellikle çeşitli borcuna konu olan mallar olduğu düşüncesidir (**Aslan**, s. 197). Bununla birlikte, öğretide BK m. 203 hükmünün parça satımında da uygulanmasını savunan görüşler mevcuttur. Buna göre, parça borçlarında da güven ilkesi izin verdiği ölçüde tamamlayıcı yorumla ayıplı malın değiştirilmesi talep edilebilir; ancak bu değiştirme satıcıdan beklenebilecek olmalıdır (**Serozan**, **Rona**, “*Parça Borcu – Çeşitli Borcu: Aşılması Gerekli Bir Ayrım*”, MHAD, İstanbul,



benzeri ile değiştirilmesini talep edebilir. Dolayısıyla, kanun koyucu çeşidi ile belirlenmiş mal satımında ayıplı ifa hâlinde alıcının diğer seçimlik haklarının yanı sıra alıcıya satılanı ayıpsız bir misliyle değiştirilmesini talep hakkını da tanımıştır. Öte yandan, satım konusunun belli bir stoktan teslim edilmesi gerektiği ve stoktaki malların tamamının ayıplı olduğu hallerde hâkim görüş uyarınca söz konusu madde hükmü uygulama bulamayacak ve dolayısıyla değiştirme talep edilemeyecektir<sup>422</sup>.

Ancak alıcının ayıplı mal tesliminde satıcıyı Borçlar Kanununun 203. maddesine göre ifaya zorlayabilmesi için, satılanı muayene ve ayıplarını bildirme yükümlülüğünü usulüne uygun olarak ve zamanında yerine getirmesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır<sup>423</sup>.

Öte yandan, yenisiyle değiştirme imkânının aynen ifa talebinin sınırlarına<sup>424</sup> tabi olması gerekmektedir. Buna göre, malın yenisiyle değiştirilmesinin satıcı bakımından bir imkânsızlık veya bir aşırı ifa güçlüğü durumu yaratması hâlinde, alıcı bu imkânı kullanamayacaktır<sup>425</sup>. Dolayısıyla, yenisiyle değiştirme talebi açısından da Borçlar Kanununun 204. maddesinin son fıkrası uygulanacak ve buna göre satılan alıcının kusuruyla telef olmuş veya onun tarafından tağyir ya da temlik edilmişse, artık eşyanın ayıpsızıyla değiştirilmesi talebinde bulunulması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, değiştirilmesi istenen malın aynısının tedarik edilmesinin mümkün olmaması durumunda, değiştirme talebinde bulunulması söz konusu olmayacaktır. Aşırı ifa güçlüğüne hangi hâllerde söz konusu olduğunu

---

y. 3, s. 5, 1969, 212 (15-28); **Yavuz, Ayıp**, s. 191). Bir başka deyişle parça borcunun yerine bir başkasını koymak sorunsuz bir şekilde mümkün oldukça parça borçları açısından da ayıplı malın değiştirilmesi talep edilebilmelidir (**Atamer, CISG**, s. 375). Bu görüş Borçlar Kanunu Tasarısının 226. maddesinde de benimsenmiştir. Zira söz konusu hükme göre, ayıplı malın ayıpsızıyla değiştirilmesini talep etme hakkı parça-çeşit borcu ayırımı yapmaksızın düzenlenmiştir. Buna göre; Tasarı'da "olanak varsa" denilmek suretiyle bu seçimlik hakkın kullanılabilceği durumlar genişletilmiştir.

<sup>422</sup> **Tandoğan, c. I/I**, s. 198; **Yavuz, Ayıp**, s. 191.

<sup>423</sup> **Aral**, s. 126; **Serozan, Borçlar Özel**, s. 136; **Şahiniz**, s. 84; **Tandoğan, c. I/I**, s. 177.

<sup>424</sup> Aynen ifa talebinin tabi olduğu sınırlara ilişkin bkz. § 2 III.

<sup>425</sup> **Atamer, Tüketici**, s. 92.

tespit etmek oldukça güçtür<sup>426</sup>. Esas olarak, aşırı ifa güçlüğü, borcun konusu olan şeyin ifa edilmesinin teoride mümkün olmasına karşın ifasının gerçekleştirilmesi uğruna harcanması gereken emek ve paranın söz konusu şeyin değerinden aşırı derecede fazla olmasıdır<sup>427</sup>. Bu gibi durumlarda imkânsızlık hükümleri uygulanacaktır<sup>428</sup>. Aşırı ifa güçlüğü'nün saptanması bakımından 1999/44 sayılı AT Yönergesi bazı ölçütler getirmiştir. Bu ölçütler malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurunun tüketici açısından sorun doğurup doğurmayacağı şeklinde açıklanmıştır<sup>429</sup>.

Ayıbın ortaya çıkmasının gecikmesi ya da davanın uzun sürmesi durumunda, ayıplı malın yenisiyle değiştirilmesi imkânsızlaşabilecek veya borçlu açısından aşırı güçlükler sebebiyet verebilecektir. Bu durumda, alıcının yenisiyle değiştirme talebinin kabul edilip edilmeyeceği ve eğer talep kabul edilirse, mahkeme hükmünün nasıl uygulanacağı hususu yenisiyle değiştirme talebinin sınırları açısından önem taşımaktadır. Tüketici hukuku bakımından tüketicinin talebi ne yönde ise mahkemenin o yönde karar vermesi gerekmektedir. Bu bahisle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.6.2005 tarihli, 4-309 E. ve 391 K. sayılı kararında 1997 model bir araca ilişkin olarak yenisiyle değiştirme talebini kabul etmiştir. Söz konusu kararda, 1997 model aracının ayıplı çıkması üzerine, davacı aracın yenisiyle değiştirilmesini, bunun sağlanamaması hâlinde ise bedelin tahsilini yani sözleşmeden dönmeyi talep etmiştir. İlk derece mahkemesi aracın yenisiyle değiştirilmesine karar vermiştir. Buna karşı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin bu kararının esastan bozulmuştur. Yargıtay dairesinin gerekçesi, aracın eski model olmasının, “0 km” yenisiyle değiştirilmesi açısından

<sup>426</sup> Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin detaylı bilgi için bkz. § 2 III F.

<sup>427</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 310.

<sup>428</sup> **Oğuzman/ Öz**, s.310; **Serozan, Borçlar**, s. 168; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s.904.

<sup>429</sup> **Atamer, Tüketici**, s. 92; **Erlüle, Fulya**, “*Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 418 (428); **Bianca, Massimo C./ Grundmann, Stefan/ Stijns, Sophie (trad. par Ludovic Bernardeau)**, La Directive Communautaire sur la Vente, Paris, 2004, s. 194.

çeşitli güçlülere sebebiyet verebilecek olmasıdır. Bu bağlamda, Yargıtay dairesince, yenisiyle değiştirme hakkının yerine getirilmesinin mümkün olmadığından hareketle, kullanma ile elde edilen menfaatlerin düşülmesi suretiyle bedel iadesine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Davacı, Yargıtay Dairesinin bozma ilamı üzerine ilk derece mahkemesinden direnme kararı verilmesini ve aracın yenisiyle değiştirilmesini istemiştir. Davalı ise, bozma kararına uyulmak suretiyle aracın kullanım bedeli düşülerek bedelinin tahsiline karar verilmesini istemiştir. Bunun üzerine, ilk derece mahkemesi tüketicinin talebinin esas alınması gerektiği gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir. Mahkeme, yenisiyle değiştirmenin güçlülere sebebiyet vermeyeceğini ve zaten malın satıcıdan elde edilmesinin mümkün olmaması hâlinde İcra ve İflas Kanunu m. 24/4 uyarınca değerinin tahsil edileceğini ifade etmiştir. Öte yandan, yine son olarak anılan kararda, belirtilen İİK hükmünün uygulanmasıyla elde edilecek araç bedelinden kullanma ile sağlanan menfaatlerin indirilmesinin de bu kapsamda gerekli olmadığı belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, verdiği kararında ilk derece mahkemesinin söz konusu direnme kararını onamıştır<sup>430</sup>.

Sonuç itibariyle, Yargıtay bu kararında 1997 model aracın “0 km” yenisiyle değiştirilmesi talebini kabul etmiştir. Ancak, burada söz konusu olan yeni araç yine 1997 model olacaktır. Kanaatimce, Yargıtay’ın bu kararı yerinde değildir. Kararın verildiği 2005 yılında, aynı aracın yani “0 km” 1997 model bir aracın bulunmasının oldukça güç, hatta imkânsız olduğu çok açıktır. Bu nedenle, karar *de facto* uygulanamayacaktır. Ancak belirtilen şekilde icra prosedürü işleyişinde hüküm karakter değiştirecek ve bu şekilde bir sonuç alınacaktır. Oysaki böyle bir

<sup>430</sup> Yargıtay HGK’nun 22.6.2005 tarihli, 4-309 E. ve 391 K. sayılı kararı uyarınca “*Sorun imalat hatalı 1997 model araçla ilgili olarak davacı yanın isteminin ne şekilde hükme bağlanması gerektiği üzerinde düğümlenmiştir. Tüketici dava dilekçesinde, malın yenisi ile değiştirilmesi olmazsa bedelinin tahsilini istemişse de sonraki celselerde sadece malın yenisi ile değiştirilmesi isteminde bulunmuştur. Mahkemece bu istem nazara alınarak, aracın "0" km. aynı nitelikte yenisi ile değiştirilmesine karar verilmiştir. Aracın modelinin eski olması, yasal seçimlik haklarından birini kullanan davacının bu isteminin karşılanmamasına neden olarak gösterilemez. Kanun ve yönetmelik tüketici tercihini ön planda tutmakta; değiştirme hakkının kullanılması durumunda bu hakkın yerine getirilmesini sınırlayan herhangi bir hüküm getirmemektedir.*” (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

durumda aracın mevcut yeni modeliyle değiştirilmesine hükmedilmesi daha yerinde bir çözüm olacaktır. Zira yenisiyle değiştirme ile sağlanmak istenen menfaat alıcının ifadan elde edeceği menfaattir. Aracın 2005 yılında yine 1997 model bir araç ile değiştirilmesine hükmetmek alıcının ifa talebinin fiilen elinden alınmasını anlamını taşıyacaktır. Bu çözümün benimsemesi hâlinde özellikle teknolojik önem taşıyan malların yargı sürecinin sonunda teslim edilmesi imkânı ortadan kalkacaktır. Örneğin neredeyse her ay modeli yenilenen cep telefonları düşünüldüğünde, bir cep telefonunun aynı model yenisiyle değiştirilmesi bir yıldan kısa bir süre içinde mümkün olmayabilecektir. Bu nedenle, kanaatimce yenisiyle değiştirme talebi açısından aynı modelin sağlanamaması durumunda yeni model ile ifa mümkün olmalıdır. Bununla birlikte, eski model ile yeni model arasındaki fiyat farkına da satıcı katlanmalıdır. Aksi hâlde, iki model arasındaki fiyat farkı alıcıya katlanmak istemeyeceği maddi yük getirmek suretiyle onu ifaya kavuşma arzusundan caydırabilecektir.

Yargıtay kararında bir diğer önem taşıyan husus ise davalının yeni aracı sağlayamaması ihtimalinde İcra ve İflas Kanununun 24. maddesi uyarınca aracın ilâmda belirtilen bedelinin tahsil edileceği ve ilâmda belirtilen bedelden kullanım nedeniyle indirimle gidilemeyeceğidir<sup>431</sup>. Kanaatimce, Yargıtay'ın bu hükmü yerindedir. Zira burada esas olarak amaçlanan alıcının ayıplı malın yenisiyle değiştirilmesi suretiyle ifa menfaatine kavuşmasıdır. Ancak, satıcının ayıplı malın yenisini sağlayamaması ihtimalinde bir ifa imkânsızlığı söz konusu olacak ve İcra ve İflas Kanununun 24. maddesi uyarınca aracın ilâmda belirtilen bedel tahsil edilmek suretiyle alıcının ifa menfaatinin telafi edilecektir<sup>432</sup>.

Ayıba karşı tekeffül hâlinde alıcının elindeki diğer bir imkân bedel indirimidir. Bu imkânın kullanılması hâlinde artık bir aynen ifa talebi söz konusu

<sup>431</sup> Her ne kadar, tüketicinin sözleşmeden dönme imkânından yararlanması hâlinde kullanım bedelinin indirileceği düzenlenmiş olmasa da, İcra ve İflas Kanununun 24. maddesi uyarınca bedel tahsili açısından böyle bir düzenleme öngörülmemiştir.

<sup>432</sup> Detaylı bilgi için bkz. § 2 II B 1.

değildir. Zira alıcı ifaya olan çıkarına kavuşmamakta, sadece vermiş olduğu bedelin bir kısmını geri alma ya da satıcıya daha az bedel ödeme olanağına kavuşmaktadır. Bedel indirimi yenilik doğurucu etkiyi haizdir<sup>433</sup>. Buna göre, bu hak bir kez kullanılmakla sonuçlarını doğuracaktır. Bu anlamda bu hakkın kullanılmasıyla birlikte diğer seçimlik hakların kullanılması artık mümkün olmayacaktır.

Alıcının sahip olduğu son seçimlik imkân, sözleşmeden dönmedir<sup>434</sup>. Bu imkân, alıcının mala ilişkin menfaatinin bulunmadığı durumlarda kullanılacaktır. Sözleşmeden dönme de bedel indirimi gibi yenilik doğurucu etkiyi haizdir. Bu anlamda, karşı tarafa varmasıyla beraber sonuçlarını geriye döndürülemez şekilde doğuracaktır. Dolayısıyla, alıcının sözleşmeden dönme yolunu tercih etmesi hâlinde de artık aynen ifa taleplerine yer kalmayacağı açıktır.<sup>435</sup>

CISG m. 46 uyarınca ayıplı mal teslimi hâlinde alıcı ayıplı malların yerine yenilerini talep etme ve ayıbın giderilmesini isteme imkânlarına sahiptir. 46.

<sup>433</sup> Serozan, Borçlar Özel, s. 152.

<sup>434</sup> Sözleşmeden dönme imkânının kullanılmasının sonuçları öğretide tartışmalıdır. Öğretide bu konuda üç farklı teori bulunmaktadır. *Klâsik dönme teorisini* savunan yazarlara göre, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kalkar ve baştan itibaren hükümsüzdür (**Buz, Vedat**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 140; **Feyzioğlu, c. II**, s. 415; **Oğuzman/Öz**, s. 412; **Tandoğan, Mesuliyet**, s. 504; **Tunçomağ, c. I**, s. 951). Buna karşı *yasal borç ilişkisi teorisini* savunan yazarlara göre, dönme sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmakla birlikte sözleşme kurulduğu andan itibaren hükümsüzleşmez. Buna göre, taraflar arasında BK m. 108'de dayanağını bulan tasfiyeye yönelik bir borç ilişkisi devam eder (Bu görüşte, **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s.967; **Oğuzman/Öz**, s. 414 ve orada dipnot 648'de anılan **Becker**, Art. 109, N.4; **Simonius, A.**, Über der Ersatz des "aus Dahinfallen des Vertrages" Erwashsenen Schadens, ZSR 37, s. 225) *Yeni dönme teorisini* savunan yazarlar ise sözleşmeden dönmenin değiştirici yenilik doğuran bir etkiye sahip olduğu ileri sürmektedirler (**Seliçi, Özer**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 209; **Serozan, Dönme**, s. 73). Bu doğrultuda, dönme sözleşme ilişkisinin geçerliliğini etkilenmeksizin bir tasfiye ilişkisine dönüşüreceklerdir. Bu tartışmanın pratik önemi, dönme halinde, önceden verilenleri iadesi talebinin sözleşmesel bir talep mi sayılacağı, yoksa sebepsiz zenginleşme hükümlerine mi dayanacağına ilişkindir.

<sup>435</sup> Fransız Medeni Kanununun 1648. maddesi uyarınca satım sözleşmesinde ayıba karşı hâlinde alıcının elinde bedel indirimi ve sözleşmeden dönme seçimlik imkânları bulunmaktadır. Bununla birlikte, İsviçre-Türk hukukunun aksine Fransız hukukunda çeşidi ile belirtilmiş mal satımında malın ayıpsız misliye değiştirilmesi düzenlenmemiştir. Aynı şekilde, malın onarılmasına ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir.

maddede yer alan tüm bu imkânlar aslen aynen ifa talebinin birer görünümünden ibarettir. CISG m. 46/II uyarınca alıcının ayıplı malların yerine yenilerini talep edebilmesi için yukarıda da belirttiğimiz üzere öncelikle sözleşmeye esaslı aykırılık<sup>436</sup> olması gerekmektedir. Ayrıca, alıcının bu imkânını ayıp ihbarında bulunduğu sırada veya bu ihbardan itibaren makul bir süre içinde kullanması gerekmektedir. Aynı şekilde, CISG m. 46/III uyarınca alıcının maldaki ayıbın giderilmesini talep etme imkânını da ayıp ihbarında bulunduğu sırada veya bu ihbardan itibaren makul bir süre içinde kullanması gerekmektedir. Ayrıca, alıcının maldaki ayıbın giderilmesi yönündeki talebi durum ve şartların gereklerine göre makul olmalıdır.

Buna karşılık, CISG m. 48 İsviçre – Türk hukuklarında bulunmayan bir imkânı satıcıya tanımış ve satıcının, makul olmayan bir gecikmeye neden olmaması veya büyük bir sakınca yaratmaması ve masrafların ödenmesi konusunda bir güvensizlik yaratmaması şartıyla ayıbı giderme hakkı bulunduğunu ifade etmiştir. Ancak satıcının malı onarmayı teklif etmesi alıcının tazminat talep etme hakkına engel olmayacaktır.

#### **d) Zapta Karşı Tekeffülde Aynen İfa Talebi**

Zapta karşı tekeffül hâlinde alıcının sahip olduğu haklar zaptın tam veya kısmi olmasına göre değişmektedir. Borçlar Kanununun 192. maddesi uyarınca satılanın tamamen zapt edilmesi hâlinde sözleşme kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Buna göre, satılanın tamamen zaptı hâlinde sözleşme kendiliğinden ortadan kalktığı için alacaklının yenilik doğuran bir irade beyanıyla bir seçim hakkı söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, alıcının sözleşmeyi sona erdirmek yerine aynı cins malın teslimini veya müspet zararının tazminini talep etme hakkı bulunmamaktadır<sup>437</sup>. Bu hâlde alıcının sahip olduğu haklar, ödediği bedeli faizi ile

<sup>436</sup> Bu noktada BK m. 194 hükmün de benzer bir düzenleme ile satıcının sorumluluğu kapsamındaki ayıbın satılanın değerini veya alıcının ondan beklediği menfaati kaldıran veya önemli ölçüde azaltan nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir.

<sup>437</sup> Aral, s. 107; Tandoğan, c.I/I, s. 159.

geri istemek<sup>438</sup> ve sözleşmenin ortadan kalmış olması nedeniyle uğradığı menfi zararını talep etmekten ibarettir. Görüldüğü üzere tam zapt hâlinde işin doğası gereği bir aynen ifa talebine yer bulunmamaktadır

Kısmi zapt ise, Borçlar Kanununun 193. maddesinde düzenlenmiş olup, bu durumda sözleşmeden dönülmesi istisnai olarak kabul edilmiştir. Kural olarak, alıcı ancak kısmi zapt nedeniyle uğradığı müspet zararın tazminini talep edebilir<sup>439</sup>. Ancak, üçüncü kişinin hakkını bilseydi alıcının malı satın almayacağı anlaşılabilirse, alıcı Kanunun ifadesi ile sözleşmenin “feshini dava edebilecektir”.<sup>440</sup> Bu durumda, alıcının hakları tam zapt hâlindeki ile aynı olacaktır<sup>441</sup>.

Öte yandan, Tandoğan’a göre<sup>442</sup> satım konusu malın misli eşya olması hâlinde Borçlar Kanununun 203. maddesini kıyasen uygulamak suretiyle satıcıya eşyanın zapt edilen kısmı, tamamlamak suretiyle sorumluluktan kurtulma hakkı tanınmalıdır. Bu durumun görünüm değiştirmiş bir aynen ifa talebi olduğunu söylemek mümkündür.

<sup>438</sup> Yargıtay bir kararında, bedelini iadesi talebinin sebepsiz zenginleşmeden değil, sözleşmeden kaynaklandığını kabul etmiştir. Yargıtay 13. HD. 6.4.1995 tarih, 3569 E: ve 3453 K. sayılı kararı: “*Akit kendiliğinden ortadan kalkar, herhangi bir fesih beyanına gerek yoktur. Bu durumda alıcı, akit hüküm ifade etmemesinden doğan bütün haklara sahip olur. Somut olayın özelliği de gözden kaçırılmadığında, davacı alacağının, ödemiş bulunduğu semeni faiziyle birlikte verilmesini talep etmesi davalı satıcının sözleşme ilişkisinden kaynaklanan geri verme borcuna dayanmaktadır. Gerçekte de, satılanın tamamen zaptı ile sözleşme ortadan kalksa bile ondan doğan borç ilişkisinin bazı sonuçlarının bu ortadan kalkma hâlinde dahi kendini gösterebilir.*” (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

<sup>439</sup> **Tandoğan, c.I/I**, s. 162.

<sup>440</sup> Bu ifadenin “sözleşmeden dönebilir” olarak anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca Kanunda geçen ifadenin aksine, alıcının bu hakkını kullanmak için bir dava açmasına da gerek bulunmamaktadır (**Zevkliler/ Havutçu**, s.127).

<sup>441</sup> Diğer bir ifade ile alıcı bu durumda ödediği bedeli faizi ile geri isteyebilecek ve sözleşmenin ortadan kalmış olması nedeniyle uğradığı menfi zararını talep edebilecektir. Bu talepler Borçlar Kanununun 192. maddesinde 4 bent hâlinde sayılmış durumdadır.

<sup>442</sup> **Tandoğan, c.I/I**, s. 162.

Kanaatimce, zapta karşı tekeffül hâlinde satıcıya böyle bir olanak tanınması uygun olacak ise de, bu görüşün tam zapt hâlinde uygulanması mümkün değildir. Zira Borçlar Kanununun 192. maddesi uyarınca satılanın tamamen zapt olunması hâlinde sözleşme kendiliğinden ortadan kalkmakta ve alacaklıya bir seçim imkânı tanınmamaktadır. Borçlar Kanunumuzun bu düzenlemesi isabetli olmamıştır. Gerek tam gerek kısmen zapt hâlinde mümkün olduğu sürece, alıcının ifa menfaatine kavuşmasına olanak verecek bir aynen ifa talebi tanımak ve zapt edilen kısmın tamamlanmasını isteme yetkisini vermek daha isabetli olurdu.

#### e) Hasarın Geçmesi

Hasar, satım konusu malın, tarafların sorumlu olmadığı nedenler sonucunda yok olması veya zarar görmesidir. Borçlar Kanununun 117. maddesi uyarınca hasar satılan malın ifasının tamamen veya kısmen imkânsızlaşmasına neden olursa borç sona erecektir.<sup>443</sup> Ancak bu durumda borçlu da karşı edimi talep etme hakkını kaybedecektir (BK m.117/ 2). Böylece hukukumuzda edim hasarına alacaklı katlanacak, karşı edim hasarı ise borçlunun üzerinde olacaktır. Ancak kanun koyucu satım sözleşmesinde bu kuraldan ayrılmış ve Borçlar Kanununun 183. maddesinde parça satımlarında halin icabından veya özel şartlardan doğan istisnalar dışında, hasarın sözleşmenin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçeceğini öngörmüştür. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulması anıyla ifası arasındaki zaman diliminde satılanın hasara uğraması hâlinde satıcı karşı edimi, yani semeni alıcıdan talep edebilecektir. Alıcının henüz malik olmadığı, hatta zilyetliğin dahi henüz satıcı da olduğu düşünüldüğünde bu çözümün çok da adil olmadığı açıktır.

Benzer bir düzenleme Fransız hukukunda da mevcuttur. Fransız hukukunda, Roma hukukunun *res perit domino* ilkesi esas alınmıştır. Buna göre, Fransız Medeni Kanununun 1138. maddesi uyarınca sözleşmenin yapılmasından itibaren

---

<sup>443</sup> Bkz. § 2 III E 1.



mülkiyetle birlikte yarar ve hasar da alıcıya geçer<sup>444</sup>. Böylece Fransız Medeni Kanunu uyarınca semen hasarı sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya geçmektedir. Fransız hukukunda hasarın geçmesine ilişkin yapılan bu düzenleme *common law* sisteminde kabul edilen kurala benzemektedir<sup>445 446</sup>.

Ancak Fransız sisteminin Türk ve İsviçre sistemleri gibi adaletsiz olduğu sonucuna ulaşmak aynı derecede kolaylıkla mümkün değildir. Zira Fransız hukuku uyarınca, sözleşmenin kurulması ile sadece semen hasarı değil, malın mülkiyeti de geçmektedir<sup>447</sup>. Böylece, sözleşmenin kurulmasıyla malik olan alıcı satılanın kendisine teslim edilmesine ilişkin olarak bir aynı talep ileri sürme hakkına sahip olabilmektedir. Belirtmek gerekir ki, hasarın geçmesi anı ile mülkiyetin geçişi arasında doğal bir bağlantının bulunması gerektiğini söylemek doğru olmayacaktır<sup>448</sup>. Ancak yine de malın malikinin onun zarar görmesi rizikosuna katlanması da şüphesiz tercih edilebilecek olan bir yöntemdir.

Alman hukukunda ise, Roma hukuku ve Ortak hukukta benimsenmiş olan *periculum est emptoris* ilkesi benimsenmiştir. Buna göre, hasar malın alıcıya

<sup>444</sup> **Altay, Sabah**; Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul, 2008, s. 100; **Atamer, Yeşim M.**, “Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikal Anı”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 131 (136); **Çakırca, İrem**, “Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi”, İÜHFM, İstanbul, c.65, s.1, 2007, s. 177 (185); **Tandoğan, c. I/I**, 109; **Yavuz, Borçlar Özel**, s. 54.

<sup>445</sup> 1979 tarihli İngiliz Mal Satımlarına İlişkin Kanunun (Sale of Goods Act) 20. bölümünde sözleşmenin yapılmasından itibaren mülkiyetle birlikte yarar ve hasarın geçeceği düzenlenmiştir. Öte yandan, Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu (“The Uniform Commercial Code”) § 2-509’da malların alıcı veya eğer varsa taşıyan tarafından teslim alınmasına dayanan bir kuralı da seçenek olarak getirmektedir.

<sup>446</sup> Fransız Medeni Kanunu çeşidi ile belirtilmiş mal satımlarında hasarın geçişine ilişkin özel bir düzenleme getirmemiştir. Bununla birlikte, 1585. madde uyarınca sınırlı çeşit satımında mülkiyet ve hasarın, nesnenin çeşidin içinden seçilerek tartılması, ölçülmesi veya sayılmasıyla alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Bu hüküm ile 1538. madde birlikte değerlendirildiğinde çeşidi ile belirtilmiş mal satımları açısından hasarın geçişi için malın ayrılması gerektiği düşünülebilir. Bugün Fransız hukukunda kabul edilen görüş, çeşidi ile belirtilmiş mal satımları açısından mülkiyetin ve hasarın geçişinin malın ferdileşmesine bağlı olduğu yönündedir.

<sup>447</sup> Fransız Medeni Kanununun 1583. maddesi uyarınca tarafların satım konusu ve bedel üzerinde anlaşmaları üzerine, teslimin gerçekleşmesi veya bedelin ödenmesi beklenmeden mülkiyet hakkı derhal alıcıya geçecektir.

<sup>448</sup> Bu doğrultuda bkz. **Atamer, Hasar**, s.137, dn. 22. Özellikle mesafe satımında hasarın intikali ve mülkiyetin geçişi anı arasında bir farklılaşma doğmaktadır.

teslimi ile birlikte alıcıya geçmektedir (BGB § 446 – 447). Bu düzenlemenin temelinde malı fiili hâkimiyetinde bulunduran kişinin, söz konusu malı daha iyi koruyabileceği düşüncesi bulunmaktadır<sup>449</sup>. Esasen satıma konu olan eşyanın alıcıya teslim edilmesinden itibaren söz konusu eşyadan yaralanmaya başlayan alıcının, buna mukabil olarak eşyanın zarara uğraması hâlinde buna katlanmak zorunda olması da doğaldır<sup>450</sup>. Böylece Fransız hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da mülkiyetin geçişi ile hasarın geçişi aynı anda gerçekleşmiş olmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu ve dolayısıyla Türk Borçlar Kanununda mülkiyetin geçmesi ve hasarın intikali anı için farklı kriterlerin kabul edilmiş olması esasında tarihi sebeplerden kaynaklanmaktadır<sup>451</sup>. Bugün bu düzenleme hemen herkes tarafından eleştirilmekte ve değiştirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 207. maddesinde de, hasarın geçişi Alman hukukunda olduğu gibi zilyetliğin devri anına kaydırılmış durumdadır.

Bununla birlikte, Borçlar Kanununun 183. maddesinin 2. fıkrası uyarınca çeşit satımında hasarın alıcıya geçmesi için satılanın ayırt edilmiş olması gerektir. Bu şekilde bir ayırmadan bahsedebilmek için, malın tartılmış, sayılmış, ölçülmüş, paketlenmiş veya benzeri bir şekilde alıcıya tahsis edilmiş olması gerekir<sup>452</sup>. Benzer bir düzenleme Fransız hukukunda da kabul edilmiş durumdadır. Buna göre çeşit satımlarında satılanın mülkiyeti ve dolayısıyla hasar çeşidinin sözleşmenin yerine getirilmesi için ayırt edildiği anda alıcıya geçecektir<sup>453</sup>.

---

<sup>449</sup> **Altay**, s. 111.

<sup>450</sup> **Çakıca**, s. 184.

<sup>451</sup> İsviçre'deki bu düzenlemenin temelinde Alman ve Fransız kantonların yaklaşım farklılıklarının yarattığı sorunları çözmek ve ortalama bir yol bulmak düşüncesi yer almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Akıntürk, Turgut**, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s.73 vd.; **Atamer, Hasar**, s. 138.

<sup>452</sup> **Atamer, Hasar**, s.139, 140.

<sup>453</sup> **Çakırca**, s. 185.

Ancak öğretilerde tüm bir çeşidin istisnai olarak tamamıyla yok olması veya o çeşidin ithalatının yasaklanması hâlinde de edim hasarının alıcıya geçmesi gerektiği savunulmuştur<sup>454</sup>. Kanaatimce bir çeşidin tamamının yasaklanmasını bir hukuki imkânsızlık olarak nitelendirmek daha isabetli olacaktır. Hukuki imkânsızlık hallerinde ise satım sözleşmesinin hasara ilişkin hükümleri değil, Borçlar Kanununun imkânsızlığa ilişkin 117. maddesi uygulama alanı bulacaktır<sup>455</sup>. Bu durumda da bu gibi hallerde genel kural uyarınca edim hasarının satıcıda olduğu sonucuna ulaşılması gerekecektir. Bu görüş, Borçlar Kanununun adaletsiz olduğu genel olarak kabul edilen 183. maddesinin olabildiğince sınırlı uygulanması gerektiği yönündeki genel eğilime de daha uygundur.

Sınırlı çeşit borçlarında ise tüm çeşidin hasara uğraması hâlinde artık ayırma yapılmamış olsa bile edim hasarına alıcının katlanacaktır. Buna karşılık mesafe satımlarında, hasarın alıcıya geçmesi için satıcının gönderme amacıyla eşyayı elinden çıkarmış ve kendi adamı olmayan taşıyıcıya<sup>456</sup> teslim etmiş olması gerekmektedir. Bu andan itibaren söz konusu eşyanın telef olması durumunda satıcının bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Uluslararası Satım Sözleşmeleri'ne İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması hasarın intikal anına ilişkin sorunların çözümünde teslim kavramını veya mülkiyetin geçişini esas almak yönündeki yaklaşımı benimsememiş, bunun yerine 67. vd maddelerde farklı olasılıkları dikkate alan daha esnek bir çözüm yolu kabul etmeyi tercih etmiştir<sup>457</sup>. Anlaşma, gönderme borcu doğuran satım sözleşmelerini,

<sup>454</sup> **Atamer, Hasar**, s.140,141.

<sup>455</sup> **Oğuzman/ Öz**, s.447.

<sup>456</sup> Taşıyıcının kim olduğu konusunda Kanunda bir açıklık yok ise de, öğretilerde hâkim görüş taşıyıcının satıcıdan bağımsız bir olması gerektiği yönündedir (**Akıntürk**, s.140; **Atamer, Hasar**, s.141, 142).

<sup>457</sup> **Atamer, CISG**, s.263, 264. *Yetiş-Şamlı* ise CISG sisteminde kural olarak hasarın teslim ile birlikte geçeceğini, buna karşılık, istisnai olarak düzenlenmiş CISG m. 68/2 uyarınca hasarın teslimden önce ve CISG m. 69/3 uyarınca hasarın teslimden sonra geçeceğini savunmaktadır. **Yetiş-Şamlı, Kübra**, "Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali", İÜHFİM, İstanbul, c. 65, s.1, 2007, 303 (323). CISG'ın bu düzenlemesi, hasarın geçişine ilişkin farklı

nakil hâlinde bulunan malların satımını ve aranılacak veya götürülecek borç doğuran satım sözleşmelerini ayrı hükümlerle düzenlemiş durumdadır. Gönderme borcu doğuran sözleşmelerde hasarın intikali malın ilk taşıyıcıya teslimi anı (CISG m.67/I)<sup>458</sup>, alıcının malı satıcının ikametgâhı dışında bir yerde teslim alması gereken hallerde, borcun muaccel olması ve alıcının malı hazır bulundurulduğundan haberdar edilmesi anıdır (CISG m.69/I). Aranılacak borçlarda ise hasar alıcının malı teslim alması ile geçer (CISG m.69/II). Son bir ihtimal ise nakil hâlinde bulunan malların satımıdır<sup>459</sup>. Bu durumda hasar ikinci satımın yapılması ile birlikte alıcıya geçecektir (CISG m.68).

Öte yandan, hasarın geçmesinden önce malın telef olması veya zarar görmesi, kural olarak satıcının sözleşmeye aykırı bir davranışı sayılacağından alıcının başta sözleşmeden dönme olmak üzere seçimlik haklarını kullanması mümkündür. Bunun yanı sıra, çeşit borcunda<sup>460</sup> sözleşmeden dönmenin yanı sıra yenisi ile değiştirilme, onarım, bedel indirimi haklarını da kullanması mümkündür. Parça borcu açısından ise malın tamamen telef olması hâlinde aynen ifa talep edilmesi mümkün olmayacağından sadece sözleşmeden dönme imkânının kullanılması söz konusu olacaktır. Öte yandan, parça borcu konusu bir malın zarar görmesi hâlinde alıcının onarım hakkını kullanması mümkün olacaktır. Ayrıca, bu haklarla birlikte tazminat talep edebilmesi için kusur aranmaktadır.

## 2. Kira Sözleşmesi

Kira sözleşmelerinde aynen ifa talebi açısından özellik taşıyan ilk husus kiralayanın malı teslim borcudur. Borçlar Kanununun 249. maddesinin 1. fıkrası

---

seçenekler getiren Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu (“The Uniform Commercial Code”) § 2-509 kuralına benzemektedir.

<sup>458</sup> Buna karşılık CISG m.67/II uyarınca, gönderilecek mal bir çeşit borcu ise ve taşıyıcıya teslimi rağmen henüz ayırma işlemi gerçekleşmemiş ise, hasar ayırmanın yapılması ile birlikte alıcıya geçecektir.

<sup>459</sup> Bu ihtimalde henüz nakil hâlinde olan bir mal ikinci bir satıcıya satılmaktadır. Diğer bir ifade ile malın henüz varna noktasına ulaşmada zincirleme olarak satılmasıdır (**Atamer, Hasar**, s.158).

<sup>460</sup> Bu noktada, çeşit borcu konusu malın ayrılmış olması önem taşımamaktadır.

uyarınca kiralayan kiralananı sözleşmenin amacına uygun olarak kullanmaya elverişli bir hâlde kiracıya teslim etmek zorundadır<sup>461</sup>. Böylece kiralayanın sözleşmenin kendisine yüklediği teslim borcunu yerine getirmiş sayılabilmesi için malın teslimi başlı başına yeterli olmayıp ayrıca kiralananın kira sözleşmesinde öngörülen kullanmaya elverişli bir durumda teslim edilmiş olması da gerekmektedir. Aksi hâlde kiralayan, borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılmayacaktır. Böylece, kira sözleşmesinin başlangıcında kiralananın bütün onarımlarının kiralayan tarafından yapılması gerektiği hükme bağlanmış olmaktadır.

Borçlar Kanununun 249. maddesinin 2. fıkrası kiralananı sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişli olmayan şekilde teslim eden kiralayanın sorumluluğunu düzenlemiş ve bu durumda kiracıya sözleşmeden dönme veya ücretin indirilmesini isteme hakkı vermiştir. Yukarıda satıma ilişkin açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere<sup>462</sup>, her iki talep de aynen ifa talebinin bir istisnasını teşkil etmektedir.

Kiralanandaki ayıbın giderilmesini talep hakkı ise Borçlar Kanununun 251. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hüküm, kiralanda sözleşmenin kurulması esnasında mevcut olan ayıplar için de uygulanacaktır. Kiracı, ayıbın giderilmesi için kiralayana uygun bir süre vermelidir. Kiralayan, verilen süre içerisinde gerekli onarımı yaptırmazsa; kiracı, ayrıca hâkimin iznini almaya gerek olmaksızın kiralayan hesabına “ufak tefek ayıpların” gerekli onarımını yaptırabilir (BK m. 251/2). Bu hükmün amacı, “ufak tefek ayıpların” giderilmesi için yapılacak onarımın önemiyle orantılı olmayan, masraf ve zaman gerektiren mahkemeye başvurma yolundan kiracıyı kurtarmaktır.

---

<sup>461</sup> Kiralayanın teslim borcunun kapsamına, kiracının, taşınmaz kiralarda çamaşırhane, kurutma yeri, asansör, bahçe gibi ortaklaşa kullanılacak yerlerden ve araçlardan yararlanmasını sağlama, kiracıya bu yerlere girmesini sağlayacak anahtarları verme, kiracının misafirlerinin veya müşterilerinin kiralanan yere girmesine engel olmama gibi hususlar da dâhildir.

<sup>462</sup> Bkz. § 2 II E 1.

Bu hükümler konumuz bakımından iki açıdan ilginç özellikler taşımaktadır. İlk olarak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kiralananın onarımını talep hakkı bir aynen ifa talebi niteliği taşımaktadır. Ancak 251. maddenin ikinci fıkrası satım sözleşmelerindeki ayıp hükümlerinden bir adım ileri gitmekte ve kiracının kiralayan hesabına onarımlar yapabilmesine olanak tanımaktadır.

Bu düzenleme Borçlar Kanununun 97. maddesinin özel bir görünümü niteliğindedir<sup>463</sup>. Ancak bilindiği üzere 97. madde yapma ve yapmama borçlarına ilişkin bir hükümdür. Oysa kiralananın teslim borcu bir verme borcu niteliğindedir. Bu hâlde bu iki hükmün nasıl bağdaşacağı sorusunun cevaplanması gerekecektir. Kanaatimce, kiralayanın verme borcu niteliğindeki kiralananı ayıpsız olarak teslim etme borcunu gereği gibi ifa etmemesi üzerine, kiracı bir aynen ifa talebinde bulunmakta ve malın onarılmasını talep etmektir. Ancak kiracının bu aynen ifa talebi ile birlikte kiralayanın verme borcu da bir yapma borcuna dönüşmektedir.

Borçlar Kanununun 251. maddesinin 2. fıkrası kapsamına girmeyen bir onarım söz konusu ise, kiracının, kiralayan hesabına onarımlar yapabilmesi için 97. maddenin 1.fıkrası uyarınca hâkimin iznini alması gerekir. Ancak istisnai olarak kiralayanın, bulunamamasından veya herhangi bir diğer sebepten dolayı zamanında haberdar edilmesine olanak bulunmuyorsa ya da kiralayanın söz konusu mala faydalı olarak müdahale etmesi mümkün değilse, kiracı, söz konusu ayıpların giderilmesi için gerekli onarımları tam vekâletsiz iş gören sıfatıyla yapabilmelidir<sup>464</sup>. Bu durumda kiracının hakları ve borçları vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümlere göre belirlenecektir.

<sup>463</sup> BK m. 97 hakkındaki açıklamalarımız için Bkz. § 2 II C 1.

<sup>464</sup> **Yavuz, Borçlar Özel**, s. 288.

Borçlar Kanununun 250. maddesi uyarınca<sup>465</sup> kiralayanın bir diğer borcu sözleşmenin devam ettiği müddetçe kiralananı sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişli bir hâlde bulundurmaktır<sup>466</sup>. Kiralayanın, sözleşme süresince kiralananı sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü sadece kiralananın maddi nitelikleriyle ilgili bir husus değildir. Kiralanandaki maddi eksiklik ve bozukluklar yanında kiracının haksız bir surette rahatsız edilmesi şeklinde ortaya çıkan haller de kiralayanın ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluğuna yol açabilir<sup>467</sup>. Özellikle kiralayanın veya yakınlarının kiracıyı rahatsız etmesi, kiracı kadına sarkıntılıkta bulunması, kiracı tacirin itibarını lekelemesi ve kiralanan iş yerine bu sebeple kimsenin uğramaması, kiralayanın gece sarhoş eve gelip kiracıları ile kavga çıkarması gibi hususlar, kiracının kiralananı kullanmasını ihlal eden hareketlerdir<sup>468</sup>. Bunun gibi kiralanda maddi bir değişikliğin gerçekleşmediği durumlarda da kiralayanın sorumluluğu yoluna gidilebilir. Kiralayanın bu borcunu yerine getirmemesi de ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Böylece kiralayanın ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulmasını gerektiren durumlar<sup>469</sup>, kiralananın sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişli durumda

<sup>465</sup> Borçlar Kanununun 250. maddesine göre, "Kiralanan, kira müddeti zarfında kiracının bir kusuru olmaksızın akitten maksut olunan kullanılmak mümkün olamayacak veya ehemmiyetli surette az alacak bir hale düştüğü takdirde, kiracı, ücretten bir miktarın tenzilini talep edebileceği gibi; ayıp münasip bir müddet zarfında bertaraf edilmezse; akdi dahi feshedebilir" (f. 1). "Kiralayan, kendisinin bir kusuru olmadığını ispat edemez ise tazminat ile mükellef olur" (f. 2).

<sup>466</sup> Kira sözleşmesi, kiralayanın bu borcu dolayısıyla sürekli edimler içeren bir sözleşme niteliği taşımaktadır.

<sup>467</sup> Kiralanandaki ayıbın bu nitelikte olup olmadığı, sözleşmeye göre kiralananın tahsis yönü, mahalli örf, kiralayanın tek taraflı olarak temin ettiği nitelikler göz önünde tutularak tespit olunmalıdır.

<sup>468</sup> **Yavuz, Borçlar Özel**, s. 283, **Feyzioğlu, , c.II**, s. 522.

<sup>469</sup> Tandoğan'a göre, Borçlar Kanunu, kiraya ilişkin olarak, satım sözleşmesinden farklı olarak, kiracının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını muayene ve ihbar yükümlülüklerinin yerine getirilmesi şartına bağlayan açık bir hüküm taşımamaktadır. Bu fark, kiranın sürekli bir sözleşme olması ile açıklanabilecektir. Zira kiracı sözleşme süresi boyunca ortaya çıkan ayıpları ileri sürebilmelidir. Öte yandan, ayıp meydana çıkınca, kiracı sözleşmenin sonuna kadar bekleyip, ayıp nedeniyle tazminat isteyememelidir. Bu nedenle, kirada satımtaki gibi kesin bir muayene külfeti bulunmamakla beraber vaktinde ihbarda bulunmamak ayıba karşı tekeffülden feragat anlamına geldiğinden, ihbar külfetinin varlığını kabul etmek gerekmektedir.

teslim edilmemesi ve kiralananın sözleşme süresincesince sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişli şekilde bulundurma borcunun ihlal edilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>470</sup>.

Borçlar Kanununun 249. maddesinin 3. fıkrası uyarınca<sup>471</sup> kiralayan, kiracının sözleşmenin yapılması esnasında bildiği ya da bilebilecek durumda

---

Kaldı ki, vaktinde ihbarda bulunmak ve durumu tespit ettirmek kiracının kiralananı aldığı durumda iade ve bu husustaki ispat yükümlülüğü bakımından da önem taşımaktadır. Bununla birlikte, ihbar külfetini yerine getirmemek, satımda alıcı için sadece tekeffülden doğan hakların ileri sürülmemesi sonucunu doğurduğu halde, kiracı için aynı zamanda kiralananın vaktinde tamir edilememesi yüzünden kiralayanın uğradığı zararı tazmin yükümlülüğünü de ortaya çıkacaktır (**Tandoğan, Haluk**, II. Kitap: Borçlar Hukuku –Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/2, Ankara 1992, s.111 vd.).

<sup>470</sup> Borçlar Kanunu Tasarısında da kiraya verenin kiralananı teslim anındaki ayıplarından sorumluluk ile kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesinden kaynaklanan sorumluluk ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kiraya verenin kiralananı teslim anındaki ayıplarından sorumluluğunu Borçlar Kanunu Tasarısının 303. maddesinde; kiraya verenin kiralananın teslim anındaki ayıplarından sorumluluğu düzenlemektedir. Buna göre, kiralananın teslim anındaki ayıpları bakımından önemli-önemli olmayan ayıp ayrımı yapılarak önemli ayıplar bakımından kiraya verenin borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabileceği düzenlenmiştir. Kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesinden kaynaklanan sorumluluk ise Borçlar Kanunu Tasarısının 304. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kiralananın sonradan yani kiracının egemenlik alanında bulunduğu sırada, kendisine yüklenemeyen bir sebeple ayıplı hale gelmesi durumunda, kiracıya ayıpların giderilmesini, kira bedelinde indirim talep edilmesini veya zararın giderilmesini talep imkânları tanınmıştır. Ayıbın önemli olması hâlinde, söz konusu seçimlik imkânlar ek olarak kiracının sözleşmeyi feshetme hakkı da tanınmıştır. Buna göre, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi hâlinde kiracıya ayıpların giderilmesini talep ve fesih hakkı, kira bedelinin indirilmesi ve ayıptan doğan zararın karşılanmasını talep etme hakları tanınmıştır. Borçlar Kanunu Tasarısının 305. maddesi kiracının ayıbın giderilmesini talep etme hakkını düzenlemektedir. Buna göre, kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesi hâlinde, kiracı ayıbın giderilmesini talep etme hakkına sahiptir. Ancak bu hakkı kullanmak isteyen kiracının öncelikle kiraya verene uygun bir süre vermesi gerekmektedir. Bu süre içerisinde, ayıplar giderilmezse, kiracının mahkeme ilâmına gerek olmaksızın söz konusu ayıpları masrafları kiraya verene ait olmak üzere tamir ettirme ve bundan doğan alacağını kira bedelinden indirme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca, bu madde uyarınca kiracının kiralananındaki ayıbın giderilmesini talep etmek yerine onun ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini talep etme hakkı da mevcuttur. Kiraya veren, kiracıya kira konusu malın ayıpsız bir benzerini derhâl vererek, onun diğer seçimlik haklarını kullanmasını engellemesi de mümkündür. " Tasarının 306. ve 307. maddeleri, kira bedelinin indirilmesi ve ayıptan doğan zararın giderilmesine ilişkindir. Tasarının 306. maddesine göre; kiralananın kullanımını etkileyen ayıpların bulunması hâlinde, kiracı bu ayıpların kiraya veren tarafından öğrenilmesinden ayıbın giderilmesine kadar geçen süre için kira bedelinin ayıp oranında indirilmesini talep edebilir. Tasarının 307. maddesi uyarınca ise kiraya veren, kuruşu olmadığını ispat etmediği sürece, kiracının kiraya verenden, kiralananın ayıplı olmasından doğan zararlarının giderilmesini talep edebilecektir.

<sup>471</sup> Buna göre, "Eğer ayıp, kiracının yahut kendisiyle birlikte yaşayan kimselerin yahut işçilerin sıhhati için ciddi bir tehlike teşkil etmekte ise, kiralayan, bu tehlikeye akdi yaparken vakıf olmuş veya fesih hakkından feragat etmiş olsa bile yine kirayı feshedebilir." Aynı düzenleme, Borçlar Kanunu Tasarısının 300. maddesinde de ele alınmıştır.



olduğu ayıplar bakımından sorumlu değildir. Böylece kiralayanın, sağlık için tehlikeli ayıplar dışında sadece gizli ayıplar dolayısıyla kiracıya karşı sorumlu olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

Kiralayanın, kiralanana, sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişli durumda teslim etmemesi sebebiyle olan ayıba karşı tekeffül borcu sözleşme ile sınırlanabilir veya kaldırılabilir. Ancak ayıbın hile ile gizlendiği durumlarda böyle bir sözleşme geçerli olmaz. Aynı hüküm uyarınca sağlık için tehlikeli olan ayıplarda da kiracının, sözleşmeden dönme hakkından önceden feragat etmesi mümkün değildir.

### 3. Karz Sözleşmesi

Karz sözleşmesinde ödünç alanın borçları, faizsiz karz sözleşmelerinde ödünç konusunu teslim alma ve ödünç konusunu mislen geri verme borcu, faizli karz sözleşmelerinde ise ödünç konusunu mislen geri verme borcu, faiz ödeme borcu ile sözleşme giderlerini ödeme borcu olarak sayılabilir. Böylece ödünç alan, ödünç konusunu aynı nitelik ve miktarda geri vermekle yükümlüdür<sup>472</sup>. Ancak Borçlar Kanununun 311. maddesine göre ödünç alan, ödünç konusu olarak kararlaştırılan para yerine kıymetli evrak veya emtia teslim almışsa; ödünç alanın ödünç konusunu geri verme borcunun miktarı, teslim zamanında ve yerinde, söz konusu belge veya eşyaya sahip oldukları borsa rayici veya cari bedeldir. Bunun aksine sözleşme geçersizdir. Böylece ödünç alanların sömürülmesine ve ödünç verenin haksız kazançlar sağlamasına engel olunmak istenmiştir<sup>473</sup>.

---

<sup>472</sup> Ödünç alınan şeyin alınma tarihiyle, misliyle geri verilme tarihi arasında ortaya çıkan değer farkı geri verme borcunu etkilemez. Ödünç alan, ödünç konusunun eşit miktar ve vasıftaki benzerini vererek borcundan kurtulur. Ayrıca ödünç konusu paranın ya da misli eşyanın değerindeki azalmalardan sorumlu değildir. **Tandoğan, c. I/II, s.355; Zevkliler/ Havutçu, s.273.**

<sup>473</sup> **Tandoğan, c. I/II, s. 355; Zevkliler/ Havutçu, s.273.**

İlk bakışta bu hükmün aynen ifa talebine bir istisna teşkil ettiği düşünülebilirse de, kanaatimce 311. madde ödünç alanın iade borcunun ne olduğunu düzenlemektedir. Bu nedenle söz konusu kıymetli evrakın borsa rayicinin istenmesi veya emtianın cari fiyatının talep edilmesi bir tazminat niteliği taşımaz; tam tersine bir aynen ifa talebi niteliğindedir.

Faizli karz sözleşmelerinde ödünç konusunu teslim alma, ödünç alan için bir hak olduğu kadar bir borç da sayılır<sup>474</sup>. Zaten Borçlar Kanununun 309. maddesinde de ödünç alanın "şeyin teslim edilmesine dair" hakkında söz edilmektedir. Gerçekten söz konusu hükme göre ödünç alanın ödünç konusunu teslim almaya ilişkin borcu, bu borcunu ifa etmede temerrüde düştüğü tarihten başlayarak altı ayda zamanaşımına uğrar.<sup>475</sup> Burada bir yapma borcu söz konusudur. Ancak alacaklının bu yapma borcuna aykırı olarak teslim almaktan kaçınması hâlinde, Borçlar Kanununun 97. maddesinin uygulanması kanaatimce mümkün değildir. Burada ödünç almaktan kaçınmanın sadece bir tazminat yükümlülüğü bulunduğu sonucuna ulaşmak gerekir.

#### 4. Kefalet Sözleşmesi

Kişisel teminat türlerinden olan kefalet sözleşmesi esas borç ilişkisine bağlı bir sözleşme türüdür<sup>476</sup>. Kefalet sözleşmesinde amaç, kefilin esas sözleşme

<sup>474</sup> **Zevkliler/ Havutçu**, s.272

<sup>475</sup> Borçlar Kanununun 309. maddesine göre ödünç alan kimsenin ödünç konusunun teslim edilmesine ilişkin alacağı, ödünç verenin bu borcunu ifa etmede temerrüde düştüğü tarihten başlayarak altı ayda zamanaşımına uğrar. Buradaki altı aylık süre gerçek zamanaşımı süresidir, bu sebeple zamanaşımının kesilmesi ve durması hakkındaki esaslara tabidir. Ancak ödünç verenin bu borcunu ifa etmede temerrüde düşürülmediği durumlarda, söz konusu borcu, on yılda genel zamanaşımına uğrar.

<sup>476</sup> **Tercier, Les Contrats Spéciaux**, s. 856; **Reisoğlu, Seza**, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara, 1992, s. 2; **Özen, Burak**, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2008, s. 45.

ilişkisindeki alacaklının karşısında bulunduğu tehlike veya rizikoyu<sup>477</sup> üstlenmesidir<sup>478</sup>.

Kefalet sözleşmesinden doğan kefalet borcunun ifa edilmesinin esas borç ilişkisi bakımından aynen ifa teşkil edip etmediği tartışması konumuz açısından önem taşımaktadır. Türk hukukunda hâkim olan görüş<sup>479</sup>, kefalet sözleşmesinden doğan borcun bir tazminat borcu olduğunu kabul etmektedir. Esas borç ilişkisindeki borcun ifa edilmemesi durumunda kefalet sadece oluşabilecek zarar açısından bir güvence teşkil etmektedir. Bu anlamda, kefalet sözleşmesinden doğan borcun ifa edilmesi aynen ifa niteliği taşımaz. Bu görüşü destekleyen diğer bir dayanak noktası ise, kefilin kefalet borcunu ödemekle alacaklıya halef olmasıdır<sup>480</sup>. Şayet bir aynen ifa söz konusu olsaydı borç sona ereceğinden halefiyet söz konusu olmayacaktı. Buna karşılık, İsviçre hukukunda savunulan farklı görüşler bulunmaktadır. İsviçre öğretisinde savunulan bir görüşe göre<sup>481</sup>, kefalet borcu bir aynen ifa niteliği taşır, kefil kendi borcunu ifa ederken esas borçlunun yükümlülüğünü de yerine getirmiş olur. Bu anlamda, kefilin edimi esas borçlunun ediminin yerine geçmektedir. Ne var ki, bu görüşün sadece esas borç ilişkisinin konusunun misli nitelikteki şeyler olması halinde savunulması mümkündür. Zira misli olmayan nitelikteki şeyler bakımından kefilin kendi borcunu yerine getirmesi, asıl borç ilişkisi bakımından ancak ifa etmemeden doğan zararın tazmin edilmesi niteliğini taşıyacaktır.

<sup>477</sup> Tehlike veya riziko ise, meydana gelmesi kesin olmayan fakat imtina edilen ve ekonomik bakımdan zararlı bir olayın gerçekleşmesi veya beklenen ekonomik bakımdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi olasılığıdır (**Tandoğan, Haluk**, III. Kitap: Borçlar Hukuku –Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Ankara 1989, s. 684).

<sup>478</sup> **Tandoğan, c. II**, s. 684; **Yavuz, Borçlar Özel**, s. 823.

<sup>479</sup> **Barlas, Nami**, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul, 2002, s. 937 (964); **Elçin Grassinger, Gülçin**, Borçlar Hukuku’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul, 1996, s.13; **Reisoğlu, Kefalet**, s. 7-8; **Tandoğan, c. II**, s. 697; **Yavuz, Borçlar Özel**, s.827.

<sup>480</sup> **Özen, Kefalet**, s. 54, dn. 126.

<sup>481</sup> **Özen, Kefalet**, s. 54, dn. 126 ve orada anılan de **Biasio, Albino**, Der Übergang der Glaubigerrechte auf dem Bürgen und dessen Regressrechte, Bern, 1944, s. 9.

## 5. Vekâlet Sözleşmesi

Vekâlet sözleşmelerinde aynen ifa talebi açısından özellik taşıyan ilk husus vekilin iş görme borcunu yerine getirmemesi durumunda ifaya zorlanmasının mümkün olup olmadığı hususudur. Her ne kadar vekilin bu borcu bir yapma borcu niteliği taşımakta ise de, Borçlar Kanununun 396. maddesinde vekilin her zaman için istifa edebileceği hükme bağlanmış olduğu göz önüne alındığında, İcra ve İflas Kanununun 30. maddesinin burada uygulama alanı bulamayacağı sonucuna ulaşmak gerekecektir. Böylece edimini yerine getirmekten kaçınan vekilin hapisle taziyik suretiyle ifaya zorlanması mümkün olmayacaktır.

Tandoğan'a göre<sup>482</sup>, vekâlet sözleşmelerinde vekilin kişiliği önem taşıdığından Borçlar Kanunu madde 97 hükmü uyarınca işin masrafı borçluya ait olmak üzere alacaklı tarafından üçüncü bir kişiye yaptırılması da mümkün olmayacaktır. Vekilin kişiliğinin önem taşımadığı hallerde ise müvekkilin Borçlar Kanununun 97. maddesine başvurması hâlinde vekil her zaman 396. madde uyarınca istifa edebilecektir.

Vekâlet sözleşmelerinde aynen ifa talebi açısından ele alınması gereken bir diğer husus, vekilin özen borcudur. Borçlar Kanununun 390. maddesinin 2. fıkrasındaki vekil müvekkile karşı vekâleti “iyi bir surette ifa” ile yükümlüdür ifadesiyle vekilin sadakat ve özen borçlarını düzenlenmiştir. Nitekim mehzat İsviçre Borçlar Kanununun 398. maddesinde “iyi bir surette ifa” deyimini yerine “sadakat ve özenle ifa” ifadesi kullanılmıştır<sup>483</sup>.

Özen borcu uyarınca vekil, edim sonucunun gerçekleşmesi için hayat tecrübelerine ve işlerin normal akışına göre gerekli davranışlarda bulunmak ve

---

<sup>482</sup> Tandoğan, c. II, s. 619.

<sup>483</sup> Tandoğan, c II; s. 407; Aral, s. 403.

bunu engelleyecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür<sup>484</sup>. Özen yükümüne aykırı davranarak yüklendiği işi hiç veya gereği gibi ifa etmeyen vekile karşı bir aynen ifa davasının açılmasının mümkün olup olmadığı öğretide ele alınmıştır.

Başpınar'a göre<sup>485</sup>, özen yükümlülüğünü ihlâl etmek suretiyle vekâlet sözleşmesinin temelini oluşturan güven ilişkisi sarsan vekilden gecikmiş de olsa ifa beklenemeyecektir. Zira taraflar arasındaki güvenin kaybolması, borcun sonradan ifasını imkânsız kılmaktadır. Bu nedenle, kusurlu imkânsızlık nedeniyle zarar tazmin edilecektir. Öte yandan, yazar<sup>486</sup>, kötü ifa halinde müvekkilin gereği gibi ifanın aynı vekil tarafından yerine getirilmesini talep edebileceğini ifade etmiştir. Ancak, bu talep tüm vekâlet sözleşmeleri bakımından uygulanamayacaktır. Örneğin özensiz davranışı nedeniyle dava açma süresini kaçıran avukattan süre geçtikten sonra yeniden dava açması talep edilemez. Bu nedenle, müvekkilin vekilden gereği gibi ifayı talep edebilmesi bakımından vekâlet sözleşmesinin niteliğinin bu talebe uygun olması gerekmektedir.

Gümüş'e göre<sup>487</sup>, vekilin özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi iş görmenin hiç ifa edilmemesi olarak değil, kötü ifası olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Buna bağlı olarak, asli edimin özensiz görülmesi vekilin borcunu kanun gereği bir tazminat borcuna dönüştürmeyecektir. Vekilden yeni ve özenli bir faaliyeti beklemek halen daha mümkündür. Bununla birlikte, yazar'a göre<sup>488</sup>, özensiz davranış ağır bir sözleşme ihlali niteliği taşıyor ise veya şimdiye kadarki özensiz faaliyetler nedeniyle sonuca yönelik faaliyetlerin devamını kabul etmek müvekkilden beklenemeyecek nitelikte ise, vekilin borcunun ifası mümkün olsa bile, özensiz davranış ile birlikte vekilin iş görme borcunun kendiliğinden bir

<sup>484</sup> **Tandoğan, c. II**, s. 410; **Aral** s. 404.

<sup>485</sup> **Başpınar, Veysel**, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2004, s. 250.

<sup>486</sup> **Başpınar, Vekil**, s. 250.

<sup>487</sup> **Gümüş, Alper**, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s.195 - 196.

<sup>488</sup> **Gümüş**, s.195 - 196.

tazminat borcuna dönüştüğünün kabul edilmesi gerekmektedir<sup>489</sup>. Öte yandan, yazar<sup>490</sup>, müvekkilin sahip olduğu tek taraflı geri alma hakkı karşısında özensiz iş görme ile gerçekleşen imkânsızlık halinin her zaman ikincil nitelikte kalacağını ifade etmiştir. Müvekkilin sahip olduğu tek taraflı geri alma hakkı göz önüne alındığında özenli bir davranışla ifa mümkün olduğu sürece, vekilin iş görme borcunun kendiliğinden bir tazminat borcuna dönüştüğünü kabul etmek için bir neden bulunmamaktadır. Buna göre, vekilden yeni bir ifa talep etmek ya da vekili azledip özensiz davranış nedeniyle vekilden tazminat talep etmek konusunda seçim hakkının müvekkilde olduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır.

Kanaatimce aynen ifa talebi açısından borcun hiç ifa edilmemesi halleri ile özen borcuna aykırı davranılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi nasıl ki edimini hiç yerine getirmeyen borçluyu ifaya zorlamak mümkün olamıyor ise, özen yükümüne aykırı davranan müvekkili de edimini yeniden yerine getirmeye zorlamak mümkün olamamalıdır. Bu nedenlerle Gümüş'ün, vekilden yeni bir ifa talep etmek ya da vekili azledip özensiz davranış nedeniyle vekilden tazminat talep etmek konusunda seçim hakkının müvekkilde olması gerektiği yönündeki görüşüne katılmamaktayız. Borçlar Kanununun 396. maddesinin getirdiği özellik gereği, vekilin iş görme borcuna veya özen borcuna aykırı davranması durumunda bu borçların kendiliğinden bir tazminat borcuna dönüştüğünü kabul etmek gerekecektir<sup>491</sup>.

<sup>489</sup> Yargıtay 3. HD 4.6.1998 tarihli 1857 E: ve 6257 K. sayılı kararı uyarınca “*Serbest muhasebeci ve mali müşavir olan davacının bu görevi için devletin diploma, ruhsat ve bazı koşulları öngörmüş olması özel hukuka yansıyan bir garanti niteliğindedir. Bu hal, vekilin özen borcunu ağırlaştırmaktadır. (...) Davacının anılan genelge hakkında davalı'ya bilgi vermemiş olması, genelge nedeni ile söz konusu vergilerin bizzat davalı tarafından ödeneceğini ikaz etmemiş olması özen yükümlüğünün ihlalidir. Davalının özen yükümlüğünü yerine getirmeyen mali müşavir ile sözleşmeyi sürdürmesi beklenemez. Bu halde, sözleşmenin haklı bir nedenle fesh edildiğinin kabulü gerekir.*” (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

<sup>490</sup> Gümüş, s.196

<sup>491</sup> Aynı şekilde *common law* sisteminde de borçlunun her halükarda sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olduğu sözleşmelerde aynen ifanın mümkün olmadığı kabul edilmektedir (Treitel, *Contract*, s. 1037).

## 6. Eser Sözleşmesi

Eser sözleşmelerinde müteahhidin sadakat ve sır saklama yükümlülükleri aynen ifa talebi açısından ele alınması gereken borçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanı sıra diğer sözleşmelerde olduğu gibi ayıba karşı tekeffül hükümlerinin de incelenmesi yararlı olacaktır.

Müteahhidin borçları Borçlar Kanununun 356. ve 363. maddeleri arasında düzenlenmiş, ancak bu hükümler arasında müteahhidin sadakat borcuna açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte, vekâlet sözleşmesinde vekilin sadakat borcu Borçlar Kanununun 390. maddesinde özel olarak düzenlenmiş durumdadır. Öğretide kabul edilen görüşe göre<sup>492</sup>, Borçlar Kanununun 386. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, kanunla düzenlenmeyen iş görme sözleşmeleri hakkında vekâlet sözleşmesini düzenleyen kanun hükümleri uygulanacağı gibi; kanunla düzenlenen iş görme sözleşmeleri hakkında da, kanuni düzenlemesinde boşluk bulunan durumlarda vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerinden yararlanılması mümkündür. Buna göre, Borçlar Kanununun 390. maddesi kıyasen eser sözleşmelerine de uygulanacaktır<sup>493</sup>.

Borçlar Kanununun 357. maddesi uyarınca, müteahhidin sadakat borcunun özel bir görünümü bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca, malzeme iş sahibi tarafından verildiği takdirde, müteahhit malzemenin kullanılışı hakkında hesap vermek ve artanı iade etmek ile iş devam ettiği sırada iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın, eserin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye koyacak ayıplarından iş sahibini haberdar etmek yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca, müteahhidin, sözleşmenin gereği gibi veya vaktinde

<sup>492</sup> Tandoğan, c. II, s. 50-51.

<sup>493</sup> Tasarının 471. maddenin 1. fıkrasında, "yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır" denilerek, yüklenicinin sadakat borcu açıkça vurgulanmıştır.

ifasını tehlikeye koyan diğer halleri de iş sahibine bildirme yükümlülüğünün varlığı kabul edilmektedir.

Genel olarak sadakat borcu ve bunun eser sözleşmesindeki özel görünümü olan Borçlar Kanununun 357. maddesinde öngörülen yükümlülükler açısından bir yapma borcunun bulunduğu açıktır. Ancak kanaatimce, yine de bu yükümlülükler aykırı davranmanın sonucu çoğu zaman bir tazminat talebi ile sınırlı olacaktır<sup>494</sup>. Esasen eserin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye koyacak ayıplarından ya da sözleşmenin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye sokan diğer halleri iş sahibine bildirmek yükümlülükleri açısından bir aynen ifa talebinin mevcut olamayacağı işin doğası gereğidir. Malzemenin kullanılışı hakkında hesap verme yükümlülüğü açısından da borçluyu aynen ifaya zorlamak mümkün değildir. Bu konuda Borçlar Kanununun 97. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi de oldukça güç gözükmektedir. Bu durumun istisnası olarak artan malzemenin iadesi talebi gözükmektedir. Esasen bu hâlde de bir yapma değil verme borcu söz konusudur.

Öğretide, müteahhidin sadakat borcuna aykırılık sonucunda bir kâr elde etmiş olması hâlinde Borçlar Kanununun 414. maddesinin kıyasen uygulanması ve iş sahibinin, kârın kendisine devrini talep edebileceği ifade edilmektedir<sup>495</sup>. Ancak vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan bu talebin de bir aynen ifa talebi niteliğinde olmadığı şüphesizdir<sup>496</sup>.

Öte yandan, müteahhidin, yine vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu da kabul edilmelidir. Bu yükümlülük eser sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam edecektir. Sır saklama

<sup>494</sup> Nitekim Tandoğan'a göre de, eser sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmiş ve teslim edilmiş olsa dahi, müteahhidin sadakat borcuna aykırı hareketi hâlinde doğan zararın tazmini istenebilir (**Tandoğan, c. II**, s. 50-51).

<sup>495</sup> **Tandoğan, c. II**, s. 51.

<sup>496</sup> Eser sözleşmesinde sadakat borcuna ilişkin olarak bu açıklamalar, büyük ölçüde diğer iş görme sözleşmeleri, özellikle de vekâlet sözleşmesi açısından da uygulama alanı bulacaktır.



yükümlülüğü tipik bir yapmama borcunu teşkil etmektedir. Ancak yapmama borçlarına ilişkin açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere<sup>497</sup>, sır saklama yükümlülüğü sadece bir defa aykırı davranılabilecek olan bir yapmama borcu niteliğindedir ve borca aykırı hareket ile söz konusu borcun tamamı imkânsız hale gelmektedir. Bu nedenle de bu gibi hallerde bir aynen ifa talebine artık yer olmadığı gibi, Borçlar Kanununun 97. maddesinin 3. fıkrasının da uygulanması mümkün olmayacaktır.

Borçlar Kanununun 356. maddesinin 1. fıkrasına<sup>498</sup> göre, müteahhit genel olarak, hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermekle yükümlüdür. Bununla birlikte, *Yavuz'a* göre<sup>499</sup> maddede işçinin özen borcuna atıfta bulunulmuş ise de eser sözleşmesinin özel niteliği farklı bir değerlendirmeyi gerektirecektir. Buna göre, müteahhidin, iş sahibine oranla işten daha iyi anlaması, iş sahibinden talimat alma hususunda daha bağımsız durumda bulunması söz konusudur ve bu nedenle müteahhidin sorumluluğu işçiye göre daha ağır olmalıdır.<sup>500</sup>

Eser sözleşmeleri açısından önem taşıyan bir diğer husus, iş sahibinin özen borcunu yerine getirmeyen müteahhide karşı bir aynen ifa talebinin mevcut olup olmayacağıdır<sup>501</sup>. İş sahibi, özellikle eser teslimi şeklinde olmayan sözleşmelerde,

<sup>497</sup> Bkz. § 2 II D.

<sup>498</sup> Buna göre; "*müteahhidin mes'uliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mes'uliyetine dair olan hükümlere tabidir.*"

<sup>499</sup> **Yavuz, Borçlar Özel**, s. 507; **Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku – Özel Bölümü, İstanbul, 1992, s. 357.

<sup>500</sup> Borçlar Kanunu Tasarısının 471. maddesinin 2. fıkrası yeni düzenleme getirmek suretiyle, özen borcu bakımından, hizmet sözleşmesindeki işçinin özen borcuna atıf yapılmasından vazgeçilmiştir. Buna göre; "*yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.*"

<sup>501</sup> Özen yükümüne aykırı davranışın bir imkânsızlık hali mi yarattığı, yoksa özen yükümüne aykırılık durumunda halen daha bir aynen ifa davasının açılmasının mümkün mü olduğu vekâlet sözleşmeleri açısından tartışılmıştır. Gümüş'e göre, vekilin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi iş görmenin hiç ifa edilmemesi olarak değil, kötü ifası olarak nitelendirilmesi gerekir. Buna bağlı olarak, asli edimin özensiz görülmesi vekilin borcunu kanun gereği bir tazminat borcuna dönüştürmez. Vekilden yeni ve özenli bir faaliyeti beklemek halen daha mümkündür.

işin yapılması sırasında müteahhidin özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediğini sürekli olarak denetleyebilir. Bu gibi durumlar açısından Borçlar Kanununun 358. maddesinin 2. fıkrası özel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, iş sahibinin, işin yapılması sırasında müteahhidin kusuru sebebiyle işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir surette yapılacağı kesinlikle tahmin edilmesinin mümkün olduğu durumlarda, işin müteahhide düzeltilmesine imkân tanınmaktadır. Bu hâlde, müteahhide işi kendisinin düzeltmesi için bir süre verilmeli ve bu süre içinde müteahhit düzeltmeyi yapmadığı takdirde<sup>502</sup> işin başkasına yaptırılacağı ihtarında bulunulmalıdır. Böylece bu hüküm 97. maddenin özel olarak düzenlenmiş halini teşkil etmektedir. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için eserin henüz tamamlanmamış olması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır. Esasen, işin başkasına yaptırılarak masraflarının müteahhitten alınması, müspet zararın tazmininden farklı değildir. Dolayısıyla, iş sahibi söz konusu işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine zararın doğrudan doğruya tazminini de isteyebilmelidir.

---

Ancak yazara göre bu kuralın iki önemli istisnası mevcuttur. Eğer özensiz davranış ağır bir sözleşme ihlali niteliği taşıyor ise veya şimdiye kadar ki özensiz faaliyetler nedeniyle sonuca yönelik faaliyetlerin devamını kabul etmek müvekkilden beklenemeyecek nitelikte ise, vekilin borcunun ifası halen daha mümkün olsa bile, özensiz davranış işe birlikte vekilin iş görme borcunun kendiliğinden bir tazminat borcuna dönüştüğünü kabul etmek gerekecektir (**Gümüş, s.195, 196**). Kanaatimce, müvekkilin sahip olduğu tek taraflı geri alma hakkı göz önüne alındığında özenli bir davranışla ifa mümkün olduğu sürece, vekilin iş görme borcunun kendiliğinden bir tazminat borcuna dönüştüğünü kabul etmek için bir neden bulunmamaktadır. Vekilden yeni bir ifa talep etmek ya da vekili azledip özensiz davranış nedeniyle vekilde tazminat talep etmek konusunda seçim hakkının müvekkilde olduğunu kabul etmenin daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim yazar da benzer bir endişe ile “özensiz iş görme ile gerçekleşen imkânsızlık” halinin her zaman ikincil nitelikte kalacağını ifade etmiştir (**Gümüş, s.196**).

<sup>502</sup> *Gökyayla*, müteahhitin eserdeki ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermeye veya düzeltmeye başlaması ancak tamamlayamaması durumunda BK 358/2 hükmünün uygulanması açısından öncelikle müteahhitin amacına bakılması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, eğer müteahhitin eserdeki ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermeye veya düzeltmeye başlamasının nedeni ihtarın hükmünü bertaraf etmek ise, iş sahibinin BK 358'deki hakkını kullanmak suretiyle işi başkasına vermesi daha uygun olacaktır. Öte yandan, müteahhit gerçekten eserdeki ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı giderme amacıyla ise ve işin önemli bir bölümü yapmışsa, bu durumda işin başkasına verilmemesi ama gecikme nedeniyle tazminat talep edilmesi daha yerinde olacaktır. (**Gökyayla, K. Emre, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, sy. 1/2002, s. 785 (801)**).

Müteahhit tarafından tamamlanarak iş sahibine teslim edilen eserin, sözleşmede öngörülen veya sözleşmede öngörülmemesine karşın işin gereği bulunması gereken nitelikleri taşınamaması hâlinde, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>503</sup>. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü Borçlar Kanununun 359. ile 363. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, iş sahibine müteahhide karşı bir takım seçimlik haklar tanınmıştır. Bunlar iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı, bedel indirimini veya ayıplı malın onarılmasını talep etme haklarıdır.

Böylece Borçlar Kanununun 360. maddesinin 1. fıkrası uyarınca<sup>504</sup> iş sahibinin sahip olduğu öncelikli hak sözleşmeden dönmedir<sup>505</sup>. Bu konuda satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin olarak yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir<sup>506</sup>. Sadece satım sözleşmesinden farklı olarak, Borçlar Kanununun 360. maddesinin son fıkrasına göre, eserin iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olması hâlinde iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır.

İş sahibinin elinde bulunan imkânlardan bir diğeri ücretin ayıp oranında indirilmesidir. Buna göre, eserdeki ayıbın kabulden kaçınmayı haklı kılacak derecede önemli olmadığı durumlarda, iş sahibi ücretin ayıp oranında indirilmesini isteyebilecektir. Bozucu yenilik doğuran nitelikteki bu hakkın kullanılabilmesi için ayıplı eserin belli bir değer taşıması gerekmektedir. Buna

<sup>503</sup> **Uçar, Ayhan**; İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003, s. 36 vd.

<sup>504</sup> Buna göre, "*yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden intina edebilir; bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.*"

<sup>505</sup> *Erman*, eser sözleşmesinin sürekli sözleşmelerden sayılması gerektiği için burada sözleşmeden dönme diye ifade edilen hakkın esasında fesih hakkı olduğunu ileri sürmektedir (**Erman, İstisna Sözleşmesi**, s. 106). Eser sözleşmesinde dönme imkânının sonuçlarına ilişkin tartışmalar için bkz. **Aral**, s. 344; **Öz, Eser Sözleşmesi**, s. 62; **Seliçi, Sürekli Borç**, s. 114; **Tandoğan, c. II**, s.70; **Uçar**, s. 173 vd; **Yavuz, Borçlar Özel**, s. 531.

<sup>506</sup> Bkz. § 2 II E 1 c.

karşılık, ayıplı eserin hiçbir değeri bulunmuyorsa veya ücretten indirilecek tutarın ücrete eşit olması hâlinde iş sahibi sözleşmeden dönme yolunu seçecektir.

Öte yandan, sözleşme konusu işin ayıplarının giderilmesi mümkün ve aşırı masrafa neden olmayacak ise, iş sahibi ayıpların giderilmesini müteahhitten talep edebilir. İş sahibinin onarım hakkını kullanılması hâlinde müteahhit, ayıbı giderme borcu altına girecektir<sup>507</sup>. Buna göre, eserin sözleşmeye uygun ayıpsız bir hale getirilmesi için gereken her şey masrafı kendisine ait olmak üzere müteahhit tarafından yerine getirilecektir. Ayıbın giderilmesi borcu, bir yapma borcu olup, iş sahibi, söz konusu borcun cibrî icrasını sağlamak üzere talep ve dava hakkına sahiptir.

## 7. Hizmet Sözleşmesi

Hizmet sözleşmesi uyarınca sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça ve işin niteliğinden anlaşılmadıkça işçinin işi bizzat yerine getirmek ve işin yerine getirilmesinde gerekli özeni göstermek yükümlülüğü bulunmaktadır. İşçi, işi bizzat yerine getirmez ise veya işin yerine getirilmesi sırasında gerekli özeni göstermediği için işverene zarar verecek olursa, doğacak zararlardan sorumlu olacaktır. İşçinin hizmet sözleşmesi uyarınca söz konusu yükümlülüklerine aykırılığı hâlinde, aynen ifaya ilişkin yukarıda yapma borcu başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalar geçerli olacaktır<sup>508</sup>.

İşçinin, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir diğer borcu rekabet etmeme yükümlülüğüdür. Rekabet etmeme yükümlülüğü, sadakat borcunun bir görünümüdür. İşçinin, hizmet sözleşmesi süresince işverene karşı rekabette

<sup>507</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Şenocak, Zarife**; Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002, s. 155 vd; **Uçar**, s. 194 vd.

<sup>508</sup> Bkz. § 2 II C 1.

bulunması sadakat borcuna aykırılık teşkil eder<sup>509</sup>. İşçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra rekabet etmeme yükümlülüğü ise, Borçlar Kanununun 348. ile 352. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, işçinin hizmet sözleşmesinin devamı sırasında rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlali hizmet sözleşmesine aykırılık oluştururken; hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra böyle bir ihlal rekabet yasağı şartına aykırılık oluşturacaktır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, rekabet etmeme yasağı bir yapmama borcu niteliğindedir. Ancak sır saklama yükümlülüğünden farklı olarak bu yasağa bir kez aykırı davranılması hâlinde, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin artık imkânsız olduğunu söylemek mümkün olamayacaktır. Bu nedenle rekabet etmeme yükümlülüğü açısından İcra ve İflas Kanununun 30. ve 343. maddelerinin uygulanması gündeme gelebilecektir<sup>510</sup>.

Borçlar Kanununun 348. maddesinin 1. fıkrasında göre, hizmet sözleşmesine, işçinin işinin son bulmasından sonra kendi adına işveren ile rekabet edemeyeceğine, böyle bir işte çalışamayacağına ya da böyle bir işe ortak olarak ya da başka yolla katılamayacağına ilişkin bir hüküm eklenebilir. Ancak bu tür kayıtların konulabilmesi işçinin işverenin sırlarını ve müşteri çevresini öğrenmiş olmasına ve bunları kullanarak işverene zarar verme olasılığının bulunmasına bağlıdır<sup>511</sup>. Bazı özel hizmet sözleşmelerinde bu tür kayıtlar tamamen geçersiz

<sup>509</sup> Borçlar Kanunu Tasarısının 395. maddesi işçinin özen ve sadakat borcunu düzenlemiş olup, işçinin işveren ile rekabet oluşturacak davranışlardan kaçınması gerektiği öngörülmüştür. İşçi üçüncü kişilerle ücret karşılığında anlaşmalar yaparak işverene karşı sadakat yükümlülüğünü ihlal edemeyeceği gibi onunla rekabete yol açacak işlerde de bulunamayacaktır. Öte yandan, işçinin hizmet ilişkisinin devamı süresince öğrendiği üretim ve iş sırları gibi bilgileri, kendisinin veya başkasının yararına kullanması da yasaklanmıştır. Bu yükümlülük, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da gerekli olduğu ölçüde devam edecektir.

<sup>510</sup> Söz konusu hükümlere ilişkin açıklamalarımız için Bkz. § 2 II D.

<sup>511</sup> **Karagöz, Veli**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, s. 243; **Uşan, Fatih**, İş Hukukunda İş Sırının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003, s. 230. Yargıtay'ın da kararları aynı doğrultudadır. Yargıtay 9. HD. 8.6.2004 tarih, 18581 E: ve 14299 K. sayılı kararı: “*Rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesi için işçinin, görevi nedeniyle davacı işverenin müşterilerini tanıması veya iş sırlarını öğrenmiş olması gerekir*” (Legal İş Hukuku Dergisi, 2005/5, s.331, 332).

sayılmıştır. Örneğin, Basın İş Kanununun 13. maddesinin 2. fıkrasına göre gazetecilerin iş sözleşmesinin feshinden sonraki dönemde mesleklerini icra edemeyecekleri yönünde konulan kurallar geçersiz olacaktır.

Ancak, Borçlar Kanununun 349. maddesi uyarınca “*rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini men edecek surette zaman, mahal ve işin nev'i noktasından hal icabına göre münasip bir sınır dâhilinde şart edilmiş ise muteberdir.*” Buna göre, rekabet yasağının mutlak ve genel nitelikli olması mümkün değildir. Rekabet yasağının bu sınırı aşacak şekilde düzenlenmesi hâlinde, işçi yasağın kendi iktisadi geleceğini tehlikeye soktuğu iddiasıyla bir tespit davası açabilir veya işveren tarafından açılacak ifa davasında yasağın kanuni sınırları aştığı şeklinde bir savunmada bulunabilir. Bu durum, hâkim tarafından resen de göz önünde bulundurulabilir. Hâkim hakkaniyete uygun olarak yasağı hafifletebileceği gibi rekabet yasağı sınırlamasına gerek olmayan hallerde, bu yasağı tamamen de kaldırabilir<sup>512</sup> <sup>513</sup>.

Borçlar Kanununun 351. maddesinin 1. fıkrası uyarınca<sup>514</sup>, işverenin rekabet yasağını ihlal eden eski işçisine karşı elindeki esas talep hakkı tazminattır. Öte yandan, aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca sözleşmede bir cezai şart öngörülmüş ise, bu miktarın da talep edilmesi mümkündür<sup>515</sup>.

<sup>512</sup> Borçlar Kanunu Tasarınının 444. maddesi uyarınca, rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek şekilde yer, zaman ve işlerin türü bakımından sınırlandırılmayacağı ve süresinin iki yılı aşamayacağı düzenlenmiştir. Süre bakımından sınırlamanın iki yılı aşmaması kuralı mevcut Borçlar Kanununda bulunmamaktadır. Ayrıca, mevcut Borçlar Kanununda bulunmayan bir diğer düzenlemede maddenin ikinci fıkrasıdır. Buna göre, aşırı nitelikteki rekabet yasağının kapsamını veya süresini sınırlama yetkisi hâkime verilmiştir. Hâkim kendisine tanınan yetkiyi, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyet uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle kullanabilecektir.

<sup>513</sup> Hizmet sözleşmesinde öngörülen bu hükümlerin işçiyi korumak amacıyla getirilmiş özel hükümler olduğu ve bu nedenle bu hükümlerin diğer sözleşmelerde mevcut olan rekabet yasakları için kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Soyer, s.11

<sup>514</sup> Buna göre, “*rekabet memnuiyetine muhalif harekette bulunan işçi, bu muhalefet sebebiyle eski iş sahibinin duçar olduğu zararları tazmin ile mükelleftir.*”

<sup>515</sup> İşverenin rekabet yasağına aykırılık nedeniyle bir tazminat talep edebilmesi, zararını ispat etmesine bağlıdır. Oysa rekabet yasağı ihlallerinde işverenin böyle bir zarara uğramış olduğunu

Öğretide 351. maddenin 2. fıkrasının ifadesinden yola çıkarak, genel cezai şart hükümlerinden farklı bir düzenleme getirdiği<sup>516</sup> ve işçiye cezai şartı ödemek suretiyle yasaktan kurtulma olanağı sağladığı<sup>517</sup> ifade edilmiş ise de, bu düşünce isabetli değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi rekabet yasağına aykırılık bir yapmama borcudur ve bu borcun ihlali işçinin rekabet yasağına uyma borcu açısından bir imkânsızlık yaratır. Bu nedenle işverenin hem rekabet yasağına uyulmasını, hem de cezai şartı talep etmesi esasen mümkün değildir. Diğer bir ifade ile Kanun koyucu, işçiye cezai şartı ödemek suretiyle yasaktan kurtulma imkânı tanımak istememiş, işin doğası gereği bu gibi hallerde hem ifanın hem de cezai şartın talep edilmesi mümkün olamayacağı için, işverenin sadece cezai şartı talep edebileceğini hükme bağlamayı arzulamıştır. Kaldı ki, işverenin hem cezai şartı, hem de biraz aşağıda inceleyeceğimiz 351. maddenin 3. fıkrasında öngörülmüş olan aynen ifa talebini bir arada ileri sürmesine de hiçbir engel bulunmamaktadır<sup>518</sup>.

*Karagöz*, bu konuda bir adım daha ileriye giderek, burada gerçekte bir cezai şartın değil, dönme cezasının kararlaştırılmış olduğunu ifade etmiştir<sup>519</sup>. Oysa bizzat hükmün ikinci cümlesi bu görüşün kabul edilebilmesine engel niteliktedir: “*Zarar bu miktarı müteceviz ise, fazlasını da tazmin ile mükellef olur*”. Bilindiği üzere, dönme cezası borçlunun lehine tanınmaktadır ve bu hallerde alacaklının, uğradığı zarar dönme cezasından fazla dahi olsa bir tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır.

---

ispat edebilmesi çoğu zaman büyük güçlük teşkil edecektir. Bu nedenle cezai şart rekabet yasakları açısından özel bir pratik öneme sahip olmaktadır. **Karagöz**, s.244; **Soyer**, s.80; **Şahlanan, Fevzi**, “*Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sonuçları*”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 11. Yıl Toplantısı, İstanbul 2008, s.71 (85).

<sup>516</sup> **Şahlanan**, s.86.

<sup>517</sup> **Soyer**, s.80; **Şahlanan**, s.86.

<sup>518</sup> **Karagöz**, s.245.

<sup>519</sup> **Karagöz**, s.244.

Rekabet yasağı açısından konumuz açısından asıl ilgi çekici olan durum, işverenin menfaati olan bazı hallerde rekabet yasağına aykırı durumun önlenmesini de talep edebileceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Borçlar Kanununun 351. maddesinin 3. fıkrasına göre, "*işçinin hareket tarzı ve ihlal veya tehdit edilen menfaatlerin ehemmiyeti haklı gösteriyorsa ve tahriri bir mukavele ile sarahaten bu hak muhafaza edilmiş ise, iş sahibi, müstesna olarak meşrut olan cezanın tediyesinden ve onu mütecaviz olan zararın tazmininden başka muhalefetin men'ini de talep edebilir.*"

Oysa Türk öğretisinde hâkim olan görüş, yapmama borçlarına aykırı davranılması hâlinde, Borçlar Kanununun 97. maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak üçüncü kişilerin taraf olduğu işlemlerin de iptalinin istenemeyeceği, bu gibi hallerde sadece 2. fıkraya dayanılarak bir tazminatın istenmesinin mümkün olduğu yönündedir<sup>520</sup>. Bu durumda 351. maddenin 3. fıkrasının öğretisi tarafından kabul edilen bu kuralın önemli bir istisnasını teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Bu gibi hallerde işçinin rakip firmalar ile yapmış olduğu sözleşmelerin geçersizliği işveren tarafından ileri sürülebilecektir.

Borçlar Kanununun 351. maddesinin 3. fıkrası aynen ifanın istenebilmesi için iki şartın gerçekleşmesini aramıştır. Bunlardan ilki bu imkânın yazılı olarak kararlaştırılmış olması, ikincisi ise işverenin ihlal edilen menfaatleri ile işçinin hareket tarzının aynen ifayı haklı göstermesidir. Görüldüğü üzere kanun koyucu işçiyi oldukça güç durumda bırakabilecek olan bu aynen ifa talebinin oldukça sınırlı hallerde uygulama alanı bulabilmesini arzulamıştır<sup>521</sup>.

Nitekim bu düşünceden hareketle, bugün öğretilde hâkim görüş, BK m. 97/f.3 hükmünün hizmet sözleşmelerindeki rekabet yasaklarına uygulanamayacağı

<sup>520</sup> Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s.924; Oğuzman/ Öz, s.377.

<sup>521</sup> Soyer, s.86.



yönündedir<sup>522</sup>. Diğer bir ifade ile yapmama borcu niteliğinde olmasına rağmen, hizmet sözleşmesindeki bir rekabet yasağına aykırılık hâlinde, ortaya çıkan sonuçların ortadan kaldırılması talebi ancak Borçlar Kanununun 351. maddesinin 3. fıkrasında öngörülmüş olan şartların gerçekleşmesi hâlinde mümkün olabilecektir.

Şüphesiz hangi hallerde, işverenin ihlal edilen menfaatlerinin aynen ifayı haklı göstereceğini belirlemek oldukça güçtür. Soyer bu konuda, işçinin ihlale devam etmesi hâlinde işverenin işletme varlığının tehlikeye düşecek olması veya önemli ölçüde etkilenecek olması kriterini aramaktadır. Yazara göre, bu nedenle aynen ifanın şartları maddi bir zarardan çok, işletme içi bilgiler ve fikri haklarla ilgili bir zarar tehlikesinin mevcut olduğu hallerde gerçekleşebilecektir.<sup>523</sup>.

Bu durumda daha önce ele almış ve Türk hukuku bakımından değerlendirmiş olduğumuz *Warner Brothers Pictures, Inc v. Nelson*<sup>524</sup> kararına

<sup>522</sup> Uşan, s.270. Ayrıca bkz. Soyer, s.85 dn. 64'de yer alan **Oser/ Schönenberger**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Bd. Das Obligationenrecht, 1. Halbband, Art. 1-183, 2. Aufl. Zürich, 1929; 2. Halbband, Art. 184-418, 2. Aufl. Zürich, 1936, Art. 359 N. 2; **Kuttler, Alfred**, Vertragliche Konkurrenzverbote, Basel, 1955, s. 33-34; **Hemmeler, Max**, Vertragliche Konkurrenzverbote nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern, 1918, s. 48 vd.; **Herold, Cristian**, Zivil und strafrechtlicher Schutz von Fabrikation und Geschäftsgeheimnissen nach Schweizerischem Recht unter Berücksichtigung des Gesetzgebung und Rechtsprechung des Auslandes, Diss. Bern, 1935, s. 123; **Pflüger, Fritz**, Das vertragliche Konkurrenzverbot im Dienstvertrage, Art. 356-360 OR, Diss. Bern, 1949, s. 54-55; **Brenneisen, Peter**, Das dienstvertragliche Konkurrenzverbot als zweiseitiges Vertragsverhältnis in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Basel, 1950, s. 178; **Schoch**, s. 78; **Haefliger, Arthur**, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Diss. Bern, 1974, s. 63; **Bohny, Peter**, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Basler Diss. Zürich, 1989, s. 160; **Brühwiller, Jürg**, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern, 1978, Art. 340 b N. 1 b; **Kuhn, René**, Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht, Muri, 1981, s. 90; **Schiesser, Fridolin**, Arbeitsrechtliches Konkurrenzverbot und Realexekution, WuR 31 (1979), s. 254 (263-264); **Ayiter, Nuşin**, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Feri Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Ahmet Esat Arsebük Armağanı, Ankara, 1958, s. 463, 474; **Tunçomağ, Kenan**, Türk İş Hukuku, c. I, 1971, s. 502. Aksi görüş, **Becker, Hermann**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, 2. Aufl. Bern, 1041, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, 2. Aufl. Bern, 1934, Art 359 N.3; **Verrey, Roger**, La prohibition de concurrence dans la contrat de travail, Diss. Lausanne, 1920, s. 60vd.

<sup>523</sup> **Soyer**, s. 87.

<sup>524</sup> Warner Brothers Pictures, Inc v. Nelson [1937] 1 KB 209.

dönecek olursak, Bette Davis ile Warner Bros. Şirketi arasında imzalanmış olan sözleşmenin bir hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilecek olunursa, istisnai olarak Bette Davis'in rakip firmalar ile yaptığı sözleşmelerin 351. madde uyarınca geçersiz sayılması gündeme gelecektir. Ancak kanaatimce bu olayda Warner Bros. Şirketinin işletme varlığının önemli ölçüde etkilenmiş olduğunu söylemek oldukça güçtür. Bu nedenle de Türk Mahkemelerinin benzer bir uyuşmazlıkta bir sanatçının rakip firmalar ile yaptığı sözleşmeyi geçersiz saymayacaklarını söylemek mümkündür.

Belirtmek gerekir ki, gerek 351. maddenin öngördüğü koşulların ağırlığı, gerekse de rekabet yasağına aykırı davranarak rakip firmada çalışan işçinin yargı kararı ile bu işyerini terk etmesini sağlamanın pratik güçlüğü gibi nedenler ile uygulamada 351. maddede öngörülmüş olan aynen ifa talebine pek rastlanmamaktadır<sup>525</sup>.

### **III. Aynen İfaya Hükmedilemeyecek Haller**

İfaya hükmedilemeyecek hallerin başında imkânsızlık gelmektedir. Zira ifa davası ancak ifanın mümkün olduğu hallerde açılabilecektir. Bununla birlikte, ifanın mümkün olduğu bazı hallerde de ifa davasının açılmasına olanak bulunmamaktadır. Aşağıda öncelikle bu durumlar, en son olarak da imkânsızlık ve buna bağlı olarak da aşırı ifa güçlüğü konuları ele alınacaktır.

#### **A- İfanın Talep Edilmesinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Olduğu Haller**

İfanın talep edilmesinin borçlunun hayatını veya sağlığını tehlikeye sokması ya da ifa ile alacaklının elde edeceği menfaatin, ifa için yapılacak masraf veya katlanılacak zararlardan aşırı derecede fazla olması gibi ifa davası açmanın dürüstlük kuralına aykırı olacağı hallerde ifanın talep edilemeyeceği ileri

---

<sup>525</sup> Şahlanan, s.87

sürülmüştür<sup>526</sup>. Bu hallerde alacaklının ifa yerine ancak tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>527</sup>. Kanaatimce, bu gibi hallerde bir aşırı ifa güçlüğüne bulunduğu savunmak suretiyle de aynı sonuca ulaşmak mümkündür<sup>528</sup>.

Hukumumuzda bu sınırlama açık olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, eser sözleşmelerinde Borçlar Kanununun 360. maddesinin 2. fıkrası eser sözleşmeleri bakımından eserin ayıplı olması hâlinde özel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, iş sahibi “*aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde*” bütün masraflar müteahhide ait olmak üzere ayıplarının giderilmesini talep etme imkânına sahiptir. Görüldüğü üzere, ifa için yapılacak masrafların aşırı derecede fazla olması hâlinde ifanın talep edilemeyeceği düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme, Alman Medeni Kanununun (BGB) Eser Sözleşmesi’ne ilişkin 635. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre, eserin ayıplı olması hâlinde alıcının onarım veya yenisi ile değiştirmeyi talep etme hakkı bulunmaktadır. Ancak, bu hakkın kullanılmasına getirilen sınırlama borçlunun onarım için yapacağı masrafların aşırı derecede fazla olmasıdır<sup>529</sup>.

Fransız hukukunda bu konuda farklı bir tutum sergilenmektedir. Buna göre, alacaklının menfaatinin az veya çok olduğuna bakılmaksızın ifa mümkün oldukça aynen ifaya hükmedileceği kabul edilmektedir<sup>530</sup>. Bu durumun en tipik örneği 1984 yılında verilen yüzme havuzu kararıdır<sup>531</sup>. Söz konusu karara konu olan olayda taraflar aralarında, havuza inen merdivenleri dört basamaktan oluşacak bir yüzme havuzu yapılması hususunda anlaşmışlardır. Ancak, yüzme havuzu merdivenleri üç basamaklı olarak teslim edilince, alacaklı aynen ifa talebiyle mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, söz konusu olayda yüzme havuzuna inen

<sup>526</sup> Oğuzman/Öz, 331, Tandoğan, Mesuliyet, s. 407.

<sup>527</sup> Eren, s. 987; Oğuzman/Öz, 331, Tandoğan, Mesuliyet, s. 407; Tunçomağ, c. II, s. 780.

<sup>528</sup> Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin için Bkz. aşağıda § 2 III F.

<sup>529</sup> Markesinis, Basil; Unberath, Hannes; Johnston, Angus, The German Law of Contract: A Comparative Treatise, Oxford, 2006, s. 525.

<sup>530</sup> Beale, Hugh; Hartkamp, ; Kötz, ; Tallon, Denis, Contract Law, Oxford, 2002, s. 689.

<sup>531</sup> Cass. Civ. 17.11.1984 (Beale/ Hartkamp/ Kötz/ Tallon, s. 689) .

merdivenlerin üç basamaklı olmasının alacaklıya vereceği rahatsızlığın önemsiz olmasının bir kıstas olarak değerlendirilemeyeceğini ve ifa mümkün oldukça aynen ifaya hükmedileceğini karara bağlamıştır. Kanaatimce Türk hukuku açısından aynı sonuca ulaşılması olanaklı gözükmemektedir. Nitekim böyle bir talebin ileri sürülmesinin Türk hukuku açısından hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir uygulamasını teşkil edeceğini söylemek mümkün olabilecektir.

PICC<sup>532</sup> ile PECL'nin<sup>533</sup> ifa talebine ilişkin düzenlemelerinde ifanın talep edilemeyeceği haller de sayılmıştır. Buna göre, ifanın talep edilmesinin aşırı masrafa sebep olacağı hallerde ifa talebine bir sınırlama getirerek bu husus her iki metinde de açık olarak düzenlemiştir. PICC 7.2.2 (b) uyarınca borcun ifası, makul olmayan surette sorunlu veya pahalı olmadıkça, diğer taraf ifayı talep edebilecektir. Benzer bir şekilde PECL 9.102 düzenlemesinde de ifanın borçlu açısından ölçüsüz zorluk veya masraf doğuracak olması aynen ifaya hükmedilemeyecek haller arasında açık olarak sayılmıştır<sup>534</sup>.

## **B- Sözleşme veya Kanun ile Tanınmış Başka Bir Hakkın Kullanılmış Olması**

Tarafların anlaşmasıyla veya bir kanun hükmüyle, alacaklıya ifa yerine tazminat isteme veya sözleşmeden dönme hakkı tanınmış ise, alacaklı ifayı talep etmek yerine bu hakkını kullanabilir<sup>535</sup>. Alacaklının ifa yerine tazminat isteme

<sup>532</sup> PICC 7.2.2 hükmünde aynen ifaya hükmedilemeyecek haller; ifanın hukuken veya fiilen imkânsız olması, ifa veya söz konusu olduğu takdirde icra, makul olmayan surette sorunlu veya pahalı olması, ifayı talep hakkına sahip olan tarafın edimi başka kaynaklardan edinmesi makul surette mümkün olması, ifa münhasıran şahsi bir nitelik arz etmesi ile ifa talebi sahibi taraf, ifa etmemeden haberdar olduğu veya olması gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde ifayı talep etmiş olması şeklinde sayılmıştır.

<sup>533</sup> PECL 9.102 düzenlemesi uyarınca aynen ifaya hükmedilemeyecek haller sırasıyla, ifanın hukuka aykırı veya imkânsız olması, ifanın borçlu açısından ölçüsüz zorluk veya masraf doğuracak olması, ifanın kişisel nitelikli bir hizmet veya eserin ifası anlamına gelmesi veya kişisel bir ilişkinin kurulmasına bağlı olması ve mağdur olan tarafın edimi başka kaynaklardan edinmesinin makul surette mümkün olmasıdır.

<sup>534</sup> **Beale/ Hartkamp/ Kötz/ Tallon**, s. 697.

<sup>535</sup> Birden fazla yenilik doğuran hakka seçimlik olarak sahip olan hak sahibinin tercihini bu haklardan biri lehine kullanması durumunda bu beyanı geri alıp, diğer seçimlik haklardan birini kullanıp kullanamayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. **Buz, Yenilik Doğuran Haklar**, s. 453.

veya sözleşmeden dönme yetkisi bulunması hâlinde alacaklı bu yetkilerden birini kullandıktan sonra ayrıca ifayı talep edemez<sup>536</sup>.

Bu durumun tipik örneği karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen Borçlar Kanununun 106. maddesidir. Bu hükme göre alacaklı aynen ifa talebinin yerine, diğer iki seçimlik haklarından birini tercih edebilecektir. Böylece, söz konusu hüküm ile ifanın mümkün olmasına rağmen alacaklıya tazminat isteme veya sözleşmeden dönme olanağı tanınmıştır<sup>537</sup>. Bunun yanı sıra, yukarıda ele aldığımız üzere bazı sözleşme tiplerinde de alacaklıya aynen ifa dışında tazminat veya sözleşmeden dönme olanağı tanıyan hükümler mevcuttur<sup>538</sup>.

CISG m. 46/1 bahsedilen türden bir sınırlamanın açıkça düzenlendiği bir hükümdür. Buna göre, alıcının ifa talebini dışlayan diğer bir seçimlik hakkını kullanmış olması hâlinde ifa talebinde bulunması artık mümkün değildir<sup>539</sup>. Asli ifa talebi sadece borcun hiç ifa edilmediği hallerde kullanılabilirdiğinden, alıcının elindeki diğer seçimlik hak sözleşmeden dönmedir. Buna göre, CISG m. 46/1 uyarınca alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde ifayı talep etme imkânı bulunmamaktadır<sup>540</sup>.

<sup>536</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 332. Örneğin iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklıya bu yetki kanun ile tanınmıştır.

<sup>537</sup> Bu bağlamda öğretilerde sözleşmeden dönmenin borçtan kurtarıcı etkisi olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu etki şüphesiz sadece henüz yerine getirilmemiş edimler açısından mevcuttur. Daha önceden yerine getirilmiş edimler bakımından sözleşmeden dönmenin edimlerin iadesine yol açıcı etki devreye girecektir. **Buz, Dönme**, s.152 vd.

<sup>538</sup> Bu sözleşmeler için bkz. § 2 II E. Ancak şüphesiz alacaklıya ifa yerine tazminat isteme ya da sözleşmeden dönme imkânı tanıyan hükümler içeren sözleşme tipleri bunlardan ibaret değildir. Yukarıda sadece bu açıdan en çok özellik taşıdığı düşünülen sözleşme tipleri ele alınmıştır.

<sup>539</sup> **Erdem**, s. 25; **Atamer, CISG**, s. 370 ve orada dn. 466'da anılan **Schlechtriem, Peter**, Einheitliches UN-Kaufrecht, Tübingen 1981 (Einheitliches), s.66; **Honsell/Schnyder/Straub**, Art.46 N. 24; **Schlechtriem, Peter/ Schwenger, Ingeborg/ Müller-Chen**, Kommentar zum Einheitlichen UN Kaufrecht – CISG -, 4. Aufl. München 2004, Art. 46, N.7; **Ziegler, Ulrich**, Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrechts, Baden-Baden, 1995, s.154

<sup>540</sup> **Atamer, CISG**, s. 370.

### C- Bağımlı Yan Borçların İfasının Talep Edilememesi

Alacaklının sözleşmeden doğan bağımlı yan borçlar için bir ifa davası açması mümkün değildir. Bilindiği üzere, bağımlı yan borçlar asli edimin ifasına yardım ederler<sup>541</sup>. Bunların bağımsız nitelikleri bulunmadığından, asli borçtan ayrı olarak dava edilmelerinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir<sup>542</sup>. Bu yükümlülükler aykırılık hâlinde, alacaklı ancak esas borcun kötü ifası sebebiyle tazminat talep edebilecektir<sup>543</sup>. Örneğin garsonun müşteriye kaba davranması halinde aynen ifanın talep edilmesi mümkün olmayacaktır, ancak böyle bir hâlde sözleşmenin müspet ihlâli nedeniyle tazminat istenebilir<sup>544</sup>.

### D- Ödemezlik Defi

Aynen ifa talebine getirilen bir diğer sınırlama ise karşılıklı sözleşmelerde ifa talebinde bulunan alacaklıya karşı borçlunun ödemezlik defi ileri sürmesi durumudur. Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca karşılıklı bir sözleşmede, diğer tarafı ifaya zorlamak isteyen kişi, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını teklif etmiş olmalıdır. Aksi halde -diğer şartların da varlığı halinde- mahkemenin aynen ifaya hükmetmekten kaçınması gerekmektedir<sup>545</sup>. Ancak, Yargıtay'ın çeşitli kararlarında aynen ifa talebinde bulunan davacının öncelikle kendi borcunu ifa etmesi şartına bağlı olarak aynen ifaya hükmettiği görülmektedir<sup>546</sup>. İcra ve İflas

<sup>541</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 318 dn. 138.

<sup>542</sup> Buna karşılık, bağımsız yan borçlar asli borcun ifasına değil, amacına ulaşmasına yardım ettikleri içindir ki, bunların asli borçtan ayrı olarak dava edilmeleri mümkündür. Buna örnek olarak Borçlar Kanununun 168. maddesinin 2. fıkrasındaki temlik edilen alacakla ilgili belgeleri verme borcu gösterilmektedir (**Oğuzman/ Barlas**, s. 208).

<sup>543</sup> **Eren**, s. 987; **Oğuzman/Öz**, s. 331; **Tandoğan, Mesuliyet**, s. 406-407.

<sup>544</sup> **Serozan, Rona**, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo” İÜHFY Y. 15 Sy.18 (1989-1990), s. 35.

<sup>545</sup> **Kaniti, Salamon**, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962, s. 165 vd; **Oğuzman/ Öz**, s. 276; **Eren**, s. 955.

<sup>546</sup> Yargıtay 15. HD 27.01.1981 tarihli, 117 E. ve 137 K. numaralı kararı uyarınca Yargıtay “ (...) Basımı yüklenilen 2000 adet Düşünceye Saygı adlı eserin, davacının 25 Ocak 1980 tarihli ihtarnamesinde kabul eylediği bakiye alacak 3720 lirayı davalı Sami'ye ödemesi kaydıyla davalı Sami tarafından teslimine karar vermek gerekir.” denilmek suretiyle aynen ifaya ancak alacaklının kendi borcunu ifa etmesi şartıyla hükmetmiştir. (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr). Yine aynı şekilde, Yargıtay İBGK'nun 20.6.1951

Kanununda karşılıklı edimlerin aynı anda ifasına ilişkin kararların nasıl icra edileceğine dair açık bir hüküm bulunmadığından, Yargıtay'ın bu yöndeki şartlı ifa kararı çeşitli zorluklar doğurabilecek niteliktedir. Bu nedenle, kanaatimce Yargıtay'ın şartlı olarak aynen ifaya hükmetmesi yerinde değildir<sup>547</sup>.

## E- İmkânsızlık

### 1. Genel Olarak

İfanın talep edilemeyeceği hallerin en tipik örneği, hiç şüphesiz ifanın imkânsız olmasıdır. Bilindiği üzere, İsviçre – Türk hukuk sistemlerinde genel olarak imkânsızlığın ortaya çıkış anı göz önüne alınarak sözleşmesinin kurulmasından önceki ve sözleşmenin kurulmasından sonraki imkânsızlık farklı sonuçlara bağlanmıştır. Bu ayırım uyarınca “borcun konusundaki imkânsızlık” olarak nitelendirilmekte olan<sup>548</sup> sözleşmenin kurulmasından önceki objektif imkânsızlık, BK m. 20/f.II hükmünde sözleşmelerin geçersiz olması şeklinde sonuca bağlanmıştır<sup>549</sup>. Buna karşılık, sözleşmenin kurulmasından sonraki

---

tarihli 13 E. ve 5 K. sayılı içtihadı birleştirme kararında, mahkeme ilâmının hem davalı hem de davacı lehine iki ayrı hükmü ihtiva etmesi ve bunların birbirinden bağımsız olarak icra edilmesi hususları kabul edilmemiştir. (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr). Kararda, bu şekilde icraya dair bir hükmün ilâmın içeriğine aykırı düşeceğine işaret edilmiştir. Zira taraflardan biri, erken harekette bulunarak veya diğer tarafın karara uygun davranmasını fırsat bilerek edimini daha önce elde edebilecek; karşı tarafın edimini elde etmesine ise mani olabilecektir. Kararda ise, esas itibarıyla davacıya şarta bağlı bir hak tanınmak istendiği ifade edilmiştir. Buna göre, cebri icra safhasında davacı icra makamına karşı edimi tevdi ederek icraya girişebilecektir. *Kaniti* ise söz konusu kararın icra aşamasında karşılaşılabilecek zorluklar açısından eleştirmektedir. Bu hususta bkz. **Kaniti, Akdin İfa Edilmediği Def'i**, s. 173 vd.

<sup>547</sup> Aynı yönde, **Kaniti, Akdin İfa Edilmediği Def'i**, s. 165 vd; **Oğuzman/ Öz**, s. 276; **Eren**, s. 955.

<sup>548</sup> **von Tuhr (Edege)**, s. 252 vd; **Dural, İmkânsızlık**, s. 7; **Eren**, s. 295 vd; **Feyzioğlu, C. I**, s. 266 vd; **Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar**, s. 578; **Oğuzman/ Öz**, s. 76 vd; **Serozan, Borçlar**, s. 163 vd; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s. 403 vd.

<sup>549</sup> Öğretide başlangıçtaki imkânsızlığın BK 20'nin uygulamam alanından çıkarılarak, BK 96 ve BK 117 hükümlerinin kapsama alanına aktarılmasına ilişkin görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere ilişkin bkz. **Serozan, Rona**, “*Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkânsızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması*”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, c.II, İstanbul, 2007, s. 2029 vd; Aksi görüşte; **Altunkaya, Mehmet**, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005, s. 167 vd.

imkânsızlık ile başlangıçtaki imkânsızlık halleri “ifa imkânsızlığı” olarak nitelendirilmekte ve borçlunun imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulamayacağına göre Borçlar Kanununun 96. veya 117. maddesine tabi olmaktadır<sup>550</sup>.

Alman Medeni Kanununda (“BGB”) 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikler ile eski sistemde var olan sözleşmenin kurulmasından önceki – sonraki imkânsızlık ayrımı ortadan kaldırılmıştır. “Borcun ihlali” başlığını taşıyan BGB § 275 hükmü uyarınca, imkânsızlığın niteliğine bakılmaksızın borçlu edimini ifa etmekten kendiliğinden kurtulmaktadır. Aynı doğrultuda, yeni BGB sisteminde, eski BGB § 306 hükmü de kaldırılarak, borcun konusundaki imkânsızlık kesin hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkarılmıştır. Buna göre, BGB § 311 ile sözleşme konusu edim baştan itibaren herkes için imkânsız olsa dahi sözleşme geçerli şekilde kurulmuş sayılacaktır ve alacaklı, imkânsızlığı bilerek borç ilişkisine giren borçludan zararın tazminini talep edebilecektir<sup>551</sup>.

Alman hukukunda kabul edilmiş olan bu yeni düzenlemenin, sistemi basitleştirdiğini ve özellikle uygulamada büyük kolaylıklar sağlayacağını söylemek mümkündür. Bu düzenleme ile zamansal rastlantılara bağlı olarak aynı olgunun farklı hukuki sonuçlara bağlanmasının adaletsiz olduğu yönünde öğretide ileri sürülen eleştirilerin<sup>552</sup> de önüne geçilmiş olacağını söylemek mümkündür. Ancak mevcut Borçlar Kanununda olduğu gibi, Borçlar Kanunu Tasarısında da Alman Medeni Kanununda (“BGB”) yapılan değişiklikler doğrultusunda bir değişikliğe gidilmesi gündeme gelmemiş ve sözleşmenin konusundaki

<sup>550</sup> **Bucher, Eugen**, Chapter 8 Law of Contracts. Retrieved December 14, 2006, s. 115; **von Tuhr (Edege)**, s. 252 vd; **Dural, İmkânsızlık**, s. 7; **Eren**, s. 295 vd; **Feyzioğlu, C. I**, s. 266 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar**, s. 578; **Oğuzman/ Öz**, s. 76 vd.; **Serozan, Borçlar**, s. 163 vd; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s. 403 vd.

<sup>551</sup> **Markesinis/ Unberath/ Johnston**, s. 407; **Zimmermann, Reinhard**, Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations, Roma, 2002, s. 44; **Ergüne, Mehmet Serkan**, “*Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları*”, İÜHFİM, İstanbul, c. 62, s. 1-2, 2004, s. 367; **Serozan, Rona**, “*Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)*”, İÜHFİM, İstanbul, c. 58, sy.1-2, 2000, s. 234 vd.

<sup>552</sup> **Serozan, İmkânsızlık**, s. 2030; **Başpınar, Veysel**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998, s. 116, dn. 62 ve orada anılan Ziegler, Antje, Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre, Bern 1992, s.10.



imkânsızlık – ifa imkânsızlığı ayrımı korunmuştur. Bu nedenle bu başlık altında sadece ifa imkânsızlığı konusu ele alınacaktır. Zira sözleşmenin konusundaki imkânsızlık hallerinde, ortada geçerli bir borcun varlığından söz etmek mümkün olmayacağı için, aynen ifa konusu da gündeme gelmeyecektir.

Buna karşılık hemen ifade etmek gerekir ki, öğretide başlangıçtaki imkânsızlık - sonraki imkânsızlık ayrımını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Başpınar'a göre<sup>553</sup>, imkânsızlıkla ilgili bu kuralların düzenlendiği yerler farklıdır. Başlangıçtaki imkânsızlık hukuki işlem kurumu içerisinde yer alırken, ifa imkânsızlığı borcun ifası ve ihlali kurumu içerisinde yer almaktadır. Ayrıca sonraki imkânsızlık borcun sona erme sebeplerinden iken başlangıçtaki imkânsızlık sözleşmenin butlan sebeplerindedir.

Yazarın son ileri sürmüştüğü husus bir gerekçeden çok bugün kabul edilen sistemin bir sonucu olmaktan ibarettir. Kaldı ki, başlangıçtaki imkânsızlık ve sonraki imkânsızlık hallerinin farklı kurumlar içerisinde yer almasının da, bunların sonuçlarının benzer bir şekilde düzenlenmesine engel olmadığını düşünmekteyiz.

Bugün kabul edilen sistem uyarınca borcun ifasının imkânsızlaşması hâlinde, borcun ifasını olanaksız kılan sürekli ve kalıcı nitelikte bir ifa engelinin varlığı söz konusudur<sup>554</sup>. Bu sürekli ve kalıcı nitelikte ifa engeli sebebiyle, borcun

<sup>553</sup> **Başpınar, Kısmi Butlan**, s.116 dn. 62.

<sup>554</sup> Türk Borçlar Kanununun 96. ve 117. maddeleri, (İsviçre Borçlar Kanununun 97. ve 119. maddeleri) ile Alman BGB § 275 hükmünde ifa imkânsızlığı kavramı açıkça tanımlanmamış, sadece ifa imkânsızlığının sonuçları düzenlenmekle yetinilmiştir. Öğretide imkânsızlık kavramına ilişkin çeşitli tanımlar verilmiştir. *Dural'a göre*, ifa edilemeyen veya ifa edilemez hale gelen bir edimin ifası imkânsızdır (**Dural, İmkânsızlık**, s. 7). *Serozan'a göre* ifa imkânsızlığı, edimin içeriği değişmeksizin yani aliud ifa söz konusu olmaksızın, borçlunun aynen ifada bulunmasının olanak dışı olduğu, sürekli ve kalıcı nitelik taşıyan ve bu niteliği gereği temerrüdün karşısı olan bir ifa engelidir (**Serozan, Borçlar**, s. 163). *Eren* ifa imkânsızlığını dar anlamda ve edim sonucuna ilişkin ele alarak, edim sonucunun hem borçlu hem de üçüncü kişiler bakımından sürekli olarak yerine getirilmesinin mümkün olmaması olarak tanımlamaktadır (**Eren**, s. 995). *Tandoğan'a göre*; sözleşmenin kurulması esnasında mevcut olmayan ancak sonradan ortaya çıkan, bertaraf edilemez nitelikteki bir engelin borçlunun edimini ifa etmesini engellemesi hâlinde ifanın imkânsız hale gelmesidir

gecikmiş de olsa ifa imkânı bulunmadığından, alacaklının ifa talebinde bulunması ve borçluyu borcunu ifaya zorlaması mümkün olmayacaktır<sup>555</sup>. Dolayısıyla, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasından sonra sözleşmeden doğan borçların imkânsızlık yüzünden yerine getirilememesi hâlinde borcun hiç ifa edilmemesi söz konusu olacaktır.

Kanun koyucu imkânsızlıktan borçlunun sorumlu tutulup tutulamayacağını esas alarak ikili bir ayrıma gitmiştir<sup>556</sup>. Borçlunun imkânsızlıktan sorumlu

---

(**Tandoğan, Mesuliyet**, s. 395). Buna karşılık, öğretide imkânsızlık kavramını geniş yorumlayarak, ifanın dürüstlük kuralı uyarınca borçludan beklenemeyeceği halleri de imkânsızlık kavramı içinde değerlendirmekte olan görüşler bulunmaktadır. (Bu görüşler için bkz. **Tandoğan, Mesuliyet**, s. 397 ve orada anılan **Becker, H**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abt. 2. Aufl. Bern, 1941, II. Abt. Bern 1934, Art. 97, Nr. 16-20; **Oser-Schönenberger**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, 1. Teil, 2. Aufl., Zürich, 1929, 2. Teil, 2. Aufl. Zürich, 1936, Art. 97, Nr.7; **Barth, Hans Rudolf**, Schadenersatz bei Nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, Diss. Zürich, 1958, s. 22 vd.) Görüldüğü üzere tüm bu görüşler, ifa imkânsızlığını borçluyu dikkate alarak tanımlanmakta ve ifanın mümkün olup olmasını borçlu açısından değerlendirilmektedir (ayrıca bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s. 907 vd; **Oğuzman/ Öz**, s. 306, dn. 82 ve orada anılan **von Tuhr/ Escher**, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich, 1974, § 68, I, s. 94; **Becker**, Berner Kommentar zum Schweiz, Privatrecht, Obligationenrecht I. Abteilung, Bern, 1941, II. Abteilung, Bern, 1944, Art. 20 N. 2, Art.97, N.13, **Bucher, E.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich, 1988, s. 248; **Guhl/ Merz/ Kummer**, Das Schweizerisches Obligationenrecht, 7. Aufl. Zürich, 1980, s. 39). Buna karşılık, **Oğuzman/ Öz** ifa imkânsızlığı kavramını, alacaklının ifayı elde edebilmesi bakımından ele alarak, baskın görüşün aksine alacaklıyı nazara alarak ifa tanımlanmakta ve ifanın mümkün olup olmasını borçlu açısından değerlendirilmektedir (ayrıca bkz. **Oğuzman/ Öz**, s. 305-310).

<sup>555</sup> **Serozan, Borçlar**, s. 163.

<sup>556</sup> Öğretide, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlık halleri için borçlunun kusuru bakımından bir ayrımda bulunularak, kusurlu-kusursuz imkânsızlık kavramlarının yerine borçlunun sorumluluğu açısından konunun ele alınması gerektiği belirtilmiştir. Zira borçlu, imkânsızlığın meydana gelmesinde kusuru bulunmasa dahi sorumlu olabileceği gibi, kusuru bulunmasına rağmen sorumlu tutulmayabilir. Borçlunun imkânsızlığın meydana gelmesinde kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulması haline, ifa yardımcısı kullanan borçlunun BK m. 100 uyarınca kusursuz olarak sorumlu olması ya da BK m. 102 gereği temerrüde düştükten sonra meydana gelecek ifa imkânsızlığından sorumlu tutulması örnek gösterilebilir. Borçlunun imkânsızlığın meydana gelmesinde kusuru bulunsa dahi sorumlu tutulmamasına ise, alacaklı temerrüdünün bulunması hâlinde, borçlunun hafif ihmalinden

olmaması hali Borçlar Kanununun 117. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık borcun yerine getirilmesine engel olursa, kural olarak borçlu borcundan kurtulur. Dolayısıyla, ifanın imkânsız olduğu hallerde, aynen ifaya hükmedilmeyecektir<sup>557</sup>.

Buna karşılık, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olması hali Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenmediğinden, bu hallerde Borçlar Kanununun 96. maddesi uygulanacaktır. Zira kanunda ayrıca düzenlenmemiş her türlü borca aykırılık haline Borçlar Kanununun 96. maddesinin uygulama alanı bulması gerekmektedir. Böylece alacaklı ifa imkânsızlığı hallerinde, müspet zararı ile birlikte gecikme yüzünden uğradığı zararını da talep edebilir<sup>558</sup>. Bu durumda alacaklının ifayı talep edemeyeceği açıktır.

---

sorumlu tutulmaması veya bir sorumsuzluk anlaşmasının mevcudiyeti örnek teşkil etmektedir (**Dural, İmkânsızlık**, s. 111; **Oğuzman/ Öz**, s. 317; **Serozan, Borçlar**, s. 199). Dolayısıyla, ifa imkânsızlığının borç ilişkisine olan etkisi bakımından önemli olan imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olup olmadığıdır. Dural'a göre, BK m. 117 hükmünde kusurdan bahsedilmemiş olması da, ifa imkânsızlığının borçlunun sorumlu olup olmamasına göre değerlendirilmesi gerektiğinin bir göstergesidir (**Dural, İmkânsızlık**, s. 110). Böylece öğretilde, kusurlu - kusursuz imkânsızlık ayrımı yerine, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olup olmamasına göre bir ayırım yapılmasının daha doğru ve geniş bir ifade taşıdığı, zira BK m. 117'nin uygulanmasının kusursuzluğa eş tutulan mücbir sebep ya da fevkalade halin varlığı ile sınırlı tutulmadığı kabul edilmiştir (**Dural, İmkânsızlık**, 109 vd; **Eren**, 1251; **Serozan, Borçlar**, s. 183). Ayrıca, öğretildeki baskın görüş uyarınca, Borçlar Kanunu Tasarısının 135. maddesinde "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşarsa borç sona erer*" denilmek suretiyle, borçlunun sorumlu olduğu ve sorumlu olmadığı imkânsızlık ayrımının Tasarıda da benimsendiğini görülmektedir.

<sup>557</sup> **Tekinay, Aynen İfa**, 426.

<sup>558</sup> **von Tuhr (Edege)**, s. 564; **Tercier, Obligations**, s. 270; **Pichonnaz, Pascal**, *Impossibilité et Exorbitance*, Edition Universitaires Fribourg Suisse, 1997, s. 13; **Dural**, s. 109; **Feyzioğlu, c.II**, s. 181; **Oğuzman/ Öz**, s. 305; **Serozan, Borçlar**, s. 183; **Tandoğan, Mesuliyet**, s. 395; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s. 904; **Tunçomağ, c.I**, s.485. Ancak gecikme yüzünden uğranılan zararın tazmin edilebilmesi için, borçlunun ifanın imkânsızlaşmasından önce temerrüde düşmüş olması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu gibi hallerde, ifa imkânsızlığına kadar borçlu temerrüdü hükümleri uygulanacak ve alacaklı ifanın imkânsızlaşmasına kadar olan gecikme zararının tazminini talep edebilecektir. İmkânsızlıktan sonra ise artık borçlu temerrüdü sona ereceği için, bu andan sonrasına ilişkin bir gecikme tazminatı istemek mümkün olamayacaktır.

Öğretide borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığının borç ilişkisine olan etkisini açıklayan iki farklı görüş mevcuttur. Öğretideki hâkim görüşe göre<sup>559</sup>, borçlu ifa imkânsızlığından sorumlu değilse, Borçlar Kanununun 117. maddesi uyarınca borç sona erecektir<sup>560</sup>. Buna karşılık, borçlu imkânsızlıktan sorumlu ise borcun içeriği değişerek Borçlar Kanununun 96. maddesi uyarınca ifası imkânsızlaşan edimin yerini tazminat borcu alacaktır. Dolayısıyla borç sona ermeyeceğinden, borca ait fer'i haklar devam edecek, borca ait zamanaşımı süresi işleyecek ve asıl borca ilişkin savunma imkânları da tazminat alacağına karşı ileri sürülebilecektir. Buna göre, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık sonucu, mübadele ilişkisi tazminat borcu ile alacaklının ifa etmekle yükümlü olduğu edim arasında devam edecek ve alacaklının borçlunun ediminin yerini alan tazminat alacağına kavuşabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan vadeye kadar beklemesi ve kendi edimini ifa etmesi gerekecektir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlığın borcu sona erdirmeyeceği, sadece borcun içeriğini değiştirerek tazminat borcuna dönüştüreceği yönündedir<sup>561</sup>.

Buna karşı diğer görüş<sup>562</sup> ise, ifası imkânsızlaşan her borcun sona ereceğini; dolayısıyla borçlunun sorumlu olduğu ve sorumlu olmadığı ifa

<sup>559</sup> **von Tuhr (Edege)**, s. 569 vd; **Eren**, s. 1252; **Feyzioğlu, c.II**, s. 181 ve 188; **Serozan, Borçlar**, s. 198; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s. 853-854.

<sup>560</sup> Bunun yanı sıra, şayet imkânsızlıktan önce alacaklı kendi edimini ifa etmiş ise, BK m. 117 hükmünün sebepsiz zenginleşme kurallarına yaptığı yollama sonucu, alacaklının kendi edimini geri isteyebileceği ifade edilmiştir. Ancak edimini geri istemesinin alacaklı açısından bir değer ifade etmediği hallerde, fark teorisi uyarınca alacaklı tazminatın bu durum göz önüne alınarak tayin edilmesini talep edebilecektir (**Oğuzman/ Öz**, s. 314; **Serozan, Borçlar**, s. 171).

<sup>561</sup> Yargıtay 13. HD, 25.1.1993 tarih, 1992/8546 Esas ve 1993/348 Karar sayılı kararı: Yargıtay, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlığın borç ilişkisine olan etkisini inceleyerek, "*doktrindeki hâkim görüş uyarınca, borçlunun kusuru yüzünden ifa imkânsız hale gelse bile taraflar arasında borç ilişkisinin devam edeceğini, böyle bir imkânsızlığın yalnızca alacak hakkının içeriğini değiştireceğinden, imkânsızlaşan edimin yerini alacaklının zararını tazmin yükümü alacağını ve taraflar arasında borç ilişkisi devam ettiği için rehin ya da kefalet gibi asıl alacağa bağlı teminatların, tazminat alacağı yönünden de devam edeceğini*" ifade etmiştir. (Bu yönde ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD, 2.6.2004 tarih, 2003/6445 Esas ve 2004/3081 Karar sayılı kararı (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

<sup>562</sup> **Oğuzman/ Öz**, s. 311 dn. 111 ve orada anılan **Engel**, *Traité des Obligations en Droit Suisse*, Neuchâtel, 1973, s. 464; **Oğuzman/ Öz**, 311-314 ve 444; **Oğuzman, Kemal**, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre İş Akdinin Feshi*, İstanbul, 1955, s. 144-145; **Öz, Eser Sözleşmesi**, s. 156 dn. 12.

imkânsızlığı arasında borcun sona ermesi yönünden bir fark olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık hâlinde borcun sona ereceğini benimsemek, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından önem taşımaktadır. Zira BK m. 117/f.II uyarınca iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, imkânsızlık sonucu bir yandan borcundan kurtulan taraf, diğer yandan da karşı alacağını kaybetmektedir<sup>563</sup>. Aynı sonucun borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık hâlinde de uygulanması yerinde olacaktır<sup>564</sup>. Buna göre sorumlu olduğu imkânsızlık sebebiyle borcu sona eren borçlu, karşı edimini de kaybedecek, bir diğer ifadeyle karşılıklı borçlar sona erecek ve alacaklının karşı edimini ifa etme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Buna göre, borçlunun sorumlu olduğu ve sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı arasındaki tek fark borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık yüzünden borcun sona ermesi hâlinde, borçlunun BK m. 96 uyarınca alacaklının uğradığı zararı tazminle yükümlü olmasıdır<sup>565</sup>.

<sup>563</sup> Meğerki sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan bir istisna mevcut olsun. Bilindiği üzere bu konuda kanundan kaynaklanan en önemli istisna, Borçlar Kanununun 183. maddesidir. Bugün oldukça eleştirilen ve uygulama alanı olabildiğince sınırlandırmaya çalışılan söz konusu hükme göre, parça satımında hasar sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya geçmekte ve edimin sözleşmenin kurulmasından sonra hasara uğraması veya tamamen telef olması hâlinde satıcı karşı edimini talep edebilmektedir. Borçlar Kanunu Tasarısı, yapılan eleştirileri de göz önüne alarak hasarın intikali anı olarak zilyetliğin geçişi anını kabul etmiştir. Buna karşılık Uluslararası Satım Sözleşmeleri'ne İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) hasarın intikali anına ilişkin sorunların çözümünde teslim kavramını veya mülkiyetin geçişini esas almak yönündeki yaklaşımı benimsememiş, bunun yerine 67. vd maddelerde farklı olasılıkları dikkate alan daha esnek bir çözüm yolu kabul etmeyi tercih etmiştir. Anlaşma, gönderme borcu doğuran satım sözleşmelerini, nakil hâlinde bulunan malların satımını ve aranılacak veya götürülecek borç doğuran satım sözleşmelerini ayrı hükümlerle düzenlemiş durumdadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. s. § 2 II E 1 e.

<sup>564</sup> Bu görüş öğretide özellikle iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshini kolaylaştırıcı bir durum yaratmak suretiyle işçi aleyhine sonuçlar doğabileceği için eleştirilmiştir (**Kaniti, Salamon;** Mahkeme Kararları Kroniği, İÜHFİM, c.XXIX, sy.4, s.1206 vd; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip;** Kitap Tanıtım: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre İş Akdinin Feshi, İBD, c. XXIX, s. 8, sh.394-395).

<sup>565</sup> *Oğuzman/ Öz'e* göre buradaki tazminat borcu, asli edimin içeriğinin değişmesi anlamını taşımamaktadır; Kanundan doğan yeni bir borçtur. Bu bakımdan alacaklının tazminat talebinde bulunması için vadeye kadar beklemesi gerekmeyecek ve imkânsızlık anından itibaren tazminat alacağını talep edilebilecektir. Buna göre, BK m. 96 uyarınca borçlunun ödeyeceği tazminat, borcun konusu edim değil, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık sonucu bir yaptırım olarak ödenecek tazminattır. (**Oğuzman/ Öz,** 312) Dolayısıyla, tazmin edilecek zarar, alacak hakkının kaybindan kaynaklanan zarardır (**Oğuzman/ Öz,** 312, dn. 113).

Bu bağlamda, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmasına karşılık, alacaklıdan borcunu ifa etmesini talep ettiği durumlarda BK m. 81 uyarınca ödemelik def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği de önem taşımaktadır. Öğretideki bir görüş<sup>566</sup>, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmasına rağmen, alacaklıdan edimini ifa etmesini talep ederse, alacaklının ödemelik def'ini ileri sürerek borçlunun ifa talebini reddetmesi mümkün olacaktır. Zira edimle karşı edim arasındaki ilişki, bundan sonra edim ile tazminat borcu arasında yürüyecektir. Diğer bir ifade ile imkânsızlaşmayan edim ile tazminat borcu arasında değişim ilişkisi varlığını koruyacak, bu nedenle de tarafların ödemelik def'i ileri sürmeleri mümkün olacaktır<sup>567</sup>. Bu görüş uyarınca, imkânsızlaşan edimin yerini tazminat borcuna bırakmasının ödemelik def'inin ileri sürülebilmesi bakımından bir etkisi olmayacaktır. Bu durumun tek istisnası, ticari satımlardadır. Borçlar Kanununun 212. maddesinin 2. fıkrası, ticari satımlarda fark teorisini benimsemiş olduğu için, artık ödemelik def'inin ileri sürülmesine yer olmayacaktır<sup>568</sup>.

Buna karşı Oğuzman/ Öz tarafından savunulan diğer görüşe göre<sup>569</sup>, bu gibi hallerde artık ödemelik def'inin ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Zira bu def'inin ileri sürülebilmesi için gereken şartlardan biri de karşılıklı borçların her ikisinin de doğmuş ve sona ermemiş olmasıdır. Buna göre, borçlunun alacaklıdan ifayı talep etmesi hâlinde, imkânsızlık sonucu borç sona ermiş olacağı için ödemelik def'inin ileri sürülebilmesi için gereken şartlar oluşmamış olacak ve

<sup>566</sup> **Kaniti, Akdin İfa Edilmediği Def'i**, s.108, **Feyzioğlu, C. II**, s. 185-186.

<sup>567</sup> Öğretide sadece edimi imkânsızlaşmamış olan tarafın değil, aynı zamanda edimi sorumlu olduğu bir sebepten dolayı imkânsızlaşmış olan ve bu nedenle Borçlar Kanununun 96. maddesi uyarınca bir tazminat ödemek zorunda olan kimsenin de ödemelik def'ine başvurabileceği kabul edilmektedir. **Kaniti, Akdin İfa Edilmediği Def'i**, s.108,

<sup>568</sup> **Kaniti, Akdin İfa Edilmediği Def'i**, s.108.

<sup>569</sup> **Oğuzman/ Öz**, s. 272. Öte yandan belirtmek gerekir ki bu görüş, öğretideki hâkim görüşün aksine, borçlu ister sorumlu olsun, ister olmasın her türlü imkânsızlığın borcu sona erdireceği fikrine dayanmaktadır. Dolayısıyla öğretideki baskın görüş uyarınca, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık sonucu borcun sona ermeyeceği, yalnızca içeriğinin değişerek tazminat borcuna dönüşeceği kabul edilirse, tazminat borcunu ifa etmeyen ancak bu tazminat borcunun karşı edimini talep eden borçluya karşı alacaklının, BK m. 81 uyarınca ödemelik def'ini ileri sürebileceğinin kabulü gerekmektedir. Bu takdirde baskın görüş uyarınca, ancak borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık hâlinde BK m. 117 uyarınca borç sona ereceği için ödemelik def'inin şartları oluşmadığından, ileri sürülmesi de mümkün olmayacaktır.

alacaklının ödemezlik def'inde bulunmasına gerek kalmadan, borcun sona ermiş olması borçlunun talebinin reddi için alacaklıya yeterli dayanağı sağlayacaktır.

Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, Borçlar Kanununun 117. maddesi açısından böyle bir sorunun ortaya çıkması mümkün değildir. Zira bu hallerde tarafların karşılıklı olarak borçları sona ereceği için, bir ödemezlik def'inin de ileri sürülmesine imkân ve ihtiyaç bulunmayacaktır. Ancak öğretide, imkânsızlığı ispat yükü davacıya düştüğü için, imkânsızlık kesin olarak anlaşılmadığı sürece, diğer tarafın ödemezlik def'ine dayanabileceği savunulmuştur<sup>570</sup>.

Alacaklının imkânsızlıktan sorumlu olması<sup>571</sup> hâlinde durumun ne olacağına ilişkin hukukumuzda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Borçlar Kanunumuzun 90. vd. maddelerinde alacaklının temerrüdü düzenlenmiş, 95. maddede ise alacaklı yüzünden borcun ifa edilemediği diğer hallerde de alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı hükmüne yer verilmiş ise de, Kanunumuzda ifa imkânsızlığının alacaklıdan kaynaklandığı durumlarda, bu durumun sonuçlarının ne olacağı konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Zira ifanın alacaklı yüzünden imkânsızlaşması ifanın alacaklı yüzünden ifa edilemediği diğer hallerden farklı bir durumdur. Unutulmamalıdır ki, 95. madde alacaklı temerrüde hükümlerine atıf yapmakla yetinmektedir. Verme borçlarında ise alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca borçlunun elindeki imkân şeyi veya bedelini tevdi etmektir. Oysa ifanın alacaklı yüzünden imkânsızlaştığı bir durumda tevdi veya malın satılması olanağının da bulunamayacağı açıktır. Bu nedenle bugün Öğretide bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğu kabul

<sup>570</sup> **Kaniti, Akdin İfa Edilmediği Def'i**, s.106.

<sup>571</sup> Alacaklı yüzünden ifanın imkânsızlaşması, alacaklı temerrüdünden ve ifanın alacaklı yüzünden yerine getirilmediği durumlardan farklıdır. Bir hizmet sözleşmesinde, işverenin işçiyi iş göremeyecek hale sokacak şekilde yaralaması sonucu iş görme borcunun işveren tarafından imkânsızlığa uğraması, arsa sahibinin inşaat yapacağı arsaya inşaat izni alamaması, düğün için çağrılan orkestranın düğün saatinin alacaklı tarafından yanlış bildirilmesi sonucu düğünde çalamaması bu gibi durumlara örnek olarak gösterilebilir (**Oğuzman/ Öz**, s. 292; **Serozan, Borçlar**, s. 153).

edilmektedir<sup>572</sup>. Ancak bu gibi hallerde dahi, alacaklının borcundan kurtulacağında tereddüt etmemek gerekir. Nitekim Türk hukukunda hâkim görüş<sup>573</sup>, bu gibi hallerde alacaklı yüzünden borcun ifasının imkânsızlaşması halini özel olarak düzenleyen BGB §326/b.II hükmünün<sup>574</sup> kıyasen uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. BGB § 326/b. II hükmünde, alacaklının imkânsızlıktan tek başına ya da ağırlıklı olarak sorumlu olması hâlinde, borçlunun borcundan kurtulacağı ve karşılıklı sözleşmelerde karşı edimi talep edebileceği öngörülmüştür. Ancak borçlunun karşı edimi talep hakkına sahip olduğu bu durumda, borçlunun asli edimini yerine getirmekten kurtulmasından ötürü tasarruf ettiği şeyler veya iş gücünü başka şekilde kullanması sebebiyle elde ettiği kazançlar ya da kötü niyetle elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar, alacaklının karşı ediminden indirileceği belirtilmiştir<sup>575</sup>. Buna göre, Türk hukukunda alacaklının imkânsızlıktan sorumlu olması haline ilişkin kanundaki boşluğun aynı esaslar benimsenmek suretiyle doldurulması gerekmektedir<sup>576</sup>.

Görüldüğü üzere, ifa imkânsızlığından sorumlu olan tarafa ve kabul edilen görüşe göre karşı edimin bir ifa davası ile talep edilip edilemeyeceği değişiklik göstermekte ise de, tüm bu ihtimallerin ve görüşlerin ortak noktası ifa imkânsızlığının varlığı hâlinde, bundan kimin sorumlu olduğuna bakılmaksızın borçluya karşı bir aynen ifa davasının açılmayacak olmasıdır. Öte yandan, Alman hukukunda eski ve çok kabul görmeyen bir görüş<sup>577</sup> edimin

<sup>572</sup> **Oğuzman/ Öz**, s.292; **Akkanat, Halil**, Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar, İstanbul, 1996, s.37

<sup>573</sup> **Akkanat**, s. 37 vd.; **Dural, İmkânsızlık**, s.169 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s. 292; **Serozan, Borçlar**, s. 153 vd.

<sup>574</sup> Her ne kadar BGB sistemi 2002 reformu ile değişmiş ise de, eski BGB § 324/b. I'de yer alan düzenleme, BGB § 326/b. II'de korunmuştur.

<sup>575</sup> **Ergüne, İmkânsızlık**, s. 373-374; **Serozan, Borçlar**, s. 154.

<sup>576</sup> Buna karşılık Borçlar Kanunu Tasarısında da alacaklı yüzünden ifanın imkânsızlaşması halini düzenleyen bir hüküm öngörülmemiştir. Kanaatimce bu konunun Alman hukukundaki bir düzenlemeden kıyasen yararlanmak suretiyle çözülmesi yerine, özel bir düzenleme ile açıklığa kavuşturulması daha isabetli olurdu.

<sup>577</sup> Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Tekinay, Aynen İfa**, s. 425 ve orada dn. 9'da anılan **Planck/Siber**, Kommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hefte, 4. Aufl. 1914, 280, No.2 b; **Enneccerus/Lehmann**, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl. Tübingen, 1954, §48, s. 199.



imkânsızlaşması hâlinde dahi ifa davası açılabileceğini savunmaktadır. Bu görüş ispat külfetini borçluya yüklediği için uygun bulunmuştur. Zira açılacak ifa davasında borçlu imkânsızlığı ispatlamakla yükümlüdür. Ancak imkânsızlığın ispatlanamaması hâlinde aynen ifaya hükmedilecek ve borçluya edimi ifa etmesi için süre verilecektir. Bu süre içinde edim ifa edilmez ise, alacaklı tazminat talep edebilecektir. Hâlbuki ilk olarak ifa davası yerine tazminat davası açmış olsa, alacaklı imkânsızlığı ispatlamakla yükümlü olacaktır. Öte yandan, aynı gerekçelerle ifanın imkânsızlaştığının kesin olarak bilinmediği hallerde de tazminat davası açmak yerine aynen ifa davası açmak tercih edilmektedir. Böylece alacaklı ifa davası açar ve borçlu imkânsızlığı ispat edemezse, aynen ifaya hükmedilecektir. Ancak imkânsızlık nedeniyle borçlu edimini kendine tanınan süre içinde ifa edemezse, alacaklının süre sonunda tazminat hakkı doğacaktır. Bu durumda, borçlu borcun sonradan kendi kusuru olmaksızın imkânsızlaştığını ispat etmek zorundadır<sup>578</sup>.

Buna karşılık alacaklı, ifanın mümkün olmasına rağmen bir tazminat davası açmış ise, borçlu ifanın mümkün olduğu yönünde bir itiraz ileri sürebilecektir. Bu durumda, borçlunun sorumlu olduğu bir imkânsızlık söz konusu ise, alacaklının tazminat davası açması veya ıslah yoluyla ifa davasını tazminat davasına çevirmesi gerekir.

Kanaatimce tüm bu gerekçeler, edimin imkânsızlaşması hâlinde dahi alacaklının aynen ifa davası açabileceğini kabul etmek için yeterli değildir. Zira uygulamada<sup>579</sup> da çoğu zaman yapıldığı gibi, alacaklının ifa mümkünse ifaya,

<sup>578</sup> İspat yüküne ilişkin detaylı bilgi için bkz: **Pekcanitez/ Atay/ Özekes**, s. 423 vd.

<sup>579</sup> Yargıtay 13. HD. 25.10.2004 tarihli 5874 E. ve 15382 K. sayılı kararı uyarınca davacı "(...) sözleşmenin aynen ifa edilmesine ve 25.153.397.260. TL gecikme tazminatının ticari faizi ile tahsiline, sözleşme aynen ifa edilemezse 67.260.000.000.TL. cihaz bedelinin ve 25.153.397.260. TL gecikme tazminatının faizi ile tahsiline, ayrıca haksız tahsil edilen teminat tutarının paraya çevrilme tarihinden itibaren işlemiş faizi ile birlikte tutarı 2.621.539.726 TL'nin dava tarihinden faizi ile ödetilmesini istemiştir." (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

değilse tazminata karar verilmesi yolunda terditli bir dava<sup>580</sup> açması da her zaman için mümkündür<sup>581</sup>. Bu durumda, davanın tazminata çevrilmesine kadar geçen safhanın masrafları, kusurlu imkânsızlıktan doğan bir zarar olarak nitelendirilmekte ve imkânsızlıktan alacaklıyı haberdar etmemiş borçlu bu masraflardan sorumlu tutulmaktadır<sup>582</sup>.

Böylece özellikle borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık hâlinde -ve bir görüşe göre aynı zamanda borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık hâlinde de- kural, borç ilişkisinin tamamen ortadan kalkması olmakla birlikte, eğer edimin yerine geçecek bir kaim değer mevcutsa, istisnai olarak borç ilişkisi devam edecektir<sup>583</sup>. Ayrıca, borçlunun yapılan bir sözleşme ile hasarı yüklenmiş olması hâlinde, Borçlar Kanununun 117. maddesi uygulanamaz ve borçlunun sorumluluğu devam eder<sup>584</sup>. Ancak edimin aynen ifası mümkün olmadığı için, bu hallerde dahi sorumluluk bir tazminat ödemekten ibaret olacaktır.

Alman hukukunda yapılan reform sonrası 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Alman Medeni Kanunu (“BGB”) sisteminde, sözleşmede önceki ve sonraki bütün imkânsızlık halleri BGB § 275’de düzenlenmiş ve edimin objektif veya sübjektif olarak imkânsız olması durumunda artık bir ifa talebine yer olmadığı ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, edimin yerine getirilmesinin alacaklının edim çıkarı ile önemli bir oransızlık içinde bulunan bir masrafı gerektirmesi hâlinde (BGB § 275/b.II) veya kişisel olarak yerine getirilecek

<sup>580</sup> Terditli davaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Pekcanitez/ Atay/ Özokes**, s. 294 -295.

<sup>581</sup> **Üstündağ, Saim**, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, 1967, s. 165.

<sup>582</sup> **Eren**, s. 988; **Oğuzman/Öz**, s. 330.

<sup>583</sup> İmkânsızlaşan edimin yerine başka bir edimin kaim olması hâlinde borç ilişkisinin devam edeceği Alman hukukunda BGB’ nin 285. maddesinde düzenlenmiştir. Öte yandan, bu istisnanın İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerinde de geçerli olduğu kabul edilmektedir (**Dural, İmkânsızlık**, s. 183 vd.). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. s. § 2 III E 5.

<sup>584</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 127.

edimlerde borçludan bunun yerine getirmesi beklenemiyorsa (BGB § 275/b.III), yine imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir<sup>585</sup>.

Ancak imkânsızlığın hukuki sonuçlarına, diğer bir ifade ile alacaklının imkânsızlık sebebi ile ilgili taleplerine ilişkin olarak bu hükmün son fıkrası, BGB § 280, 283–285, 311a ve 326 hükümlerine atıf yapmakla yetinmiştir<sup>586</sup>. Buna göre imkânsızlık hâlinde meydana gelen sonuçlar şu şekildedir<sup>587</sup>:

- Borçlu imkânsızlıktan sorumlu ise, alacaklının BGB § 280 ve § 283 uyarınca ifanın yerine müspet zararın tazminini talep etme olanağı mevcuttur.
- Yine borçlu imkânsızlıktan sorumlu ise, alacaklı BGB § 284 uyarınca alacaklının, müspet zararının tazmini yerine, ifanın gerçekleşeceğine güvenerek ve hakkaniyete uygun biçimde yaptığı ve boşa çıkan masraflarının, yani menfi zararlarını tazminini istemesi mümkündür.
- BGB § 285 uyarınca borçlu sorumlu olsun olmasın, alacaklı imkânsızlaşan edimin yerini alan kaim değerlerin kendisine devrini talep edebilecektir. Ancak yine aynı hükme göre, alacaklının tazminat talep edebildiği hallerde, kaim değerlerin tazminat miktarından düşülmesi gerekecektir.

İmkânsızlık hâlinde karşı edim sorunu ise BGB § 326'da düzenlenmiştir<sup>588</sup>. BGB § 326/I uyarınca borçlu, BGB § 275 uyarınca asli edimini yerine getirmekten kurtulmuş ise, karşı edimi talep hakkını da yitirecektir. Meğerki borçlunun ediminin imkânsızlaşması alacaklının sorumlu olduğu bir durumdan kaynaklansın ya da edim alacaklı temerrüdünün mevcut olduğu bir

<sup>585</sup> **Wendtland, Holger**, “*Yeni Alman Borçlar Hukuku*”, (Çev. Mustafa Aksu), Prof. Dr. Ergun Özsünay’a Armağan, İstanbul, 2004, 353(360).

<sup>586</sup> **Markesinis/ Unberath/ Johnston**, s. 408; **Ergüne, İmkânsızlık**, s. 352-353; **Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri**, s. 230 vd.

<sup>587</sup> **Markesinis/ Unberath/ Johnston**, s. 408; **Ergüne, İmkânsızlık**, s. 360-364; **Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri**, s. 233 vd.

<sup>588</sup> **Markesinis/ Unberath/ Johnston**, s. 409- 411; **Ergüne, İmkânsızlık**, s. 372.

sırada borçlunun kusuru bulunmaksızın imkânsızlaşmış olsun. Bu son iki hâlde borçlunun karşı edimi talep etmesi mümkündür (BGB § 326/II). Ayrıca alacaklının kaim değerleri talep etmesi hâlinde de kendi edimini ifa etmekle yükümlü olduğu kabul edilmiş durumdadır (BGB § 326/III). Buna karşılık alacaklı, kendi karşı edimi de BGB § 326/I uyarınca sona ermiş olmasına rağmen, bu edimi daha önce ifa etmişse, sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen hükümler uyarınca borçludan iade talebinde bulunabilecektir (BGB § 326/V).

Görüldüğü üzere, bugünkü Alman sistemi ile Türk ve İsviçre hukuklarındaki düzenleme arasındaki ilk ve temel farklılık, Alman hukukunda sözleşmenin konusundaki imkânsızlık – ifa imkânsızlığı ayrımının kaldırılmış olmasıdır. Buna bağlı olarak imkânsızlıktan alacaklının sorumlu olduğu hallerde alacaklıya müspet zararının tazmini ve menfi zararının tazmini arasında bir seçim imkânı tanınmış durumdadır. Böylece borçlu temerrüdü ile ifa imkânsızlığı arasındaki zaman zaman suni kalan ve yukarıda da açıkladığımız üzere bazı ispat güçlüklerine yol açan ayırım da ortadan kalkmış olmaktadır<sup>589</sup>.

Alman hukukunda benimsenen bu sistemin bir diğer özelliği de, borç ilişkisinin sona ermesi açısından borçlunun sorumlu olduğu ve olmadığı ifa imkânsızlıkları arasında öğretide hâkim görüş tarafından ileri sürülen ayrıma da yer vermemiş olmasıdır. Buna göre borcun imkânsızlaşması hâlinde alacaklı da kurak olarak kendi ediminden kurtulacaktır. Borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olması sadece bir tazminat yükümlülüğünün doğmasına yol açacaktır. Kaldı ki, aynı sözleşmeden dönme hâlinde olduğu gibi alacaklı burada menfi zararının veya müspet zararının tazmini konusunda bir seçim hakkına sahip olacaktır.

Böylece Alman Medeni Kanununun yeni sistemi her bakımdan imkânsızlık haline ilişkin ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlık hallerini yeknesak

---

<sup>589</sup> Alman Hukukunda reform sonrasında, bir yandan tüm ifa engelleri “yüküm ihlali” olarak aynı pota altında toplanmış, diğer yandan da tüm bu ifa engelleri açısından tazminat ve dönme yaptırımları da birbirine paralel ve uyumlu bir biçimde düzenlenmiştir. **Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri**, s.234.

hale getirmeyi hedeflemiştir. Alman Medeni Kanununun bu tercihinin ne ölçüde ve ne zaman ülkemizde de yansımalarını bulacağını kestirmek oldukça güçtür. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısı'nda mevcut Kanunumuzun bu konudaki sisteminin aynen muhafaza edilmiş olması karşısında yakın zamanda böyle bir gelişmenin gerçekleşmesinin olası gözükmediğini söylemek mümkündür.

CISG imkânsızlık ve aşırı ifa güçlüğü için açık kurallar getirmemektedir. Bununla birlikte, CISG'de açık hüküm bulunmamasına karşılık, imkânsızlık veya aşırı ifa güçlüğü hallerinde aynen ifaya hükmedilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak bu sonucun teorik temelleri tartışmalıdır<sup>590</sup>. Öte yandan, PICC m.7.2.2 ile PECL m. 9.102 de imkânsızlık hâlinde ifa talebinin düşeceğini açıkça düzenlemektedir.

## 2. Geçici İmkânsızlık

### a) Genel Olarak

İfa süresinde edimin yerine getirilmesini engelleyen geçici ya da sürekli engeller ortaya çıkabilir. Buna göre, ifa süresinde ortaya çıkan engeller, edimin sonradan ifa edilebilmesi imkânını tamamen ortadan kaldırıyorsa devamlı imkânsızlıktan; buna karşılık engel devamlı değil ise ve ortadan kalktığı zaman edimin ifası yeniden mümkün oluyorsa, geçici imkânsızlıktan bahsedilmektedir<sup>591</sup>. İfa imkânsızlığından bahsedebilmek ve borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık sonucu BK m. 96 hükmünü uygulamak için bu imkânsızlık kural olarak sürekli olmalıdır<sup>592</sup>. Zira geçici imkânsızlığa borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiği öğretide kabul edilmektedir<sup>593</sup>. Bilindiği

<sup>590</sup> Bu tartışmalara ilişkin bkz. **Atamer, CISG**, s. 370 vd.

<sup>591</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 100 vd.

<sup>592</sup> **von Tuhr (Edege)**, s. 562; **Eren**, s. 998; **Feyzioğlu, c. I**, s. 177; **Oğuzman/Öz**, s. 315; **Tandoğan, Mesuliyet**, s. 398; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s. 909.

<sup>593</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 101; **Tandoğan, Mesuliyet**, s. 398.

üzere, Türk-İsviçre hukukunda, Borçlar Kanununun 101. maddesi uyarınca borçlunun temerrüde düşmesi için kusur aranmamaktadır. Diğer bir ifade ile borçlunun temerrüde düşmesi için ifade gecikmesi yeterli sayılmış olup, bu gecikmede kusurlu olması şart değildir. Dolayısıyla, borçlu geçici imkânsızlıktan sorumlu olsun ya da olmasın, temerrüde düşecektir. Para borcu dışında kalan hallerde, borçlu geçici imkânsızlık sebebiyle kusursuz olarak temerrüde düşmüş ise, alacaklı engelin ortadan kalkmasına kadar beklemek zorunda kalacaktır. Bunun dışında bir talep hakkı bulunmamaktadır. Sadece para borçlarında, borçlu geçici imkânsızlıktan sorumlu olmasa dahi, Borçlar Kanununun 104. maddesine göre, temerrüt faizi ödeyecektir.

Böylece alacaklı Borçlar Kanununun 106. maddesindeki dönme hakkını kullanmadığı sürece, sözleşme devam ettiği için, geçici imkânsızlık sona erdiğinde ifayı talep edebilecektir. Buna karşılık, geçici imkânsızlık sona erinceye kadar beklemek istemediğinden, alacaklı dönme hakkını kullanmış ise, sözleşme alacaklının iradesi ile dönme sonucu ortadan kalktığı için, geçici imkânsızlık hali sonradan ortadan kalksa bile sözleşmenin yeniden canlanması mümkün olmadığı için, ifanın talep edilmesi artık mümkün olmayacaktır<sup>594</sup>.

Öte yandan öğretide hâkim olan görüşe göre, bazı durumlarda geçici bir imkânsızlık söz konusu olmakla birlikte, sözleşmenin amacı imkânsız hale geldiğinden geçici imkânsızlık devamlı imkânsızlığa eşit sayılacak ve borç ilişkisi sona erecektir<sup>595</sup>. Bu görüş uyarınca örneğin, geçici imkânsızlığın ne kadar süreceği bilinmiyor ve bu durum sözleşmenin amacını tehlikeye düşürüyorsa veya edimin sonradan yerine getirilmesinde alacaklının bir menfaati kalmamışsa ya da zamanın geçmesi ile edim sözleşmede kararlaştırılandan tamamen farklı bir nitelik

<sup>594</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 105; Seliçi, Kesin Vade, s. 6.

<sup>595</sup> von Tuhr (Edege), s. 602; Dural, İmkânsızlık, s. 100 vd; Eren, s. 998; Oğuzman/ Öz, s. 315; Tandoğan, Mesuliyet, s. 398; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s. 909.

kazaniyorsa artık devamlı imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir<sup>596</sup>.

Kanaatimce borçlunun sorumlu olduğu hallerde bu görüşün kabul edilmesi mümkün ise de, borçlunun sorumlu olmadığı hallerde bu görüş isabetsiz sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Zira bu gibi durumlarda borçlunun Borçlar Kanununun 117. maddesi uyarınca borcundan kurtulduğunu kabul etmek gerekecektir ki, alacaklıya edimini tamamen kaybetmek yerine imkânsızlığın ortadan kalkmasını bekleme olanağının tanınmaması için hiçbir sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle borçlunun sorumlu olmadığı hallerde yukarıda sayılan ihtimallerde dahi, imkânsızlığın geçici olduğunu kabul etmek daha isabetlidir. Ancak edimi geçici olarak imkânsızlaşan borçlunun karşı edimini talep etmesi hâlinde, alacaklı Borçlar Kanununun 117. maddesi uyarınca kendi karşı ediminden kurtulduğunu ileri sürüyorsa, artık bu andan sonra karşı edimi talep etmesinin de mümkün olamayacağı açıktır.

Buna karşılık, devamlı olarak kabul edilen imkânsızlığın, sonradan geçici olduğunun ortaya çıkması hâlinde, imkânsızlık sebebiyle sona eren bir sözleşmenin; imkânsızlığın beklenmeyen şekilde ortadan kalkması hâlinde, yeniden hayat kazanamayacağı kabul edilmektedir. Öte yandan, devamlı olduğu düşünülen imkânsızlığın ortadan kalkması sonucunda halin icabına göre, eski ilişkinin etkisinin bir devamı olarak, tarafların eski ilişkiyi yeniden kurma borcu bulunduğu kabul edilmektedir<sup>597</sup>. Ancak dikkat edilecek olunursa bu hallerde dahi, edimin imkânsızlığının ortadan kalkması sözleşmeyi kendiliğinde geçerli hale getirmemekte, sadece tarafların dürüstlük kuralında kaynaklanan bir sözleşme yapma zorunlulukları ortaya çıkmaktadır.

<sup>596</sup> Bu durumun dürüstlük kuralının bir gereği olduğu yönünde bkz. Yargıtay HGK. 4.5.1959 tarihli, 32 E. ve 28 K. sayılı kararı (**Olgaç**, s.569)

<sup>597</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 108.

Kanaatimce bu görüşün kabul edilmesi hâlinde dahi, oldukça temkinli bir şekilde uygulanmasında fayda bulunmaktadır. Özellikle karşı tarafın da sözleşmeyi yeniden kurmasının beklenebilir olması kriterinin, karşı tarafın sözleşmeyi yeniden kurmaktan kaçınmasının dürüstlük kuralına aykırı olması olarak anlaşılmasında yarar bulunmaktadır.

İmkânsızlığın geçici olduğu durumlarda, borçlunun bu iddiasının bir itiraz mı, yoksa geçici def'i mi teşkil edeceği sorunu öğretide ele alınmamıştır. Kanaatimce işin niteliği gereği burada hâkimin resen göz önüne alabileceği bir itirazın bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Aksi takdirde, borçlunun bir savunma ileri sürmemesi hâlinde, hâkimin ifanın mümkün olmadığını bile bile aynen ifaya hükmetmesi gerektiği sonucuna ulaşmak gerekecektir ki, bu husus Türk hukukunun genel sistemine de uygun değildir.

Ancak bu noktada geçici imkânsızlığın borçlunun temerrüde düşmesine engel olmayacağını bir kez daha hatırlatmak gerekmektedir. Bu durumda karşımıza geçici imkânsızlığın kesin imkânsızlığa dönüşmesi hâlinde, borçlunun Borçlar Kanununun 102. maddesinin birinci fıkrası uyarınca temerrütten sonra meydana gelen kazalardan dahi sorumlu olduğu kuralının uygulanıp uygulanmayacağı sorusu gelecektir.

Türk hukukunda bu konu incelenmiş değil ise de, Kanaatimce kesin imkânsızlığa yol açan olgunun geçici imkânsızlığa yol açan olgu ile aynı olması hâlinde bu sorumluluğun kabul edilmemesi gerekmektedir. Zira bu durumda Borçlar Kanununun 102. maddesi anlamında sonradan ortaya çıkan bir kaza hali mevcut olmayacaktır. Bu durumda sadece imkânsızlık halinin başlangıçta geçici olduğunun sanılmasına rağmen aslında sürekli olduğunun sonradan anlaşılması durumu mevcuttur. Bu durumda da borçluyu borçlu temerrüdü hükümlerine göre sorumlu tutmak için hiç bir sebep bulunmamaktadır. Borçlunun imkânsızlıktan



sorumlu olması hâlinde, Borçlar Kanununun 96. maddesi uyarınca sorumlu olmaması hâlinde ise, 117. maddesine göre sorunun çözülmesi gerekecektir.

Buna karşılık sürekli imkânsızlığa yol açan olgunun, başlangıçta geçici imkânsızlığı doğuran olgudan farklı olması durumunda, aynı sonuca ulaşmak kolaylıkla mümkün değildir. Bu durumun borçlunun temerrüdünde sonra ortaya çıkması hâlinde, ortada Borçlar Kanununun 102. maddesi anlamında bir kazanın bulunduğunu kabul etmek ve borçluyu sorumlu tutmak en isabetli çözüm tarzı olarak gözükmektedir. Meğerki borçlu temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispatlayabilsin, yani diğer bir ifade ile geçici imkânsızlığın kendi kusuru ile ortaya çıkmadığını ispatlayabilsin. Özetle bu ikinci ihtimalde, geçici imkânsızlığa borçlunun sorumlu olmadığı bir husus yol açmışsa, borçlunun kazadan sorumluluğu söz konusu olmayacak, buna karşılık geçici imkânsızlıktan borçlu sorumlu tutulabiliyorsa ve borçlu temerrüde düşmüş ise, edimin sonradan sürekli olarak imkânsızlaşmasından borçlu sorumlu olsun olmasın, borçlunun 102. madde uyarınca sorumluluğu gündeme gelecektir.

Fransız hukukunda geçici imkânsızlık haline ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte *Cour de cassation* (temyiz mahkemesi) bir kararında geçici imkânsızlığın sözleşmenin sona ermesine yol açmayacağını, tarafların imkânsızlığın sona erip, ifanın mümkün hale gelmesini beklemeleri gerektiğini kabul etmiştir<sup>598</sup>.

Buna karşılık Alman BGB reformu sonrasında, imkânsızlık halini düzenleyen eski BGB § 308 düzenlemesinden farklı olarak, geçici imkânsızlık hali BGB § 275 hükmü kapsamında çıkarılarak sorunun çözümü öğretisi ve uygulamaya bırakılmıştır<sup>599</sup>. Buna göre, geçici imkânsızlık hâlinde alacaklı ifanın mümkün hale gelmesini beklemek istemiyorsa, BGB § 286 uyarınca borçluya

<sup>598</sup> Bell, John; Boyron, Sophie; Whittaker, Simon, Principles of French Law, Oxford, 1998, s. 345 ve orada dn. 297'de anılan Civ. (1) 24.02.1981, D. 1982, 479.

<sup>599</sup> Ergüne, İmkânsızlık, 361, dn. 26.

vereceği mehil sonunda ifadan vazgeçerek tazminat talep edebilecek veya sözleşmeden dönebilecektir<sup>600</sup>. Öte yandan, geçici imkânsızlığın devamlılık arz etmesi hâlinde, BGB § 275/b.I-III ve BGB § 326/b.I uyarınca borçlu ve alacaklının edimleri karşılıklı olarak sona erecektir. Alacaklının kendi ediminin istisnai olarak sona ermediği hallerde de alacaklı mehil vermesine gerek olmadan, tazminat talep edebilecek ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir<sup>601</sup>.

Görüldüğü üzere Alman hukukundaki çözüm tarzının da Türk ve İsviçre hukukları ile büyük ölçüde benzerlikler içerdiğini söylemek mümkündür. Gerek Fransız, gerek Alman, gerekse de Türk ve İsviçre hukuklarında kabul edilen temel prensip geçici imkânsızlığın sözleşmenin sona ermesine yol açmayacağı ve ifanın mümkün hale gelmesi ile birlikte edimin ifasının talep edilebileceği yönündedir. Bu konuda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, yine gerek Alman hukukunda, gerekse de Türk ve İsviçre hukuklarında, imkânsızlığın ortadan kalkmasını beklemek istemeyen alacaklının borçlu temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönebileceği ve borçlunun kusurunun bulunması hâlinde tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir.

## b) Kesin Vadeli İşlemler Açısından Geçici İmkânsızlık

Kesin vadeli sözleşmelerde<sup>602</sup> edimin geçici olarak imkânsız hale gelmesinde bir sürekli imkânsızlık değil, sadece temerrüdün ortaya çıkacağı kabul edilmektedir. Zira bu hallerde, edimin sonradan ifası mümkün olacaktır. Buna göre, alacaklı Borçlar Kanununun 107. maddesinin 3. bendi uyarınca, ayrıca ifa

<sup>600</sup> **Ergüne, İmkânsızlık**, s. 361, dn. 26 ve orada anılan **Medicus/ Rolland/ Schafer/ Wendtland**, § 3, Rdn. 49; **Schwab, Martin/ Witt, Carl-Heinz/ Mattheus, Daniela**, Einführung in das neue Schuldrecht, München, 2002, s.114; **Olzen, Dirk/ Wank, Rolf**, Die Schuldrechtsreform, Köln, 2002, Rdn. 102.

<sup>601</sup> **Ergüne, İmkânsızlık**, 361, dn. 26.

<sup>602</sup> Kesin vadeli sözleşmeler, borç ilişkisinin taraflarının anlaşarak vade tarihini belirlemeleri yanında borcun mutlaka belirlenen tarihte ve sürede ifası gerektiği hususunda da anlaşmış oldukları hukuki işlemlerdir. **Seliçi, Kesin Vade**, s. 3 **Oğuzman/Öz**, s. 422.

için bir mehil tayinine gerek olmaksızın 106. maddenin 2. fıkrasının kendisine tanıdığı haklardan yararlanabilecektir<sup>603</sup>.

Buna karşılık bazı durumlarda geçici imkânsızlığın ortadan kalkmasından sonra borçlunun ifa imkânı bulursa dahi, alacaklının ifada menfaati kalmadığı için sözleşmenin amacının elde edilmesi yani alacaklının tatmin edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumlar mutlak kesin vadeli sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır. Mutlak kesin vadeli sözleşmelerde, ifa zamanı sözleşmenin esaslı unsuru olarak belirlenmiş olup, ifanın belirlenen tarihte gerçekleştirilmemesi hâlinde sözleşmenin amacı ortadan kalkmaktadır<sup>604</sup>. Belirtmek gerekir ki burada vade açısından önem taşıyan husus, diğer kesin vadeli sözleşmelerden farklı olarak, zamanın geçmesi probleminde ziyade, borçlanılan edimle ilgili olarak alacaklının ifaya ilişkin menfaatinin kalıp kalmadığı hususudur.

Öğretide bir görüş mutlak kesin vadeli sözleşmelerde zamanın edimin esaslı bir unsurunu oluşturması nedeniyle, ifanın belirtilen zamanda yapılamaması hâlinde borcun amacının elde edilemeyeceğini ve dolayısıyla imkânsızlaşacağını kabul etmektedir<sup>605</sup>. Böylece, mutlak kesin vadeli sözleşmelerde edimin sözleşmede belirtilen ya da edimin bünyesine göre ifa edilmesi gereken zamanda yerine getirilememesi hâlinde geçici imkânsızlık, sürekli ve tam bir imkânsızlık sayılacak ve duruma göre Borçlar Kanununun 96. veya 117. maddesi uygulanacaktır<sup>606</sup>. Buna karşılık alacaklının ifaya olan menfaatinin devam ettiği durumlarda, yani diğer kesin vadeli işlemlerde temerrüt hükümleri

<sup>603</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 103-104; Eren, s. 998; Oğuzman/Öz, s. 422; Seliçi, Kesin Vade, s. 4; Serozan; Borçlar, s. 166; Tandoğan, Mesuliyet, s. 499; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 953; Tunçomağ, c.I, s. 939.

<sup>604</sup> Oğuzman/Öz, s. 422.

<sup>605</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 104; Tunçomağ, c.I, s. 471; Oğuzman/Öz, s. 422; Serozan; Borçlar, s. 166; Eren, s. 998.

<sup>606</sup> Eren, s. 999; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 909.

uygulanacaktır<sup>607</sup>. Buna örnek olarak, düğün günü giyilmek üzere hazırlanan gelinliğin düğün gününe yetiştirilememesi hali örnek olarak gösterilmektedir<sup>608</sup>.

Bu görüşe karşı bir görüş ise<sup>609</sup>, mutlak kesin vadeli işlemler ve dolayısıyla bunların imkânsızlık yaratması fikrine karşıdır. Buna göre, bir işlem mutlak kesin vadeli olsa dahi, yürürlükteki hukuk yönünden, Borçlar Kanununun 107. maddesinin 3. bendi uygulanacak ve dolayısıyla temerrüt söz konusu olacaktır. Zira imkânsızlık hükümleri aynen ifayı ortadan kaldırıp sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirirken, Borçlar Kanununun 107. maddesinin 3. bendinde bunun aksi düzenlenmektedir. Bu hallerde, aynen ifanın talep edilip edilmeyeceği, alacaklının iradesine bırakılmıştır. Alacaklı aynen ifayı istemiyor ise, kendisine Borçlar Kanununun 106. maddesinin 2. fıkrası gereğince kendisine sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır.

Bu konuda ikinci görüşün üstün tutulmasında yarar bulunmaktadır. Zira geçici imkânsızlığın sözleşmenin amacına ulaşmasına engel olup olmayacağı konusunda öncelikle değerlendirilmesi gereken, alacaklının ifaya olan çıkarının halen daha bulunup bulunmadığıdır. Şüphesiz bunu da en iyi değerlendirecek durumda olan alacaklı kendisidir. O hâlde alacaklının iradesinin dışında geçici imkânsızlığın sözleşmeyi sona erdirdiğini ve artık ifanın talep edilemeyeceğini kabul etmek için hiç bir gerekçe mevcut değildir. Bu durumda ifayı talep edip etmemek konusundaki kararı alacaklının iradesine bırakan ikinci görüş daha isabetli gözükmektedir. Unutulmamalıdır ki, bu gibi hallerde alacaklının sözleşmeden dönmesi için bir süre tayin etmesine dahi gerek bulunmamaktadır.

<sup>607</sup> Serozan, *Borçlar*, s. 157; Dural, *İmkânsızlık*, s. 103; Eren, s. 999.

<sup>608</sup> Altaş, Hüseyin, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı İfa İmkânsızlığı* (BK m. 117), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1991, s.27.

<sup>609</sup> Seliçi, *Kesin Vade*, s. 6; Dural, *İmkânsızlık*, s. 105 ve orada dn. Oser/ Schönerberger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivil-Gesetzbuch*, herausgegeben von Egger/Escher/Haab/Oser, V. Band, das Obligationenrecht, erster Halbband, Art. 1 – 182; kommentiert von Oser unter Mitwirkung von Schönerberger, zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1929. Art. 108, N. 6; von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich 1964. s. 372, Baer, *Das Fixgeschäft*, Dissertation, Zürich 1956. s. 19.

Yukarıdaki düğün örneğine dönecek olursak, ilk bakışta alacaklının bir menfaati kalmadığı için gelinliği talep etmesi için bir nedenin bulunmadığı ve burada ifa imkânsızlığı hükümlerinin uygulanmasının mantıklı olacağı düşünülebilirse de, alacaklının gelinliği hatıra olarak saklamak gibi manevi sebeplerle veya bir sonraki düğününde kullanmak üzere ya da bir tanıdığına vermek amacıyla halen daha talep etmesi olasıdır. Kaldı ki, hepsinin ötesinde ifa imkânsızlığı görüşünün kabul edilmesi hâlinde, alacaklının elindeki tek imkân müspet zararının tazminini talep etmek olacaktır. Buna karşılık borçlu temerrüdünün bulunduğu görüşünün kabul edilmesi durumunda, alacaklının ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini istemek veya sözleşmeden dönerek menfi zararının istemek konusunda seçimi imkânı da devam edecektir. Menfi zararının müspet zararından fazla olduğu durumlarda, alacaklının sözleşmeden dönme yolunu tercih etmek isteyeceği açıktır. Tüm bu sebeplerle alacaklıya, ifanın mümkün hale gelmesini bekleyip beklememek konusunda seçim imkânı sağlayan borçlu temerrüdü görüşüne taraftar bulunmaktayız.

Öte yandan, kesin vadeli olmayan sözleşmelerde ortaya çıkan geçici imkânsızlık halinin ne kadar süreceğinin bilinemediği durumlarda da sürekli ve kesin bir imkânsızlık halinin bulunduğu ve bu suretle imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği öğretide kabul edilmektedir<sup>610</sup>. Bu görüş isabetlidir. Bir an için bu görüş yukarıda savunmuş olduğumuz ve mutlak kesin vadeli işlemler de dahi geçici imkânsızlığın kendiliğinden sözleşmenin sona ermesine yol açmayacağına ilişkin görüşle çelişki hâlinde gözükse dahi, esasen bu hallerde menfaatler dengesi yukarıdakinden farklıdır. Zira burada ifayı talep edip etmemenin sadece alacaklının iradesine bırakılması isabetli olmayacaktır. Geçici imkânsızlığın ne kadar süreceğinin belli olmadığı bir ihtimalde borçlunun da sözleşmenin sona erdiğini savunmakta haklı bir menfaati bulunmaktadır.

<sup>610</sup> von Tuhr (Edege), s. 562; Eren, s. 998; Oğuzman/Öz, s. 316; Seliçi, Sürekli Borç, s.91, dn. 76; Tandoğan, Mesuliyet, s. 398.

Borçluyu belirsiz bir süre için borcu ile bağılı kılmak isabetli bir çözüm olarak gözükmemektedir.

Bununla beraber, imkânsızlık devam ettiği sürece alacaklının imkânsızlık hükümlerine dayanmamış olması hâlinde, imkânsızlık ortadan kalktıktan sonra borç ilişkisinin aynen devam edeceğinin; ancak imkânsızlık ortadan kalktıktan sonra ifayı talep etmenin dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı durumlarda borç ilişkisinin sona erdiğinin kabul edilmesi gerekmektedir<sup>611</sup>.

### c) Sürekli Borç İlişkileri Açısından Geçici İmkansızlık

Sürekli borç ilişkilerinde geçici bir süre için devam eden imkânsızlık, kural olarak, devam ettiği süre için kısmi imkânsızlık doğurur<sup>612</sup>. Buna örnek olarak, bir yıl süre ile yapılmış olan bir kira sözleşmesinde kullandırma ediminin bir veya bir kaç ay boyunca yerine getirilememesi gösterilebilir. Kullandırma ediminin yerine getirilemediği süre boyunca, imkânsızlık geçici olmakla birlikte kesindir. Diğer bir ifade ile bu edimin borçlusunun imkânsızlıktan sorumlu olduğu hallerde tazminat ödemesi gerekecektir (BK m.96), buna karşılık imkânsızlıktan sorumlu tutulamıyorsa bu süre boyunca borcundan kurtulacaktır. Bununla beraber karşı edimi talep etme hakkını da kaybedeceği açıktır (BK m.117/II).<sup>613</sup> Diğer bir ifade ile kullandırma ediminin imkânsızlaşmasından sorumlu olmasa bile, bu kimse

<sup>611</sup> Oğuzman/Öz, s. 316 ve dn. 129

<sup>612</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 105; Oğuzman/ Öz, s. 316. Öğretideki bir görüş, sürekli edimli borçlarda borçlunun borcunu nasıl ve ne kadar sürede ifa ettiğini esas alarak, ifanın devamlı, aralıksız, sürekli bir davranışla gerçekleştirildiği takdirde sürekli edimli borçların söz konusu olacağını ileri sürmektedir (Oğuzman/ Öz, s. 10). Buna karşı bir diğer görüş, sürekli edimlerin mevcudiyeti için borçlunun bu edimi ifa süresinin değil, alacaklının edimdeki menfaatinin süreye yayılıp yayılmadığına bakılması gerektiğini savunmaktadır (Seliçi, Sürekli Borç, s. 7-8).

<sup>613</sup> Seliçi, Sürekli Borç, s.96

kiracıdan kira bedelini isteyemeyecektir. Bu durumun tek istisnası hizmet sözleşmeleri açısından Borçlar Kanununun 328. maddesinde kabul edilmiştir<sup>614</sup>.

Buna karşılık sürekli edimin ifa edileceği tarihlerin Eylül ayından Eylül ayına gibi kesin tarihler ile belirlenmemiş, sadece 1 yıl gibi bir süre şeklinde belirlenmiş olması durumunda, 1 yıllık sürenin bitiminden sonra dahi, geçici ifa imkânsızlığının sürdüğü dönem boyunca gecikmenin telafi edilebileceği, diğer bir ifade ile 1 yıllık sürenin geçici imkânsızlık süresi kadar uzayacağı ifade edilmektedir<sup>615</sup>.

Dural'a göre, eğer geçici imkânsızlık, borç ilişkisi süresi boyunca devam eder ya da alacaklıdan imkânsızlığın sona ermesini beklemesi istenemez ise, geçici imkânsızlığın devamlı imkânsızlığa eş olduğu kabul edilir ve sürekli borç ilişkisi sona erer<sup>616</sup>. Buna karşılık Seliçi, geçici imkânsızlığın varlığı hâlinde, tarafların sözleşme ilişkisine devam etmelerinin<sup>617</sup>, dürüstlük kuralı gereğince kendilerinden beklenemez olduğu hallerde dahi bu durumun sürekli ve tam bir imkânsızlığa yol açmayacağı, diğer bir ifade ile sözleşme ilişkisini kendiliğinden sona ermeyeceği, bu hususun sadece bir haklı sebeple fesih hakkı ortaya çıkaracağı görüşündedir<sup>618</sup>.

<sup>614</sup> Buna göre uzun süren bir hizmet ilişkisinde işçinin kısa bir süre için hastalık veya askerlik gibi bir sebeple kusuru olmadan hizmet edimini yerine getirememesi onun ücret talep etme hakkının kaybına yol açmayacaktır. Bu hükmün gerekçesi olarak işçinin ücret alacağının bir geçim vasıtası olarak korunması gereği gösterilmektedir. **Seliçi, Sürekli Borç**, s.96

<sup>615</sup> **Seliçi, Sürekli Borç**, s. 97 ve dn. 89'da anılan **Nastelski**, Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, JuS 1962, 289, s. 294; **Thume**, Der § 324 BGB bei Dauerschuldverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsvertrages, Nürnberg, 1968, s. 82, **Schmid**, Die Bedeutung des allgemeinen Schuldnerverzugsrechts für die Verzugsregelung bei Miete und Pacht, Bern 1956, s.52. Ayrıca bkz. **Altaş**, s. 30.

<sup>616</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 108.

<sup>617</sup> Sürekli borç ilişkisine devam etmek, burada ifanın tekrar mümkün olmasını beklemek anlamına gelmektedir.

<sup>618</sup> **Seliçi, Sürekli Borç**, s.96, 97.

Kanaatimce sözleşmeyi olabildiğince ayakta tutma prensibinin de bir sonucu olarak bu gibi hallerde sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğini kabul etmek yerine taraflara sözleşmeyi feshetme olanağının tanınması daha isabetli gözükmektedir. Kaldı ki böyle bir tutum tarafların iradelerine de üstünlük tanıdığı için tercih edilmesi daha yerinde olacaktır.

### 3. Kısmi İmkânsızlık

Borçlar Kanununun 117. maddesinde sadece imkânsızlığın tam olması hali düzenlenmiştir. Öte yandan, imkânsızlığın borcu sona erdirdiği genel kuralından hareketle İsviçre/ Türk hukukunda kısmi imkânsızlığın da borcu ancak kısmen sona erdireceği kabul edilmektedir<sup>619</sup>. Bu bağlamda edimin tamamı yerine getirilemiyorsa tam imkânsızlık, buna karşılık sadece bir bölümü yerine getirilemiyorsa kısmi imkânsızlık söz konusu olacaktır<sup>620</sup>. Ancak tam ya da kısmi imkânsızlığın söz konusu olabilmesi için edimin, fiilen ya da hukuken bölünebilir olması şarttır<sup>621</sup>. Buna göre, edim fiilen bölünemiyorsa, ya da fiilen bölünebilmekle beraber kısmen ifa sözleşmenin amacına uygun düşmüyorsa, artık burada kısmi imkânsızlık tam imkânsızlığa eşit sayılacaktır. Bu konuda alacaklının çıkarı önem taşımaktadır. Eğer kısmi ifa sonucunda alacaklı kısmen dahi bir çıkar elde etmeyecek ise sözleşme tamamen sona erecektir<sup>622</sup>. Ancak, borcun tamamen sona erdiğini ileri sürme yetkisi alacaklıdadır. Eğer alacaklı kısmen ifanın kendisine herhangi bir menfaat sağlamaması nedeniyle borcun tamamen sona erdiğini ileri sürmez ise, artık kalan kısmın borçlu tarafından ifa edilmesi zorunludur. Borçlu edimin kalan kısmını ifa etmez ise, alacaklı kısmen

<sup>619</sup> von Tuhr (Edege), s. 563; Dural, İmkânsızlık, s. 128; Eren, s. 999; Feyzioğlu, c.II, s. 380; Oğuzman/ Öz, s. 433; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 910; Tunçomağ, c.I, s. 471.

<sup>620</sup> Dural, İmkânsızlık, 90 vd; Eren, 999; Feyzioğlu, c. II, 177; Oğuzman/ Öz, 316; Serozan, Borçlar, 168; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 910; Tunçomağ, c.I, s. 478.

<sup>621</sup> Hukuken ya da fiilen bölünebilmesi mümkün olmayan bir edimin ifasının imkânsızlığa uğraması hâlinde, kısmi ya da tam imkânsızlık ayrımı bir değer ifade etmeyecek ve bu durumda edimin bütünü için imkânsızlık mevcut olacaktır (Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 910).

<sup>622</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 129; Oğuzman/Öz, s. 306.



ifayı talep etme hakkına sahip olacaktır ve borçlu kalan kısım bakımından borçlu temerrüdüne düşmüş sayılacaktır.

Yürürlükte Kanunumuzdan farklı olarak, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 136. maddesinde kısmi imkânsızlık açıkça düzenlenmiştir. Tasarının söz konusu hükmünün birinci fıkrasına göre; *“Borcun ifası kısmen imkânsızlaşursa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak bu kısmi imkânsızlık önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer”*.

Bu bağlamda ilk dikkati çeken husus, kısmi imkânsızlığın tam imkânsızlığa eşdeğer sayılması konusunda öğretilerde alacaklının menfaatinin dikkate alınması gerektiği genel olarak kabul edilmekte iken, Tasarının, tarafların Borçlar Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrasına benzer bir düzenleme ile tarafların kısmi imkânsızlığı öngörselerdi böyle bir sözleşmeyi yapmayacaklarının anlaşılması kriterini benimsemiş olmasıdır.<sup>623</sup>. Ancak hükmün ikinci fıkrası, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından önemli bir istisna tanımaktadır. Buna göre, *“Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır.”* Yani karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmi imkânsızlık hükümlerinin mi uygulanacağı, yoksa tam imkânsızlığın mı söz konusu olacağını belirleme yetkisi tamamen alacaklıya bırakılmış durumdadır.

<sup>623</sup> Bu bağlamda öğretilerde ileri sürülen, kısmi imkânsızlık hali için öngörülen prensiplerin Tasarı'nın söz konusu hükmü ile kabul edilmiş olduğu yönündeki görüşe ( **Kuntalp, Erden; Barlas, Nami; Ayanoglu Morali, Ahi; Cavuşoglu Iştan, Pelin; İpek, Mehtap; Yaşar, Mert; Koç, Sedef**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 83) bu açıdan katılmamaktayız.

Kanaatimce gerek mevcut Borçlar Kanunumuz açısından ileri sürülen görüşler, gerekse de Tasarının karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından kabul ettiği kriter kısmi imkânsızlığın borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle ortaya çıktığı hallerde her zaman için hakkaniyete uygun bir çözüm tarzı getirmemektedir. Bu durum özellikle karşı edimin para borcu dışında bir husus olduğu hallerde göze çarpmaktadır. Karşı edimin para borcu olduğu hallerde bu çözüm tarzının isabeti olduğu savunulabilir ise de, karşı edimin para borcu dışında bir şey olduğu hallerde, edimi imkânsızlaşan borçlunun karşı edime kısmen kavuşmak zorunda kalmasının her zaman için kendisini tatmin etmeyebileceği, diğer bir ifade ile karşı edimin kısmen ifa edilmesinin kendisi açısından bir anlam ifade etmeyebileceği açıktır. Karşı edimin de kısmen sona erdiğini kabul ettiğimize göre, karşı edimin de kısmen ifa edilmesinin edimi imkânsızlaşan borçluyu tatmin edip etmeyeceğini dikkate almamız gerekecektir. Bu bakımdan borçlunun sorumlu olmadığı kısmi imkânsızlık hallerinde, Tasarının 136. maddesinde kabul edilmiş olan *“bu kısmi imkânsızlık önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer”* hükmünün ikinci fıkrada yer alan istisna olmaksızın kabul edilmesinde ve bugünkü Borçlar Kanunumuz açısından da bu çözümün tercih edilmesinde isabet olduğunu düşünmekteyiz.

Konu öğretide farklı bir açıdan ele alınmıştır. Oğuzman /Öz<sup>624</sup>’e göre, bir sözleşmede birden fazla edim olması hâlinde, edimlerden birinin imkânsızlaşmasının sadece kısmi bir imkânsızlık mı yoksa tam bir imkânsızlık mı yaratacağı edimlerin gayesi ve aralarındaki ekonomik yönden sıkı bir bağın bulunup bulunmamasına göre belirlenecektir. Eğer edimler arasında ekonomik yönden sıkı bir bağ bulunmuyorsa, edimlerden birinin imkânsızlaşması diğerini etkilemez. Buna karşılık, edimler arasında, edimlerden biri olmadığı takdirde tarafların sözleşmeyi hiç yapmayacaklarının kabul edilmesini gerektirecek kadar

---

<sup>624</sup> Oğuzman/ Öz, s. 306.

sıkı bir bağ bulunmakta ise, Borçlar Kanununun 20. maddesi kıyasen uygulanacak ve tam imkânsızlık sonucuna varılacaktır<sup>625</sup>.

Oğuzman/ Öz'ün Borçlar Kanununun 20. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki bu görüşüne katılmakla birlikte, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, burada dikkate alınması gereken kriter edimler arasındaki ekonomik ilişkiden ziyade tarafların edimlerin tam olarak yerine getirilmesine yönelik çıkarlarının bulunup bulunmadığı olmalıdır. Kaldı ki, Borçlar Kanununun 20. maddesinin kıyasen uygulanmasının da Oğuzman/ Öz'den farklı olarak sadece borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık halleri ile sınırlanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Bu bağlamda, yan borçların imkânsızlığa uğraması hâlinde, alacaklının dilerse asli edimi reddetme hakkının bulunduğu öğretide ifade edilmiştir<sup>626</sup>. Bağımlı yan borçlar<sup>627</sup> açısından borca uyulmaması asıl borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğuracağı için kötü ifaya sebebiyet verecektir. Bağımlı yan borçların gereği gibi ifa edilmemesi hâlinde, asli edim kötü de olsa ifa edilmiş olduğundan; ifa imkânsızlığı söz konusu olmayacaktır. Zira ifası mümkün olan bir borcun, borçlanılan edimin niteliklerine uygun olmayan ifası söz konusu olduğundan, ortada kötü de olsa bir ifa veya ifa teşebbüsü bulunmaktadır<sup>628</sup>. Dolayısıyla asli edim kötü de olsa ifa edilmiş olduğundan, ifa imkânsızlığı söz konusu olmayacaktır.

Buna karşılık, bağımsız yan borçlar<sup>629</sup> tek başlarına bir varlığa sahip olan ve asıl borçtan bağımsız olarak dava edilebilme imkânına sahip olduklarından, bu

<sup>625</sup> Oğuzman/ Öz, s. 306.

<sup>626</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 130; Eren, s. 1000.

<sup>627</sup> Bağımlı yan borçlar, asıl borcun ifasına yardım ettiklerinden, bağımsız bir nitelikleri yoktur ve bu sebeple asıl borçtan ayrı olarak dava edilebilmeleri mümkün değildir (Oğuzman/ Barlas, s. 195).

<sup>628</sup> Eren, s. 1006.

<sup>629</sup> Bağımsız yan borçlar, asli edimin ifasına yardımcı olmamakla birlikte, asli edimle ulaşılmak istenen amaca hizmet eden borçlardır (Oğuzman/ Barlas, s. 196).

borçlara aykırılık asıl borçtan bağımsız olmaları sebebiyle doğrudan bu borçlar üzerinde etki doğuracaktır. Bu bakımdan bağımlı yan borçların aksine, koruma yükümleri hariç tutulmak üzere bağımsız yan borçların ifasının imkânsızlaşması mümkündür. Şayet bu borçların ifasında imkânsızlığa düşülmesi hâlinde asli borçla ulaşılmak istenen amaç imkânsızlığa uğruyorsa, alacaklı asli edimi reddetme hakkına sahip olacaktır.

Kısmi imkânsızlık hâlinde Borçlar Kanununun 68. maddesinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir<sup>630</sup>. Dural'a göre<sup>631</sup>, Borçlar Kanununun 68. maddesinin uygulanması için edimin tamamının ifasının mümkün olması gerekmektedir. Zira bu hâlde borçlu tamamı mümkün olan edimin bir kısmının ifasını teklif etmektedir. Bu hâlde, alacaklının kısmi ifayı kabule mecbur olduğu ileri sürülmektedir. Oysa kısmi imkânsızlık hâlinde borçlunun kısmi ifada bulunmamasının sebebi, edimin yalnızca bir bölümünün ifasının mümkün olmasıdır. Kısmi imkânsızlık hâlinde borçlu Borçlar Kanununun 68. maddesinin öngördüğü gibi edimin bir kısmını değil, aksine edimin imkânsızlaşmayıp kalan bölümünün tamamını ifa etmektedir. Bu nedenle, söz konusu hükmün kısmi imkânsızlık hâlinde uygulanması mümkün görülmemektedir<sup>632</sup>.

Kanaatimce edimin kısmen imkânsızlaştığı hallerde dahi, Borçlar Kanununun 68. maddesinin uygulama alanı bulması mümkün olabilir. Borçlunun edimin imkânsızlaşmayan kısmının tamamını değil de, sadece bir kısmını ifa etmek istemesi hâlinde, bu hükmün uygulanmaması için hiçbir sebep bulunmamaktadır. Buna karşılık edimin imkânsızlaşmayan kısmının tamamının ifasının teklif edildiği hallerde, Dural'ın da ifade ettiği gibi, alacaklının bu kısmi ifa teklifini reddedemeyeceği açıktır. Ancak kısmi ifa alacaklı için bir menfaat

<sup>630</sup> Feyzioğlu, c.II, s. 380; Oğuzman/ Öz, s. 433; Tunçomağ, c.I, s. 471.

<sup>631</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 128-129.

<sup>632</sup> Alacaklı bölünebilen edimin, ifası mümkün olan kısmını kabul edeceğini bildirmek suretiyle, kısmi ifa ile birlikte edimin imkânsızlaşan kısmı için borcun gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla tazminat talep edebilecektir (Oğuzman/ Öz, s. 316; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 910).

taşıyorsa, somut olayın şartları bakımından kısmi imkânsızlık tam imkânsızlığa eşit sayılacak ve alacaklı ifanın tamamı imkânsız hale gelmiş gibi kısmi ifayı red ederek, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık sonucu sözleşmenin hiç ifa edilmemesinden doğan zararını talep edebilecektir<sup>633</sup>.

Fransız hukukunda da kısmi imkânsızlık hâlinde, sözleşmenin geri kalanının ifa edilmesinden alacaklının yeterli menfaati olduğu sürece borçlunun yalnızca edimin imkânsız olan kısmını yerine getirmekten kurtulacağı kabul edilmektedir<sup>634</sup>. Aynı şekilde, Alman hukukunda yapılan reform sonrası yürürlüğe giren yeni BGB sisteminde de, kısmi imkânsızlığın söz konusu olduğu hallerde BGB § 275 uyarınca borçlu sadece edimin imkânsız olan kısmını yerine getirmekten kurtulacaktır<sup>635</sup>. Bu duruma bağlı olarak alacaklının karşı edimi de ayıplı ifa hâlinde semenin indirilmesini öngören BGB § 441/b.III uyarınca kendiliğinden indirim tabi tutulacaktır. Ayrıca borçlunun edimin imkânsızlığa uğramayan kısmından sorumluluğu halen devam ettiği için alacaklı sadece ifası imkânsızlaşan kısım için tazminat talep edebilecektir. Buna karşılık alacaklının edimin imkânsızlığa uğramayan kısmı için artık bir menfaati kalmadığı durumlarda, edimin tamamı imkânsızlaşmış gibi ifadan vazgeçerek tazminat talep edebilecek ya da BGB § 323 uyarınca imkânsızlık sebebiyle sözleşmeden dönebilecektir<sup>636</sup>. Ama hatırlatmak gerekir ki, Alman hukukunda başlangıçtaki imkânsızlık – sonraki imkânsızlık ayrımı kaldırılmış olduğu için bu hususlar edimin başlangıçta imkânsız olması hâlinde de geçerli olacaktır.

<sup>633</sup> **von Tuhr (Edege)**, s. 563; **Dural, İmkânsızlık**, s. 129-130; **Feyzioğlu, c.II**, s. 177; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar**, s. 910; **Tunçomağ, c.I**, s.478. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu gibi durumlarda kısmi imkânsızlığın tam imkânsızlığa eşit olması sebebiyle, borcun tamamının sona erdiğini ileri sürme hakkı alacaklıya aittir. Borçlunun borcun tamamının sona erdiğini ileri sürmek suretiyle, alacaklının edimin mümkün olan kısmının ifa edilmesi yönündeki talebini geri çevirmesi mümkün değildir (**Dural, İmkânsızlık**, s. 130).

<sup>634</sup> **Beale/ Hartkamp/ Kötz/ Tallon**, s. 600 ve orada dn. 18'de bulunan **Terré, F; Simler, Ph; Lequette, Y**; *Droit Civil- Les Obligations*, 7th Edition, Paris, 1999, no. 395.

<sup>635</sup> **Ergüne, İmkânsızlık**, s. 362. Ayrıca asli edimin bölünebilir nitelikte olmadığı durumlarda, kısmi imkânsızlığın edimin tamamı imkânsızlaşmış gibi sonuç doğuracağı ifade edilmiştir (**Ergüne, İmkânsızlık**, s. 362, dn. 27 ve orada anılan *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Christian Grüneberg/ Markus Gehrlein/ Helmut Grothe)*, Band 1, §§ 1-610, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/ Herbert Roth, München, 2003, § 275, Rdn. 32).

<sup>636</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **Ergüne, İmkânsızlık**, s. 362 vd.

Görüldüğü üzere *civil law* sistemlerinde kısmi imkânsızlığın kural olarak borcun da kısmen sona ermesine yol açacağı prensibi benimsenmiş durumdadır. Ancak özellikle borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olduğu hallerde alacaklının kısmi ifade menfaatinin kalmadığı hallerde alacaklının sözleşmenin tamamının sona ermiş olduğunu ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Bunun için kural olarak alacaklının sözleşmeden dönmesine ihtiyaç bulunmamakta ise de, istisnai olarak Alman hukukunda BGB § 326/V'e giren hallerde alacaklının sözleşmeden dönmesi gerekecektir.

#### **4. Farklı Edim Tipleri Açısından İmkânsızlık**

##### **a) Parça Borçlarında İmkansızlık**

Borçlar Kanununun 117. maddesi esas olarak parça borçları göz önüne alınmak suretiyle kabul edilmiş olan bir hükümdür. Bu hüküm uyarınca, sözleşme konusu edimin bir parça borcu olması hâlinde edim hasarı alacaklının üzerindedir. Buna göre, edim imkânsızlık sonucu ortadan kalkınca, edimin yerine başka bir şey temin edilmesi mümkün olmadığından borçlu borcundan kurtulacaktır. Ancak aynı hükmün ikinci fıkrası uyarınca, bu durumda kural olarak borç ilişkisi sona erecek ve karşı edim de ortadan kalkacaktır. Borçlar Kanununun 113. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, borç ilişkisi bütünüyle sona erdiğinden rehin ve kefalet gibi haklar da edimle birlikte sona ermektedir. Aynı şekilde, borç ilişkisi, borçlunun sorumlu olmadığı bir hal nedeniyle sona ererse, edim için öngörülmüş olan cezai şart da ortadan kalkar.

Belirtmek gerekir ki, parça borcu – çeşit borcu ayrımı öğretide ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. *Serozan*, parça borcu – çeşit borcu ayrımını eleştirmekte ve her iki durumun da aynı hükümlere tabi olması gerektiğini

savunmaktadır<sup>637</sup>. Yazara göre, Roma hukukunda gelen nev'i telef olmaz kuralının bugün artık bir kenara bırakılması gerekmektedir. İfa imkânsızlığı açısından ele alınması gereken kriter borçlanılan şeyin çeşit veya parça borcu olarak belirlenmesi değil, borçlunun ifayı güven ilkesi gereğince kendisinden beklenebilecek olan araçlarla gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğidir<sup>638</sup>.

Uluslararası düzenlemelere bakıldığı zaman da bu ayrımın terk edilmeye başlandığını söylemek mümkündür. Gerek CISG, gerek PICL ve PECL parça borcu ve çeşit borcu kavramlarına yer vermemiştir. Nitekim bu yaklaşımın bir sonucu olarak da, Alman Medeni Kanununda yapılan reform ile parça borcu çeşit borcu ayrımı terk edilmiştir<sup>639</sup>. Kanaatimce benzer bir tercihin Borçlar Kanunu Tasarısı açısından da yapılması ve bu ayrım yerine sözleşmenin özelliklerinin ve taraf iradelerinin göz önüne alınması daha isabetli olacak idi<sup>640</sup>. Ancak Tasarı'da klasik parça borcu – çeşit borcu ayrımının muhafaza edilmiştir.

## b) Çeşit Borçlarında İmkansızlık

Çeşit borçlarında<sup>641</sup> borçlunun elindeki edimi yerine getirmesi için gerekli şeylerin bulunmaması onu borcundan kurtarmaz. Zira edim objektif olarak imkânsızlaşmadıkça, borçlu edimi başka yerden temin etmek suretiyle borcunu yerine getirebilecektir<sup>642</sup>.

<sup>637</sup> Serozan, *Parça Borcu*, s. 233.

<sup>638</sup> Serozan, *Parça Borcu*, s. 216.

<sup>639</sup> Atamer, *CISG*, s.261

<sup>640</sup> Atamer'in ifadesi ile, önemli olan taraflar arasındaki sözleşmeden borcun konusunun sadece o mala hasredildiği sonucuna varılabilesidir. Atamer *CISG*, s.261

<sup>641</sup> Borcun konusunun ferdan değil, sadece cins belirtilmek suretiyle genel nitelikleriyle, miktar olarak tayin edildiği durumlarda çeşit borcu söz konusu olmaktadır (Eren, s. 918; Oğuzman/Öz, s. 6 ve 224).

<sup>642</sup> Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Serozan, bu ayrıma karşı çıkmakta ve parça borçları ile çeşit borçlarının aynı hükümlere tabi olması gerektiğini savunmaktadır (Serozan, *Parça Borcu*, s.530 vd.).

*Genus non perit* olarak ifade edilen bu kuralın temelinde çeşit borçlarında borçlunun mal elinde bulunmasa dahi, onu temin edeceği garantisini vermesi yatmaktadır. Bir başka deyişle, borçlu bir garanti taahhüdünde bulunmaktadır<sup>643</sup>. Çeşit borçlarında borçlu, borcunu sadece kendi elinde olan ile ifayı değil, o çeşitten bir şeyi temin ile ifa etmektir. Dolayısıyla, borçlu, objektif imkânsızlık sınırına kadar, bu garantiden sorumlu olur. Kural olarak, edim bütünü ile ortadan kalkmadıkça, yani o çeşit yeryüzünden tükenmediği sürece çeşit borcunun imkânsızlığa uğramasından kural olarak bahsedilemeyeceğinden borçlu çeşit borcundan kurtulamaz<sup>644</sup>. Dolayısıyla, borçlunun çeşit borcunu ifa etmemesi imkânsızlık değil, temerrüt hükümlerinin uygulanmasını gerektirir<sup>645</sup>.

Öte yandan bu kuralın, çeşit borcunun imkânsızlık sebebiyle sona ermesi için bütün çeşidin ortadan kalkması gerektiği şeklinde uygulanmasının doğuracağı sonuçlar adil olmayacağından bu kural yumuşatılmıştır<sup>646</sup>. Borç konusu çeşitten ifa, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle mümkün olmaz ise, borçlu borcundan kurtulur. Dural'a göre<sup>647</sup>, bu noktada söz konusu çeşidin temininin dürüstlük kuralına uygun olup olmaması<sup>648</sup> önem taşımaktadır. Buna göre, söz konusu çeşidin ifası dürüstlük kuralına göre mümkün değilse, borçluya borcundan kurtulması imkânının tanınması gerekmektedir<sup>649</sup>. Bunun yanı sıra, borçlunun çeşide ulaşmasının mümkün olduğu, ancak bunun borçludan beklenemeyecek derecede zor olduğu ve borçlunun olağanüstü bir çaba göstermesi gerekeceği durumlarda ise aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olduğu kabul edilmiştir<sup>650</sup>.

<sup>643</sup> Serozan, *Borçlar*, s. 71; Dural, *İmkânsızlık*, s. 138.

<sup>644</sup> Eren, s. 919; Oğuzman/ Öz, s. 7; Dural, *İmkânsızlık*, 137-138; Serozan, *Borçlar*, s. 70; Tunçomağ, c. I, 70.

<sup>645</sup> Eren, 70 vd; Oğuzman/ Öz, 7.

<sup>646</sup> Dural, *İmkânsızlık*, s. 138 vd. Serozan bu durumu, nevi borcundan doğan borçlunun garanti yükünün, tüm garanti yükümlülüklerin de olduğu gibi olağan riskle sınırlı olduğu şeklinde ifade etmiştir (Serozan, *Borçlar*, s. 71).

<sup>647</sup> Dural, *İmkânsızlık*, s. 142.

<sup>648</sup> Bkz. § 2 III A.

<sup>649</sup> Serozan, *Borçlar*, s. 71. Dural bu duruma örnek olarak o çeşide ilişkin getirilen ithalat ve ihracat yasaklarını göstermektedir (Dural, *İmkânsızlık*, s. 141).

<sup>650</sup> Dural, *İmkânsızlık*, s. 142. Aşırı ifa güçlüğü'nün sonuçları için bkz. § 2 III E.



Sınırlı çeşit borçlarında ise, borçlu borcunu belirli bir stoktan ifa etmekle yükümlüdür. Bu durumda, sınırlı çeşit borcunda imkânsızlık söz konusu olabilecektir<sup>651</sup>. Ancak bu durumda ifa imkânsızlığından bahsedebilmek için edimin ifa edileceği taahhüt edilen stokun durumuna göre bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre, eğer söz konusu stokun tamamı yok olmuş ve borçlunun bu stok dışında temin yükümlülüğü bulunmuyor ise şüphesiz borç sona erecektir<sup>652</sup>. Buna karşılık, stokun kısmen yok olması hâlinde, borçlu borcundan kurtulamaz. Zira borcunu stokun geri kalan kısmından ifa etmesi mümkündür. Bununla birlikte, söz konusu stokun kalan kısmı, borcun tamamını karşılamaya yetmiyorsa, kısmi imkânsızlık söz konusu olacaktır<sup>653</sup>.

Bunun dışında belirli sözleşme tiplerine ilişkin özel hükümlerin de bulunabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Örneğin aynı yerde teslim edilmek üzere yapılan bir satım sözleşmesi açısından çeşit borçlarında hasar satılanın ayırt edilmiş olması ile birlikte alıcıya geçecektir (BK m.183/II). Diğer bir ifade ile satılanın ayırt edilmesi anından itibaren<sup>654</sup> edimin imkânsızlaşması mümkün olabilecektir<sup>655</sup>.

### c) Para Borçlarında İmkansızlık

Para borcunun hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte bugün Türk hukukunda hâkim görüş uyarınca para borcu bir çeşit borcudur<sup>656</sup> ve “maddesi

<sup>651</sup> Eren, s. 918; Oğuzman/ Öz, s. 7 ve 224; Serozan, *Borçlar*, s. 72.

<sup>652</sup> Dural, *İmkânsızlık*, s. 143; Tunçomağ, *c.I*, s.48.

<sup>653</sup> Dural, *İmkânsızlık*, s. 143.

<sup>654</sup> Bu şekilde bir ayırmadan bahsedebilmek için, malın tartılmış, sayılmış, ölçülmüş, paketlenmiş veya benzeri bir şekilde alıcıya tahsis edilmiş olması gerekir. Atamer, *Hasar*, s.139, 140.

<sup>655</sup> Buna karşılık mesafe satımlarında, satıcı gönderme amacıyla eşyayı elinden çıkarmış ve kendi adamı olmayan taşıyıcıya teslim etmiş olmalıdır. Bu andan itibaren söz konusu eşyanın telef olması durumunda da satıcının bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

<sup>656</sup> Bir verme borcu olan para borcunun niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, çeşit borçlarının özel bir türü olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Zira para borcunun telef

itibariyle değil, temsil ettiği kıymet itibariyle” borcun konusunu teşkil etmektedir<sup>657</sup>. Bu doğrultuda, çeşit olarak para hiç bir zaman ortadan kalkmayacağına göre, para borçlarında objektif olarak ifanın imkânsızlaşması söz konusu olamayacaktır<sup>658</sup>. Borçlunun ekonomik bakımdan ödeme gücüne düşmüş olması hâlinde, artık ifa imkânsızlığından bahsedilemeyecek, aşırı ifa gücü bakımından borçlunun durumu değerlendirilecektir<sup>659</sup>.

Yabancı paranın ülkede ödeme amacıyla kullanılmasının yasaklanması hâlinde ortaya çıkabilecek olasılıkların Borçlar Kanununun 83. maddesi uyarınca değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, ödemenin ancak belirtilen yabancı para ile yapılabileceğini taraflar açıkça kararlaştırmışlarsa, “efektif yabancı para borcu” söz konusu olacaktır. Taraflar ödemenin hangi para ile yapılacağını açıkça belirlememişlerse, “yalın yabancı para borcu” söz konusudur<sup>660</sup>. Buna göre eğer

---

olmaması ve ifasının imkânsızlaşmaması itibariyle çeşit borcunun taşıdığı niteliklere sahip olmasına karşın BK 70. maddesi gibi çeşit borcuna ilişkin bazı hükümlerinde para borcuna uygulanması mümkün değildir (**Barlas, Para Borcu**, s. 10; **Feyzioğlu; c.II**, s. 38; **Serozan, Borçlar**; s. 99; **Tunçomağ, c.I**, s. 84). Buna karşı bir görüş ise para borcunun niteliğinin belirlenmesinde parada yerleşik soyut mali güce ve bunun alacaklıya kazandırılmasına önem verilmesi gerektiğinden, para borcunun çeşit borcu – parça borcu ayrımının dışında tutularak “değer sağlama borcu” olarak ayrı bir niteliğe sahip olması gerektiğini savunmaktadırlar (**Barlas, Para Borcu**, s. 11 ve orada dn. 17’de anılan **Bernard von Maydell**, Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden, München 1974, s. 11 vd; **Karsten Schmidt**; Geld und Geldschuld im Privatrecht, JuS, 1984, Heft:10, s. 741 ve Geldrecht, Vorb. zu 244, C.7; **Friedrich Arend**, Zahlungsverbindlichkeiten, im fremder Währung, (Diss.) Frankfurt, 1989, s. 42 vd.; **Soergel/ Teichmann**, 244, Nr. 4; **Palant/ Heindrichs**, 244, 245, 2a; **Othmar Jauernig/ Max Volkommer**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 5. Auflage, München, 1990, 244,245, 2, a, bb; **Münch**,163; **Larens**, Schuldrecht, I, 168; **Simitis**, s. 443; **Wolfgang Hösel**, Die Geldschuld als Wertschuld, -Diss., München, 1949, s. 57 vd, **Erman/ Sirp**, 244, Nr. **Franz Schenker**, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Übersicht, Würdigung und Kritik, Freiburg, 1988, s. 130; **Weber**, Berner Kommentar, Art. 84, Nr. 128.).

<sup>657</sup> **Oğuzman/ Öz**, s. 231.

<sup>658</sup> Para borçlarında borcun konusunu kural olarak paranın ifadesi olan kâğıt ya da maden değil, “soyut mali güç” oluşturmaktadır. Somut sembol yok olabilecek olsa da; paranın temsil ettiği mali güç başka bir benzeri kâğıt ya da madenle temsil edilebileceği için, para hiçbir zaman ortadan kaybolmayacak, yani imkânsızlığa uğramayacaktır (**Barlas, Para Borcu**, s. 20).

<sup>659</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 144.

<sup>660</sup> **Barlas, Para Borcu**, s. 12. Öğretide bu gibi yabancı para borçları için “gerçek olmayan yabancı para borcu” ifadesi de kullanılmaktadır. **Grassinger, Elçin**, “*BK md. 83 Hükümüne Göre Yabancı Para Borcuna İlişkin Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.295.

yalın yabancı para borcu mevcutsa, borçlu Borçlar Kanununun 83. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sahip olduğu seçimlik yetkiyi kullanarak ülke parasını seçmek suretiyle borcunu ifa edebilecektir.

Efektif yabancı para borcunun söz konusu olduğu hallerde, o ülkede ödeme aracı olarak kullanılan ulusal para birimi mevcutken, sırf yabancı para ile ödemenin yasaklanması nedeniyle borçlunun borcunun imkânsızlaştığını ve borcun sona erdiğini ileri sürmenin, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını belirtmek gerekir. Esasen aynı esasın yalın para borçları açısından da kabul edilmesi gerekecektir. Bu durumda da borçlunun seçimlik yetkisini kullanmaktan kaçınmak suretiyle borcunun imkânsızlaştığını ileri sürmesi çoğu zaman hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.

Öte yandan, istisnai bazı hallerde para borcu parça borcu haline gelmektedir. Örneğin antik değeri olan bir paranın satın alınması veya paranın kapalı zarf içinde ve açılmamak üzere vedia olarak verilmesi hallerinde olduğu gibi. Bu hallerde, artık bir para borcu değil, bir parça borcu söz konusu olacağından edimin ortadan kalkması hâlinde borçlunun sorumlu olup olmamasına göre Borçlar Kanununun 96. veya 117. maddesi uygulanacak ve imkânsızlık sebebiyle borç sona ereceği kabul edilmektedir<sup>661</sup>.

Şüphesiz bu sorun ile özellikle kasa kirası sözleşmelerinde karşılaşmak mümkündür<sup>662</sup>. Kasa içindeki paranın deprem veya su baskını gibi bir mücbir sebep nedeniyle ulaşılamaz veya kullanılamaz hale gelmesi durumunda banka iade borcundan kurtulacak ve bir tazminat yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Ancak bankanın dürüstlük kuralı gereğince zararı mümkün olan en aza indirecek tedbirleri alma yükümlülüğü mevcuttur<sup>663</sup>.

<sup>661</sup> Serozan, *Borçlar*, s. 219; Oğuzman/ Öz, s. 231; Dural, *İmkânsızlık*, s. 144.

<sup>662</sup> Kasa kirası sözleşmelerinin hukuki niteliği için bkz. Elçin Grassinger, *Kasa Kirası*, s.152, 153.

<sup>663</sup> Grassinger, Elçin, “*Kasa Kirası Sözleşmesi*”, Halit Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996, s.156.

Buna karşılık hırsızlık gibi durumlardan bankanın sorumlu olması gerekecek ve kasada bulunan para miktarınca bir tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Bununla birlikte özellikle hırsızlık sebebiyle bankanın sorumluluğuna gidilen hallerde, müşterinin zararının tespiti oldukça güçtür. Özellikle kasa kirası sözleşmelerinde bankanın kasanın içerisinde bulunan eşyaların değerini ispatlamak konusunda büyük güçlüklerle karşılaşacağı ifade edilmektedir<sup>664</sup>.

#### d) Seçimlik Borçlarda İmkânsızlık

Borcun konusunu birden çok edim teşkil ediyor, ancak borçlunun, alacaklının veya üçüncü şahsın seçim hakkını kullanmasıyla bu edimler arasından seçilecek birinin (veya birkaçının) ifası gerekiyorsa seçimlik borç söz konusudur. Seçim hakkının kullanılması ile borcun ve ifanın konusu belirlenmiş olur<sup>665</sup>.

Türk – İsviçre Borçlar Kanunlarında, diğer *civil law* sistemlerinin aksine<sup>666</sup> seçimlik borçlarda ifa imkânsızlığına dair özel hükümler getirilmemiştir. Öğretide, seçimlik borçlar açısından meydana gelen imkânsızlık durumunda, imkânsızlığın seçim hakkının kullanılmasından önce ve sonra gerçekleşmiş olmasına bağlı olarak ayırım yapılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>667</sup>.

<sup>664</sup> Elçin Grassinger, *Kasa Kirası Sözleşmesi*, s.157.

<sup>665</sup> von Tuhr (Edege), s. 70; Dural, *İmkânsızlık*, s. 145; Eren, s. 923; Feyzioğlu, c.II, s. 21; Oğuzman/ Öz, s. 225; Serozan, *Borçlar*, s. 74; Tunçomağ, c.I, s.74.

<sup>666</sup> Alman hukukunda BGB § 265, Fransız hukukunda Code Civil'in 1193 ve 1194. maddeleri ile İtalyan Medeni Kanununun 1288 - 1290. maddeleri konuya ilişkin açık hükümler getirmiştir.

<sup>667</sup> Sözleşmenin kuruluşu sırasında objektif bir imkânsızlık mevcutsa, bu durumda borcun konusundaki imkânsızlık söz konusu olacak ve BK m. 20/f.2 uygulanacaktır. Buna göre, eğer taraflar edimlerdeki imkânsızlığı bilmeleri hâlinde sözleşmeyi kurmayacaklarsa, sözleşme ilişkisi kesin hükümsüz sayılacak; aksi takdirde borcun konusunu imkânsızlaşan edim dışındaki edim veya edimler oluşturacak ve borç ilişkisi bu edimler ile devam edecektir (von Tuhr (Edege), s. 74; Oğuzman/ Öz, s. 219).

Seçim hakkının kullanılmasından sonra meydana gelen bu sonraki imkânsızlık hâlinde ifa imkânsızlığına ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerli olacaktır. Seçim hakkının kullanılmasıyla seçilmemiş edimler borcun konusu olmaktan çıktıklarından; sözleşme sanki baştan itibaren seçilmiş olan edim için yapılmış olur. Bir başka ifadeyle, seçim hakkının kullanılmasıyla borcun ve ifanın konusu kesin biçimde belirlendiğinden, seçilmemiş edimlerin ifası söz konusu olamaz. Buna göre, seçim hakkının kullanılmasından sonra seçilen edimdeki imkânsızlıktan borçlu sorumlu ise, BK m.96 uyarınca alacaklının uğradığı zararı tazminle yükümlü olacaktır<sup>668</sup>. Buna karşılık imkânsızlıktan borçlu sorumlu değil ise, seçim hakkının kullanılmasından sonra edimin sona ermesi borçlunun Borçlar Kanununun 117. maddesi uyarınca borcundan kurtulmasına yol açacaktır<sup>669</sup>.

Buna karşılık, seçim hakkının kullanılmasından önceki aşamada edimlerden birinin ya da hepsinin imkânsızlaşmasına göre farklı sonuçlar doğar.

#### **aa) Seçimlik Edimlerden Hepsinin İmkânsızlaşması**

Seçim hakkının kullanılmasından önce, eğer edimlerden hepsi borçlunun veya alacaklının sorumlu olmadığı bir durum sonucunda imkânsızlaşır, artık borç ilişkisi konusuz kalacaktır ve Borçlar Kanunumuzun 117. maddesi uyarınca borç ilişkisi sona erecektir<sup>670</sup>. Öte yandan, edimlerin tamamının bizzat borçlunun sorumlu olduğu bir durum sonucunda imkânsızlaşması hâlinde, borçlu kendisinin ya da alacaklının seçeceği edim için Borçlar Kanununun 96. maddesi uyarınca

<sup>668</sup> Eren, s. 929.

<sup>669</sup> Oğuzman/ Öz, s.229; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.816

<sup>670</sup> Seliçi, Özer, “Seçimlik Borçların İfası”, İstanbul hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXIV, S. 1-4, İstanbul, 1969, s. 396

tazminat ödeyecektir<sup>671</sup>. Buna karşılık imkânsızlığa alacaklı sebep olmuş ise, karşı tarafın ortaya çıkan zararının tamamını tazmin edecektir.<sup>672</sup>

### ab)Seçimlik Edimlerden Birinin İmkânsızlaşması

Seçim hakkının kullanılmasından önce, edimlerden birinin imkânsızlaşması hâlinde tarafların hiç biri bu imkânsızlıktan sorumlu tutulamıyorsa; seçim hakkının kime ait olduğuna bakılmaksızın diğer edim borcun konusu olacak ve borç ilişkisi geri kalan edim üzerinden devam edecektir<sup>673</sup>.

Buna karşılık edimlerden biri seçim hakkının kullanılmasından önce imkânsızlaşmış ve taraflardan biri imkânsızlıktan sorumluysa; imkânsızlıktan kimin sorumlu olduğu ve seçim hakkının kime ait olduğu önem taşır. Edimlerden biri, seçim hakkına sahip olmayan tarafın bir tutumu sonucunda imkânsızlaşırsa, durumun ne olacağı öğretide tartışmalıdır. Hâkim görüş uyarınca, borç ilişkisi geri kalan edim ile devam etmez. Burada seçim hakkı mevcuttur<sup>674</sup>.

- *Eğer seçim hakkı borçluda ve imkânsızlıktan alacaklı sorumlu ise, borçlu imkânsızlaşan edimi seçebilir. Bu durumda, Borçlar Kanununun 117. maddesi uygulanacak ve borç ilişkisi imkânsızlık sebebiyle sona erecektir<sup>675</sup>.*
- *Eğer seçim hakkı alacaklıda ve imkânsızlıktan borçlu sorumlu ise, alacaklının elinde iki imkân bulunmaktadır. Alacaklı, imkânsızlığa uğramamış edimi seçip borcun bununla yerine getirilmesini*

<sup>671</sup> Seçim yetkisi borçluda ise tazminatın hesabında değeri daha düşük olan edim dikkate alınmalı, buna karşılık seçim hakkı alacaklı da ise, tazminat değeri fazla olan edime göre belirlenmelidir (Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **Borçlar**, s.817).

<sup>672</sup> Seliçi, **Seçimlik Borç**, s.397; Dural, **İmkânsızlık**, s. 146; Altaş, s. 69

<sup>673</sup> von Tuhr (Edege), s. 74; Seliçi, **Seçimlik Borç**, s. 396; Dural, **İmkânsızlık**, s. 147; Eren, s. 927 vd; Oğuzman/ Öz, s. 227; Serozan, **Borçlar**, s. 75; Tunçomağ, **c.I**, s.80.

<sup>674</sup> Dural, **İmkânsızlık**, s.145 vd; Feyzioğlu, **c. II**, s.24; Seliçi, **Seçimlik Borç**, s.395 vd.

<sup>675</sup> Seliçi, **Seçimlik Borç**, s.396

isteyebilir ya da imkânsızlaşan edimi seçerek Borçlar Kanununun 96. maddesi uyarınca tazminat talep edebilir<sup>676</sup>.

Edimlerden biri, seçim hakkı sahibinin bir tutumu sonucu imkânsızlaşacak olursa, borç kalan edim ile devam edecektir ya da birden fazla edim geri kalmışsa, seçim hakkı artık bunlar arasından kullanılacaktır.

- *Hem seçim hakkı borçluda, hem de imkânsızlıktan o sorumlu ise, durum tartışmalıdır<sup>677</sup>. Bir görüşe göre borçlu imkânsızlığa uğramamış edimi seçmiş gibi borcun konusu imkânsızlaşmayan edim olacaktır. Dolayısıyla, borçlu kalan edimi ifa etmek zorundadır. Diğer bir görüşe göre ise, borçlunun imkânsızlaşan edimi seçip tazminat ödemeyi tercih etmesi mümkündür.*
- *Hem seçim hakkı alacaklıda, hem de imkânsızlıktan o sorumlu ise, borcun geri kalan edim üzerinden devam edeceği ve alacaklının ayrıca imkânsızlaşan edim için tazminat ödemek zorunda kalacağı genel olarak kabul edilmektedir<sup>678</sup>.*

Buna karşılık, Oğuzman/ Öz'e göre<sup>679</sup>, seçim hakkının kullanılmasından önce, tarafların sorumlu olduğu imkânsızlık hâlinde, imkânsızlaşan edimler borcun konusu olmaktan çıkacağından, imkânsızlaşmayan edim ifanın konusunu teşkil edecektir. İmkânsızlaşan edim dışında birkaç edim kalmış ise, seçim bunlar arasında yapılacaktır. Ancak imkânsızlaşan edimin seçilmesi mümkün değildir. Sadece seçim hakkı sahibi, edimlerden birinin imkânsızlaşması yüzünden bir

<sup>676</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 145; Eren, s. 928 vd; Serozan, Borçlar, s. 76.

<sup>677</sup> Tartışma için bkz. Seliçi, Seçimlik Borç, s.398, 399

<sup>678</sup> Seliçi, Seçimlik Borç, s.397. Karşı görüş, Tekinay /Akman /Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 816, 817. Yazarlara göre, seçim hakkına alacaklının sahip olduğu durumlarda, alacaklı imkânsızlıktan sorumlu olsa bile, imkânsızlaşan edimi seçebilecektir.

<sup>679</sup> Oğuzman/ Öz, s.228, 229

zarara uğramış ise, bunun tazminini imkânsızlıktan sorumlu olan kişiden talep edebilecektir.

İfade etmek gerekir ki, Oğuzman/ Öz'ün görüşü hukukumuzda geçerli olan ifa mümkün olduğu sürece, aynen ifanın yerine getirilmesi gerektiği, bunun yerine tazminatın talep edilemeyeceği genel kuralı ile daha uyumludur.

Bu konuda son olarak seçim yetkisinin üçüncü bir kişide olduğu ihtimali üzerinde durmakta yarar bulunmaktadır. Edimlerden birinin borçlunun sorumlu olduğu bir sebeple imkânsızlaşması durumunda, hâkim görüş uyarınca borç sona ermeyip bir tazminat borcuna dönüştüğü için, üçüncü kişinin tazminat veya imkânsızlaşmayan edimi seçme yetkisi devam edecektir. Buna karşılık Borçlar Kanununun 96. maddesinin uygulama alanı bulduğu imkânsızlık hallerinde dahi borcun sona erdiğine ilişkin Oğuzman/ Öz tarafından kabul edilen görüşün<sup>680</sup> benimsenmesi durumunda, üçüncü kişinin imkânsızlaşan edimi seçmesinin mümkün olamayacağı sonucuna ulaşmak gerekecektir<sup>681</sup>.

#### e) Yapmama Borçları

Yapmama borçlarında borçlu yapma hakkına sahip olduğu belli bir davranışta bulunmayacağını taahhüt etmektedir<sup>682</sup>. Yapmama borçları, nitelikleri itibariyle ifa imkânsızlığı bakımından özellik taşımaktadırlar. Zira borçlanılan edime aykırılıktan sonra edimin mümkün olup olmamasına göre imkânsızlık hali değerlendirilecektir. Borçlunun yapmama borcuna aykırılığı sonucunda sözleşmenin devamı anlamsız hâle geliyorsa, imkânsızlıktan sorumlu olan borçlu

<sup>680</sup> Oğuzman/ Öz, s.311 vd.

<sup>681</sup> Seliçi, Seçimlik Borç, s.399

<sup>682</sup> Eren, s. 95; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s. 39; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 12; Tunçomağ, c.I, s.64.



tazminat ödemekle yükümlüdür<sup>683</sup>. Buna karşılık, borçlunun yapmama borcuna aykırılığı sonucunda sözleşmenin devamı bir anlam ifade ediyorsa, alacaklı hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılmasını talep edebilir. Buna göre, alacaklı masrafı kendisine ait olmak üzere hukuka aykırılığın kendisi tarafından ortadan kaldırılmasını mahkemeden talep edebilir<sup>684</sup>.

Yapmama borçlarında imkânsızlık borcun niteliğine göre tam veya kısmi olacaktır. Borçlu tarafından bir defada yerine getirilecek edimlerde, borçlunun borca aykırı hareketi, borç ilişkisini tam imkânsız hale getirir. Buna karşılık, önemli yapmama borçlarında, borçlu belirli zamanlarda tekrarlanan yapmama edimlerini yerine getirmek durumunda olduğundan kısmi imkânsızlık söz konusu olabilecektir. Buna göre, borçlu edimlerden birini yerine getirmez ise, sadece o edim imkânsızlaşır. Bu imkânsızlık, borç ilişkisinin devamını ve geri kalan edimlerin ifasını etkilemeyecektir. Öte yandan, edimlerden birinin ihlalinin borç ilişkisinin temelindeki güveni sarsması hâlinde borç ilişkisinin tamamen imkânsızlaştığı ileri sürülebilecektir<sup>685</sup>.

Sürekli yapmama borçlarında ise, zamanın, edimin esaslı bir unsuru olup olmadığı hususu önem taşımaktadır. Zira zaman edimin esaslı bir unsuru haline gelmemiş ise, edimin bir ya da bir kaç defa ihlali hâlinde sadece bir kısmı

---

<sup>683</sup> Borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmaması hâlinde tazminat ödeme yükümlülüğünün de bulunmayacağı açıktır. Dural'a göre yapmama borçlarında borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlıktan söz edebilmek için kanundan ya da borca aykırı hareket etme gereğinden doğan bir hal bulunması gerekmektedir. Yazar, bir şehirde belirli bir süre oturmayı taahhüt eden borçlunun askere alınıp başka bir şehre alınmasını kanundan doğan, buna karşılık belirli bir günde ameliyat yapmamayı taahhüt eden doktorun, o gün hayati tehlikede olan bir hastayı ameliyat etmesini ise borca aykırı hareket etme gereğinden kaynaklanan imkânsızlık hallerine örnek olarak göstermiştir. Yapmama borçlarında imkânsızlıktan söz edilebilecek bir diğer hal ise, borca uygun hareket etme imkânının ortadan kalkmasıdır. Yazar, bir derneğin belirli bir genel kurul toplantısında oy kullanmama taahhüdünde bulunan borçlunun, toplantı yapılmaması hâlinde borcun gayesinin ve dolayısıyla ediminin imkânsızlaşacağını belirtmiştir (**Dural, İmkânsızlık**, s. 153 vd.).

<sup>684</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 155. Bu durumda Borçlar Kanununun 97. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

<sup>685</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 155.

imkânsızlık söz konusu olacaktır. Buna karşılık, zaman edimin esaslı bir unsuru haline gelmiş ise bir defalık ihlal borcun tamamını imkânsız hale getirecektir<sup>686</sup>.

Daha önce detaylı olarak açıkladığımız üzere, yapmama borçlarında, temerrüt hükümlerinin mi uygulanacağı, yoksa yapmama borçlarında sadece imkânsızlığa ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı öğretide tartışmalıdır<sup>687</sup>.

## 5. Kaim Değerin Alacaklıya Devri

Yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere<sup>688</sup>, borçlunun sorumlu olmadığı bir durum sonucu edimin imkânsızlaşması hâlinde borç ilişkisi kural olarak sona ermektedir. Öte yandan, söz konusu kuralın istisnalarından biri “edimin yerine başka bir değer kaim” olması halidir. Buna göre, edimin yerine başka bir değer geçmesi hâlinde borç ilişkisi sona ermeyecek ve fakat konusu değişerek devam edecektir<sup>689</sup>.

Edimin yerine kaim olan değer, edimin yok olması sonucu malvarlığında ortaya çıkan boşluğu dolduran başka bir şey ya da yok olan edimin parasal karşılığıdır<sup>690</sup>. Örneğin edim bir üçüncü kişinin haksız fiili sonucu ifa edilemez hale gelmiş ise, bu haksız fiil sonucu elde edilen tazminat ya da tazminat hakkı kaim değer olur. İmkânsızlaşan edim sigortalı ise, borçlunun sigortadan aldığı bedel ya da sigortaya karşı doğan alacak hakkı edimin yerine kaim olan değerdir. Bunların yanı sıra, kamulaştırma bedeli<sup>691</sup> ile bir hukuki işlem sonucunda elde

<sup>686</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 155.

<sup>687</sup> Bkz. § 2 II D 2.

<sup>688</sup> Bkz. § 2 III E 1.

<sup>689</sup> Serozan, Borçlar, s. 189; Tunçomağ, c.I, s.795.

<sup>690</sup> Serozan, Borçlar, s. 189.

<sup>691</sup> Yargıtay 4. HD. 18.4.1961 tarih ve 960/7605 Esas ve 3686 Karar sayılı kararı: Yargıtay 4. Hukuk Dairesi aksi görüşte bir karar vermiştir. Olayda, bir taşınmaz satış vaadinden sonra, sözleşmenin konusu olan yerin kamulaştırılması sonucu doğan kamulaştırma bedelinin, alıcı tarafından edimin yerine kaim olan değer olarak istenmiştir. Buna göre, Yargıtay kamulaştırma bir mücbir sebep olduğundan Borçlar Kanununun 117. maddesine göre borç ilişkisinin sona ereceğine ve taşınmaz satış vaadinin bir aynı hak değil, sadece tescilin yapılmasına ilişkin bir

edilen karşılıklar da edimin yerine kaim olan değerdir. Öte yandan, kaim olan değer iktisadi olarak anlaşılması gerektiğinden yok olan edimin, malvarlığında iktisadi yönden fonksiyonunu gören her şey kaim olan değer kabul edilmelidir<sup>692</sup>.

Bu hallerin oluşmasıyla, alacaklının kaim değeri isteme hakkı doğacaktır ve bu hakkın kullanılmasıyla borç ilişkisi sona ermeyecek, konusu değişerek diğer yanlarıyla devam edecektir. Artık, alacaklı sözleşmede kararlaştırılan edimi değil, onun yerine kaim olan değeri elde edecektir. Alacaklı tarafından kaim olan değer kendisine devrinin talep edilmesi üzerine, genel hükümlere göre mülkiyetinin devredilmesi gerekmektedir. Öte yandan, kaim değer bir alacak hakkı ise, alacağın temlik hükümlerine göre devredilmesi gerekmektedir.

Edimin yerine geçen kaim değer, borçlunun kusuru veya alacaklının zararından bağımsız olarak istenebilmektedir. Alacaklının kaim değeri talep edebilmesi için zararını ispatlamasına gerek yoktur. Buna göre, edimin yerine kaim olan değer, borcun yerine getirilmemesinden dolayı talep edilen tazminat değildir. Alacaklı, kaim değeri talep ederek sadece borç ilişkisinden doğan borcun yerine getirilmesini talep etmektedir. Bir başka deyişle, alacaklı konusu değişmiş olmakla birlikte, sözleşmenin yerine getirilmesini talep etmektedir. Kaim değer talep edilmesi de konusu değişmiş olmakla birlikte bir aynen ifa talebidir.

Esasen kaim değeri talep edebilmek için alacaklının bir zararının bulunduğunu ispatlaması şartının aranmaması, kaim değer istenmesinin bir tazminat niteliğinde olmadığı görüşünü destekler niteliktedir. Ancak kaim değer çoğu zaman bir miktar para olacağı göz önüne alındığında, kaim değeri talep eden alacaklının ifaya olan çıkarına da kavuşmamış olacağı gözden uzak

---

şahsi hak doğurmasını nedeniyle alacaklının, sadece yapmış olduğu masrafları talep edebileceğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın söz konusu kararda, kamulaştırma bedelini edimin yerine kaim olan değer olarak nitelendirmemesi, taşınmaz satış vaadinin, mülkiyeti geçiren bir işlem olmamasından kaynaklanmaktadır (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

<sup>692</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 183.

tutulmamalıdır. Örneğin satım sözleşmesinin yapılmasından sonra henüz teslim edilmemiş olan taşınır malın yanması hâlinde, alıcı kendi edimini yerine getirmek zorunda kalacak, buna karşılık sigorta bedelini talep edebilecektir. Ancak alıcının sigorta bedelini almış olması, esasen onun ifaya olan menfaatini karşılamayacaktır. Zira söz konusu mala kavuşmamış olacaktır. Bu nedenle kaim değer verilmesi talebinin bir aynen ifa talebi olarak nitelendirilmesi de oldukça güç gözükmektedir. Bu durumda kaim değer talebini aynen ifa ve tazminat dışında kendine özgü bir talep hakkı olarak nitelendirmek en isabetli yol olarak gözükmektedir.

Nitekim Dural'a göre<sup>693</sup>, edimin yerine kaim olan değeri talep hakkının alacaklıya verilmiş olmasının temelindeki düşünce, malvarlıkları arasındaki haksız kaymaları önlemektir. Bir başka deyişle, gerçek hak sahibi olmayan kimselerin malvarlığına giren değerleri oradan çıkarıp gerçek hak sahibine vermektir. Aksi hâlde, borçlu imkânsızlık sonucunda kâra geçecek ve sebepsiz zenginleşmesi sonucu doğacaktır. Kaldı ki, kaim değer verilmesi, borçlunun malvarlığında bir değişiklik yapmamaktadır. Zira edim mevcut olsaydı, borçlunun malvarlığı ne durumda olacaksa, kaim değeri vermekle de aynı duruma gelmektedir<sup>694</sup>.

Bir değer imkânsızlaşan edimin yerine kaim olması için öncelikle edimin sonradan imkânsızlaşmış olması, edimi imkânsızlaştıran olay ile onun yerine bir değer kaim olmasına sebep olan olay arasında bir illiyet bağının bulunması ve

<sup>693</sup> Dural, **İmkânsızlık**, s. 184.

<sup>694</sup> Yargıtay 4. HD. 18.4.1961 tarih ve 960/7605 Esas ve 3686 Karar sayılı kararı: Yargıtay 4. Hukuk Dairesi aksi görüşte bir karar vermiştir. Olayda, bir taşınmaz satış vaadinden sonra, sözleşmenin konusu olan yerin kamulaştırılması sonucu doğan kamulaştırma bedelinin, alıcı tarafından edimin yerine kaim olan değer olarak istenmiştir. Buna göre, Yargıtay kamulaştırma bir mücbir sebep olduğundan Borçlar Kanununun 117. maddesine göre borç ilişkisinin sona ereceğine ve taşınmaz satış vaadinin bir ayni hak değil, sadece tescilin yapılmasına ilişkin bir şahsi hak doğurmasını nedeniyle alacaklının, sadece yapmış olduğu masrafları talep edebileceğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın söz konusu kararda, kamulaştırma bedelini edimin yerine kaim olan değer olarak nitelendirmemesi, taşınmaz satış vaadinin, mülkiyeti geçiren bir işlem olmamasından kaynaklanmaktadır (Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

elde edilen değerin, iktisaden söz konusu olan edimin malvarlığında bıraktığı boşluğu doldurması gerekmektedir. Ayrıca, sözleşme konusu edimin maddi bir şey olması ve borç ilişkisinin devam ediyor olması gerekmektedir. Bunların yanı sıra, alacaklının kaim değeri istemesi gerekmektedir. Buna göre, alacaklı kaim olan değere ilişkin iradesini beyan edene kadar borç ilişkisi askıda kalır ve borç ilişkisi ancak alacaklının beyanından sonra, kesin olarak sona erer ya da devam eder<sup>695</sup>. Bu husus da, söz konusu talebin bir aynen ifa talebi niteliğinde olmaması gerektiğinin bir göstergesidir. Zira bunun bir aynen ifa talebi olarak kabul edilmesi hâlinde, alacaklının kaim değeri talep edip etmemek konusunda bir serbestisinin bulunmadığı sonucuna ulaşmak gerekecekti.

Alacaklı, borçlunun kaim değer olarak malvarlığına giren her şeyi talep etme hakkına sahiptir. Borçlu, çok yüksek bir değer elde etmiş olsa bile, bunun tamamını alacaklıya devredecektir. Ancak, dürüstlük kuralı bunun aksini gerektirebilir ve örneğin borçlunun kaim değeri elde etmek için yapmış olduğu masraflar kaim değerden düşürülebilir.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklının edimin yerine kaim olan değeri talep etmesi hâlinde kendi edimini de ifa etmesi gerekmektedir. Bu husus İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde özel olarak düzenlenmiş olmamakla birlikte, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimin karşı edim uğruna borçlanılmış olmasından hareketle bu durum kabul edilmiştir.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir nokta, karşı edimin nasıl ve ne kadar ifa edileceğidir. Eğer, kaim olan değer edime eşit ise ya da ondan daha yüksek değerde ise, alacaklı kendi edimini tam olarak ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık kaim olan değer esas edimden daha az ise, alacaklının ediminin de orantılı olarak indirilmesi gerekmektedir. Öte yandan, bu kural, İsviçre-Türk hukuk

---

<sup>695</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 190.

sistemlerinde bazı yazarlar<sup>696</sup> tarafından eleştirilmektedir. Buna göre, alacaklıya, kaim olan değer zorla kabul ettirilmemekte, alacaklının talebi üzerine kaim değer devredilmektedir. Dolayısıyla, eğer kaim olan değer alacaklı için kendi ediminden daha değersiz ise, bunu reddedebilmek imkânına sahiptir. Öte yandan, bu imkâna karşın kaim değeri talep eden alacaklının kaim değeri kendi edimi ile eş değerde gördüğü açıktır. Dolayısıyla, indirim talep edememesi gerekmektedir<sup>697</sup>.

Dural'a göre, bu fikrin kabul edilmesi hâlinde kaim değerın esas edimden daha düşük bir değerde olması hâlinde, taraflar için sözleşmeyi devam ettirme imkânı pratik olarak ortadan kalkacaktır. Zira alacaklı bu durumda ya borç ilişkisine son verecek ya da kendi edimini tam olarak ödeyip daha düşük olan kaim değeri alacaktır. Ancak, alacaklının kendi aleyhine olan ikinci yolu seçmesi pek olası gözükmemektedir. Bu durumda, kaim değerın daha düşük olduğu hallerde, alacaklı için sadece sözleşmeyi sona erdirmek seçeneği kalmaktadır. Bu ise birçok hâlde adil olmayan sonuçlar doğuracaktır. Ayrıca bu fikrin edim hasarının alacaklıya yüklendiği hallerde, onun durumunu aşırı derecede ağırlaştırdığının da gözden uzak tutulmaması gerekir. Zira alacaklı hem karşı edimi ifa zorunda kalacak, hem de, kendi edimini indirme imkânı olmadığı için, daha düşük değerde bir şey elde etmiş olacaktır<sup>698</sup>.

Alacaklının kaim değeri isteyebilmesi, bunun belirli bir edim için elde edilmiş olması şartına bağlı olduğundan ancak parça borçlarında kaim değer talep edilebilecektir. Dolayısıyla, çeşit ve sınırlı çeşit borçları açısından talep edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, çeşit borçlarında *genus non perit* kuralından hareketle imkânsızlık söz konusu olmayacağının bugün halen daha öğretide hâkim görüş

<sup>696</sup> **Umar, Bilge**, “Borçluya İsnat Olunamayan İmkânsızlık Sebebiyle Âdemi İfa”, *Adalet Dergisi*, 1961, s. 963 (977); **Dural, İmkânsızlık**, s. 198 ve orada dn. 58’de anılan **von Tuhr/ Siegwart**, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 2. Halbband, zweite ergänzte Auflage, herausgegeben von Siegwart, Zürich 1944. II, s. 574.

<sup>697</sup> Aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, Alman hukukunda bu gibi hallerde alacaklının karşı ediminde de bir indirime gidilmesi gerektiği açıkça kabul edilmiş durumdadır.

<sup>698</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 198.

olduğu da yukarıda açıklanmıştır. Öte yandan, çeşit borcunun somutlaşmasından sonra artık çeşit borcu parça borcuna dönüşeceğinden, bu borcun imkânsızlaşması ve kaim değer talebi talep edilmesi mümkün olacaktır.

Alman hukukunda, eski BGB § 281 de olduğu gibi, yeni BGB § 285 hükmünde de, edimini yerine getirmekten 275. paragraf uyarınca kurtulan borçlunun, üçüncü kişilerden elde ettiği tazminatı ya da tazminat talebi gibi kaim değerleri alacaklıya devretmekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Ancak bu durumda alacaklı Türk ve İsviçre hukuklarında da kabul edildiği gibi artık kendi karşı edimini yerine getirmek zorunda kalacaktır. Zira kaim değerler imkânsızlaşan edimin yerini alacaktır. Buna karşılık kaim değerlerin borçlunun asli ediminden daha düşük olduğu hallerde, alacaklının ifa etmekle yükümlü olduğu karşı edimde BGB § 441/b.III uyarınca indirime gidilecektir<sup>699</sup>. Böylece Türk hukukunda bu konuda yaşanan tartışma Alman hukukunda açık bir hüküm ile çözüme bağlanmıştır.

Bunun yanı sıra kaim değerlerin tazmini talebinin alacaklının ayrıca uğradığı zararın tazminini talep etmesine engel olmadığı, ancak bu durumda ödenecek olan tazminatta kaim değerler oranınca indirime gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>700</sup>. Kanaatimce aynı esasın Türk hukuku açısından da kabul edilmesi isabetli olacaktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, alacaklının kaim değerleri talep etmesi borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmadığı hallerde dahi mümkündür<sup>701</sup>. Bununla beraber alacaklının böyle bir durumda, kaim değerlerin yanı sıra tazminat talep etmesinin mümkün olamayacağı açıktır.

<sup>699</sup> Ergüne, *İmkânsızlık*, s.365-366

<sup>700</sup> Serozan, *Yeni Alman İfa Engelleri*, s.238

<sup>701</sup> Ergüne, *İmkânsızlık*, s.367

## F- Aşırı İfa Güçlüğü

Aynen ifaya hükmedilemeyecek bir diğer hal ise “aşırı ifa güçlüğü”dür. Aşırı ifa güçlüğü, bir borcun ifasının imkânsızlaşmış olmamakla beraber, borçlunun şahsından doğan, ekonomik ya da kişisel sebepler nedeniyle, borçlu açısından borcun ifa edilmesinin büyük bir fedakârlık gerektireceği ve dolayısıyla aşırı derece güçleşeceği durumlardır<sup>702</sup>. Bir başka deyişle, edimin ifasının doğa bilimleri açısından teorik olarak mümkün olmasına karşın ifasının gerçekleştirilmesi için gereken emek ve paranın edimin değerinden aşırı derecede fazla olmasıdır<sup>703</sup>. Bu gibi durumlarda imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği öğretide genel olarak kabul edilmektedir<sup>704</sup>. Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin sıklıkla verilen bir örnek, teslimi taahhüt edilen pırlanta yüzüğün denize düşmesidir. Bu hâlde, yüzüğün düştüğü yerden çıkarılması fiziksel olarak mümkün olmakla birlikte harcanması gereken emek, zaman ve para elde edilecek sonuca kıyasla oldukça fazla olacağından yüzüğün teslimini talep etmek artık mümkün olmayacaktır.

Kanaatimce bu görüşün kabul edilmesi hâlinde dahi, edimin değerinin belirlenmesinde sadece piyasa değerinin değil, alacaklı açısından taşıdığı manevi değer de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu değer belirlenmesindeki güçlükleri kabul etmekle birlikte, aksine bir çözümün de hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağını düşünmekteyiz. Örneğin gümüş bir yüzüğün kanalizasyona düşürülmesi hâlinde, yukarıdaki örnekteki kadar açık olmasa da, bu yüzüğün çıkartılması için gereken emek ve paranın yüzüğün değerinden fazla olduğunu ve edimin ifasının artık talep edilemeyeceğini

<sup>702</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 26, Eren, s. 997; Feyzioğlu, c. II, s. 176; Serozan, Borçlar, s. 144.

<sup>703</sup> Oğuzman/Öz, s. 310. Baysal Erman, aşırı ifa güçlüğü'nün edimin imkânsızlaşmamasına rağmen, borçlunun borç ilişkisi ile bağıni koparacak ağır çabalarla edimini ifa edecek olması hâlinde söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Baysal Erman, s.154

<sup>704</sup> Dural, İmkânsızlık, s.8; Oğuzman/ Öz, s.310; Serozan, Borçlar, s. 168; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.904. Aksi görüşte Gülekli, Yeşim, “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklı'nın Tasavvurunun Boşa Çıkması hâlinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, MHAD, s. 18, 1990, s.43 (55).



söylemek olasıdır. Oysa aynı yüzüğün bir kimsenin ölmüş eşine ait nikâh yüzüğü olması hâlinde aynı sonuca ulaşmak kolaylıkla mümkün olmamalıdır.

Buna karşılık, ifanın yapılması bu ölçüde beklenemez olmayıp, sadece borçlunun içinde bulunduğu durum nedeniyle dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenemez durumda ise sonucun ne olacağı tartışmalıdır. Türk hukukundaki hâkim görüş, bu durumda imkânsızlık değil, işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulanması gerektiği yönündedir<sup>705</sup>.<sup>706</sup> Gerçekten de, aşırı ifa güçlüğünün ortaya çıktığı pek çok durumda, edimler arasındaki denge bozulmuş olacaktır<sup>707</sup>. Ancak yine de bu iki durumun her zaman için örtüştüğünü söylemek güçtür. *Baysal Erman* tarafından da ifade edildiği üzere, aşırı ifa güçlüğü yalnızca borçlunun başvurabileceği bir işlem temelinin çökmesi hali iken, edimler arasındaki dengenin bozulması hâlinde hem alacaklı hem de borçlu uyarlamayı talep edebilecektir<sup>708</sup>.

Hemen ifade edelim ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bazı kararlarında işlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için olağanüstü bazı olayların gerçekleşmesini aradığı ve bu olağanüstü olaylara da sosyal felaket olarak nitelendirilebilecek durumları örnek olarak gösterdiği görülmektedir<sup>709</sup>.

<sup>705</sup> **Baysal Erman**, s.154, 155, **Oğuzman/Öz**, s. 310, dn. 103.

<sup>706</sup> *Serozan*, klasik imkânsızlık kavramının bugün için “aşırı ifa güçlüğü” ve “ekonomik imkânsızlık” kavramlarıyla genişlediği görüşündedir (**Serozan, Rona**, “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1013 (1017)).

<sup>707</sup> Nitekim işlem temelinin çökmesinin Kanunda düzenlenmiş olan özel bir hali olduğu genel olarak kabul edilen Borçlar Kanununun 365. maddesinin ikinci fıkrasının öngördüğü şartlardan biri de eserin meydana getirilmesinin aşırı derecede güçleşmiş olmasıdır (**Erman, İstisna Sözleşmesi**, s.81).

<sup>708</sup> **Baysal Erman**, s.154, 155

<sup>709</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.2.1997 tarih, 11-762 E. ve 77 K. sayılı kararı: “*edimler arasındaki dengeyi olağanüstü bozan haller harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi hallerde sözleşmeye bağlılık ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hâsıl olur ... Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişmeler yüzünden altüst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkânsız hale gelmesi durumunda “işlem temelinin çökmesi gündeme gelir.”* (Yargıtay Kararları Dergisi, 1997/5,

Yargıtay'ın bu yaklaşımı kabul edilecek olunursa, aşırı ifa güçlüğü hallerinin pek çoğunda işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulanamayacağı açıktır<sup>710</sup>.

Öte yandan, özellikle Alman hukukunda ileri sürülen bir diğer görüş ise bu gibi hallerde ekonomik imkânsızlık<sup>711</sup> kavramının uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>712</sup>. Ekonomik imkânsızlık, borçludan edimin yerine getirilmesinin beklenemeyeceği tüm halleri kapsamaktadır. Buna göre, edimin ifasının mantıken imkânsız olduğu hallerin yanı sıra borçlu açısından çok tehlikeli ya da masraflı olması hâlinde de imkânsızlık söz konusu olacaktır<sup>713</sup>.

Ekonomik imkânsızlık kavramının gerekçelendirilmesi hususunda da farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, borcu aşan gayret sarf etme kavramına dayanmaktadır. Buna göre, her sözleşme ancak belli bir gayret sarf etme ile yerine getirilebilir. Borçlunun borcunu ifa ederken göstermesi gereken gayretin ölçüsü, sözleşmeden, dürüstlük kuralından veya alış veriş hayatının tecrübelerinden kaynaklanır. Borçludan borcunu aşan bir gayret göstermesi

---

s.681, 682). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.1998 tarih, 13-815 E. ve 835 K. sayılı kararı: “Sözleşme kurulduktan sonra ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağanüstü ve objektif nitelikte olmalıdır.” (Yasa Hukuk Dergisi, 2000/1, s.66).

<sup>710</sup> Kocayusufpaşaoğlu, bu yaklaşıma açıkça karşı çıkmakta ve dürüstlük kuralı açısından işlem temelinin çökmesine yol açabilecek önem ve ağırlıktaki herhangi bir olayı yeterli saymaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, Necip, “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?” Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 503 (514).

<sup>711</sup> Bu bağlamda imkânsızlık, doğal bir olaydan, üçüncü şahsın fiilinden ya da hukuki bir sebepten ileri gelebilir (Dural, İmkânsızlık, s. 8 vd; Serozan, Borçlar, s. 143 vd; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 904 vd.). Kiracıya teslim edilecek evin yanması ya da satılan hayvanın ölmesi gibi durumlar mantık kuralları uyarınca edimin ifasını imkânsız kıldığından doğal bir olaydan doğan imkânsızlık hali teşkil etmektedir. Teslimi taahhüt edilen malın borçlu tarafından iyi muhafaza edilememesi sonucu çalınması durumunda ise üçüncü şahsın fiilinden doğan imkânsızlık söz konusudur. Teslimi taahhüt edilen şeyin ithalinin yasaklanması ya da satışı vaadedilen arsanın kamulaştırılması gibi durumlarda, fiilen ifa imkânı mevcut olmasına karşılık, hukuk kuralları uyarınca ifanın yasaklanmış olması hukuki imkânsızlık haline örnek olarak gösterilebilir (Tandoğan, Mesuliyet, s. 167).

<sup>712</sup> Bu görüş bir dönem Alman Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilmiştir. Kararlar için bkz. Tunçomağ, Kenan, “Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı”, MHAD, y. 1, s. 1, 1967, 87 (89 vd).

<sup>713</sup> Dural, İmkânsızlık, s. 18 ve orada dn. 38'de anılan Cosak/Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, erster Band, achte Auflage, Jena 1927. s. 416.

beklenilemeyeceğinden, bu gayretin gösterilmesine karşın ekonomik, psikolojik ve benzeri nedenlerden edim yerine getirilemezse, imkânsızlıklaştır<sup>714</sup>. Bir diğer görüş ise gerekçesini dürüstlük kuralına dayandırmaktadır. Buna göre, borçlu edimi dürüstlük kuralını aşarak yerine getirmek zorunda olmadığından, böyle bir hâlde ifa imkânsızlaşacaktır. Zira ifanın artık talep edilemeyecek kadar güçleşmesi dürüstlük kuralına aykırı olacağından bu gibi hallerde imkânsızlık söz konusu olacaktır<sup>715</sup>.

Ancak sonuç olarak, gerek borcu aşan gayret sarf etme kavramından, gerekse de dürüstlük kuralından hareket eden bu görüşlerin her ikisi de borcun imkânsızlaşacağını, dolayısıyla borcun sona ereceğini kabul etmektedir. Öte yandan, bu durumu eleştiren yazarlara göre<sup>716</sup>, imkânsızlık hükümlerinin uygulanması hâlinde borçlu kendi iradesi olmaksızın borçtan kurtarılmış olmaktadır. Ayrıca bu halleri imkânsızlık saymak bazı hallerde borçlunun lehine değil, aksine onun aleyhine de olabilir. Zira imkânsızlık, sadece borçlunun borcunu değil -edimin yerine kaim olan bir değer geçtiği haller dışında – kural olarak bütün borç ilişkisini sona erdirdiği için, alacaklının da imkânsızlığa

<sup>714</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 19 ve orada dn. 41’de anılan **Brecht**, System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzungen und Verzug) Jh. Jb. 53, s. 213 – 302 (230-232); **Lehmann**, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, in Abhandlungen zum Privat und Zivilrecht des deutschen Reichs, herausgegeben von Otto Fischer, 15. Band, 1. Heft, München 1906. s. 232; **Ksoll**, Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil in Dr. Ksoll’s juristische Kurzlehrbücher Band 2, 5. Neubearbeitete Auflage, Düsseldorf, 1967. s.149; **Kleineidem**, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Recht, Jena 1900. s. 14 vd.

<sup>715</sup> **Dural, İmkânsızlık**, s. 21 ve orada dn. 45’de anılan **Cosak/Mitteis**, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, erster Band, achte Auflage, Jene 1927. s. 416; **Achillas/ Greiff**, BGB Einführungsgesetz und Nebengesetze, 20. Auflage, erläutert von Beitzke/ Bolk/ Brüggemann/ Eggel/ Glaser/ Johannsen/ Kieckebusch/ Kregel (Leiss, Berlin 1958. § 275, Bern 2; **Hausmann**, Die Zumutbarkeit der Leistung bei Veränderung der Vertragsgrundlagen, JW 1915, s. 635; **Landsberg**, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18 August 1891 ein dogmatisches Lehrbuch, erste Hälfte, 1904. s. 312; **Enneccerus/Lehmann**, Recht der Schuldverhältnisse im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus/Kipp/Wolff, zweiter Band, vierzehnte Bearbeitung von Lehmann, Tübingen 1954. s. 124 ve 193; **Heck**, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929. s. 94 vd, **Soergel/Siebert**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Schuldrecht I (§ 241 – 610 ) zehnte neubearbeitete Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967. § 275, Vorbem 19 ve 25; **Schmid**, Die Bedeutung des allgemeinen Schuldnerverzug rechts für die Verzugsregeln bei Miete und Pacht, Bern 1956. s.4.

<sup>716</sup> **Gülekli**, s.55; **Dural, İmkânsızlık**, s. 25

dayanması mümkündür. Bu durumda alacaklının durumun kendi aleyhine döndüğü hallerde aşırı ifa güçlüğüne dayanarak borçlu aleyhine bir durum yaratabilmesi ihtimali vardır.

Nitekim bu nedenlerle Alman hukukunda öne sürülen bir diğer görüş ise, bu konuda seçim hakkının borçluda olması gerektiğini, borçlunun dilerse imkânsızlık hükümlerine, dilerse de, işlem temelinin çökmesine dayanabileceğini ifade etmektedir<sup>717</sup>.

Aşırı ifa güçlüğüne hangi hallerde imkânsızlığa yol açacağını, hangi hallerde ise işlem temelinin çöktüğünün kabul edilmesi gerektiğinin belirlenmesi oldukça güçtür<sup>718</sup>. Diğer bir ifade ile ifanın gerçekleştirilmesi için gereken emek ve paranın edimin değerinden aşırı derecede fazla olması hali ile ifanın yapılmasının bu ölçüde beklenemez olmayıp, sadece borçludan içinde bulunduğu durum nedeniyle dürüstlük kuralı uyarınca beklenemez olması arasında gerçek anlamda bir farkın bulunduğu söylemek kolaylıkla mümkün değildir. Bu nedenle, Türk hukukunda yapılan ve aşırı ifa güçlüğüne bazı hallerde imkânsızlığa, bazı hallerde ise işlem temelinin çökmesine yol açacağı yönündeki ayrımın uygun olmadığı düşünülmektedir.

Kanaatimce tüm bu hallerin işlem temelinin çökmesi olarak kabul edilmesi ve *Dural*'ın da ifade ettiği gibi bu hususun sadece borçlu tarafından ileri sürülmesine olanak tanınması daha isabetli olacaktır<sup>719</sup>. Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 143. madde hükmünde aşırı ifa güçlüğü hali, imkânsızlık kavramından ayrı tutularak hükme bağlanmış ve borçluya imkânsızlıktan farklı

<sup>717</sup> **Baysal Erman**, s.155'de anılan **Emmerich**, § 28 N.25

<sup>718</sup> **Baysal Erman**, s.155

<sup>719</sup> Aynı doğrultuda **Gülekli**, s.55. Hatta bazı yazar, aşırı ifa güçlüğü terimin işlem temelinin çökmesi ile eş anlamda kullanmaktadır. **Gülekli**, s.45; **Tunçomağ, Kenan**, "Alman Hukukunda *Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler*", İÜHF, cilt:32, S.2-4, 1967, 884 (887). Kanaatimce bu tutum isabetli değildir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işlem temelinin çökmesi edimler arasındaki dengenin bozulduğu tüm hallerde söz konusu olabilir ve aşırı ifa güçlüğü durumları ile sınırlı değildir.

olarak, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep etme, bu mümkün olmadığı takdirde ise sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır<sup>720, 721</sup>.

Buna karşılık, Alman hukukunun yeni BGB sisteminde, borcun ihlali başlığı altında bütün imkânsızlık hallerini düzenleyen BGB § 275 hükmünde aşırı ifa güçlüğü, imkânsızlık kavramı içinde değerlendirilmiştir<sup>722</sup>. BGB § 275/b.II uyarınca, edimin ifasının imkânsız olmamasına karşılık, dürüstlük kuralı çerçevesinde ifanın borçludan beklenemeyeceği pratik imkânsızlık hallerinde borçluya edimi yerine getirmekten kaçınma yönünde def'i hakkı tanınmıştır<sup>723</sup>. Ancak borçlunun karşılaştığı ekonomik güçlükler BGB § 275/b.II kapsamında değil; işlem temelinin çökmesini düzenleyen BGB § 313 çerçevesinde değerlendirilmiştir. Buna karşılık, BGB § 275/b.III hükmünde ise bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken borçlarda, ifa imkânsızlığının bulunmamasına karşılık, alacaklının ifadan sağlayacağı menfaat ile borçlunun göstereceği özveri arasında dengesizlik bulunması sebebiyle, borçluya edimi yerine getirmekten kaçınma yönünde def'i hakkı tanınmıştır<sup>724</sup>.

<sup>720</sup> Tasarı'nın aşırı ifa güçlüğü başlığı taşıyan 143. madde hükmü uyarınca; “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçluda borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edim içeren sözleşmelerde dönme hakkının yerini kural olarak fesih hakkı alır.” Madde metninde sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan sebebin ifayı imkânsızlaştırmaması gerektiği ayrıca ifade edilmiş olmamasına karşılık, bu hususun ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı yönündeki görüş, imkânsızlık kavramı ile aşırı ifa güçlüğü'nün farklı kavramlar olduğu gerçeğini yansıtmaktadır (**Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu Morali/ Çavuşoglu Işitan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 84).

<sup>721</sup> Borçlar Kanunu Tasarısı'nın sadece aşırı ifa güçlüğü halini dikkate alarak uyarılama ve sözleşmeden dönme taleplerini yalnızca borçluya tanımış olması öğretide eleştirilmektedir (**Baysal Erman**, s.156). Yazara göre, edimler arasındaki dengenin zaman içinde alacaklı aleyhine de bozulması olasıdır. Bu gibi durumlarda işlem temelinin çökmüş olduğu gerekçesi ile uyarılama talep edecek olan borçlu değil, alacaklı olacaktır.

<sup>722</sup> **Ergüne, İmkânsızlık**, s. 355-356; **Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri**, 241.

<sup>723</sup> **Ergüne, İmkânsızlık**, s. 354-358.

<sup>724</sup> **Ergüne, İmkânsızlık**, s. 355-358.

Fransız hukukunda ise uyarlama talepleri genel olarak büyük bir tereddütle karşılanmaktadır. Yasa koyucu açıkça bu imkânı tanımadığı sürece sözleşmenin hâkim tarafından değiştirilmesi mümkün olmamalıdır<sup>725</sup>. Ancak zamanla yaşanan gelişmeler karşısında Fransız hukukundaki bu katı tutumun sınırlı bir şekilde de olsa esnemeye başladığını söylemek mümkündür<sup>726</sup>.

---

<sup>725</sup> **Baysal Erman**, s.39

<sup>726</sup> **Cashin-Ritaine, Eleanor**, “*Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman - Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar*”, (Çeviren: Başak Baysal), İÜHFİM, İstanbul, c.63, s.1-2, 2005, s.321 (323 vd); **Baysal Erman**, s.39. Fransız Temyiz Mahkemesi emprevizyon teorisinin özel hukukta uygulanmasına karşı çıkarken, bu teori idare hukukunda geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıntı için bkz. **Baysal Erman**, s.39

## SONUÇ

19. yüzyılın sonlarında serbest piyasa ekonomisinin ve küreselleşmenin önem kazanması ile birlikte, ülke sınırlarını aşan ticaret faaliyetleri artmıştır. Bu durum sonucunda, milletlerarası ticareti düzenleyecek uluslar üstü kurallara ihtiyaç doğmuş ve böylece hukuk uyumlaştırması çalışmaları başlamıştır. Hukuk uyumlaştırılması açısından, *common law* ve *civil law* sistemlerinin ifa engellerine farklı yaklaşımlarının uzlaştırılması büyük önem taşımaktadır. Şüphesiz bu çalışmalardan en önemlisi milletlerarası ticari mal satımlarına uygulanacak kuralları yeknesak hale getirmek amacıyla kabul edilen Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)'dir.

CISG, *common law* ve *civil law* sistemlerinin ifa engellerine farklı yaklaşımlarını 28. maddesi ile uzlaştırmayı amaçlamıştır. Buna göre, ifa talebinin tüm şartları gerçekleşse dahi mahkemenin bulunduğu yer hukukunda aynen ifaya hükmedilmeyecekse, mahkeme aynen ifaya hükmetmek zorunda değildir. Bir başka deyişle, CISG'nin bir *common law* mahkemesinde uygulanması hâlinde alacaklının asli talebi tazminat olacak iken, *civil law* mahkemesi tarafından uygulanması hâlinde aynen ifa olacaktır. CISG'nin bu yaklaşımı ilk bakışta şaşırtıcıdır. Zira tarafları farklı hukuk sistemlerinden gelen CISG'a tabi bir milletlerarası mal satımı nedeniyle görülecek uyuşmazlığın sonuçları, uyuşmazlığın görüldüğü yer mahkemesinin hukuk sistemine göre farklılık gösterebilecektir. Dolayısıyla, bu madde uygulaması CISG'nin farklı hukuk sistemlerini uyumlaştırıcı rolüne bir istisna oluşturmaktadır. Öte yandan, her ne kadar ifa talebi başta olmak üzere ifa engellerine yaklaşımları açısından *common law* ve *civil law* sistemleri birbirlerinden çok farklı gözükseler bile, aslında son tahlilde her iki sistem de aynı sonuca farklı noktalardan gelmektedir. *Common law* sisteminde aynen ifa istisnai olarak uygulanmakta, buna karşılık *civil law* sisteminde aynen ifa talebi çeşitli engellerle sınırlanmaktadır.

Türk-İsviçre sisteminde hukuki olguya göre bir sınıflandırma yapılmakta ve yapılan ayrıma göre farklı hukuki olgulara bağlanan sonuçlar değişmektedir. Bu durumun açıklanması açısından, satıcının teslim borcunu yerine getirmediği bir ticari satım sözleşmesini örnek olarak ele almak gerekirse, İsviçre-Türk sisteminde satıcının teslim borcunu yerine getirmemesinde borçlu temerrüdü hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, satımın bir adi satım olması hâlinde alıcının gecikmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatı, ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek, menfi zararının tazminini talep etmesi mümkündür. Ancak alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi için öncelikle uygun bir mehil tayin etmesi ve mehil sonuna kadar bu haklardan hangisini seçtiğini satıcıya bildirmesi gerekmektedir. Eğer sözleşme bir ticari satıma ilişkin ise, o takdirde satılanın teslimi için belirli bir vade konulmuş olup da, satıcı satılanı bu sürenin sonuna kadar teslim edemezse, alıcının gecikmiş ifa yerine tazminat talep ettiği kabul edilmektedir. Aynen ifayı talep etmek isteyen alıcının ise, bu hususu ayrıca beyan etmesi gerekmektedir. Eğer satıcının malı gereği gibi teslim edememesinin nedeni sözleşme konusu üzerinde 3. kişinin bir aynı hakkının bulunması ise bu takdirde zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, alıcı ödediği bedeli faizi ile geri istemek ve sözleşmenin ortadan kalmış olması nedeniyle uğradığı menfi zararını talep etme haklarına sahiptir.

*Common law* sisteminde ise hukuki olgulara göre bir sınıflandırma yapılmaksızın, genel bir sözleşmeye aykırılık kabul edilmiş ve bu sözleşmeye aykırılığa farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Esas itibarıyla, *common law* sisteminde sözleşmeye aykırılığın türü her ne olursa olsun, asli yaptırım tazminatıdır. Buna göre, yukarıdaki örneği *common law* sistemi açısından ele alırsak, mahkeme tazminata hükmedecektir. Ancak, satım konusu malların piyasadan kolaylıkla ikame edilemeyecek veya kendine özgü nitelikte mallar olması hâlinde mahkeme aynen ifaya hükmedecektir. Buna göre, *common law* mahkemeleri açısından aynen ifa talebinin değerlendirilmesi malın veya hizmetin piyasadan kolaylıkla ikame edilip edilememesine bağlıdır.



Satıcının teslim borcunu yerine getirmediği bir ticari satım sözleşmesini ele aldığımızda, gerek Türk-İsviçre hukuk sistemi, gerek common law sistemi açısından esas itibarıyla ulaşılan sonuç tazminat olmaktadır. Bunun temelinde, ticaret hayatında işlemlerin hızı önem taşıdığı için alıcının aynen ifada direnmek yerine zararının karşılanmasını tercih edeceği fikri bulunmaktadır. Böylece, alıcı ifayı başka üçüncü kişiden sağlayabilecektir.

Satıcının ayıplı mal teslim ettiği bir satım sözleşmesini ele alacak olursak, İsviçre- Türk hukuk sisteminde alıcı ayıplı mal tesliminde ayıba karşı tekeffül hükümlerine giderek, bedel indirimi, malı yenisiyle değiştirme ve sözleşmeden dönme seçimlik imkânlarından birini kullanmakta serbesttir. *Common law* sisteminde ise satıcının ayıplı mal teslim ettiği bir durumda, alıcının yine esas talebi tazminat olacaktır. Alıcının ayıplı malın yenisiyle değiştirilmesini veya onarılmasını talep etmesi hâlinde satıcı bu talepleri kabul etmek zorunda değildir. Bununla birlikte, satıcının misli ile değiştirmeyi kabul etmemesi üzerine alıcının 3. kişiden daha yüksek bir fiyatla aynı malları satın alması ihtimalinde satıcı fiyat farkını da ayrıca tazmin etmek zorundadır. Aynı şekilde, alıcının ayıplı malı 3. bir kişiye tamir ettirmesi durumunda da alıcı satıcıdan onarım masraflarının tazminini talep edebilecektir.

Türk-İsviçre sisteminde ifanın borçlu tarafından sağlanması önem taşıdığı içindir ki ayıplı mal tesliminde aynen ifaya yönelik seçimlik imkânlar yer verilmiştir. *Common law* sisteminde ise mal veya hizmet piyasadan karşılanabilir oldukça, üçüncü kişiler tarafından karşılanması ve borçludan yalnızca uğranılan zararın tazmin edilmesi amaçlanmıştır.

Görüldüğü üzere, ulaşılan sonuç açısından *civil law* ile *common law* sistemleri arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Benzer sonuçlara diğer sözleşmeler ve borca aykırılıklar açısından yapılan incelemelerde de ulaşmak mümkündür. Ancak bu iki hukuk sistemi çoğu zaman benzer sonuçlara ulaşırsalar da, aralarında temel bir yaklaşım farkının olduğu aşikârdır. *Civil law* sisteminde

alacaklının sözleşmeden elde edeceği menfaat üstün tutulmakta ve sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklıya borçludan ifayı talep etme imkânı esas olarak tanınmaktadır. Böylece alacaklının sözleşmeden elde edeceği menfaatine kavuşmasını borçlu sağlayacaktır. Ancak alacaklının borcunu ifadan kaçınan borçluya karşı bu imkânı kullanabilmesi bir eda davası açarak, mahkemeden ilâm almasına bağlıdır. Mahkeme ilâmı üzerine borçlu ifadan kaçınmaya devam ederse, alacaklı bu ilâma dayanarak icra yoluna başvurabilecektir. *Civil law* sisteminde temel itibariyle alacaklının sözleşmeden elde edeceği menfaatin borçlu tarafından sağlanması amaçlanmış olmakla birlikte, bu süreçte alacaklının uzun ve masraflı yargılama ve cebri icra yollarından geçmesi gerekmektedir. *Common law* sisteminde yargılama ve cebri icra sürecinin dikenli yollarından kaçınmak amacıyla alacaklının sözleşmenin ifa edilmiş olması halinde elde etmeyi beklediği maddi beklentilerin karşılanması amaçlanmaktadır. Buna göre, sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklının zararının tazmin edilmesi esastır. Böylece, sözleşmeden elde edeceği menfaatin borçlu tarafından sağlanmayacağını anlayan alacaklı -yargı ve icra sürecinde zaman ve para kaybetmeden- elde etmeyi hedeflediği menfaati 3. kişilerden sağlayabilecek, sözleşmeye aykırı davranan borçludan ise zararının tazminini talep edecektir.

Bu açıdan bakıldığında *common law* sisteminin alacaklının daha menfaatine olduğu ve benzer sonuçlara daha pratik bir yoldan ulaştığı açıktır. Bu husus da, son yıllarda Alman hukuku başta olmak üzere, *civil law* sistemini kabul etmiş olan bazı ülkelerde yaşanan reform hareketlerinde neden *common law* sisteminin etkilerinin görülmeye başladığını açıklar niteliktedir.

Kanaatimce bir Borçlar Kanunu değişikliğinin eşiğinde olan ülkemizde, *common law* sisteminin bu özelliğinin -en azından belirli alanlarda- dikkate alınması isabetli olacaktır. Bu doğrultuda, *common law* sisteminin temel ilkelerinden olan ve gerek hukuk uyumlaştırması sürecinde gerekse çeşitli ülke hukuklarında yaşanan reform hareketlerinde kabul edilen genel sözleşmeye aykırılık kavramının benimsenmesi büyük kolaylık yaratacaktır.

## ÖZGEÇMİŞ

Başak Başoğlu 1981 yılında İzmir’de doğdu. İzmir Namık Kemal İlkokulu ve Özel İzmir Amerikan Lisesi’nde ilk ve orta öğrenimini tamamladıktan sonra 1999 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans eğitime başladı. Lisans eğitiminin ardından zorunlu avukatlık stajını tamamlayarak 2005 yılında avukatlık ruhsatını aldı. 2006 yılında başladığı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans programını 2008 yılında tamamladı. Başak Başoğlu 2006 Ekim ayından bu yana İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır.