

**TC İstanbul Kültür Üniversitesi  
Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Özel Hukuk Anabilim Dalı**

**BORCA AYKIRILIK HALLERİNDEN  
KUSURLU İMKANSIZLIK  
VE  
HUKUKİ SONUÇLARI**

**Doktora Tezi**

**Hazırlayan: Fatih Gündoğdu  
0410110009**

**Danışman: Prof.Dr.M.İlhan Ulusan**

**İstanbul 2011**

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR LİSTESİ	IX
GİRİŞ	1

## BİRİNCİ KISIM

### İMKANSIZLIK ÖĞRETİSİNİN GELİŞİMİ VE TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDE İMKANSIZLIĞA BAĞLANAN SONUÇLAR

§ 1	GİRİŞ.....	1
§ 2	İMKANSIZLIK KAVRAMININ ROMA HUKUKU VE ESKİ MÜŞTEREK HUKUKTAKİ KÖKLERİ.....	2
	I- GİRİŞ.....	2
	II- İMKANSIZLIK KAVRAMI.....	3
	A- İMKANSIZLIK KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞ SEBEBİ.....	3
	B- İMKANSIZLIK TÜRLERİ.....	7
	1- Objektif-Sübjektif İmkansızlık.....	7
	2-Baştaki-Sonraki İmkansızlık.....	9
	3-Hukuki İmkansızlık.....	10
	4- Teknik Terim Olarak “ <i>Impossibilis</i> ”.....	12
	III- SONRAKİ İMKANSIZLIĞA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR.....	13
	A- ROMA HUKUKUNDA DURUM.....	13
	1-Formula certa.....	13
	2-Formula incerta.....	17
	B- ESKİ MÜŞTEREK HUKUKTA DURUM.....	18
	IV- DOĞAL HUKUK DÜŞÜNCESİ VE BU DÜŞÜNCENİN ETKİSİYLE HAZIRLANMIŞ KANUNLAR.....	19
	A- KONUMUZ AÇISINDAN TABİ HUKUK DÜŞÜNCESİ.....	19
	B- DOĞAL HUKUK KANUNLARINDA SONRAKİ İMKANSIZLIK.....	22
	1-Prusya Devletleri Genel Kanunnamesi’nde (ALR) Sonraki İmkansızlık.....	22
	2- Code Civil.....	24
	IV- 19 .YY’DA İMKANSIZLIK ÖĞRETİSİNDEKİ GELİŞMELER.....	25
	A- GENEL OLARAK.....	25
	B- İMKANSIZLIĞIN UNSURLARI.....	26
	1-İmkansızlığın objektif unsurları.....	26
	2-İmkansızlığın sübjektif unsurları.....	27

C- İMKANSIZLIK KAVRAMININ GELİŞİMİNDE ETKİLİ OLAN DÜŞÜNCELER.....	28
1-Savigny'e Göre İmkansızlık.....	28
2- Mommsen'in İmkansızlık Öğretisi.....	32
a- Genel Olarak.....	32
b-Mommsen'in İmkansızlık Tarifi.....	33
aa- Borcu Sona erdiren Sübjektif İmkansızlık.....	33
bb- Kusurun İmkansızlıktaki Rolü.....	33
cc- Çeşit ve Para Borçlarında Sübjektif İmkansızlık.....	36
dd- İmkansızlığın Sonuçları.....	37

## İKİNCİ KISIM

### İMKANSIZLIĞIN İFA ENGELLERİ ARASINDAKİ YERİ, İMKANSIZLIK KAVRAMI VE TÜRLERİ

§ 1	TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA İFA ETMEME KAVRAMI VE BORCUN İFA EDİLMEMESİ KAVRAMINA GİREN DAVRANIŞLAR....	38
	I- GENEL OLARAK.....	38
	II- BORCA AYKIRILIK VE İFA ETMEME.....	39
	III- BORCUN İFA EDİLMEMESİ KAVRAMINA GİREN HALLER VE İFA ENGELLERİ ARASINDA İMKANSIZLIĞIN YERİ.....	41
	A- KUSURLU İFA İMKANSIZLIĞI.....	41
	B- BORÇLU TEMERRÜDÜ.....	43
	C- GEREĞİ GİBİ İFA ETMEME.....	51
	1- Kötü İfa.....	52
	2- Yan Edim Yükümlülüklerinin İhlali.....	55
	3- Akdin Müspet İhlali Kavramı.....	57
	D- YAPMAMA BORCUNA AYKIRI DAVRANIŞ.....	59
	E- SÖZLEŞME ÖNCESİ KUSUR SORUMLULUĞU.....	65
	F- BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASI.....	67
§ 2	İMKANSIZLIK.....	69
	I- İFA ve EDİM KAVRAMLARIYLA İMKANSIZLIK İLİŞKİSİ.....	69
	II- İMKANSIZLIK KAVRAMI.....	73
	III- İMKANSIZLIK TÜRLERİ.....	80

A- BAŞTAKİ-SONRAKİ İMKANSIZLIK.....	80
B- SÜREKLİ - GEÇİCİ İMKANSIZLIK.....	88
1- Genel Olarak.....	88
2- Geçici İmkansızlık- İmkansızlık/Temerrüt İlişkisi.....	90
3- “Geçicilik” – “Süreklilik”.....	91
4- Sürekli İmkansızlıkla Aynı Sonuca Bağlanan Geçici İmkansızlık Halleri.....	92
5- Geçici İmkansızlığa Uygulanacak Hükümler.....	94
6- İmkansızlığın Sonradan Ortadan Kalkması Hali.....	98
C- KISMİ- TAM İMKANSIZLIK.....	99
1- Kısmi İmkansızlık-Kısmi İfa İlişkisi.....	99
2- Kısmi İmkansızlığın Sonuçları.....	104
D- HUKUKİ İMKANSIZLIK.....	107
E- OBJEKTİF-SÜBJEKTİF İMKANSIZLIK.....	111
1- Ayrımda Kullanılan Kriterler.....	111
2- Söz Konusu Ayrım Bakımından Özel Olarak İncelenmesi Gereken Bazı Haller.....	120
a- Sözleşme Konusu Malın Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Borçlunun Elinden Çıkması.....	120
b- Para Borcu.....	124
c- Sözleşmeyle Hedeflenen Amacın Kendiliğinden Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkması.....	126
3- Sonraki İmkansızlık Bakımından Ayrımın Önemi.....	126
F- BORÇLUNUN SORUMLU OLDUĞU- BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI İMKANSIZLIK.....	129
G- EKONOMİK İMKANSIZLIK.....	131
§ 3 İFA İMKANSIZLIĞINDA BAZI ÖZEL DURUMLAR.....	134
I- ÇEŞİT BORCU-SINIRLI ÇEŞİT BORCU- GERÇEK OLMAYAN PARÇA BORCU.....	134
A- ÇEŞİT BORCU.....	134
B- SINIRLI ÇEŞİT BORCU.....	141
C- GERÇEK OLMAYAN PARÇA BORCU.....	143
II- SEÇİMLİK BORÇ VE SEÇİMLİK YETKİ.....	146
A- SEÇİMLİK BORÇ.....	146
1- Seçimlik Borç ile Çeşit Borcu Arasındaki İlişki.....	147
2- Seçimlik Borçta Edimin İmkansızlaşmasının Sonuçları.....	149
a- Seçim Hakkının Kullanılmasından Önce Meydana Gelen İmkansızlık.....	150
aa- Edimlerin Tamamının İmkansızlaşması.....	150
bb- Edimlerden Birinin veya Bir Kısmının İmkansızlaşması .....	151
b- Seçim Hakkının Kullanılmasından Sonra Meydana Gelen İmkansızlık.....	154
B- SEÇİMLİK YETKİ.....	155

III- PARA BORCU.....	156
IV- SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİLERİ.....	159
V- MUTLAK KESİN VADELİ İŞLEMLER.....	163

## ÜÇÜNCÜ KISIM

### KUSURLU İFA İMKANSIZLIĞININ SONUÇLARI

#### BİRİNCİ BÖLÜM

#### İMKANSIZLIĞIN BORÇ İLİŞKİSİNE ETKİSİ VE ALACAKLININ BORÇLUNUN KUSURUYLA MEYDANA GELEN İMKANSIZLIK SEBEBİYLE SAHİP OLDUĞU HAKLAR

§ 1	İFA İMKANSIZLIĞININ BORÇ İLİŞKİSİNE ETKİSİ.....	169
§ 2	ALACAKLININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR.....	172
	I- TAZMİNAT TALEBİ.....	172
	A- GENEL OLARAK.....	172
	B- SORUMLULUĞUN ŞARTLARI.....	174
	1- Sözleşmeye Aykırı Davranış.....	175
	a- Akdi İlişkinin Varlığı.....	176
	aa- Edim Yükümü.....	179
	bb- İfa.....	181
	b- Borca Aykırı Davranış.....	182
	aa- Giriş.....	182
	bb- Borca Aykırılık Kavramı.....	183
	2- Sorumluluk Sebebi.....	185
	a- Kusur Sorumluluğu.....	185
	aa- Genel Olarak.....	185
	bb- Kusur Kavramı.....	187
	cc- Akdi Kusurun Unsurları.....	189
	aaa- Sübjektif Unsur.....	190
	bbb- Objektif Unsur.....	191
	dd- Kusurun Türleri.....	195
	aaa- Kast.....	196
	bbb- İhmal.....	197
	aaaa- Tanım.....	197
	bbbb- İhmalin Türleri.....	200
	b- Borçlunun Kusurunun Aranmadığı Haller.....	202

aa- Yardımcı Şahısların Fiilinden Sorumluluk.....	203
aaa- Yardımcı Şahıs Kullanılması Mümkün Olmalıdır.....	203
bbb- Borcun İfasında Yardımcı Şahıs Kullanılmalıdır.....	208
ccc- Yardımcı Şahsın İşin İcrası Sırasında Borca Aykırı Nitelikteki Davranışı Neticesinde Alacaklı Zarar Görmüş Olmalıdır.....	212
ddd- Taraflar Arasında Sorumluluğu Daraltan veya Kaldıran Bir Anlaşma Yapılmamış Olmalıdır.....	214
bb- BK m.54 f.1'e Göre Sorumluluk.....	214
cc- Borçlu Temerrüt Halindeyken Meydana Gelen Kazalardan Sorumluluk.....	216
dd- Kanunda Belirtilmiş Özel Durumlar.....	219
aaa- Ariyet Alanın Kusursuz Sorumluluğu.....	220
bbb- Vedia Alanın Kusursuz Sorumluluğu.....	221
ccc- Vekaletsiz İş Görenin Kusursuz Sorumluluğu.....	222
ddd- Otelci ve Hancıların Sorumluluğu.....	222
eee- Umumi Ahır İdare Edenlerin Sorumluluğu.....	223
ee- Garanti Sorumluluğu.....	223
aaa- Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt.....	224
bbb- Alacağı Temlik Edenin Garanti Yükümlülüğü.....	225
c- Sorumluluğun Sınırlandırılması ve Bunun Sınırları.....	226
aa- Borçlunun Kendi Fiilinden Sorumluluk.....	227
bb- İfa Yardımcısının Fiilinden Doğacak Sorumluluklarda.....	229
3- Zarar.....	231
a- Zarar kavramıyla ilgili görüş ayrılıkları.....	232
b- Zarar Türleri.....	234
aa- Şahsa Verilen Zararlar- -Mala Verilen Zararlar.....	234
bb- Müspet Zarar-Menfi Zarar.....	235
cc- Fiili Zarar-Yoksun Kalınan Kar.....	236
dd- Maddi Zarar-Manevi Zararlar .....	237
4- Nedensellik Bağı.....	239
a- Doğal Nedensellik Bağı.....	239
b- Uygun Nedensellik Bağı.....	239
c- Sebeplerin Çokluğu.....	242
d- Alternatif İliyet.....	243
e- İliyet Bağının Kesilmesi.....	244
f- Uygun İliyet Bağının İspatı .....	245
C- ZARARIN HESAPLANMASI.....	246
1- Zararın İspatlanması.....	246
2- Hesaplama Yöntemleri ve Hesabın Yapılacağı An.....	249
a- Somut ve Soyut Zarar Hesabı Yöntemi.....	249
b- Zararın Hesaplanacağı An.....	250
3- Denkleştirme.....	253
D- MADDİ TAZMİNATIN TAYİNİ.....	256
1- Tazminatın Türü.....	256
2- Tazminat Miktarının Tayini.....	258
a- Genel Bakış.....	258
b-Tazminatın Azaltılmasına Yol Açan Etkenler.....	259
aa- Borçlunun Kusur Derecesi.....	259
bb- Hal ve Mevkiin İcabi.....	260

cc- Birlikte Kusur.....	260
dd- Mağdurun Rızası.....	262
ee- Failin Müzayakaya Düşecek Olması.....	262
E- MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ.....	263
1- Manevi Zararın Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Olan	
Gerekli Şartlar.....	263
a- Borca Aykırı Davranış.....	263
b- Kusur.....	265
c- Zarar.....	265
d- Uygun Nedensellik Bağı.....	266
2- Manevi Tazminata İlişkin Özel Şartlar.....	267
II- TAZMİNAT DIŞINDA ALACAKLININ BAŞVURABİLECEĞİ	
DİĞER YOLLAR.....	269
A- KAİM DEĞER ( <i>STELLVERTRETENDES COMMODUM</i> ) TALEBİ..	269
1- Genel Olarak .....	269
2- Alacaklının Kaim Değeri Tercih Etmesinin Nedenleri .....	270
3- Kaim Değer Talep Edilebilmesinin Şartları.....	271
a- Alacaklının İrade Beyanı.....	271
b- Edimin İfasının İmkansızlaşması.....	271
c- Kaim Değer Edimi İmkansızlaştıran Olay Sonucunda	
Elde Edilmiş Olmalıdır.....	272
d- İmkansızlaşam Edim ile Kaim Değer Özdeş Olmalıdır.....	273
4- Kaim Değerin Kapsamı.....	274
5- Kaim Değer - Tazminat İlişkisi .....	277
6- Kaim Değerin İspatı.....	277
7- Zamanaşımı.....	278
B- BK m.97'den DOĞAN HAKLAR.....	278
1- Borcun Kendisi Tarafından İfasına İzin Verilmesini	
İsteme Hakkı.....	278
2- Yapmama Borcuna Aykırı Davranılması Halinde	
Alacaklının Ref'i Talep Etme Hakkı.....	284
C- CEZAI ŞART.....	285
D- SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE MENFİ ZARARIN TAZMİNİ.....	287
§ 3 İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE KARŞI EDİMİN	
AKİBETİ.....	289

## İKİNCİ BÖLÜM

### SONRAKİ İMKANSIZLIKTAN ALACAKLININ VE HER İKİ TARAFIN SORUMLU OLDUĞU HALLER

§ 4 ALACAKLININ ETKİ ALANINDA GERÇEKLEŞEN	
İFA İMKANSIZLIĞI.....	292
I-ALACAKLININ SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI.....	292

	A-ALACAKLI TEMERRÜDÜ İLE ALACAKLININ İMKANSIZLIKTAN SORUMLU OLMASI ARASINDAKİ FARK.....	296
	B- ALCAKLININ İMKANSIZLIĞA YOL AÇABİLECEĞİ HALLER...	300
	II-ALACAKLININ SORUMLU OLDUĞU İMKANSIZLIĞIN SONUÇLARI.....	301
	A- ALACAKLININ SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞINDA GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI GEREKEN HÜKÜMLER.....	304
	1-BK m.183.....	304
	2-BK m.325.....	306
	3-BK m.370.....	308
	4-BK m.396.....	313
	B- KONUYLA İLGİLİ OLARAK İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER.....	314
	C-KAİM DEĞER TALEBİ.....	320
§ 5	HER İKİ TARAFIN SORUMLU OLDUĞU İMKANSIZLIK.....	320

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ALMAN VE AVUSTURYA HUKUKLARINDA SONRAKİ İMKANSIZLIĞIN SONUÇLARI

§ 6	ALMAN HUKUKUNDA İMKANSIZLIK.....	326
	I- GİRİŞ.....	326
	II- BORÇLUNUN SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI İLE İLGİLİ BGB'DE YER ALAN DÜZENLEME.....	329
	A- § 275 I BGB – İMKANSIZLIK.....	330
	B- § 275 II BGB – BEKLENİLMEZLİK HALİ.....	332
	C- § 275 III BGB – KİŞİSEL İMKANSIZLIK.....	339
	III- BORÇLUNUN § 275 I-III BGB'YE GÖRE BORCUNDAN KURTULMASI HALİNDE ALACAKLININ BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ YOLLAR.....	343
	A- İFA YERİNE TAZMİNAT.....	343
	B- YAPTIĞI MASRAFLARI TALEP ETME HAKKI.....	346
	C- KAİM DEĞERİ TALEP ETME HAKKI.....	348
	D- SÖZLEŞMEDEN DÖNME.....	349
	IV- KARŞI EDİMİN AKİBETİ.....	351
	V- ALACAKLININ SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI.....	352



	<b>VI- HERİ Kİ TARAFIN SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI...</b>	<b>353</b>
§ 7	<b>AVUSTURYA HUKUKUNDA SONRAKİ İMKANSIZLIK.....</b>	<b>355</b>
	<b>I- GENEL OLARAK İMKANSIZLIK.....</b>	<b>355</b>
	<b>II- BORÇLUNUN SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI İLE İLGİLİ ABGB'DE YER ALAN DÜZENLEME.....</b>	<b>357</b>
	<b>A- § 920 ABGB HÜKMÜNÜN UYGULANABİLMESİ İÇİN GEREKEN ŞARTLAR.....</b>	<b>358</b>
	<b>B- İMKANSIZLIĞIN SONUÇLARI.....</b>	<b>360</b>
	<b>1- İfanın Tamamen Boşa Çıkması.....</b>	<b>360</b>
	<b>a-İfa Etmeme Sebebiyle Tazminat.....</b>	<b>361</b>
	<b>b-Sözleşmeden Dönme.....</b>	<b>362</b>
	<b>2- İfanın Kısmen Boşa Çıkması .....</b>	<b>363</b>
	<b>III- ALACAKLININ VE HER İKİ TARAFIN SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI.....</b>	<b>365</b>
	<b>SONUÇ.....</b>	<b>366</b>
	<b>YARARLANILAN KAYNAKLAR.....</b>	<b>384</b>

## KISALTMALAR LİSTESİ

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Atchiv für die civilistische Praxis
AJP/PJA	die Zeitschrift für die aktuelle Juristische Praxis
a.F.	alte Fassung
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
Allg.	Allgemein
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für die Arbeitspraxis
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Betriebs Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichts Entscheidungen
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
BT	Besonderer Teil
C.	Cilt
C.Civ.	Code Civil

D.	Digesta
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	Esas
Einl.	Einleitung
f.	fikra
FS	Festschrift
H.	Heft
HD.	Hukuk Dairesi
Inst.	Institutionen
J.	Jahr
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter
JJZ	Jahrbuch Junger Zivilwissenschaftler
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar
Komm.	Kommentar
KritZR	Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft
m.	Madde
MDR	Monatsschrift für Deutsche REcht
MÜHFD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
N	Numara
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
Ör.	Örneğin
Reg.E.	Regierungs-Entwurf
Rom.Abt.	Römische Abteilung
S.	Sayı
s.	sayfa
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Urt.	Urteil
vd.	ve devamı
Vorbem.	Vorbemerkungen
WS	Winter Semester
Yarg.	Yargıtay
YD	Yargıtay Dergisi
yy.	yüzyıl
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

## BİRİNCİ KISIM

### İMKANSIZLIK KAVRAMININ GELİŞİMİ VE TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDE İMKANSIZLIĞA BAĞLANAN SONUÇLAR

#### § 1- GİRİŞ

Impossibilium nulla obligatio est:<sup>1</sup> kimse imkansız edimi ifa ile yükümlü tutulamaz. Roma Hukuku'ndan günümüze kadar ulaşılmış olan bu ilke, imkansızlık bahsiyle çok eski zamanlardan beri uğraşıldığını göstermektedir. Bu ilkenin varlığı, daha o zamanlarda imkansızlığa hangi sonucun bağlanması gerektiği meselesiyle meşgul olduğunun, günümüzde hala bilinir olması da Roma Hukuku'nda geliştirilen düşüncelerin günümüz hukuk sistemleri üzerinde de etkili olduğunun göstergesidir. Ancak bu meseleyle asırlar boyunca meşgul olunmasına rağmen, hala imkansızlık kavramına verilecek anlam ve imkansızlığa bağlanması gereken sonuçlar üzerinde tam olarak bir birlik sağlanamadığı ise apaçık ortadadır.

İmkansızlığın ne anlama geldiği ve ne gibi bir işleve sahip olduğu, temerrüt ve akdin müsbet ihlali gibi kurumlarla olan ilişkisi hakkındaki tartışmaların oldukça uzun bir geçmişi bulunmaktadır. Son olarak 90'lı yılların başında Almanya'da Borçlar Kanunu Reformu'na yönelik çalışmalara başlandığında, imkansızlık hükümlerinin kanundaki merkezi konumunun değiştirilmesi gerektiği, yalnızca bazı borç ilişkileri bakımından ortaya çıkan bir durumun ifa engelleri hukukunun tam merkezinde yer almasının yanlış olduğu, imkansızlığın ele alınış tarzının birtakım zorlukların yaşanmasına sebep olduğu ve bu sebeplerle imkansızlığa ilişkin hükümlerin kanundan çıkarılması gerektiği ileri sürülmüş, ancak her şeye rağmen imkansızlığa ilişkin hükümlerin kanuni düzenleme dışı bırakılması çabaları, özellikle iki ünlü Alman hukukçu Canaris<sup>2</sup> ve Huber'in<sup>3</sup> yoğun eleştirileri nedeniyle sonuç

<sup>1</sup> *Celsus D.50,17,185: Impossibilium non est obligatio* (İmkansız olan borçlanılamaz), Flemenkçe çeviri için bkz. **SPRUIT/FEENSTRA/WUBBE**, Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling VI, Digesten 43-50, Gravenhage 2001, s.985; Fransızca çeviri için bkz. **HULOT/BERTHELOT**, Corps de Droit Civil Roman, En Latin et en Français, Tome 7, Les Cinquante Livres Du Digeste Ou Des Pandectes, De L'empereur Justinien, Réimpression de L'édition de Metz 1805 (Chez BEHMER et LAMORT, Chez RONDONNEAU, Aalen 1979, s.672

<sup>2</sup> **CANARIS**, Zur Bedeutung der Kategorie der "Unmöglichkeit" für das Recht der Leistungsstörungen. Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht, in: Schulze/Schulte-Nölke, 2001, s.43 vd.

vermeyerek, imkansızlık borçlunun sorumluluğuna sebep olan temerrüt ve kötü ifa (Schlechterfüllung) gibi kurumlarla birlikte oluşturulan yeknesak bir sorumluluk düzeninde “yükümlülüğe aykırılık” (Pflichtverletzung) üst başlığı altında ifa engelleri hukukundaki yerini korumuştur. İmkansızlık hükümlerinin kanunda yer alması gerektiği yönündeki bu fikirler, bu kuruma neden bu kadar önem verildiği, imkansızlık öğretisinin kökenlerinin nerelere dayandığı, imkansızlık kavramının tarih boyunca hangi aşamalardan geçtiği ve imkansızlığa ilişkin hükümlerin Roma Hukuku’ndan günümüze değin hangi fonksiyonlara sahip olduğu sorularını akla getirmektedir. Bu nedenle bu çalışmada öncelikle imkansızlık kavramının köklerine inilecek, daha sonra sırasıyla imkansızlık kavramının diğer ifa engelleri ile arasındaki ilişki, imkansızlığın çeşitleri, bazı özel durumlardaki sonuçları ayrıca incelenmek üzere kusurlu ifa imkansızlığının hangi sonuçları doğuracağı meseleleriyle meşgul olunacak; bu inceleme esnasında yalnızca imkansızlıktan borçlunun sorumlu olduğu haller değil, alacaklının veya her iki tarafın sorumlu haller de incelenmeye çalışılacaktır.

## § 2- İMKANSIZLIK KAVRAMININ ROMA HUKUKU VE ESKİ MÜŞTEREK HUKUKTAKİ KÖKLERİ

### I-GİRİŞ

Roma Hukuku’nda, özellikle antik çağda çeşitli edim tipleri ve borçlar bakımından oldukça karışık bir kurallar sistemi benimsenmiş ve borca aykırılıklarda, bu borca aykırılığın türüne göre farklı dava tipleri ve olay gruplarından oluşan ayrıntılı bir sistem öngörülmüştür. Bu sistemde farkı yaratacak en önemli unsur borcun sınırlı ya da serbest bir karaktere olmasıdır.<sup>4</sup> Sınırlandırıcı kurallara tabi yükümlülüklerde (*iudicia stricti iuris*) borçlu ancak, ayrıca kararlaştırılmışsa tazminat ödemek zorunda kalmaktadır.<sup>5</sup> İşte bu sebeple sınırlandırıcı kurallara tabi davalarda (*actiones stricti iuris*) hakim oldukça dar bir hareket alanına sahiptir. Edimin konusunun belirli bir

<sup>3</sup> HUBER, Das geplante Recht der Leistungsstörungenrecht, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.) Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, s.31 vd.

<sup>4</sup> KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, 19.Auflage, München 2008, § 37 N 1

<sup>5</sup> Zira bu durumda edimin ifasının objektif olarak daima mümkün olduğu kabul edilmektedir. KASER/KNÜTEL, § 37 N 2

mal olduğu bu tür bir borçta (*intentio certa*) hakim ancak davacının iddia ettiği gibi bir talep hakkının bulunup bulunmadığını kontrol edebilecek ve bunun sonucunda ya dava konusu malın davacıya verilmesine kara verecek ya da davayı reddedecektir.<sup>6</sup> Bu ikisi dışında hakime başka bir imkan tanınmamıştır. Buna karşın serbest kurallara tabi davalarda (*iudicia bonae fidei*) hakim geniş bir takdir hakkına sahip bulunmakta ve dürüstlük kuralına göre davalının ne kadar ifa yükümünün kapsamını tayin edebilmekteydi.<sup>7</sup>

Günümüz hukukunda mevcut olan akdin konusunun başlangıçta imkansız olması halinde sözleşmenin batıl sayılacağına ilişkin hükmün tarihsel bakımdan öncüsü niteliğindeki ifadeye, klasik hukuk dönemi hukukçularından *Celsus*'un *Digesta*'sının 8.kitabında D 50,17,185'de rastlanmaktadır: "*impossibilium nulla obligatio est.*" Ancak bu soyut ifadenin sözleşmenin ortadan kalkmasına yol açacak veya imkansızlık sisteminin üst kavramını teşkil edecek nitelikte olduğunun söylenemeyeceği, klasik hukukçuların yerel-mantıksal düşünce tarzlarının *Celsus*'un bu sentezine evrensel bir "geçerlilik" yüklenmesini mümkün kılmayacağı, *Justinianus*'un bu hukuk kuralını (*regula iuris*), aksi ispat edildiği takdirde borcun sona ereceği çekincesiyle kabul etmiş olduğu ifade edilmiştir.<sup>8</sup>

## II-İMKANSIZLIK KAVRAMI

### A- İMKANSIZLIK KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞ SEBEBİ

Roma Hukuku'nda imkansızlığa ilişkin hükümlerin varlığının bilinmesine karşın, günümüze ulaşan metinlerde bir açıklık bulunmaması ve sıkça rastlanılan *interpellatio*'lar (aynı metin üzerinde yapılan eğişiklikler) sebebiyle, bu hükümlere neden ihtiyaç duyulduğu tam olarak ortaya konulamamaktadır. Bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür:

<sup>6</sup> **JÖRS/KUNKEL/WENGER**, Römische Recht, in vierter Auflage neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb, Berlin/Heidelberg 1987, s.219; **HONSELL**, Römische Recht, 6.ergänzte Auflage, Heidelberg 2006, s.87

<sup>7</sup> **JÖRS/KUNKEL/WENGER**, s.220; **HONSELL**, Römische Recht, s.88

<sup>8</sup> **WOLLSCHLÄGER**, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen, Köln/Wien 1970, s.8

Bazı yazarlar Roma Hukuku'nda imkansızlığa ilişkin bir hükmün yer almadığını, hatta sistem gereği kesinlikle imkansızlığa ilişkin hükümlere ihtiyaç olmadığını ileri sürmektedir.<sup>9</sup> Bu yazarlara göre imkansızlığa ilişkin hükümler, ifası imkansız bir borcun ifa edilmesine yönelik bir “karar” verilmesini engellemek amacıyla hizmet ederler. Oysa Roma Hukuku'nda “*condemnatio pecuniaria*” ilkesi<sup>10</sup> geçerli olup, bu ilkeye göre hakimler eda davalarında sadece belirli bir miktar paranın ödenmesine hükmedebilmekteydiler.<sup>11</sup> O dönemlerde sözleşmeyle kararlaştırılan asli edimin ifası dava yoluyla sağlanamamaktadır. Durum böyle olunca, açılan davada hakimin aynen ifaya karar vermesinin önü kural olarak kapatılmış bulunmakta olup, hakim, sadece borçlunun bir miktar para ödemesine hükmedebilmekteydi. Hakimin vereceği karar borçlunun belirli bir miktar parayı ödemesinden ibaret olacağından, bu karar hiçbir zaman ifası mümkün olmayan bir borca ilişkin olamayacaktır. *Formula* adı verilen bu usulde dava sonucunda borçlu daima bir miktar para ödemek zorunda kalmaktaydı. Uyuşmazlığın konusu ne olursa olsun, hakim o ihtilafı paraya çevirerek mahkumiyet kararı vermektedir. Örneğin ihtilafa konu bir arazi için istihkak davası açılması halinde, dava sonucunda davacının haklı olduğu kanaatine varan hakim hak sahibine arazinin iadesi değil, arazinin değerinin ödenmesi yönünde karar verebilecektir.<sup>12</sup> Ancak bu sonucun davacıyı çoğu zaman tatmin etmemesi üzerine çözüm arayışlarına gidilmiş, bunun sonucunda eğer dava konusu mal telef olmuşsa veya ortadan kaybolmuşsa nakdi tazminata hükmetmekten başka çare olmamasına karşın, hakimin malın aynen iadesinin mümkün olduğuna kanaat getirebildiği hallerde, davalıya malı geri vermesini emretmesinin mümkün olacağı söylenmiştir. Bir karar niteliğinde olmayan ve hakim tarafından karar eklenen bu emre *clausula arbitraria* denmektedir.<sup>13</sup> Ancak bu durumda da davalı söz konusu emre uymazsa cebri icra marifetiyle davalının bu emri yerine getirmesi sağlanamamaktadır. Yani bu

<sup>9</sup> JAKOBS, s.175 vd.

<sup>10</sup> Bu ilkeye göre hakim önüne gelen davada mutlaka bir miktar paraya hükmedebiliyordu. Bu nedenle kararlarda öncelikle parasal karşılığı belirtilmemiş edimlerin değerlerinin tespit edilmesi gerekmektedir. ayrıntılı bilgiler için bkz. JÖRS/KUNKEL/WENGER, s.224; HONSELL, Römisches Recht, s.98; HAUSMANINGER/SELB, Römisches Privatrecht, 9., völlig neu bearbeitete Auflage, Wien/Köln/Weimar 2001, s.195

<sup>11</sup> MEDICUS, Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im Römischen Recht, ZRG Rom.Abt.86 (1969), s.67. Bu görüş, çeşitli muhakeme usulleri arasındaki farkı gözardı ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. HARKE, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechtsmodernisierung, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Das neue Schuldrecht, Freiburger Tagung, Stuttgart, 2001, s.30

<sup>12</sup> TAHIROĞLU/ERDOĞMUŞ, Roma Usul Hukuku, İstanbul 1995, s.32

<sup>13</sup> Özel durumlarda açılan actio arbitrariae davalarında malın aynen iadesinin mümkün olduğu hallerde davacının aynen ifa talebinde bulunabilmesi için Praetor tarafından dava formula'sına eklenen belge.



halde de davalı malı geri vermekten kaçınırsa hakim yine bir miktar paraya hükmetmek zorunda kalacaktır. Davalının verilen emre uymasını sağlamak için yapılan tek şey, malın değerini davacıya takdir ettirmekten ibarettir.

Bazı yazarlar<sup>14</sup> ise imkansızlığa ilişkin hükümlerin verme yükümünün (*dare oportere*) klasik hukukçular tarafından lafzi olarak çok sıkı bir şekilde yorumlanması sonucu ortaya çıktığını ileri sürmüşlerdir. Buna göre malın devrinin (*dare*) imkansızlaşması halinde yükümlülükten (*oportere*) de bahsedilemeyecektir.<sup>15</sup> Zira sadece ifası mümkün olan edimler bakımından yükümlülük söz konusu olabilir. Bu görüşe göre *Impossibillum nulla est obligatio* ilkesi tek başına imkansızlık hükümlerinin kendine has fonksiyonları olduğunu söylemeye yetmeyecektir. Bunun için daha çok çeşitli dava tiplerinde verme yükümünün niteliği ile Celsus'un bu ilkesinin birlikte ele alınması gerekecektir. Bu görüşe göre imkansızlığın kendine has fonksiyonlara sahip olması, kesin hükmüsüzlüğün çeşitli istisnalarının mevcut bulunmasından kaynaklanmaktadır.<sup>16</sup> Zira bu görüşe göre "Impossibillum nulla obligatio est" ilkesi Roma Hukuku'nda çeşitli sınırlamalara tabidir. Örneğin sıkı kurallara tabi davalarda *perpetuatio obligationis* ilkesi gereğince imkansızlığa rağmen borçlunun borcunun devam ettiği kabul edilmekteydi.<sup>17</sup>

Bir başka görüşe göre<sup>18</sup> ise Roma Hukuku'nda imkansızlığın çıkış noktası, ifa imkansızlığında yaşanan uyuşmazlığın değerinin tespiti (*Litisaestimation*) problemidir. Buna göre Roma Hukuku'nda ihtilafın değerinin tespit edilemediği

<sup>14</sup> WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, FS für Nipperdey zum 70. Geburtstag, 1965, s.801

<sup>15</sup> MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im Römischen Recht*, s.69; AHRENS, *Der mittellose Geldschuldner. Unmöglichkeit zur Leistung und Verzug des Zahlungsverpflichteten*, Berlin 1994, s.24

<sup>16</sup> WAGNER, *Studien zum Recht der Unmöglichkeit*, Baden-Baden 2007, s.25

<sup>17</sup> HAUSMANINGER/SELB, s.312; WAGNER, s.25. Bu görüş, *perpetuatio obligationis*'in sadece sonraki imkansızlık bakımından uygulanmasının yukarıdaki gerekçelerle açıklanmasının zor olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira adından da anlaşılacağı üzere *perpetuatio* yükümlülüğün devamı sonucunu doğurur. Bu sebeple baştaki imkansızlık bakımından uygulanması söz konusu değildir. Önce söz verip sonra borcun ifasını imkansızlaştıranın sorumluluğuna gidilirken, önce mala zarar verip sonra söz veren şahıs sorumlu tutulmamaktadır. Bu sebeple *perpetuatio obligationis*'in uygulama alanının sonraki imkansızlıkla sınırlı olması bu sebeple adil değildir. Bkz. MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im Römischen Recht*, s.70 vd.

<sup>18</sup> MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im Römischen Recht*, s.75

hallerde dava açmak mümkün olmadığından, imkansızlığı maddi hukuk içinde yer alan bir unsur gibi ele almak gereği doğmuştur.<sup>19</sup>

Konuyla ilgili olarak öğretilerde Wagner ise imkansızlık öğretisinin, davanın şekli ve borcun içeriği bakımından imkansızlık hükümlerine ihtiyaç duyulması sebebiyle geliştiğini ileri sürmüştür.<sup>20</sup> Yazar, Roma hukuku'ndaki *condemnatio pecuniaria* ilkesine göre yargılama sonunda talebin içeriğiyle kararın içeriğinin birbirine uymaması sebebiyle, klasik dönemde imkansızlık hükümlerine olan ihtiyacın, davanın şeklinden kaynaklandığını ileri sürmektedir. Bu dönemde geçerli olan *Formula* usulünde (adi muhakemeler nizamı) *Formula certa*'da davacının amacı belirli bir edimi elde etmek, çoğunlukla belirli bir malın devrini sağlamaktır. Burada borçlu bir edim sonucunu sağlama yükümlülüğü altındaydı ve bu yükümlülüğü önceden belirlenmişti. Hakimin görevi sadece bu yükümlülüğü kabul veya reddetmekten ibaretti. *Formula incerta*'da ise durum farklıydı. Bu dava çeşidi belirsiz sayıda davranış yükümünü kapsamaktaydı ve bu davada hakim önceden belirlenmiş bir yükümlülüğü kabul veya reddetmekle zorunda olmayıp, somut olaya göre borçlunun borcunu, yani neyi borçlandığını tespit etme yetkisine sahipti. Her iki dava arasındaki en büyük fark, *formula certa*'da borçlunun borcunun açılan davayla belirlenmiş olmasına rağmen *formula incerta*'da bu borcu hakim tespit edecek olmasıydı. *Formula certa*'ta da hakim, borçlunun başka bir borcunun bulunmaması sebebiyle yalnızca borçlunun teslim borcunu ifa edip etmediği sorusuyla meşgul

<sup>19</sup> Wagner bu görüşün doğru olup olmadığını tespit edebilmek için Romalı hukukçuların imkansızlık olarak kabul ettikleri olaylarda ihtilafın değerinin tespitinin gerçekten mümkün olup olmadığına bakılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre Romalı hukukçularca imkansızlık bağlamında üç tip olay ele alınmıştır: 1-Mevcut olmayan eşya hakkında yapılan hukuki işlemler, 2-Ticarete konu olamayacak nitelikteki eşyalar hakkında yapılan hukuki işlemler, 3-Halihazırda alacaklıya ait olan eşyanın alacaklıya satılması hali. Mevcut olmayan şeyin değerinin tespit edilmesi mümkün değildir. Bu şeyin piyasa değeri bulunmadığı gibi, değeri hakkında bir tahminde bulunmak da mümkün değildir. Kamuya açık yerler (*locus sacer vel publicus*- Pomponius D.18.1.4, Modestinus D.18.1.62.1, BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER, Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Band III, Digesten 11-20, Heidelberg 1999, s.441, 462) ile özgür insanın satışı (*homo liber*- Licinius Rufinus D.18.1.70, BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER, Band III, s.465) de ticarete konu olamayacak mallara örnektir. Bu hallerde de satışın mümkün olmaması sebebiyle hukuki işleme konu malın değeri tespit değerinin tespiti söz konusu olamayacaktır. Yazara göre halihazırda alacaklıya ait olan malın alacaklıya satılması ise, imkansızlığa ilişkin kuralların çıkış noktasını ifa imkansızlığında yaşanan ihtilaf değerinin tespiti probleminde gören bu görüşün en zayıf noktasını oluşturmaktadır. Zira alacaklıya ait olan malın değerini tespit etmek zor olmayacaktır. Bu durum imkansızlık kapsamında sonradan alınmıştır. Bu durumu ilerleyen zamanlarda Gaius bahis konusu etmiş (*Gaius Inst.* 3.99, MANTHE, Gaius Institutiones, Die Institutionen des Gaius, Darmstadt 2004, s.259) ve bu olayları diğer imkansızlık durumlarından *condictio impossibilis* vasiyasıyla ayırmıştır. Sonuç olarak bu yaklaşımdan, imkansızlığın kapsamının zaman içerisinde genişletildiği anlaşılmaktadır. Bkz. WAGNER, s.27

<sup>20</sup> WAGNER, s.29

olmaktaydı. İşte borçlu, önceden belirlenmiş olan ve bir sonuç meydana getirmeye yönelik borçlarda imkansızlık hükümlerine başvurabilmekteydi. Bunun dışındaki ifa engelleri ise, önceden belirlenmiş olan borcu hukuka aykırı bir şekilde değiştirdikleri gerekçesiyle dikkate alınmamışlardı. Sonuç olarak imkansızlık öğretisinin *formula certa*'da bazı hallerde borçluyu borcundan kurtarabilmek için gerekli olduğu söylenmiştir. *Formula incerta*'da ise hakim borcun içeriğini belirleyebileceğinden, borçlunun borcundan kurtulabilmesi için imkansızlığa ilişkin hükümlere ihtiyaç bulunmamaktaydı.

3.yüzyılın sonlarına doğru ise klasik dava şeklinin yerini “Fevkalade Mahkeme Usulü” (*Cognitio Extra Ordinem*)<sup>21</sup> almıştır. Her iki usul arasındaki en büyük fark, dava talebinin artık Formula üzerinden tespit edilmeyip, arada maddi nitelik kazanmış hakka yönelik olmasıdır. Hakim burada daha geniş bir hareket alanına sahiptir.<sup>22</sup> Bu dönemde *condemnatio pecuniaria*'nın uygulanmasına son verilmiş olması sebebiyle hakimin kararı artık sadece bir miktar paranın ödenmesine yönelik olmak zorunda değildir.<sup>23</sup> Bu dönemde imkansızlık borcun içeriğini değiştirmeye başlamış, bir başka deyişle asli edim yükümünün ikincil nitelikteki tazminat yükümüne dönüşmesine hizmet etmiştir.<sup>24</sup> Dolayısıyla, imkansızlık hükümlerinin fonksiyonu günümüzdeki duruma yaklaşmıştır.

## B- İMKANSIZLIK TÜRLERİ

### 1- Objektif-Sübjektif İmkansızlık

Roma Hukuku kaynaklarından anlaşıldığı üzere, Roma Hukuku'nda da, aynen günümüzde olduğu gibi, imkansızlık kavramının ne anlama geldiği hususunda bir birlik bulunmamaktadır. Bu kavramın ilk zamanlar çok dar anlamda ele alındığı

<sup>21</sup> Son imparatorluk devrinde hakların himayesinde uygulanan muhakeme usulü. Bkz. UMUR, Roma Hukuk Lügatı, İstanbul 1975.

<sup>22</sup> Bu durumun bir sonucu olarak imkansızlığa ilişkin hükümlere olan ihtiyacı azalmış olması gerekmesine rağmen Justinian'ın imkansızlığı, özellikle *perpetuatio obligationis* bahsinde Corpus Iuris Civilis'e almış olması şartıcı bulunmuştur. Bkz. WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.39

<sup>23</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.38

<sup>24</sup> KLEY, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, die Funktion der Unmöglichkeitstheorie im BGB und der Reformversuch der Schuldrechtskommission, Berlin 2001, s.76

görülmektedir. Bu konudaki en eski ve tanınmış hukuk metninde, teslim edilecek eşyanın var olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>25</sup> Buna göre ancak ya hiç mevcut olmamış ya da artık mevcut olmayan eşya hukuki işleme konu olmuşsa imkansızlıktan bahsedilebilecektir. Daha sonraları durum daha da somutlaştırılarak, eşyanın “*in rerum natura*” vaziyette olması, yani fiziki olarak mevcut olan bir varlık olması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>26</sup> Bunun yanı sıra devri borçlanılan kölenin ölü olması, var olmayan bir canavarın (*Hippocentauren*)<sup>27</sup> devri vaadi örneğinde olduğu gibi, sözleşme konusu eşyanın mevcut bulunmasının mümkün olmaması, devri borçlanılan eşyanın kutsal eşya (*res sacra aut religiosa*) veya kamu malı (*res publica*) olması sebeplerinden dolayı bu devrin mümkün olmaması halinde de yine imkansızlığın objektif olduğu belirtilmektedir.<sup>28</sup> Görüldüğü üzere ne borçlu ne de bir başka şahsın ifada bulunabilecek durumda olmaması sebebiyle bahsi geçen bütün bu durumlarda günümüzdeki anlamıyla bir objektif imkansızlık söz konusudur. İmkansızlığın var olup olmadığının tespitinde tek başına borçlunun durumu dikkate alınmamış, onun yerine bu değerlendirmede borçlunun yerinde olabilecek diğer şahıslar da göz önünde bulundurulmuştur.

<sup>25</sup> Pomponius D.18.1.8.pr: “*nec emptio vec venditio sine re, quae veneat, potest intellegi*” - malın fiziki olarak var olmaması halinde herhangi bir alım veya satımdan bahsedilemez.” Çeviri için bkz. **BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER**, Band III, s.443

<sup>26</sup> Justinian Inst. 3,19,1: “*At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatos fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebatur, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio*”: Ölü olmasına rağmen hayattaymış gibi muamele edilen köle Stichus’un veya bir Hippocentauren gibi fiziki dünyada mevcut olması mümkün olmayan bir şeyin devrinin söz verildiği hallerde Stipulatio geçersiz sayılacaktır, Çeviri için bkz. **BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER**, Corpus Iuris Civilis, Text und Überstetzung, Band I, Institutionen, 2.Auflage, Heidelberg 1997, s.179

<sup>27</sup> Justinian Inst., 3.19.1, **BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER**, Band I, s.179

<sup>28</sup> Paulus D 45.1.83.5: *Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest...* (Her ne kadar kutsal şeyler kutsallığından soyutlaşırsa, ve toplumun kullanımına maal olan şeyler özel alanda kullanılırsa, özgür insan köleleşse, kutsal veya dini bir şey veya toplumun kullanımına maal olmuş bir şey, mesela bir pazar, bir tapınak veya özgür bir insan hiç bir zaman bir sözleşme konusu olamazlar) Flemenkçe çeviri için bkz. **SPRUIT/FEENSTRA/WUBBE**, s.249-250; Fransızca çeviri için bkz. **HULOT/BERTHELOT**, s.34. *Ulpian. D 45.1.34: ULPIANUS libro quadragensimo octavo ad sabinum. Multum interet, utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum, an quis promittat: si stipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet: si quis promittat, cuius non commercium habet, cuius non commercium habet, ipsi nocere, non mihi* (Ticaret mümkün olmayan bir şeye ilişkin sözleşme düzenlemem ile birisinin bana bu şeye ilişkin söz vermesi arasında büyük bir fark var. Eğer ticareti elimde olmayan bir şeye ilişkin sözleşme düzenlersem, bu sözleşme gereksizdir. Ancak eğer biri bana ticareti elinde olmayan bir şeyi bana söz verirse, bana değil, kendine zarar vermiş olur). Flemenkçe çeviri için bkz. **SPRUIT/FEENSTRA/WUBBE**, s.227; Fransızca çeviri için bkz. **HULOT/BERTHELOT**, s.15.

Daha sonraları Venuleius borçlunun sadece kendi durumundan kaynaklanan bir sebepten dolayı borcunu ifa edemediği hallerde “*difficultas (dandi)*” den bahsedileceğini ifade etmiş ve *Stipulatio*’nun batıl sayılması ve borçlunun borçtan kurtulmasını sağlayan ve herkes için geçerli olan “doğal engel” ile, eksikliğin sadece borçlunun aleyhine bir durum yaratacağı “ifa kabiliyeti” arasında bir ayrım yapmıştır.<sup>29</sup> Bunun dışında Venuleius *difficultas*’a ilişkin ikinci bir örnek olarak borçlunun, teslim borcu altında olduğu kölenin ifa yerinde mevcut olmaması sebebiyle ifayı *in praesentia* (orada/ o sırada mevcut olmama) gerçekleştirememesi halini göstermiştir.<sup>30</sup> *Impedimentum naturale* ile *facultas dandi* arasındaki bu ayrım açıkça, *stipulatio*’nun geçerliliğinin, borcun objektif olarak ifa edilebilir olmasına bağlı olduğunu göstermektedir. Borçlunun ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, ifanın en başta objektif olarak mümkün olması gerekir. Bu temel ilke Justinian tarafından olduğu gibi *Corpus Iuris Civilis*’e alınmıştır.

## 2-Baştaki-Sonraki İmkansızlık

Günümüzdeki kesin-göreceli imkansızlık ayrımı ilk olarak Freiburglu Ulrich Zasius’un derlerinde (1461-1535) yapılmıştır; Zasius Paulus’un D 45, 1, 35’de, doğanın izin vermediği (*quod natura fieri non concedit*) bir sözleşme konusu malın devredilemeyeceği (*quod dari non potest*) hallerde borçtan (*obligatio*) bahsedilemeyeceğinin ifade edildiğini belirtmiştir.<sup>31</sup> Zasius’un kendisine dayandığı şarih Jason de Mayno (1435-1519) ise, burada iki tip doğal imkansızlık (*impossibilitas de natura*) öngörmüştür: başlangıçtaki (*a principio*) imkansızlık ve

<sup>29</sup> Venuleius D 45.1.137.4: ... *sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultate dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae, non rerum quae promittuntur...* (... Ancak bu görüşler doğal engellemeden uzaklaşıyor ve verme yetkisiyle ilgilidir. Ancak bu yetki, söz verilen şeylerle ilgili değil, insanın kolaylığı veya zorluğuyla ilgilidir), Flemenkçe çeviri için bkz. SPRUIT/FEENSTRA/WUBBE, s.282; Fransızca çeviri için bkz. HULOT/BERTHELOT, s.62. Venuleius’un *impedimentum naturale* – *facultas dandi* ayrımı, *impossibilitas* ile *difficultas* arasında bir ayrım yapma gereğini ortaya çıkarmıştır MEDICUS, Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im Römischen Recht, ZGS, s.84; WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.10; Harke, *impedimentum naturale* ile *difficultas dandi* ayrımının objektif-sübjektif ayrımını karşılamadığını, bunların birbirinde farklı anlamlara geldiğini ileri sürmektedir, HARKE, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, s.43

<sup>30</sup> MOMMSEN, Die Unmöglichkeit der Leistung in Ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853, s.216 dipnot 1

<sup>31</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.24

sonraki (*ex postfacto*) imkansızlık.<sup>32</sup> Zasius da buna dayanarak ilk önce başlangıçtaki imkansızlık olarak *impossibilitas per naturam simpliciter* ile sonraki kusurlu imkansızlık olarak *impossibilitas per occasionem et per accessum ex obliquo*'yu karşılaştırmıştır. Yazar baştaki imkansızlığı (*impossibile simpliciter*) objektif imkansızlık (*natura impossibilis generaliter*: Paulus'un doğası gereği devrine izin verilmeyen eşya ve Jason de Mayno'nun canavarın devri örnekleri) ve sübjektif imkansızlık (*impossibilis ex supposito*: belirli bir şahsın durumundan kaynaklanan imkansızlık) olarak ikiye ayırmıştır.<sup>33</sup> *Impossibile simpliciter* ile *ex supposito*'nun terminolojik olarak kesin-göreceli imkansızlık (absolute-relative Unmöglichkeit) ayrımının öncüsü olarak kabul edilmesine rağmen maddi anlamda bugünkü objektif-sübjektif imkansızlık ayrımına yaklaşmaktadır. Zira Zasius *impossibile ex supposito*'yu üçüncü bir şahsın ifade bulunabileceği hal olarak tarif etmektedir (*in ista persona est impossibilitas, quae in altera non esset*). Buna göre sadece çeşidine göre doğa kanunlarına aykırı olan değil aynı zamanda ölü köle Stichus örneğinde olduğu gibi borcun somut olarak konusuyla ilgili hiç kimse tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı hallerde de kesin imkansızlık söz konusu olacaktır.

### 3-Hukuki İmkansızlık

Doğal-hukuki imkansızlık ayrımı *Corpus Iuris*'e yabancıdır. Inst. 3, 9, 11'de *condictio impossibilis* yalnızca doğal sebeplerden dolayı ifa edememe olarak açıklanmıştır.<sup>34</sup> Venuleius D 45, 1, 137, 6'da *res sacra aut religiosa* (mukaddes şeyler) satımının söz konusu olduğu *Stipulato*'nun geçersiz olduğunu belirtmiştir.

<sup>32</sup> ad D 45, 1, 35 n.1: *Nota primo quod impossibilitas de natura est duplex. Una a principio ut si stipuler hippocentaurum... Inst.3, 29. Alia est ex postfacto ut si stipuler hominem mortuum mihi dari. D 45, 1, 69. Bkz. WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.24.*

<sup>33</sup> *Eod. n.3: Collige ex textu impossibile per naturam intellegi dupliciter. Aliquando res est per naturam impossibilis simpliciter, et tunc vel est generaliter...Aliquando vero est ex supposito impossibile per naturam, ut supposita in dispositione huius personae vel alterius, in ista persona est impossibilitas, quae in altera non esset, de utrisque loquitur textus. Tertia impossibilitas est per occasionem et per accesum ex obliquo, ut cum promissor facit rem impossibilem ex mora sua quae per naturam simpliciter erat possibilis. Bkz. WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.24.*

<sup>34</sup> *Impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat., WOLLSCHLÄGER, s.22*

Bunun nedenini ise doğal imkansızlık (*proinde ac si condicio quae natura impossibilis est, inserta esset*) olarak açıklamıştır.<sup>35</sup>

Roma Hukuku'ndaki hukuki imkansızlık anlayışıyla günümüz hukuki imkansızlık anlayışı farklı olmakla beraber, daha Cumhuriyet döneminde imkansızlık anlayışı hukuki imkansızlığı da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.<sup>36</sup> İlk zamanlarda hukuki imkansızlık, sadece hukuki işleme konu eşya ve bunun hakka konu olabilirliliği ile bağlantılı olarak ele alınmış, hukuki imkansızlığın var olup olmadığında borçlunun kişiliği dikkate alınmamıştır. İmkansızlık kavramının hukuki imkansızlığı da kapsayacak şekilde ele alınmasının ardından Paulus bütün bu durumları kapsayacak bir imkansızlık tanımı yapmaya çalışmıştır.<sup>37</sup> Buna göre sözleşme konusu mal ne “*natura*”, ne “*ius gentium*”, ne de “*mores civitatis*” gereği hakka konu olamayacak bir eşya olmamalıdır. Başka bir deyişle, söz konusu mal hukuki işlemin yapılması esnasında ticarete (alışverişe) konu olabilir nitelikte olmalıdır.

Hukuki imkansızlık anlayışının genişlemesi ve günümüzdeki anlayışa yaklaşması ise çok daha sonraları gerçekleşmiştir.<sup>38</sup> O zamana kadar sözleşme konusu malın hakka konu olabilip olamayacağıyla sınırlı olan hukuki imkansızlık anlayışı, belirli bir zamandan sonra yerini hukuki işleme konu eşyanın ifa edilebilir (tasarrufa konu)

<sup>35</sup> *Venuleius D.45,1,137,6: Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vediderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint: ubi omnio condicio iure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset. nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio* (Eğer bir insan bu şart altında sözleşme yapmışsa, eğer Titius kutsal veya dini bir şey satıyorsa, veya topluma ait bir kamu meydanı, bir kamu binası, veya bu nitelikte olan şeyler, her daim topluma kullanıma ait olan, eğer şart hukuk tarafından gerçekleşmesi engelleniyorsa, ve eğer yapmak istese yapamaz ise, bu sözleşme geçersizdir, sanki gerçekleşmesi doğal olarak imkansız olan bir şart içerir gibi. Ve bu şey de mevcut olan hiç bir özellik hukukun değişmesini sağlayamaz, ve şimdi imkansız olan şeyin ileride değişimi: nedeniye sözleşme gelecek hukuka göre değil şimdiki zamanda mevcut olan hukuka göre yorumlanmalı), Flemenkçe çeviri için bkz. **SPRUIT/FEENSTRA/WUBBE**, s.283; Fransızca çeviri için bkz. **HULOT/BERTHELOT**, s.62

<sup>36</sup> **WAGNER**, s.35

<sup>37</sup> *Paulus D.18.1.34.1 “quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exerunt, eaurum nulla venditio est.”*, doğaları gereği ya da milletler hukukuna ya da örf adet hukukuna göre piyasadan çekilmiş mallarda satım söz konusu olmaz. Çeviri için bkz. **WAGNER**, s.36

<sup>38</sup> *Impossibilis de iur e- de facto'nun kökleri Bologna Okulunun kuruluşuna kadar uzanmaktadır. Bu ayrım Glossatorların C 4, 6, 8'deki olay bakımından yaşadıkları tartışmalardan doğmuştur. Bahsi geçen olayda koca olacak şahıs, nişanlısına nişan hediyesi vermiş, fakat bunun yanında ancak yerine getirildiği takdirde evlenmiş sayılacakları bir yükümlülük yüklemiştir. Nişanlı bu yükümlülüğü yerine getirmek istemesine rağmen yerine getiremeden ölmüştür. Yaşanılan tartışma verilen hediyeğin ölen nişanlının mirasçılarında istenebilir istenemeyeceği noktasında toplanmıştır.*

olup olmaması anlayışına bırakmıştır. Buna göre borcun ifasının mümkün olamayacağı hallerde, hakka konu olabilir bir eşyanın bulunup bulunmadığıyla ilgilenilmeksizin imkansızlığın varlığı kabul edilmiştir.<sup>39</sup>

#### 4- Teknik Terim Olarak “*Impossibilis*”

12.yüzyılın başlarında Bologna Okulu’nun oluşum sürecinde terminolojik bir yenilik gerçekleşmiş ve o zamana kadar yalnızca günlük konuşmalarda geçen *impossibilitas* kelimesi teknik hukuk diline girmiştir. Bologna Okulunun kurucularından olan Irnerius, zaten özgür olan bir insana özgürlük sağlama meselesinde bir *impossibilitas iuris* gördüğünü bildirmiştir.<sup>40</sup>

Özetlemek gerekirse, Roma Hukuku’nda imkansızlık kavramından ilk başlarda sadece fiziki olarak yeryüzünde mevcut olmama şeklindeki imkansızlık anlaşılmış, fakat zaman içerisinde hukuki imkansızlık da bu kavram içerisinde ele alınmaya başlanmıştır. Romalı hukukçular, önceleri hukuki imkansızlık kavramını sadece sözleşme konusu mal, daha doğru bir deyişle bu mal üzerinde bir hak kurulup kurulamayacağı bağlamında değerlendirmişler, ancak daha sonraları sözleşme konusu malın ifa edilebilirliği, bu mala ulaşılabilirlik kıstasını kullanmaya başlamışlardır. Sübjektif imkansızlık halleri ise imkansızlık başlığı altında ele alınmamış, Romalı hukukçular tarafından, edime ulaşılabilirlik bağlamında borçlu dikkate alınmayarak, borçlunun kişisel durum ve yeteneklerinin borcun ifasında yeterli olmadığı durumlar “*difficultas dandi*” başlığı altında değerlendirilmiştir.

---

<sup>39</sup> WAGNER, s.36

<sup>40</sup> *Gl.non secuta ad C 4,6,6: libero non potest praestari libertas, non iuris prohibitionem, sed eius impossibilitate secundum Ir(nerium)*. Bkz. WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.20 dipnot 68



### III- SONRAKİ İMKANSIZLIĞA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

#### A- ROMA HUKUKU'NDA DURUM

##### 1-Formula certa

Belirtmek gerekir ki esas itibariyle sonraki kusursuz imkansızlıkla ilgili durumların varlığında borç sona ermektedir. Örneğin belirlenen günde devredileceği söz verilen köle Stichus'un bu zamandan önce ölmesi halinde borçlunun bundan sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir.<sup>41</sup> Burada devri söz verilen nesne sözleşmenin kurulması ile devir zamanı arasında ortadan kalkmıştır. İfa imkansızlığı söz konusudur ve bir sonuç meydana getirme, yani bir malı devretme borcu borçlunun kusuru bulunmaksızın imkansızlaşmıştır. Bu sebeple borçlu sorumlu tutulmamıştır. Alacaklı burada gereğinde karşı tarafın sözleşme dışı sorumluluğuna gidebilecektir.<sup>42</sup>

Borçlunun imkansızlığa kusuruyla yol açtığı haller ise farklı sonuçlara bağlanmıştır.<sup>43</sup> Günümüz hukukunda geçerli olan kusur prensibi Corpus Iuris'te de karşımıza çıkmaktadır.<sup>44</sup> Justinianus, klasik devirde geçerli olan sonuç sorumluluğu (Erfolgshaftung) ilkesini kaldırarak, bireysel sorumluluk kıstaslarını, soyut unsurlar olan *dolus* (kast), *culpa* (ihmal) ve *casus*'a (beklenmeyen hal) indirgeme hususunda büyük çaba sarf etmiş ve bu sayede *casus a nullo praestantur* cümlesi hukuk

<sup>41</sup> Pomponius D 45.1.33: "Si Stichus certo die dari promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor." Bir kölenin belirli bir günde devredileceği husunda söz verilmiş olması halinde, köle belirlenen günden önce ölürse borçlu (sözleşmeden dolayı) sorumlu tutulamayacaktır. Çeviri için bkz. SPRUIT/FEENSTRA/WUBBE, s.227

<sup>42</sup> WAGNER, s.43

<sup>43</sup> Örneğin D.45.1.91.1-3: "Si Stichum mihi dari stipulatus fuero et is Stichus decesserit, an promissor liberatur considerandum. Et si quidem non stetit per debitorem, quominus dari poterit, expeditum est. Quid si occidat eum promissor? Si neglegat infirmum? Aut si nesciens se debere eum occiderit. Et veteres constituerunt: quotiens culpa intevenit debitoris, perpetuari obligationem. Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc peti possit res post stipulationem contractam perempta, nec idcirco dubitationis est, quia neque hominem qui non est dare oportere possumus neque ob id pecuniam debemus." "Bana Stipulatio şeklinde bir kölenin devri söz verildiğinde, bu köle bana teslim edilmeden önce öldüğü takdirde, söz verenin borcundan kurtulup kurtulamayacağına karar vermek için araştırılmalıdır. Borcun ifa edilmemesinin sebebinin borçludan kaynaklanmadığı hallerde sorun yoktur. Fakat köleyi borçlunun öldürmesi halinde ne olacaktır? O hasta olmasına rağmen yardım edilmediyse? Söz veren o köleyi borçlandığını bilmeden onu öldürürse? Bu konuda eski hukukçular şu cümleyi kurmuşlardır: Borçlunun kusurunun araya girdiği tüm durumlarda sözleşmeye bağlılık devam edecektir. Bu cümlenin etkisi şudur: Stipulatio'dan sonra ortadan kalkan mal her zaman dava edilebilecek ve ne artık var olmayan bir kölenin devriyle sorumlu olmamız, ne de bu sebeple onlara borçlanmamız sebebiyle bundan kuşku duyulamayacaktır." Çeviri için bkz. WAGNER, s.44

<sup>44</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.35

kuralları arasında oldukça önemli bir yer edinmiştir. Kaza ve mücbir sebepten dolayı sorumluluk kabul edilmemiş, borçlu kast halinde her zaman ihmâl halinde ise kural olarak sorumlu tutulmuştur.<sup>45</sup>

Yukarıda da değinildiği gibi, *Formula* usulünde aynen ifaya hükmedilmesi mümkün olmamaktadır.<sup>46</sup> Bu nedenle borçlunun borcunu ifa etmediği durumlarda borcun artık aynen ifa edilemeyeceği, ifanın ancak *aestimatio* (değerlendirme) ya da *id quod interest* (alacaklının yararı neyi gerektiriyorsa) şeklinde mümkün olacağı belirtilmiştir. Bu şekilde ifaya ise ancak borçlunun kusurlu olması halinde hükmedilebilecektir. Borcun aynen ifa edilebilir nitelikte olup olmasının hiçbir önemi bulunmaktadır. Bu sebeple borçlu – günümüz hukukunun aksine – kusurlu olmadığı sürece, ifa halen mümkün olsa da asli edim yükümünden kurtulmaktadır. *Condemnatio pecunaria* olarak adlandırılan bu ilkeye göre, usulü bakımından birincil edim yükümü ile ikincil edim yükümü arasında hiçbir fark bulunmamaktadır.<sup>47</sup> Aynen ifa talebi ile tazminat talebi arasında bir fark bulunmaması sebebiyle imkansızlığa ilişkin hiçbir olgu aynen ifa yükümünün paraya çevrilmesini gerektirmemektedir.

İşte tam bu noktada Cumhuriyet dönemi hukukçularının ortaya attığı *perpetuatio obligationis* devreye girerek, imkansızlığın borçlunun kusurundan kaynaklandığı ya da temerrütten sonra meydana geldiği durumlarda borcun sona ermeyip devam etmesini sağlamıştır.<sup>48</sup> Borçlunun borcundan kurtulmasının adil görülemeyeceği durumlarda onun borcundan kurtulmasının önüne geçilmesi “*perpetuatio obligationis*” (devam eden borç) ilkesi vasıtasıyla mümkün olmuştur. Bunun sonucunda borçlu, devri borçlanılan eşya mevcutmuş gibi muamele edilerek, bu eşyanın değerini ödemeye mahkum edilebilmiştir.<sup>49</sup> Bu ilkeye dayanılmadığı

<sup>45</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.35

<sup>46</sup> JAKOBS, Unmöglichkeit, s.169 vd.; MEDICUS, Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im Römischen Recht, s.69vd.

<sup>47</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.36 vd.

<sup>48</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.37

<sup>49</sup> Paulus. D 45, 1, 91, 6: *Effectus huius constitutionis ille set, ut adhuc homo petit possit: sed et acceptum ei posse feri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. Novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus. Ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Ituliano placet* (Bu kuralın etkisi insanın hala istenir olabilmesidir; ancak bu mecburiyetin acceptilatio veya kefalet (“fidejussio”) ile sona erebileceğine inanıyoruz. Tecдите (“novation”) konu olabileceğine şüphe duyuyoruz nedeniye mevcut olmayan bir kişiyi veya var olmayan bir borca

takdirde, borçlu, imkansızlığa kendisinin sebep olduğu durumlarda dahi imkansızlık hükümlerine başvurmak suretiyle borcundan kurtulma imkanına sahip olacak, *formula certa*'da hakimin sadece borçlunun bir sonuç meydana getirme borcu altına olup olmadığına karar verebilmesi karşısında, kusurlu olsa dahi borçlunun sorumlu olduğuna karar verilemeyecekti. İşte bu hallerde *perpetuatio obligationis* ilkesi sayesinde hakim, imkansızlığın varlığına rağmen borçlunun sorumluluğuna hükmetme imkanına sahip olmaktadır. Sonuç olarak, sözleşme konusu malın devrinin imkansızlık sebebiyle mümkün olamayacağı durumlarda dahi hakim borçlunun malın değerini ödemesine karar verebilecektir.

*Perpetuatio obligationis*, kusurla ilgili olarak iki durumda kullanılmıştır<sup>50</sup>: İlk olarak sözleşme konusu malın borçlunun temerrütte bulunduğu dönemde yok Bunun dışında borçlunun aktif bir davranışla imkansızlığa sebebiyet vermesi. Burada dikkat edilmesi gereken husus, borçlunun hareketsiz kalmak suretiyle imkansızlığa sebep olması durumunda *perpetuatio obligationis*'in uygulanmayacak olmasıdır. Bu hallerde sorumluluğun kabulü, borçlunun borcunun içeriğinin (sonuç meydana getirme) hukuka aykırı bir şekilde başka bir borca dönüşmesinin kabulü anlamına gelecektir.<sup>51</sup>

Romalı hukukçuların subjektif imkansızlığı "imkansızlık" başlığı altında ele almayıp *difficultas dandi* olarak nitelendirdiklerini daha evvel belirtmiştik. Borçlunun borcunun bir "edim sonucu" olarak tespit edilmesi halinde, borçlanılan şey, borçlunun ifaya yönelik bir çaba göstermesi değil, doğrudan bir sonuç meydana getirmesidir. Bunun neticesinde borçlu herkes için geçerli olmaması halinde bir ifa engeline dayanarak borcundan kurtulma imkanına sahip olamayacaktır. İfa engelinin sadece borçlu bakımından ortaya çıkması halinde edim yükümü (sonuç meydana getirme) halen ifa edilebilecek durumdadır. Ancak herşeye rağmen Roma

---

ilişkin sözleşme yapamayız. Bence, eğer taraflar anlaşmış ise, tecdit yapılabilmesi mümkün; bu görüş Julien'in de görüşüdür.) Flemenkçe çeviri için bkz. **SPRUIT/FEENSTRA/WUBBE**, s.256-257 ; Fransızca çeviri için bkz. **HULOT/BERTHELOT**, s.40; *Ulpian 78 ed. D 45, 1, 82, 1* :*Si post moram promissoris homo deceserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret* (Eğer kişi söz veren sözünü yerine getirmek zorunda kaldıktan sonra ölür ise, söz veren sanki karşı taraf yaşıyormuş gibi sözünü yerine getirmek zorundadır. Ve bu kişi vermek yerine dava etmeyi tercih edene ihtarda bulunabilir.) Flemenkçe çeviri için bkz. **SPRUIT/FEENSTRA/WUBBE**, s.249; Fransızca çeviri için bkz. **HULOT/BERTHELOT**,s.33

<sup>50</sup> **WAGNER**, s.46

<sup>51</sup> **WAGNER**, s.46

Hukuku'nda çeşitli sübjektif imkansızlık halleri bakımından çeşitli sonuçlar öngörülmüştür:

Bu bağlamda ilk olarak borçlunun devir ile yükümlü olduğu sözleşme konusu eşya üzerinde hak sahibi olmamasından kaynaklanan sübjektif imkansızlık ele alınmıştır. Bu tip durumlarda yukarıda açıklanan gerekçelerle ne sözleşmenin yokluğundan ne de davanın sona ermesinden söz edilemeyecektir.

Borçlunun devretmekle yükümlü olduğu eşya üzerinde hakkının bulunmasına rağmen geçici nitelikte fiili bir engelle karşılaştığı durumlarda ise sonuç farklıdır. Örneğin düşman elinde bulunan kölenin satılması veya satılacağı sözü verilmesi halinde, Octavius satım sözleşmesinin veya *Stipulatio*'nun geçerli olmasını doğru bulmaktadır. Zira bu durumda alıcı ile satıcı birbirleriyle görüşebilirler. Kölenin devrinin hakim tarafından ifası mümkün hale gelinceye kadar yükümlülüğe uygun olarak ertelenmesi halinde dahi burada yaşanan zorluk dışarıdaki bir engelden kaynaklanmaktadır.<sup>52</sup>

Pomponius burada ilk olarak borçlunun sübjektif imkansızlığının borcu sona ermesine yol açmayacağını açıklığa kavuşturmuştur.<sup>53</sup> Ancak bu metinde ilgi çekici olan özellikle ikinci cümledir. Buna göre ifa engelinin geçici nitelikte olması halinde borçlu hakkında verilecek karar ifanın tekrar mümkün olacağı zamana kadar ertelenecektir. Hakim burada "*officium*" vasıtasıyla davayı ifa engeli ortadan kalkıncaya kadar askıya alacaktır. Buna göre sübjektif imkansızlığın söz konusu olduğu her olayda borçlunun borcu devam edecek, sözleşme geçersiz sayılmayacaktır. Buna rağmen borçlu geçici ifa engellerinde daha avantajlı bir konuma sahip olacak, borçlunun ifa yükümü en azından ifa engelinin ortadan kalkacağı ana kadar ertelenecektir.

---

<sup>52</sup> Pomponius D.19.1.55: "*Si servus, qui emeretur vel promitteretur, in hostium potestate sit, Octavenus magis putabat valere emptionem et stipulationem, quia inter ementem et vendentem esset commercium: potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura, etiamsi officio iudicis sustinenda esset eius praestatio, donec praestari possit.*" Satılan ya da söz verilen köle bir düşmanın elinde olsa dahi Octavenus, satıcı ve alıcının aralarında anlaşmaları mümkün olduğundan, satım sözleşmesinin ve Stipulationun geçerli olduğunu söylemektedir. Bu durumda kölenin devrinin hakim tarafından yükümlülüğe uygun olarak ertelenmesi gereği karşısında, edim ifa edilinceye kadar kölenin devredilmesi ile ilgili harici bir zorluk yaşanmaktadır. Çeviri için bkz. BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER, Band III, s.554

<sup>53</sup> WAGNER, s.49

Bu anlatılanlardan anlaşıldığı üzere Romalı hukukçular *formula certa* bakımından oldukça sistematik bir imkansızlık öğretisi geliştirmişlerdir.

## 2-Formula incerta

Sonraki imkansızlıkta sözleşme doğrudan geçersiz sayılmamaktadır. Zira burada da borçlunun sorumluluğunun nedeni borcun ifa edilmemesi değildir. Borçlu devir borcunu ifa etmemesi sebebiyle değil, diğer davranış yükümüne aykırılıkları sebebiyle sorumlu tutulmaktadır.

Kaynak metinlerde borçlunun sorumluluğunun kabul edildiği özellikle iki olay yer almaktadır: Birtakım hukuki engeller sebebiyle borcunu ifa edemeyen borçlu, bu hukuki engele kendisi sebep olmuşsa bundan sorumlu olacaktır. Örneğin bir efendi, bir köleyi sattıktan sonra bu köleyi devirden önce azad ederse, artık satım sözleşmesinden doğan borcunu ifa edemeyeceği için bundan sorumlu olacaktır.<sup>54</sup> Buna karşılık borcun hukuki bir engel yüzünden değil de satılan malın yok olmasından dolayı ifa edilemediği hallerde, satıcı sadece nezaret yükümüne aykırı hareket ettiği takdirde bundan sorumlu tutulabilecektir.<sup>55</sup> Buna göre borçlu gerekli özeni gösterdiği hallerde sözleşme konusu malın yok olmasından dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Alıcı bu durumda sözleşmeden doğan bir tazminat hakkına sahip olamayacak ve sözleşme geçersiz sayılacaktır. Borçlunun gerekli özeni göstermediği durumlarda ise sözleşme geçerliliğini koruyacaktır.

Görüldüğü üzere *formula incerta* bakımından sonraki imkansızlıkta da sözleşmenin geçerli olup olmaması doğrudan doğruya imkansızlıkla bağlantılı değildir. Burada sözleşmenin geçerliliği daha çok borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ne ölçüde ihlal ettiğine bağlı olacaktır.<sup>56</sup>

*Formula incerta*'da, aynen *formula certa*'da olduğu gibi borçlunun subjektif imkansızlığı sözleşmenin geçersizliğine yol açmamıştır. Hakim burada da subjektif

<sup>54</sup> *Iulianus D.19.1.23*, BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER, Band III, s.538

<sup>55</sup> *Gaius D.18.1.35.4*, BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER, Band III, s.450

<sup>56</sup> WAGNER, s.70

imkansızlığın geçici olması halinde borcun ifasını, ifa engelinin ortadan kalktığı ana kadar erteleyebilmektedir.<sup>57</sup>

Özetle Roma Hukuku'nda imkansızlık *formula certa* ve *formula incerta*'da birbirinden farklı ele alınmıştır. Borçlunun borcunun önceden belirlenmiş olduğu borçlar bakımından söz konusu olacak dava türünde imkansızlık kavramına ihtiyaç duyulmuştur. Burada borçlu imkansızlık dışındaki olgulara dayanarak borcundan kurtulamamaktadır. Zira borçlu ancak borcu ifa etme imkanının ortadan kalkması halinde "*impossibilium nulla obligatio est*" ilkesi gereğince borcundan kurtulabilmektedir. Bu durumun, borçlunun kendisinin sebep olduğu imkansızlıkta ortaya çıkaracağı adil olmayan sonuçları Romalı hukukçular "*perpetuatio obligationis*" yardımıyla engellemeye çalışmışlardır. Bu hallerde borçlunun imkansızlığa başvurmasının önüne geçilmiş ve hakime borçluyu borcundan sorumlu tutabilme imkanı tanınmıştır. *Formula incerta*'da ise durum farklıdır. Burada borçlunun borcu hakim tarafından belirlendiğinden, bir başka deyişle hakim bu dava tipinde daha geniş bir hareket alanına sahip olduğundan Romalı Hukukçular burada bir imkansızlık öğretisi geliştirmekten kaçınmışlardır. Zira burada ifanın imkansızlaşması sözleşmeden doğan diğer yükümlülükleri etkilememekte, bu da imkansızlığın sözleşmenin geçersizliğine yol açmasını engellemektedir. Bu sebeple Romalılar bu dava tipinde bir imkansızlık söz konusu olduğunda bunun hukuki sonuçlarını adalet düşüncesine göre belirlemişlerdir.<sup>58</sup>

## B- ESKİ MÜŞTEREK HUKUKTA DURUM

Eski Müşterek hukukta da sonraki imkansızlık, borçlunun sorumlu olmasına yol açan veya borçluyu borçtan kurtaran genel bir sebep olarak görülmemiştir.<sup>59</sup> Bu dönemde borçlunun sorumluluğuna yol açan ifa engeli daima temerrüttür. Bu dönemde edim davranışlarında borcuna aykırı davranan borçlu daima bir miktar paraya mahkum olması, buna karşı borçlunun alacaklıya bir mal veya bir miktar para verme borcu

<sup>57</sup> WAGNER, s.70

<sup>58</sup> Böylelikle Celsus tarafından ortaya atılan *impossibilium nulla est obligatio* ilkesinin sadece *formula certa* bakımından geçerli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. WAGNER, s.71. Aksi kanaatte, WILHELM/DEEG, Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen, JZ 2001, s.225

<sup>59</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.40

altına girdiği durumlarda ise dava sonucunda borçlunun malı vermeye mahkum edilmesi esası devam etmiştir.<sup>60</sup> Yapma veya yapmama borçları çerçevesinde ifa etmeme halinde ise borçlunun ifa etmemeden dolayı sorumlu olup olmadığı sorusuyla karşılaşılmaktadır. Borçlunun borcundan kurtulması, sorumlu tutulması için gerekli olan kusurun bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple borçlunun sorumlu olup olmadığını tespitinde *dolus*, *culpa* ve *casus fortuitus* subjektif kriterleri dikkate alınmaktadır. Borçlu davanın başlamasına kadar borcunu ifa etmek suretiyle temerrüdün sonuçlarını engellemediği takdirde, ifa etmemeden doğan zararları tazmine mahkum edilmektedir.

#### IV- DOĞAL HUKUK DÜŞÜNCESİ VE BU DÜŞÜNCENİN ETKİSİYLE HAZIRLANMIŞ KANUNLAR

##### A- KONUMUZ AÇISINDAN DOĞAL HUKUK DÜŞÜNCESİ

Onyedinci yüzyıldan itibaren imkansızlığın ifa engelleri arasındaki yeri güçlenmeye başlamış, bu dönemde ayrıca otuz yıl savaşlarının bir sonucu olarak imkansızlığa bir başka fonksiyon daha eklenmiştir.<sup>61</sup> Savaşın sonuçları üzerine yazılmış bir makalede borçlunun malvarlığının azalması “sözde” imkansızlık (*scheinbare Unmöglichkeit*) olarak ifade edilmiş, daha sonra başka bir makalede ise nakdi para sıkıntısı çeken borçlunun ödeme yapmasının imkansızlığından bahsedilerek imkansızlık yoksulluk ve darlık ile de eş anlamlı olarak kullanılmıştır.<sup>62</sup>

Aynı yüzyılda Manz baştaki imkansızlık için geçerli olan *Celsus* ilkesini<sup>63</sup> sonraki imkansızlığa uygulamaya başlamış ve borcun sona ereceğini ifade etmiş ve böylelikle imkansızlık temerrüdü ortadan kaldıran bir sebep olarak karşımıza çıkmaya başlamıştır.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.40

<sup>61</sup> AHRENS, s.28

<sup>62</sup> Ahrens, s.26

<sup>63</sup> *Celsus D.50,17,185: Impossibilium non est obligatio.*

<sup>64</sup> AHRENS, s.27, dipnot 24

İmkansızlık dogmatığının 18.yüzyıla kadar süren gelişiminin sonucunda baştaki ve sonraki imkansızlığa ilişkin genel hükümler ilk kez 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Eyalet Kanunnamesi'nde yer almıştır.<sup>65</sup>

Bu dönemde “sonraki imkansızlık” hukuki bir kavram olarak geliştirilmiş ve kendisine genel ve kapsamlı bir borcu sona erdirici fonksiyon tanınmıştır. Bu döneme kadar borca aykırılık hallerinde sorumluluk sübjektif unsurlar olan kusur (*culpa*), kaza (*casus*), kasta (*dolus*) göre tayin edilmekteyken, daha sonra imkansızlık da sorumluluğun tayininde etkili olmaya ve bir unsur olarak kabul edilmeye başlamıştır. Bu gelişimde borç anlayışının değişmesi etkili olmuştur.

Sonraki imkansızlığın kapsamlı bir olgu haline getirilmesinde ilk adımı 1672 yılında yayımlanan “De iure naturae et gentium” adlı eserinde Samuel Putendorf (1632-1694) atmıştır.<sup>66</sup> İrade ve vaad öğretisinde (Willens- und Versprechenslehre) yazar sonraki imkansızlıkla sistemsal bir bağ kurmuştur. Buna göre borçlunun vaadiyle kendini bağlayabilmesi, yalnızca kendi iradesinden kaynaklanan davranışlar bakımından söz konusu olabilecektir. Vaat öğretisine göre iradeyi olumsuz etkileyen her durum daima dikkate alınmalıdır. Bu sebeple vaatte bulunan ancak kendi fiziki ve manevi yetilerinin sınırı çerçevesinde bir aynı edayı ya da bir davranışı yerine getirme yükümü altına girebilecektir. Vaatte bulunan, gücünü aşan edimler bakımından ise yükümlü tutulamayacaktır. Ancak yazar borçlunun ifa sınırı bakımından yalnızca baştaki imkansızlığı telaffuz etmemiştir. Aynı sonuç sonraki imkansızlık bakımından da geçerlidir. Ancak kusurlu veya kötü niyetli olarak imkansızlığa sebep olunması halinde tam tersi bir durum söz konusu olacaktır. Bu durumda kötü niyetli borçludan borcunu ifa etmesi için en yüksek çaba beklenecek ve borçlu aynı zamanda cezalandırılabilir.

Putendorf'a göre baştaki imkansızlık ile sonraki imkansızlık aynı düşünceden türediğinden baştaki imkansızlığa ilişkin hükümler sonradan ortaya çıkan ifa engellerini de etkileyecektir. Yazar bunun dışında baştaki imkansızlıkta borcun geçersiz sayılmasının sonuçlarını sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan borca aykırılık hallerine de uygulamıştır. Yazara göre imkansızlık karşı konulması

<sup>65</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.75

<sup>66</sup> AHRENS, s.31



kesinlikle mümkün olmayan bir ifa engeldir ve bu engel borçlunun özgür iradesiyle karara varmasını engellemektedir. Bu sebeple borçlunun ifa için gerekli davranışlarda bulunamayacak durumda olması halinde borcun artık ifa edilemeyeceğinin kabul edilmesi gerekecektir.<sup>67</sup>

Putendorf imkansızlığın hukuki sonuçları bakımından da Roma Hukuku'ndakinden farklı görüşlere sahiptir. Yazara göre aynen baştaki imkansızlıkta olduğu gibi sonraki imkansızlıkta da sözleşme kesin hükümsüz sayılacaktır. Bu durumda sözleşmenin diğer tarafı daha önceden ifa ettiği edimini geri isteyebilecek veya bunun yerine tazminat talep edebilecektir. Böylelikle yazar "hasar alıcıya aittir" (*periculum emptoris est*) ilkesini kabul etmemiştir.<sup>68</sup> Yazar ayrıca sözleşme konusu malın ortadan kalkması halinde sübjektif sorumluluk ile borcun sona ermesi arasındaki ayrıma da son vermiştir.

Yazara göre sözleşme konusu edimin borçlanılması ya da sözleşmenin kurulması anında mümkün olup daha sonra imkansızlaşması halinde, bu imkansızlığın kazayla ve kusursuz olarak ortaya çıkması ile kasten veya kasıt dışı bir kusurla ortaya çıkması arasında bir ayırım yapılmalıdır.<sup>69</sup> İlk durumda borcun o ana kadar ifa edilmemiş olması halinde sözleşme ortadan kalkacaktır. İkinci durumda ise imkansızlığa kusuruyla sebep olan sorumlu olacak ve yaptırıml karşılaşacaktır.

Yazara göre borçlu borcun sona erdiğini, yalnızca gerçek ve kendi kusurundan kaynaklanmayan imkansızlıkta ileri sürebilecektir. Eğer borçlu imkansızlıktan sorumlu ise, irade özgürlüğünü kötüye kullandığı gerekçesiyle alacaklının zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Yazara göre borçlunun irade özgürlüğünü ve iradi olarak hareket etmesini engelleyen karşı koyulamayacak nitelikteki her tür ifa engeli borcu sona erdirebilecektir.<sup>70</sup>

Bu dönemde imkansızlık öğretisinin ilke ve unsurları irade teorisini benimseyen yazarların birçoğu tarafından dile getirilmiştir. Bu dönemde çoğu kez imkansızlık

---

<sup>67</sup> AHRENS, s.32

<sup>68</sup> WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.Auflage, Göttingen 1967, s.311; WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, s.84

<sup>69</sup> AHRENS, s.33

<sup>70</sup> AHRENS, s.33

terimi, baştaki-sonraki ifa engeli arasında bir ayırım yapılmaksızın bahse konu edilmiştir.<sup>71</sup> Genel olarak bu dönemde imkansızlık kavramı ile borcun yokluğu birbirinden ayrılmaktadır. İmkansızlık, ifa kabiliyeti anlamında salt “sübjektif” olarak değerlendirilmiş ve imkansızlığın belirlenmesinde yalnızca borçlunun ifa kabiliyeti dikkate alınmıştır. Bunun neticesinde sonraki imkansızlığın yorumlanmasında müşterek hukuktaki *dolus*, *culpa* ve *casus* kuralları etkili olmuştur. Borçlunun ifa engeline kusurlu olması halinde imkansızlığa rağmen borcu devam edecek ve sorumluluk sözleşmeden doğan güven ilişkisinden kaynaklanacaktır.<sup>72</sup>

## B- DOĞAL HUKUKA DAYANDIRILAN KANUNLARDA SONRAKİ İMKANSIZLIK

### 1-Prusya Devletleri Genel Eyalet Kanunnamesi’nde (ALR) Sonraki İmkansızlık

Söz konusu kanunnamenin konumuz açısından önemi; sözleşmenin kurulmasından sonra imkansızlaşan edime ilişkin bir hükmün ilk kez bu düzenlemede yer almasıyla kaynaklanmaktadır. Prusya Devletleri Genel Eyalet Kanunnamesi akdi sona erdiren sebepler arasında sonraki imkansızlığa da yer vermiştir. Bu Kanunda borcun konusu bakımından bir ayırım yapılmamış, bir başka deyişle para borcu ve çeşit borcu için ifa imkansızlığı bakımından ayrıca hükümler getirilmemiştir.<sup>73</sup>

Öncelikle ALR’de maddi hukuk bakımından para dışında menkul, gayrimenkul ve mamelek değeri olan şeylerin cebri icrası konusunda artan ihtiyaçları karşılamak gereği doğmuştur. ALR I 5 § 276 ve devamında alacaklıya yapma borçlarında dava açma hakkı tanınmıştır. Bu sebeple değişen durumlar sonucu borcu sona erdiren veya sorumluluğa neden olan borca aykırılıkların kapsamlı olarak gösterilmesi

<sup>71</sup> AHRENS, s.36

<sup>72</sup> WÜRTHWEIN, Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19.Jahrhunderts. Grundsätze des Leistungsstörungsrechts im Gemeinen Recht in Ihrer Bedeutung für das BBG, Berlin 1990, s.46

<sup>73</sup> Aynı durum Borçlar Kanunumuz bakımından da geçerlidir. İsviçre/Türk Borçlar Hukukunda çeşit borcu ile parça borcu arasında imkansızlık bakımından yapılan ayırım *genus non perit* ilkesine dayanmaktadır.

gerekmiştir. Bu durum ise sonraki imkansızlığın bir olgu olarak kanuna girmesine yol açmıştır (ALR 5 §§ 364 vd. ve I 11 §§ 879, 884).

Sonraki imkansızlık ALR'de §§ 360-376 maddeleri arasında düzenlenmiştir. ALR I 5 § 364 imkansızlığa ifa engellerinin merkezinde bir konum sağlamıştır. Bu hükme göre sözleşmenin ifası, kaza ya da mücbir sebepten dolayı imkansızlaşırsa o sözleşme sona erecektir. Bu durumda önceden ifa edilen karşı edim ALR I 5 § 361, 365'e göre geri istenebilecektir. Sonraki imkansızlığa ilişkin hükümler arasında sorumluluğa ilişkin düzenlemeler merkezi konumda yer almaktadır.<sup>74</sup> ALR I 5 § 360'a göre eğer borçlu kendi kusuru sebebiyle borcunu ifa edemeyecek duruma düşmüşse, ALR I 5 §§ 277 vd. hükümlerine göre tazminat ödemek zorunda kalacak ve tazminatın kapsamı kusurun derecesine göre tayin edilecektir. Borçlunun borcunu ifa etmesine alacaklının mani olduğu durumlarda borçlu borcundan kurtulduğu gibi tazminat ödemek zorunda da kalmayacaktır (ALR I 5 § 361). İmkansızlıktan her iki tarafın da sorumlu olduğu durumlarda ALR I 5 §§ 362 vd.'a göre taraflar kusurları oranında tazminatla yükümlü olacaklardır. Genel sözleşme hükümleri "yapma ve yapmamaya ilişkin sözleşmeler" başlığı altında detaylandırılmışlardır (ALR I 11 §§ 879-893). Böylece açıkça borçlunun kusuruyla edimin ifasını imkansızlaştırdığı hallerde sorumlu olacağı ifade edilmiştir. §§ 285vd. hükümleri ise kast ve ihmale dayanan borca aykırılıkta tazmin edilecek menfaatlerin kapsamını tayin etmektedir.

Kusurlu olarak ifa etmeme karşısında imkansızlık, *ipso iure* tüm menfaatlerin talep edilmesine sebep olan bir ifa engeli unsuru olarak algılanmaktadır. Öğretide Himmelschein imkansızlık olgusunun bu fonksiyonunun, alacaklının talep ettiği tazminatın ödenmesini aynen ifa davasının sonuçsuz kalmasına kadar geciktiren bir niteliğe sahip olduğunu ileri sürmektedir.<sup>75</sup> İmkansızlaşan edime olan menfaat kaybı sorumluluğu ile karşı edimin iadesinin talep edilmesiyle sözleşmenin sona ermesi

<sup>74</sup> Ancak bu hüküm sözleşmesel bağlılığın sona erip ermediğini belirlemeyip sadece sorumluluğu düzenlemektedir. Buna göre tazminat borcu asıl borçtan bağımsız bir borçtur. Birincil ve ikincil edim yükümü arasındaki ilişkiyi şöyle açıklamıştır: "...imkansızlık halinde sözleşme her yönüyle sona erer. İmkansızlaşan edim yükümünün yerine bir başkasının girip girmeyeceği bunun kusurlu olup olmamasına bağlıdır."

<sup>75</sup> HIMMELSCHEIN, Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 (1932), s. 274

problemi asındaki bu dogmatik bağ, bütünüyle zarar gören borç ilişkisinin bir ifa ilişkisinden bir tasfiye ilişkisine dönüşmesine yol açmaktadır.<sup>76</sup>

ALR'ye göre borçlunun borcunu ifa edebilmek gerekli yeterliliğe sahip olmaması da imkansızlığa yol açmayacaktır. Bu durum ALR I 5 § 374'ün sonucudur. Edimin imkansızlaşmayıp, yalnızca ifasının güçleşmesi halinde borçlu borcundan kurtulamayacaktır. Borçlunun kendisinden kaynaklanan bir ifa engeli, onun borcundan kurtulabilmesine olanak tanıyamayacaktır.<sup>77</sup> Buna rağmen borçlunun ifa kabiliyetine sahip olmaması gerçeği sonraki imkansızlığın tamamen ortadan kalkmasına engeldir. ALR I 5 § 376'daki şartların varlığı halinde böyle bir durum da imkansızlığa yol açabilecektir.<sup>78</sup>

## 2- Code Civil

Code Civil'deki borçlunun sorumluluğu ve borçtan kurtulması hükümleri müşterek hukuk sistemiyle uyum içerisindedir. Bu kanunda temerrüdün (*retard*) yanı sıra ifa etmeme (*inexécution*) objektif borca aykılık halleri arasında sayılmıştır.<sup>79</sup> Bu sistemde borçlu, borca aykırı davranması halinde, bir başka deyişle ifa etmemesi veya temerrüdünden dolayı tazminat ödemek zorunda kalmakta, bu sorumluluktan ancak bu borca aykırılığın bir beklenmedik hal (*cas fortuit*) veya mücbir sebep (*force majeure*) nedeniyle ortaya çıktığını ispatlaması halinde kurtulmaktadır (C.Civ.artt.1147 sgg.).<sup>80</sup> Görüldüğü üzere Code Civil klasik kusur prensibine bağlı kalmış ve yalnızca yalın bir ifa etmemenin tazminat talebini doğurmayacağını belirtmiştir.

Code Civil'de imkansızlık kanunun sonraki ifa engelleri sisteminde ayrıca ele alınmamış, her türlü ifa etmeme aynı sonuca bağlanmıştır. İmkansızlık,

<sup>76</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.115

<sup>77</sup> KLEIN, System des Preussischen Civilrechts, 1801, § 125

<sup>78</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s.106 vd.

<sup>79</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, s. 102 vd.

<sup>80</sup> Fransız doktrininde bu iki kavram birbirinden ayrılmaya çalışılmış ve *cas fortuit*'in mutlak imkansızlığı, *force majeure*'nin ise göreceli imkansızlığı ifade ettiği ileri sürülmüştür. Bu konudaki açıklamalar için bkz. CAYTAS, Der Unerfüllbare Vertrag, Anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe, St.Gallen 1984, s.278 vd.

öngörülemezlik, engellenemezlik gibi hallerle birlikte, *force majeure* sebebiyle borçlunun borcundan kurtulabileceğinin kabul edildiği hallerden biri olarak sayılmıştır. Buna karşın kanunda alacaklının aynen ifayı talep edebilmesi ifanın halen mümkün olması şartına bağlanmıştır (C.civ.art.1184).

### III- 19.YY'DA İMKANSIZLIK ÖĞRETİSİNDEKİ DEĞİŞİKLİKLER

#### A- GENEL OLARAK

Roma Hukuku'nda ifanın imkansız hale gelmesiyle ilgili, borçlunun kusurlu olmamak şartıyla borcundan kurtulduğuna dair birçok olaydan bahsetmek mümkün olmasına rağmen, bu dönemde borçlunun ifa yükümünden kurtulmasının ana şartı hiçbir zaman imkansızlık olmamıştır.<sup>81</sup> Borçlunun borcundan kurtulmasıyla ilgili ilk olarak dikkat edilen husus ifanın imkansız hale gelip gelmediği değil, borçlunun kusurlu davranıp davranmadığı meselesidir.<sup>82</sup> Ondokuzuncu yüzyıla kadar, borçlunun ifa yükümünden kurtulup kurtulmadığının tespitinde imkansızlık yalnızca geri planda kalan bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>83</sup> Ondokuzuncu yüzyılın başlarından itibaren ise hukuk bilimi tarihi hukuk mekteplerinin etkisiyle akılcı doğal hukuk sisteminden ayrılmaya başlamış, bu hukuk mektepleri metodik olarak hukukun tarihsel unsurlarını kendine özgü bir sistem içinde düzenlemeye çalışmışlardır.<sup>84</sup> Bu hukuk mektepleri hiçbir zaman antik çağda bilinmeyen bir kavram olan sonraki imkansızlıktan vazgeçme eğilimde olmamışlar ve kendi öğretilerini imkansızlık kavramı üzerine kurmaktan kaçınmamışlardır.<sup>85</sup> Bu nedenle Pandekt hukukçuları açıkça çelişkili bir sonuca varmışlar, bir yandan klasik ilkelere dönüş yaparken, diğer yandan Roma Hukuku zamanında ortaya çıkan sorumluluk ve borçtan kurtulma kavramlarından vazgeçerek, onun yerine sonraki imkansızlık kavramını getirmişlerdir.

<sup>81</sup> JAKOBS, Unmöglichkeit der Leistung, Bonn 1969, s.114

<sup>82</sup> DERNBURG, Pandekten, Zweiter Band: Obligationenrecht, siebente, verbesserte Auflage, unter Mitwirkung von Johannes Biermann, Berlin 1903 s.185 vd.; ARNDTS, Lehrbuch von Pandekten, Dreizehnte Auflage, nach des Verfassers Tode besorgt von L.Pfaff und F.Hoffmann, Stuttgart 1886, s.560

<sup>83</sup> JAKOBS, Unmöglichkeit der Leistung, s.16

<sup>84</sup> WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, s.351

<sup>85</sup> WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, s.125

Bu dönemde öncelikle *culpa* öğretisi yeniden canlandırılmaya çalışılmıştır. Müşterek hukuk geleneğine uygun olarak *dolus* ve *culpa* sorumluluğun subjektif unsuru olarak görülmüş, *casus* ise irade dışı, öngörülemeyen ve önlenemeyen olaylar olarak tanımlanmıştır.<sup>86</sup> “*Casus...a nullo praestantur*” ilkesine<sup>87</sup> göre, bu tip vakıalar sonucu borçlu borcundan kurtulacaktır.<sup>88</sup> Ancak tarafların beklenmedik halden sorumlu olunacağı hususunda anlaşmalarının önü kapatılmamıştır.

Çok sayıda ve birbiriyle çelişkili hukuki kategorilerin varlığı, tekdüze bir düzenleme için bir ölçüte ihtiyaç göstermiş, ve bu ölçütün -ne anlama geldiği konusunda bir birlik bulunmayan- sonraki imkansızlık olabileceği söylenmiştir.<sup>89</sup> İmkansızlık kavramının ölçüt olarak seçilmesinde, bunun birbiriyle karıştırılan müşterek hukuk kurallarından daha az zorluk çıkartacağı düşüncesinin yanı sıra, daha önce tabi hukuk kurallarına dayandırılan kanunlarında, özellikle Prusya Devletleri Genel Eyalet Kanunnamesinde yer almış olması, yani tamamen yepyeni bir kavram olmaması da etkili olmuştur.<sup>90</sup>

## B-İMKANSIZLIĞIN UNSURLARI

### 1-İmkansızlığın objektif unsurları

Sonraki imkansızlık kavramı altında her şeyden evvel üzerinde tasarruf edilen şeylerin zarar görmesi, örneğin bir malın ortadan kalkması ele alınmıştır.<sup>91</sup> Maddi olarak imkansızlık, beklenmeyen hal ve hasara katlanma hükümlerine yakınlaştırılmış, diğer borca aykırılık hallerine ise imkansızlık seviyesinin altında birtakım fonksiyonlar tanınmıştır. Ancak yine de henüz bu aşamada imkansızlığın borca aykırılık alanında büyük değişikliklere yol açtığı söylenemeyecektir. Süreç içerisinde kesin-göreceli imkansızlık gibi, imkansızlık ile ilgili ek birtakım ayrımlar ortaya çıkmış, malın ortadan kalktığı bazı durumlar kesin, bazı durumlar ise göreceli

<sup>86</sup> AHRENS, s.45

<sup>87</sup> Ulp.D.50,17,23; kazadan kimse sorumlu olmaz, bkz.MAX/KNÜTEL, § 37 N 26

<sup>88</sup> WÄCHTER, Über die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? AcP 15 (1832), s.116; WÄCHTER, Pandekten II, Besonderer Theil, Sachenrecht, Obligationenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Leipzig 1881, s.425; DERNBURG, s.123; ARNDTS, s.560-561

<sup>89</sup> AHRENS, s.47

<sup>90</sup> AHRENS, s.47

<sup>91</sup> DERNBURG, s.186

imkansızlık altında ele alınmıştır. Böylelikle kavram konusunda güçlükle elde edilen açıklık kısmen de olsa kaybolmuştur.

## 2-İmkansızlığın sübjektif unsurları

Pandekt Hukukunda sorumluluğun sübjektif unsurları olan *casus*, *dolus* ve *culpa* kavramlarıyla fazlaca meşgul olunmuştur. İmkansızlık kavramı müşterek hukuktaki “*casus*”un yerini almıştır. Bu dönemde kusurlu ifa imkansızlık kavramı ise henüz geliştirilememiştir. Kusurlu olarak borcun ifa edilmemesi halinde ise ise *culpa* ve *dolus* kavramlarından faydalanılmış, imkansızlığın somut objektif unsurlarıyla bir uyum sağlanamamıştır.

İşte bu durumda Wächter bir adım daha atarak edimin kimsenin kusuru olmaksızın, kaza sonucu tamamen veya kısmen imkansızlaşması halinde, borçlunun borcunu ifa yükümünden tamamen veya kısmen kurtulacağını (*impossibilium nulla obligatio est*), bu durumdan zarar gören tarafın kural olarak karşı taraftan hiçbir şekilde zararını tazmin etmesini isteyemeyeceğini (*casus a nullo praestantur*), kaza sonucu ortaya çıkan imkansızlık sebebiyle sözleşmeden kaynaklanan temel edim yükümünden kurtulan borçlunun, alacaklıya herhangi bir ikame değer vermek zorunda kalmayacağını ifade etmiştir.<sup>92</sup> Yazara göre beklenmeyen halin (*casus*) borçluyu borcundan kurtarabilmesi için imkansızlığa yol açması gerekmektedir. Borca aykırılık için bulunması gereken unsur imkansızlıktır ve imkansızlığın borçluyu borcundan kurtarabilmesi için bir *casus*'a dayanması gerekir. Yazarın hasara katlanma yükümü ile ilgi bu yorumu ile birlikte *casus* ve *imkansızlık* kavramlarının anlam ve önemi kalıcı olarak değişikliğe uğramıştır.<sup>93</sup> *Casus*, imkansızlığın bulunması ön koşuluyla, borcun sona ermesi için aranan tali bir unsur olarak görülmeye başlanmıştır. Aynı şekilde *culpa* ve *dolus* kavramları da sorumluluğun tayininde aranılan yegane unsurlar olmaktan çıkarılmış, bu sübjektif unsurların yanı sıra objektif unsur olarak kabul edilen “ifa imkansızlığı” da aranır hale gelmiştir.

<sup>92</sup> WÄCHTER, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? s.116; WÄCHTER, Pandekten II, s.425

<sup>93</sup> AHRENS, s.52

## C- İMKANSIZLIK KAVRAMININ GELİŞİMİNDE ETKİLİ OLAN GÖRÜŞLER

### 1-Savigny'e Göre İmkansızlık

Sonraki imkansızlık kavramı gelişiminin bir sonraki evresinde Savigny etkili olmuştur. Savigny sistemini “Bugünkü Roma Hukuku’nun Bir Kısmı Olarak Sorumluluk Hukuku” eserinde açıklamıştır.<sup>94</sup>

Savigny derslerinde sürekli olarak öğrencilerine şu soruyu sorarak imkansızlık öğretisine giriş yapmıştır: İfa edilmeyen bir borç ne gibi sonuçlara yol açacaktır? Ya da hangi şartlarla ifa imkansızlığına rağmen borçludan tazminat talep edilebilecektir? Savigny bu soruya, bu durumda ya borç sona erecek ya da imkansız olan ifa ikame değer yoluyla mümkün hale gelecektir cevabını vermiştir.<sup>95</sup> Ancak yazara göre burada başka bir ayrıma daha gidilmelidir. İmkansızlık bir tabiat olayından mı yoksa borçlunun iradi davranışı sonucu mu meydana gelmiştir? Beklenmedik hal olarak da ifade edilen ilk durumda yalnızca sonuç dikkate alınacaktır. Borçlunun iradesi dışında meydana gelen beklenmeyen bir halden kaynaklanan objektif imkansızlık hallerinde borç sona erecek, imkansızlığın borçlunun iradesiyle ilişkilendirilebildiği hallerde ise borçlu tazminat ödemek zorunda kalacaktır.<sup>96</sup>

Bunun için üç şart öngörmüştür: imkansızlık ile borçlu arasında doğal bir nedensellik bağı bulunmalı, borçlu fiil ehliyetine sahip olmalı ve sonucun borçlunun iradesi ile bir ilişkisi olmalıdır.<sup>97</sup> Borçlunun kastından söz edilebildiği hallerde bu son unsurun varlığı kabul edilebilirken, kasıt dışı kusur halinde karar vermek güçleşmektedir.

Savigny baştaki ve sonraki imkansızlığın sonuçları arasındaki farka değinmemiştir. Derslerinde genel olarak örneklerini baştaki imkansızlıkla ilgili olarak vermesine

<sup>94</sup> SAVIGNY, Obligationenrecht als Theil des heutigen Romischen Rechts, Zweiter Band, Berlin 1853, s.1-7

<sup>95</sup> AHRENS, s.56, dipnot 146’daki yazarlar. Yazar bu sorunun cevabını tek tarafı dikkate alarak vermiştir. Buna göre örneğin bir makine satımında satıcının ediminin imkansızlaşması halinde, eğer satıcı alıcıya bir kaim değer veremiyorsa borcu sona erecek, kaim değer verebiliyorsa artık imkansızlıktan bahsedilemeyecektir. İlginç olan nokta yazarın, her iki durumda da, makineyi teslim borcu bakımından alacaklı olan tarafı karşı edimi ifa etmek zorunda bırakmasıdır.

<sup>96</sup> AHRENS, s.57, dipnot 150’deki yazarlar

<sup>97</sup> AHRENS, s.57, dipnot 155’deki yazarlar



rağmen bazı hallerde her iki tür arasındaki farkı ortaya koyamamakla birlikte sonraki imkansızlık örneklerine de yer vermiştir.

Savigny daha ilk derslerinden itibaren sübjektif-objektif imkansızlık ayrımını ele almaya başlamıştır. Yazar objektif imkansızlığı kesin (absolut), sübjektif imkansızlığı ise baştaki (anfänglich), ama aynı zamanda göreceli (relativ) imkansızlık olarak kabul etmiştir.<sup>98</sup> Yazara göre hukuki anlamda imkansızlık herkesi aynı şekilde etkileyen imkansızlıktır. Bu da ancak objektif imkansızlık için söylenebilecektir. Buna göre sübjektif imkansızlık gerçek bir imkansızlık olarak kabul edilmeyecektir. Yazarın sübjektif imkansızlıkla ilgili olarak en sık kullandığı örnekler, başkasının malının kiraya verilmesi ve borçlunun ödeme gücünün bulunmamasıdır.<sup>99</sup>

Yazar ifa güçlüğüne imkansızlık olarak kabul etmemiştir. Mevcut olmayan ya da ortadan kalkmış mallar bakımından doğal imkansızlığın (natürliche Unmöglichkeit), zaten alıcıya ait olan malın alıcıya devredilmek istendiği hallerde ise hukuki imkansızlığın (rechtliche Unmöglichkeit) bulunduğunu ifade etmiştir.<sup>100</sup>

Savigny'e göre objektif imkansızlık doğal sebeplerden türemiştir. Yazar eserlerinde imkansızlığın sebeplerini doğal olaylar ve hukuki sebepler olarak göstermiştir. Yazar bir taraftan doğal imkansızlığı tabiat kanunlarına göre ifası mümkün olmayan edimler altında inceleyip, bu tip durumları mutlak imkansızlık olarak nitelendirirken, diğer yandan bir kaza sebebiyle ifa edilme imkanı ortadan kalkan edimleri, örneğin devredilecek canlının ölmüş olması halini göreceli imkansızlık olarak kabul etmiştir. Savigny'e göre çıkış noktası tabiat kanunlarına göre, "meydana gelmemiş" olaylardır. Çıkış noktası olarak tabiat olaylarının alınması, yazarın imkansızlığa gerçek var oluş şartlarının olmadığını yansıtması görevi yüklediğini ortaya çıkarmaktadır.<sup>101</sup> Bu doğal durumlardan yola çıkarak imkansızlık için genel bir prensip yaratmıştır.

<sup>98</sup> AHRENS, s.57

<sup>99</sup> AHRENS, s.58

<sup>100</sup> SAVIGNY, Obligationenrecht, Zweiter Band, s.287

<sup>101</sup> AHRENS s.61

Savigny'ye göre ilk evvela doğal ifa engelleri ile ifa güçlükleri arasındaki fark ortaya konulmalıdır. Burada *impedimentum naturale - difficultas dandi* ayrımı karşımıza çıkmaktadır. Savigny, sisteminde ifa güçlüğü ile ilgili ikili bir ayrıma gitmiştir. İfa güçlüğü genel bir durumdan veya kişinin (borçlunun) kendisinden kaynaklanabilir. Bu son hali yazar sübjektif imkansızlık olarak nitelendirmiştir. Yazara göre ilk halde bahsedilen ifa güçlüğü gerçek imkansızlığa eşit ve borçlu sübjektif imkansızlıkta imkansızlığa bağlanan sonuçlardan faydalanabilecektir.

Savigny *casus* olarak yalnızca objektif imkansızlığı ifade etmiş ve yalnızca objektif imkansızlığın borcu sona erdireceğini belirtmiştir. Sübjektif imkansızlık halinde ise borç sona ermeyecek ve borçlu alacaklının zararını tazmin edecektir.<sup>102</sup> Sonuç olarak sübjektif imkansızlıkta ifa mümkün kabul edilmektedir.

Savigny'e göre sübjektif imkansızlık borçlunun iradesinden kaynaklanmaktadır. İleriki zamanlarda borçlunun iradesi sübjektif imkansızlığın esaslı noktası haline gelmiştir.<sup>103</sup> Savigny başlarda temerrüt halinde sübjektif imkansızlıktan bahsedilemeyeceğini ifade etmişse de,<sup>104</sup> sonraki derslerinde sübjektif imkansızlıkta ifanın mümkün olmadığını ve eski görüşünün aksine bu durumda iradeye bağlı kusurlu bir imkansızlıktan bahsedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Kusurlu imkansızlık nitelemesi ifadeye yeni bir anlam getirmiştir.

Sübjektif imkansızlığın kusurlu ifa engeli olarak yorumlanması imkansızlığın unsurlarının doğru bir şekilde ifade edilmesi suretiyle açıklanabilir. Savigny

---

<sup>102</sup> AHRENS, s.59, dipnot 168'deki yazarlar.

<sup>103</sup> Savigny açıkça hukuki açıdan önemli olanın sadece borçlu için değil herkes bakımından geçerli olan objektif imkansızlık olduğunu, sübjektif imkansızlıkta ise borçlunun ifa edebilecek durumda olmasına rağmen ifa etmek istemediğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. AHRENS s.60,63

<sup>104</sup> Savigny tarafından şekillendirilen sübjektif imkansızlık kavramının temelleri temerrüt kurumunda bulunmaktadır. İlk dönemlerinde kendisinden önceki yazarlardan etkilenen yazar daha sonraları görüşünü değiştirmiştir. Yazarın başlarda görüşlerini benimsediği yazarlardan biri olan Thibaut'a göre temerrüt, borcun kusurlu olarak ya da mazur görülebilir bir bilgisizliğe dayanan sübjektif imkansızlık sebebiyle zamanında ifa edilememesi halidir. Buna göre, ifa etmemenin borçlunun kusuruna ya da içinde bulunduğu sübjektif imkansızlığa dayanması halinde temerrütten bahsedilecektir. Bu ifadeye göre kusura bağlı olmayan bir temerrüt sorumluluğu söz konusudur. Bkz. THIBAUT, System des Pandekten-Rechts Erster Band, Achte verbesserte Auflage, Cannstadt 1834, § 102. İşte bu görüşten etkilenerek Savigny başlarda sübjektif imkansızlık halinde ifanın mümkün olduğunu kabul etmiştir. Ancak daha sonra sübjektif imkansızlığı kusura bağlı tutmayan sorumluluk anlayışı yerini borcun kusurlu olarak ifa edilmemesi anlayışına bırakmış ve yazar bu sebeple sübjektif imkansızlığı "imkansızlık" kategorisinde ele almıştır.

öncelikle bu kavramı yabancı birtakım unsurlardan arındırmış ve sübjektif imkansızlığın çeşitli görünüm şekillerini bu kavram altında toparlamıştır. Savigny örneğin kanuna veya ahlaka aykırı sözleşmeleri ilk önceleri hukuken imkansız olarak nitelerken,<sup>105</sup> daha sonraları bu görüşünü değiştirmiş ve kanuna ve ahlaka aykırı davranışların geçerli bir sözleşmenin konusu olamayacağını ifade etmiştir.<sup>106</sup> Yazar bunun gibi tabiat olaylarını ilk başlarda borçlunun iradesi dışında meydana gelen olaylar olarak kabul ederken, daha sonraları bu tabiat olaylarının borçlunun iradesi sonucu ortaya çıkıp çıkmaması arasında bir ayırım yapmıştır.<sup>107</sup> Bu sebepten dolayı Savigny sübjektif imkansızlık ile göreceli imkansızlığa verdiği anlamları da değiştirmiştir. İlk başlarda göreceli imkansızlığı sübjektif imkansızlığın eş anlamlısı olarak görerek her iki durumda ifanın halen mümkün olduğunu, dolayısıyla borcun sona ermeyeceğini savunurken, daha sonraları göreceli imkansızlığa kaza sonucu meydana gelen durumlarda olduğu gibi ifanın sona ereceği sonucunu bağlamıştır. Burada önemli olan nokta borçlunun iradesidir. Yazara göre borçlunun irade özgürlüğü dışında yer alan göreceli imkansızlık, borçlunun iradesine dayanan sübjektif imkansızlıkla aynı sonuçlara bağlanamayacağından göreceli imkansızlığın mutlak (absolut) imkansızlıkla aynı sonuçları doğurması daha doğrudur.

Daha sonraki dönemlerde Savigny *dolus* ve *culpa*'yı artık *casus*'tan ayırmamaya başlamıştır.<sup>108</sup> Yazar bu unsuru borcun ek şartlarını anlattığı kısımda ele almıştır. Yazara göre *culpa* dikkatli bir kişinin öngörebildiği ve engel olabildiği sonuçların doğmasına borçlunun öngöremediği veya engel olamadığı durumlarda söz konusudur. Bunun dışında kalan her hal, baştan kesin hükümsüz olarak görülemiyor ve engellenemiyor ise *casus*'a eş değerdir.

Savigny kusurlu imkansızlık veya kusursuz imkansızlık kavramlarını kullanmamıştır. Bunun sebebi olarak iradenin imkansızlık üzerindeki etkisi gösterilmiştir. Borçlunun iradesi dışında bir sebepten kaynaklanan imkansızlık borcu sona erdirecektir. Savigny bununla, borçlunun sorumlu olduğu imkansızlığı birbirinden ayırmıştır. Borçlunun sorumlu olduğu imkansızlıkta ifa ödenecek tazminat ile tekrar mümkün

<sup>105</sup> AHRENS s.66

<sup>106</sup> SAVIGNY, Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1851, s.383, 384

<sup>107</sup> AHRENS, s.61, dipnot 175.

<sup>108</sup> SAVIGNY, Obligationenrecht, Zweiter Band, s.5

hale gelebilecektir.<sup>109</sup> İfanın mümkün olduğu düşüncesi burada tekrar ortaya çıkmıştır. Borçludan kaynaklanan, onun iradesi ile meydana gelen engel bu düşünce vasıtasıyla imkansızlık kapsamında çıkarılmıştır. Bu sebeple de bu iki farklı durumu tek kavram altında toplamak mantıksız gelmiştir. Savigny bir itiraz ile karşılaşmamak için kusurlu imkansızlık kavramını kullanmamıştır. Ancak bu tamamen terminolojik bir durum olup, maddi hukuk bakımından bir önemi yoktur.<sup>110</sup>

## 2- Mommsen'in İmkansızlık Öğretisi

### a- Genel Olarak

19.yüzyılın ortalarında tarih mektebi bilimsel çalışmalarıyla zirveye ulaşmıştır. İşte bu dönemde Mommsen “Die Unmöglichkeit der Leistung in Ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse / Borç İlişkilerine Etkisi Bakımından İfa İmkansızlığı” isimli monografisini yazmış, bu monografi ve bunu takiben Borçlar Hukuku alanında yazdığı makaleler sayesinde Pandekt Hukuku'nun en önemli yazarı haline gelmiştir.<sup>111</sup> Yazar bahsi geçen eseriyle imkansızlıkla ilgili tartışmaları ve Alman Medeni Kanunu çalışmalarını derinden etkilemiştir. Aslında Mommsen'in görüşleri tamamıyla yeni bir şeyler ortaya koymamış, kendi öğretisini, borçlunun ifa etmemesi halinde kast ve kusur sübjektif kriterlerine göre sorumlu tutulup tutulmayacağı ile ilgili o zamana dek ileri sürülen görüşlerin üzerine inşa etmiştir.<sup>112</sup>

Yazara göre imkansızlık sorumluluğun sınırı olarak diğer tüm durumları içine alan bir üst kavramdır. Mommsen sisteminde irade karşıtı olan her şey imkansızlık olarak değerlendirilebilir. İmkansızlık borç üzerinde etkili olabilecek hukuki veya gerçek bir engelin ölçüsünü belirlemektedir. Mommsen'in amacı, imkansızlığı borca aykırılığa ilişkin kapsamlı bir kurum haline getirmek olmuştur.

<sup>109</sup> Burada, günümüzde hakim olan “kusurlu ifa imkansızlığında tazminat borcunun asıl edim borcunun şekil değiştirmiş devamı” olduğu görüşünün temellerine rastlanmaktadır.

<sup>110</sup> AHRENS, s.67

<sup>111</sup> AHRENS, s.75

<sup>112</sup> BLAUROCK, Culpa-Haftung und nachträgliche Unmöglichkeit, Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht, Kolloquium aus Anlass des 75.Geburtstages von Ernst von Caemmerer, Tübingen 1983, s.55

## **b-Mommsen'in İmkansızlık Tarifi**

### **aa- Borcu Sona Erdiren Sübjektif İmkansızlık**

Mommsen sübjektif-objektif imkansızlık bakımından Savigny'nin yaptığı ayrımın esasen sadık kalmıştır. Yazara göre objektif imkansızlık borçlu olabilecek herkesi aynı oranda etkilemelidir.<sup>113</sup> Objektif imkansızlığı "doğal" ve "hukuki" olmak üzere ikiye ayırmıştır. Buna göre ifa imkansızlığı, var olmayan bir malın tesliminde olduğu gibi ya tabiat kanunlarından ya da bir hukuk kuralından kaynaklanabilecektir.<sup>114</sup> Ancak, Savigny'den farklı olarak, Mommsen'e göre bazı edim tiplerinde sübjektif imkansızlık halinde de borçlu borcundan kurtulabilecektir. Mommsen sübjektif imkansızlığı yalnızca para borçlarına has bir durum olarak görmemiştir.<sup>115</sup> Sonraki sübjektif imkansızlıkta, imkansızlığa yol açan sebepler borçlunun şahsından veya edimle olan ilişkisinden kaynaklanabilecektir.<sup>116</sup> Buna karşın Mommsen'in öğretisinde ifa güçlüğü sebebiyle borcun sona ermesine yer yoktur. Yazar sübjektif imkansızlık kavramı ile mal üzerindeki hakimiyetin kaybını ifade etmiş, ifa güçlüğüne sübjektif imkansızlık olarak kabul etmemiştir.

### **bb- Kusurun İmkansızlıktaki Rolü**

Mommsen'e göre sonraki imkansızlık tek başına borç üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir. Bunun aksinin kabul edilmesi borç ilişkisinin akıbetinin, oldukça geniş bir şekilde borçlunun keyfine bağlanması anlamına gelecektir.<sup>117</sup> Yazara göre imkansızlık tek başına borcu sona erdirmeye yetmeyecektir. Ancak borçlunun kusuruna dayanmayan ifa imkansızlığı borçlunun borcundan kurtulmasına yol açacaktır.<sup>118</sup>

---

<sup>113</sup> MOMMSEN, s.5

<sup>114</sup> MOMMSEN, s.3,6

<sup>115</sup> Yazar para borçları bakımından ise Savigny ile aynı sonuca varmış ve borçlunun ödeme güçlüğü içinde bulunması halinde borcundan kurtulamayacağını ifade etmiştir. Bkz. MOMMSEN, s.5, dipnot 12

<sup>116</sup> AHRENS, s.77

<sup>117</sup> MOMMSEN, s.228

<sup>118</sup> MOMMSEN, s.232

Mommsen'e göre somut olayda borçlunun ifa yükümünden kurtulabilmesi için sadece ifanın imkansızlaşması yeterli olmayıp, imkansızlıktan borçlunun sorumlu olmaması da gerekmektedir.<sup>119</sup> Buna uygun olarak Mommsen hiçbir zaman imkansızlık sebebiyle borçlunun borcundan kurtulmasından bahsetmemiş, imkansızlığa ek olarak mutlaka kusursuzluğu da aramıştır.<sup>120</sup> Mommsen ayrıca borçlunun borcundan kurtulmasının *impossibilium nulla obligatio* ilkesinden kaynaklanmadığını, özellikle bu ilkenin sonraki imkansızlık bakımından geçerli olamayacağını belirtmiştir.<sup>121-122</sup>

Yazara göre kusur tek başına hukuken bir etkiye sahip olamayacak, borçlunun sorumlu olmasına yetmeyecektir. Davranışı haksız olarak nitelendirebilmek için kusurun yanı sıra birtakım dış unsurlara daha ihtiyaç vardır.<sup>123</sup> Müşterek hukuktaki kusur öğretisinde, borcun ifa edilmemiş sayılması ve buna ilişkin sonuçların uygulanması için imkansızlıktan bağımsız olarak yalnız kusurun varlığı yeterli görülürken, bunun aksine Pandekt hukuk sisteminde imkansızlık doktrininde kusurun varlığı araştırılmamıştır. İlk olarak Mommsen "imkansızlık" ve "kusur" ilkelerinden yeni bir teori oluşturmuştur. Bu iki unsur birlikte borca aykırılığın hukuki sonuçlarını belirlemiştir.<sup>124</sup> Buna göre her somut olayda imkansızlıktan kimin sorumlu olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Yazara göre zaten borç kavramı tek başına, kasten bir ifa engeline sebep olduğu durumlarda borçlunun borcundan kurtulmasını engellemektedir. Bu nedenle Mommsen'in imkansızlık öğretisinin, borçlunun kusurlu olduğu anlayışına dayanan bir hukuka aykırılık doktrini olduğu söylenebilecektir.

Kusur Savigny tarafından müstakil bir unsur olarak görülmemiştir. Savigny'nin imkansızlık anlayışından, borca aykırılıkta borçlunun iradesini hesaba katmadığı anlaşılmaktadır. Savigny imkansızlık aracılığıyla sözleşmeden kaynaklanan

<sup>119</sup> MOMMSEN, s.232; KLEY, s.86

<sup>120</sup> MOMMSEN, s.247

<sup>121</sup> MOMMSEN, s.228; aynı görüşte, SCHERMAIER, *Impossibilium nulla obligatio*, in *Annali del seminero giuridico* 51 (2006), Torino 2006, s.7

<sup>122</sup> Jakobs, bütün bu ifadeler rağmen yazarın, borçlunun ifa yükümünden kurtulması için neden hem ifanın imkansız hale gelmesi hem de borçlunun kusursuz olması gerektiğini açıklamadığı gerekçesiyle Mommsen'i eleştirmiştir. Bkz. JAKOBS, *Unmöglichkeit der Leistung*, s.114

<sup>123</sup> MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig 1855, s.14

<sup>124</sup> MOMMSEN, s.27; WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, s.148

yükümlülükleri hem tarif etmiş hem de bu yükümlülüklerin sınırlarını çizmiştir. Borçlunun şahsından kaynaklanmayan, kendiliğinden meydana gelen ve sözleşmesel bağı ortadan kaldıracak olayları objektif imkansızlık olarak nitelendirmekle yetinmiştir. Mommsen ise kusuru sonraki imkansızlığın temel taşı olarak görmesinden dolayı imkansızlığın anlamını değiştirmiş ve bu kavrama irade unsuruyla birlikte kişisel bir özellik katmıştır. Bu anlayışa göre imkansızlık, Savigny'nin kabul ettiği gibi bir yükümlülüğün ortadan kalkması anlamına gelmemektedir. Yazara göre imkansızlık ilk olarak sözleşmesel bağı ortadan kaldıran bir durum olarak ifade edilmiştir. Ancak sonuçları bununla sınırlı değildir. İmkansızlık sözleşmenin kurulmasında etkili olan durumların değişmesi anlamına da gelmektedir. İmkansızlığın var olup olmadığına ilişkin karar verirken bunun ortaya çıkmasına sebep olan olaylar değil, bizzat ortaya çıkan bu sonucun nitelikleri dikkate alınacaktır.<sup>125</sup> Böylelikle Mommsen imkansızlığı subjektif sorumluluk ölçütünden ayırmıştır. Bu sebeple Mommsen, subjektif-objektif imkansızlık ayrımında kusuru değil somut durumları dikkate almıştır. Ancak kusur yoksa, subjektif imkansızlık da borçluyu borcundan kurtaracaktır. Yazara göre kusurlu imkansızlık halinde borcun konusu değişecek, ancak borç sona ermeyecektir.

Yazara göre borç ilişkisinin kurulmasıyla birlikte alacaklı ve borçlu edimin ifasına mani olabilecek olayların meydana gelmesini engellemek ve borcun gereği gibi ifa edilmesini sağlamak yükümü altına girerler. Bu yükümlülüğün kapsamı ve tarafların bu ifa engellerini önlemek için göstermeleri gereken özenin ölçüsü ise somut olayın özelliklerine göre değişecektir. Mommsen'e göre, her durumda daha baştan borçlunun imkansızlığın meydana gelmesinde mutlak olarak kusursuz olduğunu söylemek mümkün değildir.<sup>126</sup> Hatta bu imkansızlığın doğal afetler sebebiyle ortaya çıktığı durumlarda bile böyledir. Örneğin sözleşme konusu malın deprem sebebiyle ortadan kalkması sonucu meydana gelen imkansızlıkta dahi bu imkansızlıktan borçlunun sorumlu olmadığı söylenemeyecek, ilk evvela söz konusu malın depremin etkili olduğu bölgede bulunmasında borçlunun bir kusurunun olup olmadığı araştırılmak gerekecektir. Bu sebeple, imkansızlığın ancak beklenmedik halden kaynaklanması halinde borçlunun borcundan kurtulacağı şeklindeki eski görüş, borçluya bu beklenmedik halden dolayı hiçbir kusurun isnat edilemeyeceği hallerde

<sup>125</sup> MOMMSEN, s.31

<sup>126</sup> MOMMSEN, s.236

doğru olarak kabul edilebilecektir.<sup>127</sup> Zira yazara göre beklenmedik hal, kusursuz imkansızlık olayları ile akışmak zorunda değildir.

### cc- çeşit ve Para Borçlarında Sübjektif İmkansızlık

eşit borcunda, borçlunun şahsından veya edimle olan münasebetinden kaynaklanan bir ifa engeli imkansızlık yaratmayacaktır. Mommsen'e göre sübjektif imkansızlık, ifa etme imkanının gerçekten mevcut olmamasıdır ve yazar ekonomik sebeplerden ötürü ifanın gerçekleşmemesini bunun dışında tutmuştur. Bu sebeple de borçlunun üçüncü bir kişinin yardımıyla borcunu ifa edebilip edemeyeceğini dikkate almamış ve sübjektif imkansızlığın, ancak o çeşitten bir mala sahip olanlardan hiçbirinin ifa kabiliyetine sahip olmaması halinde söz konusu olacağını ileri sürmüştür.<sup>128</sup> Bir başka deyişle çeşit borçlarında borçlunun borcundan kurtulabilmesi için, o çeşitten bir malı elinde bulunduran herkes için ifanın sübjektif olarak imkansız olması yeterlidir. Böylelikle yazar parça borçlarında borcu sona erdiren ifa engelleri modeline uygun olarak sübjektif imkansızlık halinde de çeşit borçlusunu borcundan kurtarmıştır. Edimi ifa konusunda sübjektif imkansızlığa düşmesi gereken kişilerin sayısının çok fazla sayıda olmasının, Mommsen'in ilk etapta bu ayrımı teorik olarak sağlamlaştırmayı hedef aldığının bir göstergesi olduğu söylenmiştir.<sup>129</sup> Para borçlarında ise imkansızlığın borcu sona erdirmesinin n kapatılmış, borçlunun borcunu neden ifa edemediği ile ilgilenilmemiştir.<sup>130</sup> Yazara göre para borçlarında borçlu beklenmedik hal sebebiyle borcundan kurtulamayacaktır. Para borcu tabiatı gereği imkansızlaşmayacağından, ifası her zaman mümkündür.<sup>131</sup> Para borçlarında ifa etmemenin olumsuz sonuçları ifa engeli olarak dikkate alınmayacaktır. Sonuç olarak yazar, Savigny'nin de kabul ettiği gibi, borçlunun para sıkıntısı çekmesinin borcu sona erdirmeyeceğini ifade etmiştir.

---

<sup>127</sup> MOMMSEN, s.246

<sup>128</sup> AHRENS, s.82

<sup>129</sup> AHRENS, s.82

<sup>130</sup> MOMMSEN, s.49 vd.

<sup>131</sup> MOMMSEN, s.49



#### dd- İmkansızlığın Sonuçları

Borçlunun kusuruyla ortaya çıkan, daha doğru bir deyişle borçlunun sorumlu olduğu imkansızlıkta borç sona ermeyecek ve dolayısıyla borçlu borcundan kurtulamayacaktır. Bu durumda borçlu eline geçen kaim değeri, eline bir kaim değer geçmediği hallerde ise ortadan kalkan edimin parasal değerini alacaklıya vermek ve dolayısıyla malın yok olması sebebiyle uğradığı zararları gidermek suretiyle alacaklının menfaatini tazmin etmek zorunda kalacaktır. Mommsen'e göre bu tip bir imkansızlık borcun konusunu değiştirmemektedir.<sup>132</sup> Yazar borçlunun asli edim yükümü ile yükümlü olmaya devam ettiği görüşündedir.

Mommsen'in bu görüşünün pratik sonucu şurdadır: Alacaklı bu durumda zararın tazminini talep etmek zorunda kalmayacak ve doğrudan doğruya asli edimi talep edebilecektir.<sup>133</sup> Yazar, imkansızlığın borçlunun kusuru sebebiyle meydana gelmesi halinde, alacaklının imkansızlaşan edim yerine bunun parasal karşılığını istemek zorunda kalması gerektiği şeklindeki görüşü kabul etmemektedir. Yazara göre önemli olan, alacaklının asli edim talebinin tazminat talebine döndüğü andır. Burada önemli olan an ise imkansızlığın meydana geldiği an değil, ifa anıdır. Bu görüşün avantajı, alacaklının tazminat talep edeken birtakım ek hususları ispat etmek zorunda kalmamasıdır.<sup>134</sup> Buna göre borcun ifasına yönelik bir dava açıldığında alacaklının ispatlaması gereken yegane husus borç ilişkisinin varlığıdır. Alacaklı bunun yerine imkansızlık sebebiyle tazminat talep etmeye kalkarsa borç ilişkisinin varlığını ispat etmenin yanı sıra, ifanın imkansızlaştığını ve bundan da öteye bu imkansızlığın borçlunun kusurundan kaynaklandığını ortaya koyması gerekecektir.

<sup>132</sup> MOMMSEN, s.229 vd.

<sup>133</sup> MOMMSEN, s.230, KNORR, Die Entwicklung der Unmöglichkeitstheorie im gemeinen Recht, Würzburg, 1960, s.91.; KLEY, s.86-87

<sup>134</sup> KLEY, s.87

## İKİNCİ KISIM

### İMKANSIZLIĞIN İFA ENGELLERİ ARASINDAKİ YERİ, İMKANSIZLIK KAVRAMI VE TÜRLERİ

#### § 1- TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA İFA ETMEME KAVRAMI VE BORCUN İFA EDİLMEMESİ KAVRAMINA GİREN DAVRANIŞLAR

##### I- GENEL OLARAK

Borçlar Kanununun “Borçların Hükümü” başlıklı ikinci babının ikinci faslında (BK m.96-108) borçların ödenmemesinin şartları ve sonuçları düzenlenmiştir. İkinci faslında BK m.96-100 arasında borcun ifa edilmemesi başlığı altında borçlunun tazminat yükümlülüğü ve sorumluluğunun sınırları basit bir şekilde ele alınmış, buna karşın BK m.101-108 arasında ifa etmemenin bir türü olan borçlu temerrüdüne ilişkin oldukça detaylı bir düzenlenmeye gidilmiştir.

Bu sisteme göre sözleşmeden doğan bir borcun ifa edilmemesi halinde öncelikle borca aykırılığın türü tespit edilecektir. Buna göre ifa zamanında yerine getirilmeyen edim hala mümkün ise temerrüt hükümleri uygulanacak, ifanın mümkün olmaması halinde ise devreye imkansızlık hükümleri girecektir. İfanın mümkün olmaması halinde ikinci bir ayırım yapılacak, bu imkansızlığın meydana gelmesinde kusurunun bulunması halinde borçlu BK m.96’ya göre alacaklının uğramış olduğu zararları tazmin etmekle yükümlü olacak, kusuru bulunmaması halinde ise BK m.117’ye göre borcundan kurtulacaktır.<sup>135</sup> Ancak bu olay gruplarını birbirinden ayırmak ve olaya uygulanacak hükümleri bulmak her zaman kolay olmamaktadır. Bu sebeple Borçlar Kanunu’nun ifa engelleri sistemi doktrindeki yazarlar tarafından eleştirilmiş,<sup>136</sup> bu sistemdeki eksiklikler doktrin ve içtihat yoluyla giderilmeye çalışılmıştır.<sup>137</sup>

<sup>135</sup> Kusursuz sorumluluk hallerini de dikkate alanlar bu ayırımı “borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık” ve “borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık” şeklinde yapmaktadır.

<sup>136</sup> Örneğin Weber’e göre İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki ifa engelleri hukukuna ilişkin hükümler tatmin edici nitelikte değildirler. Yazara göre baştaki-sonraki imkansızlık ayırımı problemlidir ve sadece tarihsel bir takım gerekçelerle açıklanabilir. Bunun dışında borçludan borcunu ifa etmesinin sübjektif beklenemezlik sebebiyle istenemeyeceği hallerle ayrılması mümkün olmayan kusurlu-kusursuz imkansızlık ayırımına gidilmiştir. Kusursuz ifa imkansızlığının borcun sona ermesi sonucunu doğurması ve bu bağlamda ele alınması zorlayıcı gözükmemektedir. İfa engelleri hukukunda imkansızlık ve temerrüt hükümlerinin kesin bir şekilde birbirinden ayrılması ve farklı

## II- BORCA AYKIRILIK VE İFA ETMEME

Taraflar sözleşme yapmak suretiyle bir akdi ilişki çerçevesinde birbirlerine karşı hak ve yükümlülükler elde ederler. Sözleşme ile belli davranışlarda bulunma ödevi altına giren tarafların, yerine getirmek zorunda olduğu bu yükümlülüklere aykırı davranışları halinde borca aykırılıktan söz edilecektir. BK m.96 konuyu alacaklı bakımından ele alarak, alacaklının hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde, borçlunun kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan doğan zararı tazmin etmeye mecbur olduğunu ifade etmiştir. BK m.96'yı karşılayan İsviçre BK m.97'nin almanca metninde ise, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinden bahsedilmekte ve bu haliyle hüküm, genel olarak kabul edildiği üzere kusurlu ifa imkansızlığı, borçlu temerrüdü ve kötü ifadan oluşan borca aykırılık hallerinin hepsini kapsamaktadır.<sup>138-139</sup> Ne var ki borçlu temerrüdü BK m.101-108 hükümleri arasında ayrıca düzenlendiğinden, bu hükme kusurlu ifa imkansızlığı ve özel borç ilişkilerinde ayıba karşı tekeffül hükümleri ile düzenlenmemiş olan kötü ifa durumlarında doğrudan başvurulacaktır.

---

sonuçlara bağlanmaları da doğru değildir. Genel hükümlerde Art.97 Abs.1 OR'de düzenlenen gereği gibi ifa etmeme ve özel borç ilişkilerinde düzenlenen ayıplı ifa, muhtelif sınırlandırma zorluklarına ve alternatif koruma yolları problemlerine yol açmaktadır. Son olarak kanunda sözleşmeden dönme hakkını sadece borçlu temerrüdünde öngörülmüş olması haksız olarak nitelendirilebilir. Bu eleştiriler için bkz. **WEBER**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5.Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000, Vorbem. zu Art.97-109 OR, N.34; **WIEGAND**, Einleitung zu Artikel 97-109, N.1; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, ohne außervertragliches Haftpflichtesrecht, 9.Aufl., Zürich 2008, N.2484 vd.; **SEROZAN**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden geçirilip genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 2009, § 11 N.3.

<sup>137</sup> Bu amaçla geliştirilen teoriler için bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N.2485.; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6.Bası, İstanbul 2009, s.34 vd.

<sup>138</sup> Gillig'e göre ise borca aykırılık ancak ifa etmeden kaynaklanabilir. Bu sebeple imkansızlık tek başına borca aykırılık olarak kabul edilemez. Eğer imkansızlık kendi başına borca aykırılık olarak ele alınırsa o zaman ifanın imkansız olmadığı tüm hallerde, örneğin borçlu temerrüdünün söz konusu olduğunda, borçlu ifa etmemesini sağlayacak bir def'i hakkına sahip olduğunda ve buna benzer imkansızlık dışındaki tüm hallerde borca aykırılıktan bahsedilememesi gerekir. Borç ilişkisiyle hedeflenen sonuç ifa olduğu ve ifa yoluyla borç ilişkisi sona ereceği içindir ki "ifa etmeme" tek başına borca aykırılığı ifade etmektedir. Böylece bir ifa engeliyle karşılaşıldığında sorulması gereken soru "ifa imkansızlaşmış mıdır?" sorusu değil "ifa etmeme kesinleşmiş midir?" sorusudur. İmkansızlık halinde ifa etmeme kesinleşmiş sayılamayacağı için imkansızlık borca aykırı davranış değil, borca aykırı davranışın sebebi olarak kabul edilmek gerekir. Böylece Kanun koyucu BGB'deki hükümlerle doğrudan doğruya ifa imkansızlığını değil, ifa etmemenin kesinleşmiş sayılması için aranacak şartları düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bu konuda bkz. **GILLIG**, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, Tübingen 1984, S.94-95

<sup>139</sup> Bu hüküm 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinde, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığa uygun olarak "borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse..." şeklinde değiştirilmiştir.

İfa etmeme BK m.96 ve 106'da düzenlenen borca aykırılığın sonuçlarının doğumuna yol açan bir üst kavramdır.<sup>140</sup> Borçlunun borcunu, muaccel olmasından önce veya sonra ihlal etmesi halinde bir "hiç" ifa etmeme, borçlunun sözleşmeye uygun olmayan bir şekilde veya vadesinden sonra borcunu ifa etmemesi halinde ise "gereği gibi" ifa etmeme söz konusu olacaktır.<sup>141</sup>

BK m.96'daki "borcun ifa edilmemesi" (Ausbleiben der Erfüllung) kavramıyla kastedilen BK m.96'da düzenlenen borcun ifa imkansızlığı sebebiyle ifa edilmemesi olduğu gibi, bunun yanı sıra BK m.97 f.2 ve f.3'de düzenlenen yapmama borçlarına aykırılık ve ayrıca BK m.97 f.1'de düzenlenen başkası tarafından yerine getirilebilecek yapma borçlarının ifa edilmemesidir.<sup>142</sup>

İmkansızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme halleri gibi bir borca aykırılık hali olsa da, kanundaki yeri bakımından diğer borca aykırılık hallerine oranla daha merkezi bir konumda olduğu söylenebilecektir.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> **BUCHER**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1988, s.297

<sup>141</sup> Öğretide bazı yazarlarca, tam iki taraflı sözleşmelerde BK m.106 vd. gereğince durumun farklı olduğu, tam iki taraflı akitlerde borçlu temerrüdünün duruma göre hem ifa etmeme hem de gereği gibi ifa etmeme anlamına gelebileceği ifade edilmiştir. Bkz. **BARTH**, Schadensersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Aarau 1958, s.5; **RABEL**, Das Recht des Warenkaufs, Band I, Sonderheft der Zeitschrift AIPR, 1936, s.40. Bu yazarlara göre tam iki taraflı sözleşmelerde ifa etmeme "mutlak" ve "geçici" ifa etmeme olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak ifa etmemenin söz konusu olduğu hallerde, edimin yerine getirilmemesi olgusu aynı zamanda ifa etmeme sonucunun doğmasına yol açar. Örneğin ifanın sonradan imkansızlaşması hallerinde ve BK m.107'deki hallerde durum budur. İfanın sonradan gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olmadığı diğer tür ifa etmeme hallerinde ise geçici bir ifa etmeden bahsedilecektir.

<sup>142</sup> **KOLLER**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, Bern 2009, § 53, N 1

<sup>143</sup> İmkansızlığın bu merkezi konumu eleştirilmiştir. Bkz. **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 11 N.3. Yazar burada, imkansızlığın yalnızca parça borçları ve kişisel iş görme edimleri bakımından bir önemi olduğunu, ancak bu edimleri içeren sözleşmelerin sayısının az olması sebebiyle imkansızlık hükümlerinin pratikte bir önemi olmadığını ifade etmektedir.

### III- BORCUN İFA EDİLMEMESİ KAVRAMINA GİREN HALLER VE İFA ENGELLERİ ARASINDA İMKANSIZLIĞIN YERİ

#### A-KUSURLU İFA İMKANSIZLIĞI

Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler kısmında imkansızlıkla ilgili özellikle üç hüküm bulunmaktadır. Bunlar, akdin konusunun imkansız olmasını düzenleyen BK m.20, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesini düzenleyen BK m.96 ve borcun sona ermesi sebebi olarak ifa imkansızlığı düzenleyen BK m.117'dir. Bu hükümler dışında cezi şartına ilişkin BK m.161 de imkansızlıkla ilgilidir. Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkilerine ilişkin kitabında da bu konuyla ilgili bazı hükümlere rastlanmaktadır. Gerçekten BK m.252, 274, 370, 384, 517, 535'de yer alan hükümler konuyla ilgili örnekler olarak zikredilebilir.

Sonraki imkansızlık BK m.96 ve m.117'de düzenlenmiştir. Bu hükümler sözleşmeye aykırılık teşkil eden ve borcun sona ermesine ilişkin haller ile ilgilidir. Bu iki hüküm sadece kusur bakımından birbirinden ayrılır. BK m.96 sonraki kusurlu, BK m.117 ise sonraki kusursuz imkansızlığı konu edinmektedir. BK m. 96 hükmü ifanın imkansızlaşmasından ya da gereği gibi yapılmamasından dolayı borçlu için aynen ifaya zorlama, bunun mümkün olmadığı hallerde ise alacaklının zararın tazminini düzenlemektedir.<sup>144</sup> BK m.117'de ise borcun ifasının borçlunun kusuru olmaksızın mümkün olmadığı hallerde borçlunun borcundan kurtulacağı hükme bağlanmıştır.

Kusurlu ifa imkansızlığı, sözleşmenin kurulması anında mevcut olan edimin, ifa zamanında borçludan kaynaklanan bir sebeple ifa edilmesinin mümkün olmamasıdır.<sup>145</sup> İfa imkansızlığı Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiş

<sup>144</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: 1-183 OR, Zürich 1929, Art. 97 Prg.1

<sup>145</sup> LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I, Allgemeiner Teil, 14.Auflage, München 1987, s.305; von TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1974, s.96; BECKER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR, Art.97 OR N 11; BUCHER, OR AT, s.418; BARTH, s.6; BaslerKomm- WIEGAND, Art.97 OR, N 7 vd.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2006, 4.Aufl. § 64 N 20 vd.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Zürich 2000, § 31 N.6 vd.; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s.395; FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul 1977, S.175; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,

olması sebebiyle hiç veya gereği gibi ifa etmeme hallerini düzenleyen BK m.96 kapsamında ele alınmaktadır.

Türk-İsviçre Hukukunda bazı yazarlarca, her ne kadar kanunda açıkça belirtilmiyor olsa da Borçlar Hukuku'ndaki ifa etmemeyeyle ilgili temel kavramın "sonraki imkansızlık" olduğu, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilemeyeceği hallerin tümünde aslında imkansızlıktan bahsetmek gerekeceği ifade edilmiştir.<sup>146</sup> Alman doktrininde de bazı yazarlar, tazminat sorumluluğunun kanunda kasıtlı olarak salt kusurlu ifa etmeme olgusunu bağlanmadığını, bunun için birtakım somut vakıaların da gerçekleşmesi gerektiğini belirtmişlerdir.<sup>147</sup> Başka bir deyişle tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için ya imkansızlık ya da temerrüdün söz konusu olması gerekmektedir. Bu görüşe göre kanun koyucu temerrüdü imkansızlığın özel bir türü olarak düzenlenmiştir. Bu yazarlar imkansızlığı üçe ayırmaktadırlar: sözleşmenin konusu bakımından imkansızlık (nitelik veya nicelik bakımından), zaman açısından imkansızlık ve yer bakımından imkansızlık. Bu görüşe göre temerrüt kısmi bir imkansızlık halidir.<sup>148</sup> Zira zamanında ifa edilmeyen borç belki daha sonra ifa edilebilecektir; fakat bu durumda artık sözleşmeye uygun bir ifadan bahsetmek mümkün olmayacaktır.<sup>149</sup> Stoll ise imkansızlığı sadece konu bakımından kabul etmiş, özellikle temerrüdün imkansızlığın bir türü olduğu görüşüne şiddetle karşı çıkmıştır. Stoll'a göre imkansızlık, yalnızca edimin<sup>150</sup> ifa edilemeyeceği hallerde söz konusu olacaktır.<sup>151</sup>

---

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7.Baskı, İstanbul 1993, s.904 vd.; **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s.7

<sup>146</sup> **WEBER**, Art.97.Prg.98; **JÄGGLI**, Zum Begriff der vertraglicheN Schadensersatzforderung, in Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg (Schweiz) 1968, s.182; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 11, N.3

<sup>147</sup> **HIMMELSCHEIN**, Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzungen, s.255vd.; **HIMMELSCHEIN**, Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, AcP 158 (1959/60), s.284; **WICHER**, Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, AcP 158 (1959), s.297 vd. Bu görüş hakkındaki eleştiriler için bkz. **DIECKMANN**, Erfüllungszwang und Unmöglichkeit, ZGS 1/2008, s.18

<sup>148</sup> **FISCHER**, Nicole, Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht, die Haftungbefreiung des Schuldners nach Art.79 CISG, den Vorschriften der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts und der Principles of European Contract Law im Vergleich zum deutschen Unmöglichkeitensrecht, Berlin 2001, s.36 vd.; **KLEINEDAMM**, Die Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB für das deutsche Reich, 1901, s.25; **KISCH**, Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach den Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Jena 1900, s.22

<sup>149</sup> **HIMMELSCHEIN**, Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, s.285

<sup>150</sup> Yazara göre edim yükümü bir alacaklının menfaatlerini tatmin etmek, bir sonuç meydana getirmektir; yoksa salt belli biçimde davranmak değil.

<sup>151</sup> **STOLL**, Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzungen, AcP 136 (1932), s.285

## B- BORÇLU TEMERRÜDÜ

Borçlar Kanunumuzda borçlu temerrüdü tanımlanmamış, yalnızca BK m.101'de borçlu temerrüdünün şartlarının neler olduğu belirtilmiştir. Borçlu temerrüdü doktrinde ise, muaccel olup ifası mümkün sayılan borcun kural olarak ihtara karşın hukuka aykırı olarak ifa edilmemesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>152</sup> İfasi mümkün olmasına rağmen muaccel bir borcu ödemeyen borçlu bazı şartların da gerçekleşmesiyle birlikte temerrüde düşecektir. Borçlu temerrüdünde ifa zamanının geçmesinden sonra yerine getirilen edimin ifa olarak kabul edilmesine rağmen gecikme olgusunun ortadan kalkmayacağı ve zaman açısından gereği gibi ifa edilmemiş olması sebebiyle bir tür borca aykırılığın söz konusu olduğu kabul edilmektedir.<sup>153</sup>

Hiç ya da gereği gibi ifa etmeme kavramı altında 96. maddede düzenlenen bu kurum Borçlar Kanunu'nda BK m.101-108 hükümleri arasında özel olarak düzenlenmiştir. Borçlu temerrüdünün sonuçları, borçlunun kusurlu olup olmamasına, borcun konusunun para olup olmamasına ve sözleşmenin tam iki taraflı olup olmamasına göre farklı düzenlenmiştir. Borç muaccel olduğu anda söz konusu olmayan imkansızlığın daha sonra meydana gelmesi halinde ifa imkansızlığına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaklardır (BK m.96, 117).

İmkansızlık ile temerrüt hükümleri, kanunda "Borçların Ödenmemesi" faslı altında düzenlenmiştir ve aynı başlıkta yer almaları sebebiyle birbiriyle oldukça yakın bir ilişki içerisinde bulunmaktadır. Borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi halinde, borcun sonradan ifa edilmesi mümkün olsa bile, aslına bakılırsa zaman açısından

<sup>152</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2656; KELLER/SCHÖBI, Das schweizerische Schuldrecht I. Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3.vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Basel/Frankfurt a.m. 1988, s.201; SCHENKER, Die Voraussetzungen und Die Folgen des Schuldnerverzugs, Freiburg 1988, N 4; AYBAY, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 12.Bası, İstanbul 2000, s.133; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.911; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Bası, İstanbul 2010, s.354; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 17 N 3.

<sup>153</sup> LARENZ, Schuldrecht I, s.344; von TUHR/ESCHER, s.135; BUCHER, OR AT, s.356; FEYZİOĞLU, s.230; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.911; OĞUZMAN/ÖZ, s.295; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, I, Genel Hükümler, 6.Bası, İstanbul 1976, s.573-538; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11.Tıpkı Bası, İstanbul 2008, s.1046; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Genişletilmiş 6.Bası, İstanbul 2003, s.198

artık gereği gibi ifadan bahsetmek mümkün olmayacaktır.<sup>154-155</sup> Ancak zamanın borcun ifası açısından büyük anlam ifade ettiği hallerde borcun ifa edilmemesi doğrudan doğruya tam imkansızlığa neden olacaktır. Aralarındaki bu yakın ilişkiye rağmen bu iki kurum arasındaki ayırım oldukça nettir.

İmkansızlık ile temerrüt arasındaki sınırı teorik olarak çizmekte bir problem yaşanmamaktadır. Borçlu temerrüdünde borçlunun borcunu ifa etmemesi imkansızlıktan kaynaklanmamakta, bu durumda borçlu ifa mümkün olmasına rağmen borcunu ifa etmemektedir. İmkansızlıkta borcun gecikerek de olsa ifa edilemeyeceği kesinleşmiş bulunmaktadır.<sup>156</sup> Borçlu temerrüdünde ise edimi yerine getirilebilecek durumda olmasına rağmen borçlunun bunu yapmaması söz konusudur.<sup>157</sup> Borçlu, ifayı hiçbir zaman yapamayacak durumda olmamakla birlikte sadece vadede yapamayacak durumda (vadede ifa imkânsız) ise, imkânsızlık değil temerrüt söz konusu olacaktır. Şu kadar ki, belirli tarih o borcun ifası için yegâne zaman parçası ise (bir düğünde şarkı söylemek örneğinde olduğu gibi), bu vadeyi kaçırma imkânsızlık sonucu doğuracaktır. Her ne kadar kanunda açıkça ifade edilmemiş olsa da temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için aranan şartlardan biri de edimin ifasının mümkün olması, bir başka deyişle edimin sonradan ifa edilebilir olmasıdır.<sup>158</sup> Dolayısıyla temerrüt ile imkansızlık hükümlerinin bir arada

<sup>154</sup> MOMMSEN, s.27

<sup>155</sup> Bu durum öğretilerde bazı yazarlar tarafından zaman açısından kısmi imkansızlık olarak ifade edilmiştir. Bkz. SCHENKER, N.2.

<sup>156</sup> Baskın görüşe göre bu sadece borçlu istese de edimini yerine getiremeyecek duruma düşmüşse gerçekleşir. Bkz. von TUHR/ESCHER, s.94; BECKER, Art.20, N.2; BUCHER, OR AT, s.248; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.396; DURAL, İmkansızlık, s.80; EREN, s.994 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, r, s.907 vd.; Azınlık görüşe göre ise, cebri icra ile elde edilemeyecek borcun borçlusunun kesin olarak ifada bulunmayacağını beyan etmesi de imkânsızlık sayılmalıdır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.305; ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.159

<sup>157</sup> KOLLER, OR AT, s.317; SCHWENZER, N 63.11; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 17 N 1

<sup>158</sup> BREHM, Grundfälle zum Recht der Leistungstörungen, JuS 1989, H.2, s.114; BECKER, Art.97 OR N.7; OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem.zu Art.97-109, N.8; von TUHR/ESCHER, s.135; BUCHER, OR AT, s.339, 356; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N.2658; von BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s.265; WIEGAND, Vorbem.zu Art.102-109 OR N.2, Art.102 N.12; SCHWENZER, N 63.11; LÖWISCH/CASPERS, J. Von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304, Berlin, Neubearbeitung 2009, Vorbem.zu § 284 ff. BGB N.3; WEBER, Art.97 OR N.40; SCHENKER, N.9; HUBER, Leistungsstörungen, Bd.1, Die Allgemeinen Grundlagen- Der Tatbestand des Schuldnerverzuges- Die vom Schuldner zu vertretende Umstände, Tübingen 1999, § 6 I 1; ERNST, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, §§ 280, 281-284, 286-304, 311a, 323-327, § 286 Rdn.34; MEDICUS, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 17.Auflage München 2006, § 38 N 459; DIEDERICHSEN, Der



uygulanması mümkün değildir. Edimi sonradan yerine getirme olanağının yokluğu veya varlığı imkansızlıkla temerrüt arasındaki ayırt edici unsurdur.<sup>159</sup> Bu sebeple ifanın gecikmesi halinde ancak belirli şartların varlığıyla ortaya çıkacak olan temerrüdün varlığından söz edebilmek için öncelikli olarak yapılması gereken, bu şartların var olup olmadığı araştırmaya geçmeden evvel, bir imkansızlığın söz konusu olmadığını tespit edilmesidir. Tarafların ifanın halen mümkün olup olmadığı hususunda anlaşmazlığa düşmesi halinde, borçlunun imkansızlığı ispatlaması gerekmektedir.<sup>160</sup>

Temerrüt ile imkansızlığın bir arada bulunması mümkün değildir.<sup>161-162</sup> İmkansızlık, borç muaccel olmadan önce veya temerrüt için ihtarın gerek olduğu hallerde

---

Schuldnerverzug ("mora debitoris"), JuS 1985, s.828; **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, Schuldrecht, 9.Auflage, Berlin 2006, § 44 II 1 N 464; **WAHL**, Schuldnerverzug, Berlin 1998, s.29; **İNAN**, Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Ankara, 1956, s.46; **ARAL**, Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Ankara 1985 (Daktilo ile yayımlanmış), s.50; **EREN**, s.1048; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 17 N 1; **FEYZİOĞLU**, s.240; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.301; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.398, 479; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.912; **AYBAY**, s.133; **HAVUTÇU**, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s.24.

<sup>159</sup> Bu unsurun bir sürü sözleşmede karşılaşılan bir dizi ifa engeline imkansızlık kavramıyla temerrüt kavramının çakışması sebebiyle tam anlamıyla ayırt edici olmadığı ve bu gibi durumlarda menfaatler durumuna en uygun çözümün kabul edilmesi düşüncesinde **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 17 N 1

<sup>160</sup> Doktrinde bazı yazarlarca, temerrüt hükümlerine dayanarak aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazmini talep ettiği bir davada, alacaklının ifanın mümkün olduğunu ispat etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu yazarlara göre bu tip bir davada borçlunun temerrüde düştüğünü iddia eden alacaklının ispat yükü altında olmasının sebebi, ifanın mümkün olmasının, temerrüdün şartlarından biri olmasıdır. Bu sebeple borçlunun temerrüde düştüğünü iddia eden alacaklının öncelikle ifanın halen mümkün olduğunu ortaya koyması gerekecektir. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.912; Bazı yazarlar tarafından ise, ifanın mümkün olmasının normal bir durum olduğu gerekçesiyle, normal olmayan bir durum olan imkansızlığın bunu ileri süren tarafından ispatlanması gerektiği, bu sebeple imkansızlığa dayanan borçlunun ifanın mümkün olmadığını ispatla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **VON TUHR/ESCHER**, § 68,II, Not 60'a ilişkin metin; **BECKER**, Art.97 OR, Art.102 N.48; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.303. İlk görüşün, edimin borçlunun hakimiyet alanında olması sebebiyle alacaklının ifanın mümkün olduğunu ispatlamasının çoğu zaman mümkün olamayacağı ve bu durumun hayatın olağan akışına aykırı olması sebebiyle davayı çözümsüzlüğe iteceği, ikinci görüşün ise ifanın mümkün olmasının borçlu temerrüdünün şartlarından biri olduğu gerçeğini göz ardı etmesi sebebiyle bu durumda en adil çözüm, alacaklının ilk etapta ifanın mümkün olduğunu ispat etmekle yükümlü olduğunu kabul etmekle birlikte, normal durumun ifanın mümkün olması olduğuve bu durumun alacaklı lehine bir karine yaratması sebebiyle, alacaklıyı ispat yükünden kurtararak ifanın imkansızlaştığını, bunu ileri süren borçlunun ispatlaması gerekeceğini kabul etmek olacaktır. Buna karşılık, bir temerrüt hali söz konusu olmasına rağmen, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek, borçluya herhangi bir ek süre vermeksizin doğrudan doğruya BK m.96'ya dayanarak tazminat talep etmesi halinde alacaklı imkansızlığın varlığını ispatlamakla yükümlü olacaktır.

<sup>161</sup> **MEDICUS**, Schuldrecht I, 17.Auflage, § 38 N 459; **BUCHER**, OR AT, s.216; **SCHENKER**, N.11.22; **DIEDERICHSEN**, Schuldnerverzug, s.828; **HUBER**, Leistungsstörungen, Bd.1, § 6 I 1; **DÖTTERL**, Wann ist der Gläubiger für die Unmöglichkeit verantwortlich, Baden-Baden 2008, s.46; **REİSOĞLU**, s.358; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 17 N 1.

borçluya çekilen ihtarın süresinin geçmesinden evvel ortaya çıkmışsa, borçlu temerrüdünden değil, ifa imkansızlığından bahsedilecektir. Bu durumda borcun ifa edilmemesinin sebebinin imkansızlık olması sebebiyle borçlunun sorumluluğu imkansızlık hükümlerine göre değerlendirilecektir.

Edimin ifasının borçlunun temerrüde düşmesinden sonra imkansızlaşması halinde ise imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği, buna göre borçlunun temerrüt halindeyken meydana gelen imkansızlıktan dolayı tazminat ödemek zorunda kalacağı ve borçlunun bazı istisnai hallerde<sup>163</sup> sorumlu tutulamayacağı söylenmektedir.<sup>164</sup> Buna göre burada imkansızlık anına kadar temerrüt, bu andan sonrası için imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kanaatimizce de imkansızlık anına kadar temerrüt hükümlerini uygulamak doğru olacaktır. Edimin imkansızlaşmasından sonraki safha için ikili bir ayrıma gitmek yerinde olacaktır. Buna göre borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat edemediği takdirde, BK m.102 gereğince ifa kusuru olmaksızın imkansızlaşmış olsa bile bundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat etmesi halinde ise, meydana gelen imkansızlıktan ötürü sorumlu olup olmadığına doğrudan imkansızlık hükümlerine göre karar verilecek (imkansızlıkta kusurlu olup olmadığı ayrıca araştırılacak), bu durumda borçlu ancak ifa imkansızlığının meydana gelmesinden dolayı sorumlu tutulabildiği takdirde BK m.96 gereğince alacaklının zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır.

Doktrinde bazı yazarlar sübjektif imkansızlık hallerinde imkansızlığa ilişkin hükümlerin değil, temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedirler.<sup>165</sup>

<sup>162</sup> Sübjektif imkansızlığın, sonradan edimi telafi olanağı bulunabildiği takdirde borçlu temerrüdü alanına kayabileceği belirtilmektedir. Bkz. **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 17 N 1; Eren ise konuyla ilgili olarak, sonradan telafi olanağı olup olmadığına dikkat etmeksizin sübjektif imkansızlığa temerrüt hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedir. **EREN**, s.1048

<sup>163</sup> Örneğin borçlunun zamanında ifa edilseydi dahi edimin imkansızlaşacağını ispatlaması halinde.

<sup>164</sup> **HUBER**, Leistungsstörungen, Bd.1, § 6 I 3;

<sup>165</sup> **HUBER**, Leistungsstörungen, Bd.1, § 6 I 2; **von BÜREN**, OR AT, s.365, 390; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N.2575 vd.; ZürcherKomm-AEPLI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.Band, Obligationenrecht, TeilbandV 1h, Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich 1991, Art.119 OR N.49; **SCHWENZER**, N 63.13; **ZIEGLER**, Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre, Bern 2002 s.66; **GIGER**, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Bern,Stuttgart,Wien 1992, s.15.; **GLÄTTLI**, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Art.97 Abs.1 und 107 Abs.2 OR; Eine Übersicht, Würdigung und Kritik über heutigen Regelung, Zürich 1998, s.44; **EREN**, s.1048; **HAVUTÇU**, s.24. Bu yazarlara göre sübjektif imkansızlık halinde imkansızlık yerine temerrüt hükümlerini uygulamak alacaklının

Hakim kanaat, Federal Mahkeme ve Yargıtay'ın görüşü ise bu durumda imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündedir.<sup>166</sup> Ancak bu son görüş bazı yazarlarca sübjektif imkansızlığın çok geniş ele alındığı gerekçesiyle eleştirilmiş,<sup>167</sup> borcun ifasında ortaya çıkabilecek basit güçlüklerin imkansızlık olarak nitelendirilemeyeceği, ancak borçlunun şahsından kaynaklanan birtakım sebeplerle borcunu ifa edemediği veya borcu ifa etmek için elinden geleni yapmasına rağmen bunda başarılı olamadığı hallerde sübjektif imkansızlığın kabul edilmesi ve bu duruma imkansızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>168</sup>

Doktrinde genel olarak, sadece sürekli imkansızlığın imkansızlık hükümlerinin uygulanmasına yol açacağı, sözleşmenin yorumundan ifanın yalnızca belirli bir zamanda yapılması gerektiğinin anlaşılmadığı, yani borcun belirlenen vadeden sonra da ifa edilebilecek durumda olduğu hallerde geçici imkansızlığa temerrüt hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir.<sup>169</sup> Buna göre yalnızca sürekli imkansızlık temerrütü engelleyecek, geçici imkansızlığa ise temerrüt hükümleri uygulanacaktır.<sup>170</sup> Geçici imkansızlıkta meydana gelen ifa imkansızlığının

---

yararındadır. Alacaklı temerrüt hükümlerine dayanarak imkansızlık hükümlerinde yer almayan aynen ifa ve sözleşmeden dönme imkanlarından faydalanma şansına sahip olacaktır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından ise BK m.106 f.2 ve m.108'in kıyas yoluyla uygulanması neticesinde alacaklının BK m.96'ya göre de sözleşmeden dönme hakkına sahip olacağı ifade edilmektedir. Bkz. von TUHR/ESCHER, s.105; Bunun mümkün olmadığı görüşünde GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N.2575 vd.

<sup>166</sup> LARENZ, Schuldrecht I, S.344; NASTELSKI, Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, JuS 1962, H.8, s.292; WIEGAND, Art.97 OR N.13; SCHWENZER, N 63 N.13; von TUHR/ESCHER, s.94; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.97 OR N.3; KOLLER, OR AT, § 53 N.12; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.396; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.904; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16 N 1; FEYZİOĞLU, s.174; AYBAY, s.127; REİSOĞLU, s.336; OĞUZMAN/ÖZ, s.309; BGE 104 II 198; BGE 84 II 6; YHGK, E.1984/11-139, K.1984/426 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>167</sup> KELLER/SCHÖBI, s.246; SCHENKER, N.17 vd.

<sup>168</sup> Bu konudaki tartışmalar ileriki bölümlerde "objektif-sübjektif imkansızlık" başlığı altında ele alınacaktır. Bkz. s.111 vd.

<sup>169</sup> HUBER, Leistungsstörungen, Bd.1, § 6 I 5; MÜLLER-CHEN, Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999, s. 119 vd.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 31, Prg.8; KOLLER, OR AT, § 53 N.3, § 54 N.187; GLÄTTLI, s.44; SULZER, Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, St.Gallen 2002, s.95; RAMPINI, Die nachträgliche Leistungerschwerung, Bern 2002, s.29; MÜLLER-CHEN, s.119; EREN, s.998; REİSOĞLU, s.337; OĞUZMAN/ÖZ, s.315; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.909; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 11 N 2, § 14 N 2; HAVUTÇU, s.24.

<sup>170</sup> EHMANN/KLEY, Unmöglichkeitstheorie; für Anfänger, Fortgeschrittene und Reformer, NJW 1998, H.6, s.482,491; KOLLER, OR AT, § 53, N.3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N.2563; von TUHR/ESCHER, s.96 vd.; BARTH, s.41 vd.; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.4vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.909; EREN, s.998; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.398; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 2. Geçici imkansızlığa imkansızlık değil temerrüt hükümlerinin uygulanacağını kabul eden yazarlardan bazıları, geçici

ne zaman ortadan kalkacağı bilinmiyorsa bu durumda imkansızlığın sürekli nitelikte olduğu kabul edilmelidir.<sup>171</sup> Ayrıca somut olayın özelliklerine göre ifadaki gecikmenin tarafların sözleşmeyi yapmasındaki amacı ortadan kaldıracığı ve bu sebeple dürüstlük kuralı gereğince taraflara imkansızlığın ortadan kalkmasını bekleme yükününün yüklenemeyeceği hallerde de imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulacaktır.<sup>172</sup>

Bununla birlikte geçici imkansızlık bazı hallerde ifa imkansızlığına ilişkin hükümlerin uygulanmasına da sebep olabilecektir. Edimin zamanının özel bir önem taşıması sebebiyle edimin önemli bir unsuru sayıldığı ve borcun ifa edileceği zamanın taraflarca kesin olarak kararlaştırıldığı veya edimin doğası gereği ifa zamanının borcun ifa edilebileceği yegane zaman parçasını ifade ettiği durumlarda zamansal imkansızlık<sup>173</sup> tipinde bir ifa engeli bulunması sebebiyle temerrüt değil imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulacaktır.<sup>174-175</sup> Örneğin konuşmacının belirlenen konferansa gününde gelmemesi halinde artık ifa imkansızlığından bahsedilecektir. Aynı şekilde sürekli borç ilişkilerinde de, edimin zaman içerisinde ve sürekli olarak ifa edilmesi sebebiyle, bu süre zarfında borçlunun borçlandığı edimlerden birini yerine getirmemesinin kısmi imkansızlığa, geri kalan edimin alacaklının sözleşme ile güttüğü amacın gerçekleşmesine engel olduğu hallerin ise tam imkansızlığa yol açtığı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir.<sup>176</sup> Art arda

---

imkansızlığın her şeye rağmen devam ettiği süre zarfında sözleşme üzerinde birtakım etkiler bıraktığını kabul etmektedirler. Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. s.96

<sup>171</sup> BECKER, Art.97,N.21; KELLER/SCHÖBL, s.245; SULZER, s.95; EREN, s.998; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku s.398; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 2

<sup>172</sup> MÜLLER-CHEN, s.123; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 11 N 2, § 14 N 2,4

<sup>173</sup> SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 13 N 2, § 14 N 6, § 17 N 1.

<sup>174</sup> BREHM, Grundfälle zum Recht der Leistungstörungen, s.114; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N.2564; von TUHR/ESCHER, s.96 vd.; BARTH, s.41 vd.; MÜLLER-CHEN, s.120; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit,s.45 vd.; TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, s.398; EREN, s.998; DURAL, İmkansızlık, s.98; OĞUZMAN/ÖZ, s.247, 305 vd.; REİSOĞLU, s.337; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 17 N 1. Aksi kanaatte HUBER, Leistungsstörungen, Bd.I , § 6 II. Yazar burada edimin zamanında ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının ifaya olan menfaatinin ortadan kalkmasının tek başına imkansızlığa yol açmayacağını ve temerrüdün meydana gelmesini engellemeyeceğini ileri sürmektedir.

<sup>175</sup> Edim zamanının taraflarca kesin bir biçimde kararlaştırıldığı hallerde borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi halinde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin mi, yoksa imkansızlığa ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı konusundaki tartışmalara ilgili bölümde yer verilecektir. Bkz.s.163 vd.

<sup>176</sup> WEBER, Art.97 OR N.48; LÖWISCH/CASPERS, Vorbem.zu § 284 ff. BGB N.5; DURAL, İmkansızlık, s.99; EREN, s.999; Ancak ard arda teslimli satışlarda vadelerin birinde yapılması

teslimli borçlarda ise edimlerin belirlenen zamanda yerine getirilmemesinin geçici imkansızlık yaratmayacağı, borçlunun münferit bir edimin ifasında gecikmesi halinde borçlu temerrüdünün söz konusu olacağı ifa edilmektedir.<sup>177</sup>

Doktrindeki bazı yazarlar tarafından, ifada gerçekleşecek her gecikmenin kısmi bir imkansızlık yaratacağı görüşü savunulmaktadır.<sup>178</sup> Bu görüşe göre zamanında ifa edilmeyen her edim ifanın gereği gibi yerine getirilmesini imkansızlaştırmaktadır.<sup>179</sup>

Bununla beraber Alman doktrininde bazı yazarlarca borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle artık alacaklının beklediği menfaati elde edemediği hallerde imkansızlığın bulunduğu söylenebileceği belirtilmiştir.<sup>180</sup> BK m.107 b.2'nin borçlunun temerrüdü neticesi olarak borcun ifasının alacaklı için faydasız kalması halini özel olarak düzenlemiş olması karşısında Türk Hukuku bakımından bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.<sup>181</sup> Borçlar Kanunumuz bu durumu temerrüt hükümleri arasında ele almış ve dolayısıyla burada imkansızlık hükümlerinin uygulanmayacağını kabul etmiştir. Bu sebeple alacaklının borcun ifasından, sözleşmeyi yaparken öngördüğü şekilde yarar sağlayamayacağı hallerde imkansızlık söz konusu olamayacaktır.<sup>182</sup>

İfanın kısmen imkansızlaştığı durumlarda alacaklı ifanın mümkün olan kısmı için geciken borçluyu temerrüde düşürebilecektir.<sup>183</sup> Ancak tarafların kalan kısımdan ibaret sözleşmeyi yapamayacakları söylenebiliyorsa, BK m.20 f.2'ye kıyasen tüm

---

lazım gelen teslimin yapılmamasının ilerideki edaları tehlikeye düşürmesi halinde akdin müsbet ihlalden bahsedildiği ifade edilmiştir. Bkz. **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.400; Seliçi ise sürekli borcun olumlu sürekli bir davranış veya sürekli kaçınma edimi olarak belirlendiği hallerde borçlunun borçlandığı edimlerden birini yerine getirmemesi halinde geçici, geçici imkansızlık dolayısıyla sözleşmenin amacının tehlikeye düştüğü ve bu yüzden dürüstlük kuralları gereğince tarafların menfaatlerinin tartışılması sonucu sözleşme ilişkisinin devamının karşı taraftan beklenemez hale helmesi halinde ise sürekli imkansızlığın olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **SELİÇİ**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s.96 vd. Bu konudaki açıklamalar için bkz s.159 vd.

<sup>177</sup> **SELİÇİ**, Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s.100

<sup>178</sup> **MOMMSEN**, s.9; **TITZE**, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Recht, Leipzig 1900,s.31,35; **KLEINEDAMM**, s.25; **KISCH**, Unmöglichkeit, s.22

<sup>179</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. s.88 vd.

<sup>180</sup> **LÖWISCH /CASPER**, Vorbem zu § 275-278, N 18

<sup>181</sup> **SCHENKER**, N.26

<sup>182</sup> **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N.2745

<sup>183</sup> **BECKER**, Art.97 OR N.14,22; **von TUHR/ESCHER**, s.97; **WEBER**, Art.102 OR, N.42

sözleşmenin sona erdiği söylenebilecektir.<sup>184</sup> Bunu yanı sıra, bir çift koşum atı satımında atlardan birinin ölmesi örneğinde olduğu gibi, alacaklının edimin geri kalan kısmının ifasında bir menfaatinin bulunmadığının, yani sözleşmeyle hedeflediği amaca kısmi ifa ile ulaşamayacağını kabul edilebileceği hallerde temerrüt hükümleri değil, imkansızlık hükümleri uygulanacaktır.

Borçlunun temerrüdü borçlunun kusurunu gerektirmemektedir. Şartları gerçekleştiği takdirde borçlu, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın temerrüde düşecektir. Durum böyle olmakla birlikte borçlu temerrüdü sebebiyle tazminat sorumluluğunun ve özel olarak temerrüt sırasındaki kazadan ötürü tazminat sorumluluğunun doğması için borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir. Borçlunun ifa imkansızlığı sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için ise imkansızlığın borçlunun kusuruyla, en azından onun sorumluluk alanında ortaya çıkmış olması gerekir; aksi takdirde, durum ayrıca bir kusursuz sorumluluk hükmünün kapsamına girmediği, BK m.117 f.1 gereğince borç sona erecek ve borçlu borcundan herhangi bir tazminat yükümü doğmadan kurtulacaktır. Bunun gibi alacaklının ifa imkansızlığı sebebiyle borçludan tazminat talep edebilmesi için, temerrüdün aksine, ne borçlunun ihtarda bulunmasına ne de tarafların bir vade tayin etmelerine gerek vardır.

Alacaklı, borçlunun borca aykırı davranması halinde çoğu zaman borca aykırı davranışın sebebini ve borca aykırılık türünü, bir başka deyişle borçlunun ifa etmediğini mi yoksa edemediğini mi bilebilecek durumda değildir. Bu durumda alacaklı imkansızlığa ilişkin hükümlerde yer alan yollara başvurduğu takdirde, dava aşamasında ifanın halen mümkün olduğu ve borçlunun temerrüde düşmesi için ihtaraya gerek duyulan hallerde alacaklının BK m.106 f.2'ye göre borçluya süre tanımayı ihmal ettiği savunması ile karşılaşma riski mevcuttur. İşte bu sebeple uygulamada alacaklı, vakit kaybı yaşamak istememesi sebebiyle önce temerrüt hükümlerine dayanmayı tercih etmektedir.<sup>185</sup> Ancak ifanın vadeden önce imkansızlaştığı hallerde

<sup>184</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 137. maddesine göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkansızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkansızlaşan kısmından kurtulacaktır. Ancak bu kısmi ifa imkansızlığı önceden görülseydi taraflarca böyle bir sözleşme yapılmayacağını açıkça anlaşılması halinde borcun tamamı sona erecektir. Bu hüküm sayesinde BK m.20 f.2'nin kıyasen uygulanmasına gerek kalmaksızın sonraki kısmi imkansızlık halinde borcun tamamı sona erecektir.

<sup>185</sup> WIEGAND, Einleitung zu Art.97-109, N.3; SCHWENZER, N 63.12

imkansızlık yerine temerrüt hükümlerine başvurmak alacaklı için daha fazla zaman kaybına sebep olabilecektir.

### C-GEREĞİ GİBİ İFA ETMEME

Gereği gibi ifadan bahsedilebilmesi için, edimin ifa borçlusuna tarafından ifa alacaklısına yapılması, miktar veya vasıflarına uygun olarak kararlaştırılan yer ve zamanda ifa edilmiş olması gerekecek, yer, zaman, miktar ve vasıf unsurlardan birinin eksik olması halinde ise ifanın gereği gibi yapılmadığından bahsedilecektir.<sup>186</sup>

Borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi veya yanlış kişiye edada bulunmuş olması halinde borçlu temerrüde düşecektir. İfa teklifinin miktar veya vasıf bakımından sözleşmeye uygun olmaması veya ifa yerinde gerçekleşmemesi hallerinde ise alacaklı yapılan ifayı kabul edip etmemekte serbest olacaktır.<sup>187</sup>

Alacaklı bu durumda ifayı kabul edebileceği gibi, ifayı geri çevirip borçluyu temerrüde düşürme imkanına da sahip bulunmaktadır. Alacağını kısmen elde eden alacaklı, kalan kısım için olayın özelliklerine göre imkansızlık veya temerrüt hükümlerine başvurabilecektir. Alacaklının sözleşmeye uygun olmayan ifayı kabul etmesi borçlunun sorumluluğuna gitmekten feragat etmesi anlamına gelmeyecek, alacaklı bu durumda borçludan tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır. Ancak borçlu kusursuzluğunu ispat ettiği takdirde - kural olarak - alacaklının zararını tazmin etmekten kurtulacaktır.

İmkansızlık ve temerrüt söz konusu olmamasına rağmen sözleşmeye aykırı davranışın varlığından bahsetmek de mümkündür. Gereği gibi ifa etmeme kapsamına giren durumların bazılarında temerrüt ve ifa imkansızlığı hükümlerini uygulamak mümkün değildir. Örneğin ayıplı ifa, zapt, vasa uygun olmayan edimin ifasının veya edim vasa uysa da borçlunun ifa sırasında özen yükümüne aykırı davranışının alacaklıya dolaylı bir zarar vermesi ve bazı yan edim yükümlerine aykırı davranılması hallerinde ne imkansızlık ne de temerrüt söz konusu olmayacaktır.

<sup>186</sup> BARTH, s.7; GUHL/MERZ/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8.Auflage, Zürich 1991, s.223; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.398; EREN, s.1003; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.227

<sup>187</sup> Alacaklı, sadece kanun ya da sözleşme gereğince ya da sözleşmeye aykırılığın önemsiz miktarda olması sebebiyle ifayı reddetmenin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği hallerde yapılan ifayı kabul etmek zorunda kalacaktır.

Yapma borçlarında, edimin niteliği gereği ayıbın çoğunlukla ifa sırasında veya sonrasında ortaya çıkması sebebiyle borçlu bu durumda vasıf olarak uygun olmayan ifayı geri çeviremeyecektir. Yapmama borçlarında ise her borca aykırılık ifa etmeme olarak kabul edileceğinden gereği gibi ifa etmeme söz konusu olmayacaktır.

Temerrüt ve imkansızlık dışında kalan bu ihlal türü için İsviçre/Türk doktrininde bazı yazarlar<sup>188</sup> BK m.96'da (İsviçre Borçlar Kanunu m.97) açık olarak geçtiği gerekçesiyle "gereği gibi ifa etmeme" kavramını ya da kötü ifa veya eksik ifa tabirlerini kullanırken, bazı yazarlar<sup>189</sup> ise Alman Hukuku'ndaki yazarların büyük çoğunluğunun<sup>190</sup> kabul ettiği şekliyle "sözleşmenin müsbet ihlali" kavramını kullanmayı tercih etmektedirler. Bazı yazarlar ise gereği gibi ifa etmeme ve akdin müsbet ihlalini iki ayrı ihlal türü olarak görmektedirler.<sup>191</sup> Aşağıda gereği gibi ifa etmeme kapsamına giren haller kısaca ele alınacaktır:

### 1-Kötü İfa

Edimin borç ilişkisindeki niteliğine göre tam ve doğru bir şekilde yerine getirilememesine kötü ifa denilmektedir ve kötü ifa kavramıyla yerine getirilen edimlerin eksik, ayıplı veya alacaklının edim konusu dışında bir çıkarına zarar vermiş olması kastedilmektedir.<sup>192</sup>

<sup>188</sup> von TUHR/ESCHER, s.107; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.97 N 17; SCHWARZ, Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih, Ebül'ula Mardin' Armağan, İstanbul 1944, s.770; TUNÇOMAĞ, s. 489; ARAL, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, 51 vd, özellikle s.90; OĞUZMAN/ÖZ, s.319; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 8.Bası, Ankara 2007, s.485; REİSOĞLU, s.337 vd.

<sup>189</sup> von BÜREN, s.381 vd.; WIEGAND, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, zweite neubearbeitete Auflage unter Einbezug von PrHG, KKG und PRG, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basel und Frankfurt a.M. 2006, Art.97 N 2; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.972 vd.; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s.181 vd.

<sup>190</sup> EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, Münih 2005, s.146vd.; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht: Band I Allgemeiner Teil; Teilband 2 Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitig beim Schuldverhaeltnis, Heidelberg 2000, 8.Bası, s.444 vd.; MEDICUS, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 12.Auflage, München 2000, s.176 vd. Ancak yazar Almanya'da gerçekleştirilen Borçlar Hukuku Reformundan sonra, §§ 280 (Yükümlülüğe Aykırılık) 281, 282 (Tazminat) kapsamında kalması sebebiyle, bu kavramın gereksiz hale geldiğini ileri sürmüştür. Bkz. MEDICUS, Schuldrecht I, s.156.

<sup>191</sup> BARTH, s.5; BUCHER, OR AT, s.335; BaslerKomm- WIEGAND, Art.97 OR N.25; SCHWENZER, N 67 vd.; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.398 vd.

<sup>192</sup> ARAL, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, s.96; EREN, s.1005; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.973; OĞUZMAN/ÖZ, s.318; KARAHASAN, s.227.



Alacaklı borçlanılan edimin niteliklerine uygun olmayan bir ifayı kabul etmekten kaçınabilecek ve borçluyu temerrüde düşürebilecektir. Kötü ifadan bahsedilebilmesi için öncelikli şart ayıplı edimin alacaklı tarafından kabul edilmesidir. Alacaklının ifanın gereği gibi yapılmadığı gerekçesiyle BK m.96'ya veya – kanunda özel hükümler varsa - ayıplı olduğu gerekçesiyle ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilmesi için öncelikle edimi kabul etmiş<sup>193</sup> olması gerekir.

Gereği gibi ifa etmeme sorumluluğunun kapsamına giren ayıplı ifa, alıcının daha etkili bir şekilde korunabilmesi amacıyla, Borçlar Kanunu'nda bazı akit tipleri için özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükümlerle BK m.96 arasında, özel hükümlerde tazminat yükümlülüğü için aranan şartlar ve tazminatın hesaplanması bakımından farklar bulunmaktadır. Ayıplı ifanın aynı zamanda kötü ifa olması ve bu sebeple BK m.96'da düzenlenen gereği gibi ifa etmeme kavramı altında da yer alması sebebiyle, doktrinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin BK m.96 ile yarışıp yarışmayacağı tartışma konusu olmuş ve bu konuda çeşitli görüşleri ileri sürülmüştür.<sup>194</sup> Yazarlardan bazıları<sup>195</sup> özel hüküm niteliğindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanına giren bir olayda genel hükümlere gidilemeyeceğini ileri sürerken, bazı yazarlar ve bu arada Alman Federal Mahkemesi ve Yargıtay, alıcının muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi halinde ayıba karşı tekeffül hükümleri ile BK

<sup>193</sup> Alacaklının edimi kabul etmesi ifayı red imkanına sahip olmaması veya reddetmek istememesinden kaynaklanabilecektir. Bu konuda bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.318, dipnot 136.

<sup>194</sup> Bu tartışma, Borçlar Kanunumuzun satım sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde, alıcıya ancak sözleşmeden dönmesi halinde ayıp nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep etme imkanının verilmesi karşısında, sözleşmeden dönme yoluna başvurmayan alıcının uğradığı zararları ancak BK m.96'ya dayanarak talep edebilecek olması sebebiyle önemlidir. Eser sözleşmeleri bakımından ise, BK m.360'da iş sahibin, müteahhidin kusurunun bulunması halinde zarar ve ziyasını isteyebileceğin açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

<sup>195</sup> **WIEGAND** N 16 Einleitung zu Art.97-109; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9.Auflage, Zürich 2000, § 42 N 62; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.320, dipnot 145. Kocayusufpaşaoğlu ise bu hükümlerin yarışamayacağını kabul etmekle birlikte, bir yıllık zamanaşımı süresinin geçmesinden sonra ortaya çıkan gizli ayıplarda alıcının BK m.207 f.1'in açık hükmü sebebiyle ayıp hükümlerinden yararlanamayacak olması sebebiyle, kendisinin BK m.96'ya dayanmaktan da mahrum bırakmanın kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s.82. **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 1977, s.87. Yazar, nitelik bildirmenin bazen alelade bir beyan, bazen ise bir hukuki beyan olduğunu ve alıcının BK m.96'ya göre tazminat isteyebilmesi için hukuki işlem niteliğinde bir nitelik beyanına ihtiyaç bulunduğunu, aksi hallerde ise alıcının BK m.96'ya başvuramayacağını ifade etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, sahte bir van Gogh tablosunun gerçekmiş gibi satım sözleşmesine konu olduğu bir olayda, parça borçlarında Art.97 Abs.1 OR'nin sadece satıcının satılardan başka bir malı alıcıya vermesi (aliud ) halinde uygulanabileceği, dava konusu olayda ise satım sözleşmesine konu malın teslim edildiği ve aliud'dan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle Art.97 OR'nin uygulanamayacağına karar vermiştir. Bkz.BGE 82 II 411 ff.

m.96'nın yarışacağı görüşünü savunmaktadırlar.<sup>196</sup> İsviçre Federal Mahkemesi de satım ve kira sözleşmeleri bakımından aynı görüşü savunmaktadır.<sup>197</sup> Federal Mahkeme, eser sözleşmeleri bakımından ise hükümler arası bu yarışa kabul etmemiştir.<sup>198</sup> Bu konudaki üçüncü bir görüşe göre ise alıcı muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemiş olsa bile ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurarak söz konusu hükümlerde belirtilen seçimlik hakları kullanabileceği gibi, aynı zamanda BK m.96'ya dayanarak satıcıdan tazminat talep edebilecektir.<sup>199-200</sup>

Gereği gibi ifa etmeme kavramından geniş anlamda anlaşılması gerekenin vasıf olarak uygun olmayan ifa, bir başka deyişle ayıplı ifa olduğu kabul edilmektedir.<sup>201</sup> Borçlanılan edim yerine başka bir şey verme/yapma anlamındaki "aliud" ifa, gereği

<sup>196</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Artr.210 OR N 3.; WIEGAND, Einleitung zu Art.97-109 OR, N.16; BUCHER, OR AT, s.107; GIGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Obligationenrecht, 2.Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 1.Teilband Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1.Abschnitt Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf Artikel 184-215 OR, Bern 1980, Vorbem.zu Art.197-210 OR, N.24; NEUENSCHWANDER, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1972, s.78; OLGAC, Borçlar Hukuku, Akdin Nevileri, İstanbul 1967, s.194. Federal Mahkeme Kararları için bkz. BGE 114 II 131 ff.E.1.a., 107 II 421; Yargıtay Kararları için bkz. Yarg.13.HD, E.1992/384, K.1992/2617 (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi); Yarg.19.HD E.2001/1069, K.2001/5025 (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi).

<sup>197</sup> BGE 114 II 131; BGE 108 II 104; 107 II 165

<sup>198</sup> BGE 117 II 553; 100 II 32; Aynı fikirde: GAUCH, Werkvertrag, Zürich 1985, N.2326 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N.2630; WEBER, Vorbem. zu Art.97-109, N.118;

<sup>199</sup> GIGER, Vorbem. zu Art.197-210 OR N 26vd.; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 197 N 6; WEBER, Art. 71 N 91; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri CI/1, s.177; YAVUZ, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s.232; ARAL, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7.Bası Ankara 2007, s.158; ARAL, Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, s.201; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, 312; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 18 N 3; KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Öğreti, Yargıtay Kararları, İlgii Mevzuat, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Birinci Cilt, İstanbul 2002, s.207; GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1, İstanbul 2008, s.116; ŞAHİNİZ, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008, s.198. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu görüşü destekler nitelikte hükümler yer almaktadır. TBK m.227 f.2'de alıcının, TBK m.475 f.2'de ise iş sahibinin, ayıp halinde f.1'de belirtilen seçimlik hakların yanı sıra genel hükümlere göre tazminat isteme haklarının saklı olduğunu belirtmektedir.

<sup>200</sup> Glaetli ise konuyla ilgili olarak, Borçlar Kanununun satım, kira ve eser sözleşmelerinde kötü ifa halinde alıcıya birtakım seçimlik haklar tanıdığını, alıcının bu seçimlik hakları kullanarak bozulan dengeyi tekrar kurma şansına sahip olduğunu, ancak semenin tenzili ve malın ayıptan ari misliyle değiştirilmesinin tazminat olarak değerlendirilemeyeceğini, alacaklıya bunlara ek olarak tazminat talep etme hakkı verildiğini, ancak bu tazminatın yalnızca ayıptan doğan dolaylı zararları kapsadığını, ayıp sebebiyle doğan doğrudan zararların bu tazminatın kapsamı dışında kaldığını, zira kanunun meydana gelen dengesizliği gidemek için alacaklıya sadece seçimlik haklar tanıdığını, bu sebeple özel hükümlerde düzenlenen tazminat talebinin Art.97 OR'de (BK m.96) düzenlenen tazminata oranla kısıtlı olduğunu ve her iki hükmün birarada uygulanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. GLÄTTLI, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.9vd.

<sup>201</sup> BARTH, s.7

gibi ifa olarak nitelendirilemeyecektir.<sup>202</sup> Aliud ifa'da ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmayacak,<sup>203</sup> alacaklı bu durumda ifa mümkün olduğu sürece bunu talep etme hakkına sahip olmaya devam edecek ve borçluyu temerrüde düşürebilecektir.<sup>204</sup> İfanın imkansızlaşması halinde ise imkansızlığa ilişkin hükümler uygulanacaktır. Parça borçlarında borcun konusu olan mal ayıplı olsa veya borçlu tarafından garanti edilen özellikleri taşımasa bile borcun yegane konusunu teşkil etmektedir. Bu durumlarda satıcı BK m.194 gereğince malı ayıptan ari misliyle değiştirmek yükümlülüğü altında olmayacaktır. Çeşit borçlarında ise alacaklı yalnızca miktar ve vasıf bakımından sözleşmede kararlaştırılan şekilde ifayı kabul etmekle yükümlüdür; alacaklı BK m.203'e dayanarak gereği gibi yapılmayan ifayı reddetmek ve ifanın sözleşmeye uygun yapılmasını talep etmek hakkına sahiptir. Ancak alacaklı çeşit borcunda ifayı kabul edip ayıba karşı tekeffül hükümlerine de başvurabilecektir.

İfa imkansızlığında edimin yerine getirilmesi mümkün değilken, ayıplı ifa şeklindeki kötü ifade her ne kadar borçlanılan edimin niteliklerine uygun olmasa da bir ifa söz konusudur ve bu sebeple bu hallerde imkansızlık hükümlerinin değil ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Ancak ayıplı ifade ayıbın giderilmesinin imkansız olması halinde alacaklının BK m.96'ya dayanarak borçludan zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir.<sup>205</sup> Elbette kanundaki ayıba karşı tekeffül hükümlerine tabi sözleşmelerde (satım, kira ve eser), bu hükümlerdeki bazı seçimlik haklara da (bedel indirimi, sözleşmeden dönme, ayıpsız misliyle değiştirme) başvurulabilecektir.

## 2-Yan Edim Yükümlülüklerin İhlali

Bir akdi ilişkide taraflar için, sözleşmenin tipini belirleyen asli edim yükümlülüklerinden (primäre Leistungspflichten) ve borç ilişkisinin devamı boyunca ve özellikle borçlunun borca aykırı davranması halinde ortaya çıkan tali edim yükümlülükleri (sekundäre Leistungspflichten) yanı sıra, asli edim yükümünün

<sup>202</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art.197 N 14; BECKER, Art.197 N 2; BARTH, s.7 dipnot 13; ARSLANLI, Ticari Bey, s.315; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, s.172; EDİS, Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s.11.

<sup>203</sup> GIGER, Vorbem. zu Art.197-210 OR, N.42 vd.; BGE 121 III 458; BGE 94 II 31

<sup>204</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2634 vd.

<sup>205</sup> BECKER, Art.97 N. 23

sözleşmeye uygun bir şekilde ifasını sağlamaya yardımcı nitelikte yan edim yükümlülükleri de (Nebenleistungspflichten) söz konusu olmaktadır. Bazı yan edim yükümlülükleri doğrudan kanunda öngörülmüştür. Örneğin BK m.185’de taraflara yüklenen masraflara katlanma yükümlülüğü; BK m.168 f.2’de alacağı temlik edene yüklenen temellük edene borç senedi ile mevcut tüm ispat vesikalarını teslim etme ve ona alacağı ileri sürebilmesi için gerekli tüm bilgileri verme yükümlülüğü; BK m.256 f.1’de kiracıya yüklenen kiralananı özenle kullanma ve apartman kiralananında bina dahilinde oturanlara karşı saygılı olma yükümlülüğü doğrudan kanun tarafından getirilen yan edim yükümlülüklerine örnek gösterilebilir. Kanunda öngörülenlerin yanı sıra taraflar da yaptıkları sözleşmede hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde yan edim yükümlülükleri tesis edebileceklerdir. Bunların yanı sıra bazı yan edim yükümlülükleri ise kaynağını MK m.2 f.2’de yer alan dürüstlük kuralında bulmaktadır. Sonuç olarak kanundan, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde taraf iradelerinden veya MKm.2 f.1’de düzenlenen dürüstlük kuralından da doğan yan edim yükümlülükleri sözleşmenin içeriğine dahil olmaktadır. Tarafların, asli edimin sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmesini sağlamak üzere dürüstlük kuralına göre koruma, özen gösterme, açıklama, bildirimde bulunma, aydınlatma, malı niteliklerine uygun ambalajlama, malın özellikleri konusunda alıcıyı aydınlatma ve alıcı bakımından doğurabileceği tehlikeler bakımından uyarma yükümlülükleri yan edim yükümlülüğü olarak gösterilebilecektir.<sup>206</sup>

Yan edim yükümlülükleri her ne kadar yegane amaçları asli edimin ifasına hizmet etmek olsa ve fonksiyon olarak asli edim yükümüne bağlı olsalar da asli edim yükümlülüğünden bağımsız bir içeriği sahiptirler ve bu nedenle asli edimden bağımsız olarak dava konusu olabilirler.<sup>207</sup> Buna göre alacaklı yan edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde bunun aynen ifasını asli edim

<sup>206</sup> **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yendien Gözden Geçirilmiş Tamamlanmış 4.Bası, İstanbul 2008, § 2 N 14; **ARAL**, Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, s.9 vd.; **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s.301 vd.; **SEROZAN**, “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 1968 S.3, s.117; **ULUSAN**, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, s.12; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.4

<sup>207</sup> **ARAL**, Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, s.9; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 2 N 14; **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s.304; **SEROZAN**, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, s.119; **EREN**, s.33

yükümlülüğünden bağımsız olarak talep edilebileceği gibi<sup>208</sup>, borçlunun sözleşmenin kapsamına dahil bir yan edim yükümüne aykırı davranması halinde alacaklı gereği gibi ifa etmeme nedeniyle BK m.96'ya göre borçludan zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir.

### 3-Akdin Müsbet İhlali Kavramı

İmkansızlık ve temerrüt hükümleri asli edim yükümünün hiç veya en azından zaman açısından sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmediği durumları kapsamaktadır. İmkansızlık ve temerrüt dışında kalan ve BK m.96'da gereği gibi ifa etmeme hali olarak ifade edilen haller için bazı yazarlar<sup>209</sup> Alman hukukunda Staub'un 1904 yılında yayımladığı "Die positiven Vertragsverletzungen" adlı eserinden yola çıkarak akdin müsbet ihlali (sözleşmeye olumlu aykırılık) kavramını kullanmışlardır. Yazar eserinde, Alman Medeni Kanunu'nda sözleşmenin ihlali olarak yalnızca kusurlu ifa imkansızlığı ve temerrütten bahsedildiğini,<sup>210</sup> ifa imkansızlığı ve temerrütte borçlunun yapması gereken bir şeyi yapmadığını ve dolayısıyla borcuna bir yapmama fiiliyle aykırı davrandığını, oysa borçlunun müsbet birtakım davranışlarla da borca aykırı davranabileceğini ve bu sebeple bu hallere akdin müsbet ihlali denilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Akdin müsbet ihlali kavramı,<sup>211</sup> bu kuruma ihtiyaç olup olmadığı tartışılmasına rağmen<sup>212</sup> İsviçre/Türk Hukuk sistemlerinde de

<sup>208</sup> SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.304

<sup>209</sup> BECKER, 97 OR N 9; OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. 97-109 OR N.17; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 614 vd.; WIEGAND, in Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Art.97 N 2; TEKİNA Y/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.972 vd.; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 18 N 1 vd.; AYBAY, s.132; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.227

<sup>210</sup> Nitekim bugün İngiliz hukuk dilinde de "Default" hem temerrüt hem de kötü ifayı ifade etmektedir.

<sup>211</sup> Doktrinde bu kavram müsbet ihlalin olumsuz davranışlarla da gerçekleşebileceği, aksine ifa imkansızlığının da müsbet bir davranış sonucu ortaya çıkabileceği, bu kavramda geçen sözleşme kelimesinin yetersiz olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir. LARENZ, Schuldrecht I, s.367; BECKER, Art.97 OR N 11; BUCHER, OR AT, s.368 TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.402; OĞUZMAN/ÖZ, s.319; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 18 N 1.

<sup>212</sup> Gereği gibi ifa etmeme halinin açıkça düzenlenmiş olması karşısında akdin müsbet ihlali kavramına gerek olmadığı görüşünde, von TUHR, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht I, 2.Auflage, Zürich 1944, II § 68 IV; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.226; JAKOBS, Unmöglichkeit, s.59; ARAL, Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, s.82; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.402; Aral, s.58; EREN, s.1002; OĞUZMAN/ÖZ, s.319; SEROZAN ise BK m.96'da düzenlenmek istenenin yalnızca imkansızlık olmasından dolayı, sözleşmenin müsbet ihlali sayılan halleri bu madde kapsamında ele almanın yasanın amacını aşmak olacağı, ayrıca BK m.96'nın aynen ifa ve sözleşmeden dönme yer vermeyen bir kural olması

kullanılmıştır. Ancak bu terim yerine de “kötü ifa (Schlechterfüllung) burada ihlalin mutlaka olumlu bir hareketle değil, bazen yapılması gerekeni yapmayarak (omision) ile de gerçekleşebileceğine dikkat çekmektedir.

Bugün çoğunlukla akdin müsbet ihlali olarak ilk etapta sözleşmeden kaynaklanan özen yükümüne aykırı davranışlar ile dürüstlük kuralından kaynaklanan yan edim yükümlülüklerine aykırılıklar anlaşılmaktadır.<sup>213</sup> Bunun yanı sıra doktrindeki yazarlarca, kendisine hastalıklı hayvan teslim edilmek suretiyle alacaklının diğer hayvanlarının hastalanmasına sebep olunması örneğinde olduğu gibi, alıcıya ayıplı mal teslim ederek ona zarar verilmesi,<sup>214</sup> sürekli borç ilişkilerinde, özellikle ard arda teslimli satım sözleşmesinde sözleşmeye aykırı davranışın tüm sözleşmeye tesir etmesi,<sup>215</sup> borca aykırı davranılacağından önceden belli olması<sup>216</sup> ve yapmama borcuna aykırı davranışların,<sup>217</sup> yan edim ve koruma yükümlülüklerine aykırı davranışların<sup>218</sup> akdin müsbet ihlali kavramı altında yer aldığı ifade edilmektedir.

Akdin müsbet ihlali kapsamına giren olguların çeşitliliği sebebiyle tanım yapmak güçleşmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaptığı tanım genel olarak kabul görmektedir. Federal Mahkeme akdin müsbet ihlalinin, taraflarca sözleşmenin

---

sebebiyle sözleşmenin müsbet ihlalinin yasal dayanağı olamayacağı, yasal dayanak olarak olsa olsa MK m.2 f.1'deki dürüstlük kuralı, BK m.96 ve m.101'deki sözleşmeye aykırılık ve ayıplı ifaya ilişkin özel hükümlerden toplu kıyas yoluyla türetilebilecek bir genel ilkenin bulunabileceği görüşündedir. Bkz. **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 18 N.6. Becker de Art.97 OR'nin gereği gibi ifanın imkansız hale geldiği halleri düzenlediği görüşündedir. Bkz. **BECKER**, Art.97 OR, N. 7

<sup>213</sup> **BARTH**, s.10 vd.; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N.2619 vd; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 18 N 1-5

<sup>214</sup> **BARTH**, s.11; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.97 OR N.17; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.401; Bu hallerde gereği gibi ifa etmemeden kaynaklanan zararı aşan birtakım özel zararlar meydana gelmektedir. Bu tip sözleşmeye aykırılıkların dürüstlük kuralı altında ele alınmadıkları takdirde, gereği gibi ifa etmeme altında değerlendirilmelerinin gerekeceği ve bu durumda yalnızca sözleşmeye aykırı davranışla uygun illiyet bağı oluşturan zararların tazmini talep edilebileceği belirtilmektedir.

<sup>215</sup> **von TUHR**, Obligationenrecht I, II § 73 VIII.

<sup>216</sup> **BARTH**, s.11; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Vorbem.zu 97-109 OR N.17; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.401.; **ARSLANLI**, Ticari Bey, s.555 vd.; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 18 N 8 (Yazar kötü ifa halinde bazı hallerde sözleşmeden dönme hakkının da kullanılabilirliğini belirtmektedir). Bu görüşe göre vadesinden önce borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini kesin bir dille belirtmesi veya bu tip davranışlar sergilemesi halinde sözleşmenin amacı tehlikeye sokulmuş olacak ve sözleşmeye olan güveni zedelenen alacaklı vadeyi beklemeksizin zararını BK m.96'ya göre borçludan talep edebilecektir

<sup>217</sup> **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N.2619, N.2652; Aksi kanaatte **BARTH**, s.10; **Bucher**, OR AT, s.298 vd.

<sup>218</sup> **SEROZAN**, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, s.118

amacına zarar verecek ya da bu amacın gerçekleşmesini engelleyecek davranışlarda bulunmama yükümlülüğüne aykırı davranış olarak tanımlamaktadır.<sup>219</sup>

Borçlunun, alacaklının sözleşmeye aykırılığın sonucu olarak ortaya çıkan tüm zararlarını tazmin etmesi gerektiği şeklindeki temel ilke<sup>220</sup> gereğince, alacaklının BK m.96 f.1'in kıyasen uygulanması suretiyle borçludan tazminat talep edebileceği, bunun yanı sıra borca aykırı davranılacağından önceden belli olduğu haller örneğinde olduğu gibi istisnai bazı hallerde ise, alacaklının, temerrüt hükümlerinin kıyasen uygulanması neticesinde orada düzenlenen seçimlik haklara, özellikle sözleşmeden dönme hakkına da sahip olacağı ifade edilmiştir.<sup>221</sup>

#### D-YAPMAMA BORCUNA AYKIRI DAVRANIŞ

Yapmama borçları çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Rekabet etmeme sözleşmesi örneğinde olduğu gibi yapmama edimi borcun asli konusunu oluşturabileceği gibi, bu borçlar müsbet birtakım yükümlülüklerle birlikte de kabul edilebilirler. Bağımsız ve asli edim yükümleri ile beraber ortaya çıkan ve yan edim yükümleri kavramı altında yer alan tali nitelikteki yapmama edimleri de bu gruba dahildir. Bunun gibi alacaklının sözleşmenin amacına ulaşmasını engelleyecek davranışlardan kaçınması yükümünde olduğu gibi yapmama yükümleri yan yükümler şeklinde de karşımıza çıkabilecek ve bu borçların ihlali halinde gereği gibi ifa etmemeden bahsedilecektir. Ancak burada bahis konusu edilecek yapmama borçları asli edim niteliğindedir. Bir başka deyişle sözleşmede kararlaştırılan asli edim çoğunlukla borçlunun aslında yapmaya yetkili olduğu bir şeyi yapmamadır.<sup>222-223</sup> Bağımsız yapmama borçları kanundan (Ör.BK m.348) veya taraf iradelerinden doğabilir.

<sup>219</sup> BGE 69 II 244, ZR 40 (1941) 114; BGE 53 II 239

<sup>220</sup> von TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht II, 2.Auflage, Zürich 1944, § 68 IV

<sup>221</sup> BARTH, s.12

<sup>222</sup> Konuyla ilgili olarak çoğunlukla genel kurulda oy kullanmama, açık arttırmada pey sürmeme, rekabet etmeme (BK m.348), komşuyu rahatsız etmeme örnekleri verilmektedir. Ayrıca katlanma borçlarının da yapmama borçlarının bir türü olduğu kabul edilmektedir. Bkz. DURAL, Akitten Doğan Yapmama Borçları, MHAD 1970, yeni seri, yıl 4, No.6'dan ayrı bası, s.7 vd.

<sup>223</sup> Borçlunun zaten yapmaya hakkı ve yetkisinin olmadığı bir şeyi yapmamayı taahhüt etmesi halinde ise borca aykırı hareket hem haksız fiil hem de borca aykırılık sorumluluğu doğuracaktır.

Yapmama borçlarında, verme ve yapma borçlarının aksine kural olarak borçlunun borcunu imkansızlık sebebiyle ifa edememesi söz konusu olamayacaktır. Zira yapmama borçlarında imkansızlık kural olarak ancak borca aykırı davranılması halinde ortaya çıkabilecek, daha öncesinde ise imkansızlıktan bahsedilemeyecektir. Bu sebeple yapmama borçlarında çoğu kez borcun imkansızlık sebebiyle ifa edilememesi meselesinden değil, ancak borca aykırılığın bazı hallerde imkansızlık sonucunu meydana getireceğinden bahsetmek mümkün olabilecektir. Fakat istisnaen yapmama borçları da imkânsızlaşabilecektir. Örneğin, belli bir marka malı belli bir piyasada satmama şeklinde bir rekabet etmeme yükümünde, bu malın üretiminin veya ithalinin yasaklanması üzerine, esasen artık rekabet etmeme borcu da imkânsızlaşmış sayılabilir. Piyasadan kalkmış malı konu alan rekabet etmeme borcu sona erer. Bunun imkânsızlık sayılması sayesinde, alacaklı peşin ödeme yapmışsa BK m.117/2 uyarınca bunu geri isteyebilir. İmkânsızlık sayılmazsa, rekabet etmeme yükümünü ifa ediyor sayılacak borçlu bunun için kararlaştırılan bedele de hak kazanmış sayılacaktır.

Yapmama borçlarına aykırılığın sonuçlarının ne olacağı konusunda doktrinde birden fazla görüş ileri sürülmüştür. Yazarlardan bazıları<sup>224</sup> yapmama borçlarını kesin vadeli işlem olarak görmekte ve yapmama borçlarına aykırı davranılması halinde ifanın artık sonradan gerçekleşme imkanı bulunmadığı gerekçesiyle, ifanın mutlak olarak imkansızlaşacağını, bu durumda temerrüt hükümlerini uygulamanın mümkün olmadığını ileri sürmektedir.<sup>225</sup> Bu yazarlara göre, bir defaya mahsus yapmama borçlarında ve zamanın edimin esaslı bir unsuru haline geldiği sözleşmelerde ifa tam olarak imkansızlaşırken, dönemli yapmama borçlarında<sup>226</sup> ve zamanın edimin esaslı unsuru haline gelmediği, sadece borç ilişkisinin başlangıç ve sona erme anını gösterdiği sürekli yapmama borçlarında ise kısmen imkansızlaşmaktadır.

<sup>224</sup> İNAN, Die Unmöglichkeit der Leistung, s.47; DÜRAL, Yapmama Borçları, s.17, dipnot 38'deki yazarlar.

<sup>225</sup> OĞUZMAN/ÖZ ise mevcut bir borcun ifasının cebri icra yolu ile elde edilemeyecek duruma girdiği ve bunun sonucu olarak alacaklının her ne sebeple olursa olsun kesinlikle ifayı elde edemeyeceği halleri imkansızlık olarak nitelendirmekte, bu sebeple yapmama borçlarına her aykırılığın bir imkansızlık yaratacağını, zira yapmama borçlarında alacaklının cebri icra talep etmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.335

<sup>226</sup> Zira bu durumda vadesi gelen bir edimin yerine getirilmemesi sadece o edim bakımından imkansızlık yaratacaktır.



Diğer bazı yazarlara<sup>227</sup> göre ise her yapmama borcuna aykırı davranış imkansızlık yaratmayacaktır. Bu yazarlara göre yapmama borcuna aykırılık halinde hangi hükümlerin uygulanması gerekeceği hususunda ayırt edici kriter, borca aykırı davranılmasından sonra ifanın mümkün olup olmadığı ve dolayısıyla borcun devam edip etmediği noktasıdır.<sup>228</sup> Sır saklama yükümüne aykırılıkta olduğu gibi, borca aykırı davranış (sırrın açıklanması) sonrasında borcun devam edemeyeceği ve ifanın artık mümkün olmadığı hallerde alacaklının BK m.97 f.2'ye göre tazminat talep edebileceği hususunda tüm yazarlar görüş birliği içerisindeyler.<sup>229</sup> Zira bu durumda borçlunun sonradan borcuna uygun davranmasının alacaklı bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Ancak rekabet etmeme borcu şeklindeki yapmama borçlarına aykırılıkta olduğu gibi, borca aykırı davranışa rağmen ifanın halen mümkün olduğu ve borcun devam ettiği hallerde hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda ise farklı görüşler ileri sürülmüştür. Birinci görüş<sup>230</sup> bu durumda temerrüt hükümleri uygulanması gerektiğini ileri sürerken, ikinci görüşe<sup>231</sup> göre alacaklı bu durumda BK m.97 f.3'e göre hukuka aykırı durumun giderilmesini veya bu durumun borçlu hesabına giderilmesi için kendisinin yetkili kılınmasını talep edebilecektir. Nihayet üçüncü görüş taraftarları, bu durumda alacaklının BK m.97 f.3'te belirtilen haklarını kullanabileceği gibi, sürekli borç ilişkilerinin sona ermesine ilişkin hükümlerin ya da BK m.106-108 hükümlerinin kıyasen uygulanması neticesinde sözleşmeden dönme hakkına da sahip olacağını ileri sürmüşlerdir.<sup>232</sup>

Öncelikle öğretide hemen yazarların çok büyük bir çoğunluğu tarafından da kabul edildiği üzere ani edimli yapmama borçları bakımından imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Zira sır saklama borcunda olduğu gibi, bu tip yapmama borçlarında borca aykırı davranılması halinde borcun ifasının daha sonradan yerine getirilmesi artık mümkün olamayacaktır. Bu gibi durumlarda ifanın

<sup>227</sup> von TUHR/ESCHER, s.53; BECKER, Art.102, N.26; BARTH, s.9; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N.2652; OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. Art.97-109 OR N.8; WEBER, Art.97 OR N.135; DURAL, İmkansızlık, s.156; DURAL, Yapmama Borçlarına Aykırılık, s.19

<sup>228</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N.2652; WEBER, Art.97 OR N.135

<sup>229</sup> Weber burada imkansızlık hükümlerine dahi gerek olmadığını ifade etmektedir.

<sup>230</sup> BECKER, Art. 102 OR N 26

<sup>231</sup> WEBER, Art.97 OR N.137

<sup>232</sup> von TUHR/ESCHER, s.53; BUCHER, OR AT, s.334; BECKER, Art.102 OR N.26; OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. Art.97-109 OR N.8; LÖWISCH/CASPERS, Vorbem.§ 284 ff BGB N.8 ff;

imkansızlaştığının kabul edilmesi gerekecek ve alacaklı BK m.97 f.2 gereğince borçludan zararlarının tazmin edilmesini isteme hakkına sahip olacaktır.

Ancak yapmama borcunun ani edimli olmadığı hallerde ise tüm yapmama borçları bakımından uygulanacak genel bir kuralın kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin rekabet etmeme borcuna aykırılık halinde temerrüt hükümlerini uygulamak pek doğru gözükmemektedir. Zira rekabet etmeme borcunda borca aykırı davranışın ifada gecikme tarzında ortaya çıkmaması sebebiyle, ancak geç ifa halinde uygulanabilecek temerrüt hükümlerinin nitelikleri gereği rekabet etmeme borcuna uygulanması mümkün olamayacaktır. Rekabet etmeme borcuna aykırı davranan borçlunun, daha sonraki işlerde bu borcuna uygun davranmasını gecikmiş ifa olarak kabul etmek mümkün olamayacaktır. Oysa öğretilerde sık sık karşımıza çıkan ve bu durumda temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünde olan yazarların ısrarla verdikleri bir müzisyenin, akademisyen komşusunun çalışabilmesi için 15.00-17.00 saatleri arasında piyano çalmama yükümü altın girmesi örneğinde olduğu gibi, sonraki ifanın gecikmiş ifa olarak kabul edilebileceği bazı hallerde, borca aykırı davranış sebebiyle temerrüt hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir. Zira bu örnekte saat 15.00-15.30 saatleri arasında borçlunun, saat 17.00'den sonra yarım saat süreyle piyano çalmaması halinde alacaklının sözleşmeyi yapmakla hedeflediği menfaatin sağlandığı söylenebilecek ve dolayısıyla geç ifa sebebiyle temerrüt hükümleri uygulanabilecektir. Sonraki ifanın geç ifa olarak kabul edilemeyeceği bir defaya mahsus olmayan yapmama borçlarında temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatinde olan yazarların açıklamalarından, özellikle alacaklıya sözleşmeden dönme imkanını tanıyabilmek için bu yolu tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Ancak aşağıda da açıklanmaya çalışılacağı üzere özellikle sürekli olarak ifa edilmesi gereken yapmama borçlarında sözleşmeden dönme hakkı çoğu zaman bir anlam ifade etmeyecektir.

Kanaatimizce rekabette bulunmama hali olarak, bir yıl süreyle ihalelere katılmama ya da benzeri borçların söz konusu olduğu bir sözleşmeye aykırı davranılması halinde, her borca aykırı davranışın imkansızlık yaratacağı ve alacaklının sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle uğradığı zararı borçludan talep edebileceği kabul edilmelidir. Zira bu durumda örneğin borçlunun girmeyeceğini taahhüt ettiği bir ihaleye girmesi ve bu ihaleyi kazanması, kazanmasa bile peyi ileri sürerek ihale

bedelini arttırması halinde borçlunun yapmama borcu en azından girilen bu ihale için imkansızlaşacaktır. Rekabet etmeme borcunda da durum aynıdır. Borçlunun sözleşmeye rağmen alacaklıyla rekabet etmesi halinde geçen zamanı geri getirmek ve borcun o andaki ifasını mümkün kılmak söz konusu olamayacağına göre burada da imkansızlık hükümlerini uygulamak yerinde olacaktır. Bu sebeple her iki örnek bakımından da temerrüt hükümlerinin uygulanması kabul edilemeyecektir. Zira temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için borcun ifasının mümkün olması gerekmektedir. Verdiğimiz örnekler bakımından ise bir defa borca aykırı hareket etmiş olan borçlunun, ihlal ettiği borcunu daha sonradan ifa etmesi mümkün değildir. Örneğin rekabet etmeme borcuna aykırı davranan borçlunun, borca aykırı davranışını geri alması mümkün değildir. Bunun gibi borçlunun daha sonraki zamanlarda borcuna uygun davranması da imkansızlık halini düzeltmeyecektir. Fakat bu durum imkânsızlık sebebi ile tüm sözleşme ilişkisini sona erdirmeyecek; sözleşme kararlaştırılan süresi doluncaya kadar aynı borçları doğurarak devam edecektir. Borçlu bakımından mümkün olan yön, yalnızca ileriye dönük olarak borca uygun hareket ederek alacaklıyı daha fazla zarara uğratmamaktır. Bu durum da olsa olsa borçlunun daha sonraki dönemlerde sorumlu tutulmasını engelleyebilir. Rekabet etmeme borcu, belirli süre boyunca ihalelere katılmama borcu veya buna benzer diğer yapmama borçlarında, aslında borçlunun tek bir borcu söz konusu olsa bile, borçlunun bu borcunu sözleşme süresi boyunca sürekli olarak ifa etmekle yükümlü olduğunu ve sürekli bir borç ilişkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Borçlu bu hallerde, sözleşmede kabul edilen süre boyunca, aslında yapmaya yetkili olduğu bir davranışı yapmamakla yükümlü olacaktır. Borçlunun bu ifa yükümlerinden birini yerine getirmemesi halinde o ifa bakımından imkansızlık söz konusu olacak ve borçlu BK m.97 f.2'ye göre alacaklının zararını karşılamak zorunda kalacaktır. Yukarıda bahsedildiği gibi geç ifanın mümkün olduğu yapmama borçlarında ise temerrüt hükümleri uygulanabilecek ve alacaklı BK m.106'da belirtilen seçimlik haklara sahip olabilecektir.

Bu durumun sözleşmenin devamına etkisinin ne olacağı konusunda ise alacaklının menfaatleri, yani sözleşmeyi yapma amacı doğrultusunda karar verilecektir. Yani bu durumda, rekabet etmeme ve belirli saatler arasında gürültü yapmama borçlarında olduğu gibi, alacaklının sözleşmeyi geçersiz kılmak istemeyeceği kabul edilerek, o ana kadar gerçekleşen imkansızlık dışında, borcun ilerisi için ifasının mümkün

olması sebebiyle, imkansızlığın borcun sonraki ifalarını etkilemeyeceği, yani sözleşmeyi sona erdirmeyeceğini ve bu sebeple borçlunun yapmama yükümünden kurtulamayacağını kabul etmek gerekecektir.

Bir başka ele alınması gerekli sorun da şudur: Öğretide borcun sonradan ifasının mümkün olduğu hallerde BK m.97 f.3'ün uygulanması gerektiği şeklindeki görüşün de her yapmama borcu bakımından kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bu hükme göre yapmama borcuna aykırı davranılması halinde alacaklı hukuka aykırı durumun önlenmesini veya borçlu hesabına hukuka aykırı durumun önlenmesi hususunda yetkilendirilmesini talep edebilecektir. Somut olaylarda bu hükmün her zaman hayata geçirilmesi mümkün değildir. Alacaklı; borçlunun manzarayı kapatmama borcuna aykırı davranması halinde, örneğin alacaklının manzarasını önüne bir bina inşa ederek kapatması halinde bu hükümden faydalanabilecek ve borçludan binayı yıkmasını veya hakimden bunu borçlu hesabına yapabilmesi hususunda kendisine yetki verilmesini talep edebilecektir. Ancak belirli saatler arasında gürültü yapmama borcunda borçlunun bu hükmü hayata geçirmesi mümkün gözükmemektedir. Zira bu durumda borçlunun gürültüyü engellemek için yapabileceği bir şey, en azından o an için, bulunmamaktadır. Borçlunun böyle bir önlem alabileceğinin kabul edilmesi halinde dahi, alınacak önlem ancak ondan sonraki hukuka aykırı durumların ortaya çıkmasını engelleyecek, ancak geçmiş borca aykırılık bakımından herhangi bir etki doğurmayacaktır.

Sonuç olarak yapmama borçlarına aykırı davranılması halinde hangi hükümlerin uygulanması gerekeceği konusunda genel bir kural koymak mümkün değildir. Bu sebeple somut olaylarda kararlaştırılan yapmama borcunun özellikleri değerlendirilerek bir sonuca varmak en doğru çözüm olarak gözükmektedir.

Son olarak yapmama borçlarında borçlunun borcunu yerine getirmeye zorlanması mümkün değildir. Borçlunun borcuna aykırı davranması halinde alacaklı, kusursuzluğunu ispat edememesi halinde borçludan BK m.97'ye göre tazminat talep edecektir.<sup>233</sup>

---

<sup>233</sup> Kanundaki ifadeye rağmen ancak kusurlu olan borçlunun tazminat yükümü altında olduğu kabul edilebilecektir. Bkz. **BUCHER**, OR AT, s.295

## E-SÖZLEŞME ÖNCESİ KUSUR SORUMLULUĞU

Bir hukuki işlemi meydana getirmek amacıyla bir araya gelen ve yapacakları hukuki işlemin içeriği ve kapsamı hakkında görüşmeler yapan taraflar, karşı tarafça bilinmesi dürüstlük kuralına göre mümkün olmayan ve karşı tarafın sözleşmenin kurulmasına yönelik kararında etkili olacak olguları açıkça söylemek zorundadırlar. Tarafların ayrıca bu aşamada kendilerinin veya yardımcılarının kusurlu davranışları sonucu karşı tarafın kişi veya malvarlığına zarar vermeme yükümlülükleri de bulunmaktadır. Ancak taraflardan birinin sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde davranmak suretiyle karşı tarafa zarar vermesi halinde, bu sorumluluğa uygulanabilecek genel bir hüküm, Alman Medeni Kanunu'nun aksine bizim kanunumuzda yer almamaktadır.<sup>234</sup> Bu nedenle, ilk olarak Jhering tarafından<sup>235</sup> dar bir çerçevede, yalnızca geçerli olarak meydana gelmemiş, hükümsüz hukuki işlemler açısından incelenen culpa in contrahendo ya da sözleşme öncesi kusur sorumluluğunun dayanağının ne olacağı meselesi tartışmalıdır.<sup>236</sup>

Doktrinde bazı yazarlar tarafından, bu durumda ortada henüz bir sözleşme bulunmaması sebebiyle sorumluluğun dayanağının haksız fiil hükümleri olduğunu ileri sürülmektedir.<sup>237</sup> Bu yazarlara göre culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluk, kimseye zarar vermeme, davranışlarda gerekli özeni gösterip güveni sarsmamaya ilişkin herkes tarafından uyulması gereken genel bir yükümlülüğün ihlali şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>238</sup> Buna karşın hakim kanaat ise,<sup>239</sup> sözleşmeye aykırılık

<sup>234</sup> § 311 Abs.2-3 BGB'de açıkça sözleşme görüşmelerine başlanması ve sözleşme hazırlıkları sırasında taraflardan birinin olası bir hukuki ilişki ile ilgili olarak diğer taraf kendihakları, hukuki değerleri ve menfaatleri üzerinde tesir etme imkanı tanınması veya ona güvenmesi ve sair ticari temaslar halinde § 241 Abs.2 anlamında bir borç ilişkisi sorumluluğu doğacağı açıkça belirtilmiştir.

<sup>235</sup> **JHERING**, Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jherings Jahrbücher 4, Jena 1861, s.4 vd.

<sup>236</sup> Ulusan, Jhering öğretisindeki bu dar çerçeveli anlayışın nedeninin yazarın belki de çağında baskın olan irade teorisinin etkisiyle culpa in contrahendo'yu sözleşenler arasında teaitisi gerekli irade beyanlarını özellikle bağlayıcı icap sonrası bir dönemde ele alıp incelemiş olmasında aramak gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **ULUSAN**, Culpa in Contrahendo Üstüne, Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.286.

<sup>237</sup> **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.39 N 39; **GUHL/MERZ/KOLLER**, s.92 vd.; **KELLER/SCHÖBI**, s.42 vd.

<sup>238</sup> Bu görüş, culpa in contrahendo'da hukuken korunmaya değer bir toplumsal amaca yönelmiş davranış yükümleri çerçevesinde haksız eylemin herkese hitap eden, genel, soyut ilkeleri söz konusu olmayıp, artık burada belirli kişiler cereyan eden somut nitelikte bir özen yükümünün söz konusu olduğunun kabul edilmesi gerektiği düşüncesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **İNAN**, "Culpa in Contrahendo" – Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma, Adalet Dergisi, 1954, C.45, S.7 Temmuz 1954, s.885-886; **SEROZAN**, Edim Yükülerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, S.3, s.17;

hükümlerinin zarara uğrayan kişi için daha avantajlı olması sebebiyle, sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi kurulduğunu kabul ederek, bu görüşmeler sonucunda sözleşme kurulsun kurulmasın dürüstlük kuralına aykırı davranan tarafın sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmiş olarak kabul edilmesi sebebiyle sorumluluğunun sözleşmeye dayandığı ve menfi zararın<sup>240</sup> tazmin edilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır.

Her ne kadar sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde karşı tarafa zarar veren tarafın sorumluluğuna uygulanabilecek genel bir hüküm Borçlar Kanunu'nda yer almasa da, gerek bu Kanun gerekse Medeni Kanun'da sözleşme görüşmelerinde kusuru düzenleyen bazı özel düzenlemelere rastlanmaktadır.<sup>241</sup> Ancak culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulama alanı bu

---

ULUSAN, Culpa in Contrahendo Üstüne, s.303; BAYGIN, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukuku'ndaki uygulaması, AÜEHFD, 2000, C.4, S.1-2, s.347

<sup>239</sup> von TUHR/PETER, s.192; BECKER, Art.26 OR N.11, Art.39 N 5; WIEGAND, Vorbem.zu Art.97-109 OR, N.10; SCHWENZER, s.328 vd.; WEBER, Vorbem.zu Art.97-109, N.41, Yazar buna gerekçe olarak taraflar arasında oluşan güven ilişkisini ihlal eden davranışın içerik olarak yan yükümlere aykırılık, dolayısıyla gereği gibi ifa etmeme haline daha yakın olmasını göstermiştir.; TEKİRAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.979; OĞUZMAN/ÖZ, s.324; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 19 N 1 vd.; SEROZAN, Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo, İÜMHAD, S.18, s.39; ULUSAN, Culpa in Contrahendo Üstüne, s.304; SUNGURBEY, Yetkisiz Temsil, Özellikle culpa in contrahendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s.102; TUNÇOMAĞ, s.211 vd.; EREN, s.1086; BAYGIN, s.356. Culpa in Contrahendo'yu sözleşme temeline oturtan görüşler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. ULUSAN, Culpa in Contrahendo stüne, s.305 vd.; BAYGIN, s.348 vd.; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.108 vd.; ERGÜNE, Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini, Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s.912; RUMPF, Borçlar Hukuku Sorunlarından. Culpa in Contrahendo, Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Almışının 80.yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, İstanbul 2007, s.108-181. Bunun yanı sıra sözleşme öncesi kusur sorumluluğunu bazı sonuçları bakımından haksız fiil, bazı sonuçları bakımından ise borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri süren karma görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. YILMAZ, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa in Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, 1985, C.11, S.3, s.246 vd.

<sup>240</sup> Doktrinde Ergüne, sözleşme görüşmeleri sırasında alışveriş menfaatinin ihlal edilmesi halinde kural olarak menfi zararın tazmin edilmesini kabul etmekle birlikte, istisnai bazı hallerde zarar görenin amaçlanan sözleşmeden elde edeceği menfaatin karşılanması da mümkün olacağını ileri sürmektedir. Yazara göre nitekim yanılma sebebiyle sözleşme iptalinde tazminat yükümlülüğünü düzenleyen BK m.326 f.2 ve yetkisiz temsilde temsilcinni sorumluluğuna ilişkin BK m.39 f.2'de, bazı şartlar altında zarar görenin olumsuz zararı aşan kayıplarının karşılanması açıkça öngörülmüştür. Bkz. ERGÜNE, Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini, s.917 vd.

<sup>241</sup> Örneğin BK m.26 f.1'e göre, sözleşmenin sonuçlarından kurtulmak için hataya düştüğünü ileri süren taraf, eğer yanılma kendi kusurundan ileri gelmişse, sözleşmenin feshinden doğan zararı gidermek zorundadır. Keza BK m.36 f.2'ye göre temsil edilen, temsil yetkisinin sona ermesine karşın belgesini geri almamışsa, üçüncü kişilerin bu yüzden uğradığı zararı gidermek zorundadır. BK m.39 f.1 maddesinde de yetkisiz temsilcinin aptığı sözleşmeyi temsil edilenin onaylamaması halinde, yetkisiz temsilcinni sözleşmenin geçersiz olması sebebiyle karşı tarafın uğradığı zararı gidermekle yükümlü olacağı ifade edilmiştir. MK m.452 f.'ye göre ise vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmışsa, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olacaktır.

hükümlerle sınırlı tutulmamış, bunun dışında başka hallerde de bu sorumluluğun söz konusu olacağı kabul edilmiştir. Örneğin konumuzla ilgili olarak BK m.20 f.1'e göre başlangıçtaki objektif imkansızlık sebebiyle sözleşme kesin hükümsüz olarak kabul edilse dahi, bu imkansızlığı bilen veya bilmesi gereken tarafın, akdin kesin hükümsüz sayılması sebebiyle karşı tarafın uğramış olduğu zararı gidermek zorunda olduğu kabul edilmektedir.<sup>242</sup> Bunun yanı sıra örneğin, aslında yapmayı düşünmediği bir sözleşme için görüşmelere başladıktan sonra bu sözleşmeyi imzalamaktan kaçınan kişi de culpa in contrahendo ilkesi uyarınca sorumlu tutulacaktır.

## F- BORCA AYKIRI DAVRANIŞIN GERÇEKLEŞECEĞİNİN ÖNCEDEN BELLİ OLMASI

Kanun koyucu karşılıklı bir akitte alacağı tehlikeye giren önce ifayla yükümlü tarafın korunma ihtiyacını gidermek amacıyla BK m.82'de aciz def'ini düzenlemiş, bu hükmün yanı sıra yine kanunda çeşitli sözleşme tipleri bakımından borçlunun acze düşmesi nedeniyle alacağı tehlikeye düşen alacaklının sahip olacağı hakları çeşitli hükümlerde açıkça ifade etmiştir.<sup>243</sup> Alacaklının alacağının, borçlunun aciz hali söz konusu olmaksızın tehlikeye düşmesi halinde ne olacağı sorusu ise yalnızca eser sözleşmesi bakımından çözülmüş (BK m.358),<sup>244</sup> bunun dışındaki akitler bakımından

<sup>242</sup> BUCHER, OR AT, s.281; von Tuhr/Peter, s.264; KRAMER, Art.20 N 239; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.22; KILIÇOĞLU, s.68; OĞUZMAN/ÖZ, s.78; ULUSAN, Culpa in Contrahendo Üstüne, s.310; REİSOĞLU, s.134; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 21; EREN, s.298. Yargıtay 13.HD, tek satıcılık sözleşmesinin taraflarından birinin sözleşmenin kurulduğu sırada 657sayılı Kanun'a göre memur olması ve dolayısıyla bu kanunun yasaklayıcı hükümleri sebebiyle tacir veya esnaf sayılmasını gerektirecek bir iş veya faaliyette bulunmayacağı gerekçesiyle sözleşmenin objektif imkansızlık sebebiyle kesin hükümsüz olduğuna karar vermiş ve bu hususu karşı taraftan gizleyen davacı yanı tazminata mahkum etmiştir Bkz. Yargıtay 13.HD, E.1995/9375, K.1995/9860 (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Ancak Yargıtay Yargıtay Davası konu taşınmazın içinde eski eser niteliğinde çeşme bulunması nedeniyle Anıtlar Yüksek Kurulunca ruhsat verilmemesi sebebiyle sözleşmenin baştan itibaren imkansız olarak kabul edildiği bir olayda ise, culpa in contrahendo olarak nitelendirilen akit öncesi sorumluluğun ancak geçerli sözleşmelerde söz konusu olacağı, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren mutlak butlan ile batıl olması halinde ise yok hükmünde sayılacağından bu sözleşmeye dayanılarak akit öncesi sorumluluğun talep edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. 13.HD E.2003/176, K.2003/5376 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>243</sup> Örneğin BK m.261'e göre kiralayan kira akdini fesih hakkına, BK m.310'a göre ödünç verme borçlusunun şeyi teslimden kaçınma hakkı.

<sup>244</sup> Bu hükümde, müteahhidin işe zamanında başlamaması veya sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre müteahhidin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması halinde, iş sahibinin teslim için velirlenen günü beklemek zorunda kalmaksızın sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir.

bu soru cevapsız bırakılmıştır. İşte kanun tarafından düzenlenmemiş bu alan, yani borcun muaccel olmasından evvel borçlunun aczi dışında bir sebeple ifanın tehlikeye düştüğü hallerde alacaklının hangi hükümlere başvurabileceği ve bunun sonucunda hangi haklara sahip olacağı sorusunun cevabı tartışmalıdır.

Bazı yazarlar<sup>245</sup> bu durumda sözleşmenin amacının tehlikeye sokulduğu gerekçesiyle bir tür akdin müsbet ihlalinin söz konusu olduğunu, bu durumda alacaklının vadeyi beklemek zorunda kalmaksızın zararlarını talep edebileceğini ileri sürerken, bazı yazarlar ise burada temerrüt hükümleri uygulanması gerektiğini beyan etmişlerdir.<sup>246</sup> Üçüncü bir görüşe göre ise bu durum edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin ihlali olarak nitelendirilmeli ve buna göre alacaklıya sözleşmeden dönme ve zararının tazmin edilmesini talep etme imkanı tanınmalıdır.<sup>247</sup> Nihayet imkansızlığı mevcut bir borcun ifasının cebri icra yoluyla elde edilemeyecek duruma girmesi olarak tanımlayan yazarlardan<sup>248</sup> bazıları ise yapma borçları ve verme borçları arasında bir ayırım giderek, yapma edimi borçlusunun vadeden önce borcunu hiç ifa etmeyeceğinin açıkça ortaya koyması halinde kusurlu ifa imkansızlığından bahsedilmesi gerekeceğini ve bu durumda alacaklının BK m.96'ya göre derhal zararının tazminini talep edebileceğini, verme borçlarında ise edimin cebri icrasının mümkün olması halinde edimin imkansızlaşmış sayılamaması sebebiyle alacaklının vadeye kadar beklemek zorunda kalacağını ifade etmektedirler.<sup>249</sup> Gene bu görüşte de, şayet borçlu borcunu hiç ifa etmeyeceğini değil de sadece vadeye yetiştiremeyeceğini bildirmişse, imkansızlık söz konusu olmayacaktır. Olaylarda esas olarak edimin niteliği bakımından yapılan ayırım nedeniyle bu son görüşün kabul edilmesi gerekir.

Borcun ifasının imkansızlaştığının vadeden önce belli olması halinde de durum aynı şekilde ele alınmalıdır. Ancak burada edimin niteliği artık önem taşımadığından ve

<sup>245</sup> BARTH, s.11; OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem.zu 97-109 OR N.17; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.401; ARSLANLI, Ticari Bey, 4.Bası, İstanbul 1955, s.555 vd.; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 18 N 8

<sup>246</sup> EREN, s.1009

<sup>247</sup> SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.339 vd.

<sup>248</sup> OĞUZMAN, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.15vd.; ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.158 vd.; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006, s.159; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s.74 vd.

<sup>249</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.327; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.159, 195.



hangi edim türü söz konusu olursa olsun borcun ifası artık mümkün olmadığından alacaklının vadeyi beklemeksizin BK m.96'ya göre zararını borçludan talep edebileceği sonuncuna varmak gerekecektir.

## § 2- İMKANSIZLIK

### I- İFA VE EDİM KAVRAMLARI İLE İMKANSIZLIK İLİŞKİSİ

Sonraki imkansızlık bahsini incelemeye geçmeden evvel, imkansızlaşmanın tam olarak ne olduğunu ortaya koyabilmek amacıyla, ifa ve edim kavramlarının üzerinde kısaca durmak gerekecektir. Zira öğretilerde ifa imkansızlığı kadar edim imkansızlığı kavramı da kullanılmakta ve bu kullanım şekli bir kavram kargaşasına yol açmaktadır.

Verme, yapma veya yapmama türleri şeklinde karşımıza çıkan edim, alacaklının bir borç ilişkisi gereğince talep etme yetkisine sahip olduğu, buna karşılık borçlunun ise bu talep karşısında yerine getirmekle yükümlü tutulduğu borcun konusudur.<sup>250</sup> Bir başka anlatımla borçlunun borç ilişkisinde belirlenmiş olan, yerine getirmekle yükümlü olduğu davranış (edim fiili) veya meydana getirmekle yükümlü olduğu sonuçtur (edim sonucu). Edimin belirli bir davranışta bulunma yükümü mü yoksa bir sonuç meydana getirme yükümü mü olduğunu tespit edebilmek için taraflar arasındaki borç ilişkisinin doğduğu sözleşmenin tipine bakmak gerekecektir.<sup>251</sup> Davranışa yönelik ediminin söz konusu olduğu hallerde borçlunun borcu, sözleşmenin gereklerine uygun hareket etmekten ibarettir.<sup>252</sup> Esas olarak borçlunun bir sonuç meydana getirme vadinin olmadığı sözleşmelerde borcun konusu, borçlunun sözleşmeye uygun olarak belirli bir davranışta bulunmasıdır. Bu durumda borçlu sözleşmeye uygun şekilde davrandığı takdirde borcunu ifa etmiş sayılacaktır. Örneğin hekimler veya avukatlar, mesleki kurallara uygun olarak hareket etme ve gerekli her türlü özeni gösterme yükümü altına girdiklerinden, borcun konusunu

<sup>250</sup> FEYZİOĞLU, s.15; OĞUZMAN/ÖZ, s.5; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.8; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, § 3 N 1vd.; EREN, s.89; KILIÇOĞLU, s.3; ARAL, Türk Borçlar Hukuku'nda Kötü İfa, s.35; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.56; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Vilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yeniden Genişletilmiş Tamamlanmış 4.Bası, İstanbul 2008, § 3 N 2

<sup>251</sup> EREN, s.90

<sup>252</sup> LARENZ, Schuldrecht I, s.8; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, § 3 N 1; EREN, s.90;

bilim ve mesleki gerekler doğrultusunda belirli bir davranışta bulunma oluşturmaktadır. Zira vekalet sözleşmesinde vekil, iş görmeden başarılı bir sonuç elde edilememesi tehlikesini taşımamakta, yalnızca bir sonuca ulaşmak için belirli bir doğrultuda iş görme borcu altına girmektedir. Dolayısıyla, gerekli tüm dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen beklenen sonucun elde edilememesi, örneğin ameliyat esnasında tıp biliminin gerektiği her şeyin veya dava sürecinde yapılması gerekenlerin yapılmasına rağmen hastanın kurtarılamaması veya davanın kaybedilmesi halinde ne hekim ne de avukat, karşı akidin sözleşmeyle hedeflediği sonucu meydana getirmediikleri gerekçesiyle sorumlu tutulamayacaklardır. Edim davranışı, ancak bu davranışın yerine getirilemediği hallerde imkansızlaşmış sayılacaktır.

Satım veya kira sözleşmelerinde olduğu gibi, belirli yönde davranışın yeterli görülmeyip sonucun önemli olduğu durumlarda ise edim sonucundan bahsedilecektir.<sup>253</sup> Örneğin satım sözleşmesinde satım konusu malın mülkiyetini karşı tarafa geçirmek ve teslim etmekle yükümlü olan borçlu, bu uğurda gerekli tüm davranışları gösterdiğini, ancak bunda başarılı olamadığını ileri sürerek borcundan kurtulamayacaktır. Bu tür edimlerde borcun ifa yoluyla sona erebilmesi için, borçlu tarafından, alacaklının sözleşmeyi akdetmekle hedeflediği sonucun meydana getirilmesi gerekir.<sup>254</sup> Edim sonucunun meydana gelebilme ihtimalinin bulunduğu hallerde imkansızlık söz konusu olamayacaktır.

Edimler çeşitli açılardan gruplara ayrılabilirler. Öncelikle edimler davranış biçimi açısından olumlu ve olumsuz edimler olarak ikiye ayrılacaktır. Verme ve yapma borçlarında borçlunun edimi olumlu, yapmama borçlarında ise olumsuz bir davranıştır. Bunun gibi belirlenmeleri açısından edimler parça borcu, çeşit borcu, sınırlı çeşit borcu ve seçimlik borç olarak ayrılabilirler. Verme borcunun konusu olan edimin özel niteliklerine göre belirlenmiş olduğu durumlarda parça borcu, sadece cinsine göre belirlenmiş olduğu durumlarda ise cins borcundan bahsedilecektir. Cins borcunun belirli bir stoktan borçlanılmış olması halinde ise sınırlı çeşit borcu söz konusu olacaktır. Borcun konusunun birden çok edimden oluşmasına rağmen ifanın bunlar arasından seçilecek biriyle gerçekleştirileceği hallerde seçimlik borç

<sup>253</sup> LARENZ, Schuldrecht I, s.8; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 3 N 1; EREN, s.90

<sup>254</sup> EREN, s.90

karşımıza çıkacaktır. Edimler ayrıca değer kaybına uğramaksızın bölünebilmeleri açısından bölünebilir ve bölünemez edimler olarak da karşımıza çıkabilir. Bunların yanı sıra edimler ifa süreleri göz önünde bulundurulmak suretiyle de ani, sürekli, aralıklı veya dönemli edimler olarak da ayrımlara tabi tutulabilecektir.

Borçlar Kanunu'nda ifanın ne anlama geldiği hususunda da bir tanım bulunmamaktadır. Doktrinde ise genel olarak borcun sözleşmeye uygun olarak yerine getirilerek alacaklının sözleşmeyle hedeflediği menfaatin sağlanması olarak tanımlanmaktadır.<sup>255</sup> İfanın borcu sona erdirebilmesi için konu, zaman ve yer bakımından edime uygun olması gerekir. Yukarıda bahsedildiği üzere, borçlanılan edimin niteliğine göre, bazı hallerde belirli bir davranışta bulunma, bazen de bir sonucun meydana getirilmesi ifa sayılır. Somut olayda borçlunun hangi davranışlarda bulunması gerektiği ve hangi sonuçları meydana getirmek zorunda olduğu sözleşmenin yorumundan çıkarılacaktır. Sözleşmede buna ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde ise kanun hükümleri belirleyici olacaktır.

Borçlar Kanunu'nda ve doktrinde imkansızlık bakımından – bilinçli veya bilinçsiz olarak - farklı ifadeler kullanılmıştır. Örneğin Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda edimin imkansızlaşmasından (Leistungsunmöglichkeit) bahsedilirken, BK m.117 durumu “borcun ifasının mümkün olmaması” şeklinde ifade etmiştir. Alman Hukuku'nda konuyla ilgili olarak zaman zaman ifa imkansızlığı anlamındaki “Unmöglichkeit der Erfüllung” terimine rastlanmakla birlikte<sup>256</sup>, çoğunlukla “edimin imkansızlaşması” anlamına gelen “Leistungsunmöglichkeit” kavramı kullanılmaktadır. Hatta doktrinde bazı yazarlarca, nitelikleri icabı veya sözleşmeye göre ancak belirli bir zamanda ifa edilebilecek edimler göz önünde tutularak, edim

<sup>255</sup> **BUCHER**, OR AT, s.291; **GUHL/MERZ/KOLLER**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8.A. Zürich 1991, s.214; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd.II, 9. Auflage, Zürich 2008, N 2001 vd.; **KELLER/SCHÖBI**, s.201 **LARENZ**, Schuldrecht I, s.235; **SCHWENZER**, s.24 vd.; **von BÜREN**, OR AT, s.442; **von TUHR/ESCHER**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd.I, 3.A., Zürich 1979, s.2; **WEBER**, Das Obligationenrecht, Bd.VI, Allgemeine Bestimmungen, Kommentar zu Art.68-96, Zürich 1982, Vorbemerkungen zu art.68-96, N.7; **EREN**, s.867; **KILIÇOĞLU**, s.385; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.196; **REİSOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13.Bası, İstanbul 1999, s.225; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.758; **TUNÇOMAĞ**, s.663; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 1 N 6.

<sup>256</sup> **KISCH**, Unmöglichkeit, s.1 vd.; **GOLDE**, Nachträgliche Unmöglichkeit oder Verzug bei Unterlassungspflichten?, AcP 99 (1906), s.307, **SCHMIDT, Patrick**, Die Unmöglichkeit der Erfüllung in Ansehung der Zeit, Berlin 2007, s.1 vd.

imkansızlığı-ifa imkansızlığı ayırımına da gidilmiştir.<sup>257</sup> Bu yazarlara göre ancak, bizzat edimin fiziki olarak imkansızlaşması halinde edim imkansızlığı söz konusu olacaktır. Satılan tablonun yanması halinde böyle bir durum söz konusudur. Buna karşın salt zamanın geçmesiyle ifa imkansızlaşmış sayılamayacak, bu nedenle bu durumlarda imkansızlık değil temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Örnek vermek gerekirse, bir şoförün yolcusunu saat 09.00'daki trene yetiştirmek borcu altına girmesi halinde şoförün edimi olan "yolcuyu istasyona götürme", ifa zamanı geçtikten, yani yolcu treni kaçırdıktan sonra dahi imkansız hale gelmeyecektir. Zira yolcunun istasyona götürülmesi ve bir anlamda edimin yerine getirilmesi imkanı halen mevcuttur. Bu durumda zamanın geçmesinden sonraki edim ifa etkisine sahip olmayacak, dolayısıyla imkansızlaşan edim değil ifa olacaktır. Bu görüşe göre bu durumun borçlu temerrüdünden farkı, borçlu temerrüdünde sonradan yerine getirilecek edimin ifa fonksiyonuna sahip olmasında kendisini göstermektedir. Ancak kanaatimizce, verilen örnekte zaman unsurunun edimin ayrılmaz bir parçası haline geldiğinin söylenebilecek olması sebebiyle, bu durumda zamanı edimden ayrı düşünmek mümkün olamayacaktır. Zira bu durumda borçlunun borcu sadece yolcuyu istasyona götürmek değil, onu saat 09.00'daki trene yetiştirecek şekilde istasyona götürmektir.

İsviçre Hukuku'nda Barth, Art.119 I OR'de edimin imkansızlığından bahsedilmesine rağmen, edim kavramını salt borcun konusuyla sınırlı tutmak istediğini, bu nedenle de bunun yerine borcun yerine getirilmesinin imkansızlığı (Unmöglichkeit der Erbringung) veya borçlanılan edimin yerine getirilmesinin imkansızlığı (Unmöglichkeit der Bewirkung der geschuldeten Leistung) ile aynı anlama gelmek üzere ifa imkansızlığı kavramını kullanmayı tercih ettiğini belirtmiştir.<sup>258</sup>

Bu hükmün Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılığını teşkil eden 117.maddede ise borcun ifasının mümkün olmamasından bahsedilmiştir. Aslına bakılacak olursa kanun metinlerinde ve bu konuda yazılan eserlerde farklılıklar olmasına rağmen edimin imkansızlığı ile ifa imkansızlığı aynı durumu ifade etmektedir. Bu bakımdan her iki kavramın da kullanılmalılarının bir sakıncası bulunmamaktadır. Ancak yine de

<sup>257</sup> KRÜCKMANN, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, Tübingen 1907, s.421

<sup>258</sup> BARTH, Schadensersatz bei nachträglichem Unmöglichkeit der Erfüllung; Unter Gesamtaspekt des Schadensersatzes infolge Vertragsverletzung, Aarau 1958, s.19

hem kanundaki kullanılış tarzıyla uyum sağlanması açısından, hem de imkansızlık kavramı açıklanırken olaya salt borçlu açısından değil, aynı zamanda alacaklı açısından da bakmak ve buna göre değerlendirme yapmanın daha doğru olacağı düşüncesinden hareketle, ileriki bölümlerde de izah edilmeye çalışılacağı gibi, edimin borçlu açısından halen mümkün olmasına rağmen, alacaklının bu edimin yerine getirilmesinde bir menfaatinin kalmadığı hallerle karşılaşılabilecek olmamız sebebiyle, konumuz açısından ifa imkansızlığı kavramını kullanmanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

## II- İMKANSIZLIK KAVRAMI

Bir sözleşme ilişkisinde taraflar, bu sözleşme sayesinde bazı ihtiyaçlarını karşılamak, bazı hedeflerine ulaşmak amacını taşımaktadırlar. Bu nedenle her iki taraf da sözleşme amacının gerçekleşeceği ve karşı tarafça bu uğurda sözleşmesel ilişkinin gereğinin yapılacağı beklentisi içerisinde olurlar. Ancak bazı hallerde ortaya çıkan bir ifa engeli sebebiyle tarafların sözleşmeyle hedefledikleri amaç gerçekleşmeyebilmekte ve bundan bazı hallerde yalnızca alacaklı, yalnızca borçlu veya her ikisi birden sorumlu olurken, bazı hallerde ise hiç kimse sorumlu tutulamamaktadır. Sözleşmeyle hedeflenen sonucun gerçekleşmemesine, bir başka deyişle elde edilmesi planlanan menfaatlerin elde edilememesine yol açan bu ifa engelini, borcun ifa edilememesine yol açması halinde imkansızlıktan bahsetmek gerekecek ve bu durumda meydana gelen imkansızlığın sürekli veya geçici olması, edimin tamamının veya bir kısmının imkansız olması veya imkansızlıkta taraflardan birinin veya her ikisinin sorumlu olup olmamasına göre farklı sonuçlara varılacaktır.

Borçlar Kanunumuzda imkansızlık kavramına ilişkin bir tanım yer almamaktadır. BK m.20 f.1 “bir akdin mevzu gayri mümkün....ise o akit batıl olur” demekle yetinirken, konuyla ilgili bir diğer hüküm olan BK m.117 f.1’de ise “borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur” ifadesi kullanılmış, fakat imkansızlığın ne anlama geldiği konusunda herhangi bir

açıklama yapılmamıştır. Kusurlu imkansızlıkla ilgili hüküm olan BK m.96'da ise BK m.117'nin aksine imkansızlık kavramına açıkça dahi yer verilmemiştir.<sup>259\_260</sup>

İmkansızlık öncelikle mantık olarak imkan eksikliği olarak tanımlanabilecektir. Günlük hayatta yalnızca olabilmesi, meydana gelebilmesi tasavvur edilebilecek olaylar mümkün olarak kabul edilebilecek, imkansızlık, bir şeyin meydana gelebilmesi için gerekli şartların mevcut olmaması olarak ifade edilebilecektir. Buna göre ilk önce doğa kurallarıyla bağdaşmayan durumlar imkansızlık yaratacaktır. Ancak bundan da önce belirtmek gerekir ki, bir durumun imkansız olarak nitelendirilebilmesi, ilk olarak insanoğlunun bilgi düzeyine, daha sonra ise içinde bulunduğu ortam ve zamana da bağlıdır. İmkansızlığın varlığından bahsedebilmek için, imkansızlığın meydana geldiği zamanın şartları, özellikle bilim ve teknolojinin ulaştığı seviye mutlak olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin günümüzden elli yıl önce cep telefonları ile görüşme yapmak bir hayalden ibaretken günümüzde neredeyse herkesin bu imkana sahip olması imkansızlığın zamana bağlı olmasına, Afrika'da kabile hayatı yaşayan bir kişinin gerekli teknolojiye sahip bulunmaması sebebiyle bir bilgi işlem merkezi kuramamasına karşılık, bunun Japonya'da en fazla bir hafta sürmesi ise imkansızlığın mekana bağlı olmasına örnek olarak gösterilebilecektir. Tüm bu ifadeler doğrultusunda imkansızlığı felsefe ve doğa bilimlerinden ayrı tutarak, salt hukuki anlamda tanımlamanın doğru olmayacağı ifade edilebilecektir.

Roma Hukuku'ndan günümüze kalan bir kavram olmasına rağmen imkansızlık kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiği hususunda öğretilerdeki yazarlar hiçbir zaman görüş birliği içerisinde olamamışlardır. Özellikle imkansızlık

<sup>259</sup> Bazı yazarlar bunu hiç ve gereği gibi ifa etmemenin aynı maddede düzenlenmek istenmesine bağlamaktadırlar. Bkz. **WIEGAND**, Art.97 OR, N 7; **WIEGAND**, Die Leistungsstörungen, Teil 1: Die Nichterfüllung, recht 1983, s.1-9, s.2. Yazar bunun bilinçli bir tercih olduğunu, bunun nedenin kanun koyucunun hiç ve gereği gibi ifa etmemeyi yeknesak bir unsur içerisinde toplamak istemesinden kaynaklandığını, zaten borcun hiç ve gereği gibi ifa edilmemesi ifadesinin geleneksel imkansızlık olaylarından başka bir şeyi ifade etmediğini belirtmektedir.

<sup>260</sup> Bahsi geçen hükümlerin 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılıklarını teşkil eden m.27, m.112 vcm.136'ya bakıldığında da imkansızlıkla ilgili bir tanım verilmediği görülmektedir. TBK m.27'de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu belirtilirken, m.112'de borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararları gidermekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. TBK m.136'da da, BK m.117'de olduğu gibi, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşması halinde borcun sona ereceği belirtilmiştir.

hükümlerinin uygulanması için ifa engelinin hangi yoğunlukta olması gerektiği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin bir görüşe göre imkansızlığa ilişkin hükümler, ancak edimin ifası olanağının tamamen ortadan kalktığı hallerde uygulama alanı bulabilecekken, bir başka görüşe göre ise yalnızca edimin ifası olanağının tamamen ortadan kalktığı hallerde değil, edimin ifasının mümkün olmasına rağmen, dürüstlük kuralı gereğince borçludan borcunu ifa etmesinin beklenemeyeceği hallerde de imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Şart teorisi (Clausula-Theorie) olarak adlandırılan ilk görüş taraftarlarına göre<sup>261</sup> imkansızlıktan ancak, mantık kurallarının bir edimin yerine getirilmesini mümkün görmediği hallerde bahsedilebilecektir (mantıki imkansızlık). Buna göre imkansızlığın söz konusu olabilmesi için edimin ifa olanağının tamamıyla ortadan kalkması gerekecektir. Bu imkansızlık anlayışında imkansızlık, edimin yerine getirilmesinin tabiat kanunlarına göre mümkün olmadığı hallerle örtüşmekte<sup>262</sup> ve imkansızlık daima objektif nitelikte tezahür etmektedir. Örneğin İbrahim Çallı'nın "Osman Hamdi Bey" portresinin devrinin borçlanıldığı bir satım sözleşmesinde tablonun herhangi bir şekilde telef olması halinde artık doğa kanunlarına göre ifa edilmesi mümkün olmayan bir edimden bahsetmek gerekecektir. Bu görüşe göre beklenilmezlik hali veya aşırı ifa güçlüğü adı verilen ifa engellerinin imkansızlık kavramı kapsamında değerlendirilmeleri mümkün olamayacak, bu hallere ancak, şartları varsa "beklenmeyen hal" (Clausula rebus sic stantibus) kuramı uygulanabilecektir.<sup>263</sup>

Beklenilmezlik teorisini (Unzumutbarkeitstheorie) savunan başka yazarlar ise, imkansızlık kavramının bu kadar dar yorumlanamaması gerektiğini, beklenilmezlik hali (Unzumutbarkeit) ya da aşırı ifa güçlüğü (Unerschwinglichkeit) gibi kavramların da imkansızlık kavramı altında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>264</sup> Bu

<sup>261</sup> von BÜREN, OR AT, s.390; BARTH, s.21; GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Fribourg 1968, s.119; AEPPLI, Art.119 N 43; KELLER/SCHÖBI, s.247 vd.

<sup>262</sup> DURAL, İmkansızlık, s.8; DURAL, İmkansızlık Kavramı ve Türleri, Batider Haziran 1973, Cilt VII, S.1, s.14

<sup>263</sup> BARTH, s.20, 28, 29; AEPPLI, Art.119 N 43; WEBER, Art.97 N 134; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2565; EREN, s.997

<sup>264</sup> KISCH, Unmöglichkeit, s.12; TITZE, s.2; von Tuhr/Peter, s.262; BECKER, Art.97 n 17; THIER, Honsell Kurzkomentar, Art.1-529, Art.97 N 9; ; SCHWENZER, N 63.06; WIEGAND, Art.97 N 14; HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3.überarbeitete Auflage, Basel/Genf 2008, N 56; BERGER, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, N 1504; İNAN, Die

yazarlara göre yalnızca edimin ifasının aşılmaz bir ifa engeli sebebiyle mümkün olmadığı haller değil, ifanın mümkün olmasına rağmen borçlunun bu ifa için aşırı masraf veya zahmete gireceği ve dürüstlük kuralı gereğince borçludan borcunu ifa etmesinin beklenemeyeceği haller de imkansızlık kavramı altında değerlendirilebilecektir.<sup>265</sup> Buna göre ifada bulunmasının borçlunun yüksek menfaatlerini zedeleyeceği, özellikle hayatını veya sağlığını tehlikeye atacağı, vicdanıyla hesaplaşmak zorunda bırakacağı,<sup>266</sup> inançlarına ters düşeceği ya da iktisadi olarak çok büyük zararına yol açacağı hallerde bir beklenilmezlik hali ya da aşırı ifa güçlüğünden bahsedileceği ve bu durumun imkansızlığa eş sayılacağı ifade edilmektedir. Örneğin belirli bir günde konser verme yükümlülüğü altına giren sanatçının, sahneye çıkacağı gün çocuğunun trafik kazası geçirmesi veya film şirketi ile yapmış olduğu sözleşme gereği şirket tarafından kendisine gönderilen filmleri salonunda göstermek zorunda olan bir salon sahibinin, inançlarıyla tamamen ters düşen bir filmi göstermek istememesi halinde beklenilmezlik hali,<sup>267</sup> borçlunun borcunu ifa edebilmesi için tahmin edilenden başka, ayrıca birtakım mali yükümlülüklerin altına girmesinin gerektiği, mesela öngörülemeyen bazı haller sebebiyle tahmin ettiğiinden daha fazla iş gücüne veya hammaddeye ihtiyaç duyduğu

---

Unmöglichkeit der Leistung, s.3; **WELSER** Bürgerliches Recht Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Auflage, Wien 2007, s.50; Dullinger, 3/49.

<sup>265</sup> Bazı yazarlar bu anlamda imkansızlık için hukuki imkansızlık kavramını kullanırken (**TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.906 vd.; **DURAL**, İmkansızlık, s.15 vd.; **ALTUNKAYA**, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005, s.95 vd.), bazı yazarlar nisbi imkansızlık kavramını (BaslerKomm- **WIEGAND**, Art. 97 N 17; **BECKER**, Art.97 N 20; **BARTH**, s.30), bazı yazarlar ise iktisadi imkansızlık kavramını (**SCHWENZER**, N 63.06; **CAYTAS**, s.34 vd.) kullanmayı tercih etmişlerdir.

<sup>266</sup> Schwenzler, borçlunun borcunu birtakım manevi/vicdani (Gewissen) gerekçelerle ifa edemeyeceği hallerde, örneğin dindar bir sinema salonu sahibinin dini gerekçelerle salonunda inançlarıyla çelişen bir filmi göstermek istememesi, fakat film şirketiyle yapmış olduğu sözleşmeden doğabilecek cezai şart veya tazminattan çekinmesi; dini inançları güçlü bir Musevi yazarın sempozyum düzenleyen organizatör ile, tarih ve saatini kendisine bıraktığı bir günde bir konuşma yapmayı kabul ettiği bir sözleşme akdetmesinin ardından kendisine sempozyumun Cumartesi günü gerçekleşeceği bildirildiğinde, dinen Cumartesi günleri çalışmasının yapmasının yasak olduğunu ifade etmesi halinde, subjektif imkansızlığın söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **SCHWENZER**, N 63.06. Alman Hukuku'ndaki tartışmalar için bkz. **BOSCH/HABSCHEID**, Vertragspflicht und Gewissenkonflikt, JZ 1954, s.213

<sup>267</sup> Doktrinde bazı yazarlar tarafından bu verilen örnekleri içine alan olay gruplarını ifade etmek üzere ahlaki imkansızlık kavramı kullanılmış ve bu durumlarda imkansızlığın kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. **WEBER**, Art.97 N 133; **EREN**, s.998; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.907; Yazarlar bu görüşlerini Federal Mahkemenin bir kararını dayanak göstermektedirler. Karara konu olayda damat kayınpeder ve kayınpedersine, onların yardımıyla restore ettiği evde ölüncüye kadar oturma hakkını borçlanmış, ancak bir süre sonra eşinden boşanmıştır. Federal Mahkeme bu olayda birlikte oturmanın devam etmesi halinde damadın eski eşiyle sürekli olarak karşılaşma olasılığının bulunduğunu ve bu durumun hoş olmayan sonuçlar doğurabileceği ni belirterek ahlaki bir imkansızlığın söz konusu olduğunu kabul etmiştir. Bkz. BGE 82 II 332 vd.



hallerde ise aşırı ifa güçlüğü söz konusu olacaktır. Bu bahsedilen halleri imkansızlık kapsamına sokmak isteyen yazarların amacı, borçluyu bu hallerde borcundan kurtarmaktır.

Doktrinde bazı yazarlar ise, sadece bir edimin doğa kanunlarına göre ifasının mümkün olmadığı halleri imkansızlık olarak kabul etmenin ve bu haller dışında imkansızlıktan bahsedilemeyeceğini ileri sürmenin isabetli olmayacağını, bir başka deyişle mantıki imkansızlık kavramının içeriğinin genişletilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>268</sup> Bu yazarlara göre öyle bazı haller söz konusu olabilecektir ki, bu hallerde edimin ifası mantık olarak mümkün olsa, bir başka deyişle doğa kanunları bu edimin ifasına engel olmasa bile, söz konusu edimin ifası fiili olarak mümkün olmayabilecektir. Bu tip durumlarda edimin ifa edilmesi için harcanması gereken emek veya para edimin değerinden mantığa aykırı derecede fazladır. Bu konuda en sık karşılaşılan örnek okyanusun en derin yerine düşen yüzük örneğidir. Bu tip durumlarda edimin ifası tabiat kanunlarına göre mümkün olmasına rağmen fiili açıdan imkansızdır. Bunun gibi edimin ifasının gerek tabiat kanunlarına göre gerekse fiili olarak mümkün olduğu bazı hallerde de ifanın imkansız olduğu sonucuna varılabilecektir. Bu duruma örnek olarak satılan eşyanın tedavülünün yasaklandığı, bu eşya bakımından bir ihracat veya ithalat yasağının getirildiği veya üzerinde bina inşa edilecek arazinin içerisinde bulunduğu bölgenin sit alanı ilan edildiği haller gösterilebilir.<sup>269</sup> Dikkat edilirse bu görüş şart ve beklenmezlik hali teorileri arasında bir çözüm getirmekte ve beklenmezlik hallerini ve aşırı ifa güçlüğünü imkansızlık kapsamında değerlendirmemekle birlikte, imkansızlığı şart teorisinin anladığı şekliyle sadece mantıki imkansızlıktan ibaret görmemektedirler.

Kanaatimizce de imkansızlığı ne şart teorisi kadar dar, ne de beklenmezlik hali teorisine giren durumları da kapsayacak kadar geniş yorumlamak doğru olmayacaktır. İmkansızlığın salt doğa kanunlarına göre imkansızlık olarak değil, fiili

<sup>268</sup> von TUHR/ESCHER, s.95 vd.; BUCHER, OR AT, s.418; KOLLER, OR AT, § 53 N 6; DURAL, İmkansızlık, s.22-23; DURAL, İmkansızlık Kavramı, s.14; EREN, s.995; OĞUZMAN/ÖZ, s.310; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.904; vd.; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 10

<sup>269</sup> Bazı yazarlar bu tip durumlarda gerçek anlamda bir imkansızlığın bulunmadığını, borçlunun edimini yerine getirdiği takdirde hukuk düzeni tarafından cezalandırılacak olmasının imkansızlığın kabulü için yeterli olmadığını ileri sürmektedirler. Bkz. KORNFELD, Leistungsunmöglichkeit, eine zivilrechtliche Studie – unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1913, s.13

ve hukuki imkansızlığı da kapsamına alan bir kavram olarak anlaşılması gerekecektir. Zira gerek fiili, gerekse hukuki imkansızlık hallerinde hiç kimse tarafından ifa edilmesi mümkün olmayan bir edim söz konusudur. Diğer taraftan beklenilmezlik hali veya aşırı ifa güçlüğü olarak ifade edilen hallerin imkansızlık kavramı altında değerlendirilmesi ise, bu kavramın genişletilmesine yol açacak ve borçlu gerçek anlamda imkansızlığın söz konusu olmadığı olaylarda dahi borcundan kurtulabilir hale gelecektir. Bunun ötesinde, beklenilmezlik veya aşırı ifa güçlüğü hallerini gerek dürüstlük kuralı yardımıyla gerekse imkansızlık kapsamında değerlendiren yazarlara bakıldığında, bu yazarların asıl amacının yalnızca bu hallerin meydana gelmesinden sorumlu olmayan borçlunun borcundan kurtulması olduğu açıkça görülecektir.<sup>270</sup> Ayrıca, dikkat edilecek olursa, Alman Medeni Kanunu'nda § 275 Abs.2 ve 3'de yer bulan bu haller kesinlikle açıkça imkansızlık olarak telaffuz edilmemiş, sadece bu hallerde borçlunun borcunu ifa etmek zorunda kalmayabileceği ifade edilmiştir.<sup>271</sup> Borçlar Kanunumuzda ise buna benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Yeni Borçlar Kanunumuzda (TBK) yer alan "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 138. maddesinde ise, borçlunun, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü bir durumun borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkarak, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmesi halinde hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde ise sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu ifade edilmiş, burada da imkansızlık bahis konusu edilmemiştir. Bu nedenle ifada bulunmasının hayatını veya sağlığını tehlikeye atacağı, manen ifayı yerine getiremeyeceği, iktisadi olarak edimi yerine getirmesinin kendisinden beklenemediği hallerde borçlu dürüstlük kuralı ve güven ikesi gereğince ancak işlem temelini çökmesi veya sarsılması ilkesi uyarınca ya da

<sup>270</sup> WELSER, Bürgerliches Recht II, s.50; MAYRHOFER, System der österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2.Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1.Abteilung, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Wien 1986, s.396 vd.; Dullinger, 3/45

<sup>271</sup> § 275 Abs.2'e göre, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için büyük bir masraf veya zahmete girecek olması ve sözleşmenin içeriği ve dürüstlük kuralına göre bu masraf veya zahmet ile alacaklının ifaya olan menfaati arasında büyük bir orantısızlık bulunması halinde, borçlu bu borcu ifa etmekten kaçınabilecektir. § 275 Abs.3'de ise borçlunun borcunu kişisel olarak ifa etmek zorunda olduğu hallerde, borcun ifasında karşılaşılan engeller ile alacaklının ifaya olan menfaati kıyaslandığında, borcunu ifa etmesinin kendisinden beklenemediği hallerde borçlunun bu borcu ifa etmekten kaçınabileceği hükme bağlanmıştır.

sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması kuralına göre borcundan kısmen veya tamamen kurtulabilecektir. Diğer deyişle, yeni kanunumuzun düzenlemesi çerçevesinde, bu durumların imkansızlık sayılması hem mümkün değildir hem de gereksizdir.

Sözleşmenin fiili sebeplerle amacına ulaşamayacağı hallerin de fiili imkansızlık kapsamında ele alınması ve imkansızlığın var olup olmadığının tespitinde yalnızca alacaklının edime kavuşup kavuşamayacağını değil aynı zamanda borçlunun borcunu ifa edip edemeyeceğinin de göz önünde bulundurulması gerekecektir. Bu sebeple, sözleşmeyle amaçlanan sonuca kendiliğinden ulaşma (Zweckerreichung) ve sözleşmenin kurulmasındaki amacın kendiliğinden sona ermesi (Zweckfortfall) halleri de imkansızlık kapsamında ele alınmalıdır.<sup>272</sup> Bu durumda imkansızlığın sürekli olması yeterli olacaktır. Buna göre borçlunun, üzerinde faaliyette bulunarak borcunu ifa edeceği nesne veya kişinin ortadan kalkması veya ölmesi halinde olduğu gibi (ameliyat edilecek hastanın kendiliğinden iyileşmesi, borçlu tarafından boyanacak evin yanması, restore edilecek evin heyelan sebebiyle yıkılması<sup>273</sup> vb.), sözleşmeyle hedeflenen amacın borçlu henüz borcunu ifa etmeden kendiliğinden gerçekleşmesi halinde de (tedavi edilecek hastanın kendiliğinden iyileşmesi vb.) imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık sözleşmeyle hedeflenen amacın boşa çıkması şeklinde adlandırılabilir, borçlunun borcunu ifa etmesinin mümkün olmasına rağmen şartların sonradan değişmesi sebebiyle sözleşmeyle belirlenen amacın alacaklı için artık önemini kaybetmesi halinde (Zweckvereitelung) ise, bu rizikoyu alacaklının taşıması gerektiğinden, imkansızlık hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır.<sup>274</sup> Örneğin yiyecek siparişi

<sup>272</sup> HEINRICH, Beck'sche Kurz Kommentar Band 7, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, § 275 N 18, 19; BREHM, Grundfälle zum Recht der Leistungstörungen, s.112; FEHRE, Die Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, Voraussetzungen und Rechtsfragen nach Inkrafttreten des Schulrechtsmodernisierungsgesetz, Berlin 2005, s.73 vd; KOLLER, OR AT, § 53 N 11, 14; KLAUSCH, Die Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, Frankfurt a.M.2004, s.57vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2561; GAUCH, Werkvertrag, N 750; GIGER, s.24; SULZER, s.69 vd., 86; WELSER, Bürgerliches Recht II, s.47; DURAL, Alman Hukuku'nda Sözleşmenin Amacının Engellenmesi ve Sözleşmenin Amacına Erişilmesine İlişkin Görüşler, Batider, Cilt VII, Sayı 4'den Ayrı Bası, Ankara 1975, s.909 vd.

<sup>273</sup> KRAMER, Art.19-20, N 250

<sup>274</sup> WEBER, Art.97 N 130; SULZER, s.69 vd; SULZER, Clausula rebus sic stantibus und der gestörte Vertragszweck, s.992.

verdiği partinin iptal edilmesi, nişanlısı için rezervasyon yaptırdıktan sonra nişanın bozulması hallerinde imkansızlık hükümleri uygulanamayacaktır.

### III- İMKANSIZLIK TÜRLERİ

Doktrinde imkansızlık kavramının birçok türü geliştirilmiştir: İmkansızlığın meydana geldiği ana göre baştaki-sonraki imkansızlık; etkilenen çevreye göre objektif-sübjektif imkansızlık; neden olan olaya göre gerçek (tatsächlich)-hukuki imkansızlık; sorumluluğa göre kusurlu-kusursuz imkansızlık; edimin etkilenme oranına göre kısmi-tam imkansızlık ve süresine göre sürekli-geçici imkansızlık olarak çeşitlendirilebilecektir. Bazı yazarlara göre doktrinde bahsi geçen diğer imkansızlık türlerinin pratik bakımdan hiçbir anlamı ve önemi yoktur.<sup>275</sup> Örneğin mutlak (absolute)-nispi (relative) imkansızlık kavramı belirsizlik taşır, zira mutlak imkansızlık doğal imkansızlıkla (naturgesetzlich) nispi imkansızlık ise ekonomik imkansızlıkla açıklanabilmektedir. Etik imkansızlık vücut bütünlüğünü veya sağlığı tehlikeye atacak ya da insan haklarına aykırı fiililer bakımından imkansızlık anlamına gelmektedir ve pekala hukuki imkansızlık kavramı bu tür bir imkansızlığı açıklamak için yeterli olacaktır. Bütün bunlar gibi ifa güçlüğü (Unerschwinglichkeit) kavramının da ayrı olarak ele alınmasına gerek yoktur.<sup>276</sup>

#### A- BAŞTAKİ-SONRAKİ İMKANSIZLIK

Bu ayırım Almanya'da yapılan Borçlar Hukuku Modernizasyonu çerçevesinde Alman Medeni Kanunu'ndan kaldırılmış ve her iki imkansızlık türü de borca aykırılık sonucuna bağlanmıştır. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nda ise, baştaki imkansızlık-sonraki imkansızlık ayırımı halen korunmakta ve iki ayrı maddede düzenlenen söz konusu imkansızlık türleri farklı sonuçların doğmasına sebep olmaktadır. BK m.20 (TBK m.27) başlangıçtaki imkansızlığı düzenlerken, BK m.96 (TBK m.112) ve BK m.117 (TBK m.136) ise sonraki imkansızlığı ele almaktadır.

<sup>275</sup> WEBER, Art.97, N 106

<sup>276</sup> Bu doğrultuda olmak üzere bkz. WEBER Art.97, N 106; karş. CAYTAS, s.39 vd.

BK m.20, "bir akdin mevzu gayri mümkün olursa...o akit batıldır" demek suretiyle, edimin veya edimlerden birinin, daha baştan, sözleşmenin kuruluşundan itibaren objektif olarak imkansız olması halinde, sözleşmenin geçerli olarak kurulamayacağını, batıl olacağını ifade etmektedir.<sup>277</sup> Aynı şekilde TBK m.27'de de, konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Baştaki imkansızlığın kesin hükümsüzlük sonucu doğurabilmesi için objektif nitelikte olması gerekcek, sözleşmenin kurulması esnasında mevcut imkansızlığın subjektif nitelikte olması halinde ise, sözleşme geçerli olarak kurulmuş kabul edilerek, olaya BK m.96 (TBK m.112) veya BK m.117 (TBK m.136) hükmü uygulanacaktır.<sup>278</sup> Buna göre, örneğin satılan müstakil evin satım sözleşmesinin yapıldığı sırada yıkılmış veya kiralanan aracın kira sözleşmesi yapılmadan evvel yanmış olması halinde, bu sözleşmelerin içeriğini oluşturan edimlerin ifasının baştan itibaren imkansız olduğu ve bu nedenle sözleşmenin kurulmamış sayılacağı, buna karşın kiralanan aracın sözleşmenin kurulmasından önce çalınması halinde ise subjektif imkansızlığın söz konusu olacağı ve akdin geçerli olarak hüküm doğuracağı söylenecektir.<sup>279</sup>

<sup>277</sup> Mommsen bunun sebebi olarak tarafların varsayılan iradelerini göstermektedir. Yazara göre tarafların imkansızlığı bilselerdi böyle bir sözleşmeyi akdetmeyecek olmalarından dolayı baştaki imkansızlık halinde sözleşmenin hiç yapılmamış sayıldığını ifade etmektedir. Bkz. MOMMSEN, s.106. Ancak bu görüş bu gerekçenin tamamıyla irade teorisine dayandığı ve objektif imkansızlık öğretisi bakımından geçerli olamayacağı, bununla birlikte aynı gerekçenin subjektif imkansızlık bakımından da ileri sürülebileceği, bu durumda da tarafların imkansızlığı bilmeleri halinde bu akdi ilişkiye girmeyeceklerinin kabul edilebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. WOLLSCHLÄGER, Die willenstheoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelisch-thomistischen Naturrecht, Sympotica Franz Wieacker, Göttingen 1970, s.154.

<sup>278</sup> LARENZ, Schuldrecht I, § 8 I, s.98; von BÜREN, s.390; BECKER, Art.20 N 2; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.25; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2575; GAUCH, Werkvertrag, N 489; KOLLER, OR AT, § 13 N 53; HUGUENIN, OR AT, N 566, 570; ESENER, Borçlar Hukuku, Cilt I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK m.1-40), Ankara 1969, s.207; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.404, s.903; OĞUZMAN/ÖZ, s.76,78, 309; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 9; EREN, s.295; TUNÇOMAG, s.179; REİSOĞLU, s.133; ALTUNKAYA, s.103; BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinde Kısmi Butlan, Ankara 1998, s.116, 119. Bir ressamın fiziki olarak baştan itibaren yükümlülük altına girdiği portreyi tamamlamasının mümkün olmaması örneğinde olduğu gibi, bazı hallerde kişiye sıkı sıkıya bağlı edimler bakımından söz konusu olan baştaki subjektif imkansızlık, objektif imkansızlık olarak kabul edilerek sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açacaktır. Ancak bazı yazarlarca sözleşmeyi yapan kişinin vadesi geldiğinde edimi ifa edip edemeyeceğini kontrol etmesi ve edemeyeceğini anlaması halinde sözleşme yapmaktan kaçınması gerektiği, bu nedenle bu hallerde objektif imkansızlık sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz sayılarak borçlunun borcundan kurtarılamayacağını, burada borçlunun garanti yükümlülüğünün söz konusu olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. CAEMMERRER, Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, NJW 1956, s.569; LARENZ, Schuldrecht I, § 8 I, s.103; NEUMANN-DUSBERG, Anfaengliche Unmöglichkeit bei Höchstpersönlichen Dienstleistungen, BB, H.34/1970, s.1464. Yeni bir öğretiye göre ise baştaki subjektif imkansızlığa Art.97 (BK m.96) hükümlerinin uygulanabilmesi için, borçlunun bu subjektif imkansızlıkta kusurlu olması gerekecektir. Bkz. KOLLER, OR AT, § 13 N 195 vd.

<sup>279</sup> Koller, neden telef olmuş eşyanın sözleşmeye konu olması halinde borçlunun baştaki objektif imkansızlığı sebebiyle sözleşmeyle bağlı olmadığını, buna karşın borçlunun elinden çalınmış malın

Başlangıçtaki objektif imkansızlık durumunda ise imkansızlık sebebiyle borçlunun edim yükümlülüğünden bahsedilemeyecek, alacaklı tarafından daha önce verilen karşı edimin ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi talep edilecektir.<sup>280</sup> Her ne kadar Borçlar Kanunumuzda baştaki objektif imkansızlık için bir tazminat öngörülmüş olmamasına rağmen, doktrinde baştaki imkansızlık halinde de, imkansızlığı bilerek sözleşmeyi kuran tarafın culpa in contrahendo sorumluluğu sebebiyle zararın talep edilebileceği kabul edilmektedir.<sup>281</sup>

Sonraki imkansızlığın ele alındığı BK m.96'da imkansızlığın meydana gelmesinde kusuru bulunan borçlunun tazminat yükümünden, BK m.117'de ise, sonradan ortaya çıkan imkansızlıkta kusuru bulunmayan borçlunun herhangi bir tazminat ödemek zorunda kalmaksızın borcundan kurtulacağı düzenlenmektedir. BK m.20 sözleşmenin meydana gelmesi ile ilgili bir hükümken, BK m.96 ve 117 ifa ve sorumluluk ile ilgilidir. Bu sebeptir ki BK m.20 kanunda umumi hükümler altında borçların teşekkülü başlıklı birinci bapta, BK m.96 ve 117 ise borçların hükmü başlıklı ikinci bapta düzenlenmiştir.<sup>282</sup> Sonraki imkansızlık geçerli bir akdin varlığını şart koşmakta, baştaki imkansızlık ise akdin kesin hükümsüz sayılmasına neden olmaktadır. Bu sebeple baştaki imkansızlığın, sonraki imkansızlığın aksine ifa engelleri (Leistungsstörungslehre) öğretisi kapsamında değil, hukuki işlem öğretisi (Rechtsgeschäftslehre) kapsamında kaldığı ve ancak sözleşmenin geçerli olarak kurulmasının ardından ifa engelleri öğretisine göre borçlunun sorumluluğundan bahsedilebileceği ifade edilmiştir.<sup>283</sup>

---

sözleşmeye konu olması halinde ise imkansızlığın sübjektif olması sebebiyle borçlunun borcuyla bağlı olduğunu anlayamadığını, üstelik baştaki objektif imkansızlıkla baştaki sübjektif imkansızlığın neden farklı hukuki sonuçların doğmasına yol açtığını ifade etmektedir. Bkz. **KOLLER**, OR AT, § 13 N 54

<sup>280</sup> **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 3. Baştaki sübjektif imkansızlıktan borçlunun sorumlu olmadığı hallerde ise BK m.20 değil, BK m.117 uygulanacak ve karşı edimin iadesi BK m.117 f.2'ye göre yine sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre mümkün olacaktır.

<sup>281</sup> **BUCHER**, OR AT, s.281; von Tuhr/Peter, s.264; **KRAMER**, Art.20 N 239; **ZIEGLER**, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.22; **KILIÇOĞLU**, s.68; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.78; **REİSOĞLU**, s.134; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 21; **EREN**, s.298. Burada tazminatın dayanağının edim yükümüne aykırılığın değil, imkansızlığı bildiği halde alacaklıyı aydınlatma ve uyarma şeklindeki davranış yükümüne aykırılığın söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Baştaki sübjektif imkansızlık halinde ise, alacaklı BK m.96'ya dayanarak tazminat talep edebileceğinden bu teoriye ihtiyaç bulunmamaktadır.

<sup>282</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise baştaki objektif imkansızlığı düzenleyen 27.madde genel hükümleri düzenleyen birinci kısmın birinci bölümünü teşkil eden "Borç İlişkisinin Kaynakları" başlığını taşıyan birinci bölümünün, "Sözleşmeden doğan borç ilişkileri başlıklı birinci ayırımında, sonraki imkansızlığa ilişkin m.112 ve m.136 ise "Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları" başlıklı ikinci ayırımında yer almaktadır.

<sup>283</sup> **ZIEGLER**, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.10

Baştaki-sonraki imkansızlık ayırımında dikkate alınması gereken en önemli konu imkansızlığa yol açan olayların hangi anda meydana geldiğidir. Zira buna bağlı olarak imkansızlığın sözleşmenin kurulmasından önce mi, yoksa sonra mı ortaya çıktığı tespit edilebilecek ve imkansızlığa bağlanacak sonuçlar buna göre belirlenecektir. Kanun her iki imkansızlık türü arasında ayırma gitmesine rağmen, bu ayırımın nasıl yapılacağı ve bu tespitte hangi anın dikkate alınacağı hususunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu nedenle doktrinde imkansızlığın söz konusu ayırımı bakımından dikkate alınması gereken zaman ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar baştaki imkansızlık sonraki imkansızlık ayırımında imkansızlığın varlığına karar verildiği anın önem taşıdığını ileri sürmektedirler.<sup>284</sup> Buna karşılık bazı yazarlar ise baştaki imkansızlık-sonraki imkansızlık ayırımında borcun ifa edileceği anın önem taşıdığını ifade etmektedirler.<sup>285</sup> Hakim kanaat ve Yargıtay ise, bu ayırımı dikkate alınacak zaman diliminin taraflar arasında borç ilişkisinin meydana geldiği, yani sözleşmenin kurulduğu an olduğunu kabul etmektedir.<sup>286</sup> Buna göre sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç kurulması anında mevcut olan imkansızlık baştaki imkansızlık, bu andan sonra meydana gelecek olan imkansızlık ise sonraki imkansızlık sayılacaktır. Bu görüş taraftarları gerekçe olarak, BK m.20'de düzenlenen baştaki imkansızlığın Borçlar Kanunu'nun birinci kısmının "Borçların Teşekkülü" başlıklı birinci babında yer alarak

<sup>284</sup> **KLEINEDAMM**, s.13 ve s.114. Ancak yazar imkansızlığın var olup olmadığının tespit edildiği an ile borcun ifa edildiği anın da birbirine karıştırılmaması gerektiğini ifade etmektedir..

<sup>285</sup> **TITZE**, s.37; **KRÜCKMANN**, s.304; **KLEINEDAMM**, s.29; **SEROZAN**, Parça Borcu, s.219 vd.; Bu yazarlara göre bu ayırımı sözleşmenin kuruluş anının dikkate alınması halinde, meydana gelen imkansızlığı baştaki veya sonraki imkansızlık olduğunun tespitinde dakikalar hatta saniyeler önemli olacaktır. Ancak bu görüş, baştaki-sonraki imkansızlık ayırımını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **DURAL**, İmkansızlık, s.76

<sup>286</sup> **MOMMSEN**, s.1; **UNBERATH**, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 §§ 1-610, §§ 254-304, 313-314, § 275 N 20; **LARENZ**, Schuldrecht I, § 8 I, s.98; **VON TUHR**, s.268; **BECKER**, Art.97 N 11; **WEBER**, Art.97 N 107; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.97 N 11, Art.119 N 8; **BARTH**, s.32; **KOLLER OR AT**, § 13 N 41; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N 2525; **FURRER/MÜLLER-CHEN**, Obligationenrecht AT, Kapitel 18 N 43, s.491; **ZIEGLER**, Die anfängliche Unmöglichkeit, 29; **JOENIG** Die anfängliche Unmöglichkeit, Wien 2006, s.25; **SCHWENZER**, N.63.09; **HUGUENIN**, OR AT, N 558; **BERGER**, Allgemeines Schuldrecht, N 1505; **DULLINGER**, 3/46; **KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER**, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 3., überarbeitete und erweiterte Auflage, Wien 2010, § 878 N 1; **TUNÇOMAĞ**, s.483; **ESENER**, Borçlar Hukuku I, s.207; **FEYZİOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 2.Bası, İstanbul 1977, s.174; **DURAL**, İmkansızlık, s.75; **DURAL**, İmkansızlık Kavramı, s.25; **AYBAY**, s.55; **KILIÇOĞLU**, s.68-69; **REİSOĞLU**, s.133; **ALTUNKAYA**, s.102 vd.Yarg.15.HD E.2004/1009, K.2004/5441, T.27.10.2004 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); YHGK E.1993/2-639, K.1994/26 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.13.HD E.1991/8883, K.1991/11265 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.11.HD E.1988/9411, 1990/1087 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); YHGK E.1965/844, K.1966/313 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.14 HD E.2001/99, K.2001/1611 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

sözleşmenin batıl sayılmasına sebep olmasını, buna karşın BK m.117’de düzenlenen sonraki imkansızlığın ise, “Borçların Ödenmemesinin Neticeleri” başlıklı ikinci babında düzenlenmek suretiyle borcun sona ermesi hallerinden biri olarak karşımıza çıkmasını göstermektedirler.<sup>287</sup>

Kanaatimizce de baştaki-sonraki imkansızlık ayırımında sözleşmenin kuruluş anının dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle bu ayırımı yapabilmek ve uygulanacak hükmü tespit edebilmek için sözleşmenin hangi anda kurulduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Sözleşmenin kurulduğu an, bu sözleşmenin hazırlar veya gaipler arasında olmasına göre farklılık göstermektedir.

Hazırlar arasındaki sözleşmelerde muhatabın irade beyanını açıklaması ile icapta bulunanın bunu öğrenmesi aynı anda gerçekleşeceğinden, sözleşmenin ne zaman kurulmuş sayılacağı belirlenmesi problem teşkil etmeyecektir. Ancak, hazır olmayanlar arasındaki sözleşmeler bakımından ise çeşitli ayrımlar yapılmalıdır. Buna göre sözleşmenin kurulması için muhatabın açık kabul beyanına ihtiyaç duyulmadığı hallerde, icap muhatap tarafından uygun bir süre içerisinde reddedilmediği takdirde sözleşme icabın yapıldığı anda kurulmuş olacaktır. Sözleşmenin kurulabilmesinin muhatabın açık kabul beyanına bağlı olduğu hallerde ise sözleşmenin kurulma anı BK m.5’e göre muhatabın kabul beyanının icapta bulunanın hakimiyet sahasına vardığı an olarak kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere kanun hazır olmayanlar arasındaki sözleşmeler bakımından “varma teorisini” kabul etmiştir. Bu teoriye göre sözleşmenin kurulması için varma yeterli olup, bunun yanı sıra icapta bulunanın bu beyanı öğrenmesi aranmayacaktır.

Hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmeler bakımından sözleşmenin kurulma anı ile sözleşmenin hükümlerini doğurma anı birbirinden farklıdır. Bu durumlarda BK m.5’e göre kabul beyanının icabı yapana ulaştığı an kurulmuş sayılan sözleşme, BK m.10’a göre hükümlerini kabul haberinin gönderildiği andan itibaren doğurmaya başlayacak, bir başka deyişle sözleşme akdinin kurulmasından daha önceki bir andan itibaren hükümlerini doğuracaktır. Sözleşmenin kabul beyanının gönderildiği tarihten itibaren hüküm doğurabilmesi için, kabul beyanının icapta bulunana ulaşması

<sup>287</sup> Baştaki-sonraki ifa imkansızlığı ayırımını yaparken hangi anın ölçü olarak alınacağı konusundaki tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. ALTUNKAYA, s.102 vd



gerekmektedir. Bu beyanın ulaşmaması halinde sözleşme kurulmamış sayılacağından, hüküm doğurması da söz konusu olamayacaktır. Bu sebeple edimin, kabul beyanının icapta bulunana ulaşmasından evvel imkansızlaşması halinde, sözleşme henüz kurulmuş sayılmadığından baştaki imkansızlıktan, kabul beyanının ulaşmasından sonra imkansızlaşması halinde ise sonraki imkansızlıktan bahsetmek gerekecektir.

Konuyla ilgili olarak bahsedilmesi gereken bir husus da imkansızlığın meydana geliş şeklidir. İmkansızlığa tek bir olgunun yol açtığı durumlarda imkansızlığın meydana geldiği zamanın belirlenmesi problem yaratmazken, bir olaylar silsilesinin sebep olduğu imkansızlıkta bu sorunun cevabı o kadar kolay verilememektedir. Bu nedenle imkansızlığın baştaki veya sonraki olarak nitelendirilebilmesi için hangi unsurlara dikkat edilmesi gerektiği meselesi hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar,<sup>288</sup> doğrudan imkansızlık sonucunu doğuran olayı dikkate alarak böyle bir durumda ifanın hangi anda tam anlamıyla imkansızlaştığına bakılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu yazarlara göre sadece ifa engelinin sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkması baştaki imkansızlıktan bahsedilebilmesi için yetmeyecek, aynı zamanda ifanın sözleşmenin kurulmasından önce imkansızlaşması da gerekecektir. Bazı yazarlar ise baştaki imkansızlığın varlığının kabul edilebilmesi için ifa engelinin sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkmasının yeterli olduğunu, bunun kabulü için imkansızlığın meydana geldiği anın değil, imkansızlık sebebinin sözleşmenin kurulmasından önce var olmasının gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>289</sup> Bu görüşe göre örneğin ölümcül hastalığı olan bir atın satılması halinde atın sözleşmenin kurulmasından sonra, fakat muaceliyet tarihinden önce ölmesi halinde baştaki imkansızlıktan bahsedilmesi gerekecektir.<sup>290</sup> Görüldüğü gibi burada ölme sebebinin sözleşmenin kurulmasından önce var olması imkansızlığın baştaki imkansızlık olarak algılanmasına sebep

<sup>288</sup> BARTH, s.33; RABEL, Die Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, Gesammelte Aufsätze, Band I: Arbeiten zum Privatrecht, Tübingen 1965, s.77; von TUHR/ESCHER, s.263; BUCHER, OR AT, s.247; BECKER, Art.20 N 1; KELLER/SCHÖBI, s.145; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.29, 35; DURAL, İmkansızlık, s.75; DURAL, İmkansızlık Kavramı, s.25; ALTUNKAYA, s.172

<sup>289</sup> EHMANN/KLEY s.486; JOENIG, s.32; KRAMER, Art.19-20, N 248; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.20, N 3

<sup>290</sup> Burada her ne kadar imkansızlık ilk olarak atın ölümü anında meydana gelmiş olsa da sözleşmenin kurulması anında ifanın muaceliyet anında büyük olasılıkla gerçekleşmeyeceğinin biliniyor olması gerekçesiyle baştaki imkansızlığın varlığı kabul edilmektedir. Bkz. JOENIG, s.32

olmuştur. Oysa ki ilk görüşe göre burada imkansızlaşmanın sebebinin doğrudan ölüm olması sebebiyle baştaki-sonraki imkansızlık ayrımında ölüm anı dikkate alınacak ve sonraki imkansızlığın varlığı kabul edilmektedir. Kanaatimizce, imkansızlığın söz konusu olabilmesi için imkansızlığı doğuran olayın meydana gelmiş ve imkansızlık sonucunu doğurmuş olması gerekmektedir. Bunun ötesinde bu olayın sebebinin sözleşmenin kurulmasından önce var olması, imkansızlığı baştaki imkansızlık olarak nitelendirebilmek için yeterli olmayacaktır.

Doktrinde bazı yazarlar ise baştaki-sonraki imkansızlık ayrımının yapılmaması gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>291</sup> Bu yazarlara göre sözleşme konusu malın, sözleşmenin kurulmasından bir dakika önce telef olması ile sözleşmenin kurulmasından bir dakika sonra telef olmasının farklı hukuki sonuçlara yol açacak olması kabul edilemeyecektir. Bu nedenle baştaki-sonraki imkansızlık ayrımının kaldırılarak tek tip imkansızlığın kabul edilmesi ve imkansızlığın meydana gelmesinde borçlunun kusurlu olması halinde alacaklının zararı borca aykırılık hükümlerine göre talep etmek hakkına sahip olması gerekecektir.<sup>292</sup>

Avusturya Hukuku'ndan etkilenen Ziegler ise baştaki-sonraki imkansızlık ayrımı kabul etmelerine rağmen, baştaki objektif imkansızlığın her zaman sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasına yol açmayacağını ifade etmektedirler.<sup>293</sup> Ziegler baştaki

<sup>291</sup> **TITZE**, s.64; **CAYTAS**, s.33-34; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 3

<sup>292</sup> Bu yazarlardan Caytas'a göre, imkansızlığın meydana geldiği anın, imkansızlığın çoğunlukla tesadüfi bir olay neticesinde ortaya çıkması sebebiyle, bunun doğuracağı hukuki sonuçlar bakımından dikkate alınması doğru olmayacaktır. Zira bir sözleşmenin baştaki imkansızlık sebebiyle kesin hükümsüz sayılması halinde, ispat yükünün yer değiştirecek olması ve böylelikle borçlunun artık borcun sona erdiğini ispatlamak zorunda kalmayacak olması sebebiyle bu durum pratik açıdan hiçbir ihtiyacı karşılamayacaktır. Buna göre sonuç olarak imkansızlığa uygulanacak hükümler ve dolayısıyla imkansızlığın tabi olacağı hukuki sonuç bakımından imkansızlığın ne zaman meydana geldiği bir önem taşımamalı ve baştaki objektif imkansızlık halinde de sözleşmenin varlığını sürdürdüğü kabul edilerek, sorumluluğun sözleşmeye dayandırılması daha doğru olacaktır. Bkz. **CAYTAS**, s.34. Alman Hukuku'nda Titze de, Alman Borçlar Kanunu Reformundan bir asır önce, baştaki imkansızlık diye ayrı bir imkansızlık olmaması gerektiğini, zira imkansızlık bahsinde yalnızca iki noktanın, yani muacceliyet anının ve edimin ifasının gerçekleşebileceği sürenin olduğunu ve her sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. **TITZE**, s.64. Türk Hukukunda Serozan da baştaki objektif imkansızlık olgusunun boşluk doldurma yoluyla sonraki imkansızlık kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, zira subjektif imkansızlığın yıllardan beri sonraki imkansızlık gibi ele alındığını ifade etmektedir. Yazar bunun mümkün olmaması halinde ise baştaki imkansızlıkta kıyasla garanti sorumluluklarının yanı sıra, sözleşmesel garanti sorumluluklarının var olduğunun da kabul edilebileceğini, bu da mümkün olmazsa baştan imkansızlığı bilerek sözleşmeyi kuran kişinin müsbet zararı giderim yükümlüyle tam tazminatlı culpa in contrahendo sorumluluğunun bağlanabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 3

<sup>293</sup> **ZIEGLER**, Die anfängliche Unmöglichkeit, s. 23, 36.

imkansızlığı basit ve mutlak objektif imkansızlık olarak ikiye ayrılmakta<sup>294</sup> ve baştaki objektif imkansızlığın “basit” olması halinde sözleşmenin kesin hükümsüz olarak kabul edilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Sonuç olarak sadece baştaki mutlak objektif imkansızlık hallerinde sözleşme BK m.20’ye göre kesin hükümsüz sayılmakta, bunun dışındaki hallerde ise BK m.96 uygulama alanı bulmaktadır.

Geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat şartın gerçekleşmesinden önce meydana gelen imkansızlığın baştaki imkansızlık mı yoksa sonraki imkansızlık mı olduğu konusunda da görüş ayrılıkları mevcuttur.<sup>295</sup> Hakim kanaat<sup>296</sup> baştaki-sonraki imkansızlık ayrımında önemli olanın sözleşmenin kurulduğu an olması ve bu durumda imkansızlığın sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmesi sebebiyle sonraki imkansızlıktan bahsedilmesi gerekeceğini ifade etmektedir. Ancak başka bir görüş ise, şart gerçekleşmeden sözleşmenin meydana gelmiş sayılmayacağını ileri sürerek burada baştaki imkansızlığın varlığını kabul etmektedir.<sup>297</sup> Bazı yazarlara göre böyle bir halde baştaki-sonraki imkansızlık ayrımı yapabilmek için akdin hüküm doğurmaya başladığı an ile birlikte imkansızlığın meydana geldiği anın bilinmesi gerekmektedir.<sup>298</sup>

Kanaatimizce geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde, şartın henüz gerçekleşmediği dönemde meydana gelen imkansızlığın, sonraki imkansızlık olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır. Zira bu dönemde yapılan hukuki işlemin sonuç doğurup doğurmayacağı meselesi askıda olmasına rağmen, işlemin geciktirici şarta tabi

<sup>294</sup> Yazara göre baştaki imkansızlığın “kesin” olarak nitelendirilmesine somut olayın özellikleri değil, ancak eşyanın tabiatı yol açmaktadır. Buna göre Ay veya Güneşin devrini öngören sözleşmelerde olduğu gibi, genel durumlar, beklentiler ve dünya, ticaret ve hukuk kuralları ile kıyaslandığında fiilen abes (faktisch absurd) nitelikte sayılacak olması sebebiyle baştan itibaren ifa edilemeyecek olan edimleri konu alan sözleşmeler bakımından baştaki objektif imkansızlık “kesin” olarak kabul edilerek sözleşme kesin hükümsüz sayılacaktır. Buna karşın abes olmamasına rağmen salt sözleşme konusunun mevcut olmaması sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasına yol açmayacaktır. **ZIEGLER**, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.20 vd.

<sup>295</sup> Bozucu şarta bağlı sözleşmelerde ise sözleşmenin baştan itibaren kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamış olması sebebiyle sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelecek imkansızlık daima sonraki imkansızlık olarak kabul edilecektir.

<sup>296</sup> Krückmann, s.125; **BECKER**, Art.97 N 11; **BARTH**, s.33; **DURAL**, s.77; **DURAL**, İmkansızlık Kavramı, s.25; **EREN**, s.1127; **ALTUNKAYA**, s.109; Aynı gerekçeyle süreye ve izne bağlı işlemlerde de, sözleşmenin kuruluşundan sonra fakat sürenin geçmesinden evvel meydana gelecek imkansızlığın sonraki imkansızlık olacağı kabul edilmektedir. Bkz. **DURAL**, İmkansızlık, s.78

<sup>297</sup> Bugün artık taraftarı kalmayan bu görüş için bkz. **ENDEMANN**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.I, Berlin 1903, S.692 vd.

<sup>298</sup> **BARTH**, s.33

olması, hukuki işlemin bahsedilen bu evrede hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı anlamına gelmemekte ve hukuki işlem bu aşamada varlığını sürdürmektedir.<sup>299</sup> Ayrıca BK m.150 f.1 (TBK m.171 f.1)'de de, şarta bağlı işlemin borçlusunun, bu dönemde şarta bağlı hakkı engelleyecek veya onu ihlal edecek davranışlardan kaçınması gerektiği ifade edilerek, borçlu, henüz şartın gerçekleşmediği dönemde edimin ifanı engelleyecek her türlü davranıştan kaçınma yükümü altına sokulmuştur. Bunlar arasında edimin ifasını imkansız kılacak davranışlardan kaçınma yükümü de bulunmaktadır.<sup>300</sup> Bu hükme aykırı davranarak borcun ifasını imkansızlaştıran ve dolayısıyla bu alacaklının bu hakkı elde etmesini engelleyen borçlunun BK m.96 hükümlerine göre tazminat ödemesi gerekecektir. Geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde, şart gerçekleşmeden borçlunun edim yükümü henüz doğmamış olacağından, alacaklının bu durumda tazminat talep edebilmesi için geciktirici şartın gerçekleşmiş olması da gerekecek,<sup>301</sup> ancak şartın gerçekleşmesinin ardından borçlu BK m.96'ya göre alacaklının zararlarını tazmin etmek zorunda kalacaktır.<sup>302</sup>

## B-SÜREKLİ-GEÇİCİ İMKANSIZLIK

### 1- Genel Olarak

“Geçici” sözcüğü kısa ve belli bir süre için var olan anlamına gelmektedir. Buna göre ancak, var olmasına rağmen belli bir süre sonra ortadan kalkacağı kesin olan durumlar geçici olarak nitelenebilecektir. Ancak bu kavram hukuk literatüründe sözcük anlamı dışında, ne kadar süreceği belli olmayan durumları da kapsar bir şekilde kullanılmıştır.<sup>303</sup> Bu sebeple doktrinde bazı yazarlar tarafından yanıltıcı olması gerekçesiyle geçici imkansızlık kavramı kullanılmamış, bunun yerine “belirli süreli” imkansızlık tabiri tercih edilmiştir.<sup>304</sup>

<sup>299</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.333; OĞUZMAN/ÖZ, s.886; PULAŞLI, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989, s.146

<sup>300</sup> SİRMEN, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s.136

<sup>301</sup> SİRMEN, s.138; OĞUZMAN/ÖZ, s.887

<sup>302</sup> Kusursuz ifa imkansızlığı bakımından ise, benimsenecek görüşe göre uygulanacak BK m.20 veya m.117'ye gitmenin farkı, varsa surrogat'ın edimin yerine geçmesi ile borç ilişkisinin devamı imkanı olup olmamasından ibaret olacaktır.

<sup>303</sup> CANARIS, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 10/2001, s.500,508,510

<sup>304</sup> CANARIS, Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung, FS für Huber, 2006, s.144, 145; CANARIS, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 10/2001, s.499 vd.; KAISER, Zeitweilige Unmöglichkeit, FS für Walther Hadding, Berlin 2004, s.121 vd.

Geçici-sürekli imkansızlık ayrımı ilk kez Mommsen<sup>305</sup> tarafından yapılmıştır. Ancak bazı yazarlar ise geçici imkansızlığın aynı zamanda kısmi imkansızlık kapsamında yer aldığını ifade etmektedirler.<sup>306</sup> Mommsen'den etkilenecek, imkansızlık kavramını oldukça geniş olarak yorumlayan ve tüm ifa engellerini imkansızlık kapsamı altında ele alan bu görüşe göre edim yükümünün ifa zamanı, ifa yeri ve edimin özellikleri olmak üzere üç farklı yönü bulunmakta ve ancak edimin zamanında, yerinde ve belirtilen özelliklere uygun olarak ifa edilmesi halinde tam ifadan bahsedilebilecektir. Buna uygun olarak, ancak o edimin zamanında, yerinde ve belirtilen özelliklerde ifa edilemeyecek durumda olması halinde ifa imkansızlığı söz konusu olabilecektir. Bir başka deyişle yalnızca bir edim yalnızca nitelik bakımından tam olması halinde değil, aynı zamanda doğru yerde ve doğru zamanda ve sözleşmede kararlaştırılan kalite ve diğer unsurlar bakımından tam olarak ifa edilebildiği takdirde sözleşmeye uygun ifa edilmiş olarak kabul edilebilecektir. Buna göre borcun ifasında yaşanan her gecikme bir kısmi imkansızlık yaratacaktır. Edimin zamanında ifa edilmemesi, boşa geçirilen ifa zamanının yaşanmamış sayılamaması sebebiyle, artık ifanın “tam” olarak yerine getirilmesini imkansız hale getirmektedir.<sup>307</sup> Buna göre örneğin 7 Ocak 2010 günü ödenmesi gereken bir borcun ödenmemesi halinde, bu borcun 7 Ocak 2010 gününde ödenmesi artık mümkün olmayacak ve bu sebeple burada kısmi imkansızlıktan bahsetmek gerekecektir.<sup>308</sup>

<sup>305</sup> MOMMSEN, s.8, 153, 193 vd.

<sup>306</sup> TITZE, s.31,35; KLEINEDAMM, s.24 vd.; KISCH, Unmöglichkeit, s.167 vd.; EMMERICH, Leistungsstörungen § 1 II 1; MOTZER, Schutzpflichtsverletzung und Leistungsunmöglichkeit, JZ 1983, s.884 vd.

<sup>307</sup> Ancak bu kadar geniş bir imkansızlık kavramı kabul edilemesi mümkün değildir. Zira gerek Borçlar Kanunumuzda gerekse Alman Medeni Kanunu'nda imkansızlık sadece edimin tamamıyla yok olup, artık ifanın mümkün olamayacağı hallere inhisar ettirilmiştir. Kanunda temerrüt hükümlerinin ayrıca yer alması da bu sonucu desteklemektedir. Kanunun temerrüt halinde aynen ifa talebini olduğu gibi saklı tutması sebebiyle, aynen ifanın mümkün olmaya devam ettiği, yani borcun sonradan ifa edilebileceği haller için kısmi imkansızlık kurumuna ihtiyaç bulunmamaktadır. Bunun dışında temerrüt ve imkansızlık hükümlerini yarıştırmak da mantıklı değildir. Kanun emerrüdü başlı başına bir kurum olarak düzenlemiştir. Buna göre borcun ifasında gecikme halinde imkansızlık hükümleri uygulanamayacağı gibi, borcun ifasının imkansızlaştığı hallerde de temerrüt hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.

<sup>308</sup> Allermann ise bu konuda herkesten değişik bir yol izleyerek sürekli-geçici ve *indifferente* imkansızlık ayrımına gitmektedir. Zira yazara göre sürekli ve geçici imkansızlık arasında, imkansızlığın geçici mi sürekli mi olduğunun anlaşılmasına kadar bir belirsiz bir süre bulunmaktadır. Yazar *indifferente* imkansızlık halinde alacaklının imkansızlığın geçici mi sürekli mi olduğunu belirleme hakkının olduğunu kabul etmiş ve buna karşı borçlunun itirazda bulunamayacağını ileri sürmüştür. Bkz. ALLERMANN, Beiträge zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung unter besonderer Berücksichtigung der Lehre von der fingierten Unmöglichkeit der Leistung, Erlangen 1908, s.16 vd.

## 2- Geçici İmkansızlık- İmkansızlık/Temerrüt İlişkisi

Borçlunun borcunu ifa edebilecek durumda olmasına rağmen ifa etmemesi veya edememesi halinde temerrüt, ifada bulunmak istese de bunu yapamayacak halde bulunmasında ise imkansızlık söz konusu olacaktır. Geçici imkansızlık ise temerrüt ve imkansızlık arasında bir konumda bulunmakta, böylelikle hem imkansızlık hem de temerrüt hükümleri ile yakın ilişki içerisinde yer almaktadır. Hatta bu sebeple zaman zaman geçici imkansızlığın, imkansızlık kavramı altında değerlendirilmesinin mi yoksa temerrüdün özel bir türü olarak ele alınmasının mı gerektiği soruları sorulmuştur.<sup>309</sup>

Bizim hukukumuzda, geçici imkansızlık şeklinde bir borca aykırılık düzenlenmemiş olup; bu durum sonuçta ya gene borçlu temerrüdü hükümlerine ya da imkansızlık hükümlerine tabi olacaktır.

Hem geçici imkansızlıkta hem de böyle bir durumun bulunmadığı temerrüt hallerinde, borçlu vadesinde borcunu ifa etmemekte ve her iki durumda da borç vadesinden sonra telafi edilebilecek durumda bulunmaktadır. Ancak birincisinde ifanın geçici bir süreliğine imkansız olması, yani borçlunun istemesine rağmen ifa edecek durumda olmaması sebebiyle borç ifa edilememekteyken, ikincisinde yani temerrütte ise, borçlu esasında ifa edebilecek durumda olmasına rağmen borcunu ifa etmemekte, hatta belki de ifa etmek istememektedir.

Geçici imkansızlık ve sürekli imkansızlık ise edimin ifasının mümkün olmaması noktasında benzerlik göstermelerine rağmen, aralarında söz konusu ifa engelinin süresi bakımından bir fark bulunmaktadır. Geçici imkansızlıkta borç daha sonra ifa edilebilecek durumdayken, sürekli imkansızlıkta edimin ifasının sonradan mümkün olmasının önü kapanmıştır. Bir başka deyişle, geçici imkansızta borçlu, geçici bir ifa engeli sebebiyle borcu vadesinde değil ama, vadeden sonraki bir anda ifa edebilecek durumdadır. Borcun ifasının sürekli bir ifa engeli sebebiyle mümkün olmadığı hallerde sürekli imkansızlık, geçici bir ifa engeli sebebiyle ifa edilemediği hallerde ise geçici imkansızlıktan bahsetmek gerekecektir.

---

<sup>309</sup> KAISER, Zeitweilige Unmöglichkeit, s.123

### 3- “Geçicilik” – “Süreklilik”

İfa engelinin hangi anda meydana geldiğinin her zaman kolaylıkla söylenememesi, imkansızlığın geçici mi yoksa sürekli mi olduğunun tespitini zorlaştırmaktadır. Hukuki bakımdan ifa engelinin sürekli olup olmadığı, dolayısıyla bir imkansızlığın bulunup bulunmadığının tespiti,<sup>310</sup> borcun ifa edilebileceği zaman diliminin tespit edilmesine bağlıdır.<sup>311</sup> Bu zaman dilimi taraflarca sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi, sözleşmenin yorumlanması neticesinde de belirlenebilecektir. Borcun söz konusu zaman diliminde ifa edilmemesi halinde ise bu sefer, söz konusu ifa engelinin imkansızlık yaratıp yaratmadığı meselesinin üzerinde durmak gerekecektir. Sözleşmenin yorumlanması neticesinde veya dürüstlük kuralı gereğince geç ifanın mümkün olduğu durumlarda temerrüt hükümleri devreye girecek, ifa engeli geçici olmakla birlikte, ifanın, bunun için öngörülen zaman dilimi içerisinde gerçekleşmesinin beklenmediği hallerde ise, ifa sürekli olarak imkansızlaşmış sayılacaktır.

Parça borcunun söz konusu olduğu sözleşmelerde sözleşme konusu malın yok olması veya kullanılamayacak hale gelmesi veya bir üçüncü şahsa satılıp devredilmesi<sup>312</sup> ve borcun mutlaka borçlu tarafından ödenmesinin sözleşmenin içeriğini oluşturduğu sözleşmelerde borçlunun vefatı gibi geri dönüşü olmayan hallerde imkansızlık sürekli olacak, bunların dışında ise imkansızlık sonsuza kadar sürmeyeceğinden, imkansızlığın süresinin sıkı bir şekilde tarafların niyetlerine ve ticari hayatın gereklerine bağlı olduğu kabul edilecektir. Bir başka deyişle imkansızlığın sürekli mi yoksa geçici mi olduğu bu unsurlara göre değerlendirilecektir. Örneğin mutlak kesin vadeli (ifa zamanının edimin içeriğine dahil olduğu) işlemlerde borcun vade tarihinde ifa edilmemesi sürekli imkansızlık yaratacaktır.<sup>313</sup> Buna karşın ifa zamanında borçlunun borcunu ifa etmeme iradesine sahip olmamasına rağmen, o an için ifada bulunmadığı hallerde, söz konusu ifa engelinin ortadan kalkacağı zaman öngörülebiliyorsa imkansızlık geçici olarak kabul edilecektir.

<sup>310</sup> İfa engelleri arasında sürekli-geçici ifa engeli ayrımının yalnızca imkansızlığa has bir ayrım olması sebebiyle temerrüt halleri bakımından böyle bir ayrımın yapılması mümkün olamayacaktır.

<sup>311</sup> LARENZ, Schuldrecht I, s.307; CAYTAS, s.26; DÄUBLER, Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung, in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70.Geburtstag, München 2005, s.58

<sup>312</sup> Görüldüğü üzere imkansızlığın sürekli olması için mutlaka objektif nitelikte olması gerekmekte, aynı zamanda subjektif imkansızlık da sürekli imkansızlığa yol açabilmektedir.

<sup>313</sup> Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. s.163 vd.

#### 4- Sürekli İmkansızlıkla Aynı Sonuca Bağlanan Geçici İmkansızlık Halleri

Öyle bazı haller söz konusu olabilir ki, bu hallerde, belirli şartların varlığı halinde imkansızlık geçici nitelikte olmasına rağmen sanki sürekliymiş gibi kabul edilir. Sözleşmenin amacının geçici bir ifa engeli sebebiyle sorgulanır hale geldiği ve bu sebeple karşı akitten sözleşmeye uygun davranmaya devam etmesinin dürüstlük kuralı gereğince artık beklenemeyeceği bu hallerde, geçici imkansızlık sürekli imkansızlıkla aynı sonuçları doğuracaktır.<sup>314</sup> Bu hükme varmak için önemli olan an, ifa engelini meydana geldiği andır. İmkansızlığa ilişkin hükümler, geçici imkansızlık hallerine, ancak geçici imkansızlığın akitle hedeflenen amacın gerçekleşmesine sekte vurması ve alacaklıdan sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenemeyeceği hallerde mümkün olacaktır.<sup>315</sup> Örneğin meydana gelen ifa imkansızlığının eninde sonunda ortadan kalkacağına bilinmesine rağmen, bunun tam olarak ne zaman meydana geleceğinin tam olarak kestirilemediği durumlarda imkansızlığın sürekli nitelikte olduğu kabul edilecek ve olaya imkansızlık hükümleri uygulanacaktır.<sup>316</sup>

Genel olarak ifanın mümkün olup olmamasının borcun zamanında ifa edilmesine bağlı olmamasına rağmen, bazı hallerde ifa zamanının ifa konusuyla sıkı ilişki içerisinde olması sebebiyle, ifa geciktirildiği takdirde iktisadi anlamını kaybedebilecek ve bu durumda sözleşmenin kuruluşu sırasında kendisinden bekleneni ve isteneni karşı tarafa sağlayamayabilecektir. Bu nedenle, bu hallerde

<sup>314</sup> HEINRICH, § 275 N 11; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 51; UNBERATH, § 275 N 35; BROX/WALKER, Allgemeines Schuldrecht, 32. Auflage, München 2007, § 22 Prg.17; BGHZ 83 [1982] 197,200; LOOSCHELDERS, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. bearbeitete Auflage, München 2010, § 23 N 470; KUHLMANN/NAUEN, Neues und altes vorübergehenden Unmöglichkeit – Primärleistungspflicht und Sekundäransprüche, in Tradition und Moderne – Schuldrecht und Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Berlin 2005, s.48; BARTH, s.42; SCHWENZER, N. 6310; RAMPINI, s.27,28; FEHRE; EREN, s.999; OĞUZMAN/ÖZ, s.444; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 11 N 2.

<sup>315</sup> LARENZ, Schuldrecht I, s.307; BROX/WALKER, § 22 Prg.17; LOOSCHELDERS, Schuldrecht AT, § 23 N 470

<sup>316</sup> LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 51; DÄUBLER, s.59 vd; BECKER, Art.97 N 21; BARTH, s.42; KELLER/SCHÖBI, s.245; KOLLER, OR AT, § 54 183; SULZER, s.95; CAYTAS, s.166; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.398; OĞUZMAN/ÖZ, s.319; EREN, s.998-999; REİSOĞLU, s.336. Bununla ilgili olarak, savaş, ambargo, döviz yasağı grev vb. örnekler gösterilmektedir. Bkz. ARNOLD, Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 8/2002, s.866. Bazı yazarlar ise ifa engelini kalıcı nitelikte olup olmadığının bir değerlendirme sorunu olduğunu ve şüphe halinde ifanın mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Bkz. WELSER, Bürgerliches Recht II, s.46. Yarg.15.HD E.2008/4832, K.2008/5195;



artık ifanın sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmiş olduğunun kabulü mümkün olamayacaktır. Taraflarca borcun ifa edileceği zamanın, edimin konusunu teşkil eder şekilde kararlaştırıldığı ya da tarafların iradelerinin güven teorisi ışığında değerlendirilmesi sonucu, yapılan işlemin mutlak kesin vadeli işlem olduğu sonucuna varıldığı hallerde sonraki ifa artık mümkün olamayacaktır.<sup>317</sup> İşte bu durumlarda ifa için belirlenen zamanın borç ifa edilmeksizin geçirilmesi imkansızlığa yol açacaktır. Buna karşın ifa zamanının geçmesi, ifa konusu edimin durumunda herhangi bir değişikliğe yol açmıyor, sadece farklılaşan durumlar sebebiyle iktisadi anlamında değişimler oluyorsa bu sefer imkansızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaklardır. Böyle bir durumda işlem temelinin çökmesine ilişkin hükümler devreye gireceği söylenebilecektir.<sup>318</sup> Bunların yanı sıra ifa zamanının sözleşmenin konusuyla sıkı bir bağlantı içerisinde olduğu hallerde ifada yaşanacak her gecikme imkansızlık sonucunu doğurmaya yetecektir. Bunlardan ilki belirli zaman dilimi için akdedilmiş yapma borçlarında karşımıza çıkmaktadır.<sup>319</sup> Bu hallerde geçici imkansızlık, imkansızlığın söz konusu olduğu zaman dilimi bakımından sürekli imkansızlık olarak kabul edilmektedir. İkinci olarak, daha önce de bahsedildiği üzere, yapmama borçlarına her aykırı davranışın da imkansızlık yaratacağının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu tip borçlarda meydana gelen imkansızlık hiçbir zaman geçici imkansızlık şeklinde karşımıza çıkamayacaktır. Son olarak sürekli borç ilişkileri bakımından geçici imkansızlığın, bunda bir kusuru bulunsun veya bulunmasın, borçluyu temerrüde düşüreceği ifade edilmiştir.<sup>320</sup> Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında detaylı olarak incelenecektir.<sup>321</sup>

<sup>317</sup> Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz.s.163 vd.

<sup>318</sup> Bu doğrultuda olmak üzere bkz. NASTELSKI, s.294

<sup>319</sup> Örneğin borçlunun alacaklıya 1 Ocak 2007 - 31 Aralık 2007 tarihleri arasında bir konutu (veya herhangi bir malı) kiralamayı taahhüt ettiği bir olayda, daha sonra konutun henüz kullanıma hazır hale getirilemediğini ve ancak 1 Mart 2007 tarihinde teslim edebileceğini belirtmesi halinde doktrindeki yazarlar tarafından burada konutun kullanıma 2 ay geç sunulacak olması sebebiyle bir kısmi imkansızlığın var olduğu kabul edilmektedir. Ör. NASTELSKI, s.294

<sup>320</sup> BARTH, s.41; BECKER, Art.97, N 21; DURAL, İmkansızlık, s.107; DURAL, İmkansızlık Kavramı, s.50; EREN, s.999

<sup>321</sup> Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. s.159 vd.

## 5- Geçici İmkansızlığa Uygulanacak Hükümler

İfa zamanı gelmiş olmasına rağmen, birtakım yasaklamalar sebebiyle (grev, ambargo, imar yasağı vb.) veya sözleşme konusu malın geçici olarak piyasada mevcut olmaması gibi nedenlerle edimin geçici bir süreliğine ifa edilemez duruma düşmesi hallerinde olduğu gibi, bazı hallerde, borçlu borcunu sürekli olmayan, ancak vade tarihinde mevcut bir ifa engeli sebebiyle ifa edemeyebilecektir. Borcun geçici bir süreliğine imkansızlaştığı bu durumlara ilişkin kanunda açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle, bu durumda hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi hakkında çeşitli fikirler ileri sürülmüştür.<sup>322</sup> Geçici imkansızlığın sürekli imkansızlık

<sup>322</sup> Bu sorunun cevabı Reform öncesi Alman Hukuku'nda da yoğun tartışmalara yol açmıştır. § 308 BGB a.F.'de baştaki geçici imkansızlığın sözleşmenin varlığını etkilemeyeceği açıkça düzenlenmişti. Buna göre imkansızlığın geçici olduğu hallerde ifa mümkün sayılacak ve dolayısıyla geçici imkansızlık sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecekti. Bunun sonucu olarak alacaklının aynen ifa talebi devam edecek, alacağını elde edemeyen alacaklı temerrüt hükümlerine başvurabilecekti. Buna karşılık sonraki geçici imkansızlık o zamanki Alman Medeni Kanunu'nda da düzenlenmemiş, bu sebeple doktrinde bu konu hakkında çeşitli görüşleri ileri sürülmüştür. Doktrindeki yazarların bir kısmı bu durumda imkansızlığa ilişkin § 275 BGB a.F.'nin uygulama alanı bulacağını ileri sürerken (Örneğin **HUBER**, *Leistungsstörungen I*, s.66 ; **JAKOBS**, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969, s.85), reform öncesinde özellikle son yıllarda hakim olan görüş taraftarları ise § 275 BGB a.F.'nin geçici imkansızlığa uygulanamayacağını, bu durumda temerrüt hükümlerine başvurulacağını ileri sürmekteydiler (Örneğin **HEINRICHS**, 60.Bası 2001, § 275 Rn.17; **EMMERICH**, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, FernAbsG, §§ 243, 275, 275, 279-283, 320-327, 4.Auflage, § 275 N 27, 29). Bu sorun için aslında yeni BGB çalışmaları esasında bir çözüm getirilmiş, bugünkü § 275 Abs.1 BGB'nin karşılığı teşkil eden E 1 § 237 Abs.1'de, borçlunun borç ilişkisinin kurulmasından sonra kendi kusuru olmaksızın ortaya çıkan imkansızlık var olduğu sürece ifayla yükümlü tutulamayacağı, ifa sürekli şekilde imkansızlaşmadıkça borçlunun borcundan kurtulamayacağı ifade edilmiştir (Der Schuldner ist zur Leistung nicht verpflichtet, solange die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird; soweit die Leistung dauernd unmöglich geworden ist, wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei). Bu hükümlerle Alman kanun koyucu mevcut baştaki geçici imkansızlık düzenlemesini, sonraki geçici imkansızlık düzenlemesiyle tamamlamayı hedeflemiştir. Bu şekliyle düzenleme imkansızlık devam ettiği sürece alacaklının aynen ifayı talep etmesinin önüne geçmektedir. **CANARIS**, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, s.500; Ne var ki bu metin daha sonraki komisyon tarafından "var olduğu sürece/ solange" ibaresi çıkarılmak suretiyle değiştirilmiştir. Böylelikle eski BGB'deki boşluğun giderilmesi mümkün olmamış, bu konunun çözümü doktrine bırakılmıştır. Bu konu hakkındaki görüşler için bkz. **MEDICUS**, *Bemerkungen zur "vorübergehenden Unmöglichkeit"*, FS für Heldrich, s.348; **CANARIS**, *Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung*, s.143; **HUBER**, *Die geplante Recht der Leistungsstörungen*, s.54; **BROX/WALKER**, § 22 N.13, 16; **SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL**, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 6.neubearbeitete Auflage, Tübingen 2005, N 477; **LOOSCHELDERS**, *Schuldrecht AT*, § 23 N 470; **DÄUBLER**, s.55 vd.; **SCHULZE/EBERS**, *Streitfragen im neuen Schuldrecht*, JuS 4/2004, s.267. **KLAUSCH**, s.184; Bu sebeple reform sonrasında da aynı tartışma yaşanmaya devam edilmiş ve geçici imkansızlık bazı yazarlarca imkansızlık kavramı altında değerlendirilirken (Bkz. **ERNST**, § 275 N 134; **KLAUSCH**, § 275 N 186 vd.), hakim görüş tarafından yine temerrüt kapsamında ele alınmaya devam etmiştir (**HUBER/FAUST**, *Schuldrechtsmodernisierung*, 2002, 8.Kapitel, N 6 vd.; **UNBERATH**, § 275 N 35; **ARNOLD**, *Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform*, s.866 vd.; **EMMERICH**, *Leistungsstörungen*, § 4 IV s.64 vd.; **MEDICUS**, *Schuldrecht I*, 17.Auflage, N 383, s.145, **SCHULZE/EBERS**, s.267).

ve temerrüt arasında bir konumda bulunması sebebiyle getirilen çözüm önerileri bu durumda ya imkansızlık ya da temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiği şeklinde olmuştur.<sup>323</sup> Konuyla ilgili olarak, ancak ifa engelinin sürekli olması halinde imkansızlık hükümlerinin uygulanabileceği gerekçesiyle bu durumlarda imkansızlık hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmayacağı söylenebileceği gibi, temerrüt ile benzerlikler göstermesine rağmen, nihayetinde geçici nitelikte de olsa bir imkansızlığın söz konusu olması nedeniyle imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği ve dolayısıyla temerrüt hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı da söylenebilecektir.

Doktrindeki hakim kanaate göre<sup>324</sup> sadece sürekli imkansızlık, imkansızlık sebebiyle borcun sona ermesine yol açacak; geçici imkansızlık ise borcun sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır. Geçici imkansızlık halinde ifa mümkünmüş gibi kabul edilecektir. Bu görüşe göre, sözleşmenin yorumundan, ifanın yalnızca belirli bir zamanda yapılması gerektiği anlaşılmadığı takdirde,<sup>325</sup> bir başka deyişle borcun sonradan ifa edilmesinin mümkün olduğu durumlarda, imkansızlık o an için söz konusu olsa dahi temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacak, yalnızca sürekli bir imkansızlık temerrüdü engelleyecektir.<sup>326</sup> Buna göre imkansızlığın geçici olması halinde alacaklı borçluya BK m.106'ya göre (TBK m.123 )bir mehil vererek bu süre içerisinde borcun ifasını talep edecek, borçlu tarafından sürenin boşa geçirilmesi halinde ise aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı veya ifadan vazgeçerek müsbet zararının tazmin edilmesi son olarak da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazmin edilmesi seçimlik haklarından birini kullanabilecektir (BK m.108, TBK m.125).

<sup>323</sup> Wagner ise heri ki kurumun geçici imkansızlığa uygulanabilecek hükümlerinin harmanlanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. WAGNER, s.130 vd., 161.

<sup>324</sup> HEINRICH, § 275 N 10; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 46; UNBERATH, § 275 N 35; MEDICUS, Schuldrecht I, 17.Auflage, s.144; BROX/WALKER, § 22 N 6; von TUHR/ESCHER, s.96; BECKER, Art.97 N 21; WEBER, Art.97 N 139; BaslerKommWIEGAND, Art. 97 N 16; BUCHER, OR AT, s. 419-420, BARTH, s.40; THIER, Art.97 N 7; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 31, N 8; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2563; SCHWENZER, N 63.10; GLÄTTLI, s.44; KOLLER, OR AT, § 54 N 183; SULZER, s.95; CAYTAS, 26 vd.; RAMPINI, s.25; MÜLLER-CHEN, s. 119 vd.; RAMPINI, s.29; FEHRE, s.60; WELSER, Bürgerliches Recht II, s.46; DÜLLINGER, Bürgerliches Recht II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3.,aktualisierte Auflage, 3/45; BERGER, N 1515; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.398; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.909; EREN, s.998; REİSOĞLU, s.337.

<sup>325</sup> Tarafların sözleşmede aksini kararlaştırmış oldukları veya üstlenilen yükümlülüğün içeriğinden dolayı istisnai olarak ifanın belirli bir zamanda gerçekleştirilmesinin gerektiği hallerde imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Bkz. von TUHR/ESCHER S.96 vd.; BARTH, s.41; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.45 vd.; FEHRE, s.60

<sup>326</sup> BARTH, s.41; KOLLER, OR AT, § 54, N 187

Geçici imkansızlık hallerine imkansızlık hükümlerinin değil, temerrüt hükümlerinin uygulanması halinde şu soruyla karşılaşılacaktır: Acaba bu durumda alacaklı temerrüt hükümlerine dayanarak borçludan hala aynen ifa talebinde bulunabilecek midir? Zira bu görüşün kabul edilmesi halinde, geçici imkansızlık söz konusu olduğunda ifa bir süre sonra yeniden mümkün olabileceğinden, borçlunun imkansızlık sebebiyle borcundan sonsuza dek kurtulması söz konusu olamayacak, dolayısıyla borçlu borcunu aynen ifa etme yükümlülüğü altında kalmaya devam edecektir. Ancak geçici de olsa bir imkansızlığın söz konusu olması sebebiyle, ifa tekrar mümkün hale gelinceye dek borçlunun sınırsız bir şekilde ifayla yükümlü kalması da düşünülemeyecektir. Zira alacaklı tarafından aynen ifa davası açılması halinde, hakim tarafından, imkansızlık sebebiyle ifa edilemeyecek durumda olan bir borç nedeniyle borçlu aleyhine karar verilmesi adaletsiz ve mantıksız bir sonucun doğmasına neden olacaktır.

Burada birbirinden farklı iki çözüm yolu önerilmiştir: olay ya maddi hukuk düzeyinde çözüme kavuşturularak borçlunun imkansızlık süresi boyunca borcundan kurtulacağı sonucuna varılacak ya da usul hukuku düzeyinde değerlendirilerek bu süre boyunca borçluya dava açılmayacağı söylenebilecektir.<sup>327</sup> Huber<sup>328</sup> bu hususta bir ayırım yapmış, geçici imkansızlıktan borçlunun sorumlu olmadığı hallerde birinci çözüm yolunu, borçlunun sorumlu olduğu hallerde ise ikinci çözüm yolunu benimsemiştir.<sup>329</sup> Hakim kanaate göre ise, bu durumda, alacaklı tarafından temerrüt hükümlerine göre sözleşmeden dönme hakkı kullanılmadığı sürece aynen ifanın talep edilebileceği ileri sürülmüş, ancak bununla birlikte devam ettiği süre boyunca geçici imkansızlığın sözleşme üzerinde birtakım etkilerinin de olacağını kabul edilerek, meselenin hallinin usul hukuku kurallarına göre gerçekleşmesi gerekeceği ifade edilmiştir. Buna göre bazı yazarlar imkansızlık süresince vadenin erteleneceğini ileri sürerken,<sup>330</sup> bazıları ise vadenin değil ifayı talep hakkının erteleneceğini<sup>331</sup> ve

<sup>327</sup> CANARIS, Die einstweilige Unmöglichkeit der Lesitung, s.146. Yazar borçlu geçici imkansızlıkta kusurlu olsun olmasın sözleşmenin usul hukuku düzeyinde ele alınması gerektiğini ileri sürmüştür.

<sup>328</sup> HUBER, Leistungsstörungen I, § 58 II 4

<sup>329</sup> Görüldüğü üzere yazar burada yalnızca kusursuz imkansızlığın borcu sona erdireceği, imkansızlığın borçlunun kusuru neticesinde meydana geldiği hallerde ise borcun devam edeceği düşüncesinden hareket etmiştir. Ancak yazarın bu görüşü § 275 BGB'de imkansızlıkta kusurlu olduğu hallerde dahi borçlunun aynen borcunun sona ereceğinin düzenlendiği, bu sebeple böyle bir ayırma gidilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. CANARIS, Die einstweilige Unmöglichkeit der Lesitung, s.146.

<sup>330</sup> ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.49

<sup>331</sup> von TUHR/ESCHER, s.96; KELLER/SCHÖBI, s.245; BECKER, Art.97 N 21; BARTH, s.22

alacaklının imkansızlık ortadan kalkıncaya kadar beklemek zorunda olacağını ifade etmektedirler. Tüm bu yazarlara göre sözleşme imkansızlık süresince askıda kalacak ve borçlu bu süre boyunca borcunu ifa etmek zorunda kalmayacaktır.<sup>332</sup> Bu görüşlerden farklı olarak doktrinde bazı yazarlar tarafından ise, geçici imkansızlık halinde borçluya karşı aynen ifaya talebiyle dava açılabilirliğini ve hakim tarafından aleyhine karar verilebileceğini, ancak bu hükmün icra edilemeyeceğini ileri sürülmüştür.<sup>333</sup> Son olarak Alman doktrinde Emmerich, geçici imkansızlık süresince borçlunun borcunu ifa etmesini engelleyecek bir def'i hakkına sahip olduğunu ve borçlunun bu hakkını ileri sürmemesi halinde borcunu ifa etmek zorunda kalacağını ileri sürmüştür.<sup>334</sup>

Kanaatimizce de geçici imkansızlıkta, imkansızlığın ne zaman ortadan kalkacağını öngörülemediği veya öngörülmekle birlikte alacaklıdan bu sürenin sona ermesine kadar sabretmesinin beklenemeyeceği hallerde imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Ancak imkansızlığın ne zaman ortadan kalkacağını öngörülebildiği ve ifa tekrar mümkün oluncaya dek alacaklının sabretmesinin alacaklıdan beklenebileceği hallerde ise temerrüt hükümlerine başvurulmasına rağmen, alacaklının temerrüt sebebiyle aynen ifayı talep etmesi mümkün olmayacaktır. Zira burada geçici de olsa o an için fiili bir imkansızlık söz konusudur ve böyle bir durumda borçludan borcunu aynen ifa etmesi beklenemeyecektir.<sup>335</sup> Alacaklının temerrüt sebebiyle sahip olduğu diğer hakları kullanıp kullanmayacağına ise, borçlunun bu geçici imkansızlıktan sorumlu olup olmamasına göre karar vermek gerekecektir. Geçici imkansızlıktan borçlunun sorumlu olduğu hallerde alacaklı geçici imkansızlıkla geçen temerrüt süresine ilişkin gecikme zararının tazminini veya aynen ifadan vazgeçerek müsbet zararının tazminini talep edebilecektir. Borçlu geçici imkansızlıktan sorumlu olsun olmasın, alacaklının sahip olacağı sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için borçluya uygun bir ek süre verilmesinin gerekmesi sebebiyle alacaklının sözleşmeden dönemeyeceği söylenebilecektir. Zira

<sup>332</sup> HEINRICH, § 275 N 10; MEDICUS, Bemerkungen zur vorübergehenden Unmöglichkeit, s.347; CANARIS, Die einstweilige Unmöglichkeit der Lesitung, s.147

<sup>333</sup> KAISER, Zeitweilige Unmöglichkeit, s.127 vd.

<sup>334</sup> EMMERICH, vor § 275 BGB N 28. Ancak söz konusu halde geçici de olsa bir imkansızlığın söz konusu olması sebebiyle, borçlunun bu def'iyi ileri sürmemesi durumunda ifa etmek zorunda kalacak olduğunu söylemek mantıklı gözükmemektedir.

<sup>335</sup> Koller ise burada borçluya karşı gelecekteki ifaya yönelik bir dava açılabilirliğini, bu dava sonucunda ise borçlunun derhal değil, ifa tekrar mümkün hale geldiği anda borcunu aynen ifa etmek zorunda kalacağını ifade etmektedir. Bkz. KOLLER, OR AT, § 54 N 186

verilecek sürenin borçlunun borcunu ifa edebilmesine imkan verecek yeterlikte olması gerektiğinden,<sup>336</sup> bu durumda borçluya verilen süre ancak imkansızlığın ortadan kalkacağı ana kadar geçecek olan süreye eşit olduğu takdirde uygun olarak nitelendirilebilecektir.<sup>337</sup>

## 6- İmkansızlığın Sonradan Ortadan Kalkması Hali

Baştan sürekli olduğu düşünülen bir imkansızlığın, sonradan geçici olduğunun ortaya çıkması halinde, imkansızlık sebebiyle ortadan kalkan bir hukuki ilişkinin yeniden hüküm doğurmasının mümkün olmadığı genel olarak kabul edilmektedir.<sup>338</sup> Ancak bazı yazarlar burada tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerle iki taraf borç yükleyen sözleşmeler arasında bir ayırım yapmaktadırlar.<sup>339</sup> Bu görüşe göre tek taraflı sözleşmelerde borçlu zaten elinde tutmaya hakkının olmadığı bir şeyi alacaklıya vermek zorunda kalacak ve bu halde imkansızlıktan bahsedilemeyecektir. İki taraflı akitlerde ise tarafların belirsiz bir süre boyunca borcun ifa edilmesini beklemelerinin kendilerinden beklenemeyecek olması sebebiyle karşılıklı borçların sona erdiğinin kabul edilmesi gerekecektir. Bu yazarlara göre ifanın beklenmedik bir şekilde sonradan mümkün hale gelmesinin de bu durumu değiştirmeyecek, bir başka deyişle bu durumda taraflara sözleşmeyi yeniden kurma borcunun yüklenemeyecektir.

Dural ise, Türk Hukuku bakımından geçici imkansızlığın temerrüt hükümlerinin uygulanmasına yol açması sebebiyle, sorunun çözümünde bu hükümlerin dikkate

<sup>336</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.947;

<sup>337</sup> Yargıtay 15.Hukuk Dairesi ise bir kararında, geçici imkansızlık halinde alacaklının tahammül sınırları çerçevesinde imkansızlığın ortadan kalkmasını beklemesi gerektiğini, ancak bu sürenin geçmesi halinde artık o sözleşmeyle bağlı kalmasının kendisinden beklenemeyeceğini, dava konusu olayda sözleşmenin feshedildiği tarihteki duruma bakılması gerektiğini, o tarihte geçici imkansızlığın ortadan kalkacağı belli olması halinde sözleşmeden iyiniyetle dönüldüğünün söylenemeyeceğini ifade etmiştir. Yarg.15 HD E 1993/283, K 1993/1511 (Kazancı Hukuk Otomasyonu Sistemi). Yargıtay bu kararında, geçici imkansızlık halinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce borçluya imkansızlığın öngörülen sona erme anına kadar bir süre verilmesine rağmen söz konusu imkansızlığın sona ermesi için kısa bir süreye daha ihtiyaç olması halinde alacaklının bu sürenin geçmesini beklemeyip sözleşmeden dönmesi halinde bu davranışı dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilebilecek ancak bunun öncesinde alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanımamak için dürüstlük kuralına başvurmak gerekemeyecektir.

<sup>338</sup> KLEINEDAMM, s.98; HEINRICH, § 275 N 12; Aksi kanaatte LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 46

<sup>339</sup> LARENZ, Schuldrecht I, s.308

alınması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>340</sup> Yazara göre bu durumda alacaklı, sözleşmeden dönme hakkını kullanmamış olması ihtimalinde sözleşme devam edeceği için, geçici imkansızlık sona erince ifayı talep edebilecektir. Buna karşılık geçici imkansızlık bitinceye kadar beklemek istememesi sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını kullanmış olması halinde ise artık sona ermiş sözleşmenin yeniden dirilmesi mümkün olamayacaktır.

Kanaatimizce bu sonuç yalnızca imkansızlığın geçici olduğu ve taraflardan dürüstlük kuralına göre sözleşmeye uygun davranmaya devam etmelerinin beklenebileceği haller bakımından kabul edilebilecektir. Aksi halde geçici imkansızlık hükümleri sürekli imkansızlıkla aynı sonucu doğuracak olması sebebiyle, borç imkansızlığının meydana gelmesi anında sona ermiş olacağından; ortada dönülecek bir sözleşme kalmadığı gibi, esasen sözleşmenin artık yeniden dirilmesi söz konusu olamayacaktır. Ancak doktrinde imkansızlık ortadan kalkıncaya kadar alacaklı imkansızlık hükümlerine dayanmamış ise, artık imkansızlık ortadan kalktıktan sonra borç ilişkisinin normal hükümlerini icra edeceğinin kabul edilmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir.<sup>341</sup>

## C-KİSMİ İMKANSIZLIK - TAM İMKANSIZLIK

İmkansızlığın mutlaka edimin tamamı bakımından söz konusu olması gerekmekte, imkansızlık bazı hallerde edimin bir kısmı bakımından söz konusu olabilmektedir. İşte imkansızlığın edimin tamamını etkilediği hallerde tam imkansızlıktan, buna karşın yalnız bir kısmını etkilediği ve o kısmın ifa edilememesi sonucunu doğurduğu hallerde ise kısmi imkansızlıktan bahsedilecektir.<sup>342</sup>

<sup>340</sup> DURAL, İmkansızlık, s.109

<sup>341</sup> DÄUBLER, s.64; von TUHR/ESCHER, s.96, 97; OĞUZMAN/ÖZ, s.316; Ancak Öz, buna karşılık imkansızlık ortadan kalktıktan sonra artık ifanın borçlu tarafından teklifi veya alacaklı tarafından talep edilmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşn-mayacağı hallerde borç ilişkisinin sona ereceğinin kabul edilmesi gerekeceğini ifade etmektedir. Bkz.ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s.165

<sup>342</sup> HEINRICHS, § 275 N 7; BARTH, s.44; İNAN, Die Unmöglichkeit der Leistung, s.34; DURAL, İmkansızlık, s.96; DURAL, İmkansızlık Kavramı, s.37; EREN, s.999

## 1-Kısmi İmkansızlık-Kısmi İfa İlişkisi

Kısmi imkansızlık ancak edimin bölünebildiği haller bakımından mümkün olacaktır.<sup>343</sup> Bölünemeyen bir edim söz konusu olduğu takdirde ise edimin bir kısmının ifa edilememesi tam imkansızlığa yol açacaktır. Bu durumda alacaklı BK m.96'ya göre borcun hiç ifa edilmemesi sebebiyle meydana gelen zararının tazmin edilmesini borçludan talep edecektir. Ancak bölünebilir bir edimin söz konusu olması halinde ise durum farklı olacak, bu sefer alacaklının kalan kısmın ifasını kabul edip etmeyeceği ya da etmek zorunda olup olmadığı hususuna dikkat etmek gerekecektir.

İmkansızlığın kısmi olarak nitelendirilebilmesi için edimin mutlaka bölünebilir olması gerekmektedir. Bölünmenin edimin niteliğinde ve bölünen kısımların oransal değerinde bir değişiklik yaratmayacağı edimler bölünebilir edim olarak kabul edilmektedir.<sup>344</sup> Ancak bir edimin bölünebilir olup olmadığının tespiti, söz konusu edimin sadece fiziki veya hukuki olarak bölünebilir olmasına bağlı değildir. Bunun yanı sıra borcun kısmen ifasının alacaklının menfaatlerini karşılayıp karşılamadığı meselesi de önem taşımaktadır. Ayrıca ifa yükümlülüğünün kapsamı da bu tespitte belirleyici olacaktır.<sup>345</sup> Örneğin tarafların bir çift at satımı hususunda anlaşmaları halinde, atlardan birinin ölmesi durumunda, bu atların alelade koşu atı olduğu ve biri olmadan diğerinden faydalanmanın mümkün olduğu hallerde edimin bölünebilir olduğundan, buna karşı söz konusu atların terbiye edilmiş ve birbiriyle uyumlu olduğu hallerde ise bölünemez olduğundan bahsetmek gerekecektir. Bu sebeple bir edimin bölünebilir olup olmadığının söylenebilmesi için, fiziki ve hukuki bölünebilirliğin yanı sıra, taraf iradelerinin, borçlanılan edimin niteliğinin ve ticari

<sup>343</sup> HEINRICHS § 275 Rn.7; ERNST, § 275 N 121; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 51; UNBERATH, § 275 N 48; LOOSCHELDERS, Schuldrecht AT, § 23 N 469; BROX/WALKER, § 22 Prg.13; LORENZ, Zur Abgrenzung von Teilleistung, teilweiser Unmöglichkeit und teilweiser Schlechtleistung im neuen Schuldrecht, NJW 2003 H.43, s.3098; BARTH, s.45; WEBER, Art.97 N 140; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.20 N 63; SCHWENZER, 64.31; THIER, Art.97 8; BERGER, N 1516; CAYTAS, s.28; HUGUENIN, OR AT, N 585 WELSER, Bürgerliches Recht II, s.51; FEHRE, s.181; OĞUZMAN/ÖZ, s.316; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.11; DURAL, İmkansızlık, s.90; DURAL, İmkansızlık Kavramı, s.37; EREN, s.999.

<sup>344</sup> KISCH, Unmöglichkeit, s.161; ERNST, § 275 N 121; BECKER, Art.70 N 2; CAYTAS, s.159; EREN, s.101, 999; DURAL, İmkansızlık, s.93; DURAL, İmkansızlık Kavramı, s.39; TUNÇOMAĞ, s.66; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.11-12,910; OĞUZMAN/ÖZ, s.219; REİSOĞLU, s.285; GÜMÜŞ, Kısmi İfa, MÜHFD, Fehiman Tekil Armağanı, İstanbul 2003, s.607

<sup>345</sup> BARTH, s.44; WEIMAR, Die teilweise Unmöglichkeit der Leistung, MDR 1976, s.551



hayatın gereklerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.<sup>346</sup> Örneğin sandalye, masa, otomobil gibi eşyaların bölünemez eşya oldukları açıktır. Bunun gibi yapmama borçlarının da bölünebilmeleri mümkün değildir.<sup>347</sup> Yapma borçlarında ise sonucun edim davranışının mı yoksa edim sonucunun mu söz konusu olduğuna bağlı olduğu, ilk halde tek bir davranış söz konusuysa edimin daima bölünemez olduğu, birden fazla davranışın söz konusu olması halinde ise bölünebilir olduğunun kabul edilmesi gerektiği, ikinci halde ise başarısız faaliyet hedeflenen sonuç göz önünde bulundurulduğunda tek başına bir değer ifade etmiyorsa edimin bölünemez olduğu, aksi halde ise bölünebilir olduğu ifade edilmektedir.<sup>348</sup>

Edimin bölünebilir olduğu hallerde alacaklının Bk.m.68'e göre kural olarak yapılan kısmi ifayı kabul zorunluluğu bulunmamaktadır.<sup>349</sup> Bu hükme göre alacaklı kısmi ifayı reddedebilecektir. Alacaklının, kalan kısmın ifa edilmesi bakımından bir menfaatinin kalmaması ve kalan kısmın ifasının kendisi için bir anlam ifade etmemesi sebebiyle, ifayı kabul etmesinin ticaret hayatının gereklerine göre kendisinden beklenemediği hallerde, yapılan kısmi ifayı kabul etmesi gerekmeyecek ve bu durumda ifayı kabul etmemesi sebebiyle alacaklı temerrüdüne düşmeyecektir.<sup>350</sup> Zira bu hallerde alacaklı tarafından bu hükümde yer alan hakkın kullanılması MK m.2'de yer alan dürüstlük kuralına aykırı düşecektir. Bunun yanı sıra kısmi ifanın yapılabileceğinin taraflarca önceden kararlaştırıldığı, taksitli satım örneğinde olduğu gibi borcun kısım kısım vadelere bağlanmış olup borcun tamamının muaccel olmadığı ve alacağın bir kısmının ihtilafı olduğu hallerde de alacaklının kısmi ifayı kabul etmek zorunda olduğu kabul edilmektedir.<sup>351</sup>

<sup>346</sup> BUCHER, OR AT, s.242; BARTH, s.45; CAYTAS, s.29; SCHWENZER, 64.31; THIER, Art.97 8; BERGER, N 1516; HUGUENIN, OR AT, N 585; DURAL, İmkansızlık, s.91; DURAL, İmkansızlık Kavramı, s.39; GÜMÜŞ, s.606; EREN, s.101;

<sup>347</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.219

<sup>348</sup> KISCH, Unmöglichkeit, s.162

<sup>349</sup> Hükümün yalnızca para borçları bakımından değil, bölünebilir tüm edimler bakımından uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.230

<sup>350</sup> LARENZ, Schuldrecht I, § 22 I, (s.334); HEINRICH, § 275 N 7; WEIMAR s.550; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2610; BECKER, Art.97 N 22; CAYTAS, s.159; FEHRE, s.183; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.910; TUNÇOMAĞ, s.491; OĞUZMAN/ÖZ, s.220. Avusturya Hukuku bakımından WELSER, Bürgerliches Recht II, Teil, s.53

<sup>351</sup> TUNÇOMAĞ, s.427-428; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.764-765; OĞUZMAN/ÖZ, s.221-222. Hatta doktrindeki bazı yazarlar konuyla ilgili genel bir ölçü bulmanın zorluğunu kabul etmekle birlikte, burada borçlunun menfaatlerinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri sürmektedirler. Buna göre örneğin borçlunun borcunun bir kısmını ifa ettiği ve bu ifanın iptal edilmesinin mümkün olmadığı yahut borçlu için önemli olumsuz sonuçlar doğuracağı hallerde alacaklı artık tam imkansızlığı ileri süremeyecektir. Bkz. BARTH, s.49; CAYTAS, s.160

Bunun yanı sıra alacaklının karşı ediminin bölünmez nitelikte olduğu ya da bölünmesinin borçlunun yararına olmadığı durumlarda, borçlunun karşı edime olan menfaati de dikkate alınmalıdır.<sup>352</sup> Bu durumda, kısmi ifa karşılığında kendi karşı borcunun tamamını ifa ederek ödemezlik def'i ileri sürme hakkından vazgeçip vezgeçmeyeceğine, alacaklının kendisi karar verecektir. Ancak Alman Hukuku'nda olduğu gibi burada da borçlu alacaklıya bir süre tanıyarak, tam imkansızlığa mı yoksa kısmi imkansızlığa mı başvuracağına karar vermesini ve kendisine bildirmesini isteyebilir.<sup>353</sup>

Kanunda yer alan kısmi ifa kavramıyla kastedilen, edimin sayısal olarak bir kısmının ifasıdır. Ani edimlerde kısmi ifa edimin sayısı, büyüklüğü veya ağırlığına göre kararlaştırıldan daha az olarak ifa edilmesi anlamına gelmektedir. Örneğin 100 kasa balık yerine 80 kasa balık verilmesi halinde durum böyledir.<sup>354</sup> Ancak bazı yazarlarca, yalnızca edimin nicelik olarak tam olmaması halinde kısmi imkansızlık söz konusu olmayacağı, aynı zamanda edimin nitelik (kalite) olarak tam olmadığı ya da ifanın yerinde ve zamanında yapılmadığı hallerde de kısmi imkansızlıktan bahsedilebileceği ileri sürülmektedir.<sup>355</sup> Bu yazarlara göre edimin konu, yer ve zaman unsurlarına uygun yerine getirilmemesi halinde ifanın bir daha tam olarak yerine getirilmesinin mümkün olmaması sebebiyle kısmi imkansızlık söz konusu olacaktır.<sup>356</sup> Bu görüş, haklı olarak edimin ifa yerinde gerçekleşmemesinin kısmi imkansızlığa yol açabilmesi için yer unsurunun akdın esaslı bir unsuru haline getirilmesi gerektiği, ancak niteliği icabı ifa yerinin kural olarak bu karakterde

<sup>352</sup> CAYTAS, s.160

<sup>353</sup> ENNECERUS/LEHMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Recht der Schuldverhaeltnisse, 15.Auflage, Tübingen 1958, II § 49 II 5 c.

<sup>354</sup> Medicus ayrıca göre satım sözleşmelerinde devir ve teslimin borçlanıldığını, satıcı bakımından devrin değil ama teslimin imkansız olması halinde kısmi imkansızlıktan bahsedilmesi gerekeceğini ifade etmiştir. Bkz. MEDICUS, Schuldrecht I, 17.Auflage, N 379, s.144

<sup>355</sup> MOMMSEN, s.9; KOLLER, OR AT, § 57 N 71; von TUHR/ESCHER S.97; KRÜCKMANN, s.152-153. Yazar kısmi imkansızlığı zamansal ve mekansal kısmi imkansızlık olarak nitelendirmektedir. Titze ise borcun ifa yerinde ve zamanında yerine getirilmemesi halinde tam imkansızlığın söz konusu olacağı görüşündedir. Bkz. TITZE, s.33 vd.; Edimin niteliği bakımından ise bazı yazarlar edimin niteliğinin nicelik dışında gereği gibi ifanın bir unsuru olduğunu, bu durumda kısmi imkansızlığa değil, ancak tam imkansızlığa yol açabileceğini ifade etmektedir. Bkz. BARTH, s.44. Hatta bazı yazarlar çeşit borcunda edimin kararlaştırılan kalitede ifa edilememesi halinde de kısmi imkansızlığın var olduğunu kabul etmektedirler. Bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2604

<sup>356</sup> Hakim görüşe göre ise imkansızlık yalnızca edimin konusunun imkansızlaşmasını ifade etmektedir. Bkz. HEINRICHS, § 275 N 7; BARTH, s.44; İNAN, Die Unmöglichkeit der Leistung, s.34; EREN, s.999; DURAL, İmkansızlık, s.96. Yazar haklı olarak edimin ifa yerinde yapılmamasının bir kısmi imkansızlığa yol açabilmesi için, onun edimin konusunun unsuru haline gelmesi gerektiğini ifade etmektedir. DURAL, İmkansızlık Kavramı, s.40

olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>357</sup> İstinaen, ifa yerinin akdin esaslı unsuru haline geldiği hallerde dahi herhangi bir sebeple edimin ifa yerinde gerçekleşmemesi halinde kısmi imkansızlık değil, tam imkansızlık söz konusu olacaktır.<sup>358</sup> Edimin ifa zamanında gerçekleşmemesi halinde de kısmi imkansızlıktan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zira ileride açıklanacağı üzere<sup>359</sup> bu durumda ya temerrüt ya da tam imkansızlık söz konusu olacaktır. Son olarak edimin belirlenen niteliklere sahip olamaması halinde kısmi imkansızlığın söz konusu olabilmesi ise ancak mevcut ayıbın ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı hallerde bahis konusu olabilecektir.

Doktrindeki yazarların bir kısmı, borçlunun edimini belirli veya belirsiz bir süre boyunca ifa etmek zorunda olduğu sürekli borç ilişkilerinde de edimlerden birinin yerine getirilmemesi halinde kısmi imkansızlığın söz konusu olabileceği ifade edilmektedir.<sup>360</sup> Konuyla ilgili olarak ise kira sözleşmesi örneği verilmekte ve 1 Ocak-31 Aralık tarihleri arası için yapılan kira sözleşmesinde kiralayanın kiralananı en erken 1 Mart'ta teslim edebilecek olması halinde kısmi imkansızlığın varlığını kabul edilmektedir. Bu yazarlara göre bu tip borç ilişkilerinde edimin bir kısmının ifa edilememesinin geri kalan edimin ifa edilmesini engellmediği gerekçesiyle yalnızca kısmi imkansızlıktan bahsedilebilektir. Konuyla ilgili açıklamalar ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.<sup>361</sup>

Bunun yanı sıra Kleindamm tarafından geçici imkansızlık da kısmi imkansızlık olarak kabul edilmektedir.<sup>362</sup> Yazar geçici imkansızlığı kısmi imkansızlık kapsamında değerlendirmekte ve ayrı bir başlık altında ele alınması eleştirilmektedir.<sup>363</sup> Kanaatimizce kısmi imkansızlık ile geçici imkansızlık birbirinden kalın çizgilerle ayrılmalıdır. Kısmi imkansızlık yalnızca edimin konu itibarıyla tam olarak ifa edilemediği hallerde söz konusu olabileceken, geçici imkansızlık ise, yukarıda da açıklandığı üzere duruma göre ya tam imkansızlık ya da temerrüt sonucunu doğuracaktır.

<sup>357</sup> DURAL, İmkansızlık, s.93-94; DURAL, İmkansızlık Kavramı, s.40,41

<sup>358</sup> İNAN, Die Unmöglichkeit der Leistung, s.34; Bunun için belirli bir arsa üzerinde yapılması gereken inşaatın herhangi bir teknik sebepten ötürü söz konusu arsa üzerinde yapılamaması hali örnek gösterilmiştir. Bkz. DURAL, İmkansızlık, s.94

<sup>359</sup> Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. s.163

<sup>360</sup> FEHRE, s.182; DURAL, İmkansızlık, s.98

<sup>361</sup> Konuyla ilgili açıklamalar için bkz.s.158 vd.

<sup>362</sup> KLEINEDAMM, s.25, 94

<sup>363</sup> KLEINEDAMM, s.24 vd.

## 2- Kısmi İmkansızlığın Sonuçları

Borçlar Kanunu'nda kısmi imkansızlıkla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir.<sup>364</sup> Doktrin ve İsviçre Federal Mahkemesi de konuyla ilgili olarak genellikle, kısmi imkansızlığa kıyas yoluyla Art.20 Abs.2 OR (BK m.20 f.2), Art.196 Abs.2 (BK m.193) ve Art.209 OR (BK m.206)'nin uygulanacağını belirtilmekle yetinmiş,<sup>365</sup> konunun detayına inmemiştir. Buna göre mevcut hükümler gereğince imkansızlaşan kısım bakımından alacaklının talep hakkı sona erecek, ifası mümkün olan kısım bakımından ise borçlunun yükümlülüğü devam edecektir. İmkansızlığa ilişkin hükümler sadece imkansızlaşan kısım bakımından uygulanacak, mümkün olan kısım bakımından ise borçlu borcuyla bağlı kalmaya devam edecektir. Buna göre BK m.68'ye göre kısmi ifayı kabul etmekten kaçınma hakkına sahip olan alacaklı, bu hakkını kullanmayarak kalan kısmın ifasını talep edecek olursa, borçlu talebi yerine getirmek zorunda kalacaktır. Böyle bir halde borçlu kısmi imkansızlıktan sorumlu değilse, alacaklı BK m.117'ye göre imkansızlaşan kısım bakımından karşı edim yükümünden kurtulacak, ancak ifa edilen kısmın bakımından karşı edim yükümü devam edecektir.<sup>366</sup> Borçlunun bu kısmi imkansızlıktan sorumlu olması halinde ise, alacaklı kalan kısma denk gelen karşı edimini ifa edecek, elde edemediği kısım bakımından ise tazminat talep edebilecektir. Alacaklının kısmi ifayı kabul etmek zorunda olmadığı hallerde ise alacaklı borçludan ifa yerine müsbet zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir.<sup>367</sup>

Kısmi imkansızlık bahsinde kaim değeri talep etme ve karşı edimi talep hakkının akıbetinden de bahsetmek gerekmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre alacaklı, borçlunun kusurlu olması halinde kısmi ifanın yanı sıra kaim değeri de talep

<sup>364</sup> Bunun aksine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise kısmi imkansızlık özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre ilk fıkrada borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkansızlaşması halinde borçlunun borcunun sadece imkansızlaşan kısmından kurtulacağı, ancak bu kısmi imkansızlık önceden öngörülebilseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağına açıkça anlaşılabilirdi hallerde ise borcun tamamının sona ereceği ifade edilmiştir. İkinci fıkrada ise, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın borcunun kısmen imkansızlaşması ve alacaklının kısmi ifaya razı olması halinde karşı edimin de aynı oranda ifa edileceği, alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünmeyen nitelikte olması durumunda ise tam imkansızlık hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

<sup>365</sup> BGE 107 II 144 vd.; BECKER, Art.107 N 46; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.107 N 38.

<sup>366</sup> BECKER, Art.117 N 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2607; OĞUZMAN/ÖZ, s.449

<sup>367</sup> HEINRICH, § 275 N 7; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 55; UNBERATH, § 275 N 49; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2606 vd.; BARTH, s.51; BECKER, Art.97 N 22; REİSOĞLU, s.337.

edebilecektir.<sup>368</sup> Buradan, alacaklının kendi edimini borçlunun karşı ediminin değerindeki azalmayla orantılı olarak tenzil edebileceği, zira ücret hasarını alacaklının taşımadığı anlaşılmaktadır.<sup>369</sup> Burada çoğunlukla kendi ediminin bölünemez nitelikte olduğu hallerde kısmi ifayı seçen alacaklının, kendi borcunu tamamen ifa ederek, borçludan aradaki değer farkını kendisine ödenmesini talep edebileceği ileri sürülmektedir.<sup>370</sup> Caytas bu görüşün, ancak alacaklıya seçim hakkının tanınması halinde kabul edilebileceğini ileri sürmektedir.<sup>371</sup> Buna karşın alacaklı, objektif beklenebilirlik kriterine göre (objektive Zumutbarkeit) kısmi ifayı kabule zorlanması halinde, borçlunun kısmi ifasına karşılık kendi borcunu tam olarak yerine getirmesinden ötürü dezavantajlı bir duruma sokulacak, bunun yanı sıra önce ifayla yükümlü olması halinde, borçlunun borcunu kısmen ifa edeceğinin önceden belli olması halinde borçlunun iflas etme riskini taşıyacaktır. Bu sebeple alacaklıya karşılıklı aynı anda (*Zug um Zug*) ifa etme imkanının sağlanması gerekmektedir. Bu sebeplerden ötürü Caytas, somut olayda alacaklıyı karşı edimi ifa yükümünden kurtararak borçlunun kısmi ifasının değerini ödetmenin daha doğru bir çözüm olduğu kanaatinde-dir.<sup>372</sup> Bu fikre karşı ileri sürülen, burada sözleşmenin tam iki taraflılık karakterine büyük bir müdahale olduğu şeklindeki itiraz da geçersiz olacaktır. Zira kısmi ifada bulunmak da sözleşmenin sinallagmatik (tam iki taraflılık) karakterine aykırıdır.

Hasara alacaklının katlanması gerektiği satım sözleşmelerinde ise, alacaklı gerek tam imkansızlığı ileri sürdüğü hallerde gerekse kısmi ifayı kabul ettiği hallerde kendi karşı edim borcunu tam olarak ifa etmek zorunda kalacaktır.<sup>373</sup> Bu durumda alıcı hasardan sorumlu olması sebebiyle kalan kısmı kabul etmek ve malın tamamının bedelini ödemek zorunda kalacaktır. Zira BK m.117 f.1 hasara borçlunun katlanması gereken normal durumları düzenlemektedir. Kaim değer talep etme hakkı bakımından ise hasar yükünün kimde olduğunun bir önemi yoktur.<sup>374</sup>

<sup>368</sup> BGE 51 II 171

<sup>369</sup> BARTH, s.50; CAYTAS, s.160

<sup>370</sup> ENNECERUS/LEHMANN, II § 47 IIa

<sup>371</sup> CAYTAS, s.160

<sup>372</sup> CAYTAS, s.161

<sup>373</sup> BARTH, s.49; DURAL, s.181; OĞUZMAN/ÖZ, s.449

<sup>374</sup> CAYTAS, s.161

Tam imkansızlıkta, borçlunun imkansızlık sebebiyle borcundan kurtulduğu hallerde alacaklı da BK m.117 gereğince kendi borcundan kurtulacaktır. Alacaklının imkansızlıktan önce kendi borcunu ifa etmiş olması halinde ise alacaklı sebepsiz zenginleşmeye dayanarak verdiklerini geri isteyebilecektir.<sup>375</sup> Bu sonuç kısmi imkansızlık bakımından da geçerlidir. Kısmi ifanın beklenebilir (zumutbar) olduğu durumlarda alacaklının karşı ediminin kısmi imkansızlık sebebiyle karşılıksız kalan kısmı bakımından borçlu sebepsiz zenginleşmiş sayılacak ve verdiklerinin iadesini talep edebilecektir. Kısmi ifanın kısmi imkansızlık sebebiyle mantıksız kalacağı hallerde ise bu sonuç borcun geri kalan kısmı bakımından da geçerli olacaktır.<sup>376</sup> Bu durumda bu talebe karşılık borçlu da daha önce ifa edilmiş ifası mümkün kısmı geri isteyebilecektir.

Borçlar Hukuku reformu öncesinde kısmi imkansızlık Alman Medeni Kanunu'nda § 325 Abs.1 S.2'de ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Buna göre iki taraflı bir sözleşmede kısmi imkansızlık halinde alacaklı, menfaati olmadığı sürece kısmi ifayı kabul etmek zorunda kalmayacak ve ifa etmeme sebebiyle tazminat talep edebileceği gibi sözleşmeden de dönebilecektir. Reform sonrası Alman Hukuku'na göre, bölünemeyen bir edim söz konusuysa ifanın kısmen imkansızlaşması tam imkansızlığa yol açacağından borçlu § 275 BGB'ye göre ifa yükümünden kurtulacaktır. Bölünebilen edimlerde ise borçlunun yükümlülüğü imkansızlaşmayan kısım bakımından devam edecektir. Bu durumda borçlunun mümkün olan kısmı ifa etmek istemesi halinde § 266 BGB'deki düzenlenen kısmen ifa değil, tam ifa söz konusu olacaktır.<sup>377</sup> § 275'e göre kısmi imkansızlık halinde aynen ifa talebi kısmen sonra erecektir. Bu halde alacaklının karşı edim yükümlülüğü de *ipso iure* kısmen azalacaktır.<sup>378</sup> Alacaklının karşı edim yükümlülüğünün hangi oranda azalacağı § 326 Abs.1 BGB'de yapılan atıf sebebiyle § 441 BGB'ye göre hesaplanacaktır.<sup>379</sup> Alacaklının önceden fazla miktar ödemiş olması halinde bu kısım §§ 346-348 BGB hükümlerine göre geri istenecektir. Kısmi imkansızlık halinde sözleşme ifası hala mümkün olan edim bakımından devam ettiği içindir ki alacaklının edimin mümkün

<sup>375</sup> *condictio ob causam finitam* veya *condictio causa data causa non secuta*

<sup>376</sup> CAYTAS, s.188

<sup>377</sup> LORENZ, Zur Abgrenzung von Teilleistung, s.3098

<sup>378</sup> Kısmi imkansızlığın edimin nicelik olarak kısmen ifa edilebilir olması sebebiyle ortaya çıkması halinde ise karşı edim yükümlülüğünün *ipso iure* azalmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. CEKOVIC-VULETIC, Haftung wegen Unmöglichkeit nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Münih 2003, s.59

<sup>379</sup> CEKOVIC-VULETIC, s.59

olan kısmını kabul etmemesi şartların gerçekleşmesiyle alacaklı temerrüdüne yol açar. Kısmi imkansızlık halinde alacaklının sözleşmenin devam eden kısmından dönebilmesi § 323 Abs.5 S.2 gereğince kalan kısmın ifasında menfaatinin kalmaması şartıyla mümkün olacaktır. Bu ise alacaklının sözleşmeyi akdederken hedeflediği amacı, edimin mümkün olan kısmının ifasıyla gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı hallerde söz konusu olacaktır.

Alman Borçlar Hukuku Reformu sonrasında § 323 Abs.5 S.2 BGB'de yer alan düzenlemede alacaklıya, kısmi imkansızlık hallerinden farklı olarak, borçlunun ifasının sözleşmeye uygun olmadığı hallerde (kötü ifa), hukuki ya da maddi ayıbın önemli (*erheblich*) olması şartıyla sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır.<sup>380</sup> Tüketim Malları Satım Yönergesi'nin (*Verbrauchgüterkaufrichtlinie*) 3.maddesinin VI. paragrafından esinlenen bu hükümde yer alan şartın alacaklı tarafından ispatının, menfaatin kaybolduğunun ispatlanmasına nazaran daha kolay olmasından dolayı alacaklı için avantajlı olduğu söylenebilecektir. Alacaklı ayıbın önemli olması halinde artık ayıplı malın neden kendisi için yararlı olmayacağını ortaya koymak zorunda kalmayacak, sözleşmeden dönebilmesi için ayıbın önemli olmadığını ispatlaması yetecektir. Buna göre satım ve eser sözleşmelerinde eksik ifa ile ayıplı ifa aynı sonuca ulaşacaktır. Bu durumda söz konusu ayıbın edimin bölünebilen bir kısmında olması haline yine de aynı şartlarla (menfaat kaybını ispatlamaksızın, sadece ayıbın önemli olduğunu ortaya koyarak) sözleşmenin tamamından dönmenin mümkün olup olmayacağı tartışmalıdır.<sup>381</sup>

#### D- HUKUKİ İMKANSIZLIK

Edimin yerine getirilmesinin mantıken veya fiilen mümkün olmasına karşın, edim ifa zamanında yürürlükte olan bir hukuk normu sebebiyle yerine getirilemediği takdirde hukuki imkansızlık söz konusu olacaktır. Hukuki imkansızlıkta edimin konusu mevcut olmasına rağmen, borçlu bu edimini sözleşmenin kurulmasından sonra yürürlüğe giren bir yasak veya hukuki engel sebebiyle yerine getiremeyecek durumdadır. Buna göre örneğin, taraflar arasında satım akdinin kurulmasından sonra

<sup>380</sup> LORENZ, Zur Abgrenzung von Teilleistung, s.3098

<sup>381</sup> Lorenz bu soruya olumlu cevap vermektedir. LORENZ, Zur Abgrenzung von Teilleistung, 3099

sözleşmesinin konusunu oluşturan malın telef olması halinde fiili imkansızlık, yurt dışından ithalinin yasaklanması halinde ise hukuki imkansızlık söz konusu olacaktır. Ancak hukuk imkansızlık, biraz önce verilen örneklerle birlikte, getirilen ambargo sebebiyle belirli bir ülkeden mal ithal edilememesi, inşaatın yapılacağı arazi bakımından imar yasağı getirilmesi, devredilen eşyanın tedavülünün yasaklanması<sup>382</sup> ve satılan fakat henüz devredilmeyen arazinin kamulaştırılması örneklerinde olduğu gibi yalnızca sözleşmeyle hedeflenen amacın gerçekleşmesine kanunen cevaz verilmemesi şeklinde değil, bir satım sözleşmesinde satılan malın alıcıya ait olması<sup>383</sup> örneğinde olduğu gibi, sözleşmeyle hedeflenen amacın ifadan önce başka bir şekilde gerçekleşmesi<sup>384</sup> şeklinde de karşımıza çıkabilecektir. Bunun yanı sıra parça borcunun söz konusu olduğu bir satım sözleşmesine konu malın, borçlu tarafından üçüncü bir şahsa satılıp devredilmesi durumunda da şayet bu üçüncü kişinin bu borcu ifası için malını vermeye niyeti yoksa, imkansızlığın hukuki nitelikte olduğu söylenebilecektir.

Kleinedamm mantıki imkansızlık-hukuki imkansızlık ayırımına karşı çıkmıştır.<sup>385</sup> Yazar hukuki imkansızlık kavramını eleştirmekte ve gereksiz bulmaktadır. Yazara göre bir şey yerine getirilemiyor ise bu mantıken imkansızdır ve bunun sebebinin ne olduğu bu açıdan önemli değildir.<sup>386</sup> Hukuki imkansızlık zaten mantıki imkansızlık içinde bulunduğundan ayrıca bir ayırma gidilmesine gerek bulunmamaktadır. Yazara göre sözleşme konusu malın niceliği ve niteliği, ifa yeri ve zamanının yanı sıra dürüstlük kuralına göre ticari hayatın gereklerini göz önünde bulundurmamak da sözleşme ilişkisinin içeriğini oluşturmaktadır. Bunun sonucunda yalnızca iki halde hukuki imkansızlık olarak nitelendirilen imkansızlıktan bahsetmek mümkün olabilecektir. Buna göre ya sözleşmeden doğan yükümlülüğün gerektirdiği zahmet ve masraflara katlanılmasına rağmen hedefe ulaşamadığı yani ifanın gerçekleştirilemediği ya da edimin ifasının ancak borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüğün gerektirdiği zahmet ve masrafın çok üstünde zahmet ve masrafa katlanması halinde mümkün olabileceği haller hukuki olarak nitelendirilebilecektir.

<sup>382</sup> Buraya kadar verilen örnekler bakımından söz konusu olan hukuki imkansızlık geçici nitelikte de olabilecektir.

<sup>383</sup> Satılan malın zaten alıcıya ait olması halinde baştaki hukuki imkansızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra örneğin miras yoluyla alıcıya geçmesi halinde ise sonraki hukuki imkansızlık söz konusu olacaktır.

<sup>384</sup> HEINRICHS, § 275 N 17; ERNST, § 275 N 40

<sup>385</sup> KLEINEDAMM, s.110 vd.

<sup>386</sup> KLEINEDAMM, s.14 vd.



Ancak yazar her iki durumda da ifanın hukuken değil mantıken imkansız olduğu düşüncesindedir.<sup>387</sup>

Hukuki imkansızlıkla ilgili olarak Lehmann ise, doğa kanunlarına göre yerine getirilmesi imkansız olan bir duruma hukukun hiçbir zaman sonuç bağlamayacağını, bir başka deyişle mantıken imkansız olanın hukuken de imkansız olduğunu, ancak hukuk tarafından doğa kanunlarına göre mümkün olan bir şeyin imkansız olarak kabul edilebilmesinin söz konusu olabileceğini, durum böyle olunca mantıki imkansızlığın hukuki imkansızlığı kapsamadığını, aksine hukuki imkansızlığı mantıki imkansızlığı da içine alan bir kavram olarak kabul etmek gerekeceğini ifade etmiştir.

Bu yazarların yanı sıra Barth da hukuki imkansızlık kavramını reddetmektedir. Yazara göre doktrinde bazı yazarlarca kullanılan ve ifade bulunmanın bir hukuk normuna aykırı olduğu durumları ifade eden hukuki imkansızlık kavramı hukuka aykırı durumlarla sınırlı olduğundan imkansızlık kavramından ayrı tutulmalıdır. Yazara göre sadece idare tarafında getirilen önlemlerin ifade bulunmayı engellediği durumlarda gerçek imkansızlıktan bahsedilebilecektir. Bu nedenle de objektif imkansızlık kavramı altında ayrıca bir hukuki imkansızlık ayrımı yapmak gereksizdir. Örneğin ihracat yasağı gerçekten sınırda söz konusu malın yurt dışına çıkartılmasının engellenmesi sebebiyle imkansızlık yaratır.<sup>388</sup>

Bazı yazarlara göre ise hukuki imkansızlığın objektif imkansızlık içinde ele alınması mümkün değildir. Edimin yerine getirilmesi her ne kadar hukuk normlarına aykırı olsa ve yerine getirilmesi halinde bir yaptırımla karşılaşma riski söz konusu olsa bile, işin mantığı gereği hukuki imkansızlık objektif imkansızlık olarak telakki edilemeyecektir. Zira kanunen yasak olsa ve bir yaptırımla söz konusu olsa dahi borcun ifası objektif olarak mümkündür. Borcun ifasının imkansız olmasıyla, borç ifa edildiği takdirde bir yaptırıma maruz kalınacak olması farklı durumlardır. Bu aynı

<sup>387</sup> KLEINEDAMM, s.112

<sup>388</sup> BARTH, s.27, 28; Aynı görüşte KORNFELD, s.12 vd, 91vd. Yazar hukuki imkansızlığı gerçek anlamda imkansızlık saymanın mümkün olmayacağını ifade etmektedir. Zira edimin yerine getirilmesinin bir hukuk normuyla yasaklandığı hallerde bu yasağa rağmen ifa halen mümkündür. Daha sonra bu sebeple bir yaptırımla karşılaşılacak olması ifanın imkansız olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Yazara göre imkansızlık ancak edimin tabi şartlarından birinin eksik olduğu hallerde söz konusu olabilecektir. Hukuki imkansızlık halinde ise edimin tabi şartlarından biri eksik olmayıp, bir hukuk normunun ihlal edilmesi sebebiyle hukuki şartlarından biri eksiktir.

zamanda pratik, fiili ve ekonomik imkansızlık için de geçerlidir.<sup>389</sup> Bu görüşe göre ancak borcun ifasının hukuk sisteminin doğrudan bir müdahalesi veya tanınmasıyla mümkün olduğu ya da ifa yasağının etkili yaptırımlar vasıtasıyla kesin olarak uygulandığı hallerde hukuki imkansızlıktan bahsedilebilecektir.<sup>390</sup> Hakim kanaat ve Yargıtay ise objektif imkansızlığın hukuki imkansızlık şeklinde de karşımıza çıkabiliğini ileri sürmektedir.<sup>391</sup>

Titze ise hukuki imkansızlığı, mantıki ve göreceli imkansızlığın bir üst başlığı, başka bir deyişle toplamı olarak görmektedir.<sup>392</sup> Yazar, bir ifanın gerçekleşmesi karşısında ya aşılmaz bir ifa engelinin bulunduğu ya da bu nitelikte olmayan bir engeli aşmasının borçludan adalet duygusu gereğince beklenemeyeceği hallerde edimin hukuki anlamda imkansız sayılacağını ifade etmiştir.<sup>393</sup> Bu görüş bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Örneğin İnan'a göre ifası mümkün olan bir edimi imkansız olarak nitelendirmek doğru değildir. İmkansızlık kavramından anlaşılması gereken yalnız ve yalnız mantıki imkansızlıktır ki, buna göre ancak ifası doğa kurallarına göre imkansız olan bir edim imkansız sayılabilir. İmkansızlık ile borçluyu aşırı zahmet ve masrafa sokan durumlar (kimi yazarlarca hukuki imkansızlık, kimilerince beklenilmezlik hali olarak tanımlanmıştır) hukuken aynı kabul edilemez. Yazar ayrıca hukuki imkansızlık kavramını, çok geniş olması ve yalnızca objektif imkansızlığın değerlendirilmesiyle sınırlı kalmayıp, bunun dışında sübjektif imkansızlığa da uygulanmak isteneceği, bunun yanı sıra imkansızlığın orantısız güçlük kavramıyla hukuken aynı anlama gelmeyeceği ve son olarak ifanın hukuken

<sup>389</sup> CAYTAS, s.23

<sup>390</sup> CAYTAS, s.32

<sup>391</sup> HEINRICH, § 275 N 16; ERNST, § 275 N 40 vd.; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 66 vd.; UNBERATH, § 275 N 25 vd.; MEDICUS, Schuldrecht I, 17.Auflage, § 33 N 367 (s.141); EMMERICH, Leistungsstörungen, § 3 N 25, 32; BROX/WALKER, § 22 N 4; LORENZ/RIEHM Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, § 6 N 300; BECKER, Art.97 N 13; WEBER, Art.7 N 112; WIEGAND, in Honsell/Vogt/Wiegand, Art.97 N 8; THIER, Art.97 N 6; KELLER/SCHÖBI, s.245; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2560; KOLLER, OR AT, § 13 N 48; SCHWENZER, N 63.02; BERGER, N 1510; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.397; FEYZİOĞLU, s.459; AYBAY, s.127; OĞUZMAN/ÖZ, s.76; KILIÇOĞLU, s.481; EREN, 995,996; ERZURUMLUOĞLU, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Terine Getirilememesi, Ankara 1970, s.12; DURAL, İmkansızlık, s.9 vd.; DURAL, İmkansızlık Kavramı s.15. Yazar bu imkansızlığı "dar anlamda hukuki imkansızlık olarak nitelendirmektedir.. Yarg.13.HD E.1992/7755, K.1992/7381 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); YHGK, E.1984/11-139, K.1984/426 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); YHGK E. 1981/11-440, K.1983/133 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.14.HD. E.2001/99, K.2001/1611 (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Yarg.11.HD E.2008/1538, K.2009/5276

<sup>392</sup> TITZE, s.2 ; ayrıca bkz. ve karşı. TUNÇOMAĞ, s.179

<sup>393</sup> TITZE, s.2 vd., özellikle s.9

imkansız olmasına rağmen mantık olarak mümkün sayılacağı hallerin olacağı gerekçeleriyle reddetmektedir.<sup>394</sup>

Kanaatimizce imkansızlık mantık kurallarına aykırılık ve fiili imkansızlık şeklinde olabileceği gibi hukuki imkansızlık olarak da karşımıza çıkabilecektir. Hatta bazı hukuki imkansızlık hallerinde fiilen edimin yerine getirilebileceği rahatça söylenebilir. Örneğin ithali yasak malın yaygın şekilde yurda kaçak sokulabildiği ve bunun da hemen herkesçe bilindiği durumlarda da, ifa hukuken kesin şekilde imkansızdır. Gene, kaçak inşaatların ve kaçak katların yaygın olduğu ve yıkılmadığı bir bölgede, bir imar yasağı veya sınırlaması gelmesine rağmen inşaatı bitirmek fiilen mümkün denilse de, hukuken imkansızdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, edimin mevcut bir hukuk normu sebebiyle yerine getirilemediği hallerde hukuki imkansızlık söz konusu olacaktır. Üstelik hukuki imkansızlık yalnızca objektif imkansızlığa yol açmayacak, çifte satım örneğinde olduğu gibi sübjektif hukuki imkansızlık halleriyle de karşılaşılabilecektir.

## **E- OBJEKTİF - SÜBJEKTİF İMKANSIZLIK**

Baştaki imkansızlık bakımından büyük önem taşıyan objektif-sübjektif imkansızlık ayrımının sonraki imkansızlık bakımından da önemli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Ancak bu tartışmalara girilmeden evvel konuyla ilgili teorilere değinilecek ve objektif-sübjektif imkansızlık ayrımının hangi kıstaslara göre yapıldığı incelenecektir.

### **1- Ayrımında Kullanılan Kriterler**

Objektif-sübjektif imkansızlık ayrımında kullanılan kriterler birbirinden farklılık göstermektedir. Bazı yazarlar ve bu arada Yargıtayımız, bu ayrımında imkansızlığın kimin üzerinde etkili olduğunu dikkate almakta ve borcun yalnızca borçlu tarafından değil, aynı zamanda üçüncü kişiler tarafından da ifa edilemeyecek durumda olması

---

<sup>394</sup> İNAN, Die Unmöglichkeit der Leistung, s.6

halinde objektif imkansızlığın, yalnızca borçlu tarafından ifa edilemeyecek durumda olması halinde ise subjektif imkansızlığın<sup>395</sup> söz konusu olduğunu ifade etmektedirler.<sup>396</sup> Buna göre örneğin borçlunun imar yasağı sebebiyle sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde objektif imkansızlık, devretmekle yükümlü olduğu bir taşınır malı bir başkasına satıp devretmesi halinde ise subjektif imkansızlık söz konusu olacaktır.

Borcun yalnızca borçlu tarafından ifa edilemeyecek durumda olmasına rağmen üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesinin mümkün görüldüğü hallerde imkansızlığın subjektif nitelikte olduğunu kabul eden yazarlarca, borçlunun kıyaslanacağı üçüncü şahısların kimlerden oluşacağı hususunu tam olarak açıklanmamıştır. Genel olarak, objektif imkansızlığın tespitinde borçlu ile kıyaslanacak kişilerin oluşturduğu grubun kapsamının geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>397</sup> Buna göre bu grubun kapsamına, borçlunun, kendilerinden

<sup>395</sup> Bazı yazarlar subjektif imkansızlık kavramı yerine borçlunun ekonomik ve kişisel güçsüzlük deyimini kullanmaktadır. **KELLER/SCHÖBI**, s.145; **VON TUHR/PETER**, s.263; **EREN**, s.296

<sup>396</sup> **MOMMSEN**, s.5; **TITZE**, s.59; **ERNST**, § 275 N 35, 50; **HEINRICH**, § 275 N 13, 23; **UNBERATH**, § 275 N 21, 42; **MEDICUS**, Schuldrecht I, 17.Auflage, § 33 N 366 (s.367); **LARENZ**, Schuldrecht I, § 8 I, s.98; **EMMERICH**, Leistungsstörungen, § 3 N 19, 32; **BROX/WALKER**, § 22 N 4, 7; **FIKENTSCHER**, Schuldrecht, 9.Auflage, s.219; **LOOSCHELDERS**, Schuldrecht AT, § 23 N 465; **KISCH**, Unmöglichkeit, s.9,10; **KLEINEDAMM**, s.3 vd.; **KLEY**, s.106; **ZIMMER**, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, H.1, s.1; **SCHLECHTRIEM-SCHMIDT-KESSEL**, Kapitel 13 N 474; **BECKER**, Art. 20 N 2; **WEBER**, Art.97 N 114, 119, 125; **WIEGAND**, Art.97 N 10; **WIEGAND**, in Honsell/Vogt/Wiegand, Art.97 N 9; **VON TUHR/ESCHER**, s.94; **BUCHER**, OR AT, s.248, 416; **BARTH**, s.37. Yazar bu kriteri kabul etmekle birlikte, bu görüşü savunan diğer yazarların aksine, kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerde her imkansızlığın objektif imkansızlık olarak görülemeyeceğini, bazı hallerde subjektif imkansızlığın da söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca **ZIEGLER**, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.55; **OSER/SCHÖNENBERGER**, 20 N 8; **KOLLER**, OR AT, § 53, N 12; **SCHWENZER**, N. 63.08; **FURRER/MÜLLER-CHEN**, Kapitel 18, N 44, s.492; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N 2558; **HUGUENIN**, OR AT, N 555, 556; **RAMPINI**, s.31; **ESENER**, s.207; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.396; **FEYZİOĞLU**, s.173, 459; **SAYMEN/ELBİR**, C.II, s. 41; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.78; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.404; **TUNÇOMAG**, s.179; **EREN**, s.295, 997; **KILIÇOĞLU**, s.482; **REİSOĞLU**, s.335; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 9. Yazar subjektif imkansızlığı, sadece borçlunun işgücüsüyle, sağlığıyla, yetenekleriyle, tasarruf yetkisiyle ve başkaca özellikleriyle ilgili kişisel, öznel nedenlerle edimin aynen yerine getirememesi olarak tanımlamıştır. Ayrıca, **BAŞPINAR**, s.119; **ALTAŞ**, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, s.184; **ALTUNKAYA**, s.114; **TOPUZ/CANPOLAT**, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi, AÜHFD 2008, s.677; Yarg.14.HD E.2006/7776, K.2006/10511 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD E.2001/4351, K.2002/545 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD, E.1993/2577, K.1994/797; Yarg.15.HD E.2008/1407, K.2008/2771 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.13 HD E.1998/8857, K.1998/9431 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD E.1981/825 K.1981/1234 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

<sup>397</sup> Örneğin **WEBER**, Art.97 N 114. Üçüncü kişilerin alanının bu kadar geniş tutulması, varlığı dahi ispatlanamayan bir üçüncü şahsın borçluya kıyaslanması neticesinde imkansızlığın subjektif olduğuna karar vermenin doğru olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **RAMPINI**, s.41; **CAYTAS**, s.24, 25

yerine ifade bulunmalarını isteyebileceği tüm şahıslar girecek ve borcu ifa edebilecek durumda olan herhangi bir üçüncü kişinin varlığı imkansızlığın subjektif sayılabilmesi için yeterli olacaktır. Karşı görüşte olan bazı yazarlar ise, borcu ifa edebilecek durumda olmaları sebebiyle imkansızlığın subjektif olarak değerlendirilmesine yol açacak bu üçüncü şahıslar grubunun kapsamının bir şekilde sınırlandırılması gerektiğini, aksi halde objektif imkansızlığın kapsamının katlanılmaz biçimde daraltılmış olacağını ileri sürmüşlerdir.<sup>398</sup> Bu görüşe göre imkansızlığın ancak borcun yeryüzündeki hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek durumda olması halinde objektif olduğunun kabul edilmesi halinde subjektif imkansızlığa yer kalmayacak ve artık böyle bir kavramdan bahsedilemeyecektir. Borçluyla kıyaslanacak kişilerin oluşturduğu grubun yeryüzünde yaşayan herkesi içine alacak şekilde genişletilmesi, herkesin borçluyla aynı durum ve şartlarda bulunmaması sebebiyle mantıksız olacağından bu ayrımı yaparken olaya daha gerçekçi yaklaşarak, sadece sözleşmeye uygun ifade bulunabilecek üçüncü kişilerin dikkate alınması daha doğru olacaktır.<sup>399</sup> Buna göre üçüncü kişilerin borçluyla aynı sebeple borcu ifa edemedikleri hallerde objektif imkansızlıktan bahsetmek gerekecektir.<sup>400</sup>

Objektif-sübjektif imkansızlık bahsinde kullanılan bir başka kritere göre ise, imkansızlığa yol açan olayın borçlunun şahsından kaynaklandığının söylenebildiği hallerde sübjektif imkansızlık, borçlunun dışında kalan bir nedenden ötürü ifanın imkansızlaşmış olması halinde ise objektif imkansızlık söz konusu olacaktır.<sup>401</sup> Görüldüğü üzere burada imkansızlığın kim için söz konusu olduğuyula ilgilenilmemekte ve bu ayrım tamamiyle, bu imkansızlığa yol açan engelin kimden veya nereden kaynaklandığı kriterine dayanarak yapılmaktadır.<sup>402</sup> Bir başka deyişle

<sup>398</sup> HARFF, Ursprüngliche Unvermögen zur Leistung und seine grundsätzlichen Rechtsfolgen nach deutschem bürgerlichen Recht, Berlin 1912, s. 10, 31 vd.; CAYTAS, s.24

<sup>399</sup> HARFF, s.31; CAYTAS, s.24

<sup>400</sup> Bu nedenle objektif-sübjektif ayrımında ifanın yalnız borçlu için mi yoksa aynı zamanda üçüncü kişiler için de mi söz konusu olduğu kriterinin uygulanamayacağı görüşünde BARTH, s.36 vd.

<sup>401</sup> LÖWISCH/CASPERS, § 275 N 55 ; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 62; WIEDEMANN, Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I, (§§241-432), Berlin/Köln 1990, § 275 BGB N 49; RABEL, Unmöglichkeit der Leistung, s.31; KORNFELD, s.16; BARTH, s.36 vd., 214; İNAN, Die Unmöglichkeit der Leistung, s.24 vd.; baştaki imkansızlık bakımından von TUHR/ESCHER, s.263; KELLER/SCHÖBI, s.145; OSER/SCHÖNENBERGER, N 8 zu Art.20; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.908

<sup>402</sup> Bu görüş, ifa engelini borçlunun hakimiyet alanı dışında kalan bir sebepten veya borçlunun şahsından kaynaklanmasına göre ayrım yapması sebebiyle Almanya'da bazı yazarlar tarafından

kullanılan bu kriterle ifa engelinin kişiler üzerindeki etkileri değil, ifa engelinin türü dikkate alınmaktadır.<sup>403</sup> Bu görüş taraftarlarına göre, üçüncü kişilerin yalnızca borçluyla aynı sebepten dolayı borcu ifa edemeyecek durumda olduğu hallerde imkansızlık objektif nitelikte olacak, ancak söz konusu üçüncü şahısların, borçlunun borcun ifa edememesinin sebebi dışında bir sebeple borcu ifa edemedikleri hallerde ise, imkansızlığın sübjektif olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.<sup>404</sup> Buna göre, bazı hallerde ifa hiç kimse tarafından yerine getirilemez durumda olsa bile imkansızlığın sübjektif karakterde olduğu söylenebilecektir. İşte bu nedenle bu görüş taraftarlarına göre edimin yalnız borçlu mu yoksa hiç kimse tarafından mı ifa edilemediği şeklindeki bir kriterin kullanılması bu ayırımı yetersiz kalmaktadır. Bu görüşe göre imkansızlığa yol açan kişisel engeller, hastalık veya sakatlıktan kaynaklanabileceği gibi, borçlunun borcun ifası için gereken eğitime ve yeterliliğe veya tasarruf yetkisine sahip olmaması, ekonomik olarak borcu ifa edecek durumda bulunmaması ya da borcun ifası için gereken araç gereçlere sahip olmamasından kaynaklanabilecektir.

Bazı yazarlar ise böyle bir ayırımı en başından karşı çıkmışlardır.<sup>405</sup> Bu yazarlara göre ancak yalnızca objektif imkansızlık, kanunen imkansızlık olarak değerlendirilebilecek, borçlunun şahsından kaynaklanan birtakım sebeplerle borcunu ifa edememesi halinde imkansızlık hükümleri uygulanamayacaktır. Bu görüşe göre sübjektif imkansızlık gerçek anlamda bir imkansızlık değildir; bu durumda söz konusu olan ya geçici imkansızlık ya da beklenilmezlik halidir ki, bu hallere imkansızlık değil, temerrüt hükümleri uygulanacaktır. Bu yazarlar imkansız olan edimin asla ifa edilemeyeceğini ve bir edimin kimse tarafından ifa edilemeyeceğinin, yine herkes tarafından kabul edilmesi halinde imkansızlaşmış sayılabileceğini ifade etmişlerdir.

Görüldüğü üzere objektif-sübjektif imkansızlık arasındaki sınırın tayini bakımından genel nitelikte bir ilke koymak mümkün olmamış, ayırımı birbirinden farklı

---

“Alan Teorisi” (Sphärentherie) olarak adlandırılmıştır. Bkz. **SOERGEL-WIEDEMANN**, § 275 BGB N 49

<sup>403</sup> **RAMPINI**, s.42. Yazar ifa engelinin kişinin kendisinden mi yoksa kişinin dışındaki bir olaydan mı kaynaklandığının tespitinin bazı zamanlarda zor olmasının bu teorinin zayıf noktasını oluşturduğu ifade edilmiştir. Bkz. **RAMPINI**, s.43

<sup>404</sup> **BARTH**, s.37

<sup>405</sup> **HARTMANN**, Die Obligatio, s.137 vd.; **von BÜREN**, OR AT, s.390

kriterler kullanılmıştır. Bu sebeple öncelikle somut birtakım örnekler üzerinden giderek her iki görüş arasındaki farklılıkları ortaya koymak ve hangi hallerde birbirinden farklı sonuçlara vardıklarını tespit etmek konunun izahı açısından yerinde olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mantık kurallarının, bir başka deyişle doğa kanunlarının bir edimin yerine getirilmesini mümkün görmediği hallerde, imkansızlık çoğunlukla objektif nitelikte olacak ve bu hallerde subjektif imkansızlıktan ancak istisnai bazı durumlarda bahsedilebilecektir. Örneğin bir parça borcunun söz konusu olduğu verme borçlarında, edimin herhangi bir sebeple ortadan kalkması halinde, imkansızlığın daima objektif nitelikte olduğu sonucuna varılacaktır. İstisnai durumlarla, örneğin mutlak surette borçlu tarafından yerine getirilmesi gerekmeyen yapma borçlarında karşılaşılabilecek, bu hallerde, örneğin alacaklının yağlı boya portresini yapma yükümlülüğü altına giren ve felç geçirmesi sebebiyle edimini ifa etmesi doğa kanunlarına göre mümkün olmayan borçlunun içinde bulunduğu imkansızlık subjektif olarak kabul edilecektir. Bu örnek bakımından ayrımda kullanılan her iki kriterde aynı sonuca varacaktır.<sup>406</sup>

Edimin ifasının mantık olarak mümkün olmasına rağmen fiili olarak imkansız olduğu hallerde de imkansızlığın büyük çoğunlukla objektif nitelikte olduğu söylenebilecektir.<sup>407</sup> Örneğin okyanusun en derin noktasına düşen yüzük örneğinde olduğu gibi, ifanın fiilen mümkün olmama sebebiyle imkansız olduğunun kabul edildiği her durumda bu imkansızlık, çok istisnai bazı haller dışında, herkes bakımından geçerli olacaktır. Bu durumlarda da hangi görüş kabul edilirse edilsin objektif imkansızlığın varlığı kabul edilecektir. Yine bir parça borcunun söz konusu olduğu verme borçlarından yola çıkılacak olursa, bu durumda edim bir yandan hem borçlu hem de üçüncü kişiler tarafından ifa edilemeyecek durumda olmakta, diğer yandan bu durumda imkansızlık borçlunun şahsından değil edimin konusundan kaynaklanmaktadır.

<sup>406</sup> İmkansızlık ilk teoriye göre borcu ifa edebilecek üçüncü kişilerin var olması, ikinci görüşe göre ise borçlunun şahsından kaynaklanması sebebiyle subjektif olarak kabul edilecektir.

<sup>407</sup> LORENZ/RIEHM, § 6 N 299

Hukuki imkansızlık bakımından ise imkansızlık sübjektif veya objektif olarak karşımıza çıkabilecektir. Örneğin getirilen imar yasağı sebebiyle sözleşmede belirtilen araziye bina inşa edilememesi, satılan malın tedavülünün yasaklanması, bir imar veya ihracat yasağının<sup>408</sup> söz konusu olması hallerinde imkansızlığı objektif saymak gerekecekken, satıcının sattığı malı bir üçüncü kişiye satıp devrettiği çifte satım<sup>409</sup> halinde imkansızlık kabul edilecek olursa, bu imkansızlığın sübjektif nitelikte sayılması gerekecektir. Buna karşılık bir kimseye, zaten kendisine ait bir malın satılması halinde imkansızlık objektif sayılabilecektir.

Görüldüğü üzere bu ayırımı kullanan teoriler olayların çoğunda bizi aynı sonuca götürmektedir. Bir başka deyişle imkansızlığın edimin konusundan kaynaklanması sebebiyle borç yalnız borçlu tarafından değil aynı zamanda üçüncü kişiler tarafından da ifa edilememekte, borçlunun şahsından kaynaklanan bir imkansızlığın bulunması halinde edimin ifası yalnızca borçlu bakımından imkansız olmaktadır. Her iki teorinin farklı sonuçlara vardığı yegane nokta mutlak surette borçlu tarafından ifa edilmesi gereken borçlardır.

Borçlunun, kişisel özelliklerinin, kabiliyetinin ve güvenilirliğinin önem taşıması sebebiyle borcu mutlak olarak şahsen ifa etmesi gereken kişisel edimlerde imkansızlığın sübjektif mi yoksa objektif mi olduğu konusunda bir tartışma mevcuttur. Ancak bu tartışmalara geçmeden öncelikle incelenmesi gereken sorun kişiye sıkı surette bağlı edimlerden (höchstpersönliche Leistungen) ne anlaşılması gerektiğidir.

Hangi edimlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu hususunda doktrinde tam bir birlik bulunmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlar kişisel edimleri dar yorumlamakta ve sadece borçlunun kişiliğinin borç ilişkisinin esaslı unsuru olduğu halleri edimleri kişisel olarak saymaktadır.<sup>410</sup> Buna göre sadece borçlunun yerine getirebileceği, borçludan başkasının ifada bulunmasının mümkün olamayacağı hallerde kişisel

<sup>408</sup> Burada da ikili bir ayrıma gidilerek, herkes için geçerli bir ihraç yasağının söz konusu olduğu hallerde objektif, borçlunun ihracat yapabilmek için sahip olması gereken yetki belgelerine sahip olmaması sebebiyle ihracat yapamaması halinde ise sübjektif imkansızlığın söz konusu olduğu söylenebilecektir.

<sup>409</sup> İfa anında devrini yükümlendiği malın borçlunun elinde olmadığı haller aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz.... İÇ ATIF

<sup>410</sup> Bu doğrultuda olmak üzere bkz. ENNECERUS/LEHMANN, § 29 I,3,S.131



edimlerden bahsedilecektir. Bu görüş taraftarları kişisel edimlere örnek olarak alacaklının portresini yapma borcunu üstlenmiş ressamın edimini, alacaklıyı ameliyat etme borcunu yüklenmiş doktorun edimini ve bunların yanı sıra mimar ve avukatların edimlerini göstermektedirler. Bu sayılan örneklerdeki edimlerin kişisel edim niteliğinde olup olmadığı hususu durumdan duruma değişiklik gösterecektir. Buna göre bir ressamın portre yapma borcu altına girdiği bir olayda, alacaklı söz konusu ressamın dahiyane yetenekleri sebebiyle onunla borç ilişkisine girmişse burada kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edimden söz edilebilecek, ancak sıradan bir ressamın böyle bir borç altında gitmesi halinde ise aynı sonuca varmak mümkün olmayacaktır.<sup>411</sup> Bu tespitte ayrıca alacaklının sözleşmeyi yaparken resmi mi yoksa ressamı mı esas aldığı da önem taşımaktadır. Hekim bakımından da aynı sonuca varılabilecektir. Eğer yapılacak müdahale özel birtakım becerilerle birlikte büyük bir tecrübe gerektiriyorsa ya da yapılacak ameliyatın niteliğine göre hasta yalnızca o hekim tarafından ameliyat olmak istiyorsa, burada hekimin edim yükümü kişisel olarak nitelendirilebilecektir. Zira bu hallerde de taraflar arasında borç ilişkisinin kurulmasına hekimin bahsedilen özelliklere sahip olması ve bu veya bir başka sebeple kendisine büyük güven duyulması sebep olacaktır. Bunun dışındaki hallerin hemen hemen tamamında ise, bir uzman hekim tarafından yapılacak ameliyatın bir başka hekim tarafından da yapılması her zaman mümkün olacağından, bu hallerde hekimin ediminin kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerden olduğunu söylemek güçleşecektir. Mimarlar ve avukatların edimlerinin kişisel olarak tanımlanması bakımından da aynı kriterler geçerlidir. Ancak kabul etmek gerekir ki, avukatlar bakımından borçlunun ediminin kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğunun söylenebileceği durumlar, mimarlara oranla daha fazladır.

Bu görüşe karşı doktrinde ileri sürülen başka bir görüş ise kişisel edimleri borçlunun kişiliğinin borç ilişkisinde esaslı unsur olduğu durumlarla sınırlanamamaktadır. Alman Medeni Kanununda yer alan § 613 S.1 BGB'ye göre, hizmet akitlerinde borçlu bizzat kendisi borcunu ifa etmekle yükümlüdür. Borçlunun yapabileceği yegane şey § 242 BGB'yi göz önünde bulundurarak ifada bulunurken yardımcı şahıs kullanmaktan

<sup>411</sup> Bazı yazarlar burada borçlunun dahiyane yetenekleri bulunmasa ve alacaklı portresini başka bir ressama yaptırabilecek durumda olsa dahi verilen örnekler arasındaki ressamın durumunun diğerlerine göre daha kabul edilebilir nitelikte olduğunu ifade etmiştir. NEUMANN-DUESBERG, Anfängliche Unmöglichkeit bei "Höchstpersönlichen Dienstleistungen", BB Heft 34/ 1.Dezember 1970, s.1462. Oysa ki verilen tüm örneklerde yukarıdakiyle aynı sonuca varmak gerekecektir.

ibarettir. İşte hizmet akdinde borçlunun kendisinin ifada bulunma yükümünden yola çıkan yazarlar burada da edimin kişisel nitelikte olduğunu ileri sürmüşlerdir.<sup>412</sup>

Bu açıklamalar sonucunda kişisel edimlerde ne tür bir imkansızlığın söz konusu olduğu hususunda yaşanan tartışmaya dönülecek olursa, borcun hiç kimse tarafından ifa edilemeyeceği hallerde objektif, buna karşın yalnızca borçlu tarafından ifa edilemeyecek durumda olması halinde ise sübjektif imkansızlığın varlığını kabul eden yazarlara göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerin (höchstpersönliche Leistungen) ifası bir üçüncü kişiye devredilemeyeceği ve üçüncü kişinin ifası sözleşmeye uygun ifa olarak kabul edilemeyeceğinden, borçlunun borcunu örneğin sağlık sorunları sebebiyle ifa edememesi halinde ortaya çıkacak olan imkansızlık daima objektif imkansızlık olacaktır;<sup>413</sup> zira burada borçlunun yerine geçerek borcu ifa edebilecek olan hiç kimse bulunmamaktadır.<sup>414</sup> Baştan itibaren ifanın ancak tek bir kişi tarafından yerine getirilebileceği, bu tek kişinin ifasının borcu sona erdireceği borç ilişkilerinde ifanın imkansızlaşması daima objektif imkansızlığa yol açar.<sup>415</sup> Bu görüşe göre kişiye sıkı sıkıya bağlı borçların söz konusu olduğu borç ilişkilerinde sübjektif imkansızlık objektif imkansızlığı beraberinde getirmektedir.<sup>416</sup> Durum böyle olunca bu tip bir edimin söz konusu olduğu borç ilişkisinde, imkansızlığın sözleşmenin kurulmasından önce var olması, örneğin portre yapma borcu altına giren ressamın sağlık durumunun buna imkan vermeyecek durumda olması halinde sözleşmenin baştaki objektif imkansızlık sebebiyle yok sayılması gerekecektir.<sup>417</sup>

<sup>412</sup> Örnek niteliğinde bkz. **ESSER**, Schuldrecht, Besonderer Teil, 3. Bası, § 77 II, 1 a. Ancak bu görüş kişisel edimlerle borçlunun bizzat kendisinin ifa etmesi gereken edimleri birbirine karıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. **NEUMANN-DUESBERG**, s.1463.

<sup>413</sup> **KLEINEDAMM**, s.13; **MOMMSEN**, s.53, 65; **TITZE**, s.67; **ENNECERUS/LEHMANN**, § 29 I,3,S.131; von **TUHR/ESCHER**, s.94; **KRAMER**, Art.19-20 N 254; **WEBER**, Art.97 N 128; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 20 N.8; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N 2568, özellikle 2571; **KOLLER**, OR AT, § 53, N 13; **HUGUENIN**, OR AT, N 557; **SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL**, Kapitel 13, N 475; **CAYTAS**, s.26; **DURAL**, İmkansızlık, s.82; **DURAL**, İmkansızlık Kavramı, s.35. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olmayan edimlerde, üçüncü kişinin ifa etmesinin mümkün olmasından dolayı sübjektif imkansızlığın varlığından bahsedilecektir. BGE 82 II [1956] 332 vd.; **BROX/WALKER** § 22 N 8.

<sup>414</sup> **MOMMSEN**, s.65; **KOLLER**, OR AT, § 53 N 13; **EREN**, 296; **DURAL**, İmkansızlık, s.82; **BAŞPINAR**, s.120; **ALTAŞ**, s.187.

<sup>415</sup> Bazı yazarlar tarafından, buradaki ifa engelinin borçlunun kişiliğinden kaynakladığı ileri sürülerek imkansızlığın sübjektif olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **KRESS**, Lehrbuch des Sculderchts, Münih 1929, s.101 vd.

<sup>416</sup> **NEUMANN-DUESBERG**, s.1463.

<sup>417</sup> Ancak Alman doktrininde bazı yazarlar bu durumda § 306 a.F. BGB'nin uygulanmasına karşı çıkmaktadırlar. Bu yazarlara göre sözleşme akdeden şahıs neyi yapabileceğini yapamayacağını, yeteneklerinin, gücünün ve zamanının ifada bulunması için uygun olup olmadığını iyi ölçmek

Edimin borçluyla bu kadar sıkı bağlantı içinde olmadığı kişisel borçlarda (persönliche Leistungen), ifada bulunma borçlunun hayatını veya sağlığını tehlikeye atacak nitelikte ise yine objektif imkansızlıktan bahsedilecektir.<sup>418</sup> Yargıtay da kişiye sıkı sıkıya bağlı borçlarda imkansızlığın objektif nitelikte olduğunu kabul etmektedir.<sup>419</sup>

Buna karşın objektif-sübjektif imkansızlık ayrımında, imkansızlığın borçlunun şahsından mı yoksa borçlunun dışında bir sebepten mi kaynaklandığı kriterini kullanan görüş taraftarları arasında, mutlak olarak borçlu tarafından ifa edilmesi gereken borçlarda imkansızlığın objektif mi yoksa sübjektif mi sayılması gerektiği hususunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerde ifaya engel olan hususun borçlunun şahsından kaynaklandığını, zira borçlunun daha sözleşmeyi kurarken sahip olduğu veya edimin ifası için sahip olması gerektiği özellikleri bilmek zorunda olduğunu ve imkansızlığın borçlunun şahsından kaynaklandığı her durumda daima sübjektif imkansızlığın söz konusu olacağı ifade etmektedirler.<sup>420</sup> Ayrımında bu kriteri kullanan bazı yazarlar ise bu tip borçlarda imkansızlığın borçlunun şahsından değil edimin bünyesinden kaynaklandığı gerekçesiyle objektif imkansızlığın var olduğunu kabul etmektedirler.<sup>421</sup>

Daha evvel de ifade ettiğimiz gibi, objektif-sübjektif imkansızlık ayrımında uygulanan kriterler olayların çoğunda birbirinden farklı sonuçlar doğurmamaktadır. Edimin mutlak olarak borçlu tarafından ifa edilmesi gerektiği borçlarda ise, meydana gelen imkansızlığın objektif imkansızlık olarak kabul edilmesi gerekir. Zira bu borçlarda borçlunun kıyaslanabileceği bir üçüncü kişi bulunmamakta, borcun mutlak olarak ifa edilmesi gerektiğinin kararlaştırıldığı ya da olayın özelliklerinden bunun anlaşılabilirdiği hallerde bu kıyaslama imkanı daha baştan ortadan kalkmış olmaktadır.

---

durumundadır. Borçlunun şahsından kaynaklanan bir edimi gerçekleştirmek yükümü altına girmesi zımni olarak bir garanti vermesi anlamına gelmektedir. Bkz. NEUMANN- DUESBERG, s.1464.

<sup>418</sup> WEBER Art.97, Prg.128 ve 133; SCHWENZER, N 63.08; von TUHR/ESCHER, s.94 vd.; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.59.

<sup>419</sup> Yarg.11.HD E.2005/7411, K. 2006/8038, T.6.7.2006 (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Taraflar arasındaki bir telif ücreti sözleşmesinin bulunduğu dava konusu olayda ilgili daire, kitap yazma yükümü altında olan yazarın çalışmayı tamamlayamadan vefat etmesi nedeniyle, sözleşmenin yerine getirilmesinin objektif olarak imkansız hale geldiği gerekçesiyle mirasçıların telif ücretinin kalan kısmının ödenmesi talebiyle açtıkları davanın reddine karar vermiştir.

<sup>420</sup> SOERGEL-WIEDEMANN, § 275 N 49; LÖWISCH/CASPERS, § 306 N 20; von Tuhr, s.245; BARTH, s.37, 214; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.909.

<sup>421</sup> ENNECERUS/LEHMANN, s.125; KORNFELD, s.16 vd.; İNAN, Die Unmöglichkeit der Leistung, s.25.

Bu durumlarda ifa edecek kişinin kimliğinin edimin içeriğine dahil edilmiş olması sebebiyle, bu borçlar yalnızca borçlu tarafından ifa edilecek, üçüncü bir kişi tarafından edimin yerine getirilmesi ifa olarak kabul edilmeyecektir. Tereddüt doğan durumlarda güven teorisine göre sonuca varılmalıdır. Alacaklının borcu doğuran sözleşmeyi yaparken borçlunun kişiliğinin edimin içeriğine dahil olacak kadar kendisi için önem taşıdığını borçlunun bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda imkansızlık objektif, aksi halde ise sübjektif sayılmalıdır.<sup>422</sup>

## **2- Söz Konusu Ayrım Bakımından Özel Olarak İncelenmesi Gereken Bazı Haller**

### **a-Sözleşme Konusu Malın Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Borçlunun Elinden Çıkması**

Sözleşme konusu malın çalınması, başka birine satılması (çifte satım), kiralınması (çifte kira), satılan malın alıcıya teslimden önce çalınması ya da borçlunun başkasına ait bir malı satması örneklerinde ifa zamanında borçlunun söz konusu mal üzerinde bir hakimiyeti bulunmamaktadır. İşte bu hallerde imkansızlığın objektif mi yoksa sübjektif mi olduğu hususunda da farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Borçlunun sözleşme konusu mal üzerinde hakimiyetinin bulunmaması, imkansızlığının varlığını kabul etmeye yetecek midir? Yoksa ancak borçlunun bu malı tekrar edinme ihtimalinin ortadan kalktığı anda mı imkansızlıktan bahsetmek mümkün olacaktır? İmkansızlığın varlığı kabul edildiği takdirde söz konusu imkansızlık objektif<sup>423</sup> mi yoksa sübjektif mi olacaktır? Reform öncesi Alman

<sup>422</sup> Bu konusun pratik en önemli sonucu şudur: Başlangıçtaki imkansızlıkta borçlunun bilerek ve isteyerek bir sözleşme yapması durumunda, imkansızlık sübjektif nitelikte ise alacaklı BK m.96'ya dayanarak olumlu zararın tazminini talep edebileceken, objektif nitelikte ise borç geçersiz olacak ve alacaklı ancak culpa in contrahendo teorisine göre olumsuz zararını talep edebilecektir.

<sup>423</sup> Alman Federal Mahkemesi 1999 yılında vermiş olduğu bir kararda, satım konusu malın zarar görmediği, yok olmadığı, halen mevcut olduğu, fakat borçlunun elinden çıkmış bulunduğu ve borçlunun mal üzerinde yeniden hakimiyet kurmasının mümkün olmadığı durumlarda sübjektif imkansızlığın (Unvermögen) değil objektif imkansızlığın var olduğunu kabul etmiştir. Bkz. BGH, NJW 1999, S.2034,2035.

Hukuku'nda oldukça tartışmalı olan bu husus<sup>424</sup> hakkında reform sonrasında şu sonuca varılmıştır: Bu tip hallerde subjektif imkansızlığın var olduğunu ve bu subjektif imkansızlığa § 275 Abs.1 BGB'nin uygulanacağını söyleyebilmek için, borçlunun sözleşme konusu malı edinme şansının ilelebet ortadan kalkması gerekmektedir. Bir başka deyişle, somut olayda söz konusu ifa engelinin borçlu için aşılabilir nitelikte olması aranmaktadır. Bu nedenle ancak, örneğin hırsızın kimliğinin tespit edilemediği ve yerinin bulunamadığı ya da malı satın alan üçüncü kişinin, karşılığında ne verilirse verilsin malı alacaklıya devretmek yönünde bir davranışta bulunmayı açıkça reddettiği hallerde subjektif imkansızlıktan bahsedilebilecek ve ancak bu durumda olay § 275 Abs.1 BGB kapsamında ele alınacaktır.<sup>425</sup> Aksi halde, yani hırsızın kimliğinin ve yerinin bilindiği veya tespit edilebilmesinin mümkün olduğu durumlarda ya da malı elinde bulunduran malikin uygun bir bedel karşılığında malı alacaklıya devretmeye hazır olduğu hallerde ise, borcun ifa edilip edilmeyeceği tamamen üçüncü kişinin iradesine bağlı olduğundan ve ayrıca bu hallerde borçlu hala duruma müdahale edebilecek durumda olduğundan ifanın halen mümkün olduğu söylenecek, daha doğru bir ifadeyle imkansızlık veya aşırı ifa güçlüğü söz konusu olmadığından olay § 275 BGB kapsamında değerlendirilemeyecektir.<sup>426</sup> Üçüncü bir ihtimalde, yani malı elinde bulunduran üçüncü kişinin, malı devretmek için fahiş bir fiyat teklif etmesi halinde ise, borçlunun borcu ifa edebilmek için katlanması gereken masrafla alacaklının edimin ifasına olan menfaati arasında hükümde geçen ifadeyle “fahiş” orantısızlık olacağı gerekçesiyle yine subjektif imkansızlık söz konusu olacak, ancak bu subjektif imkansızlık hali bakımından § 275 Abs.1 BGB değil Abs.2 uygulama alanı bulacaktır.<sup>427-428</sup>

<sup>424</sup> Tartışmalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **WILHELM/DEEG**, Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen, JZ 5/2001, s.223 vd.; **ROTH**, Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners, JuS 1968 H.3, s.101 vd.

<sup>425</sup> **ERNST**, § 275 N 52; **HEINRICHS**, § 275 N 23; **UNBERATH**, § 275 N 44; **LÖWISCH/KASPERS**, § 275 N 69; **BROX/WALKER**, Schuldrecht, § 22 N 7; **EMMERICH**, Leistungsstörungen, § 3 N 32 **CANARIS**, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, s.499; **SCHULZE/EBERS**, s.265; **ZIMMER**, s.2; **KALUSCH**, s.90; **SCHWARZE**, Unmöglichkeit im neuen Leistungsstörungsrecht, JURA Heft 2/2002, s.76.

<sup>426</sup> **ERNST**, § 275 N 52; **LÖWISCH/KASPERS**, § 275 N 69; **EMMERICH**, Leistungsstörungen § 3 N 42; **BROX/WALKER**, § 22 N 7; **LOOSCHELDERS**, Schuldrecht AT, § 23 N 466; **KLEY**, s.114.

<sup>427</sup> **HEINRICHS**, § 275 N 23; **EMMERICH**, Leistungsstörungen, § 3 N 42; **BROX/WALKER**, § 22 N 7; **SCHULZE/EBERS**, s.266; **SCHLÜTER**, Leistungsbefreiung bei Leistungsschwierigkeiten, ZGS 9/2003, s.347; **ZIMMER** s.2; **SCHWARZE**, s.76.

İsviçre öğretisinde Koller imkansızlığı edimin borçlu tarafından kesinlikle ifa edilemeyeceği hallerle sınırlı tutmuş, “Unvermögen”<sup>429</sup> ya da göreceli imkansızlık olarak ifade edilen halleri imkansızlık olarak nitelendirmemiştir.<sup>430</sup> Yazara göre subjektif imkansızlık ancak, sözleşme konusu yüzüğün okyanusa düşürülmesi örneğinde olduğu gibi, Alman Hukukunda fiili ya da pratik imkansızlık olarak kabul edilerek § 275 II BGB kapsamında ele alınan ve dürüstlük kuralına göre borcun kesinlikle hiçbir borçlu tarafından ifa edilemeyeceğinin kabul edilebildiği hallerde gerçek imkansızlık kavramı altında değerlendirilebilecektir. Bu nedenle yazara göre çifte satım halinde, ancak ikinci alıcının hiçbir şartta elindeki malı devretmeyeceği ve böylece borcun ifasına iştirak etmeyeceği bir durumda imkansızlığın varlığı kabul edilebilecektir. Oysa hayatın olağan akışına göre ikinci alıcı, uygun bir karşılığın ödenmesi halinde malı büyük olasılıkla devretmeye razı olacağından, bu durumda imkansızlığı kabul etmek mümkün olmayacaktır. Bazı yazarlar ise bu durumda imkansızlığın subjektif nitelikte olduğunu kabul etmekle birlikte bu hallere temerrüt hükümleri uygulanması gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>431</sup> Buna göre çifte satım örneğinde olduğu gibi, borçlunun bir malı teslim etme borcu altında olduğu durumlarda, söz konusu malın herhangi bir şekilde tedarik edilmesini mümkün olduğu sürece imkansızlığın subjektif nitelikte olduğunu ve bu gibi durumlara temerrüt hükümleri uyulamak gerekeceğini ifade etmektedirler. Bu yazarlara göre, ancak malı elinde bulunduran şahsın hukuk tarafından korunduğu veya bu şahsın mala olan sadece manevi sebeplere dayanan menfaati sebebiyle bu malı borçluya satmaya zorlanmadığı durumlarda ise bu tedarik imkanını ortadan kalktığını söylemek gerekecektir. Bir başka deyişle ikinci alıcının malı birinci alıcıya vermeyeceği, yani borçlunun borcunu ifa etmesine olanak sağlamayacağı durumlarda objektif imkansızlıktan bahsedilecektir. Ancak bu görüşlere karşın İsviçre öğretisinde yazarların büyük çoğunluğu ve İsviçre Federal Mahkemesi ise çifte satım halinde satıcının borcunu ancak malı elinde bulunduran yeni malikin katılımıyla ifa

<sup>428</sup> Her iki hüküm arasındaki fark şudur: § 275 Abs.1BGB'ye göre borçlu borcundan kendiliğinden kurtulurken, § 275 Abs. 2 BGB'ye göre borcundan kurtulabilmesi için bir def'i ileri sürmesi gerekmektedir.

<sup>429</sup> Yazar burada özellikle subjektif imkansızlık kavramını kullanmamıştır.

<sup>430</sup> KOLLER, OR AT, § 53 N 6-7

<sup>431</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2641.

edebilecek olması sebebiyle sübjektif imkansızlığın var olduğunu ve bu hallerin imkansızlık hükümlerine tabi olduğunu ifade etmektedir.<sup>432</sup>

Malın çalınması halinde ise imkansızlığın objektif mi yoksa sübjektif mi olduğu konusunda da farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlara göre burada sonuç hırsızın belirlenebilir ve ulaşılabilir olup olmamasına göre değişecektir.<sup>433</sup> Buna göre malın çalınması halinde, malı çalanın kimliği tespit edilemiyor veya yeri bilinmiyorsa sübjektif imkansızlık söz konusu olacaktır. Ancak bazı yazarlar, hırsızın daha sonradan malı alıcıya verebileceği gerekçesiyle bu ayrıma gitmeden, yani hırsızın yeri ve kimliği bilinsin veya bilinmesin, burada bir sübjektif imkansızlık olduğunu kabul etmektedirer.<sup>434</sup> Bu yazarlara göre, mal bu durumda borçluda olması dahi, borçlunun bu mal üzerinde tekrar fiili ve hukuki hakimiyet kurması ve böylelikle borcunu ifa etmesi mümkündür. Konuyla ilgili olarak Barth ise, hırsızın yeri ve kimliğinin belirlenememesi halinde onun borcu ifa edebilecek durumda olup olmadığının bir önemi kalmayacağını ve bu nedenle hırsızın, bazı yazarların<sup>435</sup> aksine, imkansızlığın sübjektif sayılabilmesi için borçlunun kıyaslanabileceği üçüncü kişilerin kapsamında değerlendiremeyeceğini ileri sürerek burada imkansızlığın objektif nitelikte olduğunu söylenmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>436</sup>

Kanaatimizce borçlunun, teorik olarak ifa engelinin önüne geçemediği haller imkansızlık olarak değerlendirilecektir. Buna göre borçlunun ifa engelinin önüne geçebileceği ya da bunu ortadan kaldırabileceği hallerde objektif veya sübjektif imkansızlık söz konusu olamayacaktır. Buna karşılık devri borçlanılan eşyanın kimliği ve yeri bilinmeyen bir hırsız tarafından çalınması halinde borçlu artık bu eşyayı alacaklıya devredemeyecektir. Burada borçlu da, başkası da ifa engelinin önüne geçemeyeceğinden, objektif imkansızlığın varlığından söz edilebilir. Hırsızın belli olduğu ve borçlunun bu malı tekrar ondan elde edebilecek durumda olduğu

<sup>432</sup> WEBER Art.97, N 126; BERGER, N 1503. BGE 84 II 6; BGE 104 II 98. Türk Hukuku'nda Dural borçlunun tasarruf yetkisinin bulunmadığı hallerde imkansızlığın sübjektif olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. DURAL, İmkansızlık, s.81. Aksi kanaatte WIEGAND, in Honsell/Vogt/Wiegand, Art.97 N 13.

<sup>433</sup> ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.60.

<sup>434</sup> EMMERICH, Leistungsstörungen, § 3 N 32; SCHWENZER, N 63.08; BUCHER, OR AT, s.248; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2570.

<sup>435</sup> ENNECERUS/LEHMANN, s.131; von BÜREN, OR AT, s.122; CAYTAS, s.55.

<sup>436</sup> BARTH, s.37.

hallerde ise<sup>437</sup> sübjektif imkansızlık dahi söz konusu olmayacaktır. Bunun gibi borçlunun sattığı malı bir başkasına satıp devretmesi halinde de, eğer yeni malikin hiçbir halde söz konusu eşyayı devretmeyeceği anlaşılıyorsa, bu durumda malikin artık eşyayı alacaklıya devredebilmesi o an için mümkün olmayacaktır. Ancak hayatın olağan akışına göre malı devreden borçlunun alacaklıyı tatmin edecek bir bedel vererek söz konusu malı geri alarak alacaklıya teslim etmesi ve böylelikle borcunu ifa etmesi mümkün olduğundan bu aşamada imkansızlığın varlığını kabul etmek doğru olmayacaktır. Aynı sonuç malı elinde bulunduran yeni malikin, söz konusu malı devretmek için kendi ödediğinden daha yüksek bir bedel talep etmesi halinde de geçerli olacak, burada borçlu bu gerekçeyle ifanın imkansız hale geldiğini ileri süremeyecektir. Bu durumda alacaklı aynen ifa talebinde bulunabilecektir. Ancak yeni malikin söz konusu malı hiçbir şekilde devretmeyeceğini beyan ettiği veya hal ve tavırlarından bu sonucun çıktığı hallerde imkansızlık söz konusu olabilecek, ancak bu durumda yeni malikin ifa edebilecek durumda olması sebebiyle objektif değil, sübjektif imkansızlık söz konusu olacaktır.<sup>438</sup>

## b- Para Borcu

Öncelikle para borçlarında imkansızlık hiçbir zaman söz konusu olmayacaktır.<sup>439</sup> Para borçlarının ifası her zaman mümkün sayılmaktadır. Borçlunun her zaman gerekli parayı elde etme olasılığının bulunduğu varsayılmaktadır. Para borçlarında borçlunun ifada bulunamayacak olması halinde imkansızlıktan, efektif bir yabancı para borcunun söz konusu olduğu bir olayda döviz yasağının getirilmesi örneğinde veya daha sonra inceleneceği üzere para borcunun parça borcu haline geldiği hallerde olduğu gibi, ancak çok istisnai hallerde bahsedilebilecek, burada imkansızlığın ancak

<sup>437</sup> Hırsızın yerinin ve kimliğinin tespit edildiği ana kadar geçecek olan süre bakımından ise geçici imkansızlık söz konusu olacaktır.

<sup>438</sup> Aynı şekilde Avusturya Hukuku'nda da bazı yazarlar, çifte satım halinde borçlunun sattığı malı tekrar elde etme imkanı olduğu sürece imkansızlıktan bahsedilemeyeceğini, ancak malı elinde bulunduran üçüncü kişinin borcunifasına katılmasının kesinlikle mümkün olmayacağı hallerde imkansızlıktan bahsedileceğini ve bu durumda alacaklının aynen ifa talebinde bulunamayacağını ifade etmişlerdir. Bkz. **GSCHNITZER/FAISTENBERGER/BARTA/ECCHER**, Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2.neubearbeitete Auflage, Wien 1986, s.100; **WELSER**, Bürgerliches Recht II, s.46; **GRUBER**, Kletecka/Schauer ABGB Kommentar, §§ 917-921, 934-937, Wien 2010, § 920 N 3.

<sup>439</sup> **LÖWISCH/KASPERS**, § 275 N 72-73; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N 2572; **BROX/WALKER**, § 22 N 8; **LOOSCHELDERS**, Schuldrecht AT, § 23 N 464; **BARTH**, s.54.



büyük olasılıkla objektif karakterde olacağı söylenebilecektir. Zira imkansızlığa ilişkin hükümlerin, para borçlarına -en azından normal zamanlarda- uygulanamayacağı belirtilmektedir.<sup>440</sup> Borçlunun içine düştüğü ekonomik darlık sebebiyle para borcunu yerine getirmemesi halinde ise, her ne kadar bazı hallerde borçlu ifa için gerekli paraya hali hazırda sahip olmadığı gibi yakın bir gelecekte de sahip olamayacak durumda olsa da, böyle bir halin varlığı imkansızlığın söz konusu olduğunu kabul etmeye yetmeyecektir. Bu durumlarda olsa olsa borçlunun aşırı ifa güçlüğü içinde bulunduğundan bahsedilebilecek, ancak yine de sübjektif imkansızlığın söz konusu olduğu söylenemeyecektir. Aslında kanunda açıkça yer almayan böyle bir dogmanın eskiden beri tartışmasız kabul edilegelmesinin altında yatan sebep; para borçlusunun ediminin imkansızlaşmasında kusurlu olması halinde yine bu kadar para ödeme şeklinde bir tazminat borcunun doğacak olması, bir başka deyişle borçlu açısından bir değişikliğin söz konusu olmaması, kusursuz olması halinde ise, taahhüt ettiği parayı sağlama şansını kaybeden herkesin borcundan kurtulduğunu ileri sürmesinin alışveriş hayatını alt üst edecek olmasıdır.

Bunun yanı sıra konumuz açısından sübjektif imkansızlığın kabul edilmesi de sorunu çözmeyecektir. Zira böyle bir durumda sübjektif imkansızlığın varlığının kabul edilmesi halinde borçlu genel hükümlere göre asli edim yükümünden kurtulacak, ancak bu imkansızlığın meydana gelmesinde kusurlu olması nedeniyle, asli edimi yerine alacaklının zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Bu sonucun ise para borçlarına uymadığı rahatlıkla söylenebilecektir. Zira bu durumda da borçlu tazminat olarak yine bir miktar para ödemek zorunda kalacaktır. Sonuç olarak para borçları hem bu sebeple hem de borçlunun kusuru bakımından özel olarak ele alınmalıdır.<sup>441</sup> Bu nedenle para borçlarında imkansızlık değil, temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekecektir.<sup>442</sup>

<sup>440</sup> MEDICUS, "Geld muss man haben", Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel AcP 188 (1988), s.490.

<sup>441</sup> MEDICUS, "Geld muss man haben, s.491.

<sup>442</sup> Medicus ayrıca reform öncesi Alman Hukukunda yer alan § 279 a.F. BGB hükmü gereğince çeşit borçlusunun edimi tedarik etme hususunda bir garanti sorumluluğunun bulunduğunu ve bunun para borçları bakımından da geçerli olduğunu belirtmekte ve böylece reform öncesi Alman Medeni Kanunu'na göre borçlu temerrüdü için aranan kusur şartının da böylece yerine getirilmiş sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. MEDICUS, "Geld muss man haben, s.491.

### c- Sözleşmeyle Hedeflenen Amacın Kendiliğinden veya Başka Yoldan Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkması

Doktorun tedavi edeceği hastanın tedaviden önce kendiliğinden iyileşmesi ya da karaya oturan geminin kurtarılması için çağırılan römorkun gelmesinden evvel akıntıyla kendiliğinden kurtulması örneklerinde olduğu gibi, alacaklının sözleşmeyi kurarken hedeflediği sonucun kendiliğinden gerçekleştiği (Zweckerreichung), restore edilecek evin depremde yıkılması örneğinde olduğu gibi borçlunun borcunu ifa etmesi için gerekli olan nesnenin yok olması (Zweckfortfall) ya da sözleşmeyle hedeflenen amacın kendiliğinden ortadan kalkması ve bu yüzden alacaklı için sözleşmenin bir anlam ifade etmemesi hallerinde de Alman Hukukunda hakim olan kanaatin<sup>443</sup> aksine İsviçre Hukuku'nda objektif imkansızlıktan bahsedilemeyeceği ve bu durumda alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>444</sup> Sözleşmenin fiili sebeplerle amacına ulaşamayacağı hallerin de imkansızlık kapsamında ele alınması ve imkansızlığın var olup olmadığının tespitinde yalnızca alacaklının edime kavuşup kavuşamayacağını değil, aynı zamanda borçlunun borcunu ifa edip edemeyeceğinin de göz önünde bulundurulması gerektiği düşüncesinden hareketle, bahsi geçen durumlarda temerrüt değil, imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenebilecektir.<sup>445</sup>

### 3- Sonraki İmkansızlık Bakımından Ayrımın Önemi

Objektif-sübjektif imkansızlık ayrımı, baştaki imkansızlık bakımından oldukça büyük önem taşımaktadır. Zira yalnızca baştaki objektif imkansızlık sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasına yol açacak, buna karşın baştaki sübjektif imkansızlık ise sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.<sup>446</sup>

<sup>443</sup> HEINRICH, § 275 N 18-19; LARENZ, Schuldrecht I, s.312.

<sup>444</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2561; BARTH, s.20; Karşı görüş için bkz. SCHWENZER, N 63.03; SULZER, s.110 vd.; KOLLER, OR AT, § 53 N 14; WEBER; Art.97, N 130.

<sup>445</sup> Ancak bu durumda borcun borçlunun değil, olsa olsa alacaklının kusuruyla imkansızlaşmasından bahsedilebilecek ve bahsi geçen hallerde alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığına bağlanan sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bkz. s.292 vd.

<sup>446</sup> LARENZ, Schuldrecht I, § 8 I, s.98; BECKER, Art.20 N 2; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.25; ESENER, s.207; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.404, 903, 907; OĞUZMAN/ÖZ, s.76,78, 309; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 9; EREN, s.295; TUNÇOMAĞ, s.179; ALTUNKAYA, s103; BAŞPINAR, s.116, 119.

Baştaki imkansızlık bakımından bu denli önemli olan objektif-subjektif imkansızlık ayrımının sonraki imkansızlık bakımından da aynı öneme sahip olup olmadığı konusunda ise Türk ve İsviçre doktrinlerinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki yazarların bazıları<sup>447</sup> bu ayrımın sonraki imkansızlık bakımından da yapılmasının uygun olacağını ve sonraki imkansızlığın subjektif nitelikte olması halinde söz konusu olaya temerrüt hükümlerinin uygulanmasının gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>448</sup> Bu görüşe göre subjektif imkansızlıkta ifa hukuken halen mümkündür ve dolayısıyla bu durumda temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Temerrüt teorisi (Verzugstheorie)<sup>449</sup> olarak adlandırılan bu görüşe göre, objektif-subjektif imkansızlık ayrımı BK m.96 ve 117'nin uygulama alanını daraltmak amacıyla kabul edilmektedir. Söz konusu teoriye göre imkansızlık ancak objektif ve aşılabilir nitelikte ise imkansızlık hükümleri uygulanabilecektir. Bu sebeple yalnızca objektif imkansızlık BK m.96 ve 117 kapsamında kalacaktır. Sözleşme konusu malın çalınması veya kaybedilmesi sebebiyle nerede olduğunun bilinmemesi, sözleşme konusu malın bir üçüncü şahsın mülkiyetinde olması ya da hizmet edimlerinde borçlunun hastalık, sakatlık gibi borcun ifasına engel olan kişisel bir sebebinin olması halinde borç üçüncü bir şahıs tarafından borcun ifa edilebileceği durumlarda olduğundan subjektif imkansızlık söz konusu olacak ve bu hallerde imkansızlık hükümleri uygulanamayacaktır. Bu hallerde alacaklı aynen ifa talebinde bulunabilecek, şartları gerçekleştiği takdirde ise olaya borçlu temerrüdüne ilişkin

<sup>447</sup> WEBER, Art.97 N 124; AEPPLI, Art. 119 N 49; von BÜREN, OR AT, s.365, 390; SCHÖNLE, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Fünfter Band, Das Obligationenrecht, Bd.V/2a. Art.184-252 OR, Kauf und Schenkung, Lieferung I.Art.184-191, Zürich 1983, Art.184 N 169, 172; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.54, 66; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2526, 2575; GAUCH, Werkvertrag, N 719, 755; GIGER, s.12 vd.; GLÄTTLI, s.48; SCHENKER, s.17; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.66; EREN, s.998.

<sup>448</sup> Bu görüşün kabul edilmesi halinde subjektif imkansızlıkta alacaklı borcun bir üçüncü şahıs tarafından borçlu hesabına yaptırılması ile cebri icra yoluna başvurma arasında bir seçimlik hakka sahip olacağı, tam iki taraflı sözleşmelerde alacaklı borcun temerrüt hükümlerine başvurmamasının imkansızlık hükümlerine göre daha avantajlı olacağı, ayrıca alacaklı borcun imkansızlaşmış imkansızlaşmadığının belli olmasını beklemek zorunda kalmayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca kanun koyucunun baştaki imkansızlık bakımından yaptığı objektif-subjektif imkansızlık ayrımının sonraki imkansızlık bakımından da geçerli olduğunu ileri sürülmüştür. Bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2576 vd.

<sup>449</sup> Bu görüşü ortaya atan von Büren'e göre subjektif imkansızlık geçici imkansızlıktır. Geçici imkansızlığın ne zaman ortadan kalkacağı belirsiz olması sebebiyle de burada temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Subjektif imkansızlıkta borçlunun ifa kabiliyeti sürekli olarak ortadan kalkmamaktadır. Bu durumda üçüncü kişi borcu ifa edebilecek durumda olduğundan bu üçüncü kişinin söz konusu borcu ileride ifa edeceğini beyan etmesinin önüne geçmek mümkün değildir. Üçüncü kişinin böyle bir beyanda bulunması halinde edimin ifası tekrar mümkün hale gelecektir. Bu sebeple subjektif imkansızlıkta, imkansızlık hükümlerinin uygulanması için aranan "süreklilik" kriterinin bulunduğu söylenemeyecektir. Bkz. von BÜREN, OR AT, s.122, 390.

kurallar uygulanacaktır.<sup>450</sup> Doktrinde bazı yazarlar ise aynı sonuca farklı bir gerekçeyle varmaktadırlar. Bu yazarlara göre sübjektif imkansızlık geçici imkansızlığın bir türüdür ve geçici imkansızlık, imkansızlık hükümlerine tabi değildir.<sup>451</sup>

Bazı yazarlar<sup>452</sup> ise sonraki imkansızlığın borca aykırılık hallerinden biri olduğunu ve ifa etmemenin ancak borçlunun kusurlu olması halinde tazminat yükümü doğuracağını ifade etmişler, bu sebeple de sonraki imkansızlık bakımından önemli olanın imkansızlığın borçlunun kusuruyla meydana gelip gelmediği olduğunu, bunun dışında imkansızlığın objektif veya sübjektif olmasıyla ilgilenmenin yersiz olacağını ifade etmişlerdir. Bu yazarlara göre imkansızlığın varlığının kabul edilebilmesi için borçlunun ifa edememesi yeterli olup, bunun dışında, imkansızlığa yol açan sebebin ne olduğunun ve bu imkansızlığa kimin yol açtığına bir önemi bulunmamaktadır. Bu yazarlar, Kanunda da sonraki imkansızlık bakımından objektif-sübjektif imkansızlık ayrımı yapılmamasını gerekçe olarak göstermektedirler. Geleneksel imkansızlık öğretisi olarak da adlandırılan bu görüşe göre sonraki imkansızlık bakımından sübjektif-objektif ayrımı önem taşımamaktadır. Bu görüşe göre imkansızlık hükümlerinin uygulama alanının belirlenmesinde başlı başına “imkansızlık” kavramı yeterli olacaktır. İmkansızlığın sadece borçlu için mi yoksa herkes bakımından mı

<sup>450</sup> Bu görüş taraftarları yalnızca sübjektif imkansızlığa temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmişler ancak sübjektif imkansızlığın temerrüdün şartları ve sonuçları bakımından gecikmiş ifaya nazaran herhangi bir özellik arz edip arzetmediği hususuyla ilgilenmemişlerdir. Doktrinde yalnızca Koller, bu görüşün kabul edilmesi halinde alacaklının artık Art.107 Abs.2 (BK m.106 f.2)’ye göre sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için ifa ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini derhal borçluya bildirmek zorunda kalmayacağını ifade etmektedir. Zira yazara göre burada borçlunun imkansızlık sebebiyle borcunu ifa edemeyeceğinin kesin olması sebebiyle, artık alacaklının ifa ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini borçluya derhal bildirme zorunluluğundan bahsetmenin bir anlamı kalmayacaktır. Bkz. **KOLLER**, OR AT, § 53 N 12; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 31 N 5, s.241.

<sup>451</sup> **EHMANN/KLEY** s.486,491.

<sup>452</sup> **BARTH**,s.37 vd.; **BECKER**, N 11vd. zu Art.97 OR; **WIEGAND**, Art. 119 N 13; **WIEGAND**, Die Leistungsstörungen, s.8; **BUCHER**, OR AT, s.418; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.97 N 3; **KELLER/SCHÖBI**, s.246; **SCHWENZER**, N 64.09; **von TUHR/ESCHER**, s.94;; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, Obligationenrecht, § 31 N 3; **ZIEGLER**, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.73; **KOLLER**, OR AT, § 53 N 12. Yazar kesin ve sürekli nitelikte olduktan sonra sübjektif imkansızlığın da imkansızlık hükümlerine tabi olacağını ifade etmiştir; **FURRER/MÜLLER-CHEN**, Kapitel 18 N 49, s.493; **HUGUENIN**, OR AT, N 572; **TANDOĞAN**, Mes’uliyet Hukuku, s.396; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.309; **TEKİNAY/AKMAN/BARCUOĞLU/ALTOP**, s.904; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N.13; **AYBAY**, s.127; **REİSOĞLU**, s.336; **ERZURUMLUOĞLU**, s.11. Reform öncesi Alman hukukunda da yazarların büyük çoğunluğu bu görüşü savunmuştur. Bkz. **MEDICUS**, “Geld muss man haben”, s.188, 491; **MEDICUS**, Schuldrecht I, 9.Auflage, § 33 V 1, N 385; **FIKENTSCHER**, Schuldrecht, 9.Auflage, § 44 I N 332; **HEINRICH**, 58.Auflage, § 275 N 13; **ROTH**, Die nachträgliche Unvermögen des Schuldners, s.101,102; **BREHM**, Der Begriff des Unvermögens, s.1089 vd. Avusturya hukukunda **DULLINGER**, 3/48.

söz konusu olacağı hususu bu konuda belirleyici olamayacak, bir başka deyişle sübjektif imkansızlık, daha baştan imkansızlık hükümleri kapsamı dışında bırakılamayacaktır. İmkansızlık için aranan süreklilik ve yoğunluk şartları somut olayda gerçekleşmişse, imkansızlığa ilişkin hükümler sübjektif imkansızlığa da uygulanabileceklerdir.<sup>453</sup> Sonuç olarak ise sübjektif imkansızlıkta BK m.96 veya BK m.117 hükümleri uygulama alanı bulacak, sübjektif imkansızlıktan sorumlu olması halinde borçlu alacaklının zararını tazmin etmek zorunda kalacakken, bunda bir sorumluluğunun olmaması halinde ise tazminat ödemekten kurtulacaktır. Ancak bu görüş taraftarları arasındaki bazı yazarlar tarafından, sübjektif imkansızlıktan dolayı borçlunun her zaman sorumlu olacağı kabul edilmekte ve bu durumda daima BK m.96'nın uygulanacağı ileri sürülmektedir.<sup>454</sup>

Alman Hukuku'nda ise sonraki imkansızlıkta imkansızlığa ilişkin hükmün uygulanması bakımından objektif-sübjektif imkansızlık arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Alman Borçlar Hukuku Reformu öncesinde § 275 BGB'de ikili bir ayrıma gidilerek, birinci fıkrada imkansızlık (Unmöglichkeit), ikinci fıkrada ise sübjektif imkansızlık (Unvermögen)<sup>455</sup> düzenlenmiş olmasına rağmen sonuçları bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiş, sübjektif imkansızlığın objektif imkansızlığa eşit olduğu ifade edilmiştir. Reform sonrasında ise söz konusu hükümde "Unvermögen" kavramının kullanılmasından vazgeçilmiş, imkansızlığın ister sadece borçlu, isterse herkes için söz konusu olsun her durumda alacaklının ifa talebini sona erdireceği düzenlenmiştir.<sup>456</sup>

## F- BORÇLUNUN SORUMLU OLDUĞU - BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI İMKANSIZLIK

İmkansızlık taraflardan biri veya her ikisinin kusuruyla olabileceği gibi taraflardan kaynaklanmayan bir sebeple de meydana gelebilecektir. Durum böyle olmakla

<sup>453</sup> RAMPINI, s.37.

<sup>454</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art.119 N 3; BARTH, s.3.

<sup>455</sup> Bazı yazarlar Alman Hukuku'nda sübjektif imkansızlık için kullanılan *Unvermögen* kavramının aslında imkansızlığı değil ifa güçlüğü ifade ettiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.55.

<sup>456</sup> "Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist".

birlikte kusurlu-kusursuz ayırımı yapılırken göz önüne alınan özne, her iki taraf değil, sadece borçludur. Buna göre imkansızlık borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelmişse kusursuz imkansızlıktan, borçlunun kusurundan kaynaklanmışsa kusurlu imkansızlıktan bahsedilmektedir. Ancak konunun hemen başında belirtmek gerekir ki her ne kadar bu ayırım kusurlu-kusursuz imkansızlık şeklinde yapılsa da, aslında yapılması gereken, bu açıdan imkansızlığı borçlunun sorumlu olduğu imkansızlık- borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık şeklinde bir ayrıma tabi tutmaktır. Zira bazı hallerde (kusursuz sorumluluk hallerinde) borçlu kusuru bulunmasa dahi ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulabilmekte ve BK m.96'ya göre tazminat ödemek zorunda bırakılabilmektedir.

BK m.96'ya göre borçlu, borca aykırı davranışının sonuçlarından sorumlu tutulmak istemiyorsa, zararın meydana gelmesinde hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat etmek zorundadır. BK m.98'e göre ise borçlu genel olarak her tür kusurundan sorumlu olacaktır. Buna göre borçlu kasıtlı olarak veya ihmali neticesinde edimin ifasının imkansızlaşmasına sebep olmuşsa kusurlu imkansızlık söz konusu olacaktır. Kural bu olmakla birlikte bazı hallerde borçlu, BK m.96'ya göre alacaklının uğradığı zararlar bakımından kusurlu olmasa dahi sorumlu tutulabilmektedir. Örneğin borcunu ifa etmek için yardımcı şahıs kullanması halinde borçlu, BK m.100 uyarınca yardımcı şahsın alacaklıya verdiği zararlardan dolayı kusurlu olmasa dahi sorumlu tutulacaktır. Bunun gibi BK m.102 f.1'e göre mütemerrit olan borçlu, temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispatlayamadıkça, kazara meydana gelecek olan zararlardan dahi sorumlu tutulacaktır. Görüldüğü üzere burada da zararın meydana gelmesinde borçlunun herhangi bir kusuru bulunmamasına, zarar örneğin bir mücbir sebep nedeniyle meydana gelmiş olmasına rağmen borçlu tazminat sorumluluğu altında bırakılmıştır.<sup>457</sup> Bunlardan başka kanunda bazı sözleşme türleri bakımından kabul edilmiş kusursuz sorumluluk halleri de mevcuttur (Ör. BK m.299'a göre ariyet alanın sorumluluğu, BK m.465 f.2'ye göre vedia alanın sorumluluğu, BK m.411 f.3'e göre vekaletsiz iş görenin sorumluluğu vb.).<sup>458</sup>

---

<sup>457</sup> Aslına bakılacak olursa burada temerrüde düşmede kusur arandığından, gerçek anlamda bir kusursuz sorumluluk hali söz konusu olmayabilecektir.

<sup>458</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. s.220 vd.

Ancak tersi durumlarla da, bir başka deyişle borçlunun kusurlu olmasına rağmen meydana gelen imkansızlıktan sorumlu olmadığı hallerle de karşılaşmak mümkündür. Örneğin alacaklının temerrüde düşmesi halinde BK m.98 f.1 kıyasen uygulanacak ve böyle bir durumda borçlu kast ya da ağır ihmalden dolayı sorumlu olurken, hafif ihmalinin bulunması sorumluluğuna yol açmayacaktır.<sup>459</sup>

İmkansızlık öğretisi sadece hasarın, kanun veya sözleşmeye göre daha evvel zaten alacaklıya geçmediği durumlarda önem kazanacaktır. Hasarın önceden alacaklıya geçtiği durumlarda borçlunun borcundan kurtulması için imkansızlığın gerçekleşmesinden başka bir şey aranmamaktadır. “Borçtan kurtulmak” için, borçlunun, ifa engelinin ortaya çıkmasında kusurlu olduğu şeklindeki karineyi çürütmesi gerekmektedir. Hasarın alacaklıya geçtiği hallerde de borçlu sözleşme konusu mala gelen zarardan sorumlu tutulabilecektir; ancak burada borçlu sözleşme dışı bir üçüncü kişi gibi sadece özen yükümüne aykırılıktan dolayı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir.

## G- EKONOMİK İMKANSIZLIK

Borçlunun, katlanma sınırını (Opfergrenze) aşan bir ifa engeliyle karşılaşması sebebiyle kendisinden borcunu ifa etmesinin beklenemeyeceği, ya da bu borcun ancak dürüstlük kuralı gereğince kendisinden katlanması beklenilemeyecek bir takım zahmet ve masraflara katlanması halinde ifada bulunabileceği hallerde ekonomik imkansızlığın varlığından söz edilebilecektir.<sup>460</sup> Burada borçlunun katlanma sınırının tayininde alacaklının menfaatleri de dikkate alınacaktır.

Doktrininde bir kısım yazarlar, ifanın halen mümkün fakat ekonomik olarak yerine getirilmesinin aşırı güç olduğu durumlarda (Leistungserschwinglichkeit) imkansızlıktan bahsedileceğini (ekonomik imkansızlık) ve bu durumun Art.97 OR

<sup>459</sup> DURAL, İmkansızlık, s.111.

<sup>460</sup> HEINRICH, § 275 N 21; ERNST, § 275 N 95, UNBERATH, § 275 N 33; LARENZ, Schuldrecht I, s.319; CANARIS, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts-Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, Karlsruher Forum 2002, s.14; CANARIS, Die Reform des Leistungsstörungen, s.501; LARENZ, Schuldrecht I, s.318-319; BROX/WALKER, § 22 N 21; WAGNER, s.218.

(BK m.96) kapsamında ele alınacağını ileri sürmüşlerdir.<sup>461</sup> Göreceli imkansızlık (relative Unmöglichkeit) olarak da adlandırılan bu durumlarda ifa mantıken mümkün olmasına rağmen dürüstlük kuralı gereğince borçludan borcunun ifa etmesini beklenememekte ve borçlu sonraki imkansızlık hükümleri uygulanmak suretiyle borcundan kurtulmaktadır. Bu yazarlara göre sözleşmenin kurulmasıyla birlikte borçlu meydana gelmesi muhtemel riskleri üstlenmiş olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla edimin ifa edilmesinde karşılaşılabilecek güçlüklerle borçlunun katlanması gerekecektir. Örneğin borçlunun artan fiyatlar nedeniyle borcunu ifa etmesinin güçleştiği bir halde bu riski borçlu taşıyacak ve bu masrafa katlanmak zorunda kalacaktır. Bir başka deyişle basit bir ifa güçlüğü halinde imkansızlıktan bahsedilemeyecektir. Ancak bu katlanmanın sınırı dürüstlük kuralına ve güven ilkesine göre tayin edilmelidir. Buna göre borçludan edimi ifa etmesinin beklenemediği hallerde imkansızlık kabul edilecek ve borçlunun borcundan kurtulduğu sonucuna varılacaktır. Bazı yazarlar ise aşırı ifa güçlüğünde ifanın halen mümkün olması sebebiyle imkansızlığın varlığını reddetmekte ve olaya temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>462</sup>

Alman Hukuku'nda da ekonomik imkansızlık kavramının ne anlama geldiği hususunda bir birlik bulunmamaktadır.<sup>463</sup> Hakim görüş ekonomik imkansızlığı kesin olarak fiili (faktische) imkansızlıktan ayırmakta ve fiili imkansızlığı, borçlunun borcunu ifa edebilmek için yapması gereken masraf veya katlanması gereken

<sup>461</sup> SCHWENZER, N 63.06; von TUHR/PETER, s.263; von TUHR/ESCHER, 95; THIER, Art.97 N 9; WIEGAND, Art.97 N 14; HUGUENIN, OR AT, N 564; BUCHER OR AT, s.413; BERGER, N 1504. Yazar burada sübjektif imkansızlığın var olduğunu belirtmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi de BGE 82 II 338 E.5. no'lu kararında, dürüstlük kuralına göre borçludan ifada bulunmasının beklenemeyeceği hallerde (Unzumutbarkeit) imkansızlığın varlığını kabul etmiştir. Bu karara göre borçlunun ifa etmek zorunda olmaması (Nichtleistensollen), ifa edemeyecek durumda olmasıyla (Nichtleistenkönnen) eşdeğere sayılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde kararları için bkz. BGE 82 II 338 E.5, BGE 116 II 512, 514; BGE 68 II 169. KILIÇOĞLU, s.482.

<sup>462</sup> Bu yazarlara göre burada borçlunun ifasının ekonomik olarak mantık dışı olduğu veya borçlunun aşırı ifa güçlüğü içerisinde bulunduğu ya da borçlunun ifada bulunması halinde vücut bütünlüğünün veya malvarlığının zarara uğrayacak olduğu bir durum söz konusudur. Bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N.2565; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.99 vd.; Glaetli, s.46; KOLLER, OR AT § 53, N.6; KELLER/SCHÖBI, s.247; GIGER, s.18. Giger'e göre beklenilmezlik hallerine temerrüt hükümlerinin uygulanması borçlunun avantajına bir durum yaratır. Zira borçlu böyle bir durumda Art.107 OR'ye (BK m.106) göre sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmek ve sözleşme bağından kurtulmak konusunda serbestçe karar verebilecek durumda olacaktır. Böylece bir durumun beklenilmezlik hali kapsamına girip girmediğinin tespiti gibi zor bir problemin çözümü hakime bırakılmamış olacak, taraflar bu sorunun cevabını temerrüt hükümlerinin uygulamak suretiyle kendileri karar vereceklerdir.

<sup>463</sup> CANARIS, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, s.501.



zahmetle, alacaklının edimin ifasına olan menfaati arasındaki fahiş orantısızlığı düzenleyen § 275 II BGB kapsamında, ekonomik imkansızlığı ise işlem temelinin çökmesini ele alan § 313 BGB kapsamında ele almaktadırlar.<sup>464</sup> Bu yazarlara göre, kanunun gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere fiili imkansızlığı düzenleyen § 275 II BGB, § 313 BGB karşısında öncelikli olarak uygulanmalı ve borçlu ancak § 275 II BGB'ye göre borcunu ifa etmekten kaçınmadığı hallerde § 313 BGB'ye dayanarak sözleşmenin uyarlanması talep edebilmelidir. Bunun yanı sıra orantısızlığın tespitinde her iki hükmün farklı kıstasları dikkate aldığı, § 275 Abs.2 BGB bakımından göz önünde bulundurulması gerekenin borçlunun katlanması gereken masraf veya zahmetle alacaklının ifaya olan menfaati arasındaki ilişki olduğu, oysa § 313 BGB'ye göre borçlunun katlanacağı masraf/zahmetle karşı edimin değeri arasındaki ilişkinin göz önünde bulundurulması gerektiği de ifade edilmektedir.<sup>465</sup>

Daha önce de ifade edildiği üzere, kanaatimizce aşırı ifa güçlüğü ile subjektif imkansızlığı birbirine karıştırmamak gerekir. Çoğunlukla bu iki kurum birbirinden kesin çizgilerle ayrılır. Subjektif imkansızlıkta doğal imkansızlık anlayışına rastlanmaktadır. İfa objektif imkansızlıktaki gibi herkes için olmasa da en azından borçlu için mümkün değildir. Burada da, aynen objektif imkansızlıkta olduğu gibi gerçekten bir imkansızlık hali söz konusudur. Ancak objektif imkansızlıktan farklı olarak burada yalnız borçlu bu imkansızlıktan etkilenmektedir. Aşırı ifa güçlüğünde ise, her ne kadar edimin yerine getirilmesi çok güç olsa da ifa hala mümkündür. Bu nedenle burada imkansızlıktan bahsedilmesi mümkün olmayacak, borçlu ancak dürüstlük kuralı ve güven ilkesi uyarınca ancak işlem temelinin çökmesi veya

<sup>464</sup> HEINRICH, § 275 N 21, 28; ERNST, § 275 N 21, 95; MÜCKL, Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des § 275 II BGB, JURA 12/2005, s.810, 811. CANARIS, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts, s.14; CANARIS, Die Reform des Leistungsstörungen, s.501; MEDICUS, Schuldrecht I, 17.Auflage, § 33 N 371; BROX/WALKER, § 22 N; SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Schuldrecht, Kapitel 13 N 485; FEHRE, s.45-46; MEIER, Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit, s.121; Bunun yanı sıra kanunun gerekçesinde de aynı ifadeler yer almaktadır. BT-Drucks 14/6040, s.130; LÖHNIG, Die Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts nach § 275 Abs.2 BGB, ZGS 12/2005, s.460. Aksi kanaatte, ZIMMER, s.3; OTTO, Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts, s.3-4; LOOSCHELDERS, "Unmöglichkeit" und Schadensersatz statt der Leistung, JuS 2010, s.854.

<sup>465</sup> HEINRICH, § 275 N 29; CANARIS, Die Reform des Leistungsstörungen, s.501; YUSHKOVA/STOLZ, Der Wegfall der Geschäftsgrundlage vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung des Jahres 2001, JA 2003, 75; EIDENMÜLLER, Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, JURA 2001, 832; WAGNER, s.218; MEIER, Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit, s.120.

sarsılması ilkesi uyarınca ya da sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması kuralına göre borcundan kısmen veya tamamen kurtulabilecektir.

### § 3 İFA İMKANSIZLIĞINDA BAZI ÖZEL DURUMLAR

#### I-ÇEŞİT BORCU- SINIRLI ÇEŞİT BORCU-GERÇEK OLMAYAN PARÇA BORCU

##### A-ÇEŞİT BORCU

Bireysel özelliklerine göre somut olarak belirlenmiş bir edimin söz konusu olmadığı, edimin sadece türüne göre belirlendiği, bir edimin yerine aynı özelliklerdeki bir başkasının geçebildiği durumlarda çeşit borcundan bahsetmek gerekecektir.<sup>466</sup> Somut olayda çeşit borcunun mu yoksa parça borcunun mu söz konusu olduğu, sözleşmenin kurulması anında edimin belirli olup olmadığına göre değil, ancak somut olayda taraf iradelerinin yorumlanması sonucu hangisinin taraf menfaatlerine uyduğunun tespit edilmesiyle ortaya çıkacaktır. Buna göre edimin yok olması veya zarar görmesi halinde alacaklının tazminat yerine aynı türden bir malın teslim edilmesini isteyebileceği, borçlunun ise yine tazminat yerine aynı türden malı alacaklıya vermeyi tercih edeceği durumlarda çeşit borcunun var olduğu kabul edilmelidir.<sup>467</sup>

Borcun konusunun özel niteliklerine göre belirlendiği durumlarda ise parça borcu söz konusu olacaktır.<sup>468</sup> Ancak edime parça borcu özelliğini veren, bireysel özelliklerinden ziyade belirttiğimiz gibi tarafların iradeleridir. Tarafların yalnızca

<sup>466</sup> LARENZ, Schuldrecht I, § 11 I, s.151; MEDICUS, Schuldrecht I, 17.Auflage, § 15 N 119; SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Kapitel 5 N 221; SCHÖNLE, Art.184 N 44; OĞUZMAN/ÖZ, s.6; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.12; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 6 N 2; EREN, s.103; TUNÇOMAĞ, s.47; FEYZİOĞLU, s.20. Rohde ise, normatif çeşit kavramına göre çeşit borcunun tayininde birtakım başka etkenlerin etkili olacağını ifade etmektedir. Buna göre burada yalnızca eşyanın özellikleri değil, aynı zamanda teslim zamanı, üretim yeri ve zamanı, borçludan borcun ifası için beklenen davranışlar da rol oynayacak, böylece sözleşmeyle öngörülen ve borçlunun ticari hayatın gereklerine göre gerekli özeni göstermesi halinde tedarik edebileceği edimler çeşit borcu kapsamında kalacaktır. Bu görüşe göre somut olayda ilk evvela belirlenen çeşide göre borçlunun gerekli özeni gösterip göstermediği araştırılacaktır. ROHDE, Unmöglichkeit der Leistung bei Gattungsschulden, Würzburg 1973, s. 47 vd.

<sup>467</sup> Örneğin bir market müşterisinin rafdan bir malı alarak kasaya getirmesi halinde durum böyledir.

<sup>468</sup> LARENZ, Schuldrecht I, § 11 I, s.151; MEDICUS, Schuldrecht I, 17.Auflage, § 15 N 119; SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Kapitel 5 N 221; SCHÖNLE, Art.184 N 44; FEYZİOĞLU, s.18; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.12.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 6 1; OĞUZMAN/ÖZ, s.6; EREN, s.103; TUNÇOMAĞ, s.46.

sözleşme konusu eşya ile borcun ifa edileceği, bundan başkasının ise kabul edilmeyeceğinin kararlaştırıldığı durumlarda parça borcunun var olduğu kabul edilmek durumundadır. Ancak sorun şudur ki tarafların her somut olayda borcun konusu hakkındaki iradeleri kolay anlaşılammaktadır. Bu sebeple somut olayda taraf iradelerinin doğru tahlil edilmesi, bu yapılırken de dış etkenlerin göz önünde bulundurulması gerekecektir. Sözleşmenin kurulması esnasında ortada somut bir malın bulunması ve bu mal üzerinde tarafların anlaşmaya varması halinde bir parça borcunun varlığından söz edilebilmesi mümkün olacaktır. Örneğin kullanılmış bir arabanın, bir evcil hayvanın ya da yıl sonu indirimi sebebiyle mağazada tek çift kalan yazlık ayakkabının satışında durum böyledir.

İmkansızlığın yalnızca parça borçları için söz konusu olabileceği, buna karşılık çeşit borçlarında ise *genus non perit*<sup>469</sup> çeşit (nevi, tür) telef olmaz ilkesi ışığında orta kaliteden aşağı olmamak kaydıyla o çeşide ait her nesneyle borcun ifa edilebileceği gerekçesiyle imkansızlığın söz konusu olamayacağı, çeşit borcunda imkansızlığın kabul edilebilmesi için o çeşide ait tüm malların yeryüzünde silinmesi gerektiği kabul edilmektedir.<sup>470-471</sup> Buna göre o çeşit yeryüzünden tamamen silinmedikçe borçlu bu edimi bulup borcunu ifa etmek zorunda kalacaktır. Reform öncesi Alman Medeni Kanunu'nda § 279'da<sup>472</sup> açıkça yer alan bu ilke bizim kanunumuzda ve yeni Alman Medeni Kanunu'nda açıkça yer almamaktadır.<sup>473</sup>

<sup>469</sup> Bu ilke hakkındaki eleştirileri ve parça borcu-çeşit borcu arasında yapılan ayrımın kalkması gerektiğiyönündeki görüşleri için bkz. **SEROZAN**, Parça Borcu- Çeşit Borcu; aşılması gerekli bir ayrım, İstanbul 1969, Aynı basım, s.9 vd.

<sup>470</sup> **UNBERATH**, § 275 N 46; **LÖWISCH/KASPERS**, § 275 N 18; **BROX/WALKER**, § 22 Prg.5; **LOOSCHELDERS**, § 15 N 287, § 23 463; **FIKENTSCHER**, Schuldrecht , 9.Auflage, § 28 III N 251; **LORENZ/RIEHM**, § 6 N 313; **von TUHR/PETER**, s.55; **BARTH**, s.53; **BUCHER**, OR AT, s.414; **von BÜREN**, OR AT, s.26; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, s.48; **KOLLER**, OR AT, § 37 N 15; **BERGER**, N 1511; **SCHÖNLE**, Art.185 N 26; **XANDER**, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Gattungsschuld, Aachen 2006, s.79; **GSELL**, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, Die Haftung des Gattungsverkäufers beim Eintritt nachträglicher Erfüllungshindernisse, Bielefeld 1998, s.27; **WIEGAND**, in Honsell/Vogt/Wiegand, Art.97 N 20; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.909; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.310; **KOCAYUSUPPAŞAOĞLU**, § 6 N 7; **AYBAY**, s.127; **EREN**, s.1000; **TUNÇOMAĞ**, s.490; **GÜMÜŞ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2008, s.69.

<sup>471</sup> Ancak, çeşit borcunun söz konusu olduğu hallerde edimin belirlenen kalitede olmasının artık mümkün olmadığı, yani sadece daha düşük kalitede bir malın teslim edilmesinin mümkün olduğu hallerde doktrinde kısmi imkansızlığın -qualitative Unmöglichkeit- varlığı kabul edilmektedir. Bak. **BUCHER**, OR AT, s.116 vd.; **GINTER**, Verhaeltnis der Sachgewachrleistung nach Art.197 ff.OR zu den Rechtsbehelfen in Art.97 ff.OR; Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung, Zürich/Basel/Genf 2005, s.104, dipnot 426.

<sup>472</sup> Reform öncesi BGB'de yer alan bu hükme göre çeşit borçlarında borçlu § 275 a.F. BGB'den farklı olarak, o çeşit yeryüzünde var olduğu sürece, malın telef olmasında kusuru bulunmasa dahi subjektif imkansızlığından sorumlu olacaktır. Buna göre çeşit borçlarında borçlu ifayı garanti etmiş

Doktrinde yazarların neredeyse tamamı tarafından çeşit borçlusunun sorumluluğu garanti sorumluluğu olarak belirtilmiştir. Buna göre borçlu elindeki mal telef olsa dahi, o çeşitten mal yeryüzünde bulunduğu sürece borcun ifasının mümkün olduğu ve borçlunun borcunu ifa etmek zorunda olduğu ve çeşit borcunda borçlunun, açıkça kararlaştırılmamış olsa bile, o çeşitten bir malı alacaklının mülkiyetine geçirmeyi garanti ettiği kabul edilmektedir.<sup>474</sup>

Borçlunun bir cinsten ifada bulunma yükümlülüğü altına girdiği sözleşmelerde ifanın imkansızlaşp imkansızlaşmayacağı ilk evvela sözleşmenin yorumu sonucu ortaya çıkacaktır.<sup>475</sup> Buna göre ilk olarak tespit edilmesi gereken, borçlunun edim borcunun neye ilişkin olduğudur. Borçlunun borcu çeşit borcu olabileceği gibi sınırlı çeşit borcu da olabilecektir. Bunun yanı sıra çeşit borcu, borcun konusunun bir arabanın kiralanması olması halindeki gibi oldukça geniş olarak tarif edilebileceği gibi, marka, model özellikleri verilerek daha dar olarak da tarif edilebilecektir. Bu durumda imkansızlığın söz konusu olabilmesi için borcun konusunu teşkil edebilecek tüm malların yok olması gerekecektir. Geniş olarak tayin edilen çeşit borçlarında imkansızlığın meydana gelmesi her ne kadar çok ender karşılaşılabilecek bir olay olsa bile, daha dar kapsamlı olarak tayin edilmiş çeşit borçlarında ise bu pekala mümkün olabilecektir. Dolayısıyla cins borcu telef olmaz ilkesini çeşit borçlarının tamamı bakımından uygulamak mümkün olmayacaktır. Zira bu ilkenin bütün çeşit borçları bakımından istisnasız olarak uygulanması, beraberinde bazı haksız sonuçları da

---

sayılacak ve tedarik yükümü altında olacaktır. Aşırı ifa güçlüğünde durumun ne olacağı hususu reform öncesinde alman hukuk sisteminde tartışmalı bir konu olup, genellikle bu durum işlem temelinin çökmesi başlığı altında incelenmektedir. Dürüstlük kuralına göre, borçludan ifada bulunmasının hiçbir durumda kendisinden beklenemeyeceği hallerde borçlunun borcundan kurtulacağı kabul edilmektedir (§ 242 BGB). Bkz. **EMMERICH**, Leistungsstörungen, § 3 N 71.

<sup>473</sup> Eski Medeni Kanun zamanında da bu ilkenin tam olarak uygulanmasının haksız sonuçlar doğuracağını söylenmiş ve sorunu çeşit borcunda borçlunun sorumluluğu § 242 a.F.BGB'de düzenlenen dürüstlük kuralı ışığında sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Buna göre borçlunun taahhüt ettiği ettiği çeşidi temin etmek borçlu bakımından objektif imkansızlığa eş kabul edilecek derecede zorlaşmış ise burada imkansızlığın varlığı kabul edilecektir. Bu hüküm ayrıca borçlunun sadece çeşit borçlarında değil aynı zamanda parça borçlarında da tedarik yükümü altında olabileceği şeklinde de eleştirilmiştir. **KLEINEDAMM**, Unmöglichkeit, s.14 vd.; **TITZE**, s.5 vd.; Bu eleştirileri gözönünde bulunduran kanun koyucu Borçlar Kanunu reformunda bu hükmü kanunda çıkarmıştır. Bu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **GSELL**, Beschaffungsnotwendigkeiten und Leistungspflicht, s.86 vd.; **XANDER**, s.7 vd., 49 vd.

<sup>474</sup> Bazı yazarlar ise bu görüşe karşı çıkmışlardır. Bkz. **ROHDE**, s.81. Yazara göre çeşit borçlusu sadece sözleşme konusu malı tedarik etme yükümlülüğü altına girmiştir ve bu yükümlülük garanti olarak nitelendirilemeyecektir. Garanti, çeşit kavramının genişletilmesinden başka bir şey değildir. "Garanti"den bahsedildiğinde artık gerekli özenin gösterilmesine rağmen ifa edilemediği hallerde imkansızlıktan söz etmek de mümkün olmayacaktır.

<sup>475</sup> **WIEGAND**, Art.97 N 20.

meydana getirecektir. Buna göre çeşit borcunda imkansızlığın söz konusu olup olamayacağını tespiti için öncelikle somut olayda borcun niteliğinin tam olarak belirlenmesi gerekmektedir. Bunun için ise taraf iradelerinin doğru şekilde yorumlanmasının yanı sıra, ticari hayatın gerekleri ve objektif kriterler de göz önünde bulundurulmalıdır.

Ayrıca yürürlükteki kanunlarda yapılan değişiklikler de çeşit borcunun ifasının imkansızlaşmasına yol açabilecektir. Örneğin gümrük mevzuatında yapılan değişikliklerle belirli malların yurda sokulmasının yasaklanması halinde durum böyledir. Bunun gibi Federal Mahkemenin tedarik yükümünün sözleşmeyle sınırlandırıldığı sonucuna vardığı bazı kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin satıcının alıcıya karşı sözleşme konusu malı yurt dışından getirme yükümlülüğü altına girdiği bir akdi ilişkide, daha sonra getirilen ithalat yasağı sebebiyle satıcının bu malı sadece yurt içinden tedarik etme imkanının kaldığı bir olayda Federal Mahkeme, satıcının malı yurt içinden tedarik etme yükümünün bulunmadığına karar vermiştir.<sup>476</sup> Buna göre tedarik yükümünün kapsamı sözleşmenin yorumu sonucunda belirlenecektir. Taraflar sözleşmede, sınırsız bir tedarik yükümü hususunda anlaşmış olabilecekleri gibi, bu yükümü açıkça veya zımnen sınırlamış da olabilirler. Federal Mahkeme yukarıdaki olayda tarafların yaptıkları sözleşmede borçlunun tedarik yükümünü sınırladıkları sonucuna varmıştır.

Çeşit borçlusunun o çeşitten bir malın piyasadan tedarik edilebilir vaziyette bulunması sebebiyle, borçlunun sadece kendi stoğundan ifa edeceği haller dışında, bir tedarik yükümü altında olacağı ve edimini ifa edinceye kadar hasara katlanması gerektiği söylenebilecektir. Borçlu duruma göre, bu tedarik yükümü kapsamında söz konusu malı piyasadan edinebilmek için ek bir takım masraf ve zorluklara katlanmak zorunda da kalabilecektir. Zira tam iki taraflı sözleşmelerde tarafların bu sözleşmeden her zaman birbiriyle aynı oranda yarar elde etmeleri söz konusu olamayacaktır. Ancak yine de buna rağmen, taraflardan yalnızca birinin edimin ifası ile yarar elde edecek, diğerinin ise orantısız bir şekilde bu akdi ilişkiden fayda yerine zarar göreceği olması, yani tarafların sözleşmeden elde ettikleri menfaatler arasında fahiş bir orantısızlığın bulunması halinde yine imkansızlığın varlığının kabul

---

<sup>476</sup> BGE 45 II 37 ff.

edilebilmesi mümkün olabilecektir. Borçlunun borcunu ifa etmesi için katlanması gerektiği zorlukların objektif imkansızlığa eş olduğu bu durumlarda çeşit borcunun da imkansızlaştığı kabul edilebilecektir.<sup>477</sup> Örneğin olağanüstü hal sebebiyle piyasaya mal akışının zaten tam olarak sağlanamadığı ve o çeşitten bir malı temin etmenin aşırı zorlaştığı durumlarda veya piyasadaki malların tek elde topladığı ve malları elinde bulunduran kişinin söz konusu mal için fahiş fiyatlar talep ettiği hallerde edimin imkansızlaştığı kabul edilmelidir.<sup>478</sup> Zira bu durumlarda çeşidin tedarik edilmesi, olağanüstü bir risk sebebiyle borçludan beklenemeyecek bir özveriyi gerektirecektir.<sup>479</sup> Ancak malı elinde bulunduran kişi veya kişilerin malı uygun bir bedel karşılığında vermeye hazır olmalarına rağmen borçlunun buna yanaşmadığı bir durum ile salt malın fiyatında birtakım artışların meydana gelmesi halinde ise imkansızlık söz konusu olmayacak ve borçlunun borcu vadesinde ödememesi nedeniyle temerrüde düşürülmesi mümkün olabilecektir.

Alman Hukuku'ndakinin aksine Türk/İsviçre Hukuku'nda çeşit borcunda borçlunun veya alacaklının ifa edilecek malı seçmiş, yani ayırt etmiş olmaları, bu ayırt edilen malların telef olması halinde, borçlunun imkansızlık sebebiyle borcundan kurtulmasına yetmemektedir. Bu durumda borçlu mal telef olmasına rağmen borçlu kalmaya devam etmekte ve imkansızlık sebebiyle borcundan kurtulamamaktadır.<sup>480</sup> Zira çeşit borçlarında, parça borçlarının aksine, borçlu sözleşme konusu taşınır malın zilyetliği alacaklıya devredilinceye dek hasara katlanmak zorundadır.<sup>481</sup> Ancak kanunda bu prensibe satım sözleşmeleri bakımından<sup>482</sup> bir istisna getirilmiştir.<sup>483</sup> BK m.183 f.2'de, satım sözleşmesinde yalnız çeşidine göre tayin edilmiş bir malın ayırt edilmiş ve başkasına gönderilecek ise bunun satıcı tarafından taşıyana teslim edilmiş

<sup>477</sup> BECKER, Art.97 N 18; BUCHER, OR AT, s.421; MÜLLER-CHEN, s.248vd.; von TUHR/ESCHER, s.95vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.910.

<sup>478</sup> ROHDE, s.73.

<sup>479</sup> SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 14.

<sup>480</sup> von TUHR/PETER, s.55 vd; WIEGAND, N 21 zu Art.97 OR GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.48.

<sup>481</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nunda ise bu durum değiştirilmiştir. Satım sözleşmelerinde yarar ve hasarın düzenlendiği TBK m.208'e göre, kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.

<sup>482</sup> Devir borcu yükleyen tüm sözleşmelerin bu madde kapsamında kaldığı belirtilmektedir. GIGER, Art.185 N 16.

<sup>483</sup> Hasarın geçişi anı ile ilgili satım sözleşmesi bakımından istisnai bir hüküm getiren BK m.183'e yönelik eleştiriler için bkz. ATAMER, Satım Sözleşmelerinde Hasarın İntikali Anı- Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m.183'ün Farklı Okunması Gereği, Prof.Dr.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.145 vd.

olması halinde hasarın alacaklıya geçeceği kabul edilmiştir.<sup>484</sup> Bu durumda çeşit borcu parça borcuna dönüşmemekte, bireyselleştirilmesiyle birlikte hasarın intikali bakımından parça borcu ile çeşit borcu aynı hukuki duruma tabi kılınmaktadır.<sup>485</sup> Böylelikle borçlu malı seçerek diğer mallardan ayırdığı anda<sup>486</sup> hasar alacaklıya geçecektir.<sup>487</sup> Buna göre ancak bundan sonra malın diğerlerinden ayırt edilmesi anından itibaren borçlu malın yok olması halinde bunda bir kusuru bulunmuyorsa malı tekrar tedarik etme yükümü altında olmayacak ve bu durumda BK m.117 uygulama alanı bulacaktır. Ancak malın yok olmasından dolayı sorumlu tutulabildiği durumlarda ise borçlu BK m.96'ya göre alacaklının müsbet zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır.<sup>488</sup> Bu sebeple çeşit borçlusunun bu ayrımı yapmasından sonra edimin yok olması halinde imkansızlıktan bahsetmek artık mümkün olabilecektir.<sup>489</sup>

Alman Medeni Kanunu § 243 Abs.2'ye göre ise çeşit borçlusu, bu tip bir borç için yapması gerekenleri yapmışsa, borç ilişkisi o şeyle sınırlanacaktır. Bunun sonucu olarak çeşit borcunda ayırt etme sonucunda çeşit borcu parça borcuna dönüşecek ve hasar alacaklıya geçecektir. Borçlu tarafından yapılması gerekenlerin neler olduğu somut olaydaki sözleşmeye göre değişecektir. Doktrinde genel olarak, borçlunun

<sup>484</sup> Wiegand aynı sonucun çeşit kirasında da uygulanabileceğini savunmaktadır. Bkz. **WIEGAND**, Art.97 N 21.

<sup>485</sup> **ARAL**, s.83; **GÜMÜŞ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.69; Bu durumda çeşit borcunun parça borcuna dönüşeceği kanatında, **GIGER**, Art.185 N 10, 32.

<sup>486</sup> Malın ne zaman diğerlerinden ayrılıp somutlaştırıldığı ve böylece parça borcuna dönüştüğü, bir başka deyişle ayırt etmenin kim tarafından ve ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği ile ilgili çeşitli görüşleri bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre malın borçlu tarafından çeşidin içinden seçilerek ayrılması yeterliyken (Bkz.**KOLLER**, Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.184-161, 211-215, 220-221, Zürich 1996, Art.185 N 31; **GIGER**, Art.185 N 33; **BECKER**, Art. 185 N 6; **WEBER**, Art.71 N 66; **SCHÖNLE**, Art.185 N 85, yazar diğerlerinden farklı olarak ayırt etmenin üçüncü kişiler tarafından anlaşılabilir olması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca **GÜMÜŞ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.69; **ATAMER**, Satım Sözleşmelerinde Hasarın İntikali Anı, s.140) bazı yazarlara göre ayrıca malın ayırt edildiğinin alacaklıya bildirilmesi gerekmektedir (Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 6 N 9; **TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c.I-1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkıbasım, İstanbul 2008, s.115; **AKINTÜRK**, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankar 1966, s.134; **SEROZAN**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, s.106; **ATAMER**, Satım Sözleşmelerinde Hasarın İntikali Anı, s.140; **ALTAY**, Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali, İstanbul 2008, s.129). Bazı yazarlar ise ayırt etmenin ancak o çeşitten bir malın alacaklıya teslim edilmesi anında gerçekleşeceğini, bu nedenle hasarın da ancak bu anda alıcıya geçeceğini ileri sürmektedirler (Bkz. **YAVUZ**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 2007, s.61). Son olarak bazı yazarlar ise bu görüşlerin yeterli olmadığını ve burada önemli olanın taraf iradeleri olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **GIGER**, Art.185 N 30.

<sup>487</sup> Malın ayırt edilmesinde borçluyu bağlayan tek hüküm BK m.70'dir. Buna göre çeşit borçlusu orta kaliteden aşağı bir malı alacaklıya teslim ederek borcundan kurtulamayacaktır.

<sup>488</sup> Ancak burada borçluya tazminat ödemek yerine o çeşitten bir malı alacaklıya teslim etme imkanının da verilmesi gerektiği söylenmektedir. **WIEGAND**, Art.97 N 21.

<sup>489</sup> **WIEGAND**, Art.97 N.21.

borcun başarıyla ifa edilebilmesi için gerekli tüm hazırlıkları yaptığı ve bunun sonrasında ifanın gerçekleşebilmesinin alacaklının yapılan ifayı kabul etmesinin gerektiği hallerde borçlunun tüm gerekenleri yapmış olduğu kabul edilmektedir.<sup>490</sup> Örneğin alacaklıya eşyayı götürme, gönderme ya da alacaklı tarafından alınması için hazırlama yükümlülüğü altındaki borçlunun bunları yapmış olması halinde durum böyledir. Aranacak borçlarda malın diğer mallardan ayrılması ve bu durumun alacaklıya bildirilmesi, gönderilecek borçlarda malın taşıyana teslim edilmesi götürülecek borçlarda borçlunun alacaklının ikametgahında edimi teklif etmesi ve bunun alacaklı tarafından kabul edilmesiyle borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılacağı kabul edilmektedir.<sup>491</sup> Bu durumda malın bu andan itibaren telef olması halinde borçlu § 275 Abs.1'e göre borcundan kurtulacak, ayrıca § 276 Abs.1'e göre tedarik yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır. Ancak borçlu tarafından ifa edileceği öngörülmüş olmasına rağmen henüz ayırt edilmemiş olan eşya telef olursa borçlunun o çeşitten bir malı teslim etme borcu devam edecek, borçlu sübjektif imkansızlığın bulunduğundan bahisle § 275 Abs.2'ye başvurarak borcundan kurtulamayacaktır.<sup>492</sup>

<sup>490</sup> EMMERICH, § 243 N 26; SCHIEMANN, J. Von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-243 (Treu und Glauben), Berlin Neubearbeitung 2009, § 243 N 30.

<sup>491</sup> EMMERICH, § 243 N 28 vd.; SCHIEMANN, § 23 N 31 vd.; BROX/WALKER, § 8 N 6; FIKENTSCHEER, Schuldrecht, 9.Auflage, § 28 III N 248 vd.; MEDICUS, Schuldrecht I, 17.Auflage, § 19 N 205; LOOSCHELDERS, Schuldrecht AT, § 15 N 291 vd.

<sup>492</sup> Alman Hukukunda Schlechtriem § 275 II BGB'nin çeşit borçları bakımından uygulanmasının problemli olduğuna işaret etmektedir. Yazara göre çeşit borçlarında aynen ifa ilk bakışta hemen hemen her zaman talep edilebilecek olarak gözükmektedir. Yazar her ne kadar doktrinde çeşit borcunda borçlunun § 276 I BGB'ye göre tedarik yükümünü üstlenmiş olduğu ve bu nedenle imkansızlıktan ötürü kusursuz olsa dahi sorumlu olacağı ve bu nedenle de çeşit borçlarında alacaklının aynen ifa talebine karşı, borçlunun ekonomik imkansızlığa başvuramayacağını kabul edilse bile, çözüm § 275 II BGB'deki "ifaya olan menfaat" (Leistungsinteresse) kavramına verilen anlamda yatmaktadır. Bu kavram zararın tazmininde telafi edilmesi gereken "ifaya olan menfaat" şeklinde algılanırsa yukarıdaki çözüm doğru olacaktır. Ancak yazara göre bu kavramdan anlaşılması gereken geniş anlamda menfaat değil, sadece ve sadece "aynen ifaya" olan menfaattir. Dolayısıyla § 275 II BGB'de imkansızlığın kabulü için aranan "borçlunun borcu ifa etmesi için gerekli masraf/zahmet ile alacaklının ifaya olan menfaati arasında fahiş bir dengesizlikte" alacaklının menfaati bakımından dikkate alınması gereken sadece "aynen ifaya olan menfaat" olup, ifaya olan geniş anlamdaki menfaat (yani edimin değeri veya alacaklının söz konusu malı üçüncü kişiye satmak suretiyle elde edeceği kar) değildir. Bu nedenle Schlechtriem, bir tedarik yükümünün varlığına rağmen çeşit borçlarında bu dengesizliğin mevcut olamayacağını, aynen ifanın ancak istisnaen gerçekleşebileceğini ve bu nedenle çeşit borcunun imkansızlaşmasından bahsedilebileceğini ileri sürmektedir. SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Kapitel 13, Prg.483.



## B-SINIRLI ÇEŞİT BORCU

Tarafların daha sözleşmenin kurulması aşamasında edimi somut olarak belirledikleri ve ancak belirlenen bu edimin teslim edilmesiyle borcun ifa edilmiş sayılacağına karar verdikleri parça borçlarının aksine çeşit borçlarında, en azından sözleşmenin kurulması aşamasında, henüz hangi malın borcun ifasına hizmet edeceği taraflarca tam olarak bilinmediğinden bu durumda daha somut olarak edimin ne olduğu belli olmayıp, belli olan yalnızca çeşidin ne olduğudur. Taraflar çeşidi belirledikten sonra bu çeşit borcunu da sınırlayarak, borçlunun bu borcunu belirli bir stoktan ifa edeceğini kararlaştırabileceklerdir. Sınırlı çeşit borcu olarak adlandırılan bu borçta, borçlu borcunu belirli bir stokta yer alan mallarla ifa edecektir. Bu nedenle stoğun tamamıyla yok olması halinde, aynı çeşitten malların hala piyasadan temin edilebilir olmasına rağmen, edimin imkansızlaşacağı söylenebilecektir. Stoğun kısmen yok olması halinde ise edimin imkansızlaşp imkansızlaşmadığına somut olaydaki sözleşme şartlarına bakılarak karar verilebilecektir. Bu durumda stokta kalan mallarla borcun ifa edilebildiği hallerde borçlu borcunu bu mallarla ifa etmek zorunda kalacak, ancak kalan mallar borcu ifasına yetmediği hallerde ise kısmi imkansızlık hükümleri devreye girecektir. Sınırlı çeşit borcunda alıcı stok dışı bir malı kabul etmek zorunda olmadığı gibi, satıcı da alıcıya kendi stoğunun dışında bir mal verme yükümlülüğü altında değildir.

Somut olayda borçlunun borcunu yalnızca bir stokta bulunan mallarla ifa etmesi gerekip gerekmediği, taraf iradelerinden ve sözleşmenin içeriğinden anlaşılacaktır. Ancak sınırlı çeşit borcunun varlığından söz edebilmek için mutlaka taraflarca çeşit borcunun açıkça sınırlanması gerekmeyecektir. Taraflarca borcun konusunun sınırlanmadığı bazı durumlarda da, ticaret hayatının gerekleri borçlunun sadece bir stokta yer alan mallardan biriyle borcunu ifa edeceğini, bunun dışında aynı malı piyasadan tedarik etme yükümünün bulunmadığının kabulünü gerektirebilir. Bu durum özellikle borçlunun sattığı malı kendisinin üretmesi halinde kendini göstermektedir. Bu durumda borç, borçlunun ürettiği malların kapasitesiyle sınırlıdır. Borçlu kendi ürettiği malların yetmemesi veya telef olması halinde borçlunun tedarik yükümü altında olduğu ve aynı türden malları piyasadan temin

ederek alacaklıya teslim etmek zorunda olduğu söylenemeyecektir.<sup>493</sup> Buna göre, örneğin borçlunun fabrikasının yanması ve mal üretmez hale gelmesi halinde bir imkansızlıktan bahsedilebilecek ve aynı tür malların piyasadan temin edilebilir oldukları gerekçesiyle imkansızlığın söz konusu olmadığı alacaklı tarafından ileri sürülemeyecektir. Bu durumda meydana gelen imkansızlıktan dolayı kusurunun bulunmaması halinde borçlu BK m.117'ye göre tazminat ödemek zorunda kalmayacak, aksi halde ise BK m.96 gereğince alacaklının zararlarını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Örneğin (X) firmasının ürettiği klimalardan sahibi olduğu otelde kullanılmak üzere 500 adet sipariş veren (A), (X) firmasının klimaları ürettiği fabrikanın çıkan yangın sebebiyle işlev göremez hale gelmesi halinde, söz konusu borcun bir çeşit borcu olduğunu ve bu durumda imkansızlıktan bahsedilemeyeceğini ileri süremeyecektir. Keza çiftliğinin yanması sebebiyle günlük teslim etme borcu altına girdiği sütleri teslim edemeyen borçlunun durumu da aynıdır. Borçlu bu durumda imkansızlıktan sorumlu olmadığını ortaya koyabilirse BK m.117 gereğince tazminat ödemeyecek, aksi takdirde BK m.96'ye göre alacaklının zararlarını tazmin etmek zorunda kalacaktır.

Bunun yanı sıra mağazalarda yapılan satım sözleşmeleri bakımından da bazı durumlarda aynı sonuca varılabilecektir. Bir müşterinin raftan aldığı bir malın, daha kasaya giderken mağazanın temizlik görevlisinin dikkatsizliği sebebiyle kırılması halinde, mağaza sahibinin borcunun sınırlı çeşit borcu olduğunun ve bu nedenle sorumluluğunun mağazada bulunan mallarla sınırlı bulunduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Bu durumda müşterinin rafta o çeşide ait son ürünü almış olması halinde mağaza sahibinin bu malı başka yerden tedarik etmesi gerektiği söylenemeyecektir. Kırılan malın yerine verilecek malın sözleşmenin kurulması sırasında mağazada bulunması veya daha sonradan gelmesi bir fark yaratmayacaktır. Borcun sınırlı çeşit borcu olarak kabul edilmesi halinde fark yalnızca mağaza sahibinin elinde olmayan bir malı alıcıya vermek zorunda kalmayacak olmasıdır. Bu durumda, mağaza sahibinin ifa yardımcısından dolayı sorumluluğu sebebiyle olaya kusurlu imkansızlık (BK m.96) sonucu uygulanacak; alıcı bu ürünü başka yerden temin etme masrafları ile ödediği veya ödeyeceği bedel arasındaki farkı tazminat olarak talep edebilecektir.

<sup>493</sup> LOOSCHELDERS, Schuldrecht AT, § 15 N 289; ROHDE, 58.

## C-GERÇEK OLMAYAN PARÇA BORCU

Parça borcu-çeşit borcu arasındaki ayırım giderek silinmekte, borcun parça borcu mu yoksa çeşit borcu mu olduğu meselesi tamamen somut olayda taraf iradelerine göre çözümlenmektedir. Yukarıda çeşit borcuyla ilgili başlıkta yapılan açıklamalarla, çeşit borcu parça borcuna yaklaştırılmaya ve parça borcunda olduğu gibi çeşit borcunda da imkansızlığın söz konusu olabileceği ortaya konulmaya çalışılırken, Borçlar Hukuku Reformu sonrasında Alman Medeni Kanunu'nda alıcının yalnızca çeşit borcu bakımından malın ayıptan ari bir başka malla değiştirilmesini talep etme hakkını düzenleyen 480. paragrafının kaldırılmasıyla parça borcu-çeşit borcu arasındaki sınır iyiden iyiye silinmiştir.

Reform öncesi Alman Medeni Kanunu'nda yer alan § 480 Abs.1'e göre çeşit borçlusu sözleşmeden dönmek veya semenin tenzilini istemek yerine malın ayıptan ari bir başka malla değiştirilmesini talep etme hakkına sahipti. Alman Borçlar Hukuku reformu kapsamında bu hükmün kanundan çıkarılarak yerine, çeşit borcu-parça borcu ayırımı yapmaksızın, satıcının sonraki ifa kapsamında, seçimine göre ayıbın giderilmesini veya malın ayıptan ari başka bir malla değiştirilmesini talep edebileceğini öngören § 439 BGB Abs.1'in getirilmesi, Almanya'da parça borçlarında da malın değiştirilmesinin talep edilip edilemeyeceği hususunda tartışmaların doğmasına yol açmıştır. Zira dikkat edilecek olursa, reform sonrası hükümde kanun koyucu bu hakkın kullanılabilmesini çeşit borçlarıyla sınırlamamıştır. Bu sebeple doktrinde bazı yazarlar parça borcunda bu hakkın kullanılmasının mümkün olmadığını ve kanunun ifadesine rağmen malın eskiden olduğu gibi yalnızca çeşit borçlarında ayıptan ari başka malla değiştirilebileceğini ileri sürerken,<sup>494</sup> hakim kanaat artık bu hükmün kanundan çıkarılmasıyla bu konuda çeşit borcuyla parça borcu arasında eski kanundaki gibi bir farklılığın kalmadığını ve

<sup>494</sup>FAUST, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, §§ 1-610, §§ 433-479, 2.Auflage, München 2007, § 439 N 27; MATUSCHE-BECKMANN, J. Von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-487 (Kaufrecht und Leasing), Berlin, Neubearbeitung 2004, §§ 434-444; 474-479, § 439 N 28; CEKOVIC-VULETIC, s.59 vd.; FAUST, Grenzen des Anspruchs auf Ersatzlieferung bei der Gattungskauf, ZGS, 7/2004, s.252 vd.; ACKERMANN, Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ 8/2002, s.378 vd.; HUBER, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, H.14, s.1006; LORENZ, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung- Ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, s.742, 743; TIEDTKE, Ersatzlieferung beim Stückkauf, JuS 7/2005, s.584, 587.

bu nedenle her iki durumda da bu hakkın kullanılabileceği görüşünü savunmaktadırlar.<sup>495</sup>

Parça borçlarında imkansızlık sebebiyle malın ayıptan ari başka bir malla değiştirilmesinin mümkün olmadığını söyleyen birinci grup yazarlara göre, parça borcunda ifa yalnızca somut olarak karşılaştırılan malın devredilmesi halinde gerçekleşmiş sayılacak, bunun aksinin kabul edilmesi halinde sözleşme içeriğine uymayan bir edimin verilmesiyle ifanın gerçekleştiği gibi mümkün olmayan bir duruma sebebiyet verilmiş olacaktır. Bu sebeple sözleşmeyle karşılaştırıldan başka bir malla borcun ifa edilmiş olacağı kabul edilemeyecektir.

Parça borçlarında malın ayıptan ari bir başka malla değiştirilmesinin mümkün olduğunu söyleyen ikinci görüş taraftarları ise kanuna ve kanunun gerekçesine dayanmaktadırlar. Zira bu yazarlara göre burada malın değiştirilmesinin yalnızca çeşit borçları bakımından mümkün olacağı şeklindeki dar yoruma § 439 BGB hükmü destek vermemektedir. Bu yazarlar, kanun koyucunun parça borcu-çeşit borcu arasında bir ayırım yapmak isteseydi § 480 a.F BGB'yi aynen yeni kanuna da alabileceğini, ancak bunu yapmadığını, bu nedenle parça borçlarında da satılan malın yerine başkasının konulabildiği durumlarda alacaklının bu hakkı ileri sürebileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşün önderlerinden kabul edilen Canaris'e göre malın değiştirilmesini talep hakkı aynen ifayı talep hakkının bir görünüm biçiminden başka bir şey değildir ve bu sebeple asli edim yükümüyle ilgilidir.<sup>496</sup> Bu fikri savunan yazarlara göre, satılan şeyin yerine başkasının konulabildiği bu hallerde "gerçek olmayan parça borcu" söz konusudur ve bu çeşit borcuyla karıştırılmamalıdır. Zira gerçek olmayan parça borçlarında söz konusu olan yedek ifa yükümüdür. Bu sebeple gerçek olmayan parça borcunun çeşit borcu olarak ifade edilmesi taraf iradelerine

<sup>495</sup> CANARIS, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 17/2003, s.831 vd.; LORENZ, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, s.1894; Brox/Walker, Besonders Schuldrecht, 33.Auflage, s.54 vd.; BALTHASAR/BOLTEN, Untergang der verkauften Sache: Unmöglichkeit oder Ersatzlieferungsanspruch?, ZGS 11/2004, s.413.; KAMANABROU, Der Nachlieferungsanspruch beim Stückkauf, ZGS 11/2004, s.61; GSELL, Beschaffungsnotwendigkeit und Ersatzlieferung beim Stück- und Vorratskauf, JuS 2/2007, s.99; GRUBER, Urs-Peter, Das drohende Ende der Stückschuld, JZ 14/2005, 708; KUHN, Unmöglichkeit der Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache wegen Unzumutbarkeit für den Käufer?, ZGS 8/2007, s.290; PAMMLER, Zum Ersatzlieferungsanspruch beim Stückkauf, NJW 2003, Heft 28, s.1992; ROTH, Stückkauf und Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache, NJW 41/2006, s.2954 vd.

<sup>496</sup> CANARIS, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, s.832

aykırı bir durum yaratacaktır.<sup>497</sup> Burada hem alıcı hem de satıcının iradeleri borcun sözleşmede belirtilen mal teslim edilerek ifa edilmesidir. Bunun dışındaki bir malın teslim edilmesiyle borç ifa edilmiş kabul edilmeyecektir. Tali nitelikteki ifa ise ancak sözleşmede kararlaştırılan parçanın ayıplı çıkması veya yok olması halinde ortaya çıkacak ve alacaklının menfaati bu tali ifa ile tatmin edilecektir.<sup>498</sup> Üstelik çeşit borcunda borçlunun o çeşitte bulunan mallar arasından seçim yapma hakkı varken, gerçek olmayan parça borcunda böyle bir seçim hakkı söz konusu değildir. Gerçek parça borcundan ise taraf iradelerine göre telafi edilebilir olmayan bir malın söz konusu olması halinde bahsedilebilecektir.

Alman Federal Mahkemesi 2006 yılında verdiği bir kararda parça borçlarında da malın ayıptan ari başka bir malla değiştirilmesinin alacaklı tarafından istenebileceğine hükmetmiştir.<sup>499</sup> Bu kararda Federal Mahkeme alacaklıya sözleşmeyle kararlaştırılan edimin yerine taraf beklentilerine göre aynı türde ve aynı değerde bir mal verilebileceği hallerde malın ayıptan ari misliyle değiştirilebileceğine ifade etmiştir. Ancak kararda hangi hallerde parça borcunun bir başka malla telafi edilebilir olduğu açıklanmamıştır. Bu kararın konumuz açısından önemi Federal Mahkemenin kabul ettiği ölçüler içerisinde parça borçlarının ayıptan ari misliyle değiştirilebileceklerinin kabul edilmesi halinde “gerçek olmayan parça borçları” bakımından artık imkansızlıktan bahsedilemeyecek olmasıdır.

<sup>497</sup> BALTHASAR/BOLTEN, s.413; KAMANABROU, s.61.

<sup>498</sup> DIECKMANN, Das Ende der Stückschuld? Zur Ersatzlieferung beim unechten Stückkauf, ZGS 1/2009, s.11.

<sup>499</sup> BGH Urt.v.7.6.2006-VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64, 72 vd.= ZGS 9/2006, s.348 vd. Dava konusu olayda davacı ikinci el otomobil ticareti ile uğraşan ve ve merkezi L. şehrinde bulunan bir firmadan internette yayınlanan bir ilan üzerine 29.000 Avro karşılığında bir otomobil satın almıştır. Davacı 14.3.2002 tarihinde galeriye giderek aracı görmüş ve aynı gün taraflar satım sözleşmesi imzalamışlardır. Satım sözleşmesinin ekinde bulunan sipariş formunda araçta herhangi bir hasar bulunmadığı belirtilmektedir. Davacı aracı 21.3.2002 tarihinde teslim almasının ardından gittiği tamircide aracın büyük bir kaza geçirdiği ve gereği gibi tamir edilmediğini öğrenmiş ve bu durumu derhal satıcı firmaya bildirmiştir. Daha sonra satıcı tarafından talep edilen bilirkişi incelemesinde de aracın kazalı olduğu sonucuna varılmıştır. Bunun üzerine davacı § 123 Abs.1 BGB'ye dayanarak esaslı hataya düştüğünü ve bu sebeple akdin hükümsüz olduğunu bildirmiştir. Davacı bunun üzerine açtığı davada aracın bedeliyle birlikte faizini talep etmiştir. Eyalet Mahkemesi tarafından reddedilen dava, bunun üzerine davacının başvurduğu Yüksek Eyalet Mahkemesince kabul etmiştir. Schleswig Yüksek Eyalet Mahkemesi verdiği kararda, davacının esaslı hata sebebiyle sözleşmeyi hükümsüz kılmasında haklı olduğunu, bunun şartlarının gerçekleştiğini, şartların gerçekleşmediği kabul edilse dahi alıcının §§ 346 Abs.1, 434, 437 Nr.2, 326 Abs.6 BGB'ye dayanarak yine satım parasını talep edebileceğini, aracın kazasız olmaması sebebiyle ayıplı olduğunu, malın ayıptan ari misliyle değiştirilmesinin imkansız olması sebebiyle alıcının § 325 Abs.5'e göre satıcıya süre vermesinin gerekmediğini, ancak işlevsellik ve sözleşmede belirtilen özellikler açısından malın ayıptan ari misliyle değiştirilmesine engel olan sebebin malın parça borcu olması olmadığını, zira parça borçlarında da taraf iradelerinden anlaşılması halinde bu tip malların başkasıyla değiştirilebileceğini, paça borcu niteliğinin buna engel olmayacağını ifade etmiştir.

Bu kararın ve dolayısıyla parça borçlarında malın ayıptan ari misliyle değiştirilmesinin kabul edilmesinin sonucunda aslında değişen ve birbirine yaklaşan parça borcu-çeşit borcu ayrımı değildir. Bu görüşün kabul edilmesi, bunun da ötesinde bugüne kadarki imkansızlık anlayışının değişmesi anlamına gelmektedir. Zira bu yeni imkansızlık anlayışına göre, bir parça borcu tamamen ortadan kalksa dahi imkansızlıktan, ancak edim ile kıyaslanabilecek başka bir eşyanın bulunmaması sebebiyle sözleşmede kararlaştırılan edimin yerine başkasının verilemediği hallerde bahsedilebilecek, bu durum ise imkansızlık hükümlerinin uygulanacağı olayların oldukça daralması sonucunu doğuracaktır.

Kanaatimizce taraflarca kararlaştırılan edimin ayıplı çıkması veya yok olması yani imkansızlaşması halinde, bu malın yerine bir başkasının konulabildiği durumlarda parça borcundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple bazı yazarlar tarafından “gerçek olmayan parça borcu” başlığı altında ele alınan ve alacaklıya malın ayıptan ari başka bir malla değiştirilmesi hakkı tanıyan borçlar aslında cins borcundan başka bir şey değildir. Borçlar Kanunumuzun 203.maddesinde, reform öncesi BGB’de olduğu gibi, alıcının satılanın ayıptan ari misliyle değiştirilmesini talep hakkının, yalnızca satılan çeşit borcu olması halinde söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Buna göre parça borçları bakımından bu hakkın kullanılması bizim hukukumuz bakımından mümkün değildir. Olsa olsa bu sonucun yalnızca BK m.183 f.3 gereğince ayırt edilmek suretiyle parça borcu haline getirilmiş cins borçları bakımından kabul edilebileceği söylenebilecektir.<sup>500</sup>

## II-SEÇİMLİK BORÇ ve SEÇİMLİK YETKİ

### A-SEÇİMLİK BORÇ

Seçimlik borçların düzenlendiği BK m.71’de, “borç birden ziyade şeylerin yapılmasını veya verilmesini şamil olup da borçlu bunlardan yalnız biriyle mükkelif tutulabilirse işin mahiyetinden hilafı anlaşılmadıkça bu şeyin intihabı borçluya aittir”

<sup>500</sup> Zira hatırlanacağı üzere bu durumda malın yok olması halinde borçluya, tazminat ödemek yerine haklı olarak o çeşitten bir malı alacaklıya teslim etme imkanının da verilmesi gerektiği söylenmektedir. Bkz. WIEGAND, Art.97 N 21.

denilmektedir. Kanunda birden ziyade şeylere taalluk eden borç tarzına ifade edilen seçimlik borç, birden fazla edimin söz konusu olduğu bir sözleşmede borçlunun bunlardan sadece daha sonra seçilecek birinin ifasıyla yükümlü olduğu borç tipine verilen addır.<sup>501</sup> Taraflar bu borç tipinde ifa edilecek edimi tam olarak belirlememekte, bunu sonraya bırakmaktadırlar. Bu borç tipinde birbirinden farklı özellik ve değerdeki edimler arasında seçim yapma hakkına sözleşmeye bağlı olarak alacaklı, borçlu hatta üçüncü bir kişi dahi sahip olabilmekte, seçim hakkının kullanılmasının ardından borcun konusu sadece bu seçilen edim olmakta ve borçlu ancak bu seçilen edimi ifa ederek borcundan kurtulabilmektedir. Seçim hakkı tek taraflı ve karşı tarafa varması gereken bir beyanla kullanılabilir. Bu beyanın açık olmasına gerek bulunmamakta, örneğin seçim hakkına sahip olan borçlunun edimlerden birini alacaklıya sunması bunun için yeterli sayılmaktadır.

### 1-Seçimlik Borç ile Çeşit Borcu Arasındaki İlişki

Seçimlik borçlar büyük ölçüde sınırlı çeşit borçlarına benzemekte, bu iki borç tipini birbirinden ayırmak her zaman kolay olmamaktadır. İmkansızlık bakımından sonuçları itibariyle birbirinden farklı hükümler doğuracak olmaları sebebiyle somut olayda çeşit borcunun mu yoksa seçimlik borcun mu söz konusu olduğunu tespit etmek büyük önem taşımaktadır.

Her iki borç tipi arasındaki benzerliklerin fazla olması bu ayrımın yapılmasındaki güçlüğü ana sebebidir. İlk olarak her iki edim tipinde de tek bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Bunun dışında her iki borç tipinde de ifa edilecek edim baştan belli değildir. Ayrıca her iki borç bakımından da borçlunun borcun ifasında kullanacağı eşya belirli bir gruptan seçilecektir. Bu iki borç tipi arasında imkansızlık bakımından da benzerlikler bulunmaktadır. Zira her ikisinde de mallardan bir kısmının telef

<sup>501</sup> TANNENWALD, Unmöglichkeit der Leistung bei einer Wahlschuld, Hamburg 1906, s.13; KRÜGER, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2a Schuldrecht Allgemeiner, Teil §§ 241-432, §§ 256-274 BGB, § 262 N 2; HEINRICH, § 262 N 1; LÖWISCH/KASPERS, § 262 N 2; von TUHR/PETER, s.78; KOLLER, OR AT, § 2 N 124; BECKER, Art.72 N 1; WIEGAND, Art.72 N 1; SCHÖNLE, Art.184 N 45; SELİÇİ, Seçimlik Borçların İfası, İÜHF Mecmuası, C.XXXIV, Sayı: 1-4, s.376; FEYZİOĞLU, s.21; TUNÇOMAĞ, s.50; SAYMEN/ELBİR, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, İkinci Cilt, İstanbul 1958, s.604; OĞUZMAN/ÖZ, s.8; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.811; EREN, s.104-105, 923; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 7 N 1; REİSOĞLU, s.289.

olması halinde borçlunun edimi imkansızlaşmayacak, borçlu kalan mal veya mallarla borcunu ifa edebilecektir. Son olarak yine her ikisinde de borçlu için hangi somut olarak borcun hangi malla ifa edileceğinin bir farkı olmayacaktır.

Aralarındaki benzerliklere rağmen bu iki borç arasında açık farklılıklar da bulunmaktadır. Seçimlik borçlarda sözleşmeyle belirlenen sınır çerçevesinde alacaklı veya borçlu, seçim anında yaptıkları değerlendirme sonucunda, o anki ihtiyaçlarına göre borcun hangi somut eşya ile ifa edileceğine karar verebilmektedirler. Çeşit borçlarından farklı olarak seçimlik borçlarda seçim, bireysel özellikleri bakımından belirlenmiş eşyalar arasından yapılmaktadır.<sup>502</sup> Burada seçim konusu her eşya diğerlerinden farklı özelliklere sahip olup, seçim zamanı seçim hakkına sahip olan o anki ilgi ve beklentilerine göre edimlerden birini seçebilmektedir. Seçimlik borçlarda aralarında seçim yapılacak edimler somut olarak belirtilmesine rağmen çeşit borcunda bu sadece çeşit olarak belirlenmiştir. Bu çeşitten orta kalitenin altında olmayan her edimle borç ifa edilebilecektir. Seçimlik borçta, çeşit borcundan farkı olmak üzere edimler arasında birbirlerinin alternatifi olma özelliği ağır basmaktadır.<sup>503</sup> Çeşit borçlarında ise edimler birbirinden farklılık arz etmediği için aralarında bir alternatiflik ilişkisi yoktur. Üstelik seçimlik borçta seçim belirli sayıdaki seçenekler arasından yapılmaktayken, çeşit borçlarında seçim sayısı belirsiz olan bütün bir çeşit arasından yapılmaktadır. Çeşit borcunda söz konusu mallar bireysel olarak sahip oldukları özelliklere göre diğer mallardan farklı değillerdir. Burada alacaklı bakımından önemli olan malın diğerlerinden farklı özelliklere sahip olması değil, o çeşide ait olmasıdır.

Sınırlı çeşit borçları her ne kadar seçimlik borçlara çeşit borçlarına nazaran bir adım daha yakın dursa da az evvel bahsedilen özellikler nedeniyle bu iki borç tipi birbirinden ayrılmaktadır. Örneğin balıkların çeşitlerine göre birbirinden farklı üç havuzda yetiştirildiği bir balık üretim çiftliğinde, çiftlik sahibinin alabalıkların yer

<sup>502</sup> HEINRICHS, § 262 N 5; BITTNER, § 262 N 4; KOLLER, OR AT, § 37 N 22; TUNÇOMAĞ, s.51; FEYZİOĞLU, s.23; EREN, s.924; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, § 7 N 5; SELİÇİ, Seçimlik Borçların İfasi, s.379; Seçimlik borçlar bu açıdan seçimin sonradan, ifa anında yapılması bakımından ayrılmaktadır. Parça borçlarında ise seçim taraflarca daha baştan, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında yapılmaktadır.

<sup>503</sup> von BÜREN, OR AT, s.28; von TUHR/PETER, s.78; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.48; LITTEN, Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte, Berlin 1903, s.87. Bazı yazarlar ise seçimlik borcu doğrudan doğruya alternatif borç olarak betimlemektedirler. Bkz. KISCH, Gattungsschuld und Wahlschuld, Leipzig 1912, s.49 vd.



aldığı iki numaralı havuzdan yüz adet balığın teslimini borçlanması halinde ortada bir sınırlı çeşit borcunun var olduğu rahatça söylenebilecektir. Zira havuzda yer alan balıklardan hangi yüz tanesinin teslim edildiği alacaklı bakımından önem taşımamaktadır. Buna karşın çiftlik sahibinin alacaklıya belirledikleri miktar karşılığında yüz adet alabalık ya da seksen adet çipura ya da elli adet levrek teslim etme borcu altına girdiği bir borç ilişkisinde seçimlik borçtan bahsedilecektir. İkinci halde örneğin seçim hakkına alacaklı sahipse, seçim anındaki menfaatlerine uygun olarak ifa edilecek edimi seçecek, bu üç edim türü arasında onun bakımından bir fark bulunmadığı söylenemeyecektir.<sup>504</sup> Ancak yine de somut olayda seçimlik borcun mu yoksa çeşit ve sınırlı çeşit borcunun var olduğunun tespitinde öncelikle taraf iradeleri göz önünde bulundurulacaktır.<sup>505</sup>

Çeşit borcu - seçimlik borç arasındaki yapılan ayrımın önemi kendisini, seçimlik borçlarda seçim hakkının alacaklıda olduğu ve edimlerden birinin borçlunun kusuruyla imkansızlaştığı hallerde gösterecektir. Zira bu durumda alacaklı imkansızlaşmayan edimle, imkansızlaşan edim yerine geçen tazminat talebi arasında seçimlik hakka sahip olmaya devam edecektir. Oysa seçimlik borç yerine çeşit borcunun var olduğunun kabul edilmesi halinde alacaklının böyle bir seçim imkanı olmayacaktır.<sup>506</sup>

## 2-Seçimlik Borçta Edimin İmkansızlaşmasının Sonuçları

Seçimlik borçta edimlerin bazılarının veya tamamının imkansızlaşması halinde durumun ne olacağına ilişkin Borçlar Kanunumuzda herhangi bir hüküm

<sup>504</sup> Bazı yazarlar tarafından, bazı hallerde bu ayrımın yapılmasının bu kadar kolay olmayacağı ifade edilmiştir. Buna göre örneğin borçlunun belirli bir yazarın kitaplarından bir tanesini alacaklıya devretmeyi borçlandığı bir borç ilişkisinde seçim hakkına alacaklı sahip olup da, alacaklı ilgi ve beğenilerine göre kendisine uygun bir kitabı seçecekse seçimlik borçtan, ancak kitaplar arasında alacaklı bakımından hiçbir fark bulunmuyorsa, alacaklının niyeti sadece o yazardan bir kitabın kütüphanesinde yer almasıysa sınırlı çeşit borcundan bahsetmek gerekecektir. Bkz. **KISCH**, *Gattungsschuld und Wahlschuld*, s.190,191.

<sup>505</sup> **KRÜGER**, § 262 N 5; **GRÜNEBERG**, *Beck'sische Kurzkommentar*, Band 7, Palandt-Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 241-432 BGB, 70.Auflage, München 2011, § 262 N 5.

<sup>506</sup> **SELİÇİ**, *Seçimlik Borçların İfası*, s.379.

bulunmamaktadır.<sup>507</sup> Bu sebeple mesele genel hükümler dikkate alınarak çözülmek gerekecektir.

### **a-Seçim Hakkının Kullanılmasından Önce Edimin İmkansızlaşması**

#### **aa-Edimlerin Tamamının İmkansızlaşması**

Seçim hakkının kullanılmasından önce edimlerin tamamının imkansızlaşması halinde artık edimler arasında seçim yapma imkanı bulunmayacak ve mesele borçlunun bu imkansızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağına göre değişecektir. Burada seçim hakkına kimin sahip olduğu veya imkansızlığa seçim hakkına sahip olanın mı sebep olduğu gibi soruların hiçbir önemi kalmayacaktır. Örneğin balık çiftliği örneğinden devam edecek olursak, seçim hakkının kullanılmasından önce üç havuzdaki balıkların tamamen telef olması halinde burada seçim hakkının kime ait olduğu bir önem taşımayacak, yalnızca imkansızlıktan borçlunun sorumlu olup olmadığı dikkate alınacaktır. Bu durumda örneğin çiftlik sahibinin yıllardır gerekli bakımları yaptırmamış olmasından dolayı çiftliğin kanalizasyon boruları patlamış ve buradan sızan sular havuzlara karışarak balıkların ölümüne neden olmuşsa, borçlu BK m.96'ya göre alacaklının müsbet zararını tazmin etmek zorunda kalacak, buna karşın balıkların borçlunun gereken her türlü önlemi almasına rağmen yaygın bir virüs sebebiyle ölmeleri halinde ise borçlu sorumluluktan kurtulacaktır. İmkansızlıktan borçlunun sorumlu olduğu hallerde alacaklı borçludan, imkansızlaşan edimin yerine elde ettiği kaim değeri talep edebilecektir.

---

<sup>507</sup> Alman Medeni Kanununda ise, seçimlik borçlarda edimlerden birinin baştan itibaren imkansız olması veya sonradan imkansızlaşması halinde borç ilişkisinin geri kalan edimlerle sınırlanacağı, ancak bu imkansızlığa seçim hakkına sahip olmayan tarafın sebebiyet vermesi halinde ise bu sınırlamanın söz konusu olmayacağı belirtilmiştir (§ 265 BGB).

## bb-Edimlerden Birinin veya Bir Kısımının İmkansızlaşması

Edimlerden birinin veya bir kısmının imkansızlaşması halinde bu imkansızlıktan hangi tarafın sorumlu olduğu ve sorumlu olan tarafın aynı zamanda seçim hakkına sahip olan taraf mı olduğu sorusu önem taşımaktadır.

a) Edimlerden bir veya bir kaçının imkansızlaşmasında taraflardan hiçbirinin sorumluluğunun bulunmaması halinde, borç ifası mümkün olan edimler bakımından devam edecektir. Edimlerden birinin imkansızlaşması halinde geride hala aralarında seçim yapılacak sayıda edim kalmışsa seçim hakkı sahibi bunlar arasından ifa edilecek edimi belirleyecek, burada imkansızlaşan edim bakımından hasara eşyanın o anki sahibi olan borçlu katlanacaktır. Edimlerden birinin imkansızlaşmasıyla geride sadece bir edim kalmışsa, artık o edim borcun konusunu oluşturacaktır.<sup>508</sup> Ancak bu halde seçim hakkına alacaklı sahip bulunuyorsa, borçlunun imkansızlaşan edimin yerine bir kaim değer elde etmesi halinde, alacaklının ifası mümkün olan edim ve kaim değer arasında seçim yapabileceği de kabul edilmektedir.<sup>509</sup> Seçim hakkına borçlunun sahip olduğu durumlarda ise, kaim değeri talep etme hakkının alacaklıya ait olması sebebiyle, borçlu artık bir seçimlik hakka sahip olmayacak ve kalan edimle borcunu ifa etmek zorunda kalacaktır.<sup>510</sup>

b) Edimlerden birinin veya birkaçının imkansızlaşmasında taraflardan birinin sorumlu olması halinde ise bir ayırım yapmak gerekecektir.

aa) Edimlerden birinin imkansızlaşmasından borçlunun sorumlu olduğu hallerde, aynı zamanda seçim hakkına da borçlunun sahip olması durumunda, borç ifası mümkün olan edim bakımından devam edecek, borçlu bu durumda geriye kalan edimle borcunu ifa edecek ve bu halde karşı edim alacağını talep edebilecektir. Bir

<sup>508</sup> TANNENWALD, s.32; von TUHR/PETER, s.81; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.72, N 14; BECKER, Art.72 N 15; KOLLER OR AT, § 54 N 177. BUCHER, s.298; TUNÇOMAĞ, s.55; OĞUZMAN/ÖZ, s.227; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.817. SAYMEN/ELBİR, s. 609; EREN, s.928. Bazı yazarlar ise burada seçme hakkının devam edeceğinin, seçme hakkına sahip olanın mümkün olan edimi olduğu gibi imkansızlaşan edimi de seçebileceğini, imkansızlaşan edimi seçmesi halinde Art.119'a göre (BK m.117) borcun sona ereceğini ileri sürmektedir. Bkz. WIEGAND, Art.72 N 4; HUGUENIN, OR AT, N 785.

<sup>509</sup> BITTNER, § 265 N 7; KRÜGER, § 265 N 7.

<sup>510</sup> DURAL, İmkansızlık, s.147.

başka deyişle borçlunun seçim hakkı ortadan kalkacaktır.<sup>511</sup> Edimlerden birinin imkansızlaşmasıyla meydana gelen hasara ise, bu imkansızlıktan sorumlu olan borçlu katlanacaktır.

Seçim hakkına alacaklının sahip olması halinde ise borç kalan edimlerle sınırlanmayacak, alacaklı seçim hakkına sahip olmaya devam edecektir.<sup>512</sup> Bu

<sup>511</sup> TANNENWALD, s.38; WIEGAND, Art.72 N 4.; KOLLER, OR AT, § 54 N 179; EREN, s.928.; SAYMEN/ELBİR, s. 609; OĞUZMAN/ÖZ, s.228. Aslında bu durumda imkansızlığın sözleşmeye etkisi bakımından hangi görüş kabul edilirse edilsin, borçlunun seçimlik hakkının devam ettiğinin söylenmesi gerekir. Şöyle ki, borcun yalnızca borçlunun kusursuz olması halinde sona ereceği, borçlunun bundan kusurlu olması halinde ise borcun devam edeceği, kusurlu imkansızlıkta asli edim yükümünün tazminat yükümüne dönüşeceği şeklindeki hakim görüş kabul edildiği takdirde, seçimlik borçlarda borçlunun imkansızlaşan ediminin yerini tazminat yükümlülüğü alacağından, borçlunun tazminat ve diğer imkansızlaşmayan edim arasında hala bir seçimlik hakka sahip olacağı söylenmesi gerekir. (Nitekim bu görüşte BECKER, Art.72 N 14). İmkansızlığın her durumda borcu sona erdireceği, kusurun borcun sona ermesinde değil, yalnızca tazminat sorumluluğunun doğmasında etken olduğu şeklindeki ikinci görüşe göre ise, seçimlik borçlarda borcun konusunun ancak seçim hakkının kullanılmasıyla belli olması sebebiyle, burada borçlunun biri mümkün diğer imkansız iki edim arasından seçim yapma hakkının halen devam ettiği, borçlunun imkansızlaşan edimi seçmesi halinde, seçim anında ifa imkansızlığı sebebiyle borcun sona ereceği ve tazminat yükümlülüğünün doğacağı, böylece borçlunun alacaklıya tazminat ödeyeceği sonucuna varmak gerekecektir. Ancak genel olarak burada borçlunun seçim hakkının sona erdiği ve borcun kalan edim üzerinden devam edeceği, tazminat yükümünün imkansızlaşan edimin yerine geçerek alacaklıya bir seçim hakkı sunamayacağı ifade edilmiştir. Bunun nedeni borçlunun kendi sebep olduğu bir durumdan avantaj elde etmesinin önüne geçmektir. Aynı zamanda kusursuz imkansızlıkta borçlunun seçim hakkının sona erdiğini ifade ederken, kusuruyla imkansızlığa sebebiyet verdiği bir durumda borçlunun seçimlik hakkının devam ettiğini söylemek uygun gözükmemektedir. Doktrinde hakim görüşü savunan yazarlardan bazıları da sanıyoruz ki bu düşünceden hareket ederek aynı sonuca varmışlardır. Bkz. von TUHR/PETER, s.81; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.72 N 15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.816; TUNÇOMAĞ, s.56. Seliçi ise, bu durumda borçlunun seçimlik hakkının sona ermesini, imkansızlığın her durumda borcu sona erdireceği şeklindeki görüşün doğal sonucu olarak kabul etmektedir. Yazara göre hakim görüşün kabul edilmesi halinde ise, asli edim yükümlülüğünün yerini tazminat yükümlülüğünün alması sebebiyle borçlunun seçimlik hakkının devam ettiği söylenmelidir. Bkz. SELİÇİ, Seçimlik Borçların İfası, s.398.

<sup>512</sup> TANNENWALD, s.39; von TUHR/PETER, s.81; BECKER, Art.72 N 14; WIEGAND, Art.72 N 4.; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.72 N 15; KOLLER, OR AT, § 54 N 180; TUNÇOMAĞ, s.55; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.816; SAYMEN/ELBİR, s. 609; EREN, s.928-929. Aksi kanaatte OĞUZMAN/ÖZ, s.228. Yazarlara göre, seçimlik edimlerden alacaklı veya borçlu yüzünden imkansızlaşan edimler de borcun konusu olmaktan çıkacak ve geriye tek bir edimin kalması halinde o, borcun ve ifanın konusunu teşkil edecektir, bir başka deyişle seçimlik hak ortadan kalkacaktır. Seliçi de burada bu sonuca hakim görüşün savunulması halinde varılabileceğini, imkansızlığın her durumda borcu sona erdireceği, kusurun borcun sona ermesinde etkili olmadığı görüşünün savunulması halinde ise, edimlerden birinin imkansızlaşması durumunda artık alacaklının seçimlik hakkının kalmayacak olması sebebiyle borçlunun geride kalan edimi ifa ederek borcundan kurtulabileceğinin söylenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. SELİÇİ, Seçimlik Borçların İfası, s.399. Ancak üstteki dipnotta açıklanmaya çalışıldığı üzere, seçimlik borçlarda seçim hakkı kullanılincaya kadar borcun konusu henüz belli olmadığından, edimlerden birinin imkansızlaşması halinde ifanın imkansızlaştığı sonucuna varılması mümkün değildir. Bu nedenle ikinci görüşe göre de burada alacaklının seçme hakkının devam ettiği söylenebilecektir. Ancak burada varılan sonuç, hakim görüşün kabul edilmesinde varılan sonuçtan farklıdır. Doktrinde hakim olan bu görüşe göre edimin borçlunun kusuruyla imkansızlaşması halinde borç sona ermeyip asli edim yükümünün yerini tazminat yükü aldığı içindir ki, alacaklı burada "halen mümkün" iki edim arasından seçim yapmak hakkına sahip olmaya devam etmektedir. Oysa diğer görüşe göre ise

durumda alacaklı ifası halen mümkün olan edimi veya edimlerden birini seçerek bunu ifa edilmesini talep edebileceği gibi, imkansızlaşan edimi seçerek BK m.96'ya göre müsbet zararının tazmin edilmesini de isteyebilecektir. Bu durumda alacaklının aynı zamanda, borçlunun imkansızlaşan edimin yerine elde ettiği kaim değeri de seçebileceği kabul edilmelidir.

**bb)** Meydana gelen imkansızlıktan alacaklının sorumlu olması halinde ise, alacaklı aynı zamanda seçim hakkına da sahip bulunuyorsa, borç kalan edim veya edimlerle sınırlanacak, geride tek bir edim kalmışsa borçlu bunun ifa ederek borcundan kurtulacak, birden fazla edim kalmışsa alacaklı bunlar arasından bir seçim yapacaktır.<sup>513</sup> Ancak alacaklının bu durumda da, borçlunun imkansızlık sebebiyle eline geçen kaim değeri talep etme hakkının bulunduğunu da söylemek mümkündür.<sup>514</sup> Alacaklı burada aynı zamanda imkansızlaşmasından dolayı sorumlu olduğu edim bakımından borçluya tazminat ödemek zorunda kalacaktır.<sup>515</sup>

Seçim hakkına borçlunun sahip olduğu hallerde ise, borçlu seçim hakkına sahip olmaya devam edecek, bu durumda borçlu ifası mümkün edimi seçebileceği gibi, imkansızlaşan edimi seçerek borcundan kurtulabilecek ve karşı edimi talep

---

alacaklının önünde biri mümkün diğer imkansız iki edim bulunmaktadır. Eğer alacaklı imkansızlaşan edimi seçerse, burada artık bu edim seçim anından sonra borcun konusuna haline geleceğinden, alacaklı tarafından imkansızlaşan edimin seçilmesi halinde borcun seçim anında imkansızlık sebebiyle sona ereceği söylenecek ve imkansızlık hükümleri devreye girecektir. Bu durumda borçlu kusuruyla imkansızlığa yol açtığı için de alacaklı BK m.96'ya göre müsbet zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır.

<sup>513</sup> **OĞUZMAN/ÖZ**, s.228. Bazı yazarlar ise alacaklının, imkansızlıktan alacaklının sorumlu olduğu hallerde dahi imkansızlaşan edimi seçebileceğini ileri sürmektedirler. Bkz. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.72 N 16; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.816, 817; **TUNÇOMAĞ**, s. 56; **DURAL**, İmkansızlık, s.149, 150; **EREN**, s.929. Koller ise burada Dresdner tasarısından hareketle (§ 279), alacaklının imkansızlaşan edimi seçtiği kabul edilerek akdi ilişkinin sona ereceğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre bu durumda borçlu kendi edimini ifa etmekten kurtulacak, karşı edimi talep etmek hakkına sahip olmaya ise devam edecektir. **KOLLER**, OR AT, § 54 N 182.

<sup>514</sup> **BITTNER**, § 265 N 8.

<sup>515</sup> **WIEGAND**, Art.72 N 4; Dural burada haklı olarak alacaklının seçim hakkına sahip olduğu bir durumda edimlerden birinin imkansızlaşmasına neden olması halinde, borcun diğer borçla sınırlanacağını kabul etmenin adil olmayan sonuçlar doğurabileceğini ileri sürmüştür. Yazara burada alacaklının bizzat kusurlu olmasına rağmen, onu hem kalan edimi seçmek hem de imkansızlaşan edim sebebiyle borçluya tazminat ödemek zorunda bırakarak bu denli ağır cezalandırmanın doğru olmadığını belirtmektedir. Yazara göre burada alacaklıya imkansızlaşan edimi seçerek hiçbir şey elde etmeksizin kendi edimini ödeme hakkı da tanınmalıdır. Böylece alacaklı bu durumda seçimlik hakka sahip olmaya devam edecektir. Bkz. **DURAL**, İmkansızlık, s.149,150.

edebilecektir.<sup>516</sup> Zira burada alacaklının kendisinden kaynaklanan bir sebeple borçlunun durumunu kötüleştirememesi gerekir.<sup>517</sup> Borçlu imkansızlaşmamış edimi seçmesi halinde, alacaklıdan, şartları varsa imkansızlaşan edim sebebiyle haksız fiil hükümlerine göre tazminat da talep edebilecektir.<sup>518</sup> İki den fazla edimin söz konusu olması halinde ise geride kalan edimi ya da edimlerden birini seçerek imkansızlaşan edim nedeniyle uğradığı zararı ayrıca alacaklıya tazmin ettirebilecektir. Borçlunun imkansızlaşan edimi seçerek borcundan kurtulduğu ve fakat karşı edimi elde ettiği seçenekte alacaklı ücret hasarına katlanmak zorunda kalmaktadır. Ancak bu durumda alacaklı, borçlunun imkansızlaşan edim yerine elde ettiği kaim değeri borçludan talep etmek hakkına sahip olacaktır.<sup>519</sup>

### **b-Seçim Hakkının Kullanılmasından Sonra Edimin İmkansızlaşması**

Seçim hakkına sahip olan tarafın bu hakkını kullanmasının ardından artık borç ilişkisi seçilen edimle sınırlı olacağından<sup>520- 521</sup> ve o andan itibaren bu seçimden dönülmesi mümkün olmadığından, bu halde artık hukuki durum değişecek, bu andan sonra seçilen edimin dışında kalan edimlerin imkansızlaşmasının borç ilişkisi bakımından bir önemi kalmayacaktır. Seçilen edimin imkansızlaşması halinde ise durum daha sözleşmenin başında taraflarca tek bir edimin kararlaştırılmış olması halinden bir farklılık göstermeyecek ve genel kural uygulanarak, edimin imkansızlaşmasından borçlunun sorumlu tutulabildiği hallerde borçlunun alacaklının zararını ödemek zorunda olduğu, aksi halde ise bu tazminat sorumluluğundan kurtulacağı söylenecektir.

<sup>516</sup> TANNENWALD, s.42; von TUHR/PETER, s.81; WIEGAND, Art.72 N 4; KOLLER, OR AT, § 54 N 181; TUNÇOMAĞ, s.55; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.816,817; EREN, s.928. SAYMEN/ELBİR, s. 609. Aksi kanaatte OĞUZMAN/ÖZ, s.228; Becker ise borçlunun imkansızlaşan edimi seçerek borcundan kurtulabileceğini kabul etmekle birlikte, bundan sonra borçlunun karşı edimi talep edemeyeceğini, zira Art.119'a (BK m.117) göre bu durumda borçlunun karşı edim alacağını son bulduğunu ileri sürmektedir. BECKER, Art.72 N 15.

<sup>517</sup> BECKER, Art.72 N 15.

<sup>518</sup> Burada, imkansızlaşan edimi seçmeyerek onun borcun konusu saymadığını ortaya koyan borçlunun, bu yüzden uğradığı zararı borca aykırılık hükümlerine göre istenemeyeceğini ifade edilmiştir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.228 dipnot 133.

<sup>519</sup> BITTNER, § 265 N 9.

<sup>520</sup> von TUHR/PETER, s.80; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.814.

<sup>521</sup> § 263 Abs.2 BGB'de açıkça, seçilen edimin baştan itibaren borcun konusu olacağı hükme bağlanmıştır. Bizim hukukumuzda ise seçim hakkının kullanılmasıyla ifanın konusunun o edim olarak belirli hale geleceği ve diğer edimlerin borcun konusu olmaktan çıkacağı, seçim hakkının geriye etkili olmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.227; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.814; TUNÇOMAĞ, s.53.

## B-SEÇİMLİK YETKİ

Seçimlik yetki ile seçimlik borç birbirine karıştırılmamalıdır. Seçimlik borçta birbirinden farklı edimler bulunmakta ve seçim hakkına sahip olanın sonradan yapacağı seçimle ifade kullanılacak olan edilecek edim bu birbirine alternatif edimler arasından belirlenmekteyken, seçimlik yetkide ise alacaklıya ya da borçluya taraflarca daha önceden kararlaştırılan edim yerine bir başka edimle borcun ifa edilmesini talep etme veya borcu ifa etme hakkı tanınmakta ve bu durumda borçlu borcundan kurtulmaktadır.<sup>522</sup> Seçimlik yetki kanundan veya taraf iradelerinden kaynaklanabilecektir.<sup>523</sup> Burada taraflara bir yedek edim vasıtasıyla borcun ödenmesi hakkını tanıyarak aslında borcun ifasını başka bir edimle gerçekleştirme (*datio in solutum*) imkanı verilmiş olmaktadır.

Bu durumda seçimlik yetkinin kullanılmamış olması halinde alacaklı yalnızca sözleşmeyle kararlaştırılan asli edimi borçludan talep edebilecek, borçlu da yalnızca asli edimi ifa ederek borcundan kurtulabilecektir. Seçimlik borçlardan farklı olarak burada seçimlik yetkinin kullanılmasından evvel edimin imkansızlaşması halinde borç sona erecek,<sup>524</sup> bu andan sonra borçlu yedek edimi teklif ettiğinde alacaklı bunu kabul etmeye, alacaklı talep ettiğinde ise borçlu yedek edimi ifa etmeye zorlanamayacaktır.<sup>525</sup> Bu durumda ifanın artık mümkün olmadığı kabul edilecek ve bu imkansızlıktan borçlunun sorumlu tutulabilmesi halinde borçlu tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Seçimlik yetkinin kullanılmasından sonra da artık borç ilişkisi yedek edim üzerinden devam edeceğinden bu edimin imkansızlaşması halinde de aynı sonuç geçerli olacak, bu durumda tekrar sözleşmeyle kararlaştırılan edimin ifasının gerekeceği söylenemeyecektir.

<sup>522</sup> BECKER, Art.72 N 16; WIEGAND, Art.72 N 1; FEYZİOĞLU, s.23,24; TUNÇOMAĞ, s.51,52; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 817,818; OĞUZMAN/ÖZ, s.225; EREN, s.929-930.

<sup>523</sup> Borçlar Kanunumuzda birçok hükümde seçimlik yetki tanındığı görülmektedir. Örneğin BK m.83'e göre borçluya, taraflarca memleket parası dışında bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmıyorsa sözleşmede bunun aynen ödeneği kararlaştırılmıyorsa borcunu ödeme günündeki rayiç üzerinden memleket parasıyla ödeyebilecektir.

<sup>524</sup> von TUHR/PETER, s.82; TUNÇOMAĞ, s.52; FEYZİOĞLU, s.26; OĞUZMAN/ÖZ, s.225; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.818; EREN, s.930; SELİÇİ, Seçimlik Borçların İfası, s.382; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 7 N 7.

<sup>525</sup> Yabancı para borçlarında BK m.83'de tamnan seçimlik yetkiyle ilgili durum aşağıda "para borcu" başlığı altında özel olarak incelenecektir.

Asli edimin değil de henüz seçilmemiş yedek edimin imkansızlaşması halinde, bu borç ilişkisinin geçerliliğini hiçbir şekilde etkilemeyecek ve taraflar artık bir seçimlik yetkiye sahip olmayacaklardır. Seçimlik yetkinin kullanılmasının imkansızlaşması halinde borçlu sözleşmede kararlaştırılan edimi ifa etmek, alacaklı da bunu kabul etmek zorunda kalacaktır.

### III-PARA BORCU

Ekonomik bir değer ve değiş tokuş aracı olarak para günümüzde taraflardan en az birinin borcu olarak en sık karşımıza çıkan edim türüdür. Borçlunun edim yükümü karşısında alacaklının edim yükü çoğunlukla bir miktar paranın diğer tarafa verilmesidir. Edim tipi olmasının yanı sıra borçlunun ediminin kusurlu olarak imkansızlaşması halinde birincil edim yükümünün yerini alacak olan tazminatın hakim tarafından BK m.43'e dayanarak çoğunlukla yine para olarak tayin edilmesi sebebiyle para borcu imkansızlık bahsi bakımından önem taşımaktadır.

Para borcu doktrindeki yazarların bazıları tarafından çeşit borcu olarak nitelendirilirken,<sup>526</sup> bazı yazarlar çeşit borcuna ilişkin hükümlerin bazı hallerde para borcuna uymadığını ve para borçlarının kendine özgü kuralları olduğundan bahisle para borcunu çeşit borcundan ayrı bir edim türü olarak kabul etmektedirler.<sup>527</sup> Örneğin çeşit borçlarında orta kaliteden aşağı bir malla ifade bulunulamayacağı kuralının para borçları bakımından bir anlamı olmadığı söylenmiştir. Ancak bu görüş ayrılığı para borcunun imkansızlaşp imkansızlaşmayacağı hususunda bir fark yaratmamaktadır.

<sup>526</sup> **HUBER**, Leistungsstörungen, Bd.II: Die Folgen des Schuldnerverzuges- Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Tübingen 2001, § 59 I 3 c; s.803; **KOLLER**, OR AT, § 41 N 6. Yazar para borcunu çeşit borcunun özel bir türü olarak nitelendirmektedir. Ayrıca **EREN**, s.932. Yazar da para borcunu kendine özgü bir cins borcu olarak nitelendirmektedir.

<sup>527</sup> **GRUNDMANN**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, §§ 244-248 BGB, § 244-245 N 83; **LARENZ**, Schuldrecht I, § 12 III, s.167; **SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL**, Kapitel 5 N 232; **GRÜNEBERG**, § 244-245 N 12. Yazar ayrıca para borcunda edimin aynı edim olmadığını, çeşit borcunun ise aynı edim kavramının altında yer aldığını ifade etmektedir. Ayrıca **FEYZİOĞLU**, s.38 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.231.



Para borçlarında borçlanılan, bir tedavül değerinin yani satın alım gücünün devri olup, salt somut bir eşyanın devri değildir.<sup>528</sup> Para borçlarında imkansızlık kuralı olarak söz konusu olmayacaktır.<sup>529</sup> Zira verilmesi taahhüt edilen paraya her zaman sahip olunabileceği varsayımı sebebiyle, para borçlarının ifasının her zaman mümkün olduğu söylenebilecektir. Bu sebeple imkansızlığa ilişkin hükümlerin, en azından normal zamanlarda, para borçlarına uygulanması mümkün değildir.<sup>530</sup> Ancak buna rağmen çok istisnai hallerde para borçlarında da imkansızlığın söz konusu olabileceği söylenebilecektir. Örneğin borcun konusunun belirli bir para çeşidi olduğu durumlarda, tarafların borcun mutlak olarak kararlaştırdıkları para çeşidi ile ödenmesini kararlaştırmaları halinde, bu para türünün tedavülden kalkmasıyla artık edimin imkansızlaşacağı kabul edilebilecektir.<sup>531</sup> Taraflarca borcun mutlaka bu para çeşidi ile ödeneceğinin kararlaştırılmadığı hallerde ise, borç başka bir para türü ile her zaman ödenebileceğinden, bu durumda yine imkansızlık söz konusu olamayacaktır. Keza öğretilerde bazı yazarlarca, bazı hallerde para borcunun parça borcu haline gelebileceği ve bu durumda paranın ortadan kalkması halinde imkansızlığın söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.<sup>532</sup> Bunun gibi, paranın

<sup>528</sup> LARENZ, Schuldrecht I, § 12 III, s.167; GRUNDMANN, § 244-245 N 82; GRÜNEBERG, § 245 N 12; OĞUZMAN/ÖZ, s.231.

<sup>529</sup> LARENZ, Schuldrecht I, § 21 I, s.318; BROX/WALKER § 22 Prg.8; LOOSCHELDERS, Schuldrecht AT § 23 N 464; BARTH, s.54; SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Kapitel 15 N 595; GAUCH/SCHMID/SCHLUEP/REY/EMMENEGGER, N 2572; KOLLER, OR AT, § 41 N 4; WEBER, Art.97 N 120; BERGER, N 1512; DURAL, İmkansızlık, s.144 ; TUNÇOMAĞ, s.491.

<sup>530</sup> MEDICUS, "Geld muss man haben", s.490 vd. Yazara göre borçlu ifa için gerekli paraya sahip olmadığı gibi yakın gelecekte de sahip olamayacak durumda olabilir. Bu durumda subjektif ifa imkansızlığından bahsetmek gerekecek ve borçlunun genel esaslara göre birincil edim yükümünden kurtulacağı, bunun yerine imkansızlıktan sorumlu olduğu hallerde tazminat ödemesi gerekeceği söylenecektir. Ancak yazar haklı olarak ödenecek tazminatın yine para olması sebebiyle bu sonucun para borçlarına uymadığı görüşündedir. Bu sebeple para borçlarında imkansızlık değil temerrüt hükümlerini uygulamak daha doğru olacaktır.

<sup>531</sup> Bu durumda Merkez Bankasının tedavülden kalkan paranın değiştirilebilmesi için verdiği süre de dikkate alınmalıdır.

<sup>532</sup> MOMMSEN, s.50; von TUHR/PETER, s.61; KOLLER OR AT, § 41 N 12; TUNÇOMAĞ, s.58; DURAL, İmkansızlık, s.145. Yazar konuyla ilgili olarak bir kimsenin kasasında bulunan parayı vasiyet etmesi ya da mühürlü bir zarf içindeki parayı vedia olarak vermesi halinde artık bir parça borcunun söz konusu olacağını ve bu paranın ortadan kalkması halinde imkansızlık hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce bir kimsenin emekli ikramiyesi olarak alacağı bedeli bağışlamayı taahhüt ettiği bir durumda bu emekli ikramiyesinin örneğin çalınması sebebiyle ortadan kalkması halinde de imkansızlık hükümleri uygulanabilecektir. Her ne kadar burada gayrimuayyen borcu geciktirici şarta bağlı bir borcun olduğu ileri sürülebilecekse de, tarafların buradaki iradelerinin borcu geciktirici şarta bağlamak olmayıp, derhal hükümlerini doğuracağı yönünde olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır. Alman Hukukunda Reifner bu konuyla ilgili ilginç bir görüş ortaya atmıştır. Yazar para borçlarında bazı somut olaylar bakımından sözleşmenin doğru yorumlanması suretiyle farklı sonuçlara varılabileceğini ileri sürmüştür. Yazar tüketici kredisi sözleşmelerinde tüketicinin amacının ihtiyaç duyduğu bir mala peşin olarak değil, kazancıyla orantılı olarak belirli bir periyotta yapacağı ödemelerle sahip olmak olduğunu,

parça borcuna konu olarak ortaya çıktığı durumlarda da yine para borcundan değil parça borcundan bahsedilmesi gerekecektir. Örneğin antika değeri olan bir paranın satımında durum böyledir. Burada borcun konusu olan para tedavül değeri dışında bir değere sahip olması sebebiyle bir borç ilişkisine konu olmaktadır.<sup>533</sup>

BK m.83'de para borçlarının memleket parasıyla ödeneceği belirtilmiştir (f.1). Ancak taraflarca memleket parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmış olması halinde, sözleşmede aynen veya bu anlama gelen başka bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden memleket parasıyla da ödenebilecektir (f.2). Bu hüküm sayesinde borçlu, borcun mutlaka yabancı para üzerinden ödeneceğinin kararlaştırılmadığı hallerde, dilerse borcunu memleket parası üzerinden ödeme imkanına sahip olmaktadır. Burada borçluya başka bir edimle borcu ifa etme hakkı verilmiştir (*datio in solutum*). Bu yetkinin söz konusu olabilmesi için taraflarca borcun yabancı para ile ödeneceğinin açıkça kararlaştırılmaması gerekecektir.<sup>534</sup> Bunun için ise sözleşmede aynen veya bu anlama gelen başka bir kelime kullanılmamış olmaması aranmaktadır. Burada tarafların iradelerinin açıkça sözleşmede yer alması gerekmektedir.<sup>535</sup>

Özellikle döviz kısıtlamasının söz konusu olduğu dönemlerde borçlunun yabancı para tedarikinde yaşayabileceği zorluklardan kurtulmasını sağlamaya yönelik olarak getirilen bu hükümlerle borçluya bir seçimlik yetki tanınmıştır. Peki yabancı para borcunun aynen ödenmesine karar verilmediği bir borç ilişkisinde, örneğin yürürlüğe giren döviz yasağı sebebiyle piyasadan döviz temin edilememesi sebebiyle yabancı para borcuyla ödeme yapmanın imkansızlaşması halinde sonuç ne olacaktır? Seçimlik yetkiyle ilgili açıklamalarımızda vardığımız sonucu yabancı para borçlarına

---

tacirlerden farklı olarak burada tüketicinin edindiği malı satarak bundan para kazanma amacıyla olmayıp krediyle alacağı malı doğrudan kullanma amacı taşıdığı, bu nedenle bir tüketicinin bankadan kredi alması halinde, bankaların genel olarak tüketicinin bu krediyi maaşından ödeyeceğini hesap ettiklerini ve bu yüzden kredi görüşmeleri esnasında kredi talep edenden maaşının belgelemesini istediklerini belirtmektedir. Yazar bu durumda tüketicinin sorumluluğunun maaş hesabıyla sınırlı olması sebebiyle burada para borcunun sınırlı çeşit borcu olarak nitelendirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Tüketicinin kendisine kredi verilmesinden sonra işinden ayrılıp maaşsız kalması halinde ise, borçlunun işten çıkarılmasında kusurunun bulunup bulunmadığı göz önünde bulundurulacak, işten kendi kusurlu davranışı sebebiyle çıkarılması halinde temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacaktır. REIFNER, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung, Darmstadt 1979, s.310

<sup>533</sup> GRUNDMANN, § 244-245 N 85; GRÜNEBERG, § 244-245 N 13..

<sup>534</sup> KOLLER, OR AT, § 41 N 28.

<sup>535</sup> GRUNDMANN, § 244-245 N 93; GRÜNEBERG, § 244-245 N 18; KOLLER, OR AT, § 41 N 28.

bire bir uygulamamız halinde, borçlunun, asli ediminin yabancı para borcu olması sebebiyle, borcunun sona ereceği, yedek edimle borcunu ifa etmek zorunda kalmayacağı, BK m.83 f.2'ye göre seçimlik yetkiye yalnızca borçlunun sahip olması nedeniyle, alacaklının da borçludan borcunu memleket parasıyla ifa etmesini talep edemeyeceğini söylememiz gerekirdi. Oysa burada borçlunun borcunun alacaklıya salt bir malı devretmekten ziyade, ona bir değer sağlamak olması sebebiyle yabancı para borçları bakımından ayı sonuca varmak güven ilkesiyle bağdaşmayacak, burada tarafların, bu durumu bilselerdi borcu memleket parası üzerinden kararlaştıracakları kabul edilerek borçlunun borcunu memleket parası ile ödemesi gerektiği sonucuna varmak gerekecektir.

Tarafların sözleşmede “aynen” veya bu anlama gelen başka bir ifade kullanmaları halinde alacaklı seçimlik yetkiye sahip olmayacaktır. Bu tip bir borç ilişkisinde, örneğin döviz yasağı sebebiyle borçlunun döviz temin edemediği hallerde ise para borcunun imkansızlaşacağı kabul edilmesi gerekecektir. Şayet bu durum para borçlusunun kusuruyla temerrüde düştükten sonra gerçekleşmişse; alacaklısına karşı her türlü sorumluluktan kurtulacaktır.

#### IV-SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİLERİ

Sürekli borç ilişkilerinde taraflar belirli ya da belirsiz süre için yükümlülük altına girmektedirler. Bu nedenle borçlu edimini sözleşme süresi boyunca ifa etmek zorunda kalmaktadır. Bir borç ilişkisinin sürekli olarak nitelendirilebilmesi için sözleşmede kararlaştırılan asli edimlerden en az birinin sürekli olarak ifa edilmesi gerekir.<sup>536</sup> Bir sürekli borç ilişkisinde, yapmama borcu söz konusu olmadıkça, süreç içerisinde ifa edilmesi gereken birden fazla münferit edim olduğu için, bunlardan birinin yok olması sebebiyle imkansızlaşması sonucu bunun sözleşme ilişkisinin tamamına etkisinin ne olacağı sorusu önemlidir. Özellikle burada imkansızlığın kısmi mi yoksa tam imkansızlık mı olduğu sorusu karşımıza çıkmaktadır.

---

<sup>536</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.10;

Bir sürekli borç ilişkisinden doğan sürekli borçlar, kiralananın kiracıya kullandırılması veya işinin hizmet görme edimindeki gibi sürekli olumlu bir davranış şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi, rekabet etmeme borcunda olduğu gibi sürekli bir kaçınma ya da art arda teslimi gereken edimler olarak karşımıza çıkabilecektir. Sürekli yapmama borçlarında durumun ne olacağına ilişkin daha önce açıklama yapıldığı için burada çok sürekli olumlu davranış ve art arda teslimi gereken edimler bakımından konu sınırlanacaktır.

Sürekli yapma borçlarında, borçlu borcunu zaman içerisinde devamlı ve aralıksız, yani sürekli bir davranışla ifa edebilecektir. Örneğin bir kira sözleşmesinde kiralayan, kira sözleşmesinde öngörülen süre boyunca edimini ifa etmekle yükümlü olmaktadır. Bu durumda, kiralayanın 01.01.2000-31.12.2000 tarihleri arasında kiraya verdiği konutunu, burayı henüz oturmaya hazır hale getirmediğini, bunun için iki aylık bir süreye ihtiyaç duyduğunu ileri sürerek kiracıya teslim edememesi halinde durum ne olacaktır? Bazı yazarlar, belirli süreli borç ilişkisinin söz konusu olduğu bu tip bir borç ilişkisinde konutun iki ay geç teslim edilecek olmasının, bu iki aylık sürenin daha sonradan ifasının mümkün olmaması sebebiyle kısmi imkansızlık meydana getireceğini, bu nedenle sürekli borç ilişkilerinde geçici imkansızlığın, söz konusu olduğu zaman dilimi bakımından sürekli imkansızlık yaratacağını ifade etmişlerdir.<sup>537</sup> Bu yazarlara göre sürekli borç ilişkilerinde kararlaştırılan süre içerisinde edimin sürekli olarak tekrarlanması sebebiyle sözleşmeye uygun davranmak ancak kısmen imkansızlaşabilecektir. Burada borca aykırı davranış sebebiyle ortaya çıkan durumun düzeltilmesi mümkün değildir. Örneğin kiralayanın kiralananın geç teslim etmesi halinde, her ne kadar bu gecikme kira süresinin sonuna eklense de, burada borcun gereği gibi ifa edildiğinden bahsedilmesi artık mümkün olamayacaktır.

<sup>537</sup> von TUHR/ESCHER, s.53; GAUCH, Dauervertrag, s.148; NASTELSKI, Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, JuS 1962, H.8, S.294. Yazara göre bu sonuç başlangıç süresinin belli olduğu, fakat sona erme süresinin belirlenmediği sürekli borç ilişkileri bakımından da geçerlidir. Zira bu durumda da başlangıç süresinin geçirilmesi aynı sonuçlara yol açacaktır; SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s.96. Ancak yazar taraflar için sürenin başlangıcının önemli olmadığı, önemli olanın bir süre boyunca edimin sürekli olarak yerine getirilmesinin olduğu durumlarda gecikmenin telafi edilebileceğini, bu sebeple burada imkansızlık yerine temerrüt hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir. SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s.97; Aksi görüşte GIGER, s.26.

Bazı yazarlar ise bu durumda her ne kadar bu iki aylık sürenin geri getirilmesi ve tekrarlanması mümkün olmasa bile, burada imkansızlıktan bahsetmenin mümkün olamayacağını ileri sürmüşlerdir.<sup>538</sup> Bununla ilgili olarak, bir kez yaşanabilecek bir zaman diliminin geçip gitmesinin ve geri getirilememesinin sürekli borç ilişkilerinin karakteristik bir özelliği olmadığı, bu unsurun basit borç ilişkilerinde dahi ifade gecikilmesi halinde karşımıza çıkabileceği ifade edilmiştir. Örneğin 01.01.2000 tarihinde teslim edilmesi gereken bir taşınır eşyanın bu tarihte teslim edilmemesi halinde, bu tarihin de geriye getirilmesi mümkün olamayacaktır.<sup>539</sup> O halde bu durumda da mı ifanın imkansızlaştığı sonucuna varmak gerekecektir? Buna göre sürekli borç ilişkilerinde ifanın imkansızlaştığının söylenebilmesi için, aynen basit borç ilişkilerinde olduğu gibi burada da sürekli edimin taraf iradelerine göre kesin olarak belirlenen vadede ifa edilmesinin kararlaştırılmış olmasının gerektiğini ifade etmektedir. Bu sonuç belirsiz süreli borç ilişkileri bakımından da geçerlidir. Sonuç olarak burada imkansızlığa sebep olan borç ilişkisinin sürekli olması değil, taraflarca vadenin kesin olarak kararlaştırılmış olmasıdır.

Kanaatimizce de bu durumda kiralanın malın iki ay geç teslim edilmesinin imkansızlığa yol açıp açmayacağı borç ilişkisinin sürekli olmasıyla ilgili bir durum değildir. Burada önemli olan husus borcun taraflarca kararlaştırılan zamanda ifa edilmemesinin edimi imkansız hale getirip getirmediğidir. Ancak, vadenin geçmesiyle ifanın imkansızlaşacağından söz edebilmek için burada bir mutlak kesin vadeli işlemin var olduğunun söylenmesi gerektiği görüşüne katılmakla birlikte, aşağıdaki başlık altında daha detaylı olarak inceleneceği üzere, bunun için Giger'in ifadesinin aksine, taraf iradelerinin yeterli olmayacağı, ayrıca somut olaydaki sözleşmenin yapılma amacının ve taraf iradelerinin bu sonuca varmayı haklı göstermesinin gerekeceği kanaatindeyiz. Yukarıda 01.01.2000-31.12.2000 tarihleri arasında bir yıl süreyle bir konutun kiralanması örneğinde, konutun geç teslim edilmesi halinde burada 01.02.2000 tarihinin mutlak kesin vade olarak kabul edilebilmesi için, sonradan sözleşmenin yapılış amacı göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin burada kiracının, zaten konutun bulunduğu şehirde yaşayan ve yaşayacak biri olmasıyla, kazandığı burs sebebiyle sadece belirlenen tarihler arasında bu şehirde bir konuta ihtiyaç duyan biri olması arasında fark bulunmaktadır. Zira ilk halde bu

---

<sup>538</sup> GIGER, s.27

<sup>539</sup> GIGER, s.27

iki aylık geç teslim, her ne kadar taraflar sözleşmede bu konunun belirlenen tarihte teslim edilmesi, aksi halde ifanın kabul edilmeyeceği hususunda anlaşmış olurlarsa olsunlar daha sonra telafi edilebilecekken, ikinci halde böyle bir ihtimal bulunmamaktadır. Bu sebeple ilk halde kesin vadenin söz konusu olduğu söylenerek temerrüt hükümleri uygulanabilecekken, mutlak kesin vadenin var olduğunun söylenebildiği ikinci halde ise gecikme, zaman bakımından geçici, konu bakımından kısmi imkansızlığa yol açacaktır. Bu durumda geçici/kısmi imkansızlık tüm sürekli borç ilişkisini imkansızlaştırmayacak, imkansızlık sebebi ortadan kalktıktan sonra kalan kısmın yerine getirilmesi gerekecektir.<sup>540</sup>

Geçici ifa engelinin alacaklının beklemeye katlanamayacağı kadar uzun bir süre devam edeceği hallerde ise, sürekli borç ilişkisinin geçerli sebep nedeniyle geleceğe etkili olarak sona erdirilebileceği kabul edilmelidir. Bu durumda borçlu bu imkansızlıktan sorumlu tutulabilecekse, BK m.96 gereğince alacaklının zararlarını karşılamak zorunda kalacaktır.<sup>541</sup>

Art arda teslimli sözleşmeler<sup>542</sup> bakımından da, edimlerin kararlaştırılan zamanlarda yerine getirilmemesi halinde imkansızlığın mı yoksa temerrüdün mü söz konusu olacağına aynı yöntemle, somut olaydaki sözleşmenin yapılma amacı ve tarafların iradeleri incelenerek karar verilebilecektir. Örneğin bir futbol takımının maçlarını oynadığı stadyumun numaralı tribün kısmında bulunan lokantayı işleten (A)'ya, bir futbol sezonu boyunca, takımın kendi sahasında yapacağı müsabakalarda satılmak üzere on beş günde bir maçın oynanacağı gün meşrubat getirmeyi taahhüt eden (B)'nin, maçın oynanacağı bir hafta bu edimini yerine getirmemesi halinde, mutlak kesin vadeli bir işlemin varlığı sebebiyle yerine getirmediği edim bakımından imkansızlık söz konusu olacak, sözleşmenin art arda teslimli bir sözleşme olması sebebiyle burada imkansızlık "kısmi imkansızlık" olarak nitelendirilebilecektir.<sup>543</sup>

<sup>540</sup> SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s.96. Öğrencinin, teslim edilmeyen tarihlerde konutta oturmadığı için bursunu kaybetmesi halinde ise tam imkansızlığın bulunduğu sonucuna varmak mümkün olabilecektir.

<sup>541</sup> CAYTAS, s.178

<sup>542</sup> Kuntalp ard arda teslimli satım sözleşmesini, satıcının satılan şeyi ard arda teslim edeceğinin, buna karşılık alıcının bedeli tek bir defada veya satıcının teslimlerine uygun olarak ard arda ödeyeceğinin kararlaştırıldığı bir satım türü olarak tanımlamaktadır. Bkz. KUNTALP, s.7

<sup>543</sup> Seliçi ise art arda teslimli borçlarda edimlerden birinin ifa edilmemesi halinde her zaman borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşündedir. SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s.100

Ancak somut olayda geç ifanın mümkün olduğunun anlaşılabilirdiği hallerde ise temerrüt hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Ard arda teslimli sözleşmelerde edimlerden birinin borçlunun kusuruyla imkansızlaştığının kabul edildiği hallerde alacaklı, bu tip sözleşmelerde borçların birbirine kıyasla müstakil nitelikte olmaları sebebiyle hangi teslim borcu imkansızlaşmış ise o borç için borçludan BK m.96'ya göre borçludan tazminat talep edebilecektir.<sup>544</sup>

## V-MUTLAK KESİN VADELİ İŞLEMLER

Borçun ifa edilmesinin gecikilmesi halinde kural olarak borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Ancak taraflarca borcun ifa edileceği zamanın edimin konusunu teşkil eder şekilde değerlendirildiği hallerde, borcun zamanında ifa edilmemesi temerrüde değil imkansızlığa da yol açacaktır. Böyle hallerde zaman doğrudan doğruya edimin içerisinde yer almakta ve borcun belirlenen zamandan sonra ifa edilmesi akitle borçlanılmış edimin yerine getirilmesi niteliğinde sayılmamaktadır.<sup>545</sup>

Mutlak kesin vadeli işlemlerin belirli vadeli işlemlerle ve özellikle nisbi kesin vadeli işlemlerle karıştırılmaması gerekir.<sup>546</sup> Nisbi kesin vadeli işlemlerde zamanın artık sözleşmenin esaslı unsuru haline gelme sebebi, borcun ifa edileceği anın taraflarca kesin olarak kararlaştırılmış olmasıdır. Bu tür işlemlerde borcun kesin olarak kararlaştırılan vadede ödenmesi gerekeceğinin ve sonradan yapılacak ifanın kabul edilmeyeceğinin taraf iradelerinden anlaşılması gerekir.<sup>547</sup> Bunun mutlaka taraflarca

<sup>544</sup> KUNTALP, Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968, s.84.

<sup>545</sup> ERNST, § 275 N 45; SELİÇİ, Kesin Vadeli İşlemler, s.93

<sup>546</sup> Zira Borçlar Kanunumuzda borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler arasında hem belirli vadeye hem de kesin vadeye ilişkin hükümler yer verilmiştir. BK m.107 f.3'e göre kesin vadeli işlemlerde temerrüt sonucu doğacağı tartışmasızdır. BK m.106-108 hükümlerine göre alacaklı ifa yerine tazminat veya sözleşmeden dönme şıklarını seçebileceği gibi, kesin vadeye rağmen aynen ifayı da talep edebilecektir. Bu sebeple kesin vadeli işlemlerin söz konusu olduğu bir halde imkansızlığın söz konusu olacağından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak buna rağmen bazı yazarlar kesin vadeli işlemlerin "mutlak" ve "nisbi" ayrımına gerek olmadığı düşüncesindedirler. Bkz. von TUHR/ESCHER, s.151; BECKER, Art.108 N 12 vd.; ALTUNKAYA, s.125;

<sup>547</sup> SELİÇİ, Kesin Vadeli İşlemler, s.97

açık bir şekilde kararlaştırılmasına lüzum bulunmamaktadır.<sup>548</sup> Taraflarca bir nisbi kesin vade kararlaştırılması halinde alacaklı BK m.107 f.3'e göre mehil tayin etmesi gerekmeksizin BK m.106 f.2'deki seçimlik haklara başvurabilecektir. Belirli vadeli işlemlerde ise ifanın belirli bir tarihte gerçekleşeceği taraflarca kararlaştırılmış olmasına rağmen burada kesin vadeli işlemlerden farklı olarak tarafların bu andan sonra yapılacak ifanın kabul edilmeyeceği yönünde bir iradeleri bulunmamaktadır. Vadenin belirli olmasının alacaklı bakımından yararı, bu halde alacaklının borçluyu temerrüde düşürmek için ihtarda bulunmaya ihtiyaç duymayacak olmasıdır (BK m.101 f.2).<sup>549</sup> Gerek nisbi kesin vadeli işlemlerde gerekse belirli vadeli işlemlerde borç zamanında ifa edilmese dahi, sonradan ifa edilmesi imkanı halen devam etmekte, ifa imkansızlaşmış sayılamamaktadır. Bu durumda sonraki ifa sözleşmeden doğan borcun ifası niteliğindedir.<sup>550</sup>

Bu durumda konuyla ilgili olarak dikkat edilmesi gereken husus şudur: ifa zamanın geçmesiyle birlikte ifa objektif olarak imkansızlaşmakta mıdır? Yoksa borcun ifası halen mümkün olmasına rağmen, sadece taraflar mı bunun belirli bir zamandan sonra ifa edilemeyeceğine karar vermişlerdir? İlk durumda mutlak kesin vadeli işlemin var olduğu kabul edilerek borcun vadesinde ödenmemesi halinde BK m.96, m.117 anlamında bir imkansızlıktan bahsedilecek, buna karşın ikinci halde nisbi kesin vadeli işlemin söz konusu olması sebebiyle imkansızlık söz konusu olamayacaktır.<sup>551</sup> Bu ikinci hal daha çok temerrüt hükümleri arasında kalan BK m.107 b.3 kapsamına girmektedir. Bu durumda temerrüt hükümleri arasında yer verilmiş olan bir duruma imkansızlık hükümlerini uygulamak mümkün olmamak gerekir.<sup>552</sup> Bu sebeple böyle

<sup>548</sup> Yarg.15.HD E 2005/4473 K.2005/6898; Yarg.15.HD E 2004/1070 K 2004/1820; Yarg.13. HD E 2002/1668 K 2002/4081. Yargıtay bir kararında kredi kartlarına ilişkin borçların kesin vadeli olduklarının kabul edilmesinin mümkün olmadığını kabul etmiştir. Yarg.12.HD E 2003/23430 K 2004/1124

<sup>549</sup> Bazı Yargıtay kararlarında belirli vade ile kesin vade kavramları birbirine karıştırılmış, borçlunun ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşürülebilmesi için sözleşmede kesin vadenin kararlaştırılmış olması gerektiği ifade edilmiştir. Yarg.15.HD E 1999/866 K 1999/4028; Yarg.15.HD E 1991/4239 K 1992/1246

<sup>550</sup> SELİÇİ, Kesin Vadeli İşlemler, s.95

<sup>551</sup> Bazı yazarlar mutlak kesin vadeli işlemlerde borcun vadesinde ifa edilmemesi halinde imkansızlık hükümlerine başvurulamayacağı ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre BK m.107 f.3'ün ifanın gecikmesi durumunda söz konusu işlemin mutlak kesin vadeli işlem olması halinde bile temerrüt hükümlerinin uygulanacağını ifade etmesi karşısında kesin vadeli işlemleri "mutlak" ve "nisbi" olarak ayırmaya gerek olmayıp, her iki halde de temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bkz. SELİÇİ, Kesin Vadeli İşlemler, s.94; ALTUNKAYA, s.125;

<sup>552</sup> SCHENKER, N.25



bir durumda borçlunun taraflarca kararlaştırılan ifa zamanını geçirmesi halinde temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesinin kesin vadeli işlemde bahsedebilmek için taraflarca ifa zamanına, edimin vadesinde yerine getirilmemesi halinde sözleşmenin akıbetini tayin edecek şekilde önem verilmesi gerektiği, taraflarca vadesinden sonraki edimin ifa niteliğinde sayılmayacağını kararlaştırılmış olması şeklindeki yorumu, mutlak kesin vadeli işlemler ile kesin vadeli işlemler arasındaki sınırın belirsizleşmesine yol açmış, kesin vadeli işlemlerde vadenin geçmesinin imkansızlık mı yoksa temerrüt mü yaratacağı sorusunun sorulmasına yol açmıştır.<sup>553</sup> Seliçi bu kararla ilgili olarak, kesin vadeli işlemlerde vadenin geçmesinin imkansızlığa mı yoksa temerrüde mi yol açacağını sadece tarafların iradesine bağlı olamayacağını, taraflarca üzerinde anlaşmaya varılacak yegane hususun, edimin ifa edilmesi gereken zamandan sonra yerine getirilmesi halinde bunun artık ifa olarak kabul edilmeyeceği olduğunu, böyle bir anlaşmanın ise imkansızlık hükümlerinin uygulanmasını sağlamaya yetmeyeceğini ifade etmiştir.<sup>554</sup> Yazara göre taraflar böyle bir anlaşma yaptıktan sonra, kesin vade veya sürenin geçmesinin imkansızlığa mı yoksa temerrüde mi yol açacağı problemi, taraflarca ifanın mutlaka kararlaştırılan tarihte gerçekleşmesi gerektiği hususunda yapılan anlaşmadan ayrı olarak değerlendirilmelidir. Bu bakımdan Federal Mahkemenin kararlarındaki ifade tarzı, tamamen, tarafların akde kesin vadeli işlem niteliği verirken, bu niyetlerini ne tarzda ortaya koyabilecekleri sorusu ile ilgili olduğuna ilişkindir. Tarafların anlaşmasından sonra vade veya süre geçmiş olmasına rağmen ifa halen mümkünse kesin vadeli işlemde bahsedilerek temerrüt, mümkün değilse mutlak kesin vadeli işlemin varlığı kabul edilerek imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerekecektir.<sup>555</sup>

<sup>553</sup> von BÜREN, OR AT, s.372; SELİÇİ, Kesin Vadeli İşlemler, s.98; ALTUNKAYA, s.125

<sup>554</sup> SELİÇİ, Kesin Vadeli İşlemler, s.98. Koller ise aksi kanaattedir. Yazara göre vadenin kesin mi yoksa mutlak kesin mi olacağı tamamen taraf iradelerine bağlı olduğu, ancak bunun için sözleşmenin iyi yorumlanması gerektiğini, zira bu iradenin her zaman açıkça anlaşılmadığını ifade etmektedir. Yazara göre bir otomobil satımında tarafların aracın 31 Mayıs'ta teslim edileceği, edilmediği takdirde alacaklının ifayı kabul etmekten kaçınabileceği hususunda anlaşmış olmaları halinde kesin vadeli işlemde, belirlenen tarihte aracın teslim edilmemesi halinde ifanın artık söz konusu olamayacağını kararlaştırmış olmaları halinde ise mutlak kesin vadeden bahsetmek gerekecektir. KOLLER, OR AT, § 39 N 67

<sup>555</sup> SELİÇİ, Kesin Vadeli İşlemler, s.98, 99. Ayrıca yazar, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede kesin olarak belirtilen ifa zamanına verilecek anlamın tespitinde, irade beyanların yorumlanmasında kabul edilen güven teorisinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

Doktrinde mutlak kesin vadeli işlem için birbirinden farklı kıstaslar öngörülmüştür. Buna göre bazı yazarlar,<sup>556</sup> ifanın edimin özelliği gereği yalnızca belirlenen anda gerçekleşebileceği hallerde mutlak kesin vadeli işlemde bahsedileceğini ifade ederken, bazı yazarlar<sup>557</sup> ise bunun ancak, ifa zamanının sözleşmenin esaslı unsuru haline geldiği ve edimin belirlenen vadeden sonra gerçekleşmesi halinde sözleşmede kararlaştırılan edimin ifası olarak sayılamaması sonucunu doğuracak kadar edimin içeriğine dahil olduğu durumlarda söz konusu olabileceğini ileri sürmüşlerdir. Başka bir görüş ise mutlak kesin vadeli işlemin var olduğunun söylenebilmesi için sözleşmenin içeriği, sözleşmenin amacı ve tarafların menfaatlerinin yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>558</sup> Buna göre mutlak kesin vadeli işlemler için şu örnekler verilmiştir: Bir ressamın küçük bir çocuğun yağlı boya tablosunu yapmayı borçlanmasından sonra hastalanması sebebiyle uzun süre resim yapamaması ve çocuğun bu arada büyümesi,<sup>559</sup> karnaval süresince yapılan gösterilerin çekimini yapmak üzere bir pencerenin kiralanması,<sup>560</sup> düğün salonunun kiralanması,<sup>561</sup> trene veya uçağa gitmek üzere taksi tutulması,<sup>562</sup> uzayda meydana gelen ve bir daha tekrarlanmayacak bir olayın fotoğraflanması,<sup>563</sup> oteldeki şömineli odayı ayırtan yeni evli çiftte, otel çalışanının odayı yanlışlıkla başkasına vermesi nedeniyle odanın teslim edilememesi,<sup>564</sup> düğün fotoğrafçısının düğünden sonra salona gelmesi.<sup>565</sup>

Görüldüğü üzere mutlak kesin vadeli işlemlerle ilgili birbirinden farklı örnekler gösterilmiştir. Bazı hallerde mutlak kesin vadeli işlemler ile nisbi kesin vadeli işlemleri birbirinden ayırmak oldukça güç olabilmektedir. Tarafların sözleşmede edimin mutlak olarak belirli bir tarihte ifa edilmesi gerektiğini, belirlenen vadeden sonra yerine getirilen edimin ifa olarak kabul edilmeyeceği hususunda anlaşmış

<sup>556</sup> BROX/WALKER, Schuldrecht AT, § 22 N 6; LARENZ, Schuldrecht I, § 21 I a

<sup>557</sup> UNBERATH, § 275 N 36; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 14; KAISER, J.von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 328-361, 13.Auflage, Berlin 1995, § 361 a.F N 15; ERNST, § 275 N 46; GIGER, s.25 vd.; WIEGAND, Leistungsstörungen, s.8; WIEGAND, in Honsell/Vogt/Wiegand, Art.97 N 18; KUHLMANN/NAUEN, s.48; KESKİN, Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XI, S.1-2, 2007, s.216

<sup>558</sup> ZIMMERMANN, Fixgeschaef, Ludwigsburg 2006, 123

<sup>559</sup> LARENZ, Schuldrecht I, § 21 I

<sup>560</sup> BROX/WALKER, § 22 N 6

<sup>561</sup> KAISER, § 361 a.F N 16

<sup>562</sup> KAISER, § 361 N 16; BROX/WALKER, § 22 N 6

<sup>563</sup> FIKENTSCHER, Schuldrecht, 9.Auflage, § 42 III 2 N 373

<sup>564</sup> LOOSCHELDERS, Schuldrecht AT, § 23 N 471

<sup>565</sup> DÖTTERL s.60

olmaları halinde, burada kararlaştırılan vadenin mutlak kesin vade olup olmadığının tespiti, somut olaydaki sözleşmenin yorumlanması, özellikle yapılış amacının ortaya konulmasıyla ilgili bir meseledir. Ancak sadece bununla da yetinilmeyerek bilhassa alacaklının menfaatlerinin dikkate alınması gerekecektir. Somut gerçekler ışığında sözleşmenin yorumlanmasından, borcun mutlaka kararlaştırılan vadede ödenmesi gerektiği, aksi takdirde alacaklının bu sözleşmeyle hedeflediği amaca ulaşamayacağı ve edimin yerine getirilmesinin alacaklı bakımından bir anlam ifade etmeyeceğinin söylenebildiği takdirde mutlak kesin vadeli işlemin varlığı kabul edilecek ve olaya imkansızlık hükümleri uygulanabilecektir. Burada salt tarafların, edimin belirlenen tarihte yerine getirilmemesi halinde borcun ifa edilmemiş sayılacağı yönündeki iradeleri imkansızlık hükümlerinin uygulanmasına yetmeyecektir. Örneğin bir sanatçının ünlü bir modacıya Pazar günü vereceği konserde giyilmek üzere bir elbise sipariş vermesi ile düğün töreninde giyilmek üzere gelinlik siparişi vermesinde taraflarca kararlaştırılan vadelerin birbirinden farklı değerlendirilmeleri gerekecektir. İlk durumda modacının elbiseyi konser gününe yetiştirememesi halinde bunun imkansızlık olarak kabul edilmesi doğru olmayacaktır. Zira bu durumda sanatçının bu elbiseyi başka konserlerde de giyebilme imkanı söz konusudur. Bu nedenle burada nisbi kesin vadeli işlemin var olduğu kabul edilerek, borca aykırılığa temerrüt hükümlerini uygulamak gerekir. Ancak ikinci durumda, gelinliğin düğün gününde teslim edilmemesi halinde, bu gelinliğin daha sonra tekrar kullanılabilmesi, başka bir düğünde tekrar giyilebileceğini söylemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden, burada mutlak kesin vadeli bir işlemin olduğu kabul edilerek imkansızlığın hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenebilecektir.

Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda nisbi kesin vadeli işlemin mi yoksa mutlak vadeli işlemin mi var olduğunu sözleşmenin kurulması esnasında belirtmek bizi yanlış sonuçlara götürebilecektir. Zira bu durumda vadenin geçirilmesinin imkansızlık mı yoksa temerrüt mü yaratacağına, en erken edimin yerine getirilmeye çalışıldığı gün karar verilebilecektir. Örneğin, kurbanlık koyun satımına ilişkin bir sözleşmede, tarafların koyunun bayramın birinci günü teslim edileceği hususunda anlaşmış olmaları halinde, kurbanlık koyunun ancak bayramın üçüncü günü akşam ezanına kadar kesilebileceği kabul edildiğine göre, satıcının en geç, teslimden sonra alıcının kurbanı kesilebilecek kadar bir vakte sahip olacağının söylenebileceği bir anda kurbanlık hayvanı alıcıya teslim etmesi halinde temerrüt

hükümlerinin, bu andan sonra ise imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenebilecektir. Bu durumda yine koyunun bir dahaki kurban bayramına kadar beslenerek bir sene sonra kesilebileceğini söylemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Bununla birlikte genellikle mutlak kesin vadenin sadece bir an olarak belirlenmediğinin ve edimin ifasının belirli bir zaman dilimi aralığında meydana gelecek bir olaya ilişkin olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Dolayısıyla mutlak kesin vadeli sözleşmelerin birçoğunda edimin ifası bir anda imkansızlaşmayacaktır. Örneğin nikah fotoğraflarını çekmesi hususunda bir fotoğrafçıyla anlaşılması halinde durum böyledir. Böyle bir durumda fotoğrafçının borcu nikah merasimi boyunca evlenecek çiftin fotoğraflarını çekmektir. Nikah salonuna geç gelen bir fotoğrafçı çiftin nikah defterini imza anlarını kaçırmış, onların ancak nikah sonu tebrikleri kabul ederken fotoğrafını çekebilmişse bu durumda edimin tamamen imkansızlaştığını söylemek mümkün olmayacak, burada fotoğrafçının geç kalmasının kısmi imkansızlığa yol açtığı söylenebilecektir.<sup>566</sup> Zira bu durumda fotoğrafçı kısmen de olsa tarafların beklentilerini karşılayabilmiş durumdadır. Burada edimin tam olarak imkansızlaştığından, fotoğrafçının nikahın tamamen bitmesinden sonra nikah salonuna varmış olması halinde sözedilebilecektir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, mutlak kesin vadeli işlemlerde geçici imkansızlık daima sürekli imkansızlık gibi kabul edilecek ve imkansızlık hükümlerine tabi olacaktır.

---

<sup>566</sup> Aynı görüşte DÖTTERL, s.61.

## ÜÇÜNCÜ KISIM

### KUSURLU İFA İMKANSIZLIĞININ SONUÇLARI

#### BİRİNCİ BÖLÜM

### İMKANSIZLIĞIN BORÇ İLİŞKİSİNE ETKİSİ VE BORÇLUNUN SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞINDA ALACAKLININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR

#### § 1 İFA İMKANSIZLIĞININ BORÇ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

Doktrinde hakim görüşe göre<sup>567</sup>, BK m.117'nin açık hükmü karşısında ancak borçlunun imkansızlıktan sorumlu olmadığı hallerde borç sona erecek, buna karşın borçlunun bundan sorumlu tutulacağı hallerde ise borç sona ermeyip sadece içeriği değişecek, ifası imkansızlaşan asli edim yükümlülüğünün yerini ikincil nitelikteki tazminat yükümlülüğü alacaktır. Borcun sona ermeyip, sadece içeriğinin değişecek olmasına bağlı olarak ise alacağa bağlı tüm teminatlar ve fer'i haklar varlıklarını sürdürmeye devam edeceklerdir. Böylece borçlu, asli edim borcuna bakımından sahip olduğu tüm def'i ve itirazları tazminat yükümlülüğü bakımından da ileri sürebilecektir. Bu görüşe göre asli edim yükümü için işlemeye başlamış olan zamanaşımı süresi tazminat yükümlülüğü bakımından yürümeye devam edecektir.<sup>568</sup> Ayrıca bu teoriye göre asıl borç hangi anda muaccel hale gelecekse, ifa imkansızlığı vadeden önce doğmuş olsa dahi, alacaklı ancak o muacceliyet anında tazminat talep edebilecektir. Borcun sona ermeyecek olması ve alacaklının sözleşmede kararlaştırılan asli edim yerine tazminat elde etmesi sebebiyle alacaklı tam iki taraflı

<sup>567</sup> von TUHR/ESCHER, s.104; BUCHER, OR AT, s.328; BECKER, Art.97 N 4; WIEGAND, Art.97 N 47; WIEGAND, Leistungsstörungen, s.4; BARTH, s.67; KELLER/SCHÖBI, s.249; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 31 N 3, s.241; SCHWENZER, N 64.20; ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.9; FEYZİOĞLU, s.181, 188; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.853,854; EREN, s.1012; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,21.Bası, İstanbul 2010, s.303; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16 N 1; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.286.

<sup>568</sup> Wiegand borçlunun kusurlu olduğu imkansızlıkta borcun sona ermeyerek, asli edim yükümlülüğünün yerini tazminat yükümlülüğünün alacağı görüşüne katılmakla birlikte zamanaşımı bakımından Alman hukukunda geçerli olan tazminat bakımından ayrı zamanaşımı süresinin işlemesi sisteminin İsviçre Hukuku bakımından da uygulanmasının kanunun sistemine daha iyi uyacağı görüşünü ileri sürmüştür. Bkz.BaslerKomm- WIEGAND, Art.97 N 50, 51

sözleşmelerde kendi edimini yerine getirmek zorunda kalacak,<sup>569</sup> edimlerin değiştirilebilmesi için vadelerin gelmesi beklenecektir.

Bir başka görüşe<sup>570</sup> göre ise imkansızlık sebebiyle borcun sona erip ermemesinde borçlunun bundan sorumlu olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Borçlu imkansızlığın meydana gelmesinde kusurlu olsun veya olmasın borç her durumda sona erecektir. Borçlunun kusurlu olup olmadığı ise yalnızca tazminat yükümlülüğünün doğup doğmayacağı bakımından dikkate alınacaktır. Buna göre borçlu imkansızlıktan sorumlu olması halinde alacaklının zararını tazmin etmek zorunda kalacakken, sorumlu olmaması halinde tazminat yükümünden de kurtulacaktır. Bu yazarlara göre BK m.117, borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık için borcun istisnai olarak sona ermesini düzenleyen bir hüküm değil, aksine borçlunun sorumluluğu dışında borcun sona ermesini düzenleyen bir hükümdür.<sup>571</sup> Bu sebeple imkansızlıktan borçlunun sorumlu olması halinde de borç yine sona erecek, yalnız borçlu bu durumda alacaklının zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Bu durumda klasik görüşün aksine tazminat alacağı asıl borcun zamanaşımına tabi olmayacak, bunun için yeni bir zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Edimin henüz borç muaccel olmadan evvel imkansızlaşması halinde, diğer görüşten farklı olarak, alacaklının bu tazminatı talep edebilmesi için vadeyi beklemesine gerek bulunmamakta, alacaklı imkansızlık anından itibaren<sup>572</sup> tazminat talep edebilmektedir.<sup>573</sup> İmkansızlaşan borç için tesis edilen teminatlar ise, esasen böyle bir durumda doğacak tazminat borcunun ifası için verilmiş sayılacağından, zaten tazminat alacağını güvenceye bağlıyor olacaktır.<sup>574</sup>

<sup>569</sup> von TUHR/ESCHER, s.104,105; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2589

<sup>570</sup> OĞUZMAN, Hizmet (İş) Akdinin Feshi, s.144,145; ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s.156; OĞUZMAN/ÖZ, s.311; SELİÇİ, Seçimlik Borçların İfası, s.397

<sup>571</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.311. Bu görüşe göre BK m.177 f.2'de kusursuz imkansızlık sebebiyle borcu sona eren borçlunun karşı alacağını kaybedeceğinin açıkça düzenlemesi karşısında, kusuruyla imkansızlığa sebep olan borçlunun da karşı alacağını kaybedeceğini kabul etmek gerekecektir.

<sup>572</sup> Borcun henüz muaccel olmadan evvel imkansızlaşması halinde alacaklının zararı muacceliyet anında gerçekleşeceğinden, bu hususun tazminatın hesaplanması açısından dikkate alınacağı ancak tazminat talep edilebilmesi için vadenin beklenmesine gerek bulunmadığı ifade edilmiştir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.313

<sup>573</sup> Ayrıca bu görüşe göre bir tarafın borcunun imkansızlaşması halinde karşılıklı borçların sona erdiğinin ve borçlunun bu yüzden meydana gelen zararı tazmin edeceğinin kabul edilmesi halinde fark teorisinin uygulanabilmesi için sağlam bir esasa dayanılmış olacaktır. Zira aksi halde tazminatın fark teorisine göre hesaplanması kanuna uymayacak ve bu durumda mübadele teorisini uygulamak gerekecektir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.313

<sup>574</sup> Bu görüşe göre, imkansızlaşan borç için tesis edilen kefalet BK m.490 f.1 gereğince tazminat bakımından da geçerli olmaya devam edecektir. Rehin bakımından ise, rehinin MK m.851'e göre

Yargıtay kararlarında ise konuyla ilgili bir bütünlük bulunmamakta, bazı kararlarda birinci görüş, bazılarında ise ikinci görüş savunulmaktadır.<sup>575</sup>

Kanaatimizce BK m.97 tazminata ilişkin bir hüküm olup, borçlunun imkansızlıktan dolayı sorumlu olması halinde tazminat ödemek zorunda olduğunu düzenlemektedir. Bu hüküm yalnızca tazminat yükümlülüğüne ilişkin olarak getirilmiştir ve bunun ötesinde edim yükümlülüklerinin ne olacağı, bir başka deyişle borcun sona erip ermeyeceği hususuyla ilgilenmemektedir. Aksi halde BK m.117'nin BK m.96'ya tekrarlamaktan öteye bir işlevinin olmadığını söylemek gerekecektir.

BK m.117'de geçen borcun sona ermesi ifadesinden ise, borcun herhangi bir tazminat söz konusu olmaksızın sona ermesinin anlaşılması gerekecektir. Bu nokta BKm.96 ile BK m.117 arasındaki farkı teşkil etmektedir. Bu durum sadece edim yükümünün sona ermesiyle ilgili bir düzenlemenin söz konusu olduğu, dolayısıyla bu hükmün tazminatı kapsamadığı ve borcun sona ermesi için ayrıca borçlunun kusurunun bulunmamasının aranmayacağı gerekçesiyle açıklanabilecektir. Kusur, yalnızca borçlunun tazminat ödemesi gerekip gerekmeyeceği noktasında önem taşımaktadır. Ayrıca aynı görüşteki yazarların da açıkça ifade ettikleri gibi, ifa imkansızlığında fark teorisinin tam olarak uygulanabilmesi açısından da bu görüş daha avantajlı sayılacaktır. Zira bu görüşe göre borçlunun borcunun, kusuru olsa bile BK m.117'ye göre sona ereceğinin kabul edilmesi halinde, alacaklının karşı edim yükümlülüğü de BK m.117 f.2'ye göre sona erecek<sup>576</sup> ve böylece alacaklı karşı edim borcunu ifa etmek zorunda kalmayacaktır.

---

kural olarak ancak Türk parası ile gösterilecek bir alacak için tesis edilebilir olmasından dolayı, şayet asıl borç para borcu ise zaten bir imkansızlığın söz konusu olamayacak, asıl borcun yapma, yapmama veya paradan başka birşeyi verme borcu olması halinde ise rehnin zaten borcun ifa edilmemesi yüzünden istenecek tazminatı karşılamak için tesis edilecektir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.314.

<sup>575</sup> Hakim görüşün kabul edildiği kararlara örnek olarak bkz Yarg.13.HD E.1993/8546, K.1993/348 (KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku, s.207 vd.). İkinci görüşün kabul edildiği kararlara örnek olarak: YHGK E.1997/15-157, K.1997/444 (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Bu kararda imkansızlık halinde borcun değil sözleşmenin sona erdiği ifade edilmiştir.

<sup>576</sup> REHBINDER, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 2.Abteilung, Art.319-362 OR, 1.Abschnitt, Einleitung und Kommentar zu den Art.319-330a OR, Bern 1985, Art.324 N 28. Yazar işçinin kusurlu olması halinde karşı edim alacağının Art.119 II (BK m.117 f.2) sebebiyle sona ereceğini belirtmiştir.

## § 2 ALACAKLININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR

### I- TAZMİNAT TALEBİ

Borçlar Kanunumuzun birinci kısım, ikinci bap, ikinci faslında “Borçların Ödenmemesinin Neticeleri” başlığı altında ikili bir ayrıma gidilmiştir. BK m.96-100 arasında kusurlu ifa imkansızlığı ve ifa etmemeye ilişkin genel hükümler yer almaktadır. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde tazminat sorumluluğu BK m.96’da düzenlenmiştir. Bu hükme göre borçlu ediminin ifasını kusurlu olarak imkansızlaştırması ve borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklının müsbet zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Bu fasılda ayrıca yapma ve yapmama borçlarına ilişkin özel bir düzenlemeyle birlikte (BK m.97 f.3) borçlunun sorumluluğuna ilişkin genel düzenlemeler de yer almaktadır (BKm.98-100).

İfa etmeme sebebiyle tazminat bir ikincil edim yükümü niteliğindedir. Tazminat sorumluluğu ancak birincil edim yükümünün ifasının mümkün olmaması halinde devreye girecektir. İkincil edim yükümü altına giren borçlu, alacaklıyı, eğer borç sözleşmeye uygun olarak ifa edilseydi içinde bulunacağı duruma getirmekle yükümlüdür.<sup>577</sup>

### A- GENEL OLARAK

Alacaklı, borçlunun ifa imkansızlığı sebebiyle zarara uğradığında, diğer şartların da varlığı halinde borçludan tazminat talep edebilecektir. Alacaklı BK m.96’ya göre müsbet zararının tazminini talep edebilecektir.

Tazminat alacaklıyı zenginleştirme değil, onun borca aykırı davranış neticesinde malvarlığında meydana gelen zararı telafi etmeyi amaçlamaktadır.<sup>578</sup> Buna uygun olarak ödenecek tazminatın miktarı alacaklının uğramış olduğu zararla doğru orantılıdır. Bu sebeple borçlunun ödeyeceği tazminatın alacaklının uğramış olduğu zarardan daha fazla olmaması için zararın doğru hesaplanması gerekmektedir.

<sup>577</sup> BUCHER, OR AT, s.342

<sup>578</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art.43 N.2



Sözleşme hukukunda müsbet zarar- menfi zarar ayrımı yapılmaktadır. Müsbet zarar borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zarardır. Bu sebeple alacaklının sözleşmeye uygun ifaya olan menfaati olarak da adlandırılmaktadır. Borca aykırı davranılması nedeniyle tazminat esas olarak bu menfaati tatmin etmeye yönelik olacaktır. Ancak kanun borçlu temerrüdünde bu kurala bir istisna getirmiş ve bu durumda alacaklının sözleşmeden dönerek menfi zararının tazmin edilmesini isteyebileceği kabul edilmiştir (BKm.108 f.2). Alacaklının menfi zarar talep edebilmesi için sözleşmenin geçersiz veya geçmişe etkili olarak ortadan kalkmış olması gerekmektedir.<sup>579</sup>

Borçlar Kanunu, sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenlediği kısımda, sorumluluğun şartlarıyla ilgili olarak, haksız fiilden doğan sorumluluk alanında olduğu kadar ayrıntılı hükümlere yer vermemiştir. BK m.98 f.'nin atfıyla sözleşme sorumluluğu alanında da uygulanabilecek olan BK m.43 f.1'ye göre hakim hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin edecektir. Hakim bu hükme göre tazminatı tayin ederken somut olayın özelliklerini göz önünde bulunduracaktır. İşte BK m.98 f.2, yaptığı atıfla haksız fiil hukuku ile sözleşme hukukunu birbirine bağlamakta ve haksız fiil hukukundaki ayrıntılı sorumluluk hükümlerinin sözleşme hukukuna da uygulanması sağlanmaktadır. Bu atıf sayesinde tazminatın ölçüsü ve kapsamına ilişkin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler sözleşmeye aykırılık bakımından da uygulanabilecektir. Ancak bu atıf sayesinde haksız fiil hükümlerinin tamamının sözleşme hukukuna da uygulanacağı söylenemeyecektir. Bu hüküm sadece borca aykırı davranışın sonuç ve etkilerine ilişkin olup, sorumluluk şartları bakımından uygulanamayacaktır.<sup>580</sup> Zira sözleşmeden doğan sorumluluğun şartları gerek BK m.96'da BK m.100'de ve BK m.101'de düzenlenmiştir.<sup>581</sup> BK m.98 f.2'nin mantığı ve amacı ise yalnızca sorumluluk şartlarını düzenleyen bu hükümleri tamamlamaktan

<sup>579</sup> Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından edimin borçlunun kusuruyla imkansız hale geldiği hallerde de borçluya sözleşmeden dönme hakkının tanınması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. von TUHR/ESCHER, s.105; BUCHER, OR AT, s.417; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.97 N 9; WIEGAND, Art.97 N 58; WEBER, Art.97 N 270; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 31 N 3, s.241; KOLLER, OR AT, § 54 N 141 vd.; SCHWENZER, 64.27; BERGER, § 23 N 1573; MÜLLER-CHEN, s.175 vd.

<sup>580</sup> BRUNNER, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg 1991, N 88

<sup>581</sup> Her ne kadar BK m.98 f.2'nin kanun sistematigindeki yeri, onun sadece hiç ve gereği gibi ifa etmeme hallerine uygulanacağı izlenimi veriyorsa da, bu hüküm borçlu temerrüdü ve hatta kusursuz sorumluluk halleri bakımından da uygulanacaktır.

ibarettir. Bu sebeple haksız fiil sorumluluğunun şartlarını düzenleyen BK m.41, istihdam edenin sorumluluğunu düzenleyen BK m.55, hayvan idare edenin mesuliyetini düzenleyen BK m.56, bina malikinin sorumluluğunu düzenleyen BK m.58 ve zamanaşımına ilişkin BK m.60'ın hükmü BK m.98 f.2'nin yaptığı atıf kapsamında kalmamaları sebebiyle sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından uygulanmaları mümkün değildir.

Buna göre haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerden zararın tayini (BK m.42), tazminat miktarının tayini (BK m.43), tazminatın tenkisi (BK m.44), müteselsil mesuliyet (BKm.50,51), meşru müdafaa, ıztırrar hali, kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma (BK m.52), ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki mesuliyet (BKm.53), temyiz kudretini haiz olmayanların mesuliyeti ve uygun olduğu ölçüde ölüm halinde zarar ve ziyan( BK m.45) ve cismani zarar halinde zarar ve ziyana ilişkin (BK m.46) hükümler kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanabilecektir.

Aşağıda ilk evvela tazminat sorumluluğunun şartları, daha sonra ise tazminatın hesaplanması konuları incelenecektir.

## **B-SORUMLULUĞUN ŞARTLARI**

İfa etmeme sebebiyle tazminatın şartları haksız fiil tazminatının şartlarına uymaktadır. Alacaklı ancak, borçlunun kusurlu olarak sözleşmeye aykırı davranması, alacaklının bundan dolayı bir zarara uğramış olması ve borca aykırı hareket ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması halinde borçludan tazminat talep etme hakkına sahip olabilecektir. Görüldüğü üzere burada haksız fiil hükümlerinden farklı iki özellik karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki ifa etmeme sebebiyle tazminat talep edilebilmesi için mutlaka sözleşmeye aykırı bir davranışın olması gerekmesidir. İkinci olarak ise bu sorumluluk tipinde kusuru ispat yükü mağdurun üzerinden alınmış, alacaklı borçlunun kusurunu ortaya koymak zorunda bırakılmamış, alacaklının zararını tazmin etmek istemeyen borçlunun kusursuzluğunu ispatlaması gerektiği kabul edilmiştir.

## 1-Sözleşmeye Aykırı Davranış

Haksız fiil hukukundaki hukuka aykırı davranışın yerini, sözleşme hukukunda borca aykırı davranış almaktadır. Ancak bu iki kavram tam olarak birbiriyle örtüşmemektedir. Hukuka aykırılık kavramı ile, yazılı olsun olmasın genel davranış kurallarına aykırı olan ve ukuken korunan bir menfaate zarar verici eylemlerin tümü kastedilmektedir.<sup>582</sup> Buna karşılık sözleşmeye aykırılık ise tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davranışları, bir başka deyişle bu sözleşmeden sapan davranış anlamına gelmektedir. Bir yükümlülüğün sözleşmeden doğması için mutlaka taraflarca kararlaştırılmış olmaları gerekmez. Bunun dışında kanundan doğan fakat sözleşmenin tarafı olmaya bağlanan yükümlülükler ve hakimin sözleşmeyi tamamlaması halinde doğacak yükümlülükler aykırı davranış da aynı sonucu doğuracaktır.

Sözleşmesel ilişkilerde hukuka aykırı olan ve alacaklının zarara uğramasına ve dolayısıyla borçlunun bu zararı tazmin etme yükümü altında bulunmasına yol açan davranış, taraflardan biri veya onun ifa yardımcısı tarafından borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, başka bir deyişle, borca, yani sözleşmeden doğan yükümlülükler aykırı davranışdır. Hiç ifa etmeme, sözleşmeye uygun ifanın artık mümkün olmaması, gereği gibi ifa etmeme ise ifanın sözleşmeye uygun olmaması anlamına gelmektedir. İfanın hiç veya gereği gibi ifa edilip edilmediğine, somut olayda söz konusu olan sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin niteliğine bakılarak karar verilebilecektir. Ancak genel anlamda borcunu gereği gibi ifa edebilmek için herşeyi yapmak ve bir ifa engelinin ortaya çıkmasına sebep olabilecek tüm davranışlardan kaçınmak yükümü altında olan borçlu, bu yükümlerini ihlal etmesi halinde sözleşmeye aykırı davranmış olacaktır. Borçlunun bu yükümlülüklerine uygun davranmış sayılması için hangi ölçüde çaba göstermesi gerektiği dürüstlük kuralına göre belli olacaktır.

---

<sup>582</sup> BREHM, Art.41 N 33

### a-Akdi İlişkinin Varlığı

BK m.96'ya göre alacaklının ifa etmeme sebebiyle borçludan tazminat talep edebilmesi için öncelikle borçlu ile aralarındaki sözleşmesel bağı ortaya koyması gerekecektir. Ancak geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde sözleşmeye aykırı davranıştan bahsedilebilecektir. Alacaklının sözleşmesel ilişkinin varlığını ispatlayamadığı ya da ispatlasa dahi borçlunun aykırı davrandığı yükümlülüğün herhangi bir yaptırımının söz konusu olmadığı durumlarda<sup>583</sup> alacaklının tazminat talep etmesi mümkün olmayacaktır. Zira ifa etmemenin borca aykırılık olarak kabul edilebilmesi için borcun muaccel ve dava edilebilir olması ve borçlunun herhangi bir def'i hakkına sahip bulunmaması gerekmektedir.

BK m.1'e göre sözleşme iki tarafın karşılıklı ve birbirine uyum irade beyanıyla meydana gelen hukuki işlemdir.<sup>584</sup> Hukuki sonuç doğurmak amacıyla iki veya daha çok kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmasıyla taraflar arasında akdi bir ilişki kurulmuş olur. Akdi ilişki ile meydana gelen hukuki durumun aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan biri tarafından değiştirilmesi artık mümkün olmayacaktır. Taraflar arasında sözleşme ile ortaya çıkan bu hukuki ilişki sebebiyle alacaklı borcun ifa edilmemesi halinde ya aynen ifayı talep edebilecek ya da BK m.96'ya dayanarak alacağını hiç veya gereği gibi elde edemediği gerekçesiyle borçludan tazminat talep edecektir. Taraflar arasında sözleşmenin bulunmaması halinde ise bu hukuki bağdan bahsedilemeyecektir.

Yalnızca tarafların birbirine uygun irade beyanında bulunmamış olmaları sebebiyle sözleşmesel ilişkinin yokluğu bu sonuca yol açmamaktadır. Akdin esaslı unsurları üzerinde anlaşılammış olmanın yanı sıra, taraflardan birinin ehliyetsizliği, temsil yetkisinin yokluğu, akdin konusunun imkansız olması, irade beyanındaki sakatlık ya da muvaazalı bir işlem de aynı sonucu doğurmaya yetecek ve bu hallerde geçerli bir akdi ilişkiden bahsedilemeyecektir.

<sup>583</sup> Eksik borçlar ve mükellefiyetlerde durum böyledir.

<sup>584</sup> Doktrinde birbirinden farklı sözleşme tanımlarına rastlanmak mümkündür. Yapılan bu tanımların ortak özelliği Borçlar Kanunumuzun yapmış olduğu tanımları genişletme çabalarıdır. Örneğin Tekinay sözleşmeyi, genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak ve özellikle bir boş ilişkisi kurmak, mevcut borç ilişkisinde değişiklik yapmak ya da onu büsbütün ortadam kaldırmak için yapılan anlaşma şeklinde tanımlamıştır. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.65

Geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığından bahsedebilmek için öncelikle tarafların bu sözleşmeyi akdetmeye ehil olmaları, bir başka deyişle fiil ehliyetine sahip bulunmaları gerekmektedir. MK m.10'a göre ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti bulunmaktadır. Görüldüğü üzere bir kimsenin fiil ehliyetine sahip bulunduğu söylenebilmesi için üç şartın var olması gerekmektedir: Erginlik, ayırt etme gücü ve kısıtlı olmama. MK m.11'e göre erginlik kural olarak 18 yaşının doldurulmasıyla kazanılmaktadır.<sup>585</sup> Ayırt etme gücü ise kişinin makul surette hareket edebilme, fiillerinin sebep ve sonuçlarını idrak edebilme yeteneği olarak tanımlanmaktadır.<sup>586</sup> MK m.13'ye göre yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan kimselere ayırt etme gücüne sahiptirler. Taraflardan birinin irade beyanında bulunma hususunda ayırt etme gücüne sahip bulunmadığı hallerde ise yapılan sözleşme geçerli olmayacaktır (MK m.15). Son olarak MK m.404-408 maddelerinde yazılı sebeplerden biri ile kısıtlı olan kimseler fiil ehliyetine sahip bulunmaktadırlar. Ayırt etme gücüne sahip olan bir kimsenin reşit olmaması veya kısıtlı bulunması halinde ise, bu kişilerin kendilerini borç altına sokacak işlemlerin hüküm ifade etmesi kanuni temsilcisinin izin veya icazetine bağlı olacak, izin verilmeksizin yapılan hukuki işlem ise, yapıldığı andan kanuni temsilcinin iradesini açıkladığı ana kadar askıda hükümsüz olacaktır.

Akdin konusunun BK m.20 f.1'e göre imkansız olması veya kanuna ve ahlaka aykırı bulunması halinde de yapılan akit batıl olacak ve geçerli bir akdi ilişki söz konusu olmayacaktır. Edimin sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan objektif, sürekli, maddi veya hukuki bir engel sebebiyle borçlu dahil hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek durumda olması halinde sözleşme batıl sayılacaktır. Sözleşme kurulduğu sırada imkansızlık mevcutsa baştaki imkansızlık söz konusu olacaktır.<sup>587</sup> Baştaki imkansızlığın objektif olması halinde

<sup>585</sup> Bunun yanı sıra evlenmeyle ve ergin kılınma ile de ergin olunabilmektedir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. **DURAL/ÖĞÜZ**, Türk Özel Hukuku, Cilt İki Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s.49

<sup>586</sup> **DURAL/ÖĞÜZ**, s.54

<sup>587</sup> **MOMMSEN**, s.1; von Tuhr, s.268; **VON TUHR/ESHCHER**, s.96; **LARENZ**, Schuldrecht I, § 8 I, s.98; **BECKER**, Art.97 N 11; **WEBER**, Art.97 N 107; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.20 N.4, Art.97 N 11, Art.119 N 8; **BARTH**, s.32; **BUCHER**, OR AT, s.247; **KOLLER**, OR AT, § 13 N 41; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N 2525; **FURRER/MÜLLER-CHEN**, Obligationenrecht AT, Kapitel 18 N 43, s.491; **ZIEGLER**, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.1, 29; **JOENIG**, Die anfängliche Unmöglichkeit, Wien 2006, s.25; **SCHWENZER**, N.63.09; **HUGUENIN**, OR AT, N 558; **BERGER**, N 1505; **DULLINGER** 3/46;

akit batıl olacak, imkansızlığın yalnızca borçlu bakımından söz konusu olması halinde ise geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığından bahsedilecektir.<sup>588</sup> Bunun yanı sıra akdin konusunun veya amacının emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırı olması hallerinde de akit batıl sayılacaktır.

Geçerli bir sözleşme ilişkisinden bahsedebilmek için ayrıca tarafların irade beyanlarının sağlıklı olmaları gerekmektedir. İlk olarak BK m.23'e göre akit yapılırken esaslı bir hataya düşen taraf da yapılan akitle bağlı olmayacaktır. Bunun gibi BK m.28 f.1'e göre akdi yapanlardan biri, diğerinin hilesiyle akdi yapmaya sevk edilmiş ise, düştüğü hata esaslı olmasa bile akit kendisini bağlamayacaktır. Son olarak ise BK m.29'a göre sözleşenlerden biri, diğer taraf veya bir üçüncü kişi tarafından hukuka aykırı bir suretle esaslı şekilde korkutularak akdi yapmışsa, bu akit korkutulanı bağlamayacaktır. Ancak her üç halde de taraflardan birinin sözleşme ile bağlı olmaması hali, BK m.31'de belirtilen süre sonuna kadar iptal beyanında bulunması ile sınırlı olup; hataya düşen hatasını öğrenmesinden itibaren, hileye maruz kalan hilenin yapıldığını öğrenmesinden ve ikraha maruz kalan taraf ise korkunun ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içerisinde akdi hükümsüz kılmak üzere beyanda bulunmadığı takdirde akit artık muteber hale gelecektir.

Akdin hüküm doğurmayacağı bir başka hal ise tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması hususunda anlaşmaları anlamına gelen muvazaa halidir. Tarfaların gerçek arzularının dikkate alınması gerektiğini düzenleyen BK m.18 hükmüne göre bu durumda sözleşme hüküm doğurmayacaktır.

Tüm bunların yanı sıra sözleşmelerin hüküm ifade edebilmeleri için bazı tamamlatıcı unsurların da bulunması gerekmektedir. Buna göre yukarıda ifade ettiğimiz gibi, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların yaptıkları hukuki işlemlerin sonuç doğurabilmeleri, ancak yasal temsilcilerinin izin veya icazet vermeleri halinde

---

**KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENERGER**, § 878 N 1; **TUNÇOMAĞ**, s.483; **ESENER**, Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK m.1-40), Ankara 1969, s.207; **EREN**, s.93; **DURAL**, İmkansızlık, s.75; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 14 N 9. **ALTUNKAYA**, s.102 vd.

<sup>588</sup> Doktrinde bazı yazarlarca ayrıca, yalnızca başlangıçtaki "kesin" imkansızlığın akdi batıl kılacağı ifade edilmektedir. Bkz. **ZIEGLER**, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.14 vd., özellikle s.20 vd.

mümkün olacaktır (MK m.16). Bunun gibi yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuk işlem de, temsil olunanın daha sonradan bu hukuk, işleme icazet vermesi halinde de geçerli olacaktır. Bunun gibi vesayet makamının izninde olduğu gibi, akdin hüküm ifade etmesi için resmi makamın onayının gerektiği resmi makamın onayı veya şarta bağlı sözleşmelerde şartın gerçekleşmesi halinde sözleşme hüküm doğuracaktır.

### *aa-Edim Yükümü*

Bir sözleşmeden edim yükümlülükleri (asli ve yan edim yükümlülükleri) ve yan yükümler doğmakta ve bunlara aykırı davranılması BK m.96'ya göre tazminat sorumluluğunu doğurmaktadır.

Edim yükümü altındaki borçlu bu edimini ifa etmek zorunda kalmaktadır. Alacaklı ise sözleşme ile borçluya karşı ifayı talep hakkı elde etmekte ve borçlunun hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde borçlu aleyhine dava açmak ve dava sonunda aldığı kararı cebri icra yoluyla uygulatmak sretiyle alacağını elde etmek hakkına sahip bulunmaktadır.

Edimler, olumlu ve olumsuz edimler olarak ayrılmakta, olumlu edimler verme, yapma ve yapmama edimleri, olumsuz edimler ise yapmama edimleri olarak sınıflandırılmaktadır. Taraflar edimi hukuk düzeni çerçevesinde serbestçe kararlaştırabilmektedirler. Taraflarca kararlaştırılan asli edim ise sözleşmenin tipini belirlemektedir.

Edim sonucu ve edim davranışı arasındaki ayırım ilk etapta BK m.96'de düzenlenen ispat yükü bakımından önem taşımaktadır.<sup>589</sup> Ancak kusur sorumluluğu çerçevesinde sözleşmesel yükümlülük, yalnızca sözleşmeye uygun hareket etmekten geçmektedir. Sözleşmeye uygun davranılmasına rağmen sonuç ya da sözleşmeyle amaçlanan fayda elde edilemiyor ve borçlu bu ifa etmemeden başka sebeplerle de sorumlu tutulamıyorsa, borçlu bu sonuçtan sorumlu tutulamayacaktır.

---

<sup>589</sup> GLÄTTLI, s.40

Daha önce de ifade edildiği gibi, bir akdi ilişkide asli edim yükümlerinin yanı sıra kanundan veya taraf iradelerinden doğan birtakım yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yan edim yükümlülükleri kanundan, taraf iradelerinden veya hukuki işlemin yorumlanmasından türemektedirler. Yan edim yükümlerini asli edime göre tali önem taşımakta ve asli edimden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip bulunmaktadırlar. Yan edim yükümlerini de aynen asli edim yükümlerini gibi dava konusu edilebilmektedirler. Bu yan edim yükümlerinin ifa edilmemesi de imkansızlık ve temerrüt hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracaktır.<sup>590</sup> Buna göre yan edim yükümlerinin ifa edilmemesi halinde alacaklı BKm.96'ya dayanarak müsbet zararının tazminini borçludan talep edebilecektir.

Yan edim yükümlülükleri yan yükümlerden farklıdır. Yan edim yükümlülüklerinde alacaklı bağımsız ifa talebine sahip olmaktadır. Oysa yan yükümlerinin ihlali dava edilememektedir. Ancak yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerini birbirinden ayırmak her zaman kolay olmamaktadır. Zira yan yükümlerinin içerik olarak bu konuda fazla bir açıklık getirmemektedirler. Ancak bir yükümlülüğün söz konusu olması halinde buna aykırılığın dava edilebilir olması bu iki kurum arasındaki farkı ortaya koymak için yardımcı olabilecek bir özelliktir. Yan yükümlerine aykırılık aynen ifası talebiyle dava edilebilir olmayıp, yalnızca tazminat sorumluluğuna yol açmaktadır.<sup>591</sup> Bunlar da sözleşmeden doğan yükümlülükler arasında yer aldıkları için, bunlara aykırı davranış BK m.96'ya göre tazminat sorumluluğu doğuracaktır. Edimin ifasına eşlik eden bu yükümlerinin amacı edimin gereği gibi ifasını sağlamak olup, bunlara aykırı davranış halinde imkansızlık değil gereği gibi ifa etmeme söz konusu olacaktır. Keza yan edim yükümlülüklerinin somut bir konusu olmasına karşılık (satılanın belirli bir ambalajda teslimi; badana yapıldıktan sonra bir kutu yedek boyanın ev sahibine bırakılması gibi), yan yükümler genel ve soyuttur (satılanı teslim ederken veya taahhüt edilen işi görürken, alacaklının diğer mal varlığı değerlerine veya kişilik hakkı unsurlarına zarar vermeyecek şekilde davranma gibi).

<sup>590</sup> MERZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Art.1-10 ZGB, Art.2 ZGB N 263

<sup>591</sup> KELLER/SCHÖBI, s.203; GLÄTTLI, s.34; WIEGAND, Art.97 N.32



### *bb-İfa*

İfa borç ilişkisinin konusu olan edimin, borçlu tarafından alacaklıya karşı yerine getirilmesi ve böylece borcun sona erdirilmesidir. Sözleşmeye uygun olarak yapılan ifa ile alacaklının sözleşmeden doğan hakları son bulacaktır.

Kural olarak ifanın alacaklıya yapılması gerekir. Normal şartlarda üçüncü kişiye yapılan ifa borcu sona erdirmeyecek, borçlu alacaklıya bir kez daha ifada bulunmak zorunda kalacaktır. İfanın alacaklının tayin edeceği ve onu temsilen edimi kabul edecek bir yardımcı kişiye yapılması halinde; ifa gene üçüncü kişiye değil, alacaklıya yapılmış sayılacaktır. Yalnız BK m.111'e göre kendi namına akit yapan bir kimse üçüncü kişi lehine bir borç şart edilmiş ise, o borcun ifasını talep etmek hakkını haizdir. Bu durumda borçlu borcunu doğrudan üçüncü kişiye ifa ederek borcundan kurtulma imkanına sahiptir.

Edim sonucunun söz konusu olduğu, yani borçlunun bir sonuç meydana getirme yükümlülüğü altında olduğu hallerde borcun ifa edilip edilmediğine sonucun meydana gelip gelmemesine göre karar verilecektir. Bu hallerde borçlunun sonucu meydana getirmeye yönelik olarak hareket etmesi yetmeyecek, eğer sonuç meydana gelmişse borç ifa edilmiş sayılacaktır. Ancak buna karşın borçlunun yalnızca belirli tarzda hareket etme yükümlülüğü altında olduğu edim davranışlarında ise borcun ifa edilmiş sayılabilmesi için bir sonucun meydana gelmesi aranmayacak, belirli yönde hareket eden borçlu borcundan kurtulabilecektir.

İfanın borcu sona erdirmesi ancak sözleşmeye uygun şekilde gerçekleşmesi halinde söz konusu olacaktır. Bu durumda ifanın gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilebilmesi için somut olaydaki sözleşmenin incelenmesi gerekecektir. Ancak genel anlamda borç, zamanında, sözleşmede veya kanunda belirtilen yerde, nicelik ve nitelik olarak sözleşmeye uygun ve doğru kişiye ifa edildiği takdirde gereği gibi ifa edilmiş sayılacaktır.

Kural olarak borcun mutlaka borçlu tarafından ifa edilmesi gerekmektedir. BK m.67'ye göre borçlu, borcun bizzat kendisi tarafından ifa edilmesinde alacaklının bir

menfaatinin olmadığı hallerde borcunu şahsen ifaya mecbur olmayıp bunu yardımcı şahıs eliyle gerçekleştirebilecektir.

İfa ile borç sona erecek ve alacaklının borç ilişkisinden kaynaklanan hakları son bulacağından, bundan borçlu yararlanacaktır. Bu nedenle, herkes tarafından kabul edilen, hukuki sonuçtan faydalanacak olanın söz konusu hukuki sonucun şartlarını ispatlaması gerektiği şeklindeki genel ilkeye göre ispat yükü borçlunun omuzlarındadır. Buna göre borçlu somut olayda edimini ifa ettiğini ispatlamak zorundadır.<sup>592</sup>

## **b-Borca Aykırı Davranış**

### **aa-Giriş**

Haksız fiil sorumluluğundaki hukuka aykırılık şartının sözleşme hukukundaki karşılığını teşkil eden borca aykırılık, borçlunun sorumlu tutulabilmesi için aranan şartlardan biridir. Aynen ceza hukukunda olduğu gibi özel hukukta da hukuka aykırılık unsuru bağımsız bir kategori oluşturmakta ve hukuka aykırılık unsuru ile kusur unsurunun birbirinden ayrıldığı doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilmektedir.<sup>593</sup> Ancak özel hukukta borca aykırılıktan bahsedilebilmesi için sonucun yeterli olup olmadığı, bir başka deyişle ceza hukukunda olduğu gibi sonucun yanı sıra davranışın da hukuka aykırı olup olmaması gerektiği konusunda tartışma yaşanmaktadır. Hakim görüş bunun için sonucun hukuka aykırı olmasını yeterli görmektedir. Söz konusu “Neticesi harekete bağlı olmayan hukuka aykırılık

<sup>592</sup> **MEDICUS/LORENZ**, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 18.Auflage, München 2008, § 23 N 227

<sup>593</sup> Sözleşmeden doğan sorumluluklarda, sözleşmeye aykırılık ile kusur arasındaki sınırın tespitinde, özellikle edim davranışları bakımından yaşanan sıkıntılar, bu konuda değişik görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bazı yazarlar hizmet edimlerinde sözleşmeye aykırılık ile ihmalî bir görmektedirler (**GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 31 N 22; **HONSELL**, Haftpflichtrecht, § 6 N 9; **HONSELL**, Die Zivilrechtliche Haftung des Arztes, ZSR 109 (1990), s.142; **WIEGAND**, Die Leistungsstörungen, s.118 vd.; **NEUENSCHWENDER**, s.29). Buna karşı bazı yazarlar ise, sözleşmeden doğan sorumluluğun sözleşmeye aykırılık ve kusur olmak üzere iki ayrı şartı olduğunu ve bu iki unsurun birbirinden ayrılması gerektiğini ileri sürmektedirler (**WEBER**, Sorgfaltwidrigkeit – quo vadis? ZSR 107, 1988, s.39 vd.; **KUHN**, Aktuelle Probleme in der Ärztehftpflicht, SJZ 89 (1983), s.262; **GRIEDER**, Die unsorgfältige Unsorgfalt, Ein Beitrag zur Abgrenzungsproblematik zwischen Vertragswidrigkeit und Verschulden, AJP/PJA 8/2002, s.960; **PORTMANN**, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht, SJZ 93 (1997) Nr.14, s.278

teorisine” göre (Erfolgsunrechtstheorie) kast ve ihmal hukuka aykırılık unsurunun değil kusur unsurunun kapsamında yer almaktadırlar.<sup>594</sup> Hukuka aykırılığın var olması için yalnızca sonucun hukuka aykırı olmasını yeterli bulmayıp, bunun yanı sıra hukuka aykırı sonucu doğuran davranışın da hukuka aykırı olmasını arayan “Neticesi harekete bağlı olan hukuka aykırılık teorisine” (Handlungsunrechtstheorie) göre ise kast ve ihmal hukuka aykırılık unsuru kapsamında ele alınmalıdır.<sup>595</sup> Bu çalışmada, özel hukukta hakim olan “Neticesi harekete bağlı olmayan hukuka aykırılık teorisine” bağlı kalarak kast ve ihmal kavramları “kusur” başlığı altında ele alınacaktır. Bu başlık altında ise doğrudan doğruya borca aykırılık kavramı ile açıklamalar yapılacaktır.

### *bb-Borca Aykırılık Kavramı*

Sözleşmesel borç ilişkileri bakımından hukuka aykırılık, sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, yani borca aykırı davranılması anlamına gelmektedir. İfa etmeme ancak borcun muaccel olduğu anda söz konusu olacağı için alacaklı da kural olarak ancak bu andan itibaren ifa etmeme sebebiyle borçluya karşı sahip olduğu haklara başvurabilecektir.<sup>596</sup>

Sözleşmeye uygun ifadan bahsedilebilmesi için ifa edilen edimin içerik ve nitelik olarak kararlaştırılan edime uygun olması ve ayrıca yan yükümlerin de sözleşmeye uygun ifa edilmiş olmaları gerekmektedir. Edim doğru zamanda, doğru yerde ve doğru kişiye ifa edilmeli ve belirli bir kalitede olmalıdır. Tarafların sözleşmede edimin kalitesini yeterince aydınlatmamış olmaları halinde ise bunun orta kaliteden

<sup>594</sup> DEUTSCH, Fahrlaessigkeit und erforderliche Sorgfalt, s.43 vd.; PORTMANN, s.278

<sup>595</sup> Tartışmaların en yoğun yaşandığı yer sözleşme hukukudur. Neticesi Harekete Bağlı Hukuka Aykırılık Teorisine göre somut olayda borçlu sözleşmeye uygun davranmışsa, sözleşmeden doğan borç gereği gibi ifa edilmemiş olsa bile hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır. Örnek vermek gerekirse işçi, otobanda meydana gelen bir kaza sebebiyle işe geç kalsa bile hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır. “Neticesi Harekete Bağlı Olmayan Hukuka Aykırılık Teorisine” göre ise burada bir hukuka aykırılık bulunmasına rağmen işçinin bundan sorumlu olmamasının sebebi kusurunun bulunmamasıdır. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEUTSCH, Fahrlaessigkeit, s.43 vd.; MÜNZBERG, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt am Main 1966, s.19 vd.; OLIVET, Der verantwortungsbezogene Rechtswidrigkeit im öffentlichen und bürgerlichen Recht, Berlin 1996, s.164 vd.

<sup>596</sup> Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini vadeden önce beyan etmesi hali bunun istisnasını teşkil etmektedir. Bu durumda alacaklının hangi hükümlere başvurabileceği konusundaki tartışmalar için bkz..s.67. Bunun yanı sıra, işin vadeye yetişmeyeceğinin belli olması halinde, alacaklıya borca aykırılık varmış gibi haklar tanıyan hükümlere de rastlanmaktadır. Örneğin BK M.358 böyledir.

aşağı olmaması gerekir (BK m.70). Buna göre borçlunun içerik ve nitelik olarak borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmemesi, yan yükümlere aykırı davranması, doğru zaman ve doğru yerde doğru kişiye ifada bulunmaması ve edimin kalitesinin sözleşmede kararlaştırıldan veya orta kaliteden aşağı olması halinde borca aykırılıktan bahsedilecektir.

Sözleşmeden doğan bir borcun vadesinde ödenmemesi halinde sözleşmeye aykırı davranış söz konusu olacaktır. Ancak borç muaccel olmasına rağmen alacaklının temerrütte bulunduğu veya borçlunun bir def'i<sup>597</sup> hakkına sahip olduğu hallerde borç ifa edilmemesine rağmen borca aykırılıktan bahsedilemeyecektir.<sup>598</sup> Bunun gibi edimin ifasının borçlunun kusuruyla imkansızlaşması halinde yine borca aykırı davranış söz konusu olacaktır. Ancak borçlunun meydana gelen imkansızlıktan kusurlu olmadığı hallerde borç BK m.117'ye göre sona erecek ve borçlu tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır. Burada borçlu, borca aykırılığa rağmen bu borca aykırılıkta kusurunun bulunmaması nedeniyle sorumlu tutulmamaktadır.<sup>599</sup> Görüldüğü üzere borca aykırı davranış tek başına borçlunun sorumluluğuna yol açmamakta, bunun için ayrıca borçlunun borca aykırı davranışta kusurlu olması aranmaktadır.

<sup>597</sup> Aciz def'i, ödemezlik def'i veya zamanaşımı def'inde olduğu gibi. Ancak ifa imkansızlığında borçlu bu def'ilere başvuramayacaktır. Zira def'i hakları asi edim yükümüne ilişkindir. İfanın borçlunun kusuruyla imkansızlaştığı hallerde borç sona ereceğinden borçlunun artık bu def'ilere başvurması mümkün olamayacaktır. Ancak doktrinde ifa imkansızlığında borçlunun kusurlu olduğu hallerde borcun sona ermeyip sadece muhtevasının değiştiğini savunan görüşe göre burada asli edim yükümünün yerini alan tazminat yükümü bakımından da borçlu bu def'ilere başvurabilecektir. Ödemezlik def'i ise yalnızca mübadele teorisinin kabul edilmesi halinde işlevini görebilecek, fark teorisinin uygulandığı bir durumda bu def'ie gerek kalmayacaktır. Zira bu durumda alacaklının zararı ifa edilmeyen edimin değeri ile kendi karşı ediminin değeri arasındaki farka tekabül etmektedir.

<sup>598</sup> Edimin borçlunun kusuruyla imkansız hale gelmesi halinde borcun sona ermeyip yalnızca muhtevasının değişeceğini kabul eden yazarlara göre borçlu bu def'ilere kendisinden tazminat talep edilmesi halinde de başvurabileceğinden, imkansızlık halinde bu def'ileri ileri süremeyecektir. Keza ödemezlik def'i de ifa etmeme sebebiyle tazminat talebinde yalnızca mübadele teorisinin kabul edilmesi halinde mümkündür. Zira alacaklının kendi edimini alacağı tazminattan düşmesi halinde ödemezlik def'ine ihtiyaç kalmayacaktır. Bunun gibi alacaklının önce ifa yükümü atında olduğu hallerde borçlu ifa etmeme ile zarar arasındaki nedensellik bağı kolayca ortadan kaldırılabilecektir. Bu görüşe göre borç içeriği değişmiş olarak devam edeceğinde zamanaşımı def'i bakımından bir problem yaşanmamaktadır. Zira hem birincil edim yükümü hem de ikincil ödeme yükümü bakımından aynı zamanaşımı süresi geçerli olup, süre aynı anda başlayacağından burada bir problem yaşanmamaktadır. Bkz. WEBER N 93 zu 82 OR; GLÄTTLI, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.42 vd.

<sup>599</sup> İmkansızlıktan borçlunun sorumlu olmaması halinde borca aykırılığın söz konusu olmayacağı görüşünde GLÄTTLI, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.43

## 2-Sorumluluk Sebebi

Borçlar Kanunu'nda borçlunun borca aykırılığında dolayı doğan zarardan sorumlu tutulabilmesi, onun bu zararın meydana gelmesinde kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edememesi şartına bağlanmıştır. Kanunda açıkça kusurdan bahsedilmesine rağmen borçlu bazı hallerde bu zarardan, kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulabilecektir. Bu nedenle borçlu ifa imkansızlığından, sadece kusuruyla bu imkansızlığa sebep olduğu hallerde değil, bunun yanı sıra bazen imkansızlığın meydana gelmesinde herhangi bir kusuru bulunmadığı hallerde dahi sorumlu tutulabilecektir.

Aşağıda öncelikle borçlunun kusur sorumluluğu, sonrasında ise borçlunun kusuru bulunmamasına rağmen sorumlu tutulduğu durumlar hakkında açıklamalar yapılacaktır.

### a-Kusur Sorumluluğu

#### aa-Genel Olarak

Borçlunun ifa imkansızlığından ötürü sorumlu tutulabilmesi için imkansızlığın meydana gelmesinde kural olarak kusurlu bulunması gerekmektedir.<sup>600</sup> Kanun borçlunun sorumlu tutulabilmesi için zararın meydana gelmesinde değil, borca aykırı davranışta kusurlu olmasını aramıştır.<sup>601</sup> BK m.96'ya göre borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini etmedikçe, hakkını kısmen veya tamamen elde edemeyen alacaklının zararını gidermek zorunda kalacaktır.<sup>602</sup> Görüldüğü üzere

<sup>600</sup> Daha doğru bir deyişle imkansızlıktan sorumlu olması gerekir. Borçlu imkansızlığın meydana gelmesinde kusurlu bulunması halinde her durumda bundan dolayı sorumlu olacakken, bazı hallerde kusuru bulunmamasına rağmen sorumlu tutulmuş ve tazminat ödemek zorunda bırakılmıştır. Borçlu bunun gibi yardımcı şahısların fillerinden de sorumlu tutulmaktadır.

<sup>601</sup> Böylece kusuruyla temerrüde düşen borçlu, BK m.102'ye göre hiç kusuru bulunmaksızın kazadan dolayı edimin imkansızlaşmasından da sorumlu olacaktır.

<sup>602</sup> Bu hükmün emredici nitelikte olmaması sebebiyle taraflar bunun aksine bir anlaşma yapabileceklerdir.

kanun burada borçlu aleyhine bir karine kabul etmiştir.<sup>603</sup> Buna göre borçlu ancak bu karineyi çürütürük sorumluluktan kurtulma imkanına sahip bulunmaktadır.

Borçlu meydana gelen zararı yalnızca bu zarardan sübjektif olarak sorumlu olması halinde tazmin etmek zorunda kalacaktır (kusur prensibi). Kusur prensibinin sözleşme serbestisi ilkesinin bir yansıması olduğu ve hukuk süjelerinin hukuki işlemlerini kendi iradeleri doğrultusunda şekillendirebilmeleri karşısında, bu kişilerin bu sırada meydana gelen ve hukuk düzenince kınanacakları hatalardan da sorumlu olmaları gerektiği söylenmiştir.<sup>604</sup>

Kusurdan bahsedebilmek için öncelikle bir borca aykırı davranışın bulunması gerekmektedir. Kusur borçlunun sorumlu tutulabilmesi için objektif kriter niteliğindeki borca aykırılığı tamamlayan sübjektif bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>605</sup> Sübjektif kusur kriteri borca aykırılıktan ziyade kişisel sorumlulukla alakalıdır. Salt borca aykırı davranış, borçlunun sorumlu tutulabilmesi için yeterli değildir. Borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle tazminat ödemek zorunda kalması için buna ek olarak ayrıca bunda kusurlu olması da gerekmektedir. Yalnızca edimlerin başına gelene göre yapılacak bir değerlendirme objektif nitelikte olacaktır. Bu sebeple olaya ayrıca kişisel bakış açısıyla yaklaşılmalıdır.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta haksız fiil sorumluluğundakinin aksine alacaklı borçlunun kusurunu ortaya koymak zorunda bırakılmamış,<sup>606</sup> borca aykırılıkla kusurlu olmadığını ispatlama yükü borçlunun omuzlarına yüklenmiştir. Anlaşıldığı üzere burada haksız fiil hukukundakinin aksine borçlu bakımından bir negatif ispat yükü söz konusudur. Aşağıda açıklanacak olan objektifleştirilmiş kusur kavramı dikkate alındığında, borçlu kusursuzluğunu ispatlayabilmek için ya edimin bir kaza sonucu ifa edilemediğini, ya ifa etmemenin mücbir sebepten kaynaklandığını ya da ifanın bir üçüncü şahsın kusuruyla imkansızlaştığını ispat edecek ve ancak bu şekilde

<sup>603</sup> Ancak Gläetli alacaklı lehine görülen bu ispat yükü dağılımının, borcun konusunun edim davranışı olduğu hallerde kusur ile borca aykırılık arasındaki sınırın çizilmesinde problemlere yol açacağını ileri sürmektedir. Bkz. **GLÄTTLI**, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.59

<sup>604</sup> **BERGER**, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, N.1525

<sup>605</sup> **GLÄTTLI**, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.59

<sup>606</sup> Zira sözleşmeyle taraflar arasında özel bir hukuki bağ meydana gelmektedir ve sonradan borcunu ifa edemeyecek birinin sözleşmesel bir ilişkiye girmesi durumunda bu kişinin ifa etmemeden dolayı kusursuz olduğunu ispatlaması daha adaletli gözükmektedir.

tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulma şansına sahip olacaktır.<sup>607</sup> Borçlunun objektif olarak gösterilmesi gereken tüm özeni gösterdiğini ispat etmesi, yalnızca imkansızlığa yol açan olayın kendi hakimiyet alanı dışında vuku bulduğu anlamına gelecektir. Aslında borçlunun davranışlarından sorumlu tutulmasıyla ilgili temel kavram “sorumluluktur”. Sorumluluk kavramı bu anlamda kusur kavramından ayrılmalıdır. Her ne kadar Kanun m.96’da salacaklının uğradığı zararlardan ancak kusurlu olması halinde borçlunun sorumlu tutulabileceğini öngörse de, burada asıl önemli kavram “sorumluluk” olmalıdır. Zira borca aykırı davranış sebebiyle borçlunun sorumlu tutulabilmesi için her zaman borçlunun kusuru aranmamaktadır. Kanunda bazı hallerde borçlunun, kusuru bulunmaksızın borca aykırılıktan sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir. Bu sebeple aşağıda önce kusur kavramı ele alınacak, daha sonra borçlunun sorumlu tutulacağı diğer haller konu edilecektir.

### *bb-Kusur Kavramı*

Kanunda kusurun tanımı yapılmamıştır. Doktrin ve içtihatlarla göre kusur hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimidir.<sup>608</sup> Kusur, kişilerin içsel, manevi kabiliyetleri ve davranışlarıyla ilgilidir. Borçlunun doğru davranışı sergilemek açısından ehliyetli olmasına ve başka türlü davranış söz konusu zararı ortaya çıkarmayacak ve bu sonuçtan kaçınabilecek durumda bulunmasına rağmen bu şekilde davranmayarak zarara yol açan davranışı sergilemesi halinde kusurlu olduğu kabul edilecektir.<sup>609</sup>

Sübjektif kusur kavramı borçlunun psikolojik ve moral şartlarına göre değerlendirilmektedir. Buna göre borçlunun kusurlu olarak kabul edilebilmesi için onun borca aykırı davranış sırasında içinde bulunduğu durum, kişisel yetenekleri, eğitim düzeyi, mesleki becerisi göz önünde tutulmalıdır. Bu anlayışa göre kusur zarar

<sup>607</sup> BERGER, Bernhard Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, N 1534

<sup>608</sup> BARTH, s.108; Bazı yazarlarca kusur zarar veren şahsın, zarar verici davranış sonucunda bir başkasının zarar göreceğini bilmesi veya bilebilecek durumda olması şeklinde tanımlanmıştır. Bu yazarlara göre sonucu bilme veya bilebilecek durumda bulunma söz konusu olmaksızın kusurdan bahsetmek mümkün değildir. Bkz.OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil Band I, Zürich 1995, § 5 N.16; TUNÇOĞMAĞ, s.280; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.492; EREN, s.529; KILIÇOĞLU, s.218; REİSOĞLU, s.166

<sup>609</sup> BARTH, s.109; GLÄTTLI, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.63

verici davranışla değil, failin kişisel özellikleri ile ilgilidir. Borçlu, gerekli davranışı sergileyerek borcunu gereği gibi ifa edebilecek durumdayken bu şekilde davranmayarak ifa etmemeye yol açmıştır.

Sübjektif kusur kavramı alacaklının menfaatlerini dikkate almadığı gerekçesiyle eleştirilmiş<sup>610</sup> ve kusur kavramı özel hukuk bakımından objektifleştirilmeye çalışılmıştır. Objektifleştirilmiş kusur anlayışında ise<sup>611</sup> davranışta bulunanlar arasındaki zihni, manevi ve ruhi farklılıklar, kusur ile sorumluluğun varlığı açısından bir rol oynamamaktadır. Burada borçlu mensup olduğu sosyal grup içerisinde yaşayan normal ve makul bir borçlu tipiyle kıyaslanmakta, davranışları bu örnek borçlu tipinden sapma gösterdiği takdirde kusurlu olarak kabul edilmektedir.<sup>612</sup> Bu kavrama göre borçlunun içinde bulunduğu durum, kişisel yetenekleri, eğitim düzeyi, mesleki becerisi dikkate alınmamakta, bunun yerine normal ve makul bir kişinin somut olayda içinde bulunacağı durum, kişisel yetenekleri vs. göz önünde bulundurulmaktadır. Bu düzeyin altında kalan davranışlar ortalamanın altında kalacağından kusurlu sayılacaklardır.<sup>613</sup> Ancak bu örnek insan tipi belirlenirken somut olaydaki sözleşmenin ve tarafların özellikler, akdin yapıldığı yer ve zaman kıstasları göz ardı edilmemeli, borçlu ancak benzer işlerde örnek bir borçlu tipi tarafından gösterilen davranışları göstermemesi halinde kusurlu olarak kabul edilmelidir.

Bazı yazarlarca tüm eleştirilere rağmen objektifleştirilmiş kusur kavramına bağlı kalınması gerektiği, zira özel sözleşmesel bağlılıklar çerçevesinde ticaret hayatından vazgeçilmesi mümkün olmayan güven ilkelerinin türediğini ve bunların salt sübjektif kusur ölçüsüyle değerlendirilmelerinin yerinde olmayacağı söylenmektedir.<sup>614</sup> Bu yazarlar göre ayrıca, daha önce de ifade edildiği üzere, sözleşmesel sorumlulukta alacaklı kusuru ispatlamak zorunda bırakılmamış, bunun yerine bu yük borçlunun

<sup>610</sup> GLÄTTLI, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.61 vd.

<sup>611</sup> Doktrinde çoğu yazarlar tarafından sürekli olarak objektifleştirilmiş kusurdan bahsedilse de, bununla anlaşılması gereken aslında yalnızca kusurun bir türü olan ihmaldir. Zira kastta borçlu borca aykırı davranışının sonucunda meydana gelecek zararları bilmekte ve bunu istemektedir. Bu sebeple kast bakımından örnek borçlu tipinin dikkate alınması söz konusu olamayacak, dolayısıyla kast kavramının objektif açıdan değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

<sup>612</sup> Eren bu anlamda kusuru örnek borçlu tipine oranla özen eksikliği, davranış bozukluğu olarak tanımlamıştır. Bks. EREN, s.1017

<sup>613</sup> BERGER, N.1528 vd.

<sup>614</sup> BERGER, N.1529



omuzlarına bırakılmıştır. Bu durum da borçlunun bireysel yeteneklerinden ziyade, edimi ifa edecek olanın genel özelliklerinin ön planda olacağını göstermektedir.<sup>615</sup>

Ayrıca örnek (model) davranış teorisinde de; kişisel yetersizliği sebebiyle bu düzeyin altında davrananın, edimin yüklendiği sözleşmeyi yaparken hangi ortalama yeteneğe sahip olunması gerektiğini gözönüne alması ve kendi durumunu (yetersizliğini) takdir ederek bu borcu üstlenmemesinin söylenebileceği durumlarda; örnek davranış bütün objektifliğine rağmen, aslında borcun doğuşundaki subjektif bir kusura dayanmış olmalıdır.

Borçlar Kanunumuzun bazı hükümlerinde kanun koyucunun, gösterilecek özeni subjektif esaslara bağladığı görülmektedir.<sup>616</sup> Buna göre borçlu bu tip sözleşmelerde borcunu ifa ederken kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermek zorunda kalacaktır.

#### *cc-Akdi Kusurun Unsurları*

Borçlunun sözleşmeden doğan borcuna kasten veya ihmali neticesinde aykırı davranması halinde akdi kusurdan bahsedilecektir. Kusur kendisini öncelikle davranışlarda göstermektedir. Örneğin bir taksi şoförünün fazla hız yaparak kaza yapması ve araçtaki yolcunun yaralanmasına sebep olması ve sonuç olarak borcuna aykırı davranması halinde, taksi şoförünün kusuru trafikteki hız sınırına uymamaktan ibarettir. Bu kusurun objektif unsurudur. Ancak bir de kusurun subjektif unsuru bulunmaktadır. Bu da kusurlu davranmamak için gerekli bilgi ve deneyimlere sahip olmak anlamına gelmektedir. Ancak bu iki unsurun bir arada bulunması halinde borçlunun kusurlu olduğundan bahsetmek mümkün olacaktır.

<sup>615</sup> BERGER, N.1529

<sup>616</sup> Örneğin Borçlar Kanununun adi ortaklığa ilişkin hükümleri arasında yer alan 528.maddeye göre, ortaklardan her biri şirketi işlerinde olağan şekilde gösterdiği gayret ve özeni göstermek zorundadır.

### *aaa-Sübjektif Unsur:*

Bir şahsın kusurlu sayılabilmesi için hareketlerinin sonuçlarını öngörebiliyor olması, bir başka deyişle ayırt etme gücüne sahip bulunması gerekmektedir (MK m.15). Ayırt etme gücü haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, sözleşme sorumluluğu bakımından da temel şarttır. Davranışının sonucunu anlayabilecek fikri yeteneğe sahip kişilerin ayırt etme gücüne sahip oldukları söylenebilecektir. Başka bir deyişle borçlu gerekli sıfat ve ehliyeti haiz olmadığını bilmesi gerektiğini düşünecek kadar muhakemeye malikse ayırt etme gücüne sahip olarak kabul edilecektir.<sup>617</sup> Ayırt etme gücü göreceli bir kavramdır ve somut olayın özelliklerine göre bir şahsın ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı söylenebilecektir. Bu sebeple davranışın türü ve tehlike derecesi ve kişisel özellikler bu açıdan göz önünde bulundurulmalıdır. Zira bazı şahıslar çok tehlikeli bir davranış için ayırt etme gücüne sahip sayılabilecekken, zarar verme olasılığı bu kadar açık olmayan olaylar bakımından sayılmayabileceklerdir.<sup>618</sup>

MK m.13'e göre ayırt etme gücünün varlığı karine olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle somut olayda ortaya konulması gereken temyiz kudretinin yokluğudur. Temyiz kudretinin bulunmadığını ileri süren taraf bunu ispat yükü altındadır. MK m.13'e göre yaş küçüklüğü,<sup>619</sup> akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da benzeri sebeplerden biriyle akla uygun şekilde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes ayırt etme gücüne sahiptir. MK m.15'e göre ayırt etme gücüne sahip olmayanlar hukuki sonuç meydana getiremeyeceklerinden, yalnızca ayırt etme gücüne sahip borçlu tazminat ödeme yükümlülüğü altına sokulabilecektir. MK m.16'ya göre küçük ve kısıtlılar ise ayırt etme gücüne sahip olsalar dahi sorumlu tutulamayacaklardır. MK m.16 f.2'de bu kişilerin de haksız fiillerinden ötürü sorumlu tutulacakları belirtilmiştir.

<sup>617</sup> von TUHR, s.407

<sup>618</sup> OFTINGER/STARK I § 5 N 118; ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, s.69

<sup>619</sup> Türk/İsviçre Hukuku'nda ayırt etme gücü bakımından belirli bir yaş sınırı olarak kabul etmemiştir. Ancak yedi yaşın altındaki çocukların ayırt etme gücüne sahip olmadıkları, on iki yaşından büyüklerin ise her halde ayırt etme gücüne sahip oldukları kabul edilmektedir. Ancak burada önemli olan nokta doğrudan doğruya yaş değil, somut olayda çocuğun olgunluğu ve zekasıdır. Bu sebeple ayırt etme gücünün tespitinde bu unsurların yaşla beraber göz önünde bulundurulmaları gerekmektedir. Bkz. ROBERTO, s.69

Borçlunun ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için de kusur ehliyeti aranmaktadır. Kusur ehliyetinin bulunup bulunmadığına somut olayın özellikleri ve somut davranış göz önünde bulundurularak karar verilecektir.<sup>620</sup> Borçlu, davranış anında genel kusur ehliyetine sahip bulunmalıdır. Somut olayda borçlunun temyiz kudretini ortadan kaldıran, sınırlayan ve bundan borçlunun sorumlu olmadığı bir halin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Kusur ehliyeti bulunmayan bir kimse borca aykırı hareket etse dahi kural olarak sorumlu tutulamaz. Ancak istisnai olarak BK m.54 f.2'ye göre borçlu (haksız fiilde fail) kendi kusuruyla temyiz kudretini kaybetmiş olması halinde buna dayanamayacak ve bu halde iken sebep olduğu zararları tazmin etmek zorunda kalacaktır.

Borçlunun zarar verici davranıştan kaçınması gerekip gerekmediğinin tespiti noktasında hangi faktörlerin göz önünde bulundurulacağı meselesi önemlidir. İmkansızlığın meydana gelmesinin engellenmesi mümkün değilse veya mümkün olmasına rağmen imkansızlık öngörüleliyorsa<sup>621</sup> borçlu ifanın objektif veya subjektif olarak imkansızlaştığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.<sup>622</sup>

Bunun yanı sıra borçlunun daha sözleşmenin kurulması aşamasında kişisel olarak içinde bulunduğu durumu ve sahip olduğu özellikleri dikkate alarak bir sözleşme ilişkisi içerisine girmesi gerekmektedir. Borçlu bu durum ve özellikleri dikkate almaksızın ifa edemeyeceği bir borcun altına girdiği takdirde borcu ifa edememesi halinde artık kusursuz olduğunu ileri süremeyecektir. Örneğin yüzme bilmeyen bir kişinin sözleşmeyle yüzme öğretme borcu altına girmesi halinde durum böyledir.

### ***bbb-Objektif Unsur:***

Borçlunun borcunu ifa edebilmek için özen göstermesi gerekmektedir. Borçlunun özenli davrandığından bahsedilebilmesi için ise normal bir insanın göstermesi

<sup>620</sup> BUCHER, Berner Kommentar, Kommentar zu den Art. 11-26 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenrecht), Bern 1976, Art. 16 ZGB N 87 ff.

<sup>621</sup> Kusurun varlığı için öngörülebilir olması gereken imkansızlıktır. Zararın öngörülebilir olup olmasının borçlunun kusuru açısından bir önemi bulunmamaktadır.

<sup>622</sup> BARTH, s.109

gereken itina ve beceriyi göstermiş olması yetecektir.<sup>623</sup> Gösterilmesi gereken özenin derecesi borçlunun yükümlendiği borcun özelliklerine göre tayin edilecektir. Gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin tespitinde borçlu, daha evvel izah edildiği gibi, sosyal ve mesleki çevresinde bulunan makul bir borçlu tipiyle kıyaslanacaktır. Ancak haksız fiil sorumluluğunun aksine sözleşmesel sorumlulukta objektifleştirmenin tam olarak yapılması mümkün olmayacağından, borçlunun söz konusu borcun ifası ile ilgili yeterli özelliklere sahip olup olmadığı da göz önünde bulundurulacaktır.<sup>624</sup> Konuyla ilgili normal bir borçlu tipinden daha üstün özelliklere sahip olmasının gerekmesi halinde ise borçlu, kusurun varlığı araştırılırken daha ağır kıstaslara tabi tutulacaktır.

TTK m.20 f.2 ise tacirlerin kusuru bakımından özel bir düzenleme getirmiş, her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazım geldiğini belirtmiştir. Buna göre somut olayda borçlunun tacir olması halinde hakim kusuru incelerken tacir bakımından daha ağır ölçülerle değerlendirme yapmak zorunda kalacaktır.<sup>625</sup>

Somut olayda borçlunun sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa edebilmek için hangi önlemleri alması gerektiği ve bu yükümlülüğe uygun davranıp davranmadığının tespit edilebilmesi için, taraf iradelerinin, kanun hükümlerinin ve dürüstlük kuralının göz önünde bulundurulması gerekmektedir.<sup>626</sup> Zira taraflar somut olayda borçlunun göstermesi gereken özenin kapsamını serbestçe belirleyerek bu özenin çabanın ölçüsünü azaltıp çoğaltabildikleri gibi, bazı durumlarda sözleşme yapılan alanda yerleşmiş teamüller borçlunun göstermesi gereken çabanın çerçevesini çizmiş olabilecektir.<sup>627</sup> Ayrıca borçlunun göstermesi gereken özenin tayininde alacaklının seçimleri de önem taşıyabilecektir. Alacaklı borçlunun sahip olduğu özellikleri ve mesleki tecrübesini bilerek ve bunları kabul ederek onunla bir borç ilişkisine giriyorsa, borçludan beklenecek özenin derecesi diğer durumlara göre farklılık gösterecektir. Örneğin salt daha uygun fiyata tamir ediyor diye arabasını acemi bir tamirciye teslim eden alacaklı, bunun sonucunda bir ustanın elinden

<sup>623</sup> BECKER, Art.97 N.71

<sup>624</sup> EREN, s.1020

<sup>625</sup> YHGK E.1981/11-440 K.1983/133 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.11.HD 1976/5406, K.1976/5406 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>626</sup> von TUHR/ESCHER, s.115

<sup>627</sup> BECKER, Art.97 N.63

çıkması bir iş bekleyemeyecektir. Tüm bunların yanı sıra sözleşmede kararlaştırılan borcun ifa edilmesi karşılığında edinilecek bedel dahi, borçlunun somut olayda göstermesi gereken çabanın seviyesini belirlemeye yetebilecektir.

İmkansızlığın meydana gelmesinin engellenebilip engellenemeyeceğine yahut bunun öngörülebilir olup olmadığına, sonuç olarak borçlunun bu imkansızlıktan sorumlu olup olmadığına karar verirken de somut olayın özellikleri dikkate alınarak durum objektif olarak değerlendirilecektir. İmkansızlıkta önemli olan noktalardan biri de daha sözleşmenin kurulması sırasında gerekli özenin gösterilmesi halinde, edimin ifasının daha sonra imkansızlaşacağına öngörülüp öngörülemeyeceği meselesidir. Sözleşmesel bir ilişki içerisine girecek olan borçludan, mevcut ve müstakbel koşulları değerlendirmesi ve ifa edilemeyecek bir edim yükümlülüğü altına daha baştan girmemesi beklenmektedir. Burada edimin imkansızlaşacağına borçlu tarafından kesin olarak öngörülebilmesi gerekmekte, bunun yerine somut olayda edimin ifasının imkansızlaşması ihtimalinin bulunuyor olması, buna rağmen yükümlülük altına giren borçlunun kusurlu olarak kabul edilebilmesi için yeterli bulunmaktadır. Edimin ifasının imkansızlaşacağına ilk olarak sözleşmenin kurulmasından sonra öngörülebilir hale gelmesi halinde artık borçlunun yapması gereken ise, bu ifa engelinin meydana gelmesinin engellenmesinden veya engellenmeye çalışılmasından ibaret olacaktır.

Borçlu yapılan sözleşmeyle, borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa edebilmek için gerekli olan her şeyi yapmanın yanı sıra, borcunun ifasına engel olacak her şeyin önüne geçme borcu altına da girmektedir. Bu sebeple borçlu, yalnızca edimin imkansızlaşmasına bizzat sebep olmuş veya sözleşmenin kurulması esnasında ileride edimin imkansızlaşacağı öngörülebilir olmasına rağmen bunu öngörememiş olması halinde kusurlu sayılmayacaktır. Bunların yanı sıra borçludan, sözleşmenin kurulması aşamasında, bu sözleşmeyle borçlandığı edimi ticari hayatın şartlarını göz önünde bulundurarak, ifa zamanında yerine getirebilip getiremeyeceği hususunda inceleme yapmış olması da beklenmektedir. Sözleşmenin kurulmasından sonra edimini ifa edebilmek için gerekli önlemleri almakla yükümlü (Diligenzpflicht) olan borçlunun, bu yükümlülüğüne aykırı davranması halinde artık kusurlu olduğu kabul

edilecektir.<sup>628</sup> Sözleşme konusu edimi ifa etmeye yetecek niteliklere sahip olmamasına rağmen sözleşme ilişkisine giren borçlu ifa etmemesi sebebiyle ortaya çıkacak tüm sonuçlara katlanmak zorunda kalacaktır. Borçlu kendi özelliklerinin yanı sıra sözleşme konusu edimin ifasını engelleyecek başka birtakım risklerin var olup olmadığını da araştırmak zorunda olup, bu tip risklerden sorumlu tutulmayacağını baştan belirtmedikçe sonradan ortaya çıkabilecek imkansızlıktan dolayı tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Bu sebeple borçlu sadece doğrudan doğruya kusurlu davranışı sonucu meydana gelen imkansızlıktan dolayı değil, aynı zamanda sözleşmenin kurulması aşamasında şartları iyi değerlendirememesi ve ifa engeli öngörülebilir nitelikte olmasına rağmen bunu öngörmemesi halinde de sorumlu tutulacaktır.<sup>629</sup>

Borçlu kaza ve mücbir sebepten dolayı edimin ifasının imkansızlaşması halinde ise bundan dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Zira öngörülmesi mümkün olmayan bir olay sebebiyle edimin ifasının imkansızlaşmasının borçlu tarafından engellenmesi de mümkün olamayacaktır. Bunun gibi imkansızlığın alacaklı yüzünden meydana geldiği bir durumda bunu ispatlaması halinde borçlunun sorumluluğundan yine bahsedilemeyecektir.<sup>630</sup>

Sözleşmenin kurulduğu esnada öngörülmesine rağmen engellenmesi mümkün olmayan bir olay söz konusu olduğunda ise, borçlunun borcunu ifa edebilmek amacıyla kendini değişen şartlara hazırlaması gerekmektedir. Örneğin hafta sonunda mutlaka taşınmak zorunda olan (A)'nın eşyalarının yeni aldığı dağ evine taşınması konusunda nakliyecisi (N) ile bir sözleşme yapmış olması halinde, sözleşmenin kurulduğu esnada hafta sonu yoğun kar yağışı tehlikesinden haberdar olan (N) kötü hava şartlarına karşı önlemini almak, örneğin aracına kar lastiği takmak veya kar

---

<sup>628</sup> BECKER, Art.97 N.59

<sup>629</sup> Koller ise burada objektifleştirilenin kusur değil borca aykırılığın olduğunu ifade etmektedir. KOLLER, OR AT, § 48 N 6

<sup>630</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında davalının deniz zemininin durumunu inceleyerek, davacının yazdığı mektuptan sonra sözleşmeyi imzaladığını, bu nedenle deniz kumu altındaki şist tabakası sebebiyle edimin yerine getirilememesi halinin BK m.117'de yer alan önceden tahmin edilemeyen haller kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. YHGK E.1972/273, K. 1972/883 (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Başka bir kararda ise mücbir sebebin söz konusu olabilmesi için önceden kestirilememiş bulunması, borçluya yüklenmemesi, önlenemeyen, giderilemeyen bir nitelik taşıması ve borcun ifasını olanaksız hale getirmesi gerektiği ifade edilerek, günümüzde sık sık yapılmakta olan para ayarlamalarının özellikle bir tacir için önceden kestirilemeyecek bir durum olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Yarg.11.HD E.1976/5406 K. 1976/5406 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

zinciri bulundurmak yükümü altında kalacaktır. (N)'nin yapılan tüm uyarılara rağmen hafta sonu havanın kötü olacağından haberdar olmaması halinde de mücbir sebebin varlığına dayanarak borcundan kurtulamayacağı ve edimini ifa etmemesi halinde imkansızlık sebebiyle tazminat ödemesi gerektiği kabul edilmelidir. Burada (N)'nin borcundan kurtulabilmesinin tek yolu, hafta sonu havanın kötü olacağını, sözleşmenin yapılmasından sonra ilan edilmesi olabilecektir.

Bazı hallerde borçlu, borca aykırı davranışı sebebiyle alacaklı bir zarara uğramışsa, bu zararın beklenmeyen olay neticesinde meydana gelmiş olması halinde dahi sorumlu olacaktır. Bir başka deyişle borçlu bu zarar doğuran olayların öngörülebilirliğinin ve engellenmelerinin mümkün olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.<sup>631</sup> Bu durumlarda borçlu, borca aykırı davranışlarının beklenmeyen sonuçlarından dahi sorumlu olmaktadır. Ancak bu durumlarda borçlu, meydana gelen zararın borca aykırı davranışıyla ilgisi olmadığını, borca aykırı davranmış olmasaydı dahi alacaklının bu zarara uğrayacağını ortaya koyabildiği durumlarda sorumluluktan kurtulacaktır. Bu durumda söz konusu zararların kendi borca aykırı davranışından gelmediğini ispatlamak suretiyle nedensellik bağı ortadan kaldıran borçlu tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır.

### *dd-Kusurun Türleri*

BK m.98 f.1'e göre borçlu genel olarak her kusurdan mesuldür. Borçlunun borca aykırı davranışının sonuçlarını bilmesi ve bu sonuçların meydana gelmesini istemesi halinde kastından, somut olayda göstermesi gereken özeni göstermemesi sebebiyle borca aykırı davranıyorsa ihmalinden söz edilecektir. Buna göre borçlu hem kastından hem de ihmalinden dolayı sorumlu olacaktır. İhmal de kendi arasında ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ayrılmaktadır.<sup>632</sup> Borçlunun, sözleşmeden doğan bir

<sup>631</sup> von TUHR/ESCHER, s.115; OĞUZMAN/ÖZ, s.338. BK m.300 f.2 hükmüne aykırı davranarak ariyet aldığı şeyi bir başkasına kullandıran ariyet alan, ariyet alınan şey üçüncü kişi elindeyken bir kaza sonucu hasara uğrarsa bundan doğacak zararlardan, bu zararların borca aykırı davranışı sonucu ortaya çıkması sebebiyle sorumlu olacaktır.

<sup>632</sup> Bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır. İlk olarak kanun bazı hükümlerinde borçlunun sorumluluğu için kusurun özel bir ağırlıkta olmasını öngörmüş olabilecektir. Örneğin BK m.196, m.200, m.243'e göre borçlu sadece kastından sorumlu tutulabilmektedir. İkinci olarak ise taraflar kendi aralarında sorumluluk için kusurun belli bir derecesini kararlaştırmış olabilirler. Bu haller aşağıda "Sorumluluğu sınırlandırılması ve Bunun Sınırları" başlığı altında incelenecektir. Bkz. s.226

borcuna kasıtlı olarak ya da ihmali sonucu aykırı davranması halinde kusurlu olduğu kabul edilecektir.<sup>633</sup>

### *aaa-Kast:*

Borçlunun davranışının sonuçlarının ne olacağını bilmesine rağmen borca aykırı davranması halinde kasıtlı olduğundan bahsedilecektir.<sup>634</sup> Borçlunun sözleşmeyi ihlal ederken sonucu bilip istemesi halinde doğrudan kast; sonucu doğrudan istememekle birlikte bu sonucun meydana gelmesini göze alması halinde dolaylı kast söz konusu olacaktır.<sup>635</sup> Borçlunun iradesinin yalnızca borca aykırı harekete yönelik olması yeterlidir, bunun yanı sıra sonuçların ne olacağını, yani bir zararın meydana geleceğini bilmesi ve bu sonucu istemesi gerekmemektedir.<sup>636</sup> Hakim kanaate göre kastın varlığı için borçlunun davranışının sonuçlarını tahmin edebiliyor olması yetmemekte, bunun ötesinde bu davranışın sonuçlarını biliyor olmasına rağmen bunu yapmaktan kaçınmaması gerekmektedir (Kast Teorisi).<sup>637</sup>

Nipperdey Ceza Hukuku'ndaki gelişmeleri dikkate alarak özel hukuk için borç teorisini (*Schuldtheorie*) geliştirmiştir.<sup>638</sup> Bu görüş kastı kusurun özel bir türü olarak görmemekte, hatta kast ve kusuru birbirinden ayırarak ve kastı zarar verici eylemin bir unsuru olarak kabul etmektedir. Kastın varlığı için hukuka aykırılığın biliniyor olması yeterlidir. Halbuki eski kast teorisine göre (*Vorsatztheorie*) kastın varlığı için

<sup>633</sup> von TUHR/ESCHER, s.114

<sup>634</sup> MEDICUS/LORENZ, Schuldrecht I, § 32 N 366 (s.172); FIKENTSCHER/HEINEMANN, Schuldrecht, § 55 III 1 N 647; ESSER/SCHMIDT, § 26 I, s.79; von TUHR/ESCHER, s.114; KELLER/SCHÖBI I, s.234; BECKER, Art.97 N.3; WIEGAND, Art.99 N 5; OFTINGER/STARK, § 5 N 44 vd.; BARTH, s.112-113; WIEGAND, Art.99 N.5; OĞUZMAN/ÖZ, s.355; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.876; SAYMEN/ELBİR, C.I, s.393; KILIÇOĞLU, s.219; EREN, s.535; REİSOĞLU, s.167

<sup>635</sup> FIKENTSCHER/HEINEMANN, Schuldrecht, § 55 III 1 N 648; EREN, s.1018; ; ESSER/SCHMIDT, § 26 I, s.79

<sup>636</sup> BARTH, s.113

<sup>637</sup> LARENZ, Schuldrecht I, s.259. Bu görüşe göre örneğin ertesi gün saat 12.00'da (A)'yı havalimanına götürme borcu altına giren (B)'nin saat 11.00'da başka bir yolcuyu uzak bir yere götürmek için arabasına alması ve daha sonra saat 12.00'da (A)'nın yanında olamayacağını bildirmesi halinde, (B), (A)'ya yetişemeyeceğini bile bile aracına yolcu alıp başka bir işi kabul ettiyse kasıtlı, buna karşın (A)'yla olan anlaşmasını unutması veya diğer yolcuyu götüreceği yerin uzaklığını yanlış hesaplaması veya diğer yolcuyu götürdüğü istikamette meydana gelen bir kaza sebebiyle (A)'ya yetişememesi halinde ise ihmalden bahsetmek gerekecektir.

<sup>638</sup> FIKENTSCHER/HEINEMANN, Schuldrecht, § 55 III 1 N 649



failin hukuka aykırılığı biliyor ve istiyor olması gerekmektedir.<sup>639</sup> Kusurun varlığı için failin aykırı davrandığı yükümlülükten haberdar olup olmadığı ya da en azından haberdar olup olamayacağı failin kasıtlı olup olmadığını ortaya koyacaktır. Buna göre örneğin kendisine ait olmayan bir malı yanılığa düşerek, örneğin kira sözleşmesinin var olduğunu sanarak kullanan bir kişi bu teoriye göre başkasının mülkiyet hakkını kasıtlı olarak ihlal etmiş sayılacaktır. Oysa kasıt teorisine göre ise burada bu şahsın yalnızca ihmalinden bahsedilebilecektir.

Kastla ihmal arasındaki ayırım ve bunun sonucunda failin kastından bahsedilebilmesi için mutlaka onun davranışının sonuçlarını bilmesi ve bunu isteyerek davranması gerekip gerekmediği meselesi Özel Hukukta Ceza Hukukundaki kadar büyük önem taşımamaktadır. Zira özel hukukta fail hem kastından hem de ihmalinden dolayı aynı oranda sorumlu tutulmakta, kusurun derecesi ihmalin ağır sayılıp sayılmayacağı noktasında önem taşımakta, bu husus tazminatın miktarını ve sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğini tespitinde rol oynamaktadır. Bazı hallerde Kanun açıkça borçlunun ağır ihmali veya kastının bulunması halinde sorumlu tutulabileceğini öngörmüştür.<sup>640</sup> Bu sebeple özel hukuk alanında kast teorisinin kabul edilmesi, yani hukuka aykırı sonucun meydana geleceğinin bilinmesi ve istenmesinin kast olarak kabul edilmesi ve kastın kusurun bir türü olarak görülmesi yerinde olacaktır.

### *bbb-İhmal:*

### *aaaa-Tanım*

Özel Hukuk için kasttan daha önemli olan kusur türü budur. Zira ağır ve hafif sayılmasına göre borçlunun sorumluluk derecesi değişebilecektir. İhmal halinde borçlu borca aykırı davranmayı istememekte, ancak borca aykırı sonucun meydana gelmemesi için gereken özeni de göstermemektedir. İhmal kavramının ne anlama geldiği de kanunda ifade edilmemiştir. Alman Medeni Kanunu § 276 Abs.2'de, işlerde gösterilmesi gereken özene dikkat edilmemesi hali ihmal olarak

<sup>639</sup> FIKENTSCHER/HEINEMANN, Schuldrecht § 55 III 1 N 649

<sup>640</sup> Örneğin satım sözleşmesiyle ilgili olarak BK m.195, ve m.200, Eser sözleşmeleriyle ilgili olarak m. 362 f.1, ve bağışlama sözleşmesi ile ilgili olarak m.243.

tanımlanmıştır. Buna göre ihmalin varlığı için tehlikenin öngörülebilir ve önlenabilir olması aranmaktadır.<sup>641</sup> Buradaki ölçünün objektif olarak belirlenmesi gerekir. Bu sebeple somut olayda borçlunun bireysel yetenekleri, gücü, tecrübeleri ve bilgileri gerekli olan özenin gösterilip gösterilmediği bakımından önem taşımayacaktır.<sup>642</sup>

Borçlar Kanunumuzda borçlunun göstermesi gereken özenin derecesi hakkında bir hüküm bulunmaktadır. “Gerekli Özen” ile ilgili kanunumuzda yer alan tek hüküm BK m.321 f.2’dir. Hizmet sözleşmesinde işçinin özen yükümünün ölçüsüne ilişkin bu hükme göre; işçinin gerekli özeni gösterip göstermediği, iş için istenen meslek bilgisi ya da eğitim düzeyi ve de işçinin, işverenin bildiği ya da bilmesi gereken yetenek ve nitelikleri gözetilmek suretiyle, sözleşme ilişkisine göre belirlenecektir.<sup>643</sup> Kanunun yapmış olduğu bu ihmal tanımının tüm borç ilişkileri bakımından uygulanabileceği kabul edilmektedir.<sup>644</sup> Bu hükümden yola çıkarak borçlunun göstermesi gereken özenin derecesi somut olaydaki akdin özelliklerine göre tayin edilecek ve borçlunun söz konusu borç ilişkisinden doğan edimini yerine getirebilmesi için sahip olması gerekli mesleki ve teknik ve diğer özellikler de ihmalin var olup olmadığının tayininde göz önünde bulundurulacaktır.

Ancak ihmal kavramının oldukça göreceli bir anlam ifade etmesi sebebiyle özel hukukta değerlendirmenin iş hayatında hakim olan görüşlere, bir başka deyişle objektif kıstaslara göre değerlendirilmesi gerektiği, aksi halde ticaret hayatına olan güvenin sarsılacağı ifade edilmiştir.<sup>645</sup> Bu sebeple somut olayda borçlunun hangi ölçüde özen yükümlülüğüne dikkat etmesi gerektiğine değil, genel olarak ortalama bir insan tarafından nasıl davranılması gerektiğine dikkat edilmelidir. Somut olayda borçlunun bireysel olarak hangi yeteneklere ve özelliklere sahip olduğunun bir önemi bulunmamaktadır.

<sup>641</sup> **MEDICUS/LORENZ**, Schuldrecht AT, § 32 N.367; **OFTINGER/STARK**, § 5 N 8

<sup>642</sup> **GRUNDMANN**, § 276 N 55; **REİSOĞLU**, s.167.

<sup>643</sup> Hükmün ilk kısmında mesleki risk, eğitim düzeyi ve mesleki bilgi gibi kıstaslar getirilerek özenin derecesinin objektif kıstaslara göre belirleneceği ifade edilmiştir. İkinci kısım ise subjektif unsur olarak değerlendirilmeyip, aksine borçlu tarafından bilinen veya bilinmesi gereken durumların tasdik edilmesi, tekrarlanması olarak kabul edilmesi gerektiği söylenmiştir. Bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N 2987

<sup>644</sup> **VON TUHR/ESCHER**, s.115

<sup>645</sup> **HUBER**, Leistungsstörungen I, § 27 II 3; **MEDICUS/LORENZ**, Schuldrecht AT, §32 N 368 (s.173); **OFTINGER/STARK**, § 5 N 63 vd.; **ESSER/SCHMIDT**, § 26 II, s.82; **GRUNDMANN**, § 276 N 60; **VON TUHR/ESCHER**, s.114; **KELLER/SCHÖBI**, s.235; **WIEGAND**, Art.99 N.9; **WEBER**, art.99 N.64 vd.; **EREN**, s.1018

Borçlu edimini ifa ederken alacaklının edime olan menfaatini korumak için gerekli olan özeni göstermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde borçlunun ihmalden bahsedilecektir. Bunun gibi borçlunun ifa yükümünü veya ifa zamanını unutmaması halinde ihmalden bahsedilecektir.<sup>646</sup> Tabi bu durumda borçlunun durumu göz önünde bulundurulacak, örneğin çok yaşlı olması halinde bu sübjektif durum onun ihmalinin ortadan kaldıracağıdır.

Ceza hukukundakinin aksine özel hukuk alanında objektifleştirilmiş ihmal kavramı geçerlidir. Buna göre temel kriter, somut olayda ortalama bir borçludan hangi davranışların beklenilebilir olup olduğudur. Örneğin baro avukatlık ruhsatnamesini yeni almış bir avukatın tecrübe eksikliği borçluyu kusurlu olmaktan kurtarmayacaktır.

İhmalin ilk şartı öngörülebilir bir ifa engeli tehlikesi bulunmasıdır. Sözleşmenin kurulması esnasında öngörülebilir ifa engeli tehlikelerini dikkate almayan borçlunun sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bu tehlikelerin kapsamına öncelikle borçlunun kendi ifa kabiliyetini yanlış tahmin etmesi girmektedir. Aynı durum borçlunun bir dış engeli dikkate almaması halinde de geçerlidir. Bunun dışında bir davranışın ihmali olarak değerlendirilebilmesi için söz konusu tehlikenin engellenebilir olması da gerekmektedir. Tehlikenin engellenebilir olması, basit önlemler alınarak meydana gelmesi önlenemez olması anlamına gelmektedir. Borçludan, bir ifa engelini meydana gelmesini engellenmesi için kendisini tehlikeye atması aranmayacaktır. Görüldüğü üzere burada yine bir objektif kriter getirilmiştir.<sup>647</sup>

Somut olayda borçlunun ihmalinin bulunup bulunmadığının objektif olarak tespit edilmesine farklı ölçülerden faydalanılabilecektir. Öncelikle ihmalinin bulunup bulunmadığı saptanacak olan borçlunun faaliyet gösterdiği alan dikkate alınacaktır. Örneğin borçlu bir nakliyeciyse bu kişinin borca aykırı davranışta ihmalinin olup olmadığı tespit edilirken düzgün, ortalama bir nakliyeciyse, bir tamirciyse yine ortalama niteliklerdeki başka bir tamirciyse kıyaslanması gerekecektir; yoksa sözleşmenin yapıldığı alan dışındaki birinin burada borçluya kıyaslanmaya

<sup>646</sup> HUBER, Leistungsstörungen I, § 27 II 3

<sup>647</sup> GRUNDMANN, § 276 N 77

kalkılması halinde bazı hallerde borçlu, bazı hallerde ise alacaklı aleyhine bir durum ortaya çıkacaktır.<sup>648</sup> Bunun yanı sıra borçlunun iş görebilirliği de göz önünde bulundurulacak kıstaslar arasında yer almaktadır. Bu hususta borçlunun yaşı ve hareket etme kabiliyeti büyük önem taşımaktadır. Özellikle dikkat edilmesi gereken kişiler çocuklar, gençler, yaşlılar ve engellilerdir. Çocukların ve gençlerin tehlike öngörülerini daha zayıftır. Ancak burada bir hususa dikkat edilmelidir. Bu bahsedilen gruplar içerisinde yer alan bir kişinin, içinde bulunduğu duruma dayanarak kendisi bakımından ihmal kriterlerini yükseltebilmesi için, gruba üyeliğin çok açık ve sözleşmeye yansımış olması aranır.<sup>649</sup> Buna göre sözleşmenin kurulması aşamamasında kendisini tecrübeli biri olarak tanıtarak işi alan bir avukat, daha sonra borca aykırı davranması halinde, çok yaşlı olduğunu ve emekliye ayrılacağını ileri sürerek sorumluktan kurtulamayacaktır. Ancak bu kişinin yaşlılığının yaptığı işi etkileyeceği baştan anlaşılabiliriyorsa bu husus ihmalin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacaktır.

Sonuç olarak somut olayda borçlunun gerekli özeni gösterip göstermediğinin tespitinde borçlunun mesleği, yapılan işin niteliği ve yaş grupları gibi kriterler göz önünde bulundurularak gruplar oluşturmak gerekmektedir.<sup>650</sup> Somut olayda borçlunun ihmalinin bulunup bulunmadığını tespitte ayrıca örf ve adetlerden de faydalanmak gerekecektir.

#### *bbbb-İhmalin Türleri*

İhmal de kendi arasında ağır ihmal ve hafif ihmal şeklinde ayrılmaktadır.<sup>651</sup> Somut olayda en dikkatsiz insanın bile göstereceği özenin gösterilmemesi halinde ağır

<sup>648</sup> Gerçekten örneğin borçlunun alacaklının çamaşır makinesini tamir borcu altında olduğu bir durumda, tamircinin makineye onarılmayacak bir zarar vermesi halinde burada ihmalinin bulunup bulunmadığını tespit etmek amacıyla tamircinin normal, mantıklı, işini iyi yapan bir tamirci ile kıyaslanması yerinde olacaktır. Yoksa tamirci bunun yerine bu tespit için bir makine mühendisi ile kıyaslanmaya kalkırsa büyük ihtimalle olayda ihmalinin bulunduğu söyleneceğinden borçlu aleyhine, bunun yerine mesleğe yeni başlamış veya hiç meslekle ilgisi olmayan biriyle kıyaslanmaya kalkırsa yüksek ihtimalle olayda ihmalinin bulunmadığına karar verileceğinden alacaklı aleyhine bir durum ortaya çıkacaktır.

<sup>649</sup> GRUNDMANN, § 276 N 67

<sup>650</sup> FIKENTSCHER/HEINEMANN, Schuldrecht, § 55 III 1 N 651

<sup>651</sup> İsviçre Federal Mahkemesi bunların dışında bir de ihmalde orta derecenin varlığını kabul etmektedir (Bunu gerçekten yapmamahydı!).

ihmal, dikkatli bir kişinin kendisinden beklenen özeni göstermemesi halinde ise hafif ihmal söz konusu olacaktır.<sup>652</sup> Ağır ihmal ile hafif ihmal arasındaki fark sözleşme sorumluluğu bakımından oldukça önemlidir. Zira ağır ihmal niteliği itibariyle kasta yakın sonuçlar doğurmaktadır.<sup>653</sup> Örneğin BK m.99 f.1'e göre borçlunun kastından ve ağır ihmalinden dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşmeler geçersiz olacaktır.

Ağır ihmal her makul insanın aynı vaziyette ve şartlar altında aşikar sayacağı en iptidai ihtimamın ve dikkatin gösterilmemiş olması olarak tanımlanmaktadır.<sup>654</sup> Buna göre borçlunun somut olayda göstermesi gereken en alt seviyedeki dikkat ve özeni göstermemesi halinde ağır ihmalinden bahsedilecektir.<sup>655</sup> Ağır ihmal gerekli objektif özen yükümlülüğünün ağır şekilde ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.

Hafif ihmal ise dikkatli bir kişinin göstermesi gereken özenin gösterilmemesidir.<sup>656</sup> Hafif ihmal uygulamada hafif kusur (culpa levis) olarak da adlandırılmaktadır.<sup>657</sup> Bu halde borçlu sahip olduğu yetenekler, eğitim, tecrübe ve diğer özellikler göz önünde bulundurularak somut olayda dikkatli bir kişinin göstermesi gereken özeni göstermediği takdirde sorumlu tutulacaktır. Örneğin BK m.390'a göre vekillerin

<sup>652</sup> Keller ağır ihmal için "das darf nicht passieren= olmamalı", hafif ihmal için "das darf passieren= olabilir" ifadelerini kullanmaktadır. Bkz. **KELLER, Alfred**, *Haftpflichtrecht im Privatrecht*, Band I, 6. vollständige überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 2002, s.127

<sup>653</sup> Bunun gibi örneğin BK m.243'e göre bağışlayan bağışlamadan dolayı verdiği zararlardan ancak kastı ve ya ağır kusuru bulunması halinde sorumlu olacaktır. Menkul satımında zapta karşı teminat hükümleri arasında BK m.190 f.2'de de "ihbar müdahaleye ve müdafaya müsait bir zamanda yapılmış olması halinde müşterinin aleyhinde hasıl olan neticeyi hükmiye müşterisinin hilesi veya ağır hatası eseri olduğu ispat edilmedikçe bayyie de sari olur" denilmektedir.

<sup>654</sup> **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.99 N 4; **BREHM**, Art.41 N 197; **OFTINGER/STARK**, § 5 N 107; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.54-55; **TUNÇOMAĞ**, s.285; **TEKİNAY/AKMA/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 495; **SAYMEN/ELBİR**, C.I, s.395; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.529; **EREN**, s.540; **KILIÇOĞLU**, s.220; İsviçre Federal Mahkemesi de ağır ihmal, aynı durum ve koşullardaki makul bir insanın aşikar sayacağı en temel özen gereklerinin dikkate alınmaması olarak tanımlanmaktadır. BGE 111 II 90; BGE 111 Ib 197; BGE 108 II 424; Benzer şekilde **WIEGAND**, Art.99 N 6

<sup>655</sup> Davalı taşıyıcının benzin istasyonunda yakıt alırken kamyonunun brandasının meçhul kişilerce kesilip malların çalındığı bir olayda, bu kısa süre içerisinde kamyonunun başında durmayarak eşyaların çalınmasına imkan veren davalının ağır kusurlu kabul edilmesi gerektiği yönünde, bkz. YHGK E 1982/11-338 K 1984/723 T 20.6.1984

<sup>656</sup> **BREHM**, Art.41 N 199; **OFTINGER/STARK**, § 5 N 109; **TUNÇOMAĞ**, s.285; **EREN**, s.541; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.55; **SAYMEN/ELBİR**, C.I, s.395; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.529; **TEKİNAY/AKMA/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.495-496; **KILIÇOĞLU**, s.220;

<sup>657</sup> Yarg.13.HD E.2006/5518 K.2006/11185 T.6.7.2006; Yarg.11.HD E.2005/4748 K.2006/7341 T.22.6.2006; YHGK E 1983/15-74 K.1985/254 T 27.12.1985

sorumluluğunun genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olması<sup>658</sup> ve işçilerin BK m.321 f.1 gereğince hafif kusurlarından dahi sorumlu tutulmaları sebebiyle, bir doktorun meslek alanı içerisinde kalan bütün kusurlarının, bu kusurlar hafif de olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edileceği, bir doktorun tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü önlemi alarak yapmak, asgari düzeyde de olsa tereddüt doğuran bir durumla karşılaştığında bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapma, çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın durumunu ve özelliklerini göz önünde bulundurmak ve onu gereksiz bir risk altına sokmamak ve hasta için en tehlikesiz yolu seçmek zorunda olduğu ifade edilmektedir.<sup>659</sup>

#### **b-Borçlunun Kusurunun Aranmadığı Haller**

Kural olarak sözleşme sorumluluğunda kusur ilkesi aranmaktadır. Buna göre ancak kusurlu olarak borca aykırı davranan borçlu alacaklının zararlarını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Ancak kanunda, borçlunun bazı hallerde kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. İlk olarak borçlu BK m.100'e göre ifa yardımcısının borcun ifası sırasında karşı tarafa verdiği zararlardan dolayı sorumlu olacaktır. Bunun yanı sıra borca aykırılıkta da uygulanacak BK m.54 f.1'e göre hakim hakkaniyetin gerektirdiği hallerde temyiz kudretinden mahrum olan kimseyi verdiği zararlardan dolayı kısmen veya tamamen sorumlu tutabilecektir. Üçüncü olarak BK m.102'ye göre temerrüde düşmüş olan borçlu, temerrüt müddetince meydana gelecek kazalardan dahi sorumlu tutulacaktır. Son olarak kanunda belirtilmiş özel durumlarda borçlu yine herhangi bir kusurunun bulunmasına gerek kalmaksızın alacaklının zararlarını karşılamak zorunda kalacaktır.

<sup>658</sup> Vekilin iyi niyetle ifa yükümünün düzenlendiği bu hükmün 6098 sayılı TBK'daki karlığını teşkil eden 506.maddesinde böyle bir yollamaya yer verilmemiştir.

<sup>659</sup> Yarg.13.HD E.2002/13959 K 2003/2380; Yargıtay 13.HD bir başka kararında BK m.332'ye göre işverenin işçinin iş dolayısıyla karşılaşılabileceği tehlikeleri önlemek için işin niteliği bakımından ve hakkaniyet çerçevesinde kendisinden beklenebilecek önlemleri almakla yükümlü olduğunu ve bu mükellefiyetlerin yerine getirilmi olmasının sadece belli bir iş muhitinde yerleşmiş bulunan birtakım itiyatlara ve usullere uygun olan tedbirlerin alınmış olmasının kafi görülemeyeceğini belirtmiştir. Yarg.13.HD E 1974/2465 K.1974/2491

### *aa-Yardımcı Şahısların Fiilinden Sorumluluk*

BK m.100 f.1'e göre bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafik surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zararlardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür. Görüldüğü üzere BK m.100 f.1, BK m.96'deki sorumluluk şartlarını aşan bir düzenleme getirmiş ve borçlunun, yardımcı şahısların borcun ifasında alacaklıya zarar vermeleri halinde sorumlu olacağını ifade etmiştir.<sup>660</sup> Bu hüküm özellikle, sözleşmenin borçlu tarafında büyük kurumsallaşmış firmaların yada tüzel kişilerin olduğu hukuki ilişkilerde alacaklıyı korumak adına büyük önem taşımaktadır.

Bu hükmün uygulanması için bir borcun ifasında veya borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasında yardımcı şahıs kullanılmış olmalı, yardımcı şahıs kullanılması borca aykırı olmamalı ve yardımcı şahıs borçlunun borcuna aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermiş olmalı, borçlu borç bizzat kendisi tarafından ifa edilse ve zarar verici davranışta bizzat kendisi bulunsaydı yine sorumlu tutulabilecek olmalı ve taraflar arasında yardımcıların fiilinden dolayı borçlunun sorumluluğunu daraltan veya kaldıran bir anlaşma bulunmamalıdır. Bu hükme göre borçlu yalnızca imkansızlığın meydana gelmesinde kusuru bulunması halinde sorumlu olmayacak, bunun yanı sıra ifa yardımcısının borcu ifa ederken borca aykırı davranmış olmaları sebebiyle alacaklıya vermiş oldukları zararları da tazmin etmek zorunda kalacaktır.

### *aaa-Yardımcı Şahıs Kullanılması Mümkün Olmalıdır*

Burada dikkat edilmesi gereken ilk husus borcun ifası sırasında yardımcı şahıs kullanılmasının mümkün olup olmadığıdır. BK m.67'ye göre borçlu, borcun bizzat kendisi tarafından ifa edilmesinde alacaklının bir menfaatinin olmadığı hallerde

<sup>660</sup> Bazı yazarlarca bunun altında yatan sebebin, yardımcı şahıs kullanmak suretiyle borcun ifası veya hakkın kullanılması imkanını genişleten borçlunun bunun karşılığında aynı ölçüde buna bağlı olan tehlikelerden de sorumlu olması gerekliliği olduğu söylenmiştir. Bkz. von LARENZ, Schuldrecht I, s.297; Tuhr/Escher, s.123; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.229; KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art.101 OR, Zürich 1980, s.7-8. SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 22 N 3. Bu konuda ileri sürülen diğer görüşler hakkında bkz. ŞENOCAK, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s.12 vd.

borcunu şahsen ifaya mecbur olmayıp bunu yardımcı şahıs eliyle gerçekleştirebilecektir. Buna göre genel kural borcun herkes tarafından ifa edilebileceğidir. Düzenleyici nitelikteki bu hüküm sebebiyle borçlunun ifa yardımcısı kullanıp kullanamayacağını tespitinde öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye bakılacaktır. Ancak sözleşmede açık bir yasaklama olmasa bile, somut ilişkide ifanın borçlu tarafından yapılmasında alacaklının haklı bir menfaati varsa, borçlu gene de şahsen ifada bulunmalıdır. Maddenin Almanca orjinal metninde ise, bu husus, borçlunun, yalnızca edimin mutlaka borçlu tarafından ifa edilmesi gereken hallerde kişisel olarak ifa yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmek suretiyle formüle edilmiştir (Art.68 OR). Buna göre şahsa sıkı sıkıya bağlı edimler haricinde edimle ilgili nesnel unsurların kişisel unsurlara göre daha ağır olduğu,<sup>661</sup> sözleşmenin kurulmasında borçlunun kişisel özelliklerinin önemli olmadığı hallerde<sup>662</sup> edimin kişiye bağlı olmadığı ve ancak bu hallerde borçlunun ifa yardımcısı kullanabileceği sonucuna varılacaktır.

Borçlar Kanunumuz da, borcun herkes tarafından ifa edilebileceği hususundaki bu kurala iş görme sözleşmeleri bakımından bir istisna getirmiştir. Örneğin BK m.320'ye göre hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği işi kendisi yapmaya mecbur olup başkasına devredemeyecektir. Bunun gibi vekalet sözleşmeleri bakımından BK m. 390 f.3'e göre, vekil başkasını tevkile yetkili olmadıkça veya hal icabına göre buna mecbur olmadıkça yahut örf ve adet başkasını tevkile müsait olmadıkça işi kendisi yapmaya mecbur olup başkasına devredemeyecektir. Bunların yanı sıra BK m.384 gereğince neşir sözleşmesi ve BK m.535'e göre adi ortaklık sözleşmesinde de borçlunun borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Son olarak kural olarak işi kendisi yapmaya veya kendi yönetim ve denetiminde yapturmaya mecbur olan müteahhit, istisnaen işin mahiyetine göre kişisel becerisinin öneminin bulunmadığı hallerde işi başkasına yaptırabilecektir (BK m.356 f.2). BK m.356 f.2'de, BK m.67'nin aksine borçlunun borcunu şahsen yerine getirme zorunluluğu karine olarak kabul edilmektedir.<sup>663</sup>

<sup>661</sup> WEBER, Art.68 N.4

<sup>662</sup> BECKER, Art.68 N.2

<sup>663</sup> TANDOĞAN, Eser Sözleşmesinde, Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture), Batider, 1986, C.XIII, s.3-4, s.59. Aksi kanaatte GAUTSCHI, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, Die einzelne Vertragsverhältnisse, 3.Teilband, Der Werkvertrag. Art. 363-379 OR, Bern 1967, Art.364, N 11. Yazara göre eser sözleşmesinde kural olarak iş başkasına yaptırılabilir olup, şahsen



Ancak müteahhidin şahsen ifayla yükümlü olması eserin icraasının alt müteahhitlere devredilememesi anlamına gelmekte olup, müteahhidin eserin icrasında yardımcı şahıs kullanılmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır.<sup>664</sup> Ediminin özellikleri göz önünde tutulduğunda, işin yerine getirilmesinde müteahhidin kişisel yeteneklerinin öneminin olduğunun söylenemediği hallerde yardımcı şahıs kullanması mümkün olabilecektir.<sup>665</sup> Buna göre örneğin heykeltraş veya terzinin, sınırlı hususlar dışında, yardımcı şahıs kullanamayacakları söylenebilecektir.

Son olarak taraflar da, kanunda bu yönde bir zorunluluk bulunmamasına rağmen aralarında yaptıkları sözleşmede borcun mutlaka borçlu tarafından ifa edilmesi hususunda anlaşmış olabilirler. Tarafların bu hususu mutlak olarak sözleşmede belirtmiş olmaları gerekmemektedir. Sözleşmenin kurulmasında borçlunun kişisel özelliklerinin etkili olduğu durumlarda, borçlunun borcunu şahsen ifa etmesi gerektiği söylenebilmektedir. Örneğin borçlunun kendi dalında uzman olduğu bir borç ilişkisinde (ressam, beyin cerrahı, iflasın ertelenmesi alanında uzman bir avukat vb.) borcun mutlak olarak borçlu tarafından ifa edilmesi gerektiğinin söylenmesi için bunun açıkça sözleşmede hükme bağlanmış olması gerekmemektedir.<sup>666</sup> Ancak burada önemli olan alacaklının düşünceleri değil, teamüllerdir.<sup>667</sup> Borcun mutlaka borçlu tarafından ifa edilmesi gereken durumların dışında, borçlunun ifa yardımcısı kullanma yetkisinin olup olmadığı ve bunun ölçüsü tamamıyla sözleşmenin yorumlanmasıyla ortaya çıkacaktır.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı bir edim söz konusu olmamasına rağmen, borçlunun yardımcı şahıs kullanamayacağını taraflarca kararlaştırılmış olduğu sözleşmelerde, borçlunun buna aykırı davranarak yardımcı şahıs kullanması ve bu yardımcı şahısların

---

ifa mecburiyeti istisnadır. Bu nedenle de BK m.356 f.2 hükmü Bk m.67'deki kuralın aksine bir hüküm koymamaktadır.

<sup>664</sup> TANDOĞAN, Eser Sözleşmesinde, Müteahhidin İşİ Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, s.60; KILIÇOĞLU, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD 1975, C.32, s.1-4, s.187-188. Örneğin inşaatın yapımı başka bir müteahhide bırakılamayacak, ancak yapımında ustalar, camcılar, tesisatçılar kullanılabilir.

<sup>665</sup> TANDOĞAN, Eser Sözleşmesinde, Müteahhidin İşİ Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, s.60. Aksi kanaatte, KILIÇOĞLU, s.472; KILIÇOĞLU, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.188; REİSOĞLU, s.350.

<sup>666</sup> Ancak bu durumda borçlu yine de borcunu ifa ederken başka şahıslardan yardım alabilecektir. Örneğin beyin cerrahının ameliyatı hiçbir yardım almadan sadece kendisinin yapması veya avukatın önüne gelen davada tek başına çalışması beklenemeyecektir.

<sup>667</sup> BECKER Art.68 N 2

alacaklıyı bir zarara uğratması halinde, hakim kanaat tarafından BK m.100 f.1'in değil, BK m.96'nın uygulanacağı kabul edilmektedir.<sup>668</sup> Bu yazarlara göre borçlu yetkisiz olarak kullanılan ifa yardımcısının yalnızca borca aykırı davranışı sonucu ortaya çıkan zararlar bakımından sorumlu tutulabilecektir. Bu görüşün sonucu olarak borçlu, ifa yardımcısı kullanmada kusuru olmaksızın hataya düştüğünü ispatlaması halinde borcundan kurtulabilecektir. Ancak bu yazarlar arasında da, borçlunun sorumlu olabilmesi için zararlar borca aykırı davranış arasındaki uygun nedensellik bağının mı bulunması gerektiği, yoksa zararın, borçlunun borca aykırı olarak ifa yardımcısı kullanma şeklindeki borca aykırı davranışının doğal sonucu olmasının mı yeteceği konularında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bu yazarlardan bazılarının göre<sup>669</sup> burada zararın doğması ifa yardımcısı kullanma neden olmuşsa, borçlu burada BK m.96'ye göre her türlü kazadan sorumlu tutulacaktır. Örneğin (B)'nin (A)'ya ait aracı şahsen tamir etme borcu altına giren (B), tamiri sözleşmeye aykırı olarak (İ)'ye yaptırması halinde, (İ)'nin araca verdiği her türlü zarardan (B) sorumlu olacaktır. Hakim kanaat içinde yer alan yazarlardan bazıları ise, bu durumda ancak, alacaklının uğradığı zararlar ifa yardımcısının borca aykırı davranışı arasında uygun illiyet bağı bulunması halinde borçlunun sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedirler. İlk görüşe göre borçlu ancak ifa yardımcısı kullanmasaydı dahi zararın meydana geleceğini ispat ederek borcundan kurtulabileceken, ikinci görüşe göre sorumluluktan kurtulabilmesi için borçlunun, hayat tecrübelerine ve hayatın olağan akışına yetkisiz olarak ifa yardımcısı kullanmanın ifa yardımcısı tarafından verilen zararı meydana getirmek için uygun olmadığını ispatlaması gerekecektir. Örneğin (B)'nin (A)'ya ait aracı şahsen tamir etme yükümü altında olduğu bir borç ilişkisinde (B) tamiri kendisinden daha tecrübeli ve daha yetenekli (İ)'ye yaptırması halinde, (İ) kusuruyla aracın motorunun yanmasına sebep olursa zarara (A)'nın ifa yardımcısı kullanmasının neden olduğu söylenemeyecektir.

Hakim görüş içerisindeki yazarlar arasında ifa yardımcısı kullanmanın borca aykırılık teşkil edeceği ve buna göre borçlunun BK m.96'ya göre sorumlu olacağı

<sup>668</sup> von TUHR/ESCHER, s.124; PORTMANN, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Heft 335 der Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern 1958, s.43; KELLER/SCHÖBI, s.238; BARTH, s.136; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.101 N 11; OĞUZMAN/ÖZ, s.368; TUNÇOMAĞ, 509; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.440; EREN, s.1035; TANDOĞAN, Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, s.61; KILIÇOĞLU, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.192-193

<sup>669</sup> von TUHR/ESCHER, s.124; KILIÇOĞLU, s.473

hususunda bir anlaşmazlık bulunmamaktadır. Görüş ayrılığı yalnızca, borçlunun borca aykırı davranışının bütün sonuçlarından mı, yoksa sadece borca aykırı davranışına uygun illiyet bağı ile bağlanan zararlardan mı sorumlu olacağı noktasında toplanmaktadır.

Hakim görüşün aksine bazı yazarlar ise, burada artık BK m.96'nın uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>670</sup> Bu yazarlara göre maddenin orjinal metni incelendiğinde, borçlunun, borcun ifasını kendisiyle beraber yaşayan şahıslara veya yanında çalışanlara "bu konuda yetkili olsa bile" tevdi etmesi halinde bu şahısların işlerini icra ederken ika ettikleri zararlardan sorumlu olacaklarının ifade edildiği görülmektedir. Buna göre maddede açıkça "yetkili olsa dahi" denilmesi karşısında, artık bu konuda borçlunun yetkili olup olmadığının incelenmesine ve bu iki durum arasında bir ayırım yapılmasına gerek bulunmayacaktır. Bu nedenle borçlu sözleşmede yardımcı şahıs kullanılmayacağı kararlaştırılmış olsun veya olmasın, borcunu ifa etmek için yardımcı şahıs kullandığı takdirde, meydana gelen zararlardan BK m.100 f.1' e göre sorumlu tutulacaktır. Bu yazarlara göre BK m.96 borçlunun hangi şartlarda ifa yardımcısının borca aykırı davranışlarından sorumlu olacağı sorusuna cevap vermemekte, bu maddede yalnızca borçlunun hangi hallerde kendi davranışlarından sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Borçlunun BK m.96'ya göre sorumlu olacağını kabul etmek bazı hallerde kabul edilemez sonuçlar dahi ortaya çıkarabilecektir. Zira bazı hallerde ifa yardımcısı kullanmaya yetkisi olsaydı BK m.100 f.1'e göre sorumlu tutulabilecek olan borçlu, yetkisi olmamasına rağmen ifa yardımcısı kullandığı için BK m.96'ya göre sorumlu tutulamayacaktır. Örneğin borçlunun ifa yardımcısı kullanmasının yasak olduğunu bilmemesi ve bu konuda yanılğı içerisinde bulunması halinde, borçluyu BK m.96'ya göre sorumlu tutmak mümkün değilken, BK m.100 f.'e göre ise bu mümkün olacaktır.

Bizce de bu durumda borçlunun BK m.100 f.1'e göre sorumlu tutulması gerekmektedir. Zira aksi halde ise borçlu, yetkisi olmamasına rağmen yardımcı şahıs kullanması halinde yalnızca borca aykırı davranışıyla uygun illiyet bağı bulunan

<sup>670</sup> von BÜREN, OR AT, s.396; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.229; KOLLER, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, s.64 vd.; SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, s.159; FEYZİOĞLU, s.192; ŞENOCAK, s.111

zararlardan dolayı sorumlu tutulabilecek ve bu durumda yetkisi olması haline nazaran daha avantajlı bir duruma sokulmuş olacaktır.

### *bbb-Borcun İfasında Yardımcı Şahıs Kullanılmalıdır*

Borçlunun borcunun ifası için kullandığı kişiler ifa yardımcısı olarak adlandırılırlar.<sup>671</sup> BK m.100 f.1'de ifa yardımcılarında örnek olarak borçluyla beraber yaşayan kişilerle, borçlunun yanında çalışan kişiler gösterilmiştir. Ancak ifa yardımcılarını bu kişilerden ibaret görmek mümkün değildir. BK m.100 f.1 ifa yardımcılarının kapsamı bakımından da orjinal metinden farklılık göstermektedir. Zira İsviçre Borçlar Kanunu'nun 101.maddesinde "borçlu borcun ifasını... kendisiyle beraber yaşayan kişiler ve yanında çalışanlar gibi bir ifa yardımcısı eliyle gerçekleştirirse..." demek suretiyle ifa yardımcılarının bu kişilerle sınırlı olmadığını açıkça ifade etmekteyken Borçlar Kanunumuzda bu yönde bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak Türk doktrininde de aynı yorumun bizim hukukumuz bakımından da zorunlu olduğu kabul edilmektedir.<sup>672</sup>

Bir kimsenin ifa yardımcısı sayılabilmesi için, BK m.55'de düzenlenen istihdam edenin sorumluluğundan farklı olarak, borçlunun emri altında olmasına veya bir akitle ona bağlı olarak çalışmasına gerek yoktur.<sup>673</sup> Borçlu ile ifa yardımcısı arasındaki sözleşmenin konusunun BK m.20 gereğince batıl sayılması veya üçüncü kişinin sonradan BK m.24'e dayanarak akdi hükümsüz kılması halinde dahi üçüncü kişi ifa yardımcısı sayılabilecektir. Aralarındaki hukuki ilişkinin borçlunun sorumluluğu bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

<sup>671</sup> BECKER, Art.101; WEBER, Art.101 N 39; WIEGAND, Art.101 N 2; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 101 N 5 vd; OĞUZMAN/ÖZ, s.364; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.892; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.436; EREN, s.1030; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 22 N 6; ŞENOCAK, s.104

<sup>672</sup> FEYZİOĞLU, s.194; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.895; OĞUZMAN/ÖZ, s.364-365; EREN, s.1032; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.636-637; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 22 N 6; KILIÇOĞLU, s.472; REİSOĞLU, s.349; ŞENOCAK, s.114

<sup>673</sup> KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen, s.56; FEYZİOĞLU, s.193; OĞUZMAN/ÖZ, s.364; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.894; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 22 N 7; EREN, s.1032

Borçlunun bilgisi ve rızası dahilinde borcun ifasına katılan herkes bu anlamda ifa yardımcısı üçüncü kişi sayılacaktır. Burada önemli olan unsur borçlunun rızasıdır. İfa yardımcısı sayılabilmek için üçüncü kişilerin borçlunun rızası kapsamında borcu ifa etmeleri yeterli olacaktır. Bunun için ayrıca borcun ifasının tamamen üçüncü bir kişinin üzerine bırakılmasına gerek yoktur. Borcun ifası sırasında herhangi bir şekilde buna katılmış olan üçüncü kişiler ifa yardımcısı sayılacaklardır. Hatta üçüncü kişinin bir tesadüf sonucu borcun ifasına katılmış olması halinde dahi, bu yardım, borçlunun muvafakatine dayanıyorsa ifa yardımcısı olarak kabul edilecektir.<sup>674</sup> Ancak üçüncü kişinin borçlunun haberi olmadan ifaya yönelik fiillerde bulunmasına sonradan borçlunun icazet vermesi şeklinde bir ifa yardımcısından sorumluluk kabul edilmemelidir. Zira BK m.100'ün ratio legis'i borçlunun iradi olarak üçüncü kişinin ifaya karışmasına "yol açmış olması"dır.

Borçlunun muvafakati olmaksızın ifa faaliyetine katılan kişilerin ifa yardımcısı olarak kabul edilmeleri ve bu kişilerin alacaklıya verdikleri zararlardan ötürü borçlunun sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Borçlunun muvafakatinin bulunduğundan bahsedebilmek için bu yönde açık veya örtülü bir iradesinin olması gereklidir.<sup>675</sup> Bu yöndeki irade beyanının nasıl yapıldığı önemli değildir. Bu sebeple borçlunun muvafakati olmaksızın borcun ifasına yardım eden kişiler gibi, kendisine bahsedildiği şekilde bir irade beyanında bulunulmamış olan üçüncü kişiler ifa yardımcısı sayılamayacaklar ve BK m.100 f.1 kapsamında değerlendirilemeyecekleri için verdiği zararlardan dolayı borçluyu sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Doktrindeki yazarların büyük çoğunluğun göre, borçlunun bu yöndeki iradesi tek başına üçüncü kişinin ifa yardımcısı sayılmasına yetmeyeceğini, bunun yanı sıra üçüncü kişinin kanunun deyimiyile işin icrasına bilfiil katılmış olması gerekecektir.<sup>676</sup> Ancak bunun için üçüncü kişinin mutlaka bir borcun ifasını gerçekleştirdiğinden haberinin olmasına gerek bulunmamaktadır.<sup>677</sup>

<sup>674</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.366; EREN, s.1033

<sup>675</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.366; EREN, s.1031; REİSOĞLU, s.348. Bazı yazarlar ise borçlunun ifa yardımcısı olacak kişiye bu yönde bir irade beyanında bulunması gerektiğini, borçlunun salt bu yönde bir iradeye sahip olmasının yetmeyeceğini ifade etmektedirler. Bkz. KOLLER, OR AT, § 54 N.92; KOLLER, Die Haftung für Erfüllungsgelhilfen, s.49; SPIRO, s.162

<sup>676</sup> BARTH, s.135; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 3020; OĞUZMAN/ÖZ, s.365; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 22 N 6; EREN, s.1031

<sup>677</sup> OSER/SCHÖNENBERGER Art.101 N 5

İfa yardımcısı sayılabilmesi için üçüncü kişinin mutlaka borçlunun mahiyetinde bulunması, onun talimatlarıyla bağlı olması ve onun gözetiminde hareket etmek zorunda olması gerekmemektedir. Bu anlamda borcun ifasında borçluya yardım edenler gibi, borçlunun rızasının bulunduğu söylenebildiği her durumda alt yükleniciler de ifa yardımcısı sayılacaklardır.<sup>678</sup> Ancak BK m.391'de bu hükme bir istisna getirilmiştir. Bu hükme göre adi vekalette vekil başkasını tevkile yetkili ise, bu durumda yalnız bu yetkisini kullanırken ve talimat verirken dikkat ve özen göstermek zorundadır. Bu durumda borçlunun borcun ifasını tamamen başkasının üzerine bıraktığı durumlarda (Substitut)<sup>679</sup> bu kişiler ifa yardımcısı olarak kabul edilemeyeceklerdir.<sup>680</sup>

Alacaklı sözleşmeyi yaparken borcun belirleyeceği üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesini şart koşabilecektir. Borçlunun böyle bir şartı kabul ederek akdi ilişkiye girmesi halinde üçüncü kişilerin salt alacaklının talebi doğrultusunda borcun ifasını katılmış olmaları onların ifa yardımcısı olarak kabul edilmelerine engel olmayacaktır.

BK m.100'e göre borçlu bir üçüncü kişinin davranışlarından sorumlu tutulmaktadır. Zira borçlunun kendi davranışından dolayı sorumluluğu zaten BK m.96'da

<sup>678</sup> von TUHR/ESCHER, s.124; KELLER/SCHÖBI, s.238; BUCHER, OR AT, s.313; BARTH, s.136; KOLLER, OR AT, § 54 N.94; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.230; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.637; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.896; EREN, s.1032 ; OĞUZMAN/ÖZ, s.364; Şenocak, s.123; Bazı yazarlar burada borçlunun yetkisinin bulunmaması halinde, borçlunun bu kişilerin vereceği zararlardan Art.97'ye (BK m.96) göre sorumlu olacaklarını ifade etmektedirler. Bkz. BARTH, s.313; KELLER, Haftpflichtrecht, s.415; TANDOĞAN, Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması s.81. Alman Hukukunda da borçlunun yalnızca ikame kişinin seçiminden dolayı sorumlu olduğunu, yoksa ikame kişinin her kusurundan borçlunun sorumlu olacağını söyleyemeyeceğini ifade etmektedirler. Bkz. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, § 56 I N 660; GRÜNEBERG, § 278 N 10; HUBER, Leistungsstörungen I, § 27 II 6

<sup>679</sup> Kimlerin ikame kişi (Substitut) sayılacağı hususunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre bunlar borçlun tarafından yönlendirilmeksizin ve onun gözetiminde bulunmaksızın borcu ifa eden kişiler olarak kabul edilirken (von TUHR/ESCHER, s.124), bazı yazarlar ise teknik bağımsızlığın yanı sıra ekonomik bağımsızlığın da bulunması gerektiğini, bu anlamda üçüncü kişinin hiçbir şekilde borçluya bağlı olmaması gerektiğini ileri sürmektedirler (OSER/SCHÖNENBERGER Art.399 N 2; KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen, s.317).

<sup>680</sup> BÄCHLER, Über den Beizug eines Dritten durch den Beauftragten, Bern 1960, s.67 vd.: Aksi kanaatte, KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen, s.126 vd.; EREN, s.1033. Ancak bazı yazarlarca BK m.356 f.2'ye dayanarak müteahhidin taahhüt ettiği işi başkasına imal ettirmesi halinde yalnızca üçüncü kişi değil, aynı zamanda onun çalışanları da ifa yardımcısı olarak kabul edileceklerdir. BECKER, Art.101 N.9; KOLLER, OR AT, § 54 N.101; KILIÇOĞLU, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, s.190; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 22 N 7, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.896

düzenlenmiştir. Tüzel kişiler hukuki işlemlerini ancak organlar marifetiyle yapabildiklerinden, organların davranışları doğrudan tüzel kişi borçlunun davranışları sayılmakta ve ifa yardımcısı sayılmamaları sebebiyle organların alacaklıya verdikleri zararlardan dolayı tüzel kişiler BK m.100'e göre değil BK m.96'ya göre sorumlu tutulmaktadır.<sup>681</sup> Bunun yanı sıra davranışlarıyla borçluya karşı olan kendi edim borçlarını yerine getiren, fakat borçlunun alacaklısına olan ifaya katılmayan kişilerle birlikte satıcılar<sup>682</sup> ve üreticileri<sup>683</sup> de ifa yardımcısı olarak kabul edilmeyeceklerdir.<sup>684</sup>

Fiil ehliyeti bulunmayanlar ve bu ehliyete sınırlı bir şekilde sahip bulunanlar bakımından, kanun koyucunun iradesinin bu kişilerin iradesinin yerine geçtiği ve kanuni temsilcileri aracılığıyla hak ve borçlar edinen kişilerin kanuni temsilcilerinin borca aykırı davranışlarından BK m.100'e göre sorumlu tutulmaları gerektiği ifade edilmektedir.<sup>685</sup>

Verme ve yapma borçlarının aksine borçlunun yapmama borçlarında ifa yardımcısından faydalanma şansı bulunmamaktadır. Burada yapmama borcunu ifa edecek olan yalnızca borçlunun kendisidir. Ancak bu durum borçlunun BK m.100'e göre sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira asli ve yan edim yükümlerinde olduğu gibi yan yükümler bakımından borçluya yardım eden kişiler de ifa yardımcısı sayılabileceklerdir.<sup>686</sup> Bu sebeple yan yükümlerin söz konusu olduğu

<sup>681</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.367; FEYZİOĞLU, s.196; EREN, s.1030; REİSOĞLU, s.350; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 22 N 9; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.896; ŞENOCAK, s.130

<sup>682</sup> Aksi kanaatte SPIRO, s.189 vd. Yazar imalat hatalarından doğan zararlardan imalatçı ya da ara satıcının son satıcının ifa yardımcısı olduğunu ileri sürmüştür.

<sup>683</sup> Alman hukukunda bazı yazarlarca § 278 BGB'nin alacaklıyı iş bölümünün bazı sorumluluktan kurtarıcı sonuçlarından korumak amacını taşıdığı ve bu amacın yardımcının faaliyetinin borcun ifasından önce gerçekleştiği durumlarda da söz konusu olabileceği söylenmiş, satım sözleşmesinde üreticinin durumunun da bu olduğunu belirterek üreticinin satıcının ifa yardımcısı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. ESSER/SCHMIDT, § 27 I 2.; Grundmann, §278 Rn.31; Ancak hakim kanaat satıcının yalnızca tadarik ve teslim yükümlülüğü altında olduğunu ve malın üretimini ile bir ilgisi olmadığını ileri sürerek üreticinin satıcının ifa yardımcısı olamayacağını kabul etmektedir. Bkz..MEDICUS/LORENZ, Schuldrecht AT, § 33 N 386; GRÜNEBERG, § 278 N 35; LARENZ, Schuldrecht I, s.299

<sup>684</sup> BECKER, Art.101 N.10; KOLLER, OR AT, § 54 N.95

<sup>685</sup> BARTH, s.136; BECKER, Art.101 N 2; ŞENOCAK, s.134; Aksi kanaatte LARENZ, Schuldrecht I, s.297

<sup>686</sup> KOLLER, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, s.53; Yazar burada, yanında çalışan hemşirenin doktorun sır saklama yükümlüne aykırı davranması halini örnek göstermiştir.

bir yapmama borcunda, üçüncü kişilerin borca aykırı davranışları borçlunun BK m.100'e göre sorumlu olmasına sebep olacaktır.

*ccc-Yardımcı Şahsın İşin İcrası Sırasında Borca Aykırı Nitelikteki Davranışı Neticesinde Alacaklı Zarar Görmüş Olmalıdır*

BK m.100'e göre borçlu ifa yardımcılarının, yapılması kendilerine bırakılan işlerin icrası sırasında diğer tarafa verdikleri zararlardan sorumlu tutulacaktır. Ancak kanunun ifadesinin aksine, borçlu, yardımcı kişilerin alacaklıya verdikleri her türlü zarardan değil, yalnızca borcun ihlali niteliği taşıyan davranışlarından dolayı verdikleri zararlardan ötürü sorumlu tutulabilecektir. Borçlu, ifa yardımcısının ifa sırasında borcun ifasıyla hiç ilgisi olmayan bir davranış neticesinde alacaklıya vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulamayacaktır. Burada BK m.55'e göre sorumluluk devreye girecektir. Bu sebeple somut olayda borç ilişkisinin kapsamının çok iyi tayin edilmesi gerekir. Örneğin borçlunun, bozulan bulaşık makinesini tamir etmek üzere alacaklının evine bir çalışanını göndermesi halinde, eğer ifa yardımcısı dikkatsizliği sebebiyle mutfaktaki cam masayı kırarsa, ifa yardımcısının zarar verici davranışı borca aykırılık niteliğinde olmadığından, borçlu bundan ötürü BK m.100 f.1'e göre sorumlu tutulamayacaktır.<sup>687</sup>

Borçlunun BK m.100 f.1'e göre sorumlu tutulabilmesi için ifa yardımcılarının borcun ifası sırasında alacaklıya bir zarar vermiş olmaları gerekir. Burada bir fonksiyonel bağlılık şartı aranmaktadır. Zarar verici davranışın aynı zamanda hiç veya gereği gibi ifa etmeme sayılması, bir başka deyişle ifa yardımcısının davranışları neticesinde edimin ifasının imkansızlaşması veya kötü ya da gecikmiş ifanın söz konusu olması gerekmektedir. Bu sebeple burada ölçü, borçlunun yardımcı kişilerin zarar verici davranışlarının aynısını yapması halinde bunun borca aykırılık olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.<sup>688</sup>

<sup>687</sup> Aksi kanaatte EREN, s.1037. Yazar böyle bir görüşün borç ve sözleşme ilişkisini yalnız edim yükümünden ibaret sayması sebebiyle kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.

<sup>688</sup> BARTH, s.313, FEYZİOĞLU, s.204 vd.



Alacaklıya zarar veren üçüncü kişilerin buna borçlunun borcunu ifa ederken mi sebep oldukları somut olayda sözleşmenin içeriğine ve borçlunun yükümlülüklerinin kapsamına göre belirlenebilecektir. Örneğin bir mesafe satımının borçlusu yalnızca satım konusu malı göndermek yükümlülüğü altında olup, bunun ötesinde malı nakliye etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Borçlunun borcu malı nakliyeciyeye teslim ettiği anda sona erecektir. Bu sebeple bu sözleşme bakımından nakliyeciyi borçlunun ifa yardımcısı olarak kabul etmek ve yolda nakliyecinin kusuru yüzünden malın telef olmasından dolayı borçluyu sorumlu tutmak mümkün değildir.<sup>689</sup>

İfa yardımcısının borca aykırılık niteliğindeki bir davranış sebebiyle alacaklıya verdiği zararlardan dolayı borçlu, bir kusuru olmasa dahi sorumlu olacaktır. Kanun burada bir sebep sorumluluğu öngörmüştür. Bu sebeple borçlu BK m.55'in aksine, yardımcı şahıs seçmede, ona talimat vermede ve ona nezaret etmede gerekli özeni gösterdiğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır. Sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun yapacağı şey, borç bizzat kendisi tarafından ifa edilseydi dahi zarara yol açan fiilde kusurlu sayılamayacağını ve bu sebeple sorumlu tutulamayacağını ispatlamaktan ibarettir. Gerçekten borçlunun kendisi borcu bizzat ifa etseydi BK m.96'ya göre sorumlu tutulamayacağı borca aykırı davranıştan sırf ifa yardımcısı kullandı diye sorumlu tutulması adaletli olmayacaktır. Ancak burada yine objektif kusur prensibine göre değerlendirme yapılacak ve borçlunun kişisel bilgi ve yetenekleri değil, borcun ifası için gerekli bilgi ve yetenekler esas alınacaktır.<sup>690</sup> Ayrıca BK m.100 f.1'e göre ifa yardımcılarının vermiş oldukları zararlardan borçluyu sorumlu tutabilmek için yardımcının kusurlu olmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.<sup>691</sup>

İfa yardımcılarının davranışları sanki borçlunun davranışlarıymış gibi ele alınacak ve borçlu yardımcı şahısların zarar verici davranışlarından sanki kendi davranışlarıymış

<sup>689</sup> Borçlunun satım konusu malı kendi çalışanlarıyla nakliye etmesi halinde ise yolda bu kişilerin kusuryla mala gelen zarardan borçluyu BK m.100 f.1'e göre sorumlu tutmak mümkün olacaktır.

<sup>690</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.371; Aksi görüşte von TUHR/ESCHER, s.129

<sup>691</sup> von TUHR/ESCHER, s.128; von BÜREN, OR AT, s.395; KOLLER, OR AT, § 54 N.112; EREN, s.1037; Keza Alman Hukuku'nda § 278 BGB bakımından da aynı yorum yapılmıştır. Bkz. FIKENTSCHE/HEINEMANN, Schuldrecht, § 56 I N 656; GRÜNEBERG, § 278 N 27; HUBER, Leistungsstörungen I, § 27 III 3; TANDOĞAN, Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, s.63; TEKİNA Y/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.898; OĞUZMAN/ÖZ, s.371; REİSOĞLU, s.351; TUNÇOMAĞ, s.510; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 22 N 4

gibi sorumlu olacaktır. Borçlunun kusurlu olduğunun söylenebilmesi için aranan tüm kriterler bu sefer ifa yardımcıları için aranacaktır. Yapılan değerlendirme sonucunda ifa yardımcısının edimin ifasını kusuruyla imkansız hale getirdiğinin tespit edildiği hallerde ise borçlu alacaklının malvarlığında meydana gelen müsbet zararı karşılamak zorunda kalacaktır.

Borçlunun yalnızca ifa yardımcılarının edim yükümüne aykırı davranışlarından dolayı değil, sözleşmeden doğan yan edim yükümleri veya yan yükümlere aykırı davranışları bakımından da sorumlu olacaktır.<sup>692</sup>

### *ddd-Taraflar Arasında Sorumluluğu Daraltan veya Kaldıran Bir Anlaşma Yapılmamış Olmalıdır*

Son olarak borçlunun yardımcı şahısların zarar verici davranışlarından ötürü sorumlu olabilmesi için taraflarca BK m.100 f.2'ye dayanarak bu sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kaldıran bir anlaşma yapılmamış olması gereklidir. Konuyla ilgili aşağıda ayrı bir başlık altında açıklama yapılacak olması nedeniyle burada detaylı bir açıklama yapılmayacaktır.

### *bb-BK m.54 f.1'e Göre Sorumluluk*

Kural olarak borçlunun sorumlu tutulabilmesi için kusurunun bulunması, bunun için MK m.14'e göre ise ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Aksi takdirde borçlunun meydana gelen zarardan sorumlu tutulması mümkün olamayacaktır. Ancak kanunda bu kurala bir istisna getirilmiş ve hakimin BK m.54 f.1'e göre hakkaniyet gerektiriyorsa temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi, verdiği zararların tamamını veya bir kısmını tazmin etmeye mahkum edebileceği kabul edilmiştir. Esas olarak haksız fiil sorumluluğu bakımından getirilmiş olan bu hüküm BK m.98 f.2'nin yaptığı atıfla sözleşmeden doğan borç ilişkilerine de uygulanabilecektir. Bu hükme göre hakim, kural olarak temyiz kudreti bulunmaması sebebiyle kusurundan

<sup>692</sup> MEDICUS/LORENZ, Schuldrecht AT, § 33 N 388

bahsedilemeyecek ve dolayısıyla verdiği zararlardan sorumlu tutulamayacak olan borçlunun, BK m.54 f.1'e göre hakkaniyet gerektirdiği takdirde verdiği zararları kısmen veya tamamen tazmin etmesine karar verebilecektir.<sup>693</sup> Burada kusur sorumluluğunun ötesinde bir hakkaniyet sorumluluğu söz konusudur.<sup>694</sup>

Maddenin ikinci fıkrasında temyiz kudretinden geçici mahrumiyetin ayrıca düzenlenmiş olması sebebiyle bu hükmün uygulanabilmesi için borçlunun temyiz kudretinden sürekli olarak mahrum olması gerekmektedir.<sup>695</sup>

Hakimin bu hükme göre ayırt etme gücünden yoksun olan kişiyi sorumlu tutabilmesi için, borca aykırı davranan borçluyu sorumlu tutmamanın hakkaniyet duygusuna ters düşecek olması aranmaktadır. Hakim önüne gelen olayda kararını salt hakkaniyet duygusuna göre verecektir. Bu düzenleme ile hakime oldukça geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Ancak hakimin burada somut olayda mevcut çeşitli unsurları göz önünde bulundurması gerektiği söylenmektedir. Buna göre hakim tarafından, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin eyleminin doğurduğu özel tehlike, ayırt etme gücünün bulunmamasına rağmen objektif ölçütler içerisinde ona yüklenebilecek bir kusurun varlığı, ayırt etme gücü bulunmayanın eylem sırasındaki özel durumu ve zarar görene yönelik tutumu, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını göz önünde bulundurulacak, borca aykırı davranışta bulunanın sorumluluğunun onun tarafından rahatlıkla katlanılabilir olması, zarara uğrayan yönünden ise hissedilebilir ölçüde ekonomik sonuçlar doğurması halinde ayırt etme gücü bulunmayanın sorumlu tutulması benimsenebilecektir.<sup>696</sup>

<sup>693</sup> Alman Hukuku'nda da hakim olan "Neticesi harekete bağlı olmayan hukuka aykırılık" teorisine (Erfolgsunrechtslehre) göre mutlak olarak korunan bir hakkın ihlal edilmesi, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı müddetçe hukuka aykırı olarak nitelendirilecektir. Bu görüşe göre borca aykırı davranışın kusur kapsamında kalması ve kusurun BK m.54 f.1'in uygulanabilmesi için aranan şartlar arasında yer bulunmaması sebebiyle ayırt etme gücüne sahip olmayan biri de, borca uygun davranmış olsa dahi verdiği zararlar sebebiyle sorumlu tutulabilecektir. "Neticesi Harekete Bağlı Olan Hukuka Aykırılık" (Handlungsunrechtslehre) görüşüne göre ise hukuka aykırılığın var olup olmadığına zararlı sonucun ortaya çıkış anında değil, bunun öncesinde failin davranışı gerçekleştirdiği anda karar vermek gerekir. Zira davranışta bulunan daha baştan nasıl davranabileceğine ve davranması gerektiğine karar vermek durumundadır. Borca aykırılığın hukuka aykırılık kapsamında ele alınması gerekmesi sebebiyle ikinci görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.

<sup>694</sup> BECKER, Art.54 N 2

<sup>695</sup> BREHM, Art.54 N 7

<sup>696</sup> Yarg.4.HD E.2004/697 K.2004/7078; Yarg.19.HD E.2006/6489 K.2006/12076; Yarg.4.HD E.2009/12195 K.2009/12541; Yarg.10.HD E.2009/15766 K.2010/1900

Bu hükmün ifa etmeme sebebiyle tazminat sorumluluğu bakımından uygulanabilmesi için ya alacaklı sözleşmenin kurulması sırasında borçlunun ayırt etme gücüne sahip olmadığından haberdar olmamalı ya da borçlu ayırt etme gücünün sözleşmenin kurulmasından sonra yitirmiş olmalıdır. Bu ikinci durumda ayrıca alacaklının borçlunun ayırt etme gücünü kaybettiğini öğrendiği anda onun yasal temsilcisine başvurma hakkını kaybetmiş olması gerekmektedir.<sup>697</sup>

### *cc-Borçlu Temerrüt Halindeyken Meydana Gelen Kazalardan Sorumluluk*

BK m.102 f.1'e göre mütemerrit olan borçlu, borcun teahhürle ifasından dolayı zarar ve ziyan tediyesine mecbur olduğu gibi kazara vukua gelecek zarardan da mesuldür. Burada Borçlar Kanunu'nda geçerli olan kusur prensibinden ayrılmış ve kusurlu olarak temerrüde düşen borçlunun, temerrütte bulunduğu esnada sözleşme konusu malın bir zarara uğraması halinde, bu zararın meydana gelmesinde hiçbir kusurunun bulunmaması halinde dahi sorumlu tutulacaktır.<sup>698</sup> Böylece satım sözleşmesinin kurulmasıyla alacaklıya geçen hasar,<sup>699</sup> borçlunun temerrüde düşmesi anından itibaren tekrar satıcıya/borçluya geri dönmüş olacaktır.<sup>700</sup>

BK m.102 borçlu temerrüdüne ilişkin bir hüküm gibi görünse de, ifa imkansızlığı ile de yakın ilişki içerisinde bulunmaktadır. Burada kusurlu olarak temerrüde düşen borçlunun sorumluluğu arttırılmıştır. Bu hüküm ile genel prensibe bir istisna getirilmiş ve örneğin edimin ifasının imkansızlaştığı anda temerrütte bulunması halinde, borçlunun artık bu zararın meydana gelmesinde kusursuz olduğunu iddia etse bile sorumluluktan kurtulamayacağı ve edim kendi kusuru olmaksızın, bir kaza sonucu imkansızlaşsa dahi, alacaklının zararını tazmin etmek zorunda kalacağı ifade edilmiştir.<sup>701</sup> Dikkat edilirse burada ifa imkansızlığına borçlu doğrudan doğruya

<sup>697</sup> BECKER, Art.54 N.11, Art.97 N.58

<sup>698</sup> Temerrüde düşen bakımından alacaklı temerrüdünün de aynı sonuları doğurması gerekmesine rağmen Kanunda yalnızca borçlu temerrüdü bakımından bir düzenleme getirilmiştir.

<sup>699</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise satım akdinde hasarın geçişi ile mevcut düzenleme değiştirilmiştir. TBK m.208'e göre kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı;taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya ait bulunmaktadır.

<sup>700</sup> AKINTÜRK, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s.169.

<sup>701</sup> Bu hükmün, BK m.183 f.1'e göre satım sözleşmesinde hasarın parça borçlarında sözleşmenin kurulması, çeşit borçlarında ise söz konusu çeşidin ayrılmasıyla alacaklıya geçmesi ve bu andan itibaren hasara alacaklının katlanmak zorunda olması karşısında, borçlunun hiç olmazsa borcunu

kusuruyla sebep olmamakta, imkansızlık borçlunun kusurlu davranışından sonraki bir aşamada, borçlunun sebep olmadığı bir olay neticesinde gerçekleşmektedir. Genel sözleşme sorumluluğundan farklı olarak, burada doğrudan zarara yol açan olaydaki bir kusur ile zararlı sonuç arasında bir nedensellik bağı aranmamaktadır. Bu hüküm sayesinde böyle durumlarda BK m.117 f.1 gereğince borçlunun borcundan kurtulması ve hasara alacaklının katlanmak zorunda kalmasının önüne geçilmiştir. Buna göre borçlu, BK m.102 f.1'e dayanarak BK m.96 gereğince alacaklının zararlarını tazmin etmek zorunda kalmaya devam etmektedir.

Borçlu bu durumda BK m.98 f.1'e göre yine her türlü kusurundan sorumlu olacaktır. Burada da kusur aynen BK m.96'deki anlamıyla kullanılmıştır. Buna göre, borcunu ödeyebilecek durumdayken kasten veya ihmali neticesinde ödemeyerek temerrüde düşmüş olan borçlu kusurlu sayılacaktır. Borçlunun, borcunu vadesinde bilerek ve isteyerek ifa etmemesi halinde kastından, gereken özeni göstermemesi, örneğin borcun ifası için gereken zamanı yanlış hesaplaması, borcun ifası için sahip olması gereken insan gücü ve malzeme miktarını yanlış hesaplaması, borcun ifası anındaki hava şartlarını dikkate almaması gibi nedenlerle borcu zamanında ifa etmemesi halinde ise ihmalden bahsedilecektir. Ancak geçirdiği bir kaza sebebiyle uzun süre komada kalması sebebiyle borcun ifasında gecikerek temerrüde düşen borçlu, alacaklıya tazminat ödemek zorunda olmayacağı gibi, bu süre zarfında meydana gelecek kazalardan da sorumlu tutulamayacaktır.

Borçlunun temerrüte olduğu süre içerisinde meydana gelecek olan tüm zararlar bu madde kapsamında kalmaktadır. Bu sebeple temerrüt ile kaza arasında uygun bir nedensellik bağının bulunup bulunmadığının bir önemi yoktur.<sup>702</sup> Mantıki/doğal nedensellik yeterlidir. Borçlu alışılmış kazalardan olduğu gibi, mücbir sebepten de sorumlu tutulabilecektir.

BK m.102 f.1 anlamında kazanın, hiç kimsenin kusuru bulunmaksızın meydana gelen olayları ifade ettiği ve bu nedenle imkansızlıktan taraflardan herhangi birinin sorumlu olduğu bir olayda bu hükmün uygulama alanı bulamayacağı ileri

---

vadesinde ifa etmemesi ve temerrüde düşmesi halinde, bu sırada mala gelecek zararlardan sorumlu tutulabilmesini sağlaması sebebiyle mantıklı ve gerekli olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **BECKER**, Art.103 N 8.

<sup>702</sup> **BECKER**, Art.103 N 9; **WIEGAND**, Art.103 N 10

sürülmektedir.<sup>703</sup> Keza İsviçre Borçlar Kanunu'nun bu maddeyi karşılayan hükmünde kaza yerine "tesadüf" (Zufall) tabiri kullanılmıştır.<sup>704</sup> Bu durumda örneğin borçlunun mütemerrit olduğu bir anda meydana gelecek olan imkansızlıktan yine borçlunun kendisi sorumluydu BK m.102 f.1 uygulanmayacak, borçlu BK m.96'ye göre sorumlu tutulacaktır.<sup>705</sup>

BK m.102 f.2'ye göre borçlu temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığını ispatlayarak bu sorumluluktan kurtulabilecektir. Dikkat edilmesi gereken husus şudur: burada borçlu ancak temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecek, ifanın imkansızlaşmasında kusurunun bulunmadığını ispat etmesi borçluyu sorumluluktan kurtarmaya yetmeyecektir. Ancak temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlayamayan borçluya sorumluluktan kurtulmak için ikinci bir imkanı daha tanımıştır. Buna göre borçlu, borç zamanında ifa edilmiş olsaydı dahi zararın ortaya çıkacağını ispat edebildiği takdirde yine meydana gelen kazadan sorumlu tutulamayacaktır. Doktrinde bazı yazarlar<sup>706</sup> ancak meydana gelen kazayla, borçlanılan şey zamanında ifa edilseydi meydana gelecek olan kazanın aynı olması halinde borçlunun sorumluluktan kurtulabileceğini, alacaklının bir başka kaza nedeniyle zarara uğrayacağını ispatlamasının borçluyu sorumluluktan kurtarmayacağını ileri sürerken, bazı yazarlar<sup>707</sup> ise kazaların aynı olmasının gerekmediğini, önemli olanın alacaklının borç zamanında ifa edilseydi dahi zarar göreceğinin ispatlanması olduğunu kabul etmektedirler.

Sonuç olarak borçlu yalnızca temerrüde düşmeseydi meydana gelmeyecek olan kazalardan sorumlu tutulabilecektir. Buna karşın meydana gelen kazanın temerrütü hiçbir ilgisinin olmadığı, temerrüde hiçbir şekilde nedensellik bağıyla bağlanmadığı hallerde ise borçlunun bu kazadan sorumlu tutulması mümkün olamayacaktır.<sup>708</sup>

<sup>703</sup> KOLLER, OR AT, § 54 N 4, 88

<sup>704</sup> Öğretide Koller, alacaklının doğrudan sebep olmadığı ancak onun sorumluluk alanından kaynaklanan bir sebeple edimin imkansızlaştığı bir durumda, bu hallerin de kaza kavramı kapsamında ele alınması gerekmesine rağmen borçlunun sorumluluktan kurtulamayacağını, ancak ödeyeceği tazminat miktarının düşürüleceğini ifade etmiştir. Bkz. KOLLER, OR AT, § 54 N 88

<sup>705</sup> Alacaklı, imkansızlığın meydana gelmesinde borçlunun kusurlu olup olmadığından emin değilse, yine BK m.102 f.2'ye başvurabilecektir.

<sup>706</sup> BECKER, Art.103 N 22; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.103 N 12; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.927, 928

<sup>707</sup> von BÜREN, OR AT, s.370; von TUHR/ESCHER, s.145; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.484; OĞUZMAN/ÖZ, s.390

<sup>708</sup> KELLER/SCHÖBI, s.269; WIEGAND, Art.103 N 11

Aynı sebeple bu hükmün sadece borçlunun temerrütte bulunduğu süre içerisinde meydana gelen kazalar bakımından değil, aynı zamanda temerrüdün sona ermesinden sonra, ancak borcun ifa edilmesinden önceki dönem içerisinde meydana gelen kazalar bakımından da uygulanacağı söylenebilecektir. Bunun pratik sonucu kendisini özellikle gönderme borçlarında göstermektedir. Örneğin borçlunun satım sözleşmesine konu malı alacaklıya uçakla gönderme yükümlülüğü altında olduğu bir durumda borçlu imalatı yetiştiremediği için malı uçağa bir gün geç yüklese, malın yüklü olduğu uçağın düşmesi halinde edimin imkansızlaşmasından dolayı borçlu yine BK m.102 f.2'ye göre sorumlu olacaktır. Salt lafza bağlı olarak yorumlansa bu durumda bu hükmün bu olayda uygulanmaması gerekirdi. Oysa ki burada edim borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle imkansızlaşmıştır.

#### *dd-Kanunda Belirtilmiş Özel Durumlar*

Bahsedilecek olan bu hallerde sorumluluğun sebebi doğrudan doğruya borca aykırı davranıştır. Kusurlu olarak borca aykırı davranan borçlu, bundan sonra mala kusuru bulunmaksızın dahi bir zarar gelmesi halinde bu zararlardan sorumlu tutulacaktır. Dikkat edilirse burada da kusur aranmakta, ancak bu borca aykırı davranışla sınırlı kalmaktadır. Bunun ötesinde borçlunun zararın meydana gelmesine kusurunun bulunup bulunmaması bir önem taşımamaktadır. Kusurlu olarak borcuna aykırı davranan borçluyu kanun ondan sonraki bütün sonuçlardan sorumlu tutmuştur.

Aşağıda görüleceği üzere bu hükümlerde borçluya sorumluluktan kurtulma imkanı getirilmiştir. Buna göre borçlu borca aykırı davranmasaydı dahi malın zarara uğrayacağı ya da yok olacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir. Ancak burada da, aynen BK m.102 f.2'de olduğu gibi, borçlunun, borcuna aykırı davranmasaydı dahi bir başka bir kazanın meydana gelerek eşyaya zarar vereceğini ispat etmesi sorumluluktan kurtulması için yeterli olmayacak, mevcut durumdaki zararı meydana getiren olayın borca aykırı davranılmasaydı dahi eşyayı vuracağını ortaya konulması gerekecektir.

### *aaa-Ariyet Alanın Kusursuz Sorumluluğu*

BK m.299'a göre ariyet akdinde taraflardan biri bir şeyin bedava kullanılmasını ariyet alana bırakmak, diğeri ise o şeyi kullandıktan sonra geri vermek yükümlülüğü altındadır. BK m.300 f.1'e göre ariyet alan ariyet şeyi ancak akitte tayin edilen ve akitte tayin edilmemiş ise o şeyin mahiyetinden veya tahsis olunduğu maksattan anlaşılabilir şekilde kullanabilecektir. Buna göre borçlu ariyet konusu eşyayı sözleşmeye uygun olarak kullanmakla yükümlüdür. Bu kullanımın sözleşmeye uygun olup olmadığı sözleşmeye, ariyet olarak verilen şeyin özelliklerine veya tahsis amacına göre tespit edilecektir. Borçlu söz konusu eşyayı kullanırken özenli davranmak zorundadır.<sup>709</sup>

Ariyet alan ikinci fıkra gereğince ariyeti başkasına kullandıramayacaktır. İşte borçlunun bu hükme aykırı davranarak ariyeti başkasına kullandırması halinde ariyet alan, ariyet şey üçüncü kişinin elindeyken meydana gelecek kazadan dahi sorumlu olacaktır. Buna göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, ariyet alanın ariyeti başkasına kullandırmak suretiyle borca aykırı davranması sorumlu tutulabilmesi için yeterli olacak, kusurlu olması aranmayacaktır. Borcuna aykırı davranan borçluya karşı alacaklı her zaman BK m.96'ya dayanarak dava açabilecektir. Ancak BK m. 300 f.1'de borçlunun sorumluluktan kurtulması zorlaştırılarak alacaklı lehine bir durum yaratılmıştır. Buna göre borçlu kusursuz olduğunu ispatlayarak yükümlülükten kurtulamayacak, ancak bunun da ötesinde ariyeti başkasına kullandırmayı dahi bu kazanın meydana geleceğini ispatlayabildiği takdirde sorumlu tutulamayacaktır. Bu durumda ariyet aldığı malı başkasına kullandıran borçlu, ariyetin üçüncü kişinin evine yıldırım düşmesi sebebiyle yok olması halinde dahi meydana gelen imkansızlıktan kusuru bulunmamasına rağmen sorumlu tutulacaktır. Bu durumda ariyet alanın imkansızlıktan ötürü sorumlu tutulamamasının tek yolu, aynı yıldırımın kendi evine de isabet ettiğini ve evinin bu sebeple hasar

<sup>709</sup> SCHÄRER, Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.305-318, Basel 1996, Art.306 N 1; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7.ergänzte und verbesserte Auflage, Bern 2003, s.251; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, Kira ve Ödünç (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkıbasım, İstanbul 2008, s.293; ARAL, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 5.Bası, Ankara 2003, s.306; YAVUZ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.385; ZEVLİLER/HAVUTÇU, Özel Borç İlişkileri, 9.Baskı, Ankara 2007, s.257



gördüğünü, bu nedenle borca aykırı davranmasaydı dahi ariyetin yine yok olacağını ispat etmesi olacaktır.

Ariyet alan yalnızca ariyeti başkasına kullandırdığı durumlarda ariyet başkasının elindeyken meydana gelen kazalardan değil, aynı zamanda birinci fıkrada belirtilen özen yükümüne aykırı davranması halinde, bu borca aykırı davranış esnasında meydana gelen kazalardan da sorumlu tutulacaktır. Örneğin yalnızca şehir hudutları içerisinde kullanılmak üzere ariyet alınan bir otomobille şehirlerarası otobanda kaza yapan ariyet alan, arabanın kazada herhangi bir kusuru bulunmasa dahi meydana gelen imkansızlıktan dolayı sorumlu tutulacak, kusursuz olması onun sorumluluktan kurtulmasına yetmeyecektir.<sup>710</sup>

### ***bbb-Vedia Alanın Kusursuz Sorumluluğu***

BK m.465 f.2'ye göre vedia akdinde vedia alan, vedia verenden izin almadıkça vedia konusu eşyayı kullanamayacaktır. Bu durumda vedia alanın vedia konusu eşyayı kullanabilmesi için vedia verenin açık veya örtülü rızasına ihtiyacı vardır. Vedia alan buna aykırı davranması halinde meydana gelecek kazalardan dahi sorumlu olacaktır. Aynen BK m.300 f.4'de olduğu gibi burada da borçluya sorumluluktan kurtulabilmesi için bir imkan tanınmış, borçlunun vedia konusu eşyayı kullanmasa dahi eşyaya aynı zararın geleceğini ispatlaması halinde borçlunun sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir.

Vedia verenin izni olmaksızın vedia konusu eşyayı kullanması halinde vedia alan borca aykırı davranmış olacak ve bu durumda alacaklı BK m.96'ye dayanarak tazminat talep edebilecektir. Bu durumda borçlu kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma şansına sahip olacaktır. İşte bu hüküm sayesinde borçlunun sorumluluktan sıyrılma imkanı iyice daraltılmış olmaktadır. Zira burada borçlu artık kusursuzluğunu ispat ederek zararı karşılamaktan kurtulamayacak, bunun için söz konusu eşyayı kullanmasaydı dahi aynı zararın meydana geleceğini ispatlamak zorunda kalacaktır.

<sup>710</sup> Örnek için bkz.HONSELL, OR BT, s.251. Ariyet alanın kusuru olmadığını ispat ederek tazminat yükümlülüğünden kurtulabileceği görüşünde TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C.I/2, s.294

### *ccc-Vekaletsiz İş Görenin Kusursuz Sorumluluğu*

BK m.411 f.1'e göre her türlü kusurundan dolayı sorumlu tutulan vekaletsiz iş gören, eğer iş sahibinin açık veya örtülü yasağına rağmen bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması kanuna ve ahlaka aykırı bulunmuyorsa 3. fıkraya göre meydana gelecek kazalardan dahi sorumlu olacak, kusursuz olması onu sorumluluktan kurtarmaya yetmeyecektir. Borçlunun meydana gelen kazalardan dahi sorumlu olabilmesi için söz konusu yasağın işin görüldüğü anda biliniyor olması gerekmektedir.<sup>711</sup> Ancak aynı fıkranın son cümlesinde aynen ariyet ve vedia alan bakımından getirilen kurtuluş imkanı vekaletsiz iş gören için de getirilmiştir. Buna göre vekaletsiz iş gören herhangi bir müdahalesi olmasa dahi kazanın meydana geleceğini ispatlayabildiği takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir.

### *ddd-Otelci ve Hancıların Sorumluluğu*

Konaklama sözleşmeleri atipik sözleşmeler olup birden fazla sözleşmenin unsurlarını içermektedirler. Bu sözleşmeler kapsamında otel ve benzeri konaklama işletmelerinin,<sup>712</sup> müşteriye konaklayacak bir yer tahsis etmek yanında, ayrıca müşterilerinin vücut tamlıklarını ve mallarını da korumaları gerekmektedir. Vücut bütünlüğüne gelecek her türlü zarardan BK m.96 uyarınca sorumlu olacak olan bu işletmelerin müşterilerinin beraberlerinde getirdikleri eşyaların zarara uğramasından ötürü sorumlulukları vedia sözleşmesi kapsamında BK m.478'de düzenlenmiştir. Burada otel işletmesi ile müşteri arasında müşterinin eşyalarının korunacağına ilişkin ayrıca bir anlaşma yapılmasına gerek bulunmamaktadır.<sup>713</sup> Bu sorumluluğun doğması için yolcunun otelci tarafından kabulü, yolcunun beraberinde eşyasını getirmesi ve bu eşyanın hasara uğraması, yelef olması veya çalınması yeterli olacaktır. Bu durumda otelciler ve hancılar, müşterilerinin beraberlerinde getirdikleri eşyanın telef olması, hasara uğraması veya çalınması sebebiyle, zarara bizzat yolcu veya onu ziyarete gelen veya refakatinde bulunan kimsenin sebep olduğunu veya

<sup>711</sup> WIEGAND, Art.420 N 7

<sup>712</sup> Asıl amacın konaklama olmaması sebebiyle hastane sözleşmeleri bu hüküm kapsamında yer almamaktadır .Bkz. HONSELL, OR BT, s.374

<sup>713</sup> WIEGAND, Art.487 N 2; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 487 N 3; TANDOĞAN, Otelcilerin Mesuliyeti, AÜHFD 1955, C.XII, S.3-4, s.207 vd.

mücbir sebeplerden dolayı ortaya çıktığını veya söz konusu malın özelliğinden kaynaklandığını ispatlamadıkça bu zarardan sorumlu olacaktır. İşletme sahibinin sorumluluktan kurtulması için kusurunun bulunmadığını ortaya koymasının yetmemekte ve sorumluluktan kurtulması için zararın müşterinin, ziyaretçisinin veya refakatçisinin davranışından ya da mücbir sebepten ve nihayet malın kendisinden kaynaklanan özellikler sebebiyle ortaya çıktığını ispatlaması gerekmektedir. Bu nedenle burada bir kusur sorumluluğundan değil, bir sebep sorumluluğunun varlığından bahsetmek gerekecektir.<sup>714</sup> Borçlu işletmeci bahsedilen durumlardan birini ispatlayamadığı takdirde kusursuz olsa bile meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır.<sup>715</sup>

### *eee-Umumi Ahır İdare Edenlerin Mesuliyeti*

BK m.481'e göre umumi ahırları ve garajları idare edenler, içerilerine konulan veya getirilen veya kendileri veya müstahdemleri tarafından kabul olunan otomobil, hayvan ve araba ve koşum ve sair teferruatın ziya ve hasarından ve çalışmasından zararın, zarar gören veya onu ziyaret veya ona refakat ya da tevdi olunan eşyanın özelliğinden kaynaklanan bir sebeple ortaya çıktığını ispat etmedikçe bu zararlardan sorumlu olacaktır. Otoparkların bugün artık garaj olarak kabul edilmemesi ve BK m.481 yerine BK m.478 kapsamında kaldıklarının kabul edilmesi sebebiyle<sup>716</sup> bu hükmün uygulama alanı kalmamıştır.

### *ee-Garanti Sorumluluğu*

Borçlunun sözleşmeyle bir sonucu meydana getirmeyi garanti etmesi halinde, sonucun meydana gelmesi borçlunun kusuru bulunmaksızın mümkün olmasa bile,

<sup>714</sup> von BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderere Teil, Zürich 1972, s.189; HONSELL, OR BT, s.374

<sup>715</sup> Müşterinin beraberindeki eşyanın kıymetli eşya olması halinde ise otel sahibi bu malın kendisine emanet edilmemiş olması halinde yalnızca kendisi ve müstahdemlerinin kusurunun bulunması halinde sorumlu tutulabilecektir. Görüldüğü üzere söz konusu eşyanın kıymetli eşya vasfında olması halinde kanun genel kurala uygun olarak borçlu bakımından yine kusur sorumluluğunu kabul etmiştir.

<sup>716</sup> HONSELL, OR BT, s.375; WIEGAND, Art.490 N 3;

borçlu bundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Aşağıda konumuzla ilgili olarak kanunda yer alan garanti sorumluluğuyla ilgili hükümler ele alınacaktır.

### *aaa-Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*

İlk olarak BK m.110'a göre bir üçünü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse, bu üçüncü kişi tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur. Bu hükme göre borçlu üçüncü kişinin taahhüt edilen fiili gerçekleştirmemesi halinde alacaklının bundan doğan zararlarını temin etmek borcu altına girecektir. Burada borçlunun kendisi bu edimi ifa yükümü altına girmemekte, bir başkasının belli bir davranışta bulunacağını taahhüt etmektedir. Borçluya düşen yalnızca üçüncü kişinin taahhüt edilen davranışta bulunmaması halinde alacaklının zararlarını karşılamaktan ibarettir. Bu sözleşmede üçüncü kişi taraf olmadığı gibi herhangi bir yükümlülük altına da sokulmamaktadır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak da adlandırılan bu sözleşmede kefaletten farklı olarak fer'i bir borçlanma söz konusu değildir. Alacaklı üçüncü kişinin fiili gerçekleştirmemesi halinde borçludan, taahhüt edilen fiilin gerçekleştirmemesini değil, bu fiilin gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı müsbet zararın tazminini talep edebilecektir.<sup>717</sup>

Üçüncü kişinin edimi belirlenen tarihe kadar gerçekleşmediği takdirde kendisine karşı herhangi bir ihbara yada mehile gerek kalmaksızın garanti yükümlülüğü muaccel hale gelecektir. Zira burada borçlu bakımından birincil edim yükümlülüğü değil, ikincil edim yani tazminat yükümlülüğü söz konusudur.<sup>718</sup> Aynı şekilde garanti verenin üçüncü kişinin fiilini gerçekleştirmesine engel olması halinde de tazminat yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Borçlunun gereken her şeyi yapmasına rağmen üçüncü kişinin söz konusu fiili gerçekleştirmedini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

<sup>717</sup> Hakım görüş burada menfi zararın değil müsbet zararın talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. BECKER, Art.111 N 14; WIEGAND, Art.111 N 14; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.111 N 10

<sup>718</sup> BECKER, Art.111 N 12; WIEGAND, Art.111 N 12

Kanaatimizce üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmelerinde, fiili taahhüt edilen üçüncü kişi söz konusu fiil gerçekleştirmeye zorlanamayacağından, burada verilen süre içerisinde fiilin gerçekleşmemesi halinde taahhütte bulunan borçlu açısından borca aykırılık hallerinden yalnızca imkansızlık söz konusu olacaktır. Burada belirli süre içerisinde borçlunun bir davranışta bulunacağı taahhüt edilmiş olduğuna göre üçüncü kişinin söz konusu fiili belirlenen süreden sonra gerçekleştirmesi de borçluyu tazminat ödemekten kurtarmayacaktır. Bu hüküm sayesinde borçlunun bu imkansızlıkta kusurlu olmadığını ileri sürerek sorumluluktan sıyrılmasının önüne geçilmiş ve borçlu kusuru bulunmasa bile alacaklının zararını tazmin etmek zorunda bırakılmıştır.

### *bbb-Alacağı Temlik Edenin Garanti Yükümü*

BK m.169 f.1'e göre alacağın temlik ivaz karşılığında yapılmış ise temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcut olduğunu ve borçlunun ödeme yapacağını garanti etmiş olacaktır. Kanun burada alacağı temlik edenin her türlü kusurdan bağımsız olarak alacağın temlik anında mevcut olmamasından sorumlu tutmaktadır.

Alacağın bir ivaz karşılığında devredilmesine örnek olarak alacak hakkının satın alınması ve ifa yerine temlik<sup>719</sup> gösterilebilecektir.<sup>720</sup> Bu durumda alacaklı borçludan alacağı tahsil edecektir. Bunun için borçluya karşı tüm kanuni yollara başvuracak ve alacağın varlığını ispat etmek zorunda kalacak, ancak alacağın varlığını ispat edemediği takdirde temlik edene başvurabilecektir.<sup>721</sup> Hükümün lafzından, temlik edenin alacağın yalnızca temlik zamanında varlığını garanti ettiği sonucu çıksa da, hüküm BK m.167 f.1 ile birlikte yorumlandığında, alacaklının, borçlunun temlike vakıf olduğu anda temlik edene karşı sahip olduğu def'iler sebebiyle borcunu ödemek zorunda olmaması halinde de garanti yükümü altında olduğu

<sup>719</sup> İfa uğruna temlik bakımından ise, burada alacağın karşı edimle bir bağlantısı olmadığı, daha çok BK m.170'de açıkça düzenlendiği gibi temellük edenin bunu ancak borçludan aldığı veya gereken özeni gösterseydi alabilecek olduğu miktarı kendi alacağına mahsup edebilecek olması sebebiyle ifa uğruna temlikin alacağın ivazsız devrinin özel bir türü olduğu söylenmiştir. Bkz., **BUCHER, OR AT, s.522**

<sup>720</sup> **BUCHER, OR AT, s.522; WIEGAND, Art.171 N 1**

<sup>721</sup> Yarg.4.HD E.1965/2342 K.1965/2383

söylenebilecektir.<sup>722</sup> Alacaklının alacağın varlığını ispatlayamaması halinde borçlu alacağın mevcut olmadığını bilmediğini ya da bilebilecek durumda olmadığını, dolayısıyla kusurunun bulunmadığını ileri sürse dahi sorumlu olacaktır.

Bunun gibi alacağı temlik edenin borçlunun ödeme gücünü garanti etmesi durumunda da, temlik anında borçlunun ödeme güçsüzlüğü içerisinde bulunması halinde alacaklı herhangi bir kusura bağlı olmaksızın zararını temlik edenden talep edebilecektir. Üstelik burada alacağın bir ivaz karşılığı temlik edilmesine dahi gerek bulunmamaktadır. Ancak burada ilk fıkradaki durumdan farklı olarak garanti yükümünden bahsedilebilmesi için alacağı temlik edenin bunu ayrıca taahhüt etmesi gerekecektir. Bu durumda alacağın varlığına rağmen borçlunun örneğin mallarına haciz koyulması sebebiyle borcunu ödeyemediği bir durumda temlik eden bu durumdan sorumlu olacaktır.

Bu taahhüdün geçerli olabilmesi herhangi bir şekilde bağlı değildir.<sup>723</sup> Alacağı temellük eden böyle bir durumda hem alacağın ivazlı olarak temlik edildiğini, hem borçlunun ödeme güçlüğü içerisinde bulunduğunu hem de temlik edenin borçlunun ödeme gücünü açıkça veya zımnen garanti ettiğini ispatlamak zorunda kalacaktır. Burada ayrıca borçluya karşı iflas takibi yapılması veya kendisine karşı başlatılan icra takibinin sonuçsuz kalması aranmayacak, borçlunun sübjektif imkansızlık içerisinde bulunduğunun ispat edilmesi yeterli olarak görülecektir.<sup>724</sup>

### **c-Sorumluluğun Sınırlandırılması ve Bunun Sınırları**

Sözleşme sorumluluğu hükümlerinin emredici nitelikte olmaması sebebiyle taraflar sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak kendi aralarında borçlunun sorumluluğunu sınırlandıracak bir anlaşma yapabilmekte ve bu sayede borçlu bazı hallerde borca aykırı davranışından dolayı sorumlu tutulmamaktadır. Buna göre bazı hallerde borçlu hiç veya gereği gibi ifa etmemesine rağmen sorumluluktan kurtulabilmektedir. Ancak söz konusu sınırlamanın hüküm doğurabilmesi için,

<sup>722</sup> von BÜREN, OR AT, s.336; ENGİN, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s.108,109

<sup>723</sup> WIEGAND, Art.171 N 10; ENGİN, s.131

<sup>724</sup> BUCHER OR AT, s.523; BaslerKomm- WIEGAND, Art.171 N 11; Engin, s.135

bunun BK m.99 ve 100 f.2'deki şartlara uygun olarak getirilmiş olması gerekmekte, aksi takdirde ise bu şart batıl sayılmaktadır. Bu anlaşmanın mutlaka açıkça sözleşmede yer alması gerekmekte,<sup>725</sup> zımnen de kabul edilebilmesi mümkün olabilmektedir.<sup>726</sup> Her iki hüküm de yalnızca zararın meydana gelmesinden önce yapılan anlaşmalara uygulanabilecektir.<sup>727</sup>

BK m.99 borçlunun kendi davranışlarından, BK m.100 f.2 ise yine borçlunun ifa yardımcısının davranışlarından doğan sorumluluğundan kurtulabilmesinin sınırlarını düzenlemektedir. Her iki hüküm de aslında kanunda yer alan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin uygulanmasını sağlayan ve böylece zarar gören ile zarar veren arasındaki sözleşmesel ilişkideki adaleti en alt seviyede korumaya çalışan hükümlerdir.<sup>728</sup>

#### *aa-Borçlunun Kendi Fülinden Doğacak Sorumluluklarda*

BK m.99 f.1'e göre borçlunun ağır kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Bu hükme göre taraflar ancak borçlunun hafif kusurundan yani hafif ihmalinden dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yapabileceklerdir. Tarafların borçlunun hafif ihmalinden sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yapmaları halinde, borçlunun borca aykırılıkta ağır ihmalinin veya kastını bulunduğunu ispat etmek alacaklıya düşecek, burada BK m.96'daki ispat kuralı uygulanmayacaktır.<sup>729</sup>

<sup>725</sup> Kanunda herhangi bir şekil şartının öngörülmemiş olması sebebiyle sorumsuzluk anlaşmaları BK m.11'e göre herhangi sıhhat şekline tabi değildir. Ancak somut olayda yapılan sözleşmede bir sorumsuzluk şartı kararlaştırılmışsa, bu anlaşmanın da asıl sözleşmenin şekil şartına bağlı olacağı söylenebilecektir.

<sup>726</sup> Örneğin borçlunun ifa yardımcısının alacaklı tarafından seçildiği durumlarda borçlunun ifa yardımcısının hiçbir kusurundan sorumlu olmayacağı veya otomobil galerisine giderek araba satın almak isteyen müşterinin deneme sürüşü esnasında araca verdiği zararlar sebebiyle yalnızca kast veya ağır ihmalinden sorumlu tutulabileceğine yönelik bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığı somut olayda kendiliğinden kabul edilecektir. Bkz. **BECKER**, Art.101 N 25.; **von TUHR/ESCHER**, s.130; Aynı görüşte **WIEGAND**, Art.100 N 3; **KAMM**, Freizeichnungsklauseln im deutschen und schweizerischen Recht- ein Vergleich, Köln 1985, s.41

<sup>727</sup> **von TUHR/ESCHER**, s.120; **WIEGAND**, Art.100 N 2; **SCHMID**, Freizeichnungsklauseln, in Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60.Geburtstag, 2003, s.307; **FEYZİOĞLU**, s.210

<sup>728</sup> **SCHMID**, Freizeichnungsklauseln, s.308; **FEYZİOĞLU**, s.210

<sup>729</sup> **WIEGAND**, Art.100 N 5

Kanun koyucu borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayabileceği şeklindeki kuralı bazı haller bakımından sınırlandırmıştır. BK m.99 f.2'ye göre hafif kusur halinde borçlunun sorumlu olmayacağına ilişkin önceden anlaşma yapılırken, alacaklı borçlunun hizmetinde bulunuyorsa veya sorumluluk yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen bir sanatın yürütülmesinden doğuyorsa, borçlunun sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma hakim tarafından hükümsüz sayılabilecektir.

Bu hükme göre ilk olarak, işveren ile işçi arasında mevcut olan bir borç ilişkisinde işveren borçluya karşı hafif kusurundan dahi sorumlu olacaktır.<sup>730</sup> Ancak borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kendiliğinden hükümsüz olmayacak, bu ancak hakim tarafından hükümsüz sayılabilecektir.<sup>731</sup> Söz konusu sınırlamanın uygulanabilmesi için sorumsuzluk anlaşmasının yapıldığı anda alacaklı ile borçlu arasında bir hizmet ilişkisinin bulunması gerekmektedir.<sup>732</sup>

Aynı şekilde, havagazı, su ve elektrik işletmeleri, hekim, avukat veya banka örneklerinde olduğu gibi, hükümet tarafından verilen izinle yürütülen bir mesleği icra eden borçlu, yaptığı iş ile ilgili bir sözleşmede borçlu sıfatıyla yer alıyorsa, yine hafif kusurundan dahi sorumlu olacak, bunun aksine bir anlaşma hakim tarafından hükümsüz sayılabilecektir.<sup>733</sup>

<sup>730</sup> Bu hükmün amacının ekonomik bakımdan kişiliğin korunması, sosyal ve ekonomik bakımdan güçlü olan kişinin sahip olduğu bu konumu, sözleşmenin karşı tarafına hakkaniyete aykırı sorumsuzluk şartlarını kabul ettirme bakımından kullanmasının önüne geçilmesi olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.100 N 1; **von TUHR/ESCHER**, s.119; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.456; **AKMAN**, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s.57 vd. Hatta doktrinde bazı yazarlarca taraflar arasında hizmet ilişkisinin bulunmadığı, ancak borçlunun alacaklı üzerinde sahip olduğu büyük etkiye dayanarak alacaklının kendisine olan bağımlılığını kullanarak sorumsuzluk anlaşması imzalatıldığı hallerde de bu sınırlamanın geçerli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **BECKER**, Art.100 N 7; Spiro, s.352; **FEYZİOĞLU**, s.213; Akman, s.61 vd.; **ŞENOCAK**, s.245

<sup>731</sup> 6089 sayılı TBK m.115 f.2'ye göre ise, borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü sözleşme kesin hükümsüzdür. Görüldüğü üzere bu hükümle birlikte hakime hafif kusur bakımından sorumsuzluk kaydını kesin hükümsüz sayıp saymama hususunda verilen takdir yetkisi kaldırılarak, bahis konusu hallerde sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüz sayılacaktır.

<sup>732</sup> **von TUHR/ESCHER**, s.119; **LÖRTSCHER**, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977, s.161; Ancak doktrinde bazı yazarlarca hükümde geçen "alacaklı borçlunun hizmetinde ise..." ifadesinin geniş yorumlanarak alacaklının içinde bulunduğu ekonomik zorluk sebebiyle, sırf borçlunun hizmetinde çalışabilmek amacıyla bu sorumsuzluk şartını kabul ettiği hallerde de bu fıkranın uygulanabileceği belirtilmiştir. Bkz. **AKMAN**, s.58 vd., **ŞENOCAK**, s.246.

<sup>733</sup> Bugün doktrinde hakim olan fikre göre bu hüküm borçlunun faaliyette bulunmak için bir imtiyaza sahip olmamasına rağmen, bu faaliyet için izin veya resmi ruhsat alması gereken hallerde de



BK m.99'da borçlunun BK m.96'dan kaynaklanan sorumluluğundan bahsedilmesine rağmen, bu hükmün hiç veya gereği gibi ifa edilmeme dışındaki borca aykırılık halleri bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir.<sup>734</sup> Buna göre örneğin temerrüt sebebiyle doğan tazminat yükümlülüğü bakımından da borçlunun sorumluluktan kurtulmasının sınırları bu hükme göre tayin edilecektir.

BK m.99 yalnızca sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılmasına değil, kısmen kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar bakımından da uygulanabilecektir.<sup>735-736</sup>

### ***bb-İfa Yardımcısının Fiilinden Doğacak Sorumluluklarda***

BK m.100 f.2 ise borçlunun yardımcı şahısların fiillerinden doğan sorumluluğunun kaldırılmasına ilişkindir. Bu fıkraya göre borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.<sup>737</sup> Buna göre taraflar borçlunun ifa yardımcılarının hiçbir kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yaparak sorumluluktan kurtulma imkanına sahip bulunmaktadır. Ancak borçlunun sorumluluktan sıyrılmaya yönelik bu yetkisi sınırsız değildir. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında BK m.99 f.2'ye paralel olarak, alacaklının sorumsuzluk anlaşması

---

uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Bkz. **BECKER**, Art.100 N 8; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.100, N 5; **LÖRTSCHER**, s.162; **AKMAN**, s.64 vd.; **KILIÇOĞLU**, s. 478; **ŞENOCAK**, s.247. Aksi kanaatte, **FEYZİOĞLU**, s.215. Yazar ruhsatın bir imtiyaz olmadığı gerekçesiyle avukatlık, doktorluk, eczacılık gibi meslekleri icra edenlerin bumaddenin kapsamı dışında bırakılması gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>734</sup> **KOLLER**, OR AT, § 60 N 25

<sup>735</sup> **KOLLER**, OR AT, § 60 N 26

<sup>736</sup> BK m.196, BK m.99 f.1'e istisnai bir durum getirmektedir. Buna göre satıcı, satılarda bulunan ayıbı alıcıdan kasten gizlemişse, satım akdinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu ortadan kaldıracak ya da sınırlayacak her türlü anlaşma kesin hükümsüz sayılacaktır. Bu hükme göre borçlu sadece kastından ötürü sorumsuzluk anlaşması yapamayacak, ancak ağır ihmali bakımından bu mümkün olacaktır. **BECKER**, Art.208 N 6; Doktrinde bazı yazarlar bu hükmün yalnızca akdın kurulması anındaki sessiz kalma ile ilgili olduğunu, yani burada bir *culpa in contrahendo* sorumluluğundan bahsedileceğini, akdın kurulmasından sonraki sorumsuzluk anlaşmaları için ise yine BK m.99 ve m.100 f.2 ve 3'ün geçerli olacağını belirtmektedirler. Buna göre bir satıcı parça borcunda sözleşme konusu malda ağır ihmali ile bir ayıp meydana getirirse sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bkz. **LÖRTSCHER**, s.144 vd.; **KAMM**, s.159; **KOLLER** OR AT, § 60 N 34; Aynı şekilde satım sözleşmesinde zapta karşı tekeffül ile ilgili olan BK m.189 f.3'de de satıcının üçüncü şahsa ait olan hakkı bilerek gizlemesi halinde zapta karşı tekeffül sorumluluğunu ortadan kaldıracak ya da sınırlayacak her türlü anlaşmanın kesin hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir. BK m.196 ile ilgili yukarıda yapılan açıklamalar bu hüküm hakkında da geçerlidir.

<sup>737</sup> 6089 sayılı TBK m.116 f.2'de de yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğun önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilmesi ifade edilmiştir.

yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde olması veya sorumluluk yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen bir sanatın yürütülmesinden doğuyorsa borçlunun anlaşma ile yalnızca hafif kusurdan sorumlu tutulmayacağına kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Buna göre bu hallerde borçlunun yalnızca hafif kusurundan kaynaklanan sorumlulğundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar yapılabilecek ya da borçlunun daha ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma söz konusu ise buradaki kusur hafif kusur olarak anlaşılacaktır.<sup>738-739</sup>

<sup>738</sup> Bunun yanı sıra MK ve BK'da tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüklerine getirilen kısıtlamaların sorumsuzluk anlaşmaları bakımından da geçerli olacağı ifade edilmektedir. Bkz. **ŞENOCAK**, s.239

<sup>739</sup> Bazı yazarlar hem BK m.99 hem de BK m.100 f.2 ve 3'ün sorumluluk hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu görüşünü taşımaktadır. Bu yazarlara göre yardımcı şahıs kullanmak suretiyle borcun ifası veya hakkın kullanılmasında hareket imkanı genişletilen borçlu, bunun karşılığında ifa yardımcılarının davranışlarının riskini taşıması gerektiği düşüncesiyle önce BK m.100 f.1'de yardımcı kişilerin ika ettikleri zararlardan sorumlu tutulmuş, ancak hemen ikinci fıkrada bu sorumluluktan sıyrılmasını önü açılarak birinci fıkradaki düşünceyle ters düşülmüştür. Bkz. **SCHRANER**, Unzulässige Überwälzung und Wegbedingung der Schadensersatzpflicht, Zürich 1973, s.65 vd. Gerçekten günümüzde hizmet veya mal alımına ilişkin sözleşme ilişkilerinde bu hizmet veya malı verme borcu altında bulunacak firmalar istedikleri tüm şartları bu edimler bakımından alacaklı sıfatını haiz diğer tarafa kabul ettirme imkanına sahip bulunmakta, bunun sonucu olarak, sözleşmeye koydukları bir sorumsuzluk şartıyla ağır kusurlarından dahi sorumlu olmamaktadırlar. Bu durum ise borçlunun sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmemesine ve bunun karşılığında alacaklının elinin boş kalmasına yol açmaktadır. Özellikle piyasada monopol durumunda olan firmalarla borç ilişkisine girildiğinde, söz konusu firmalar piyasada tek olmalarından ve alacaklının kendilerinden başkasından bu mal veya hizmeti alma imkanının bulunmamasından yararlanarak genel işlem şartı şeklinde hazırlanmış sözleşmeye rahatlıkla sorumsuzluk şartı koyabilmekte ve bu sayede ifa yardımcılarının hiçbir kusurundan sorumlu olmamaları sebebiyle alacaklıyı korumasız bırakabilmektedirler (6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nunda ise genel işlem şartları sınırlandırılmış bulunmaktadır. TBK m.20-25 hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunan bu yeni düzenlemeyle, yalnızca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'un değişik 6.maddesinde düzenlenen bu kurum artık tüm borç işlemleri için uygulanacaktır). İşte bu nedenden ötürü fıkrada geçen "sorumluluk yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen bir sanatın yürütülmesinden doğuyorsa" ibaresinin geniş yorumlanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir (Bkz. **WIEGAND**, Art.100 N 10; **WEBER**, Art.100 N 113; **JÖRG**, Freizechnungsklauseln, s.312). Buna göre bu ibreden yalnızca hekim, avukat, eczacı gibi meslek sahipleri anlaşılacaktır, bunların dışında kurulmaları için ruhsatnameye ihtiyaç duyulan işletmeler ve bu arada bankalar da (bu konudaki tartışmalar için bkz. **JÖRG**, Freizechnungsklauseln, s.315 vd.) üçüncü fıkra kapsamında değerlendirileceklerdir. 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.116 f.3'de ise "uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür" denilmek suretiyle, hem BK m.100 f.2'de yer alan "mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa" şeklindeki ifadeden kaynaklanan açıklamalara açıklık getirilmiş, hem de hafif kusurdan sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşmalar dahi hakim takdir yetkisine bırakılmadan kesin hükümsüz sayılmıştır. Bunun yanı sıra sorumsuzluk anlaşmalarıyla ilgili olarak öğretilde bazı yazarlar tarafından ise, borçlunun kendi veya ifa yardımcısının kusurundan sorumluluğundan kurtulmasını sınırlayan hükümlerin yalnızca BK m.99 ve m.100 f.2 ve 3'den ibaret olmadığı, bunun yanı sıra ahlaka aykırı anlaşmaları kesin hükümsüz olarak kabul eden BK m.19'un, m.20'nin ve MK m.2'nin de borçlunun sorumluluğunun kaldırılması veya azaltılmasını sınırlayan bir hüküm olduğu ifade edilmiştir. **BECKER**, Art.100 N 10; **SCHRANER**, s.71; **LÖRTSCHER**, s.193; **KAMM**, s.165 vd.; **ŞENOCAK**, s.242.

### 3-Zarar

Bk m.96'ya göre alacaklının tazminat talep edebilmesi için aranan şartlardan ikincisi, söz konusu imkansızlığın alacaklıyı zarara uğratmasıdır. Borçlar Kanunu'nda zararın tanımı ne haksız fiil sorumluluğuna ne de sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerde yapılmış bu husus doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır.<sup>740</sup> Kanunda yalnızca zararın tayini (BK m.42) ve tazmini gereken zararlar (BK m.45-47) hakkında hükümlere yer verilmiştir.<sup>741</sup>

Hukuki anlamda zarar, hak sahibinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır.<sup>742</sup> Bu sebeple kişinin iradesi dahilinde uğradığı zararların, zarar kavramı altında değerlendirilmeleri mümkün olmayacaktır. Ancak, kazaya uğrayan şahsın tedavi olmak için bir rehabilitasyon merkezine gitmesi örneğinde olduğu gibi, kişinin irade dışı oluşan bir zararını gidermek için kabul ettiği zararlar da, zarar kapsamı altında değerlendirilerek tazmin edilebileceklerdir.

Ancak mevcut ya da meydana geleceği belli olan zararların tazmini talep edilebilecektir. Basit bir zarar tehlikesinin bulunması tazminat talep edilebilmesi için yeterli olmayacaktır. Ancak bir zararın gelecekte meydana gelmesine kesin gözüyle bakıldığı hallerde gelecekteki zarar sebebiyle tazminat talep istenmesi mümkün olacaktır.<sup>743</sup>

<sup>740</sup> Bazı ülke kanunlarında ise zararın tanımının yapıldığı görülmektedir. Örneğin Avusturya Medeni Kanunu'nda zarar, bir şahsın malvarlığında, haklarında veya kişiliğinde yaşadığı her türlü kayıp olarak tanımlanmıştır (ABGB § 1293).

<sup>741</sup> Türk Borçlar Kanunu Tasarısının kamuoyuna sunulan ilk metninde maddi zarar "bir kişinin malvarlığın zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum ile bu fiil sonucu aldığı durum arasındaki fark", manevi zarar ise bir kişinin kişiliğinde zarar verici fiille meydana gelen olumsuz etkilenme" olarak tanımlanmış, ancak daha sonra bu tanımlar tasarı metninden çıkarılmıştır.

<sup>742</sup> **LARENZ**, Schuldrecht I , § 27 II, s.426; **HEINRICH**S, Vorb. Von § 249 N 8; **OETKER**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, §§ 249-255, § 249 N 16; **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, § 50 N 452; **von BÜREN**, OR AT, s.42; **REY**, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, N 151; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.63; **VELİDEDEOĞLU**, Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat, Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, s.739; **ATAAY**, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarı, Üçüncü Bası, İstanbul 1981, s.86; **FEYZİOĞLU**, s.182; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.514; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16 N 5; **EREN**, s.473; **KILIÇOĞLU**, s.208; **BÜYÜKSAĞIŞ**, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007, N 17, **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 9.

<sup>743</sup> **BECKER**, Art.97 N 31

## a-Zarar kavramıyla ilgili görüş ayrılıkları

Zarar kavramı hakkında doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Mommsen'in zararı zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaat şeklindeki ifadesinden<sup>744</sup> etkilenerek Alman, İsviçre ve Türk doktrinlerinde zarar kavramı çoğunlukla, malvarlığının bu zarar verici olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durumla, zarar verici olayın gerçekleşmesinden sonra içinde bulunduğu durum arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır.<sup>745</sup> Buna karşı doktrinde oldukça az yazar tarafından savunulan ve fark teorisinin denkleştirme kurumu göz önüne alınarak eleştirilmesi sonucu ortaya çıkan başka bir görüşe göre ise<sup>746</sup> şahısların malvarlıklarına dahil olan

<sup>744</sup> MOMMSEN, s.3 vd. Yazar kitabında tazminat kavramını "telafi" olarak görmüş ve zarar kavramını bir kişinin malvarlığının şu anki durumu ile zarar verici davranış meydana gelmeseydi içinde bulunacağı durum arasındaki fark olarak tanımlamıştır. Buna göre zarar her iki malvarlığı durumu arasındaki farktan oluşmaktadır. Bu tanım doktrinde "Fark Teorisi" olarak adlandırılmıştır.

<sup>745</sup> LARENZ, Schuldrecht I, § 27 II, s.426, § 29 I, s.480; HEINRICH, Vorb. Von § 249 N 9; OETKER, § 249 N 16; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I AT, § 31 II 1a; FIKENTSCHER/HEINEMANN, §52 I N 600 vd.; MEDICUS, Schuldrecht I, 17.Auflage, § 54 N 595; SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Kapitel 6 N 255; KAISER, Schadensersatz neben oder statt der Leistung, FS für Harm Peter Westermann, Köln 2008, s.351; Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında zararın tanımı yapılmamış, bu boşluk doktrin tarafından klasik fark teorisi ile doldurulmuştur. Bkz. BREHM Art.41 N 70 b; BECKER, Art.97 N 26; von TUHR/PETER, s.84; BARTH, s.83; von BÜREN, OR AT, s.42-43; OFTINGER/STARK, § 2 N 9; MERZ, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erster Teilband, Basel 1984, s.180; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2848; KELLER, Haftpflichtrecht, s.64; GLÄTTLI, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.74; BERGER, N.1541; SCHNYDER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, HONSELL/VOGT/WIEGAND, Art.1-529, Basel, Frankfurt 1996, Art.41 N.2; ATAAY, s.89; VELDET, s.743; FEYZİOĞLU, s.182; OĞUZMAN/ÖZ, s.514; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.548; EREN, s.473; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.63; AKÜNAL, Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977, s.56 vd.; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16 N 5; HAVUTÇU, s.68; BÜYÜKSAĞIŞ, N 28. Yazar bu tanımı geliştirerek zararı, piyasaya para karşılığında arz edilebilecek hukukça korunan bir menfaatin istenç dışı kaybı olarak tanımlamaktadır. Bkz. N 665; Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay da bu teoriyi kabul etmektedirler. Federal Mahkeme için bkz. BGE 104 II 199; BGE 116 II 444; BGE 129 III 320 E.7.2. Yarg.7.HD E.2010/1831 K.2010/4154, T.29.6.2010 (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi); Yarg.4.HD E.1997/7385, K.1997/11975, T.15.12.1997 (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi); Yarg.4.HD E.1983/6510 K.1983/8025, T.4.10.1983 (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi). Mommsen Interesse kavramını Roma Hukuku'ndan türetmiştir. Zira Roma Hukuku'nda tazminat "id quod interest" olarak ifade edilmiştir. Honsell ise, Mommsen'in Interesse kavramını yanlış anladığını, Roma Hukuku'nda hiçbir kaynakta bu kavramın fark anlamına gelmediğini belirtmektedir. Bkz. HONSELL, Herkunft und Kritik des Interessenbegriff im Schadensersatzrecht, JuS 1973, H.2, s.69

<sup>746</sup> OERTMANN, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin, Guttentag 1901, s.5 vd; LANGE/SCHIEMANN, Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz, 3.Auflage, Tübingen 2003, s.38 vd. Ergüne ise, her ne kadar içeriği itibariyle fark teorisi daha uygun gözükse de aslında bu teorinin daha çok nakden tazmin bakımından elverişli olduğu, aynen tazminin söz konusu olduğu durumlarda zararın tespitine yönelik karşılaştırmaların nakden tazminde olduğu gibi bütün malvarlığı üzerinden değil, sadece zarar verici olayın etkilediği münferit hak konusu varlıklarla sınırlı olarak yapılması, ancak bu durumda dahi malvarlığının bütününe dikkate alınması gerektiğini, bu nedenlerle buteorilerden

değerlerde, bu değerden yoksun bırakılma veya bu değerın tahrip edilmesi şeklinde yaşanılacak her türlü somut kayıp zarar olarak kabul edilebilecektir (Somut Zarar Teorisi).<sup>747</sup>

Fark teorisine göre zarar daima zarar görenin malvarlığında meydana gelen bir durumdur ve sözleşmeye aykırı davranış sonucunda bir zararın meydana gelmesi, daima aktiflerin azalması yahut pasiflerin çoğalması (fiili durum) ya da aktifin artması yahut pasifin azalması imkanını kaybetme (yoksun kalınan kar) şeklinde olacaktır. Hakim tazminatı tayin ederken eğer borçlu borcunu gereği gibi ifa etseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı “olması gereken” durum ile zarar verici olay sonrasında içinde bulunduğu durumu değerlendirecektir. Alacaklı ise, bu değerlendirmede, iddia ettiği olması gereken durumun büyük ölçüde gerçekleşeceğini ispatlamak zorunda kalacaktır. Olması gereken durumun ispatı malvarlığında meydana gelen azalmalarda (damnum emergens) kolay ve mümkünken, yoksun kalınan karda (lucrum cessans) yalnızca, alacaklının hayatın doğal akışına göre kesin olarak yaşayacağı ya da somut olayın özelliğine göre büyük ihtimalle meydana gelecek bir kazanç kaybı söz konusu olduğunda mümkün olabilecek,<sup>748</sup> bir başka deyişle burada farazi bir durum dikkate alınacaktır.<sup>749</sup>

Buna göre imkansızlık halinde alacaklı en azından imkansızlaşan edimin değerini tazminat olarak talep edebilecektir. Zira ifa talebi alacaklının malvarlığının aktifinde yer almakta ve edimin borçlunun kusuruyla imkansızlaşması halinde aktiflerinin azalması sebebiyle alacaklının malvarlığı iradesi dışında bir kayıp yaşanmaktadır.

Klasik zarar görüşüne göre bir zararın malvarlığı zararı olabilmesi için ise mutlak olarak ekonomik öneminin olması ve bir parasal karşılığı bulunması, bir başka deyişle mutlaka ekonomik bir etki doğurması gerekmektedir. Bu sebeple manevi ve gayri maddi zararların zarar kavramı altında ele alınabilmeleri, bunların ancak ekonomik bakımdan etki doğurmaları halinde mümkün olacak, aksi takdirde bir

---

birini benimsemek yerine her iki teoriyi birbirini tamamlayacak şekilde kabul etmenin daha doğru olacağını ifade etmektedir. Bkz. **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s.21-22

<sup>747</sup> Bu teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AKÜNAL**, s.53 vd.

<sup>748</sup> **BECKER**, N.31,34 vd. zu Art.97; **BERGER**, N.1544. BGE 82 II 397; Yarg.11.HD E.2001/10185, K.2002/2000 (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi); Yarg.11.HD E.1997/4268, K.1997/4712 (Kazancı Hukuk Otomasyonu Sistemi);

<sup>749</sup> **BREHM**, Art.41 N 70e; **OFTINGER/STARK**, § 2 N 11; **EREN**, s.476

zarardan bahsedilemeyeceği için tazmin edilmeleri mümkün olmayacaktır. Ekonomik sonucu olmayan bu tip zararlar söz konusu olduğunda ancak BK m.46, 48, 49 şartların varlığı halinde uğranılan manevi zarar ve ziyanın istenebileceği kabul edilmektedir.<sup>750-751</sup>

## **b-Zarar Türleri**

### ***aa- Şahsa Verilen Zararlar- -Mala Verilen Zararlar***

Zararın alacaklının kişi varlığında meydana gelmesi, borca aykırılık sebebiyle alacaklının bedensel bir zarar uğraması veya hayatını kaybetmesi şahsa verilen zarar olarak ifade edilir. Bir kişi varlığı zararının tazminata konu olabilmesi için ise bu zararın parasal bir değerinin olması gerekmektedir. Ancak bunun için zarar görenin malvarlığının tazminat talep edeceği tarihte bu durumdan olumsuz etkilenmiş olması şart değildir.<sup>752</sup> Bundan ziyade bu zararın parasal karşılığının tahmin edilebilir olması da yeterli olacaktır. Bir zararın yüksekliği, objektif kriterler yardımıyla ve sübjektif duygular, kıskançlıklar ve bakış açıları dikkate alınmaksızın ölçülebildiği takdirde bu zarar para ile ölçülebilir niteliktedir.<sup>753</sup>

Zarar gören değerini fiilen para ile ifade edilebilir olması yetmeyecektir. Bunu para ile ifade edilen bir piyasa fiyatının olmasının hukuka uygun olması da gerekir. Örneğin yasa dışı ticaretin yürüdüğü bazı piyasalarda insan organlarının veya doğrudan bazı insanların tespit edilebilir bedellerle alıp satılır ve kiralanır olması, burada hukuken bir malvarlığı değeri yaratmayacak ve bunların zarara uğraması maddi zarar oluşturmayacaktır.

<sup>750</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metninde Borçlar Kanunumuzdaki "zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir" ifadesi yerine, bu durumda zarar göreni tatmin etmek için uygun bir bedel ödenmesine karar verilebilir (angemessene Geldsumme als Genugtuung) denilmiş ve bu tazminat olarak değil bir tatmin olarak değerlendirilmiştir.

<sup>751</sup> BECKER, Art.97 N.26; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.41 N.75; BARTH, s.83

<sup>752</sup> KELLER, Haftpflichtrecht, s.66; BÜYÜKSAĞIŞ, N 45

<sup>753</sup> LANGE/SCHIEMANN, Schadensersatz, § 2 I 2

Buna karşılık zararın para ile ölçülebildiği ve doğrudan veya tamamen kişi varlığını etkilemediği durumlarda söz konusu zarar malvarlığı zararıdır.<sup>754</sup> Burada hak sahibinin malı karşılıksız olarak edinmiş olmasının bir önemi yoktur.

### *bb-Müsbet Zarar-Menfi Zarar*

Müsbet zarar borcun borçlu tarafından hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının uğradığı zarardır. Bu alacaklının doğru ifaya olan menfaatinin zarara uğraması şeklinde de ifade edilebilecektir. Buna göre borçlu borcunu ifa etseydi alacaklının malvarlığının alacağı durumla, borç ifa edilmediği için içinde bulunduğu durum arasındaki fark müsbet zarar olarak ifade edilmiştir.<sup>755</sup> Edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklının malvarlığının içinde bulunduğu durumla, borç gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı durum arasındaki fark malvarlığının pasifinde meydana gelen artma veya aktifinde meydana gelen azalma şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi aktifin artmasına veya pasifin azalmasına engel olma şeklinde de meydana gelebilecektir.<sup>756</sup>

Menfi zarar ise alacaklının bir akdin meydana gelmemesi veya hüküm doğurmamasından dolayı bu sözleşmenin varlığına güvenden dolayı meydana gelen zarardır. Alacaklının söz konusu sözleşme hiç yapılmıyaydı uğramayacağı zarar onun menfi zararına karşılık gelmektedir. Zararın sebebi sözleşmenin hüküm doğuracağına olan güvenin boşa çıkarılmasıdır.<sup>757</sup> Akdin konusunun imkansız, kanununa veya ahlaka aykırı olduğu durumlarda veya borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde istenecek zarar menfi zarardır. Sözleşmenin hüküm doğuracağına olan güven dolayısıyla alacaklının sözleşmenin kurulması için yaptığı masraflar, kendi ediminin ifasının hazırlanması için yaptığı

<sup>754</sup> KELLER, Haftpflichtrecht, s.66

<sup>755</sup> von TUHR/ESCHER, s.99; BUCHER OR AT, s.347; VELDET, s.744-745; OĞUZMAN/ÖZ, s.339; EREN, s.1013; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.85; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.426; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.281; HAVUTÇU, s.68

<sup>756</sup> Müsbet zarar pozitif sözleşme menfaati olarak da adlandırılmıştır. Alacaklı sözleşmeyi kurarken borçlunun borcunu sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ifa edeceğine güvenmektedir. Zira borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini önceden gören hiç kimse böyle bir sözleşme ilişkisine girmeyecektir. Borçlunun borcunu ifa edeceğine güvenen borçlu bununla ilgili bir takım masraflar yapmış olabilir. İşte böylece borçlun borcunu ifa etmeyince yapmış olduğu tüm bu masraflar boşa gitmiş olacaktır.

<sup>757</sup> WIEGAND, Art.109 N 8; OĞUZMAN/ÖZ, s.340;

masraflar, akdın hüküm doğuracağına güvenerek yaptığı sözleşmeler sebebiyle ödediği tazminatlar, kaçırdığı kazanç fırsatı gibi masraflar menfi zararın kapsamında yer almaktadırlar.

Borcun borçlunun kusuruyla imkansız hale gelmesi halinde, alacaklının edimin aynen ifasını talep etme ve bu kararı icra ettirme imkanı bulunmamaktadır. Bu durumda alacaklının, imkansızlık halinde yok olan edimin değerini talep etmekten başka bir şansı bulunmamaktadır. Durum böyle olunca alacaklı borçludan müsbet zararını tazmin etmesini talep edecektir. İmkansızlaşan edimin değeri, alacaklının borcun ifasının gerçekleşmesi için yaptığı masraflar, borç ifasına güvenerek üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelere aykırı davranmak zorunda kalması sebebiyle ödeyeceği tazminat zarar kapsamında borçludan talep edilebilecektir.

#### *cc-Fiili Zarar-Yoksun Kalınan Kar*

Borçlunun kusurlu olarak ifa imkansızlığına yol açması sebebiyle alacaklının malvarlığında meydana gelen (müsbet) zararlar iki şekilde ortaya çıkabilir: doğrudan doğruya malvarlığında meydana gelen, yan fiili zararlar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kar (*lucrum cessans*). Doğrudan zararlar alacaklının aktiflerinin azalması veya pasiflerinin çoğalması tarzında olabilir. Yoksun kalınan karda ise malvarlığındaki aktif ve pasifler aynı kalmakta fakat borca aykırı davranış alacaklının malvarlığının aktifinin çoğalmasını engellemektedir. Bir başka deyişle yoksun kalınan kar, zarar verici davranış sebebiyle, hayatın olağan akışına göre malvarlığında yaşanabilecek artışlarının meydana gelmemesi olarak tanımlanabilecektir.<sup>758</sup> Borçlunun bu tip bir zararını borçludan talep edebilmesi için, borca aykırılık söz konusu olmasaydı bu kazancı kaybetmeyeceğini ispatlaması gerekmektedir.

<sup>758</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.561; OĞUZMAN/ÖZ, s.515; EREN, s.478; BÜYÜKSAĞIŞ, N 122



### *dd-Maddi Zarar- Manevi Zarar*

Türk-İsviçre doktrininde zarar kavramından daha çok maddi zarar anlaşılmaktadır.<sup>759</sup> Bu nedenle zarar kavramı ile ilgili şu ana kadar yapılan açıklamalar tümüyle maddi zarara ilişkindir.

İnsanın haysiyetine, şerefine, özel hayatın gizliliğine, özel resim, görüntü, ses kayıtlarına ve vücut bütünlüğüne hukuka aykırı olarak müdahale edilmesi veya yakın bir kişinin öldürülmesi sonucu duyulan elem ve ızdırap ise manevi zarar olarak tanımlanabilecektir.<sup>760</sup>

Alacaklı, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle yalnızca maddi zarara uğramayacak, bunun yanı sıra elem, keder, üzüntü ve acılara maruz kalabilecek ve bu nedenle manevi zararları da söz konusu olabilecektir. Ancak kanunda manevi zarar yalnızca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin temel hüküm niteliğindeki BK m.49 ve buna göre özel hüküm niteliğindeki m.47'de ele alınmış, buna karşın sözleşme hukukunda bununla ilgili bir hükme yer verilmemiştir. BK m.49'a göre şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zararlara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilecektir. BK m.47'ye göre ise hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adaletle muvafık tazminat verilmesine karar verebilecektir.

BK m.96'da borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde borçlunun, alacaklının bundan mütevellit zararlarını ödemesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere kanun burada maddi-manevi zarar ayrımı yapmamıştır. Ancak buna rağmen genel olarak borca aykırılık hallerinde istenecek tazminat olarak akla daima

<sup>759</sup> BREHM, Art. 41 N 70; BECKER, Art.41 N 6; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.41 N 74 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2848; GLÄTTLI, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.74; BERGER, N.1541; VELDET, s.743; OĞUZMAN/ÖZ, s.514 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.548; EREN, s.473; TUNÇOMAĞ, s.285-286; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.11vd.

<sup>760</sup> Ashında burada malvarlığında meydana gelen bir azalma söz konusu olmadığından, klasik anlamda bir zarar söz konusu değildir. Dolayısıyla bunun tazmin edilmesi ve bunun adına "tazminat" denilmesi çok doğru olmayacaktır. Konunun düzenlendiği BK m.47 ve 49'un almanca metinlerinde de "Schadensersatz" yerine "Genugtuung" kavramı kullanılmıştır. Ancak kanunumuzda bu zarar "manevi zarar" olarak ifade edilmiş, buna bağlı olarak bu halde borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu edim ise "manevi tazminat" ifade edilmiştir.

maddi tazminat gelmektedir. Oysa alacaklı borçlunun borca aykırı davranması sebebiyle manevi zarara da uğrayabilecek ve borcuna aykırı davranan borçlu karşısında daha iyi bir konum elde edebilmesi için borçludan bu zararlarının tazminini de talep edebilmesi gerekecektir. İşte bu durumdaki alacaklının borçludan manevi tazminat isteyebilip isteyemeyeceği BK m.47 ve 49'un, BK m.98 f.2'nin yaptığı atıf kapsamında kalıp kalmayacağına bağlıdır.

BK m.98 f.2'ye göre "haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler, kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur". BK m.98 f.2'nin yaptığı bu atıfla, tazminatın ölçüsü ve kapsamı hakkındaki haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler sözleşmeye aykırılık bakımından da uygulama alanı bulabileceklerdir. Bu nedenle alacaklının manevi zararlarını talep edip edemeyeceği bakımından sorulması gereken soru BK m.47 ve 49'un da bu atfın kapsamına girip girmediği, bir başka deyişle "tazminatın ölçüsü ve kapsamının" bu hükümleri de kapsamına alıp almadığıdır.

BK m.98 iki fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkranın ilk cümlesinde borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olduğu, ikinci ve üçüncü cümlelerde ise bu sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. BK m.98 f.2'nin ise sadece kendisinden önce gelen fıkrayla ilgili bir durumu ele almamakta, genel olarak sorumluluğun doğmasına ilişkin bir düzenleme getirmektedir.<sup>761</sup> Bu nedenle haksız fiile ilişkin hükümler bu fıkra gereğince, sözleşme hukukunda sorumlulukla ilgili bir hüküm bulunmaması halinde burada da uygulama alanı bulacaklardır. Sözleşmeye aykırılıklarla ilgili hükümler arasında manevi tazminata ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması sebebiyle de haksız fiil sorumluluğundaki BK m.47 ve 49 hükümlerinin borca aykırılık halinde de uygulanacağını kabul edilmesi gerekecektir. Bu durum doktrinde de büyük çoğunlukla kabul edilmekte ve borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle manevi zarara uğramış olması halinde alacaklının bu zararları da borçludan talep edebileceği kabul edilmektedir.<sup>762</sup>

<sup>761</sup> KOLLER, Jürg Genugtuung aus Vertragsverletzung, Zürich 2003, s.41

<sup>762</sup> von TUHR/ESCHER, s.103; BECKER, Art.97 N.28; BARTH, s.207; BUCHER OR AT, s.349; GLÄTTLI, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.199; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.99 N 14; ROBERTO, N 911; SCHWENZER, N 17.03; WEBER, Art.97 N 172, Art.99 N 269; Yargıtay da bir kararında ölüm haberinin vaktinde ilan edilmemesini ağır kusur sebebiyle şahsiyet haklarına vaki ağır bir saldırı olarak kabul etmiş ve karşı akit gazeteceyi BK m.49'a göre manevi tazminata mahkum etmiştir. Yarg.4.HD K. 7.3.1967

#### **4- Nedensellik Bağı**

Borçlunun sorumluluğu için son şart alacaklının uğradığı zararın, borçlunun hiç veya gereği gibi ifa etmeme şeklinde ortaya çıkan borca aykırı davranışı sebebiyle meydana gelmiş olmasıdır. Borçlu yalnızca kendi borca aykırı davranışının yahut ifa yardımcılarının borca aykırı davranışlarının sonuçları olan zararlardan sorumlu olacak, borca aykırılık ile zarar arasında nedensellik bağının kurulamadığı zararlar bakımından borçluyu sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır.

##### **a-Doğal Nedensellik Bağı**

Hukuka aykırı sonuç ile bu sonucun ortaya çıkmasına sebep olan fiil arasındaki bağ nedensellik bağı olarak adlandırılır. Bu bir sebep-sonuç ilişkisini ifade eder. Buna göre nedensellik bağı, sözleşme hukuku bakımından borca aykırı davranış ile bu borca aykırı davranış sonucu olarak alacaklının malvarlığında ortaya çıkan tüm zararlar arasındaki bağıdır. Bir başka deyişle borca aykırı davranış olmasaydı alacaklının zarara uğramayacağını söylenebildiği her durumda, borca aykırı davranış ile zarar arasında nedensellik bağının var olduğu kabul edilecektir. Eğer borca aykırı davranış zararın olmazsa olmaz şartı değilse aralarında doğal nedensellik bağının bulunduğu söylenemeyecek, bu durumda ise borçlunun doğan zarardan sorumlu tutulması mümkün olamayacaktır.

##### **b-Uygun Nedensellik Bağı**

Sözleşme hukukunda borçlunun sözleşme sebebiyle yüklendiği yükümlülüğün kapsamına yalnızca sözleşme ile kararlaştırılan asli edim yükümü girmemekte, bunun yanı sıra alacaklının borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde sahip olduğu tazminat talebi de bu yükümlülük kapsamında ele alınmaktadır. Sözleşme ilişkisinin bu şekilde farklı menfaatleri etkileyebilecek olması ve özellikle alacaklının elde edeceği edimi bundan para kazanacak şekilde kullanma imkanının bulunması sebebiyle, ifa etmeme nedeniyle doğacak sorumluluk bakımından yalnızca nedensellik bağı uygulanarak alacaklının uğramış olduğu zararın miktarının tam

olarak tespiti çoğu kez mümkün olmayacaktır. Mümkün olsa bile, adalet duygusunu rahatsız edecek kadar uzak ve dolaylı zararları da kapsayacaktır. Bu sebeple alacaklının uğradığı zararın tespiti bakımından birtakım sınırlamalara ihtiyaç duyulmaktadır. Zira gerek haksız fiil sorumluluğunda, gerekse sözleşme sorumluluğunda uygun illiyet bağı teorisinin aranması sadece sorumluluğun bir şartı olması bakımından önem taşımamaktadır. Bunun yanında bu teori sayesinde somut olayda borçlunun borca aykırılık sonucunda ortaya çıkan zararlar nedeniyle sorumluluğuna bir sınırlama getirilmektedir.

Aynen haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi sözleşme sorumluluğunda da salt doğal nedensellik bağının bulunması borçlunun sorumlu tutulabilmesi için yeterli değildir. Borca aykırı hareketin, zararın olmazsa olmaz şartı olması yetmeyecek, bunun ötesinde borca aykırı davranış ile zarar arasında hukuken önem taşıyan bir bağın bulunması gerekecektir. Bunun için ise doğal nedensellik bağına ek olarak birtakım şartların varlığı daha aranacaktır. Buna göre genel hayat deneylerine ve hayatın olağan akışına göre bir zarar belli bir fiilin uygun ve normal bir sonucu olarak karşılanabiliyor ise söz konusu zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilecektir.<sup>763</sup> Uygun nedensellik bağının bulunduğu söyleyebilmesi için burada aranan hayatın olağan akışına göre bir zararın meydana gelmesinin beklenebilir olmasından ziyade, bunun mümkün olmasıdır; zira borca aykırı davranış sonucunda hiç beklenmedik olağanüstü birtakım sonuçların meydana gelme ihtimali her zaman vardır. Bununla birlikte nedensellik bağının uygun olduğunun söyleyebilmesi için borca aykırı davranışın somut olayda meydana gelen sonuçlarının tamamını ortaya çıkarmaya elverişli olması gerekir.

Borçlunun sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yalnızca asli edim yükümünden ibaret görmemek gerekir. Bunun yanı sıra ikincil edim yükümü niteliğindeki tazminat yükümlülüğü de borçlunun sözleşmeden kaynaklanan

<sup>763</sup> von TUHR/PETER, s.99; BREHM, Art.41 N 121; KOLLER, OR AT § 48 N 86; OFTINGER/STARK § 3 N 15; BARTH, s.96; ROBERTO, s.52; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.573; OĞUZMAN/ÖZ, s.519; EREN, s.492.; REİSOĞLU, s.170; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16 N 5; KILIÇOĞLU, s.214. Özen yükümüne aykırılık ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması, özen yükümüne aykırılığın zararın meydana gelmesinde önemli olduğu anlamına gelmektedir. Özen yükümüne uygun davranılması zararın meydana gelmesini engelleyemiyorsa uygun özen yükümüne aykırılık ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu söylenemeyecektir. Bkz. NEUENSCHWANDER, Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, s.76

yükümlülükleri arasında bulunmaktadır.<sup>764</sup> Bu nedenle borçlunun zarardan sorumlu tutulabilmesi için bu zararın borçlu tarafından öngörülebilir olması ve borçlu tarafından üstlenilmiş olması gerekmektedir. Somut olayda zararın öngörülebilir olup olmadığı ise borçlunun sözleşmenin kurulması aşamasında üstlendiği somut zarar risklerine göre belirlenebilecektir. Ancak sonuçların borçlu tarafından öngörülebilir olup olmadığı ve sonuç olarak borçlunun bu riskleri üstlenmiş sayılıp sayılmayacağını tespit ederken subjektif değil, objektif kıstaslar ele göz önünde bulundurulacak, borca aykırılığın zarar sonucunu ortaya çıkarmaya objektif olarak uygun olması gerekecektir. Bu nedenle yalnız borçlunun bu sonucu gerçekten öngörüp öngöremediği ise uygun nedensellik bağının tespiti bakımında bir önem taşımayacaktır.<sup>765</sup> Ayrıca, yalnızca borca aykırı davranış esnasında hayatın olağan akışına göre zararın bu davranışın normal sonucu olup olmadığına göre uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığına karar verilmeyecek, dava sırasında hakimin tüm koşulları dikkate alarak geçmişe yönelik değerlendirmeleri de bunda önem taşıyacaktır.<sup>766</sup>

Edimin bir yapma borcu olması halinde, somut olayın özelliklerine göre yapmama şeklindeki davranış da zarar verici sonucu ortaya çıkarmaya elverişli sayılabilecek ve bu davranışla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilebilecektir.<sup>767</sup>

Eğer somut olayda aynı zararın ortaya çıkmasına birden fazla olay sebebiyet verebilecekse, burada farazi olay dikkate alınmayacak, zarar verici olay ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilecektir. Ancak bu kuralın, borçlunun beklenmedik halden dolayı sorumluluğu bakımından bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre sözleşmeye aykırı davranan borçlu, ifanın beklenmedik hal nedeniyle gerçekleşmediği bir durumda, bu borca aykırılıkta kusurlu olduğu sürece beklenmedik hal nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulacaktır.<sup>768</sup> Borçlunun burada kazadan dolayı sorumluluktan kurtulabilmesi için, kendi borca aykırı davranmamış olsaydı dahi kazanın meydana geleceğini ve aynı zararın doğacağını ispatlanması gerekecektir. Zira bu durumda borçlu borca aykırı

<sup>764</sup> STAEHELIN, Die Vertragsverletzung im englischen und schweizerischen Privatrecht, Basel 1954, s.279

<sup>765</sup> OFTINGER/STARK, § 3 N 22

<sup>766</sup> BARTH, s.98

<sup>767</sup> OFTINGER/STARK, § 3 N 52

<sup>768</sup> BARTH, 99

davranışın, zararın olmazsa olmaz şartı olmadığını ispatlamakta ve doğal nedensellik bağının bulunmaması nedeniyle sorumluluktan kurtulmaktadır.

### c-Sebeplerin Çokluğu

Zarar ile birden fazla borca aykırı davranış arasında uygun nedensellik bağının bulunması da mümkündür. Bu hallerde zarar ya bu borca aykırı davranışların bir araya gelmesiyle meydana gelmekte ya da her bir borca aykırı davranış tek başına zararlı sonucu doğurmaya elverişli bulunmaktadır. Birden fazla borca aykırı davranışla zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunduğunu söyleyebilmek için, bu kişiler bakımından kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluğun söz konusu olması bir fark yaratmayacaktır.

Aynı zararlı sonucu ortaya çıkaracak birden fazla borca aykırı davranışın olması durumunda bu zarardan sorumlu tutulabilmek için, söz konusu borca aykırı davranışın, zararın ortaya çıkması bakımından önemli olması, bir başka deyişle zararın o borca aykırılık sebebiyle meydana gelmiş olması gerekmektedir.<sup>769</sup>

Burada iki farklı durumla karşılaşılabilir. Birincisi iki veya daha fazla kişinin birbirinden bağımsız olarak aynı zararı vermeleri hali. Bu durumda her bir kişinin tek başına bu zararı vermesi mümkündür. Birbirinden bağımsız olarak gerçekleşen iki olaydan birinin zarara sebep olduğu bilinmekte, fakat zarara bunlardan hangisinin sebep olduğu tam olarak anlaşılamamaktadır. Ancak faillerin zararlı sonuca hangi oranda sebep verdikleri anlaşılmaktadır (kümülatif illiyet). Örneğin bir düğün organizasyonu için ses ve ışık sistemi, masa-sandalye, düğün pastası ve canlı müzik bakımından farklı kişilerle anlaşan alacaklı, bu borçlulardan iki veya daha fazlasının borcunu ifa etmemesi halinde düğünü gerçekleştiremeyecek ve bu kişilerin borca aykırı davranışları tek başına da aynı sonucu doğurmaya yetecektir.<sup>770</sup> İkinci durum ise birden fazla olayın ancak bir araya gelmesiyle alacaklının zarara uğraması halidir. Bu durumda tek tek olaylar veya kişilerin borca aykırı davranışları alacaklıyı zarara

<sup>769</sup> BARTH, s.100

<sup>770</sup> Barth burada, alacaklının farklı borçlulardan makinenin farklı parçalarını sipriş etmesi halinde, borçlulardan ikisinin borcunu ifa etmemesi nedeniyle makinenin monte edilememesi halini örnek olarak göstermiştir. BARTH, s.101

uğratmamakta, bunun için bunların bir araya gelmesi gerekmektedir. Örneğin satıcının satıp henüz devretmediği ata tatile gitmesi sebebiyle üç gün süreyle su vermeyi ihmal etmesi sebebiyle, susuzluktan halsiz düşen atın, yıldırım düşmesi sebebiyle çıkan yangından, ağılın kapısı açık olmasına rağmen kaçamaması ve telef olması halinde durum böyledir. Bu durumda satıcı yangının yıldırım düşmesi sebebiyle çıktığını ve bunda bir kusuru bulunmadığını ileri sürerek alacaklının zararını ödemekten kurtulamayacaktır.

#### **d-Alternatif İlliyet**

Aynı anda birden fazla olayın zararlı sonucu ortaya çıkarabilecek durumda olmasına rağmen, bunlardan hangisinin söz konusu zararlı sonuca sebep olduğunun anlaşılamadığı hallerde alternatif illiyetten bahsedilecektir. Zarar verici davranışla zarar arasındaki nedensellik bağı kurulamadığı için ise hiç kimse bu sonuçtan sorumlu tutulamamaktadır. Burada doktrinde alternatif illiyet bakımından haksız fiil sorumluluğu ile ilgili olarak verilen meşhur avcı örneğinden söz edebiliriz. (A)'nın, sahibi olduğu ve üst üste 5 yıldır en iyi avcı köpeği ödülü alan köpeğini, avcı arkadaşı (B)'ye satmasına rağmen son bir kez onunla ava çıkmak istemesinin ardından, av sırasında köpeğin avcılardan birinin silahından çıkan bir kurşunla ölmesi halinde köpeğin hangi silahtan çıkan kurşunla öldüğü anlaşılamadığı takdirde alternatif illiyetten bahsetmek gerekecektir. Haksız fiil hukukunda bu durumda zarar ile davranışlar arasında nedensellik bağı kurulamadığı için faillerden hiçbiri bundan sorumlu tutulamayacağı söylenmektedir. Sözleşme hukukunda ise – satım sözleşmesi çerçevesinde - olayın BK m.183 f.1'e göre değerlendirilmesi gerekecektir. Bu hükme göre satılanın hasarı satım anında alacaklıya geçtiğinden, bunun sonra malın kazaya uğraması halinde bu hasara alacaklı katlanacaktır.<sup>771</sup> Burada hasarla kastedilen, sadece kimsenin sorumlu olmadığı zararlardır. Burada borçlunun zarardan sorumlu tutulabilmesi için onun silahından çıkan kurşunla, bir başka deyişle borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda köpeğin öldüğünün alacaklı tarafından ispatlanması gerekecektir. Aksi takdirde bu hasara alacaklı katlanmak zorunda kalacak ve borçlu bu zarardan sorumlu tutulamayacaktır.

<sup>771</sup> 6089 sayılı TBK'da ise hasarın intikaline ilişkin bu hüküm değiştirilmiştir.

### e-İlliyet Bağıının Kesilmesi

Borca aykırı davranışla zarar arasındaki illiyet bağı aslında kurulabilecek iken, bazı hallerde, birtakım olayların meydana gelmesi veya birtakım yeni unsurların ortaya çıkmasıyla kurulmamış olabilir. Borca aykırı davranışla zarar arasındaki uygun illiyet bağının kesilmesi halinde, zarar ile araya giren yeni olay veya başka bir borca aykırı davranış arasında uygun illiyet bağı kurulacak ve böylece ilk olarak borca aykırı davranan borçlu artık meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacaktır.

Bazı hallerde her ne kadar zarar, hayat deneylerine ve hayatın olağan akışına göre borca aykırı davranışın uygun ve normal bir sonucu olarak görülebilse de, sonraki olay veya borca aykırı davranış, ilk borca aykırı davranışla zarar arasındaki bu uygun illiyet bağını ortadan kaldırmaktadır. Bazı hallerde ise aslında her iki davranışla zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasına ve her iki davranış da zararı meydana getirmek için elverişli olmasına rağmen, davranışlardan biri zararı meydana getirmek için o kadar ağır basmakta ve o kadar hakim bir rol oynamaktadır ki, artık diğer davranış gerçekleşiren kişinin bu zarardan sorumlu tutulması mümkün olmamaktadır.

Borçlunun borca aykırı davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağı mücbir sebep, alacaklının kendi kusuru veya bir üçüncü kişinin kusuru ile kesilebilecektir. Mücbir sebep kişilerin önceden tahmin edemeyeceği ve beklemediği, öyle olsa bile meydana gelmesini engelleme şansının bulunmadığı olaydır. Mücbir sebebin uygun illiyet bağını kesebilmesi için borçlunun borca aykırı davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağını keserek zararlı sonuca kendisi sebebiyet verecek ölçüde yoğun ve güçlü olması gerekir.<sup>772</sup> Örneğin (A)'nın sahip olduğu evi (B)'ye satmasının ardından, aynı evi (C)'ye satıp devretmesi halinde, (A) burada kusuruyla edimini imkansız hale getirmiş olması sebebiyle (B)'nin müsbet zararını karşılamak zorunda kalacaktır. Ancak henüz vade gelmeden önce evin deprem sebebiyle yıkılması halinde ise mücbir sebebin (A)'nın borca aykırı davranışı ile (B)'nin zararı arasındaki uygun illiyet bağını kestiği ve bu sebeple (A)'nın artık bu zarardan ötürü sorumlu tutulamayacağını söylemek gerekecektir.

<sup>772</sup> OFTINGER/STARK, § 3 N 142



İlliyet bağımlı kesecek hallerden biri de alacaklının kusurudur. Bindiği takside şoför yanına oturmasına ve uyarılmasına rağmen emniyet kemerini takmayan yolcunun, taksicinin kusuruyla sebep olduğu ve emniyet kemeri takılı olsa yolcunun hiçbir zarar göreceğinin söylenemeyeceği küçük çaplı bir kaza sebebiyle başını ön cama vurarak yaralanması halinde durum böyledir. Burada alacaklının kusuru zararın doğmasına, en azından artmasına sebep olmuştur. Bu sebeple taksici alacaklının zararlarından tamamen veya kısmen kurtulabilecektir.

Son olarak üçüncü kişinin kusurunun da illiyet bağımlı kesebileceği söylenebilecektir. Örneğin işverenin işçiyi koruyucu tedbirler alma yükümüne aykırı davranışı sebebiyle kolundan ağır yaralanan ve hastaneye kaldırılan işçinin, doktorun ağır ihmali sebebiyle yanlış müdahale etmesi üzerine kolunu kaybetmesi halinde durum böyledir. Artık burada işveren borçlunun kolunu kaybetmesi sebebiyle uğramış olduğu zararlardan dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Ancak öyle bazı haller söz konusu olabilir ki, bu hallerde bir kusuru bulunmasa dahi üçüncü kişinin eyleminin borçlunun borca aykırı davranışı ile zarar arasındaki uygun illiyet bağımlı kestiği yine de söylenebilir. Örneğin yukarıda verdiğimiz örnekten yola çıkacak olursak, (A)'nın evi (C)'ye satıp devretmesinden hemen sonra fakat vadeden önce bu evin belediye tarafından hukuka uygun olarak kamulaştırılması halinde, burada üçüncü kişi konumundaki belediyenin bir kusurundan bahsedilemeyecek olmasına rağmen, kamulaştırma işleminin borçlunun borca aykırı davranışı ile alacaklının zararı arasındaki uygun illiyet bağımlı kestiği söylenebilecek ve bu durumda da borçlu meydana gelen zarardan sorumlu olmayacaktır.

Hem alacaklının hem de üçüncü kişinin kusurunun borçlunun borca aykırı davranışıyla zarar arasındaki uygun illiyet bağımlı kestiğinin söylenebilmesi için, kural olarak bu kusurların ağır olması ve bu kişilerin kusurlarıyla meydana gelen olayın mevcut illiyet bağımlı kesmeye elverişli olmaları gerekmektedir.

#### **f-Uygun İlliyet Bağımlı İspatı**

Somut olayda yalnızca doğal nedensellik bağımlı ispat edilmesi mümkün olup, bunu genel kurala uygun olarak borca aykırı davranış sebebiyle zarar uğradığını iddia eden

alacaklı ispat etmek durumundadır. Alacaklının burada yapması gereken sadece borca aykırı davranışın normal şartlarda söz konusu zararı ortaya çıkarmaya elverişli olduğunu ortaya koymaktan ibarettir.<sup>773</sup>Burada nedensellik bağının kesin olarak ispatlanması gerekmekte, bunun için alacaklının birtakım emarelere dayanması yeterli sayılmaktadır.

## C-ZARARIN HESAPLANMASI

Zararın hesaplanması kavramıyla anlatılmak istenen, borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle alacaklının zararlarının hangi ölçüde tazmin edileceğini tespit edileceğidir. Hükmedilecek tazminatın üst sınırının alacaklının uğradığı zararın miktarını teşkil etmesi sebebiyle, tazminat hesaplanmadan evvel zararın tespit edilmesi gerekmektedir.

Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığında, alacaklının borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğramış olduğu zararların talep edebilecek olması sebebiyle, burada yapılacak açıklamalarda yalnızca müsbet zarar gözönünde bulundurulacaktır. İkinci olarak, bu başlık altında yalnızca malın telef olması veya kısmen hasara uğraması halinde meydana gelecek maddi zararlar incelenecek, bunun dışında vücut bütünlüğünün ihlali veya ölüm halinde meydana gelecek maddi zararların kapsamına özel olarak yer verilmeyecektir. Manevi zararlara ise kendi başlığı altında değinilecektir.

### 1- Zararın İspatlanması

BK m.42'de alacaklının, borçlunun edimin ifasını imkansızlaştırması sebebiyle bir zarara uğradığını ve bu zararın miktarını ispatlamak zorunda kalacağı belirtilmiş, böylece MK m.6'da ifade edilen, kanunda aksi öngörülmedikçe herkesin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmesi gerektiği kuralına paralel bir düzenleme getirilmiştir. Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığında alacaklı müsbet zararının

---

<sup>773</sup> OFTINGER/STARK, § 3 N 35

tazminini talep edeceğinden, borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı tüm zararların tamamını açıkça ortaya koyması gerekecek, bir başka deyişle edim zamanında ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığı ne durumda olacak idiyse aynı durumun sağlanması istenebilecektir. Zira BK m.106 f.2'de açıkça aynen ifadan vazgeçen alacaklının, tazminat talebiyle ifaya olan menfaatinin karşılanması gerektiği ifade edilmiştir. Borçlu temerrüdünde alacaklının aynen ifadan vazgeçmesi ile borçlunun ediminin imkansızlaşması arasında ise bir fark bulunmamaktadır her iki halde de alacaklı edimin nihai olarak ifa edilmemesi sebebiyle uğramış olduğu zararların tazmin edilmesini borçludan talep edebilmektedir.

Zararın varlığını ve miktarını rakamsal olarak tayin etmenin alacaklı bakımından mümkün olmadığı durumlarda ise hakim BK m.42 f.2'ye göre halin olağan gelişimini ve zarar görenin aldığı tedbirleri<sup>774</sup> göz önüne alarak zararı adaletli bir şekilde saptayacaktır. Bu durumda hakimin bu saptamayı yapabilmesi için alacaklının dava dosyasına zararının tayinine yarayacak belgeleri eksiksiz olarak koyması ve hakimi iddia ettiği miktar kadar zarara uğradığına ikna etmesi gerekecektir.<sup>775</sup> Burada hakim, somut olayda alacaklının herkes gibi menfaatleri doğrultusunda davranarak bir kazancı kaybetmemek adına ortalama bir çabayı gösterdiği konusunda ikna edilmelidir. Özellikle ticaret hayatında, örneğin alıcının satın aldığı bir malı tekrar satarak bundan bir kar elde etmesi ticaret hayatının gereklerindedir. Alacaklı çoğu zaman satıcı tarafında yer aldığı bir satım sözleşmesinden doğan yükümünü yerine getirmek amacıyla bir başka sözleşmede alıcı sıfatıyla yer almakta, bu ikinci sözleşmeden edindiği malı ilk sözleşmenin alacaklısına devrederek bu işten kar elde etmeyi amaçlamaktadır. Bu sebeple alıcı olarak yer aldığı ikinci sözleşmede borçlunun edimini ifa etmemesi sebebiyle alacaklı diğer sözleşmeden doğan edim yükümünü yerine getiremeyecek ve bu sebeple elde etmeyi amaçladığı kardan mahrum kalacaktır. İşte alacaklı uğramış olduğu zararı somut belgelere dayandırarak hakimi bu konuda ikna etmeye

<sup>774</sup> Hükümde ifade edilen tedbirlerin kanun koyucu tarafından yoksun kalınan kar için konulduğu ve burada zararın çoğalmasını engelleyecek tedbirlerin değil, kar elde etmek için alınan tedbirlerin söz konusu edildiği ifade edilmektedir. Bkz. TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.66; TUNÇOMAĞ, s.295; EREN, s.693; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.299.

<sup>775</sup> BREHM, Art.42 N 50; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.42 N 9

çalıŖacaktır. BK m.42 f.2 yalnızca mevcut zararlar bakımından değil müstakbel zararlar bakımından da uygulanacaktır.<sup>776</sup>

Alacaklı müsbet zarar kapsamında malvarlığında meydana gelen aktiflerin azalması yahut pasiflerin çoğalması hallerini ispatlamak bakımından çoğunlukla bir zorlukla karşılaşmazken, bir diğer müsbet zarar kalemi olan yoksun kalınan karı ispatlaması bakımından ise bazı hallerde güçlükler yaşayabilecektir. Zira bu durumda alacaklının, edimi elde etmesi halinde bunun üzerinden kazanç elde etmeyi düşünmesi yetmeyecek, alacaklının bunun ötesinde borca aykırılığın somut olarak kazanç kaybına mani olduğunu ortaya koyması, bunun için ise, sözleşme konusu edimle ilgili somut görüşmeleri, hatta varsa üçüncü kişilerle yapmış olduğu sözleşmeyi ve bu hukuki ilişkiden elde edeceği kazancı belgelemesi gerekecektir.

Kanun bazı hallerde BK m.42 f.1'e göre zararı alacaklının ispat etmesi gerektiği kuralına istisnai hükümler getirmiştir. Örneğin BK m. 102 f.1'e göre temerrüde düşen borçlu borcun geç ifasından dolayı zarar somut olarak ispat edilmek zorunda kalmaksızın temerrüt faizi ödemek zorunda kalacaktır.<sup>777</sup> BK m.188 f.3'e ve m.212'ye göre satılan malın borsaya kayıt ve kabul edilmiş olan ve cari fiyatı bulunan mallardan olması halinde ise alacaklı yine zararı ispatlamak zorunda kalmayacak ve satılanın semeni ile teslim için muayyen olan günün fiyatı arasındaki farkı zarar ve ziyan olarak isteyebilecektir. Ayrıca taraflar da aralarında MK m.23 f.1 ve BK m.19-20 hükümleri çerçevesinde kalmak kaydıyla ispat yüküne ilişkin anlaşmalar yapabileceklerdir.

Buna göre edimin borçlunun kusuruyla imkansızlaştığı bir durumda kural olarak zararın varlığını ve miktarını ispat etmekle yükümlü olan alacaklı, bir satım akdi söz konusu olduğu ve satılanın borsaya kayıtlı ve cari fiyatı bulunan mallardan olması halinde bu zararı ispat yükünden kurtulacaktır.

<sup>776</sup> BARTH, s.92; BREHM, Art.42 N 49; Bu sayede müstakbeil zararın kesin olarak saptanması mümkün olmamasına rağmen borçlu tespit davası yerine doğrudan doğruya eda davası açabilecektir.

<sup>777</sup> von TUHR/ESCHER, s.146; SCHENKER, N 341

## 2- Hesaplama Yöntemleri ve Hesabın Yapılacağı An

Daha önce ifade edildiği ve genel olarak kabul edildiği üzere zarar, alacaklının malvarlığının, borçlunun borca aykırı davranışı olmasaydı içinde bulunacağı durumla, borca aykırı davranılması sebebiyle içinde bulunduğu durum arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla alacaklının uğradığı zararın hesaplanabilmesi için malvarlığının her iki halde de içinde bulunacağı durumun tespit edilerek bunlar arasındaki farkın ortaya konulması gerektiği açıktır. Bunun ortaya konulabilmesi için öncelikle sözleşme konusu malın zararın hesaplanacağı andaki değerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

### a- Somut ve Soyut Zarar Hesabı Yöntemleri

BK m.42'ye göre zararın somut olarak hesaplanması gerekmektedir. Aynı durum sözleşme sorumluluğu bakımından da geçerlidir. Burada borcun ifasının imkansızlaşması sebebiyle müsbet zararını talep eden alacaklı borç ifa edilseydi elde edeceği kazancı somut olarak ortaya koymak zorunda kalacaktır.<sup>778</sup> Buna göre borçlunun ifa imkansızlığı sebebiyle yerine getiremediği edimi yerine alacaklının üçüncü bir kişi ile sözleşme yapması halinde, ilk sözleşmede belirlenen semen ile ikinci sözleşme sebebiyle ödenen semen arasındaki fark alacaklının zararı olarak kabul edilecektir. BK m.188 f.2'de ticari satımlarda borçlunun temerrüde düşmesi halinde zararın somut yöntemle hesaplanacağı açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, satıcının borcunu ifa etmemesi halinde alacaklı satılanın bedeli ile kendisine teslim edilmeyen şey ile onun yerine başkasını almak için iyi niyetli olarak verdiği bedel arasındaki farkı satıcıya tazmin ettirebilecektir. Aynı şekilde BK m.212 f.1'de de alıcının temerrüde düşmesi halinde satıcının zararını somut yöntemle hesaplayacağı belirtilmiştir.

Soyut zarar hesabında ise gerçekten ortaya çıkan zarar ve sübjektif malvarlığı azalmaları değil somut olayda objektif kriterlere göre belirlenecek olan tutar zarar

<sup>778</sup> İsviçre Federal Mahkemesine göre zarar, tamamen belli bir zarar verici olay ya da yoksun kalınan karda olduğu gibi borca aykırı davranış sebebiyle artık gerçekleşmesi mümkün olmayan tamamen belli bir kazanç sağlayacak bir olayın varlığı halinde somut olarak hesaplanabilecektir. Bkz. BGE 89 II 219 E.a. (Brunner, s.62 dipnot 245).

olarak hesaplanmaktadır. Bu durumda alacaklı kendi malvarlığında meydana gelen zarar daha az olsa bile soyut olarak hesaplanan bu zararı talep edebilecektir. Bu hesap tarzı alacaklı için ispat bakımından da daha elverişlidir. Kanunumuzda ticari satımlarda borçlunun temerrüde düşmesi halinde zararın hesabında soyut metodun kullanılacağı ifade edilmiştir. BK m.188 f.3'e göre satılan mal borsaya kayıt ve kabul edilmiş ve cari fiyatı olan mallardan olması halinde alacaklı, yerine başkasını almaya gerek kalmaksızın satılanın bedeli ile teslim için belirlenen günde malın satış fiyatı arasındaki fiyat farkını zarar ve ziyan olarak isteyebilecektir.<sup>779</sup> Aynı şekilde BK 212 f.2'de alacaklının temerrüde düşmesi halinde satıcının zararını soyut yöntemle hesaplayabileceği ifade edilmiştir. Bu durumlarda alacaklının malı elde etmek, satıcının ise malı satmak için bir başka hukuki işlem yapmasına gerek kalmamaktadır.<sup>780</sup>

#### b- Zararın Hesaplanacağı An

Vücut bütünlüğünün ihlali bakımından BK m.46 f.2 zararın hesaplanması gereken zamanı açıkça ifade etmektedir. Bu hükme göre vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zararlarda hüküm anı esas alınacaktır. Ancak mala verilen zararlar bakımından kanunda bir açıklık bulunmaması sebebiyle bu konu hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

<sup>779</sup> Barth, soyut yöntemle dahi olsa hesap yapılabilmesi için alacaklının bir zarara uğraması gerektiğini, oysa edimin ifasının imkansızlaşması halinde alacaklının zarara uğradığından bahsedilebilmesi için, alacaklının mutlaka üçüncü bir kişiyle sözleşme yaparak (Deckungsgeschäft) söz konusu malı ilk sözleşmedekinden daha fazla bir semen karşılığında elde etmiş olması icap ettiğini, halbuki burada üçüncü bir kişiyle yapılmış bir sözleşme olmadığından bu hükümde kastedilenin yine, kapsamında kalan "yoksun kalınan kar" olduğunu, bunun ise alacaklının elde etmeyi hedeflediği malı bir başkasına sattığı veya satmayı hedeflediği hallerde talep edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. BARTH, s.162-163. BK m.188 f.3 hükmünde yer alan "...onun yerine bir başkasını satın alma zorunda olmaksızın" ifadesi sebebiyle bu görüşün kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

<sup>780</sup> Lafzının aksine, bu hükmün yalnızca tacirler arasındaki satım sözleşmelerine değil, tarafların tacir olmadığı satım sözleşmelerine de uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. BARTH, s.163; GIGER, Art.191 N 43; SCHENKER, s.658 vd.; BRUNNER, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg 1991, N 166. 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise somut ve soyut zarar hesabı yöntemlerinin ticari olsun olmasın tüm satış sözleşmelerinde uygulanacağı ifade edilmektedir. TBK m.213'e göre, satıcının temerrüdü üzerine ifadan vazgeçmiş sayılan alıcının, satış bedeli ile bu malı dürüstlük kurallarına uygun şekilde başkasından almak için ödediği bedel arasındaki farkın tazmini isteyebileceği (f.2) ve satılan borsada kayıtlı veya piyasada fiyatı bulunan mallardan ise, bunun başkasından almaksızın satış bedeli ile bu piyasa fiyatı arasındaki farkın tazminini isteyebileceği ifade edilmiş, bu suretle somut ve soyut zarar hesabının ticari olsun olmasın tüm satış sözleşmelerine uygulanabileceği hususu açıklık kazanmıştır. Keza BK m.212'nin karşılığını teşkil eden TBK m.236'da da bu ayırım ortadan kaldırılmıştır.

Doktrinde hakim görüş, burada da zararın hesabında mümkün olduğu kadar hüküm anının ya da hüküm tarihine yakın bir bilirkişi incelemesinin yapıldığı tarihin esas alınması gerektiği, zira ancak bu sayede enflasyonunun olumsuz etkisinin giderilebileceği kanaatindedir.<sup>781</sup> Bazı yazarlar ise zararın tespit ve hesaplanmasında esas alınacak tarihin alacaklının takdirine bağlı olduğunu, alacaklının, zararının isterse borçlunun borcu ifa etmek zorunda olduğu tarihe, isterse de, hükmün verildiği tarihe göre hesaplatılmasını isteyebileceğini ifade etmektedir.<sup>782</sup> Ancak Yargıtay, bu hesaplamada hüküm tarihinin değil, zararın gerçekleştiği, bir başka ifadeyle borca aykırılığın meydana geldiği anı dikkate alınmaktadır.<sup>783</sup>

Borçlar Kanunu'nun ticari satımlarda<sup>784</sup> borçlunun temerrüdüne ilişkin 188.maddesinin 3.fıkrasında, zararın soyut olarak hesaplanabileceği hallerde, bir başka deyişle satılan malın borsaya kayıt ve kabul edilmiş ve cari fiyatı olan mallardan olması halinde, zararın ifa anına göre hesaplanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükme göre, satılan malın sözleşmede belirlenmiş semeni ile teslim

<sup>781</sup> BREHM, Art.42 N 7; BECKER, Art. 97 N 52; WEBER, Art.97 N 216; BARTH, s.149; OFTINGER/STARK, § N 21; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4.neubearbeitete Auflage, Zürich, Basel, Genf 2005, § 8 N 22; FEYZİOĞLU, s.185; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.602, 867; OĞUZMAN/ÖZ, s.351; ÖZ, Eser Sözleşmesi, s.298; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.265; TUNÇOMAĞ, s.295, 296; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.302; BUZ, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, s.275; AKÜNAL, s.147; Bu görüşe göre malın değeri arada yükselmiş fakat hüküm tarihinde düşmüşse zarar, bu malın o anda paraya çevrilerek bu yükselişten faydalanılmasının mümkün olması sebebiyle en yüksek değerine ulaştığı ana göre hesaplanmalıdır. Ayrıca NOMER, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s.9. Ancak yazar sadece usul hukuku yönünden bu görüşün doğru olduğunu, maddi hukuk açısından alacaklının zararının malvarlığının eksildiği anda meydana geleceğini ifade etmektedir.

<sup>782</sup> Von TUHR, s.607; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16 N 8; EREN, s.1010-1011

<sup>783</sup> Yarg.13.HD E.2009/5788, K.2009/13309 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.13.HD E.2005/10053, K.2005/16681 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.13.HD E.2004/2227, K.2004/9324 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD E.2003/5515, K.2004/2738 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.13.HD E.2003/11064, K.2004/182 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.13.HD E.2003/132, K.2003/10948 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.13.HD E.1994/4009, K.2004/5315 (KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.303); Yarg.13.HD E.1994/6110, K.1994/7691 (KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku, s.198); Yarg.13.HD E.1994/1432, K.1994/3443 (KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku, s.207); YHGK E.1993/13-45, K.1993/153 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.13.HD E.1993/8546, K.1994/348 (KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku, s.212); Yarg.13.HD E.1992/7755, K.1992/7381 (KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku, s.217-218); Yarg.13.HD E.1991/7271, K.1991/10901 (KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku, s.220); Yarg.13.HD E.1989/2205, K.1989/4276 (KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku, s.224). Ergüne, tazminatın amacının alacaklının malvarlığının zarar verici olayın gerçekleşmesinden önceki duruma getirilmesi olmayıp, zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazi durumun oluşmasını sağlamak olduğunu, ancak Yargıtay'ın zararın hesaplanmasında zarar verici olayın meydana geldiği anı dikkate almak suretiyle tazminatın gerçek amacının aksine alacaklının malvarlığının zarar verici olay öncesindeki eski durumunu esas aldığı ifade etmektedir. Bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.351

<sup>784</sup> TBK m.213 ile birlikte diğer satımlarda da.

için belirlenmiş günkü piyasa fiyatı arasındaki fark alacaklının zararı olarak kabul edilecektir. Dikkat edilirse burada hüküm tarihi önem taşımamakta, borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının zararı bakımından vade tarihine bakılacağı ve sözleşmede belirlenen semen ile teslim için belirlenen tarihte malın değeri arasındaki farkın alacaklının zararı oluşturacağı ifade edilmektedir. Daha önce belirtildiği gibi, lafzına rağmen bu hükmün yalnızca ticari satımlarda uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Borçlunun temerrüdü bakımından getirilen bu hükmün imkansızlık halinde de uygulanmaması için bir sebep bulunmamaktadır.

Öncelikle kanaatimizce alacaklının ifa zamanına kadar borçludan edimin ifa edilmesini isteyemeyecek olması sebebiyle zararın hesabında imkansızlığın meydana geldiği anın dikkate alınmaması gerekmektedir. Bunun ötesinde zararın hesaplanmasında, ancak bu halde müsbet zararın tam olarak tazmin edilebilecek olması sebebiyle, hükmün verildiği tarihin esas alınması bize de daha uygun gelmektedir.. İfanın yapılması gereken an ile hükmün verildiği an arasında sözleşme konusu malın değerinde birtakım artışlar ve azalmalar yaşanabilecek olması ve borçlu borcunu ifa etseydi, alacaklının malın değerinin en yüksek noktaya ulaştığı anda malı bir başkasına satabilecek olması sebebiyle zararın hüküm tarihinde veya ona yakın bir tarihte hesaplanması alacaklının ara devrede yaşayabileceği kayıpları en aza indirecek ve alacaklı borçlunun borcunu ifa etmemesi sebebiyle meydana gelen olumsuz durumu, ancak bu halde zararsız atlatabilecektir. Bu sonuç gerek edimin vade tarihinden önce, gerekse vadeden sonra imkansızlaştığı hallerde geçerli olacak, ancak edimin vadeden önce imkansızlaşması halinde, edimin değerinde imkansızlığın meydana geldiği an ile vade arasında bir değer kaybı meydana gelecek olursa, artık alacaklı buna katlanmak zorunda kalacaktır<sup>785</sup>

Doktrinde ayrıca fark teorisinin uygulanması yönünden tam iki taraflı sözleşmelerde, edimlerin değer farkına ilişkin zararın, ifa edilemeyen borcun ifasının imkansızlaştığı anın esas alınarak hesaplanması gerektiği de ifade edilmektedir.<sup>786</sup>

<sup>785</sup> Aynen borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin kesin olarak vadeden önce belli olduğu hallerde olduğu gibi, edimin vadeden önce imkansızlaştığı hallerde de alacaklının vadeyi beklemesine gerek olmaksızın borçludan zararının tazmin etmesini isteyebileceğini daha önce ifade etmiştik. İşte bu durumda da zararın alacaklının seçimine göre borcun ifa edilmesi gereken gün veya hüküm tarihi esas alınarak hesap edilmesi gerekecektir.

<sup>786</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.351; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.302-303



### 3- Denkleştirme

Borca aykırılık sebebiyle kayba uğrayan alacaklı, bazı hallerde bu borca aykırılık sebebiyle birtakım faydalar da elde edebilecektir. Her ne kadar Borçlar Kanunumuzda buna ilişkin açık bir hüküm bulunmasa bile, somut olayda alacaklının zararının kesin olarak hesaplanabilmesi için, borca aykırı davranışın meydana gelmiş olması sebebiyle alacaklının elde ettiği faydaların da göz önünde bulundurulmasının gerektiği kabul edilmektedir.<sup>787-788</sup> Zira fark teorisine göre, alacaklının malvarlığında ortaya çıkan nihai ve gerçek zarar bu kadardır.

Denkleştirme yapılabilmesi için evvela zarar gören alacaklının borca aykırı davranış sebebiyle bir yarar elde etmiş olması gerekecektir. Faydanın varlığından ise ancak, bunun aynen zararda olduğu gibi maddi bir değer taşıması ve alacaklının malvarlığında yer alması, bir başka ifadeyle hesaplanabilir olması gerekmektedir.<sup>789</sup> Bunun yanı sıra borca aykırı davranış sonucunda alacaklının malvarlığında meydana gelen artış, ancak kesin ve nihai olması halinde yarar olarak nitelendirilebilecektir.<sup>790</sup> Denkleştirmenin, aynen zarar hesabında olduğu gibi, somut olması gerekmektedir. Burada dikkate alınacak olan alacaklının sağladığı faydanın onun için gerçek değeri olacak ve bu değer tespit edilirken alacaklının menfaatleri göz ardı edilmeyecektir. En nihayetinde ise bunun için sınır dürüstlük kuralı olacaktır.<sup>791</sup> Zararın tanımına benzer bir şekilde yarar da, alacaklının malvarlığının mevcut durumu ile yarar sağlayan olay meydana gelmeseydi içinde bulunacağı durum olarak tarif

<sup>787</sup> BARTH, s.169; BECKER, Art.43 N 11; KOLLER, OR AT, § 50 N 13; KUHN, Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht, Stuttgart-Bern 1987, s.17 vd.; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 8 N 33 vd. ancak yazar fark teorisinin kabul edilmesi halinde denkleştirmenin gerçeğe uygun olarak yapılamayacağını, zira bu teoriye göre mağdurun elde ettiği yararın kendiliğinden zarardan mahsup edileceğini ifade etmektedir. Ayrıca, AKÜNAL, s.17 ; EREN, s.697 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.554 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.586; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s.304; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.327

<sup>788</sup> Ancak denkleştirmenin hukuki dayanağı bakımından görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bazı yazarlar bu durumda ödenecek tazminatın alacaklıyı zenginleştirmemesi gereğinden yola çıkarken (Ör. EREN, s.697; OĞUZMAN/ÖZ, s.554; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.267), bazı yazarlar ise bunu ilk kez Mommsen tarafından ifade edilen ve zararın, zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaat olarak tanımlanması sonucu ortaya çıkan fark teorisine dayandırmaktadırlar (Ör. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.587; Akünal, s.19,20) Yargıtay ise denkleştirmenin hukuki dayanağı olarak bazı kararlarında ilk görüşü, bazı kararlarında ise ikinci görüşü benimsemiştir.Bkz.Yarg.4.HD E.1997/7385, K.1997/11975; Yarg.4.HD E.1978/3173, K.1978/15053

<sup>789</sup> KOLLER, OR AT, § 50 N 14; AKÜNAL, s.61; EREN, s.699

<sup>790</sup> AKÜNAL, s.62; EREN, s.699; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.328

<sup>791</sup> BARTH, s.171

edilmektedir. Yine zararın tersine olarak yarar da aktifin çoğalması yahut pasifin çoğalmasının engellenmesi şeklinde karşımıza çıkabilecektir.<sup>792</sup> Yarar bakımından dikkate alınacak olan sadece alacaklı olup, borçlunun durumu denkleştirmede gözönünde bulundurulmayacaktır.<sup>793</sup>

Zarar bakımından olduğu gibi yarar bakımından da dolaylı-dolaysız yarar, maddi-kişisel yarar gibi ayrımlar yapılabilecek olmasına rağmen pratikte, özellikle imkansızlık bakımından, alacaklının kişisel olarak bir yarar elde etmesi veya ortadan kalkan ya da kullanılmayacak hale gelen eşyada bir yarar meydana gelmesi ancak, ölen hayvanın derisi ya da yıkılan binanın enkazından çıkan demirler gibi çok istisnai hallerde mümkün olacak, somut olayda faydalar genellikle zarar gören şeyin dışında sağlanan kazançlar olarak karşımıza çıkacaktır.

Ayrıca aynen zararın tayininde olduğu gibi burada da uygun illiyet bağı teorisinin göz önünde bulundurulması gerekecek ve sadece borca aykırı davranışla çok yakın bir ilişki içerisinde bulunan faydalar dikkate alınacak, alacaklının borca aykırı davranış olmasa bile sağlayacağı faydalar ise hesaba katılmayacaklardır.<sup>794</sup> Örneğin, borçlu özel bir vergiye tabi bir malı kusuruyla ortadan kaldırarak edimin ifasını imkansızlaştırmışsa, bu sebeple edimini elde edemeyen alacaklı bu vergiyi ödemek zorunda kalmayacak ve bundan bir fayda sağlamış olabilecektir.

Doktrinde bazı yazarlarca alacaklının borca aykırı davranışı sonucu elde edeceği faydaların BK m.43 f.1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, buna göre alacaklının elde ettiği yararlarından hangilerinin tazminatın somut olarak hesabında dikkate alınacağına hakim karar vereceği ifade edilmektedir.<sup>795</sup> Ancak hakim görüşü<sup>796</sup> buna karşı çıkmaktadır. Buna göre hakim, somut olayda zararı borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkileri dikkate alarak tayin edecektir. Alacaklının elde ettiği yararların denkleştirilmesi ise alacaklının zararın bir kısmına katlanması anlamına

<sup>792</sup> KOLLER, OR AT, § 50 N 7 vd.; Akünal, s.62; EREN, s.699

<sup>793</sup> Ancak Schwenzer ancak karşılıklı denkleştirmeyi denkleştirme olarak kabul etmektedir. Bkz. SCHWENZER, N 15.14

<sup>794</sup> BARTH, s.171; OFTINGER/STARK, § 6 N 55; KOLLER, OR AT, § 50 N 14; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 8 N 34; KUHN, Die Anrechnung von Vorteilen, s.76 vd.; AKÜNAL, s.88 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.588; EREN, s.700-701

<sup>795</sup> BECKER Art.43 N 11 vd., KOLLER, OR AT, § 50 N 18

<sup>796</sup> OFTINGER/STARK, § 6 N 49 vd.; Aksi kanaatte OSER/SCHÖNENBERGER, Art.43 N 14 vd.; AKÜNAL, s.65;

gelmemektedir. Bu yazarlara göre ayrıca, denkleştirme tazminat hesabına değil zarar hesabına dahil bir konudur.

Zarar gören alacaklının kendi uğraşları sonucu elde ettiği faydalar, borca aykırı davranış sonucunda denkleştirmeye tabi tutulacak mıdır? Örneğin iki farklı firmaya yüzer kasa içki siparişi veren bir bar sahibi, borçlulardan birinin iflas etmesi nedeniyle borcunu ifa etmemesi halinde ikinci firmadan iki yüz kasa içki talep eder ve bu nedenle ikinci firmadan artı bir indirim elde ederse, bu indirimin karşılığında kasasında kalan miktarın, alacaklının borca aykırı davranış sebebiyle sağladığı bir fayda olduğu açıktır. Bu faydanın alacaklının kendi çabasından kaynaklanması borca aykırı davranışla çok yakın bir ilişki içerisinde bulunmasına engel olmayacak ve denkleştirmede dikkate alınması gerekecektir.<sup>797</sup>

Alacaklının imkansızlık yüzünden düştüğü duruma acıyan veya onu teselli etmek isteyen üçüncü kişiler (çoğu kez yakınları) tarafından ona yapılan bağışlama niteliğindeki karşılıksız kazandırmaların ise denkleştirmeye tabi olmayacağı belirtilmektedir.<sup>798</sup> Zira bunların zararlar uygun nedensellik bağı içerisinde olmadıkları kabul edilir. Örneğin satın aldığı yarış atının teslim almadan önce satıcısının kusuruyla ölmesi sebebiyle edime ulaşamayan alıcının tazminat talebinden, üzülmemesi için babasının hediye ettiği bir başka yarış atının değeri düşülemeyecektir.

Borca aykırı davranış sebebiyle alacaklının bir fayda sağladığını ispat etme yükünü ise borçlu taşımaktadır.<sup>799</sup> İfa imkansızlığında olduğu gibi, zararın ifa edilmeyen edimin değeri olarak ortaya çıktığı ve hafif kusurun dahi bu zararın meydana gelmesi için yeterli olduğu hallerde ise, borçlu alacaklının tüm zararını karşılamak zorunda kalacak, böyle bir durumda borçlunun kusurunun hafif olması onun ödeyeceği tazminatın indirilmesini gerektirmeyecektir. Ancak bu durumda alacaklının edimin

<sup>797</sup> Aksi kanaatte, **BUZ**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, s.274; **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s.328. BU halde hakimin BK m.44 f.1'i uygulamak suretiyle hesaplanacak zararda indirim yapması görüşünde, **EREN** s.700

<sup>798</sup> **AKÜNAL**, s. 125; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.556

<sup>799</sup> Ancak denkleştirmeye konu faydanın alacaklının malvarlığında gerçekleşmesi sebebiyle bunun borçlu için yaratağı zorluklar da burada göz önünde bulundurulmalıdır.

değerini aşan bir takım zararları söz konusuysa, bu zararlar bakımından ödenecek tazminat yine hafif kusur sebebiyle indirilebilecektir.<sup>800</sup>

#### **D- MADDİ TAZMİNATIN TAYİNİ**

Borca aykırı davranış sebebiyle alacaklının uğramış olduğu zararın hesaplanmasından sonra sıra tazminatın tayinine gelmektedir. Yukarıda sayılan şartların varlığı halinde borçlu, edimin ifasının imkansızlaşması şeklinde ortaya çıkan borca aykırı davranışı sebebiyle alacaklının uğradığı zararları tazmin etmek ve alacaklının malvarlığını, eğer borca aykırı davranış olmasaydı içinde bulunacağı hale getirmek zorunda kalacaktır. Tazminatın hesaplanmasından maksat, borçlu tarafından alacaklıya ödenmesi gereken tazminatın miktarının hakim tarafından tespit edilmesidir. Bu nedenle tazminatın, alacaklının borcun hiç ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararların tamamını giderecek şekilde tayin edilmesi gerekecektir. Zira borçlu, borca aykırı davranışının sebebiyle alacaklının uğradığı her türlü zararı tazmin etmek yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Ancak bu konuda tayin edilecek tazminat miktarının alacaklının zararını aşacak şekilde belirlenerek zarar görenin zenginleşmesine yol açılmaması gerektiği hususu gözden kaçırılmamalıdır.<sup>801</sup>

Hem BK m.43 hem de m.44 tazminatın türü ve kapsamıyla ilgilidir ve bu hükümler borca aykırılık sebebiyle meydana gelen zararlar bakımından da uygulama alanı bulacaklardır.

#### **1- Tazminatın Türü**

BK m.43'e göre hakim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin edecektir. Tazminatın kapsamı bakımından zarar miktarıyla bağlı olan hakim, tazminatın türünü serbestçe tayin edebilecektir.

<sup>800</sup> BRUNNER, N 215

<sup>801</sup> OFTINGER/STARK, § 7 N 1; WEBER, art. 43 N 25; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.267; EREN, s.729; OĞUZMAN/ÖZ, s.573; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.583; NOMER, s.63

Buna göre hakim öncelikle alacaklının zararının aynen mi, nakden mi giderileceğine karar verecektir.

Uygulamada, indirim yapılırken sorun yaşanmaması, kolay icra edilebilir olması ve taraflar arasında daha fazla sorunun yaşanmasına engel olması sebebiyle sözleşmeden doğan sorumlulukta hakim tarafından genellikle nakden tazminata hükmedilmektedir.<sup>802</sup> Nakden tazminden anlaşılan, zararın ortadan kaldırılması, yapılacak harcamalar veya müstakbel malvarlığı zararlarının para ile giderilmesidir.<sup>803</sup> Hakimin aynen tazmine karar vermesi yalnızca, zararın para karşılığında bir üçüncü kişi tarafından değil, özel bilgisi, becerisi ve tecrübesi sebebiyle ancak borçlunun kendisi tarafından ortadan kaldırılabileceği hallerde alacaklının yararına olabilecektir.<sup>804</sup> Yapacağı değerlendirme sonucunda nakden tazmine karar veren hakim, söz konusu tazminatın toplu olarak mı yoksa irat şeklinde mi ödeneceğini de belirleyecektir.<sup>805</sup>

Yapma borçlarında kanun alacaklıya ayrıca bir imkan tanımıştır. Buna göre bir şeyin yapılmasına ilişkin bir borç borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından<sup>806</sup> ifasına izin verilmesini talep edebilecektir.<sup>807</sup> İmkansızlık bakımından ise, edimin ortadan kalkmış olması sebebiyle aynen tazminin mümkün olamayacağı ortadadır.

<sup>802</sup> BREHM, Art.43 N 22; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.43 N 9; OFTINGER/STARK, § 2 N 100; OĞUZMAN/ÖZ, s.575

<sup>803</sup> OFTINGER/STARK, § 2 N 90

<sup>804</sup> OFTINGER/STARK, § 2 N 96

<sup>805</sup> Zararın para olarak tazmin edilmesi kararı esas itibarıyla toplu bir meblağın ödenmesini öngörecektir, ileride meydana gelecek zararların karşılanması, vücut bütünlüğünün ihlalinde çalışma gücünün azalmasından doğacak zararın karşılanmasında ve adam ölmesi halinde destekten yoksun kalma zararının tazmininde tazminatın irat şeklinde ödenmesi söz konusu olabilecektir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.575

<sup>806</sup> 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise yapma borcunun ifa edilmemesi durumunda, alacaklının masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebileceği belirtilmiş (m.113), böylelikle bu yeni hüküm yürürlükteki hükme göre daha kapsayıcı nitelikte olmuştur.

<sup>807</sup> BK m.97 f.1'de öngörülen talebinin niteliği tartışmalıdır. Bu doktrinde bazı yazarlarca ifanın bir türü olarak görülürken, bazı yazarlarca tazminat olarak kabul edilmektedir. Bu konuyla ilgili tartışmalara ilgili bölümde yer verilecektir. Ancak konuyla ilgili olarak bunun bir tazminat olduğu görüşüne katılırsa, alacaklı ifayı borçlunun hesabına gerçekleştirdiği için, her ne kadar alacaklı bunun sonucunda edimin değerine değil doğrudan sözleşmede kararlaştırılan edimin kendisine kavuşmuş olsa da, burada borçlu bakımından bir nakden tazminin söz konusu olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.

## 2- Tazminatın Miktarının Tayini

### a-Genel Bakış

Borca aykırı davranılması neticesinde alacaklının uğradığı zararın hakim tarafından tayin edilecek tazminat miktarının üst sınırını teşkil edecek olması, bazı hallerde alacaklının uğramış olduğu zararları tümüyle borçludan talep edemeyeceği anlamına gelmektedir. BK m.43 f.1’de hakimin, yapacağı değerlendirme sonucunda tazminat miktarını da belirleyeceği ifade edilmiştir. Hakim bunu yaparken bir yandan borçlunun kusurunun derecesini, diğer yandan ise olayın özelliklerini dikkate alacaktır. Tazminatın miktarını belirlerken oldukça geniş bir takdir yetkisine sahip olan hakim, BK m.43 ve m.44’e göre birtakım ek faktörleri dikkate alarak tazminat miktarını azaltabilecek veya hiçbir şekilde tazminat ödenmemesine de karar verebilecektir.

Hakim ilk evvela BK m.43 f.1’e göre borçlunun borca aykırı davranıştaki kusurunun derecesine göre tazminatı tayin edebilecektir. Bu hükme göre hakim ayrıca hal ve mevkiin icabına bakarak da tazminatı miktarını azaltabilmektedir. Bunun yanı sıra BK m.44’de de indirim sebepleri öngörülmüştür. Buna göre zararın meydana gelmesinde veya artmasında alacaklının da kusurunun bulunduğu ve zarar görenin zarara razı olduğu hallerde (f.1) ve borca aykırılıkta borçlunun kastının veya ağır ihmalinin olmaması ve bu durumda borçlunun ödeyeceği tazminatın onu müzayaka haline sokacak olması halinde<sup>808</sup> (f.2) hakim borçlunun ödeyeceği tazminatın miktarını azaltabilecektir.

---

<sup>808</sup> Bu tenkis sebebinin sözleşme serbestisi ilkesi gereğince sözleşme hukukunda uygulanması pratik olarak mümkün değildir. Bunun yerine borçlu baştan hafif kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yaparak bu olumsuz durumun meydana gelmesini engelleyebilecektir.

## **b- Tazminatın Azaltılmasına Yol Açan Etkenler**

### **aa- Borçlunun Kusur Derecesi**

Bk m.43 f.1'e göre hakim tazminatın miktarını tayin ederken failin kusur derecesini dikkate alacaktır. Bu hükümle kanun koyucunun, kusur ile ödenecek tazminat arasında bir orantı bulunması gerektiğini ortaya koyduğu, ancak buna rağmen borçlunun borca aykırı davranışta sadece hafif ihmalinin bulunduğu hallerde tazminatın indirileceği, ağır ihmal veya kastının bulunduğu hallerde ise tazminatın tenkis edilmeyeceği ifade edilmektedir.<sup>809</sup> Bunun yanı sıra tazminatın miktarını tayinde borçlunun kusuru yalnızca yoksun kalınan kar bakımından dikkate alınacak, diğer müsbet zarar kalemleri bakımından bir önem taşımayacaktır.

Sözleşme hukukunda borçlunun kusurlu olmadığının kabul edilebilmesi için borçlunun açıkça borca aykırı davranıştan sakındığının, ancak buna rağmen borca aykırı davrandığının kabul edilebilmesi gerekir. Zira burada alacaklı borçlunun mesleki risklerini taşımamakta<sup>810</sup> ve aynı zamanda borca aykırı davranışla birlikte alacaklının sözleşmeye olan güveni zarara uğramaktadır. Özellikle borçlunun sözleşmeyle yükümlendiği edim bakımından uzman olduğu, bu sebeple meydana gelebilecek tehlikeleri çok iyi bilebilecek durumda bulunması sebebiyle bu tehlikelerin önüne geçebileceği durumlarda, borçlunun kusuru daha sıkı ölçüler dikkate alınarak tespit edilecek ve tazminat miktarının tenkis edilip edilmeyeceğine buna göre karar verilecektir.

BK m.43 f.1 yardımcı şahısların borca aykırı davranışları bakımından borçlunun sorumluluğunu düzenleyen BK m.100 f.1 bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak doktrindeki yazarların bazılarına göre<sup>811</sup> ifa yardımcısının hafif ihmali sebebiyle borca aykırı davranması tenkisin yapılabilmesi için yeterliken, bazı

<sup>809</sup> BARTH, s.184. OFTINGER/STARK, §7 N 1 vd; MERZ, OR AT, s.183; Hakim kanaatin aksine Honsell, failin kusurunun ağırlığının bir tenkis sebebi olmadığını, bunun aksine borçlunun kusurunun ağırlığının dikkate alınmasının, zararın fark teorisine ya da "ya hep ya hiç prensibine" göre hesaplanmayacağını kabul edilmesinin doğal bir sonucu olduğunu, hakim görüşün aksine tazminatın tayininin zararın tayininden bağımsız olmadığını ifade etmektedir. Bkz. HONSELL., Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 9 N 4

<sup>810</sup> BREHM, Art.43 N 40

<sup>811</sup> BREHM, Art.43 N 72; SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, s.256; von TUHR/ESCHER, s.129

yazarlar<sup>812</sup> burada ancak borçlunun ifa yardımcısı gibi davransaydı hafif kusurlu sayılabileceği hallerde tazminatın tenkis edilebileceğini ifade etmektedirler.

### *bb- Hal ve Mevkiin İcabi*

BK m.43 f.1'e göre ayrıca, borçlu bakımından sözleşmenin çok büyük bir fayda sağlamaması, bir başka deyişle borçlunun edimini ifa etmesi karşılığında edineceği karşılığın kendisi için çok büyük bir öneme sahip olmaması, yani edim ile karşı edim arasında bir dengesizliğin bulunması halinde de tazminatın tenkis edileceği söylenebilecektir. Ancak bu durumda tazminat tenkis edilirken alacaklının sözleşme konusu edimi uygun bir karşılık vererek elde etme menfaatinin de mutlak olarak göz önünde bulundurulması gerekmektedir.<sup>813</sup>

### *cc-Birlikte Kusur*

BK m.44 f.1'de açıkça zararın meydana gelmesinde veya artmasında mağdurun etkisinin olması halinde tazminat miktarının tenkis edileceği belirtilmiştir. Mağdurun etkisinden maksat alacaklının birlikte kusurudur.<sup>814</sup> Görüldüğü üzere bu hükümle alacaklı zararın meydana gelmesini engelleme veya meydana gelmiş olan zararın miktarını arttırmama yükümlülüğü altına sokulmuştur.<sup>815</sup> Bu yükümlülüğüne aykırı davranması halinde alacaklı zararın kendi kusuruyla meydana gelen kısmına katlanmak zorunda kalacaktır.

<sup>812</sup> KOLLER, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, s.100

<sup>813</sup> BRUNNER, N 257

<sup>814</sup> BARTH, s.185; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 9 N 9 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.580

<sup>815</sup> Barth alacaklının borçluyu alışılmadık ölçüde yüksek bir zarara karşı uyarma yükümünün de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini, aksi halde bunun birlikte kusur kapsamında kalacağını sadece nakliye sözleşmelerine ilişkin Art.447 II OR'de belirtilmesine rağmen bu kuralın tüm sözleşmeler bakımından uygulanacağını ifade etmektedir. Yazara göre burada borçlunun, zararın bu kadar yüksek olduğunu bilseydi sözleşmeye aykırı davranmayacağını ortaya koyulması gerekmektedir. Bkz. BARTH, s.186-187. Türk Borçlar Kanunu'nda söz konusu hükme denk gelen m.438 ise 29.6.1956 tarihli 6763 sayılı Kanunun 41.maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.



Mağdurun zararın doğmasına veya artmasına etki edecek davranışı yapma veya yapmama tarzında ortaya çıkabilecektir.<sup>816</sup> Edimin ifasının imkansızlaşması halinde, imkansızlığı öğrendiği anda alacaklının, örneğin sözleşme konusu malı aynı şartlarla bir başkasından edinme veya söz konusu hizmeti bir başkasından alma imkanı olmasına rağmen bunu ihmal etmesi halinde bu davranış yapmama şeklinde karşımıza çıkacaktır. Bu davranışı, örneğin sözleşme konusu malı kullanmak için alması halinde zararın doğmasına, sözleşme konusu maldan kar elde etmeyi hedeflediği hallerde ise zararın artmasına yol açacaktır. Zira, ilk durumda aynı şartlarla edimi elde etme imkanını kullansa alacaklının bir zararı söz konusu olmayacak, ikinci halde ise edimi elde etmek için daha sonra daha yüksek bedel ödemek zorunda kalması durumunda uğradığı zararı arttırmış olacaktır. Bunun gibi, (A)'nın 01.01.2012-01.02.2012 tarihleri arasında sahibi olduğu müzede sergilemek amacıyla çok ünlü bir ressama ait ve oldukça büyük ebatlarda bir yağlı boya tabloyu yurt dışındaki (B) müzesinden kiralaması halinde, tablonun sergi zamanından birkaç gün önce müzeye teslim edileceği belli olmasına rağmen, sergi tarihinden 6 ay önce tablo için camdan koruma yaptıran (A), tablonun teslim tarihinden 4 ay önce yangın sebebiyle yok olması ve böylelikle ifanın imkansızlaşması halinde, en azından yaptırdığı cam koruma için yaptığı masraflar bakımından kusurlu olduğu söylenebilecektir.

Zararın artmaması bakımından alacaklının kendisinden beklenen önlemleri almış olması gerekmemektedir. Alacaklının bu tedbirleri alması gerekip gerekmediği somut olayın özelliklerine dürüstlük kuralına göre açıklığa kavuşturulacaktır.<sup>817</sup> Buna göre zararın artmaması için dürüst ve dikkatli bir kişinin alabileceği önlemlerin alacaklı tarafından da alınması gerektiği söylenebilecektir. Ancak borçlunun da aynı durumda olduğu, bir başka deyişle aynı önlemlerin borçlu tarafından da alınabileceğinin söylenebildiği hallerde artıkalacaklının böyle bir yükümlülük altında olduğu söylenemeyecek ve tazminat alacaklının gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle tenkis edilemeyecektir.

BK m.44 f.1 özellikle imkansızlıktan her iki tarafın da sorumlu olduğu olaylar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Zira kanunda düzenlenmemiş olan bu halde

<sup>816</sup> BARTH, s.186; EREN, s.735; OĞUZMAN/ÖZ, s.579; NOMER, s.106 vd.

<sup>817</sup> BARTH, s.187

borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı ve alacaklının sebep olduğu ifa imkansızlığı kuralları<sup>818</sup> birlikte uygulanacak ve BK m.44 f.1'ı aracılığıyla tazminat tenkis edilerek bir orta yol bulunabilecektir.

#### *dd- Mağdurun Rızası*

BK m.44 f.1'e göre hakim, mağdurun açık veya örtülü rızasının söz konusu olduğu hallerde tazminatı tenkis edebileceği gibi zararın tazmine gerek olmadığına da karar verebilecektir. BK m.44 f.1'e göre zarar gören taraf zarara razı olduğu takdirde hakim tazminat miktarını tenkis edecek ya da hiç tazminata hükmetmeyecektir. Alacaklı tarafından gösterilen rızanın geçerli olabilmesi için evvela alacaklının ayırt etme gücüne sahip bulunması, sonrasında ise bu rızanın BK m.19-20 hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Borca aykırı davranışa alacaklının rıza gösterdiği çoğu hallerde borca aykırılık unsuru ortadan kalkacağından, hakim olayların büyük çoğunluğunda tazminata hükmedemeyecektir. Bu durumda yalnızca alacaklının rızasının geçerli olmadığı hallerde hakimin tazminat miktarını tenkis edebileceği söylenebilecektir. Zira alacaklının rızasının herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde, birlikte kusurdan bahsedilebilecek ve tazminatın tenkis edilmesi söz konusu olabilecektir.<sup>819</sup> Ayrıca borca aykırılığın, alacaklının razı olduğu sınırı aşması halinde yine borca aykırılıktan ve borçlunun sorumluluğundan bahsedilebilecektir.<sup>820</sup>

#### *ee- Failin Müzayakaya Düşecek Olması*

BK m.44 f.2'de tazminatın tenkisi için bir başka sebep daha gösterilmiştir. Buna göre zararı tazmin etmesi halinde borçlu müzayakaya düşecekse hakim tazminat miktarını tenkis edebilecektir. Ancak bunun için borçlunun borca aykırılıkta ağır ihmalinin veya kastının bulunmaması şart koşulmuştur. Bu durumda hakim somut olayda belirtilen şartların var olduğuna kanaat getirirse tazminat miktarının tenkis edilmesine hükmedebilecektir.

<sup>818</sup> Konuyla ilgili açıklamalar için bkz.s.320 vd.

<sup>819</sup> BARTH, s.190; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 9 N 2; OĞUZMAN/ÖZ, s.579

<sup>820</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.579

## E- MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ

Her borca aykırı davranış, doğurduğu maddi zararların dışında aynı zamanda taraflar arasındaki kişisel ilişkileri de etkileyecek ve taraflar borca aykırılık sebebiyle sıkıntı, hayal kırıklığı ve kızgınlık yaşayacaklardır. Ancak çoğu zaman bu manevi duyguların varlığı çok yoğun olmamaları sebebiyle kişilik haklarının sorumluluk doğuracak şekilde ihlali olarak görülemeyecek ve dolayısıyla tazmin edilmeleri mümkün olmayacaktır. Zira tazmin edilebilmesi için, sözleşmeye aykırı davranışın sebep olduğu olumsuz duygusal etkinin belirli bir yoğunlukta olması gerekir. Kişisel ilişkilerin sözleşmeye aykırı davranıştan ciddi şekilde olumsuz etkilenmesi halinde bu etkinin belirli bir yoğunlukta olduğu kabul edilecektir.<sup>821</sup>

Yukarıda ilgili bölümde açıklandığı gibi, alacaklı, borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle manevi zarara uğramışsa, BK m.98 f.2'nin yaptığı atıf nedeniyle bu zararlarının tazminini de borçludan talep etme hakkına sahip olacaktır. Ancak alacaklının manevi zararını talep edebilmesi için başka bir takım şartların daha var olması gerekecektir.

Öncelikle sözleşmeden kaynaklanan manevi zararın talep edilebilmesi borca aykırı davranılması sebebiyle ortada bir sözleşmeden doğan sorumluluğunun bulunmasına bağlıdır. Ancak her borca aykırılık manevi tazminat talebi için yeterli olamayacaktır. Bunun için daha ziyade borca aykırı davranışın alacaklının kişilik haklarını zarara uğratmış olması gerekmektedir. Aksi halde zarar BK m.96 kapsamında talep edilebilecektir.

### 1- Manevi Zararın Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Olan Genel Şartlar

#### a- Borca Aykırı Davranış

Her şeyden önce alacaklı, borçlunun sözleşmeden kaynaklanan kişilikle ilgili bir borcuna aykırı davranması halinde manevi tazminat talep edebilecektir. Kişiliği

<sup>821</sup> KOLLER, Genugtuung aus Vertragsverletzung, s.58

ilgilendiren yükümlülükler doğrudan doğruya, tamamen veya kesmen kişiliği korumayı amaçlayan yükümlülüklerdir. Bu yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi, bu yükümlülüklerin nitelikleri gereği korunmaya çalışılan kişinin kişiliğiyle yakın ilişki içerisinde olması sebebiyle, ilgililerin kişisel ilişkilerine müdahale niteliği taşıyacaktır.

Kanunda kişilik haklarının büyük çoğunlukla önleme hakkıyla korunmaya çalışılması ve bu kurumun çoğu zaman alacaklıyı korumaya yetmemesi sebebiyle taraflar, kişiliklerinin korunmasını sağlamak amacıyla, kanunda yer alan imkanlara ek olarak, somut olaydaki ihtiyaçlarını gözeterek başka haklarla bu ihtiyaçlarını tamamlamakta ve böylece durumlarını güçlendirmeye çalışmaktadırlar. Ancak kanundan kaynaklan kişiliğin korunmasına ilişkin önlem sadece güçlendirilmek istenmiyor ayrıca genişletilmeye çalışılıyorsa, bunun yegane yolu kişiliğe yönelik edim yükümlülükleri meydana getirilmektir.<sup>822</sup> Sözleşmeyle kişiliğe yönelik edimler meydana getirilmesiyle birlikte taraflara manevi anlamda da avantaj sağlanmış olacaktır.

Kişiliğe yönelik edim yükümlülükleri taraf edimlerinden, kanundan veya sözleşmenin hakim tarafından yorumlanması ve tamamlanması neticesinde ortaya çıkabileceklerdir. Taraflar örneğin kişiliğin korunmasını ve buna bağlı olarak kişiye yönelik edimi asli edim olarak kararlaştırabilirler. Bu sözleşmelere örnek olarak doktorla yapılan tedaviye yönelik sözleşmeler, çocuk kreş sözleşmeleri, çocuk bakım sözleşmeleri, bir fabrikanın veya bir sitenin güvenliğinin sağlanmasında olduğu gibi güvenlik sözleşmeleri gösterilebilir. İşverenin işçinin güvenliği için gerekli önlemleri alma yükümüne aykırı davranması neticesinde işçinin bundan dolayı zarar görmesi halinde de işçinin manevi zararından bahsedilebilecektir. Bunun yanı sıra bu yükümlülükler hizmet akdindeki sır saklama yükümünde olduğu gibi yan yüküm şeklinde de kararlaştırılabilecektir. Ancak bu yükümlülükleri kişilikle ilgili olarak dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlerinden ayırmak gerekecektir. Zira bu yükümler, sözleşme ilişkisi süresince karşı tarafın kişiliğini korumaya yönelik yükümler olup, doğrudan doğruya sözleşmenin ifasına yönelik değildirler. Borçlu

---

<sup>822</sup> Uygulamada özellikle tatil sözleşmelerinde alacaklının manevi çıkarlarını korumaya yönelik şartlarla oldukça sık karşılaşılmaktadır.

sadece bu yükümlere uygun olarak sözleşme ilişkisi boyunca karşı tarafın kişilik hakkına zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak zorunda kalacaktır.

### **b- Kusur**

Manevi zararın talep edilebilmesi için ikinci şart borçlunun kusurlu olmasıdır. Daha önce kusur kavramıyla ilgili yapılan tüm açıklamalar burada da geçerli olacaktır. BK m.47 'de ve 49'da kusura ilişkin hiçbir açıklama yapılmamıştır. Ancak bu maddelerin kanunda kusura dayanan haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler arasında yer alması nedeniyle, burada bir kusur sorumluluğunun olduğu ve hafif kusurun dahi bu sorumluluk için yeteceği ifade edilmektedir.<sup>823</sup> Bu sebeple borçlu burada da BK m.98 f.1 ile paralel olarak tüm kusurlarından sorumlu tutulacaktır. Ancak taraflar aralarında borçlunun manevi zararlardan kusuru bulunmasa dahi sorumlu olacağını kararlaştırabilecekleri gibi kusursuz sorumluluk hallerinde de manevi tazminat talep edilebilecektir. Bunun yanı sıra borçlu borcunu ifa ederken ifa yardımcısı kullanıyorsa, söz konusu ifa yardımcısının kusurlu olarak borca aykırı davranmış olması sebebiyle alacaklıda ve bazı istisnai hallerde üçüncü kişilerde manevi zarara sebep olması halinde, bu zarardan BK m.100 f.1 gereğince sorumlu olacaktır. Son olarak tarafların kendi aralarında BK m.99 ve 100 f.2'ye uygun olarak borçlunun sorumluluğunu sınırlandırmaları mümkündür.

### **c- Zarar**

Sözleşmeye aykırılıklarda manevi zarar iki şekilde karşımıza çıkabilecektir. Birincisi borca aykırılık aynı zamanda kişiliğe bir zarar verilmesi anlamı taşıyabilecektir. Bu halde borca aykırı davranışı aşan bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. Borca aykırı davranılması halinde kişilik doğrudan zarar görmektedir. Kişilik zararı borca aykırı

<sup>823</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art.47 N 10; TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.338; TUNÇOMAĞ, s.318; GÜRSOY, Manevi Zarar ve Tazmini, AHFD, C.XXX, sy.1-4, Ankara 1973, .s. 16; Aksi kanaatte BECKER, Art.47 N 2; OFTINGER/STARK, § 8 I N.8. Stark burada Oftinger tarafından savunulan görüşü değiştirmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ise cismani zarar halinde manevi tazminat için kusurun şart olmadığını kabul etmektedir. BGE 74 II 212; BGE 88 II 528. Özellikle BK m.49'a göre kusurun varlığının aranıp aranmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. ÜNAL, Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD C.35; Ankara 1985, s. 419 vd.

harekete ayrılmaz bir şekilde bağlıdır. Örneğin bir doktorun ameliyat sırasında yaptığı yanlış müdahaleyle hastanın kalıcı olarak sağır kalmasına veya görme yeteneğini kaybetmesine sebep olması halinde durum böyledir. Bu durumlarda borca aykırı davranış doğrudan doğruya kişiliğe ilişkin edim yükümünü ihlal niteliğindedir. Kişiliğe yönelik yükümlerin yan yüküm niteliğinde olması halinde de sonuç değişmeyecektir. İkinci halde ise kişiliğin zarar görmesi borca aykırılığın sonuçlarından bir tanesi olarak ortaya çıkmaktadır. Kişiliğe yönelik edim yükümlülüklerinden farklı olarak burada borca aykırı davranış ile kişiliğin zarar görmesi birbirinden zaman ve mekan olarak ayrılabilir. Kişilik zararları borca aykırı davranışa bağlı değildirler. Bazı hallerde bu kişiliğe ilişkin edimlerin ihlal edilmesi halinde de ortaya çıkabilecektir. İşverenin işçinin güvenliğini korumaya yönelik önlemler alma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde işçi bundan belki hiç bir zaman zarar görmeyebilecektir. Ancak çoğu zaman bu tip bir zarar borca aykırı davranışın sonuçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin bir estetik cerrahın hatası sebebiyle hastanın yüzünde kalıcı bir iz meydana gelirse, burada hasta yüzünde iz kalmasının kişiliğinde meydana verdiği zararın dışında, ileriki zamanlarda başka birtakım ek manevi zararlara da uğrayabilecektir. Örneğin mağdur bu iz sebebiyle arkadaşları tarafından dışlanabilecek hatta belki işinden bile çıkarılabilecektir. Bu tip durumlarda kişiliğin zarar görmesi borca aykırı davranışın ekstra bir sonucudur. Bunun gibi borca aykırı davranış alacaklının ölümüne veya yaralanmasına sebep olduğu takdirde, alacaklının yakınları manevi zarara uğrayacaklardır. Bu da borca aykırılığın dolaylı bir sonucudur.

#### **d- Uygun Nedensellik Bağı**

Alacaklının borca aykırı davranış sonucu uğramış olduğu manevi zararların tazminini talep edebilmesi için, aynen maddi zararlarda olduğu gibi, borca aykırı davranış ile manevi zarar arasına uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Genel hayat deneylerine ve hayatın olağan akışına göre bir zararın belli bir fiilin uygun ve normal bir sonucu olduğu söylenebildiği takdirde, zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının

var olduğu kabul edilecektir.<sup>824</sup> Burada değerlendirme objektif olarak yapılacak ve borca aykırı davranışın objektif olarak somut olaydaki kişilik zararını ortaya çıkarabileceğinin söylenebilmesi gerekecektir. Alacaklının sübjektif hayat tecrübeleri ise hiçbir şekilde kıstas olarak alınmayacaktır.

Manevi zararlar bakımından bu zararlarla borca aykırı davranış arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı iyi incelenmelidir. Zira manevi zararların borca aykırı davranılmasından çok sonra ortaya çıkması halinde artık burada uygun illiyet bağının varlığının kabul edilmesi, borca aykırılığın bu durumda kişilik zararı hukuki sonucuna bağlanması adaletsiz bir durum yaratacağından, mümkün olamayacaktır.<sup>825</sup>

## 2- Manevi Tazminata İlişkin Özel Şartlar

Alacaklının manevi zararını tazminini talep edebilmesi için genel şartların yanı sıra bazı özel şartların da gerçekleşmiş olması gerekmektedir. BK m.47 ve m.49'da belirtilen bu şartlar, sözleşme hukukundaki görünüm şekilleri içerisinde aşağıda kısaca ele alınacaktır.

Borçlar Kanunu'nda iki halde manevi zararın talep edilebileceği öngörülmüştür. Bunlardan ilki BK m.47'ye göre adam ölmesi veya cismani zarar ikincisi ise BK m.49'a göre şahsiyet haklarına saldırıdır. BK m.47'ye göre hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir. Buradaki tazminat duyulan elem ve acının karşılığıdır. Görüldüğü üzere kanun ancak bir şahsın vücut bütünlüğüne yapılan saldırılar sebebiyle manevi tazminat talep edilebileceğini, bir mala yapılan saldırının ise tazminat gerektirmeyeceğini kabul etmiştir. Buna göre bu hükme göre borçlunun edimini kusuruyla ortadan kaldırdığı ve dolayısıyla ifayı imkansızlaştırdığı bir halde, bundan yalnızca sözleşme konusu malın zarar görmüş olması halinde alacaklı manevi tazminat talep edemeyecektir.

<sup>824</sup> von TUHR/PETER, s.99; BREHM, Art.41 N 121; KOLLER, OR AT, § 48 N 86; OFTINGER/STARK I, § 3 N 15; BARTH, s.96; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.573; OĞUZMAN/ÖZ, s.686; EREN, s.492

<sup>825</sup> OFTINGER/STARK I, § 3 N 17; ROBERTO, N 181

Bunun söz konusu olabilmesi için daha ziyade söz konusu malın, ortadan kalkarken alacaklının vücut bütünlüğüne bir zarar vermiş olması da gerekir.

BK m.47'nin uygulanması için kusur şart görülmesine rağmen, bunun için hafif kusurun varlığı yeterli görülmektedir. Bunun yanı sıra Yargıtay 22.6.1966 tarihli içtihadı birleştirme kararıyla BK m.47 hükmünün kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulanabileceğini belirtmiştir.

Manevi tazminat talep edilebilmesi için ayrıca zarar verici olayın sebep olduğu ruhsal çöküntü, bu sebeple sosyal çevresi içerisinde düştüğü durum ve zararı meydana getiren davranışın özelliği manevi tazminat talebini haklı gösterecek yoğunlukta olmalıdır. Buna göre borca aykırı davranışın alacaklıda ruhsal bir zarara yol açması gerekir. Ancak cismani zarara uğrayan kimsede veya ölen kişinin yakınlarında meydana gelen manevi zararın meydana gelmesi, bu kişilerin gerçekten manevi tatmine ihtiyaç duymaları halinde manevi tazminata hükmedilebilecektir.<sup>826</sup>

BK m.49'a göre ise şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde zarara uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilecektir. BK m.47'nin yalnızca insan hayatı ve vücut bütünlüğünü korumasının karşısında bu hükümde her çeşit şahsiyet hakkına saldırı sebebiyle manevi tazminat talebi düzenlenmiştir. Kişinin şahsiyetine, şerefine, itibarına, haysiyetine, özel hayatına vb. değerlerine yapılacak saldırılar sebebiyle doğacak manevi zararlar bakımından bu hüküm uygulanacaktır. Ancak bu zararın belirli bir ağırlıkta olması gerekir.

---

<sup>826</sup> GÜRSOY, s.19



## II- TAZMİNAT DIŞINDA ALACAKLININ BAŞVURABİLECEĞİ DİĞER YOLLAR

### A- KAİM DEĞER (*STELLVERTRETENDES COMMODUM*) TALEBİ

#### 1-Genel Olarak

Ediminin ifasının imkansızlaşması halinde borçlu, ortadan kalkan edimin yerine bir değer elde ediyor ya da üçüncü kişiye karşı bir tazminat talep hakkı doğuyorsa, artık alacaklının talebi üzerine, elde ettiği değeri alacaklıya vermek ya da üçüncü kişiye karşı olan tazminat talep hakkını alacaklıya temlik etmek zorunda kalacaktır. “Surrogat” olarak da adlandırılan kaim değere örnek olarak, borçlunun edimin yok olması sebebiyle onun yerine elde ettiği sigorta bedeli, üçüncü kişiden olan tazminat alacağı, sattığı evin belediye tarafından kamulaştırılması halinde borçlunun elde edeceği kamulaştırma bedeli vs. gösterilebilir.<sup>827</sup> Bu durumda borçlunun yok olan edim yerine bir kaim değer elde ettiğini alacaklıya bildirmesi şeklinde bir yan yükümü bulunduğundan bahsedilmektedir.<sup>828</sup> Alman Medeni Kanunu’nun 285. paragrafında açıkça alacaklının, borçlunun § 275 I-III BGB’ye göre ifa etmek zorunda olmadığı edimi yerine bir ikame değer ya da tazminat talebi elde etmesi halinde, elde ettiği kaim değeri borçludan talep etme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Kanunlarda buna ilişkin bir hüküm yer almamasına rağmen Türk/İsviçre hukuku bakımından da alacaklının borçludan elde ettiği kaim değer talep edebileceği genellikle kabul edilmektedir.<sup>829</sup>

<sup>827</sup> İsviçre hukukunda kaim değer talebinin kabul edilmesinin gerekçesi ilk başlarda bugünkünden farklı ifade edilmiştir. O tarihlerde Federal Mahkeme bunun kabul edilmesinin mantığı ve amacını açıklamak üzere Art.119 OR’yi (BK m.119) göstermiş ve bu kurumun amacının kusuru bulunmaksızın edimi imkansızlaşan borçluyu sonradan sözleşmesel bağlılık sebebiyle doğabilecek olumsuz sonuçlardan korumak olduğu ifade edilmiştir. Ancak sonradan bu gerekçe, kusursuz imkansızlıkta borçlunun sonradan bundan herhangi bir şekilde olumsuz etkilenmesinin mümkün olmadığı, hatta bu sebeple birtakım faydalar dahi elde edebileceği gerekçesiyle göz ardı edilmiştir. Federal Mahkeme sonraki kararlarında bu görüşünden vazgeçmiş ve kaim değerinin yalnızca imkansızlaşan edim yerine borçlunun malvarlığına dahil olması sebebiyle alacaklıya verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. PFAMMATTER, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, Bern 1983, s.13 vd.

<sup>828</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2597

<sup>829</sup> BECKER, Art.99 N 26, Art.119 N 1; BUCHER, OR AT s.424 vd.; von TUHR/ESCHER, s.131; BARTH, s.208 vd.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.288; KELLER/SCHÖBI, s.250; KOLLER, OR AT, § 54 N 27 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2595, 3248; PFAMMATTER, s.13 vd.; BERGER, N 1601; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.1008 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.353; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16 N 16. Yarg.13.HD E.1994/7304, K.1994/9537 (KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku, s.192); Yarg.13.HD E.1994/8683, K. 1994/6473

Kaim değeri talep hakkının tanınmasının amacıyla ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar<sup>830</sup> bunu ifa etmeme sonucu doğan durumda adaleti sağlama ve malvarlıkları arasındaki dengesizliği giderme amacını taşıdığı ileri sürerken; bazı yazarlar ise<sup>831</sup> menfaatleri zedelenen alacaklının, borçluyu da ek yükümlülük altına sokmaksızın tatmin edilmesi olarak açıklamışlardır. İfa imkansızlığı sebebiyle birincil edim yükümünün sona ereceğini ve bunun için borçlunun imkansızlıktan sorumlu olup olmamasının önem taşımadığını, kusurun yalnızca tazminat yükümü bakımından önemli olduğunu, borçlunun BK m.117'ye göre imkansızlık sebebiyle tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için ise aynen BK m.96'da olduğu gibi her durumda kusursuzluğu ispat etmesi gerektiğini kabul eden bazı yazarlar ise; kanun koyucunun her iki hükümde de aynı şeyi amaçladığını ileri sürmüş ve borçlu imkansızlıktan sorumlu olmasa bile, imkansızlaşan edim yerine kaim değer elde edilmesi halinde alacaklının menfaatlerinin bir şekilde tatmin edilmesinin halen mümkün olması sebebiyle borçlunun ifa yükümünün sona ermesinin BK m.96 ve 117'nin anlam ve amacına aykırı olacağı gerekçesiyle kaim değer kabul edildiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>832</sup>

## 2-Alacaklının Kaim Değeri Tercih Etmesinin Nedenleri

Alacaklının kaim değer talep etmesi bazı hallerde onun yararına olabilecektir. Borçlunun ediminin imkansızlaşması üzerine, normal şartlarda alacaklının sözleşmeyle hedeflediği amaç sekteye uğrayacak, ancak bazı hallerde borçlunun imkansızlaşan edim yerine elde ettiği değerler alacaklının beklentilerini karşılayabilecektir. Özellikle borçlunun imkansızlaşan edimle hemen hemen aynı niteliklerde bir kaim değer elde etmesi halinde durum böyledir. Bu durumda alacaklı asıl edimle hedeflediği amaca kaim değerle de ulaşabilecektir. Bunun gibi alacaklının, borçlunun imkansızlaşan edimi yerine eline geçen bir eşyayı elde etmesi, bazı hallerde kendisi için imkansızlık sebebiyle müsbet zararını talep etmesinden

---

(KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku, s.199); Yarg.4.HD E.1994/2117, K.1994/5357 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>830</sup> EMMERICH, § 285 N 2; UNBERATH, § 285 N 1; LÖWISCH /CASPER, § 285 N 1; HARTMANN, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, Tübingen, 2007, s.40 vd.; LEHMANN, Matthias, Das stellvertretende commodum, JuS 6/2006, s.502; ULLRICH, Doppelverkauf und stellvertretendes commodum, Trier 1990, s.110; BARTH, s.208

<sup>831</sup> von BÜREN, OR AT, s.389;

<sup>832</sup> PFAMMATTER, s.16 vd.

daha büyük önem taşıyabilecektir. Örneğin (A)'nın (B)'ye sattığı evi daha sonra (C)'nin evi ile takas etmesi halinde, alacaklının, ihtiyaçları doğrultusunda ifa etmeme sebebiyle tazminat talep etmek yerine, (B)'nin yeni evinin kendisine verilmesini talep etmesi ve bir an önce bir eve kavuşması onun yararına olabilecektir. Bazı hallerde ise alacaklının borca aykırılık sebebiyle meydana gelen zararın ispatlaması çok güç olabilecek, alacaklı zararının ispatı meselesiyle uğraşmak istemeyebilecek ya da borçlu tazminat ödeyebilecek durumda olmayabilecektir. İşte bu durumlarda da alacaklının tazminat yerine kaim değer talep edebileceği söylemek mümkündür.

### 3-Kaim Değer Talep Edilebilmesinin Şartları

#### a- Alacaklının İrade Beyanı

Borçlu öncelikle, ancak alacaklı tarafından talep edildiği takdirde elde ettiği veya hak kazandığı kaim değeri alacaklıya devretmek veya temlik etmek zorunda kalacaktır. Görüldüğü üzere bu hakkın kullanılabilmesinin ilk şartı alacaklının bu yöndeki irade beyanıdır. Burada yenilik doğuran bir hak söz konusudur.<sup>833</sup> Alacaklı bu yenilik doğuran hakkını kullandığı anda borçlu kaim değeri alacaklıya devretmek zorunda kalacaktır.

#### b- Edimin İfasının İmkansızlaşması

Hakim kanaat alacaklının kaim değeri talep edebilmesi için edimin sonradan imkansızlaşmasının gerektiğini kabul etmektedir.<sup>834</sup> Zira sonraki imkansızlık dışındaki ifa engellerinde borçlunun eline, edim yerine bir kaim değer

<sup>833</sup> PFAMMATTER, s.23

<sup>834</sup> LÖWISCH/CASPERS, § 285 N 1; UNBERATH, § 285 N 7; HARTMANN, s.128; LEHMANN, Das stellvertretende commodum, s.503; BUCHER, OR AT, s.419 vd.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.288; von TUHR/ESCHER, s.131; BARTH, s.209; BERGER, N 1601; OĞUZMAN/ÖZ, s.353-354; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.1008. SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16 N 16. Alman Hukunda ise Borçlar Hukuku Modernizasyonu sonrasında § 285 BGB, sadece § 275 I BGB'ye göre imkansızlık halinde değil, bunun yanı sıra § 275 II-III BGB'ye göre beklenilmezlik hali sebebiyle borçlunun borcunu ifa etmesi gerekmeyen hallerde, hatta § 311 a I'de düzenlenen baştaki imkansızlık hallerine de uygulanabilecektir. EMMERICH, § 285 N 3; LÖWISCH/CASPERS, § 285 N 27; GRÜNEBERG, § 285 N 1; HARTMANN, s.129 vd.

geçmemektedir.<sup>835</sup> Kaim değer istenebilmesi için imkansızlığın sübjektif<sup>836</sup> veya objektif olması arasında bir fark olmadığı gibi, her ne kadar kusursuz imkansızlıkta kaim değer istenebilmesi daha yaşamsal olmasına rağmen, borçlunun kusurunun bulunup bulunmaması da önem taşımamaktadır<sup>837</sup>. Hatta bunun da ötesinde, imkansızlığın varlığı kaim değer talep edilebilmesi için yeterli olup, bunun meydana gelmesinden kimin sorumlu olduğunun dahi önemi yoktur. Aynen borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığında olduğu gibi, alacaklı imkansızlıktan kendisi sorumlu olsa dahi borçludan kaim değeri talep edebilecektir. Aynı sonuç imkansızlıktan her iki tarafın sorumlu olduğu hallerde de geçerlidir.

Alacaklı borçlunun kusuruyla meydana gelen imkansızlıkta, zararı karşılığında ödenecek tazminat miktarından mahsup edilmek üzere kaim değer talep edebilecektir.<sup>838</sup> Zira kaim değer imkansızlık sayesinde istenebilen bir yarar olduğundan, zararlarla denkleştirilmesi gereken bir unsurdur.

### **c- Kaim Değer Edimi İmkansızlaştırıcı Olay Sonucunda Elde Edilmiş Olmalıdır**

Bu unsur da doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir.<sup>839</sup> Buna göre alacaklı ancak borçlunun edimi imkansızlaştırıcı olay sonucunda elde ettiği kaim değerleri talep edebilecektir. Burada edimi imkansızlaştırıcı olay ile kaim değer elde edilmesi arasında bir nedensellik bağının bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak Alman hukukunda bazı yazarlar tarafından, daha da ileri gidilerek, ancak söz konusu olayla kaim değer elde etme arasında “uygun” bir illiyet bağının bulunması halinde,

<sup>835</sup> Zira elden gitmemiş şeyin yerine bir başka şeyin geçmesi mümkün değildir. Sözleşmenin değişen durumlara uyarlanması ise borçlunun elde edeceği menfaatin kaim değer olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

<sup>836</sup> Zira kanaatimizce sübjektif imkansızlık objektif imkansızlıkla aynı sonuçları doğurmaktadır. Ancak sübjektif imkansızlığın imkansızlık değil, temerrüt hükümlerine tabi olacağı görüşüne göre alacaklı ancak edimin objektif olarak imkansızlaşması halinde kaim değeri talep etme hakkı olacaktır.

<sup>837</sup> **EMMERICH**, § 285 N 14; **LÖWISCH/CASPERS**, § 285 N 28; **UNBERATH**, § 285 N 7; **BUCHER**, OR AT 425 vd.; **von TUHR/ESCHER**, s.131; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16 N 16

<sup>838</sup> **von TUHR/ESCHER**, s.131

<sup>839</sup> **LEHMANN**, Das stellvertretende commodum, s.504; **BARTH**, s.209; **BUCHER**, OR AT, s.420; **von TUHR/ESCHER**, s.131

alacaklının bu kaim değeri talep edebileceği söylenmektedir.<sup>840</sup> Uygun illiyet bağımlı aramanın kaim değeri talep hakkının mantığı ve amacıyla uyuşmayacağı ve sadece borçlunun kaim değeri verme yükümlülüğünü sınırlamaktan ibaret kalacağı gerekçesiyle haklı olarak burada doğal nedensellik bağımlı varlığı yeterli görülmüştür.<sup>841</sup>

#### d- İmkansızlaşan Edim ile Kaim Değer Benzer Olmalıdır

Alman Borçlar Kanunu'nun 285. paragrafında geçen "borçlanılan edim yerine" ifadesi sebebiyle, Alman hukukunda yazarların çoğu tarafından, ifası imkansızlaşan edim ile borçlunun yerine kaim değer elde ettiği edim arasında benzer olması gerektiği ifa edilmiş,<sup>842</sup> aynı şart İsviçre öğretisinde bazı yazarlarca da kabul edilmiştir.<sup>843</sup> Buna göre borçlunun ediminin konusu ile yerine kaim değer elde edilen şeyin aynı olması gerekmemekte, ekonomik açıdan birbirinin yerine geçmek için uygun olmaları yeterli sayılmaktadır.<sup>844-845</sup> Örneğin kiralanan gayrimenkulün kamulaştırılması halinde, borçlanılan edimin konusu ile borçlunun yerine kaim değer elde ettiği nesnenin benzer olmadığı ve dolayısıyla alacaklının kaim değer talep edemeyeceği söylenmektedir. Zira burada edimin konusu bir taşınmazın yalnızca kullanımını karşı tarafa devretmekten ibaretken, yerine kaim değer elde edilen edim ise kullanım hakkının ötesinde bir mülkiyet hakkıdır. Bunun gibi Alman Federal Mahkemesi tarafından aynı taşınmazın iki ayrı kişiye iki farklı amaçla kiralınması halinde de bu iki edimin benzer sayılmayacağı, bu sebeple ilk kiracının, kiralayandan

<sup>840</sup> LÖWISCH/CASPERS, § 285 N 30; UNBERATH, § 285 N 8; Aksi kanaatte EMMERICH, § 285 N 18. Yazar uygun nedensellik bağımlı aramanın borçlunun sorumluluğunu sınırlayacağını ve bunun bir anlamı olmadığını belirtmektedir.

<sup>841</sup> PFAMMATTER, s.34

<sup>842</sup> EMMERICH, § 285 N 24; LÖWISCH/CASPERS, § 285 N 43; GRÜNEBERG, § 285 N 8; UNBERATH, § 285 N 11; LEHMANN, Das stellvertretende commodum, s.505

<sup>843</sup> von TUHR/ESCHER, s.131; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.288

<sup>844</sup> PFAMMATTER, s.38

<sup>845</sup> Borçlunun edimi ile yerine kaim değer elde edilen edimin özdeş olması gereğinin sonucu olarak, çeşit borçlarında alacaklının kaim değeri talep edebilmesi için edimin, ayırt edilmesinden sonra imkansızlaşması gerekeceği söylenmiştir. Buna göre borçlu çeşit borcunda henüz malı diğerlerinden ayırt etmeden önce, mala bir zarar gelecek olursa, burada alacaklının, borçlunun elde ettiği kaim değeri talep etme imkanı bulunmayacaktır. Bunun iki sebebi bulunmaktadır. İlk olarak burada çeşit borcu söz konusu olduğu için zaten bir imkansızlıktan bahsedilemeyecektir. İkinci olarak ise burada özdeşlik şartı gerçekleşmemiştir. Özdeşlik şartının gerçekleştiğini söyleyebilmek için ifa edilecek malın ifa edilmek üzere ayırt edilmesi gerekecek, ancak bu halde hem imkansızlık hem de özdeşlik şartının gerçekleştiği kabul edilebilecektir. Aynı durum sınırlı çeşit borçları bakımından da geçerlidir. Bkz. GRÜNEBERG, § 285 N 5; PFAMMATTER, s.38

ikinci kiracının ona ödediği parayı talep edemeyeceği söylenmiştir.<sup>846</sup> Buna karşın, kiraladığı yeri alt kiraya veren kiracının kira hakkından bir tazminat karşılığında vazgeçtiği bir durumda, kiracının bu tazminatı, yani kaim değeri alt kiracının kullanım imkanına karşılık olarak almış olması sebebiyle alt kiracının bu kira hakkına bağlı olarak elde ettiği zilyetlik hakkı sona erecek ve ifası imkansızlaşan edim ile yerine kaim değer elde edilen şey arasında benzerlik olduğu kabul edilecektir.<sup>847</sup>

Kanaatimizce, yukarıda açıklandığı gibi, alacaklının kaim değeri talep etmesi için birbirinden farklı sebepler bulunmaktadır. Bu hakkın alacaklı tarafından kullanılabilmesi için, kaim değer mutlakla alacaklının sözleşmeyle hedeflediği amaca ulaşması için uygun olması gerekmektedir. Alacaklı bazen sırf zararı ispatlayamayacak olması veya borçlunun tazminat ödeyecek durumda bulunmaması sebepleriyle dahi bu yola başvurabilecektir. Borçlunun tazminat ödeyecek durumda bulunmaması sebebiyle alacaklının bu yola başvurabileceğini kabul ettikten sonra, sırf borçlunun imkansızlaşan edimi ile ortadan kalkması üzerine yerin kaim değer elde edilen mal ya da hakkın benzer olmadığı gerekçesiyle, alacaklıyı bu hakka başvurma hakkını kısıtlamak bu kurumun amacına uygun görülmemektedir.

#### 4-Kaim Değerin Kapsamı

Alacaklı kaim değeri talep ettiği takdirde, borçlu imkansızlaşan edimin yerine elde ettiği kaim değer tamamını alacaklıya vermek zorunda kalacaktır.<sup>848</sup> Borçlunun elde ettiği kaim değeri, örneğin sigortadan elde ettiği parayı harcaması, elde ettiği malı aynı özelliklerdeki bir başkasıyla karıştırması gibi sebeplerle alacaklıya devredemediği ya da üçüncü kişiye karşı sahip olduğu alacak hakkını alacaklıya temlik etmediği takdirde bunun değerini alacaklıya borçlanacaktır.<sup>849</sup>

<sup>846</sup> BGHZ 167, 312, 319 NJW 2006, 2323; Aksi görüşte LÖWISCH/CASPERS, § 285 N 46. Yazara göre § 285 BGB hükmün tek başına değerlendirilemesi, alacaklının kaim değeri hedefleyip hedeflemediğinin tespitinde yeterli olmayacaktır.

<sup>847</sup> NJW-RR 1986, s.234, 235

<sup>848</sup> EMMERICH, § 285 N 31; LÖWISCH/CASPERS, § 285 N 48; UNBERATH, § 285 N 14.

<sup>849</sup> LÖWISCH/CASPERS, § 285 N 51

Hukuki işlem vasıtasıyla elde edilen değerlerin hangi oranda kaim değer sayılarak alacaklı tarafından talep edilebileceği hususu tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre kaim değer en fazla edimin değeri yüksekliğinde alacaklı tarafından talep edilebilecektir.<sup>850</sup> Ancak özellikle Alman hukukunda hakim olan görüşe göre ise burada imkansızlaşan edimin yerine geçecek olan kaim değer, edimin değerinin üzerine bir değere sahip olsa dahi, borçlu tarafından bütünüyle kaim değeri talep eden alacaklıya verilmek zorunda kalınacak, kaim değer imkansızlaşan edimin değerinden daha az veya daha fazla değere sahip olup olmadığına bakılmayacaktır.<sup>851</sup> Bu yazarlara göre borçlu borcu ifa etseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma sokulmamalıdır. Bu iki görüş arasındaki farkı ortaya koymak için şu örnek verilebilir: (A), piyasa değeri 20.000 TL olan otomobili (B)'den 18.000 TL'ye satın almıştır. (B) daha sonra bu aracı üçüncü bir şahsa 21.000 TL'ye satıp devrederse (B)'nin talep edebileceği kaim değer  $20.000 - 18.000 = 2.000$  TL iken, hakim görüşe göre  $21.000 - 18.000 = 3.000$  TL'dir.

Kaim değer imkansızlaşan edimin değerinden düşük olduğu durumlarda, alacaklının karşı edimin miktarını da indirebilip indiremeyeceği tartışmalıdır. Hakim kanaat burada alacaklının karşı ediminin de aynı oranda indirilmesi gerektiğini kabul etmektedir.<sup>852</sup> Bu yazarlara göre yapılacak kıyaslamada edimin sözleşmenin kurulduğu sıradaki değeri dikkate alınacaktır. İfa imkansızlığı sonucunda alacaklının kaim değeri talep etmek zorunda bulunmaması ve tazminat ile kaim değer arasında seçim yapma hakkına sahip olması sebebiyle burada artık alacaklının kendi karşı ediminin miktarını azaltamayacağını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.<sup>853</sup> Kanaatimizce burada alacaklının kaim değer ile birlikte tazminat talep edip etmediğine göre verilecek cevap değişecektir. Yalnızca kaim değer talep etmesi halinde alacaklının karşı edimi kaim değer değeri miktarında düşürülmek

<sup>850</sup> KOLLER, OR AT, § 54 N 33

<sup>851</sup> EMMERICH, § 285 N 31; LÖWISCHCASPER, § 285 N 48; GRÜNEBERG, § 285 N 9; Ullrich, s.112; BECKER, Art.99 N 26; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2603; Pfammater, s.54; Bu yazarlara göre borçlunun hukuka aykırı davranarak sıf daha fazla kazanç elde etmeye yönelik davranışı yanına kar kalamayacaktır. Üstelik aksinin kabul edilmesi, borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle hiçbir risk taşımaması anlamına gelecektir ki, hukuk mantığının buna izin vermesi söz konusu olamayacaktır.

<sup>852</sup> EMMERICH, § 285 N 39; BARTH, s.211; BUCHER, OR AT, s.421; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2602; PFAMMATTER, s.51

<sup>853</sup> von TUHR/ESCHER, s.133; KOLLER OR AT, § 54 N 36

gerekecekken, bunun yanı sıra tazminat talep ettiği hallerde karşı edimin tamamıyla ifa edilmesi gerekecektir.

Alacaklı tam imkansızlıkta olduğu gibi kısmi imkansızlıkta da kaim değer talep etme hakkına sahip olacaktır. İsviçre Federal Mahkemesine göre bu durumda alacaklı imkansızlaşmayan edimle birlikte (kısmi ifa) kaim değer de talep etme hakkına sahiptir.<sup>854</sup> Buradan, alacaklının kendi edimini borçlunun karşı ediminin değerindeki azalmayla orantılı olarak tenzil edebileceği, zira ücret hasarını alacaklının taşımadığı anlaşılmaktadır.<sup>855</sup> Burada çoğunlukla kendi ediminin bölünemez nitelikte olduğu hallerde kısmi ifayı seçen alacaklının kendi borcunu tamamen ifa ederek, borçludan aradaki değer farkını kendisine ödenmesini talep edebileceği ileri sürülmektedir.<sup>856</sup>

Kaim değer talebinin alacaklının müsbet zararıyla sınırlı olup olmadığı meselesi tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu soruya olumsuz cevap vermektedirler.<sup>857</sup> Bu görüşe göre, borçlu borcunu ifa etseydi alacaklının ekonomik olarak daha iyi durumda olabileceği gerekçesiyle, bu durumda alacaklının müsbet zararı aşan kaim değeri talep etme hakkına sahip olduğu söylenmelidir.

İmkansızlığın borcu sona erdirip erdirmediği ile ilgili hangi görüş<sup>858</sup> kabul edilirse edilsin, tam iki taraflı sözleşmelerde edimin ifasının imkansızlaşması üzerine alacaklının borçludan kaim değeri talep etmesiyle birlikte borcun sona erdiği kabul edilemeyecek, ancak alacaklının kaim değeri talep etmediği ve fark teorisini seçtiği durumlarda borçlunun borcunun sona erdiğinin kabulü mümkün olacaktır. Buna bağlı olarak da, borçludan kaim değer talep eden alacaklı kendi karşı edimini ifa etmek

<sup>854</sup> BGE 51 II 171

<sup>855</sup> BARTH, s.50; CAYTAS, s.160

<sup>856</sup> ENNECERUS/LEHMANN II § 47 I.a. Caytas ise bu görüşün ancak alacaklıya seçim hakkının tanınması halinde kabul edileceğini, aksi halde alacaklının kısmi ifayı kabule zorlanması halinde borçlunun kendi kısmi ifası karşılığında karşı alacağına tam olarak kavuşacak olması sebebiyle alacaklının borçluya göre dezavantajlı bir duruma sokulacağını, bunun yanı sıra alacaklının bir deyinca ifa yükümlülüğü altında olduğu hallerde, borçlunun borcunu kısmen ifa edeceğinin önceden belli olması durumunda alacaklının iflas etme riski altında olacağını, bu nedenle bu durumda alacaklıyı karşı edim yükümünden kurtararak borçluya imkansızlaşan edim kısmının değerini alacaklıya ödemesi gerektiğinin kabul edilmesinin daha doğru olacağını ileri sürmektedir. CAYTAS, s.160 vd. Kanaatimizce yazar burada alacaklının kaim değeri talep etmeye mecbur olmayıp, sadece bu yönde bir hakkının olduğunu gözden kaçırmaktadır.

<sup>857</sup> KOLLER, OR AT, § 54 N 35; aksi kanaatte KELLER/SCHÖBI, s.251

<sup>858</sup> İmkansızlığın sadece borçlunun bundan kusurunun bulunmaması halinde borcu sona erdireceği, kusurun varlığı halinde ise borçlunun borcunun devam edeceği görüşü ile imkansızlık halinde borcun daima sona ereceği, borçlunun kusurlu olup olmamasının bu açıdan bir öneminin bulunmadığına ilişkin görüş.



zorunda kalacaktır. Bu sebepten dolaydır ki burada fark teorisinin uygulanması mümkün değildir.<sup>859</sup>

### 5-Kaim Değer - Tazminat İlişkisi

Kaim değeri alacaklının talebi üzerine kendisine vermek zorunda olan borçlu burada borcunu ifa etmektedir. Bu sebeple kaim değer bir tazminat olarak değil, asli edim yükümünün yerine geçen değer olarak kabul edilmelidir. Tıpkı aynen ifa talebinde olduğu gibi burada da alacaklının kaim değeri talep edebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmemektedir. Öte yandan alacaklının kaim değer talep etmesi kusurlu borçludan ayrıca tazminat talep etmesine de engel olamayacaktır.<sup>860</sup> Zira borcun ifasının imkansızlaşması halinde alacaklının zararı salt edimin değerinden ibaret bulunmamakta, alacaklı somut olayda bunu aşan birtakım zararlara uğrayabilmektedir. İşte bu sebeple alacaklı zararının kaim değeri aşan kısmı için ayrıca tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu durumda tazminat ödemek istemeyen borçlunun borca aykırılıkta kusurlu olmadığını ortaya koyması gerekecektir. Alacaklı borçlunun kusuruyla meydana gelen imkansızlıkta, zararı karşılığında ödenecek tazminat miktarından mahsup edilmek üzere kaim değer talep edebilecektir.

### 6-Kaim Değerin İspatı

Edimin imkansızlaşması üzerine kaim değeri talep eden alacaklı borçlunun imkansızlaşan edim yerine bir kaim değer elde ettiğini ispatlamak zorunda kalacaktır. Ancak alacaklının ispat yükü bununla sınırlı kalmamakta, alacaklıdan aynı zamanda bunun değerinin yüksekliğini ispat etmesi de beklenmektedir. Ancak burada kaim değer borçlunun malvarlığında bulunması sebebiyle alacaklıdan bu değeri kesin olarak ortaya koyması beklenemeyecektir.<sup>861</sup>

<sup>859</sup> BARTH, s.211; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2598; PFAMMATTER, s.81 vd.

<sup>860</sup> EMMERICH, § 285 N 36; GRÜNEBERG, § 285 N 10; LEHMANN, Das stellvertretende commodum, s.505; Aksi kanaate BARTH, s.210; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16 N 16

<sup>861</sup> EMMERICH, § 285 N 40; LÖWISCH/CASPERS, § 285 N 60; GRÜNEBERG, § 285 N 13

## 7-Zamanaşımı

Kaim değerın tazminat olarak kabul edilmeyecek olması sebebiyle kaim değeri talep hakkı bakımından da BK m.125'deki zamanaşımı süreleri geçerli olacaktır. Ancak burada sürenin ne zaman işleyeceği hususunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Yazarlardan bir kısmı<sup>862</sup> burada borçlunun borcu ifa etmiş olmasına nazaran daha kötü bir duruma sokulamayacak olması sebebiyle ifayı talep hakkı için başlamış olan zamanaşımı süresinin kaim değeri talep hakkı bakımından da geçerli olduğunu, buna göre asli borç bakımından muacceliyet tarihinden itibaren başlayan zamanaşımı süresinin kaim değer bakımından aynı anda başlamış sayılacağını ileri sürerken, bazı yazarlar<sup>863</sup> ise bu çözümün sadece edim yükümünün BK m.96 ve BK m.117'ye göre imkansızlık sebebiyle şekil değiştirdiği hallerde uygulanabileceğini, ancak alacaklının örneğin BK m.106'ya göre seçimlik haklara sahip olduğu bir durumda bu sürenin alacaklının seçim hakkını kullanması anında başlaması kuralına paralel olarak, kaim değer bakımından da zamanaşımı süresinin kaim değerın talep edilmesiyle birlikte başlaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

## B- BK m.97'DEN DOĞAN HAKLAR

### 1-Alacaklının Borcun Kendisi Tarafından İfasına İzin Verilmesini Talep Hakkı

BK m.97'ye göre bir şeyin yapılmasına müteallik borç, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı masraf borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilecektir. Bu hüküm borçlunun borcunun yapma borcu olduğu durumlarda alacaklıya, tazminat hakkı saklı kalmak kaydıyla, hakime başvurarak, henüz yapılmamış olan işi borçlu hesabına yapmak üzere yetkilendirilmesini talep etme hakkı tanımaktadır. Bu durumda alacaklı ya işi kendisi yapacak ya da üçüncü bir kişiye yaptıracak ve borçlunun yapma borcu bir para borcuna dönüşecektir.<sup>864</sup>

<sup>862</sup> von TUHR/ESCHER, s.104; BECKER, N 4 zu Art.97 OR

<sup>863</sup> BUCHER, OR AT, s.480

<sup>864</sup> Bazı yazarlar tarafından bu durumda borçlunun işi başkasına yaptırdığı daha sonra bedelini borçludan talep edebileceği gibi, her ne kadar kanunda açıkça yer almasa da, bu bedeli daha başta

BK m.97 f.1'deki bu hakla alacaklı, edimin borçlu yerine bir başkası tarafından ifa edilmesini sağlayabilmektedir. Buna göre yapma borçlarında alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde ifaya başka bir şahıs eliyle kavuşabilecektir. Alacaklının sahip olduğu bu hak, borçlu temerrüdünde sahip olacağı haklardan ayrılmaktadır. Zira BK m.97 f.1'e göre alacaklı mutlak olarak hakim tarafından yetkilendirilmek zorundadır.<sup>865</sup> Alacaklının, hakim tarafından kendisine bu yönde bir yetki verilmeksizin hareket etmiş olması halinde ise, alacaklı bu hareketiyle borçlunun ifasını imkansızlaştırmış olacak ve borçlu BK m.117'ye göre borcundan kurtulacaktır.<sup>866</sup>

Alacaklının hakim tarafından yetkilendirilmesi sadece borçlu dışında başkaları tarafından da yerine getirilmesi mümkün olan yapma borçlarında söz konusu olacaktır.<sup>867</sup> Borçlanılan ve ifa edilmeyen edimin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir iş görme edimi olması halinde, borç yalnızca borçlu tarafından yerine getirilebileceğinden, bunun alacaklı veya bir üçüncü kişi tarafından ifası mümkün olamayacaktır. Bu iş görme borcu hizmet veya vekalet akdinden doğabileceği gibi, kira ve adi şirket akitlerinden de doğabilecektir.<sup>868</sup>

---

borçludan alarak bunun sonrasında isi başkasına yaptırabileceği, bu imkanın alacaklıya verilmemesinin adaletsiz olacağı ifade edilmiştir. Bkz.**BECKER**, Art. 98 N 3; **von TUHR/ESCHER**, s.91; **WEBER**, Art.98 N 60; **WIEGAND**, Art.98 N 7; **GAUCH**, Werkvertrag, N 1816; **GAUCH**, Die Ersatzvornahme, s.26; **KOLLER**, § 44 N 30; **SCHMID**, Ersatzvornahme, s.622. Aksi kanaatte **BUCHER**, s.332; **NIKLAUS**, s.37.

<sup>865</sup> İsviçre öğretisinde Schmid alacaklının hakimden yetki almaksızın ifayı üçüncü kişi eliyle gerçekleştirmek istemesi halinde, bu isteğine ancak borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler vasıtasıyla ulaşabileceğini ifade etmektedir. **SCHMID**, Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht, Norm und Wirkung; Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger Perspektive; Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65.Geburtstag, Bern 2005, s.607. Yazarın burada kastettiği şudur: Bu durumda, borçlunun borcunu ifa etmesi için kendisine verilen süreyi boşa geçirmesi halinde – ya da ek süre verilmesine gerek olmayan hallerde- alacaklı aynen ifadan vazgeçerek tazminat talep edebilecektir. Yazara göre ifa etmeme sebebiyle tazminat, ayrıca edimi meydana getirme şeklinde de olabilecektir. Bu durumda tazminat Art.97 (BK m.97), daha doğrusu Art.103 Abs.1 OR (BK m.102 f.1)'e göre talep edilecek ve sonuç olarak bu durumda borçlunun kusurlu olması şartı aranacaktır. Temerrüt halinde borçlu ayrıca, Art.103 Abs.2 (BK m.102 f.2)'nin kıyasen uygulanması sonucunda, kusuru bulunmadığını ya da borç zamanında ifa edilseydi dahi ediminin konusu olan şeyin alacaklının zararına kazaya uğrayacak olduğunu ispat edemediği müddetçe, gerçekleşmeyen ikame icranın (borcun üçüncü kişi tarafından ifası) masraflarını da ödemek zorunda kalacaktır. **SCHMID**, Die Ersatzvornahme, s.629.

<sup>866</sup> **SCHMID**, s.628; **TUNÇOMAĞ**, s.480

<sup>867</sup> **BECKER**, Art.98 N 1; **BUCHER**, OR AT, s.296; **BECKER** Art.98 N 1; **WIEGAND** Art.98 N 4; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.98 N 4; **THIER**, Art.98 N 3; **KOLLER**, § 44 N 23; **GAUCH**, Die Ersatzvornahme und viele Fragen zur Nichterfüllung,- Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts, recht 1987, H.1, s.26; **GAUCH**, Werkvertrag, N 1808; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 17 N 6; **EREN**, s.991; **TUNÇOMAĞ**, s.479

<sup>868</sup> **BECKER**, Art.98 N 2; **WIEGAND** Art.98 N 4; **SCHMID**, Ersatzvornahme, s.609. Bu hükmün uygulanabilmesi için ortada mutlaka geçerli bir sözleşmenin bulunması gerekmediği, hükmün

Bu hükmün, aynı edimler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı meselesi tartışmalıdır (mülkiyet veya kullanım hakkının devri). Bazı yazarlar<sup>869</sup> bu soruya olumlu cevap verirken, diğer bazı yazarlar<sup>870</sup> ise hükmün lafzı karşısında bunun mümkün olmadığını, ayrıca buna gerek de bulunmadığını ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre aynı edimlerde bu hükmeye gerek olmamasının nedeni, aynı edim alacaklının sözleşme konusu edime başka yollardan ulaşmasının ve bunu tedarik bedelini borçludan talep etmesinin her zaman mümkün olmasıdır. Ancak alacaklının işi başkasına yaptırabilmesi için borçlunun mutlaka kusursuz olması gerekmediğinden, alacaklı bu hak bakımından tazminat talep etme hakkına göre daha avantajlı durumda olacaktır.<sup>871</sup> Bunun dışında, bu hükümde, borcun üçüncü kişi tarafından ifasının mümkün olduğu hallerin kastedildiği de ifade edilmiştir.<sup>872</sup>

Yapma borçlarında alacaklının işin borçlu hesabına kendisi tarafından yapılması hususunda yetkilendirilmesini isteme hakkının kullanılabilmesi için borçlunun ifa yükününün daha önce alınmış bir kararla kesinleşmiş olmasının gerekip gerekmediği, bir başka deyişle BK m.97 f.1'in usul hukuku bakımından bir icra hükmü mü, yoksa maddi hukuk bakımından bir ifa hükmü mü olduğu hususunda da farklı görüşler bulunmaktadır. İsviçre doktrinde yazarların çoğunluğu tarafından kabul edilen icra teorisine göre (Vollstreckungstheorie)<sup>873</sup> BK m.97 f.1 bir icra hükmü niteliğindedir. Bu teoriye göre, bu hüküm gereğince alacaklıya, borçlu hesabına olmak üzere işi bir üçüncü kişiye yaptırma yetkisinin verilebilmesi öncelikle borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüğünün tespit edilmiş olması, bunun için de mahkemeden borçlu aleyhinde bir karar alınmış olması gerekmektedir.<sup>874</sup> Buna

---

komşuluk hukukundan doğan borçlarda olduğu gibi doğrudan kanundan doğan borçlar bakımından da uygulanabileceği ifade edilmiştir. Bkz. **SCHMID**, Ersatzvornahme, s.609

<sup>869</sup> **VON TUHR/ESCHER**, s.s.92; **BUCHER**, OR AT, s.331 vd.; **OSER/SCHÖNENBERGER** N 3 zu Art.98 OR; **WEBER**, N 56 zu Art.98 OR; **NIKLAUS**, Jürg Das Recht auf Ersatzvornahme gemäß Art.366 Abs.2 OR, s.30

<sup>870</sup> **BECKER**, Art.98 N 1; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N 2509; **GAUCH**, Ersatzvornahme, s.26; **KELLER/SCHÖBI**, s.126; **KOLLER**, § 44 N 20.

<sup>871</sup> **BERGER** § 24 N 1632; **SCHMID**, Jörg Ersatzvornahme, s.611

<sup>872</sup> **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N. 2511

<sup>873</sup> **VON TUHR/ESCHER**, s.91; **VON BÜREN**, OR AT, s.465; **WEBER**, Art.98 N 4; **WIEGAND**, Art. 98 N 6; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER** N 2514; **GAUCH**, Werkvertrag, Nr.1805; **GAUCH**, Die Ersatzvornahme, s.25 vd.; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, s.38; **OSER/SCHÖNENBERGER** Art.98 N 6 .

<sup>874</sup> **VON TUHR/ESCHER**, s.90 vd.; **GAUCH**, Ersatzvornahme, s.607; **GAUCH**, Werkvertrag, s.Nr.1807; **WEBER** Art.98 N 47

karşılık ifa teorisine göre (Erfüllungstheorie)<sup>875</sup> ise hizmet edimlerinde ifa davası yerine borçluya karşı doğrudan doğruya yetkinin verilmesine yönelik dava açılabilecektir. Bunun için önceden bir ifa davası açmak ve karar almak gerekmeyecek ve bu nedenle icra teorisinden farklı olarak ifa teorisine göre borçlunun kusurlu olması aranmayacaktır.<sup>876</sup>

Konuyla ilgili olarak Luzern Yüksek Mahkemesinin kabul ettiği görüşe göre ise Art.98 Abs.1 OR Art.97 Abs.1 OR'ye göre özel hüküm niteliğindedir. Art.98 Abs.1 OR'de bahsedilen yetkinin Art.97 Abs.1 OR'de düzenlenen borçlunun tazmin yükümlülüğünden farkı yoktur. Bu sebeple Art. 98 Abs.1 OR'nin uygulanabilmesi için iki şart aranır: Kusur ve ifa imkansızlığı. Mahkemeye göre Art.98 Abs.1 OR temerrüt halinde uygulanmayacak, alacaklı bu durumda temerrüt hükümlerine başvurmak zorunda kalacaktır.<sup>877</sup> Ancak doktrinde Luzern Mahkemesinin bu görüşüne karşı çıkmıştır. Bu yazarlara göre Art.98 Abs.1 OR'de yer alan telafi imkanı tazminat niteliğinde değildir. Zira söz konusu hükümde yer alan bu yetkinin verilmesine rağmen tazminat alacağı saklı tutulmaktadır.<sup>878</sup>

BK m.97 f.1'in yalnızca aynen ifanın gerçekleştirilmesine mi hizmet ettiği, yoksa alacaklının, hakimden aldığı yetkiyle aynen ifa yerine başka bir edimin ifa edilmesini, bir başka deyişle kaim bir değeri talep edebilip edemeyeceği hususu da tartışmalıdır.<sup>879</sup>

Yazarların büyük çoğunluğu BK m.97 f.1'in uygulanması için, borçlunun muaccel borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Alacaklının bu hakkı kullanabilmesi için ifa engelinin sürekli olmaması gerekir. Bu yazarlara göre bu hüküm borçlunun borcunun devam ettiği hallerde

<sup>875</sup> **BECKER**, Art.98 N 4; **KOLLER**, OR AT, Band II, § 44 N 18; **KOLLER**, § 44N 20; **FELLMANN**, Die Ersatzvornahme nach OR 98 I – "Vollstreckungstheorie" oder "Erfüllungstheorie", recht 1993, s.109 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.922; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.376.

<sup>876</sup> **BECKER** Art.98 N 5, N 10vd.; **BUCHER**, OR AT, 331 ff.; Weber icra teorisini kabul etmesine rağmen Art.98 Abs.1 OR'ye göre hakimin alacaklının borçlu hesabına işi üçüncü bir kişiye yaptırmak için talep ettiği yetkiyi verebilmesi için ifa yükümlüsünün kusurlu olmasının gerekmediğini ileri sürmektedir. Bkz. **WEBER**, Art.98 N 52

<sup>877</sup> **GLÄTTLI**, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.80

<sup>878</sup> **GLÄTTLI**, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.81

<sup>879</sup> **RAMPINI**, s.198

uygulanabilecektir.<sup>880</sup> Bu sebeple birincil edim yükümünün (sözleşmede kararlaştırılan borcun) kanunda yer alan ifa engelleri sebebiyle kısmen veya tamamen sona erdiği hallerde, alacaklı borçlu hesabına işi başkasına yaptıramayacaktır. Bununla sonraki objektif imkansızlık (kusurlu veya kusursuz) kastedilmiştir. Zira bu yazarlara göre bu hak, ifanın mümkün olmasına rağmen borçlunun ifadan kaçındığı hallerde alacaklının aynen ifaya ulaşabilmesi için öngörülmüş bir yol olup, objektif imkansızlık sebebiyle borçlunun borcundan kurtulması halinde bu yetkinin bir anlamı kalmayacaktır.<sup>881</sup> Bu yazarlara göre işin borçlu hesabına üçüncü kişiye yaptırılması hakkı tazminat olarak değerlendirilemeyecek<sup>882</sup> Bu hakkın sadece alacaklının sözleşmeyle kararlaştırılan ifaya ulaşmasını sağlaması sebebiyle, alacaklının bu hakkı kullanabilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmeyecektir. Üstelik maddede alacaklının zarar ve ziyamı talep etme hakkı ayrıca düzenlenmiştir. Ancak doktrindeki yazarlardan bazıları BK m.97'ye göre hukuka aykırı durumu ortadan kaldırılması ya da bunun borçlu hesabına yapılması için hakimden yetki talep edilmesi halinde borçlunun sadece bir parasal ödeme yükümü altına sokulacağını ve bu para ile alacaklının işi başkasına yaptırmasının borçlunun ifaya zorladığı anlamına gelmeyeceğini ileri sürerek Bk m.97'nin niteliği itibariyle bir tazminat hükmü olduğunu kabul etmektedirler.<sup>883</sup>

Kanaatimizce burada kaim değerdekine benzer bir durum söz konusudur. Kanun koyucunun burada, verme borçlarının aksine yapma borçları bakımında alacaklıya açıkça kaim bir değeri talep etme hakkı tanımış olduğunu kabul etmek gerekecektir. Birinci fıkranın son cümlesinde alacaklıya ayrıca bir tazminat hakkı tanınmış olması, bunun tazminat olarak değerlendirilememesi sonucunu doğurmaktadır. Aynen kaim

<sup>880</sup> WIEGAND, Art.98 N 2; THIER, Art.98 N 4; BERGER, § 24 N 1631 SCHMID,Jörg Ersatzvornahme, s.612

<sup>881</sup> THIER, Art.98 N 1; SCHMID,Ersatzvornahme, s.612

<sup>882</sup> BECKER, Art.98 N 5, 10; GAUCH,Ersatzvornahme, s.27; GAUCH,Werkvertrag, Nr.1809, 1825; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N .2518; KOLLER, § 44 N 17; SCHMID, Ersatzvornahme, s.619 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.924; TUNÇOMAĞ, s.480; FEYZİOĞLU, C.II, s.165; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 17 N 6. Yayıncı da çeşitli kararlarında BK m.97'de düzenlenen hakkı "nama ifa" olarak ifade etmiştir. Bkz.Yarg.15.HD E.2002/38, K.2002/1749 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD E.1996/3158, K.1996/3503 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>883</sup> WEBER, Art.98 N 46; WIEGAND, Art. 98 N 2; MÜLLER-CHEN, Folgen der Vertragsverletzung, s.126; HUGUENIN, N 535; SCHWENZER, N 61.01; OĞUZMAN, Hizmet (İş) Akdinin Feshi, s.44; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C.2, s.66; OĞUZMAN/ÖZ, s.374; ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s.5 dipnot 17, s.158 dipnot 26

değerin talep edilmesinde olduğu gibi, burada da hakim tarafından alacaklıya yetki verilebilmesi borçlunun kusurlu olmasına bağlı değildir. Borçlunun herhangi bir kusuru bulunmasa dahi alacaklı aldığı yetkiyle işi borçlu hesabına kendisi yapabileceği gibi, bir başkasına da yaptırabilecektir. Ancak konumuz açısından burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Bu hakkın kullanılabilmesi için, aynen ifa talebinin halen ileri sürülebilir olması gerekip gerekmediğinden çok, edimin ifa edilebilir olup olmadığı önem taşımaktadır. Edimin objektif olarak imkansızlaşması halinde, söz konusu edim hiç kimse tarafından ifa edilemeyeceğine, yani bu iş ne alacaklının kendisi ne de bir başkası tarafından yapılamayacağına göre aynen ifa talebi sona ereceği gibi, artık edimin ifa edilmesi de mümkün olamayacaktır. Bu durumda alacaklının BK m.97 f.1'e göre işi kendisi yapmak veya başkasına yaptırmak için yetkilendirilmesini istemesi mantıksız olacak ve alacaklının objektif imkansızlık hallerinde kanunun verdiği bu hakkı kullanamayacağı rahatlıkla söylenebilecektir. Ancak bize göre BK m.96 ve 117'yi uygulayabilmek için edimin mutlaka objektif olarak imkansızlaşması gerekmeyecek, edimin sübjektif olarak imkansızlaştığı hallerde de imkansızlık hükümleri uygulanabilecektir. Bu sebeple, aynen objektif imkansızlıkta olduğu gibi sübjektif imkansızlık hallerinde de alacaklı borçluya karşı aynen ifa talebini yitirecek olmasına rağmen, sübjektif imkansızlıkta edimin bir başkası tarafından ifası halen mümkün olarak kalmaya devam edecektir. İşte bu nedenle yapma borçlarının objektif olarak değil, fakat yalnızca sübjektif olarak imkansızlaştığı durumlarda BK m.97 f.1 hükmünün uygulanabileceği ve alacaklının borcu kendisi ifa etmek için hakimden kendisine izin verilmesini talep edebileceği kabul edilmelidir.<sup>884</sup>

<sup>884</sup> Weber, ifanın objektif olarak imkansızlaşması halinde Art.98 Abs.1'in (BK m.97 f.1) uygulanmasının mantıken mümkün olamayacağını, sübjektif imkansızlıkta ise durumun sübjektif imkansızlık bakımından savunulan görüşe bağlı olduğunu kabul etmekle beraber, Art.97 OR'nin objektif imkansızlık kadar sübjektif imkansızlığı da kapsadığı görüşünün savunulması halinde Art.98 Abs.1 OR'in sübjektif imkansızlık bakımından uygulanamayacağını, zira burada da borçlu imkansızlıktan dolayı kusursuz ise borcundan kurtulacakken, kusurlu bulunması halinde aynen ifa yükümünün yerini tazminat yükümünün alacağını ve bu sebeple sözleşmeden doğan temel borcun sona bulması sebebiyle alacaklıya Art.98 Abs.1'e göre yetki verilmesinin bir anlamı kalmayacağını, bu hükmün kanun koyucu tarafından aynen ifa talebinin hayata geçmesi için kanuna koyulduğunu, Art.98 Abs.1'in ancak sübjektif imkansızlığın Art.102 OR'ye (BK m.101) göre temerrüt hükümlerine tabi olacağı görüşünün savunulması halinde uygulanabileceğini ileri sürmüştür. Bkz. WEBER, Art.98 N 49 vd.

## 2-Yapmama Borcuna Aykırı Davranılması Halinde Alacaklının Yapılan Ref'i Talep Etme Hakkı

BK m.97 f.2'ye göre yapmama borcuna aykırı şekilde davranan borçlu alacaklının zararlarını tazmin etmek zorundadır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise alacaklının tazminat hakkından başka ayrıca kanuna aykırı olarak yapılan şeyin ortadan kaldırılmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Son cümle uyarınca alacaklı bundan başka yapılan şeyi, masrafları borçluya ait olmak üzere kendisi tarafından kaldırılması hususunda hakimden yetkilendirilmeyi de talep edebilecektir. Yapmama borcu sözleşmede kararlaştırılan asli ya da yan edim yükümlülüğü şeklinde karşımıza çıkabilecektir.

Haksız olarak yapılan şeyin ortadan kaldırılmasını talep hakkı da aynen BK m.97 f.1'e göre alacaklının işi yerine getirme hususunda yetkili kılınması talebinde olduğu gibi, tazminat niteliğinde değildir. Bu sebeple de borçlunun kusurlu olması aranmayacaktır. Alacaklı burada da hukuka aykırı durumun kendisi tarafından giderilebilmesi için hakimin yetkilendirmesine ihtiyaç duymaktadır. Alacaklı aldığı yetkiyle borçlunun yarattığı hukuku aykırı durumu ortadan kaldırabilecek ve bu uğurda yapmış olduğu masrafları borçludan talep edebilecektir. Alacaklı, hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması hususunda kendisine yetki verilmesini talep dışında ayrıca borçludan meydana gelen zararlarının tazmin edilmesini de talep edebilecektir.

Ancak yapmama borçlarına aykırı davranılması halinde, alacaklının bu hukuka aykırı durumu ortadan kaldırmak, bir başka deyişle durumu eski hale döndürmek için başvurabileceği bir yol, yapmama borcunun içeriğine göre bazı hallerde oldukça kısıtlı olarak bulunmakta, hatta bazı hallerde hiç bulunmamaktadır. Örneğin sır saklama yükümüne aykırılıkta olduğu gibi hukuka aykırı durumu düzeltmenin artık mümkün olmadığı hallerde BK m.98 f.3 hükmü alacaklı bakımından anlamsız kalacaktır. Keza borçlunun belirli saatler arası gürültü yapmama bircuna aykırı davranması halinde de alacaklının bu hukuka aykırı durumu ortadan kaldırması mümkün olmayacaktır. Bir malı başkasına devretmeme borcuna aykırı davranılması halinde ise alacaklının başvurabileceği tek yol malı üçüncü kişiden bedel karşılığında geri almak olabilecektir. Zira burada yapılan sözleşmeni geçersiz sayılması mümkün



bulunmamaktadır. Buna karşın manzarayı kapatmama borcuna aykırılık halinde ise alacaklı yapılan şeyi borçlunun hesabına olmak üzere yıktırmak suretiyle hukuka aykırı durumu ortadan kaldırma şansına sahip bulunmaktadır. Görüldüğü üzere BK m.98 f.3'ün yapmama borcuna aykırılık halinde alacaklıya tanımış olduğu imkan çoğu zaman işlevsiz kalmaktadır. Bu nedenle alacaklının bu hükme dayanarak hakimden kendisine yetki verilmesini isteme hakkının bulunup bulunmadığına somut olayda karşılaştırılan yapmama borcunun niteliğine göre karar verilebilecektir.

Konuyla ilgili bir başka mesele de, alacaklının hakimin verdiği yetkiyle hukuka aykırı durumu ortadan kaldırması halinde, borçlunun yapılan bu masraflara hangi oranda katlanmak zorunda kalacağıdır. Örneğin borçlunun bir malı devretmeme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, alacaklının malın ederinin iki veya daha fazla katını, bu malı elinde bulunduran üçüncü kişiye ödeyerek malı geri alması halinde, borçlu yapılan bu masrafların tamamına katlanmak zorunda kalacak mıdır? Bu durumda da çözümün dürüstlük kuralı çerçevesinde çözümlenmesi ve bu örnekteki bir olayda söz konusu malın piyasadaki rayiç değeri ve üçüncü kişi bakımından taşıdığı değer gibi kıstasların göz önünde bulundurulması gerecektir.<sup>885</sup>

Borçlunun hukuka aykırı davranışı sebebiyle alacaklının bir zarara uğradığı durumlarda ise, alacaklı genel kurala uygun olarak, ancak borçlunun kusurlu olması şartıyla alacaklı BK m.97 f.2'ye göre zararın tazminini talep edebilecektir. Ancak bu hüküm BK m.96'nın varlığı karşısında yalnızca temerrüt durumlarında uygulanabilecektir. Zira imkansızlık halinde BK m.96'nın uygulanacak olması sebebiyle bu hükme gerek bulunmamaktadır.

### C- CEZAI ŞART

Sözleşmeyle üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmelerini sağlamak üzere taraflarca karşılaştırılan cezai şart, tazminat alacağının yerine geçecek bir başka hukuki imkan olarak karşımıza çıkmaktadır. BK m.158'e göre taraflar akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ve belirlenen zaman ve yerde ifa edilmemesi durumlarında olmak üzere iki halde cezai şart ödeneceğini karşılaştırabilirler. Buna göre cezai şart

<sup>885</sup> BECKER, Art.98 N 111; WIEGAND, Art.98 N 10; THIER, Art.98 N 8

doktrinde bir borcun ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesi halinde ödenmesi gerekli, parasal değer taşıyan ve hukuki işlemle kararlaştırılmış bir edim olarak tanımlanmaktadır.<sup>886</sup>

BK m.158 f.1'e göre akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere cezai şart kararlaştırılmış ise, aksi kararlaştırılmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını ya da cezanın ödenmesini isteyebilecektir. Edimin sonradan imkansızlaşması halinde, ifanın gerçekleşmesi artık mümkün olmayacağından, alacaklı artık akdin icrasını talep edemeyecek, mutlak olarak cezai şartın ödenmesini istemek zorunda kalacaktır.

Cezai şartın kararlaştırılması halinde alacaklı, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde meydana gelen zararını ispatlamak zorunda kalmayacak, borçlu zararın ispatlamasına gerek kalmaksızın sözleşmede belirlenen miktarı ödeme yükümlülüğü altına girecektir. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ise alacaklının cezai şart talep etmesi tazminat hakkından vazgeçtiği anlamına gelecektir.

Alacaklının cezai şart talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmektedir. Zira BK m.161 f.2'de borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir sebep yüzünden borcun ifasının mümkün olmaması halinde cezai şart ödenmesinin talep edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.<sup>887</sup> Burada BK m.96 ve BK m.117'de kabul edilen sisteme uygun bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre ifa imkansızlığından borçlunun sorumlu olmadığı hallerde BK m.117'ye göre tazminat ödemek zorunda kalmaksızın borcundan kurtulacak olan borçlu, kusuru bulunmadığından cezai şart

<sup>886</sup> TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.6; ARKAN, Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi, (1997), Sayı 1,2,3, Cilt 71'den Ayrı Bası, s.1; GÜNAY, Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara 2002, s.8; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.341; EREN, s.1133

<sup>887</sup> Konuyla ilgili olarak, BK m.113 f.1'de asıl borcun tediyeye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i hakların dahi sakıt olacağına düzenlendiği ve bu hüküm karşısında imkansızlığın borç ilişkisine etkisi hakkında ileri sürülen "borçlu imkansızlıktan sorumlu olsun veya olmasın borcun sona ereceği" şeklindeki azınlık görüşünün kabul edilmesi halinde, borçlu kusurlu olsa dahi alacaklının cezai şart talep edemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken husus şudur: BK m.113 f.1'in emredici hüküm niteliğinde olmaması sebebiyle, tarafların sözleşmede "akdin icra edilmemesi" halinde cezai şart ödeneceğini kararlaştırmaları halinde, fer'i nitelikteki cezai şartı talep etme hakkının imkansızlığa rağmen sona ermeyeceği zımnen kabul edilmiş sayılacaktır. Bu sebeple, borçlunun imkansızlıktan sorumlu olduğu hallerde alacaklı borçludan cezai şartın ödenmesini talep etme imkanına sahip olacaktır.

ödemek zorunda da kalmayacaktır.<sup>888</sup> Burada alacaklının, borçlunun kusurlu olduğunu ortaya koyması gerekmeyecek, BK m.96'deki kurala uygun olarak borçlu, alacaklıya cezai şart olarak belirlenen meblağı ödemek zorunda kalmamak için kusuru bulunmaksızın borca aykırı davrandığını ispatlamak zorunda kalacaktır. İmkansızlığın borçlunun kusurundan kaynaklanması halinde ise alacaklının zararını tazmin etmekle yükümlü olan borçlu tazminat yerine kararlaştırılan cezai şartı ödemek zorunda kalacaktır.<sup>889</sup>

Sorumluluğun daraltılmasıyla ilgili olarak yukarıda söylenenler burada da geçerlidir. Ancak taraflar sözleşmede borçlunun kusursuz imkansızlıktan dahi sorumlu olacağını kararlaştırabileceklerdir. Böyle bir durumda borçlu kusurunun bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamayacak, cezai şart bir nevi garanti işlevi görecektir.<sup>890</sup>

#### D- SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE MENFİ ZARARIN TAZMİNİ

BK m.96'da borçlunun kusuruyla edimin imkansızlaşması halinde alacaklıya yalnızca tek bir hukuki yol tanınmıştır. Buna göre alacaklı borca aykırı davranan borçludan yalnızca müsbet zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Ancak doktrindeki yazarların bir kısmı, burada kanun koyucunun bilinçli bir susmasının söz konusu olmadığını, kanunda bu halde alacaklıya açıkça sözleşmeden dönme hakkının tanınmamasının tamamıyla kanun koyucunun ifa imkansızlığı halinde bunun tam iki taraflı sözleşmeler bakımından meydana getireceği sonuçları dikkate almamasından kaynaklandığını ileri sürmüş ve alacaklının, edimin ifasının borçlunun kusuruyla imkansızlaşmasında, borçlunun temerrütte bulunduğu bir duruma göre daha kötü bir durumda bulunmaması gerektiğini ileri sürerek, aynen borçlu temerrüdünde sahip olduğu haklara imkansızlık halinde de sahip olması gerektiğini kabul etmişlerdir.<sup>891</sup>

<sup>888</sup> ARKAN, s.16. Konuyla ilgili Yargıtay kararları için bkz. Yarg.9.HD E.2003/22636, K.2004/534, T.22.1.2004 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.9.HD E.2003/22637, K.2004/535, T.22.1.2004 (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Eren ise cezai şartın ödenmesi için borçlunun kusuruna gerek olmadığını, kusursuz imkansızlıkta borçlunun cezai şart ödeme borcundan kurtulmasının borçlunun kusursuzluğundan değil, cezai şartın fer'i niteliğinden kaynaklandığını ileri sürmektedir. Bkz. EREN, s.1139

<sup>889</sup> TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.188; OĞUZMAN/ÖZ, s.903; ARKAN, s.10; GÜNAY, s.234;

<sup>890</sup> GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.553

<sup>891</sup> von TUHR/ESCHER, s.105; BUCHER, OR AT, s.417; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.97 N 9; WIEGAND, Art.97 N 58; WEBER, Art.97 N 270; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY,

Buna göre alacaklı ifa imkansızlığında yalnız müsbet zararını talep etmek zorunda kalmamalıdır. Böyle bir durumda alacaklı, aynen borçlu temerrüdünde olduğu gibi seçimlik hakka sahip olmalı ve müsbet zararının tazmin edilmesini isteyebilmesinin yanı sıra sözleşmeden dönerek menfi zararının tazmin edilmesini de talep edebilmelidir. İfa imkansızlığında alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı da tanımak, özellikle menfi zararının müsbet zararından fazla olduğu durumlarda onun menfaatine olacaktır.<sup>892</sup> Karşı görüş ise burada BK m.106'nın kıyasen ifa imkansızlığına uygulanmasının mümkün olmadığını, kanun koyucunun burada kasıtlı olarak alacaklıya sözleşmeden dönme hakkını tanımadığını ifade etmektedirler.<sup>893</sup>

İlk olarak katıldığımız görüşe göre imkansızlığın borcu sona erdirebilmesi için mutlaka borçlunun bu imkansızlığın meydana gelmesinden sorumlu olmaması gerekmeyeceği, borçlu kusurlu olarak edimin ifasını imkansızlaştırırsa dahi borç sona ereceğinden, bu durumda alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının tanınmasına gerek bulunmamaktadır.

---

§ 31 N 3, s.241; **KOLLER**, OR AT, § 54 N 141 vd.; **SCHWENZER**, 64.27; **BERGER**, § 23 N 1573; **MÜLLER-CHEN**, s.175 vd.; **SCHWARZ**, s.791 vd. Yazar edalardan birinin borçlunun mesul olduğu bir durum sebebiyle imkansız hale gelmesi halinde, borcun ifa edilmemesi sebebiyle yalnızca tazminat talep edilebileceğinin kabul edilmesi durumunda, alacaklının kendi edimini hazır bulundurması ve bunu ifa etmesinin gerekeceğini, borçludan bunu beklemenin ise adil olmayacağını, bu nedenle alacaklıya, hiçbir menfaati bulunmayan trampa sözleşmesini doğrudan doğruya feshetme hakkının verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca **KUNTALP**, s.68.

<sup>892</sup> Alman Medeni Kanunu'nda yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal edenin sorumluluğuna ilişkin § 122 Abs.1'de ve yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin § 179 Abs.2'de müsbet zarar geçen menfi zararın talep edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Aynı sınırlamanın bu haller dışında olumsuz zararın talep edilebileceği diğer durumlarda geçerli olup olmayacağı hususu ise tartışmalıdır. Hakim kanaat bu hükümlerin kıyasen diğer hallere de uygulanmasına karşı çıkarken (Bkz. **LARENZ**, Schuldrecht I, s.112; **HEINRICH**, § 311 N 55; **EMMERICH**, § 311 N 234; **LOOSCHELDERS**, s.360), bunun aksi de savunulmuştur (Bkz. **LÖWISCH**, § 311 N 141). Benzer tartışmalar İsviçre-Türk Hukuk öğretisinde yaşanmaktadır. Bazı yazarlar menfi zararın müsbet zararı aşamayacağını ileri sürerken (Bkz. **BECKER**, Art. 26 N 5; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.93), bazı yazarlar ise menfi zararı bu şekilde sınırlanmasının doğru olmadığını savunmaktadır (Bkz. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.26 N 14; **von TUHR/PETER**, s.87; **BUCHER**, s.343; **SCHENKER**, s.759; **EREN**, s.1081). Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ERGÜNE**, Olumsuz Zarar, s.353 vd.

<sup>893</sup> **von TUHR**, s.612; **FEYZİOĞLU**, s.190. Yazar, borçlunun ediminin imkansızlaşmasının alacaklı bakımından akdin devamını kendi için anlamsızlaştıracağı durumlarda alacaklının istisnaen sözleşmeden dönebileceğini ifade etmektedir.

### § 3 İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE KARŞI EDİMİN AKİBETİ

Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığının sonuçları bakımından tek tarafa borç yükleyen akitlerden farklı olarak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının karşı ediminin akibetinin ne olacağı sorusu gelmektedir.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının zararının nasıl tazmin edileceği, bir başka deyişle borçlunun tazminat yükümlülüğü karşısında alacaklının karşı edim yükümünün devam edip etmeyeceği hususunda esas olarak birbirinden farklı iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan değişim teorisine göre<sup>894</sup> borçlunun kusurlu olarak borca aykırı davrandığı hallerde, asli edim yükümünün yerini tali nitelikteki tazminat yükümü alacak, bir başka deyişle asli edim yüküm tazminat yükümüne dönüşecek ve bu durumda her iki taraf da kendi edimini yerine getirme yükümlülüğü altında olmaya devam edecektir. Buna göre, borçlunun tazminat yükümü karşısında alacaklı kendi edimini ifa etmek zorunda kalacak, kendi edimini ifa etmediği takdirde borçludan tazminat talep edemeyecektir. Bu durumda değişen yalnızca alacaklının talebinin içeriği olacaktır.<sup>895</sup> Bir başka açıdan bakılacak olursa, burada borçlunun edimini ifa etmemesi alacaklının edim yükümünü etkilemeyecek, borçlu alacaklıdan edimini yerine getirmesini talep edebilecektir.<sup>896</sup>

Edimin, borçlunun kusuruyla borca aykırı davranmasına rağmen, alacaklının borçlu tazminat borcunu ifa edinceye kadar kendi edimini borçluya ifa etmek üzere hazır bulundurmak zorunda kalmasının kabul edilemeyeceği düşüncesinden hareketle ortaya atılan fark teorisine göre<sup>897</sup> ise alacaklı kendi edimini ifa etmek zorunda

<sup>894</sup> TITZE, s.183; KLEINEDAMM, s.144 vd.; von TUHR/ESCHER, s.105; BECKER, Art.107 N 41; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.107 N 22 vd.

<sup>895</sup> SUTSCHET, Austausch- und Differenztheorie nach der Schuldrechtsreform, JURA 2006, Heft 8, s.586

<sup>896</sup> Alacaklının ediminin para borcu olduğu hallerde ise, alacaklı kendi edimi ile tazminat arasındaki farkı talep edebilecektir.

<sup>897</sup> BUCHER, OR AT, s.380; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2774 vd., GIGER, Art.191 N 20; WIEGAND, Art.97 N 54; TEKİNA Y/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.869. Reform öncesi Alman Hukuku için bkz. LARENZ, Schuldrecht I, § 22 II, s.340; HUBER, Leistungsstörungen II, § 36 I 4, s.183 vd.; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I, § III 3 a, s.129. Reform sonrasında ise hangi metodun uygulanması gerektiği hususunda tartışma bulunmaktadır. Bazı yazarlar (Bkz. ERNST, § 325 N 6 vd; GSELL Das Verhältnis von Rücktritt und

kalmayıp, edimlerin değeri arasındaki farkı tazminat olarak talep edebilecektir. Bu teoriye göre alacaklı, kendi edimi ile borca aykırılık sebebiyle uğradığı zarar arasındaki farkın tazmin edilmesini borçludan talep edebilecektir. Bu durumda alacaklının kendi edimini ifa etmesine gerek bulunmaması sebebiyle, edimlerin değiştirilmesi söz konusu olmamakta ve borç ilişkisi bir bakıma, edim ve karşı edimin değerlerinin hesaplanması ve aradaki farkın alacaklı tarafından talep edilmesi şeklinde bir tasfiye ilişkisine dönüşmektedir.<sup>898</sup>

---

Schadensersatz, JZ s.647, **STRUPP**, Schadensersatz statt der Leistung bei gegenseitigen Verträge, Frankfurt am Main 2007, s.81) alacaklının karşı edim yükümünden kurtularak fark teorisine göre tazminat talep edebilmesi için ifa yerine tazminat talep etmesinin yeterli olmayıp, bunun yanı sıra ayrıca sözleşmeden de dönmesi gerektiği gerekçesiyle burada değişim teorisinin uygulanması gerektiğini ileri sürerken, hakim kanaat ise (Bkz. **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, N 433; **LOOSCHELDERS**, Schuldrecht AT, § 32 N 670; **LORENZ/RIEHM**, Schuldrecht N 21; **SCHWARZE**, s.82; **ZIMMER**, s.8) imkansızlık halinde § 326 I BGB'ye göre alacaklının karşı edim yükümünün kendiliğinden sona erdiğini ifade ederek burada yalnızca fark teorisinin uygulama alanı bulabileceğini ileri sürmektedir. Bazı yazarlar ise burada alacaklının bir seçim hakkına sahip olduğu görüşünü savunmaktadırlar. Bkz. **HEINRICHS**, § 281 N 20; **LORENZ/RIEHM**, Schuldrecht, N 210.

<sup>898</sup> Doktrinde bazı yazarlar ise nelerin zarar sayılabileceği ve zararın nasıl hesaplanacağı hususunda fark teorisinin sessiz kaldığını ve bu nedenle istisnai bazı haller hariç olmak üzere zararın, tek tek zarar kalemleri hesaplanmaksızın bu teoriye göre hesaplanmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedirler. Bu yazarlar fark teorisinin zarar kavramının çok problemlili olduğunu, zira zararın, zarar verici olayla birlikte veya bu olay söz konusu olmaksızın toptan bir malvarlığı kıyaslamasıyla tespit edilemeyeceğini, bilakis bu zarar verici olayın sınıflandırılması gerekeceğini ifade etmektedirler. Oysa fark teorisine göre yapılan toptan malvarlığı kıyaslamasıyla, malvarlığı azalmasının zarar verici olayla arasındaki ilişki ve olaya uygulanması gereken hukuk kuralı göz ardı edilmektedir. Bu görüşe göre tazminatın hesaplanmasında fark teorisi sadece edimlerin değerleri arasındaki farkı ortaya koymak bakımından kabul edilebilir. Ancak bu tip bir fark hesabı da çoğu zaman yapılamayacaktır. Zira bu edimlerin değerlerinin saptanması, gerek zarar veren olayın gerçekleşmesinden sonraki durumda, gerekse bu olay gerçekleşmeseydi yaşanacak durumda hiç de kolay olmayacak, burada örneğin borca aykırı davranış neticesinde vücut bütünlüğünün zarar görmesinde olduğu gibi, birçok faktörün ayrıca göz önünde bulundurulması gerekecektir. Malvarlığının her iki durumu arasındaki değer farkı bulunabildiği takdirde ise, bu tam olarak zararı karşılamayacak, zarar basit bir değer farkıyla ortaya çıkarılamayacaktır. Zira zarar, tam olarak, zarar verici olaysız bir durumun tekrar meydana getirilebilmesi için yapılması gereken masraflara denk gelmektedir. Bu durumlarda fark hesabı yapılmak istenirse, o zaman farazi zarar verici davranıştan bağımsız "olması gereken" durumun belirlenmesi için zarar hesabında ilk evvela eski hale dönüştürme masrafları tespit edilmeli ve olması duruma eklenmelidir. Bunun yanı sıra kazanç kaybının da ne kadar olduğu tam olarak biliniyor olmalıdır. Ancak bundan sonra fark teorisine göre yapılan hesap bir anlam ifade edecek ve gerçek zararı karşılayacaktır. Bu sebeple fark teorisinin zarar hesabında kullanılması mümkün değildir. Bu teori bunun ötesinde borçlu tarafından ödenmesi gereken tazminatın soyut bir ifadesi olarak değerlendirilecektir. Bu tazminatın somut olarak sayısal değeri için ayrıca farklı değerlendirmelerin ve esasların dikkate alınacağı bir zarar hesabı yapılmalıdır. Bunun için ilk olarak yapılması gereken belirli bir zararın zarar verici olay veya davranışla meydana gelip gelmediğini ortaya çıkarmaktır. Burada çıkış noktası zarar verici olayın ne olduğudur. Fark teorisine göre yapılacak zarar hesabında ise alacaklının malvarlığının her iki durumu arasında bir kıyas yapılacaktır. Ancak zarar verici davranış olmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı durum tespit edilirken sadece edimin değeri değil bunun yanı sıra verici davranış sebebiyle alacaklının malvarlığında meydana gelen diğer azalmalar dikkate alınacak, böylece zaman ve kazanç kaybı da göz önünde bulundurulacaktır. Bu görüş için bkz. **HONSELL**, Herkunft und Kritik des Interessenbegriff im Schadensersatzrecht, s.69; **GLÄTTLI**, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.15 vd.; **KEUK**, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972, s.17 vd.

Bugün doktrinde hakim görüşü oluşturan yazarlar<sup>899</sup> ise, alacaklının fark ve değişim teorileri arasında bir seçim hakkının bulunduğunu ifade etmektedirler. Buna göre alacaklı kendi edimini aynen ifa etmek veya bu edimin paraya dönüştürmek arasında bir tercih yapacak, edimini aynen ifa etmek isterse değişim teorisine, aksi halde fark teorisine başvuracaktır.<sup>900</sup>

Bazı yazarlar<sup>901</sup> ise ifa imkansızlığı sebebiyle BK m.96'a göre tazminat istenirken fark teorisin, borçlu temerrüdü halinde BK m.106'ya göre tazminat istenirken ise değişim teorisinin uygulanmasını önermektedirler.

Borçlar Kanununumuzun bazı hükümlerinde fark teorisi açıkça düzenlenmiştir. Ticari satımlara<sup>902</sup> ilişkin BK m.188 f.2 hükmüne göre borçlunun borcunu ifa etmemesi üzerine alıcı borçludan, satım konusu şeyin değeri ile kendisine teslim edilmeyen şey yerine bir diğerini almak için iyiniyetle verdiği semen arasındaki farkın tazminini talep edebilecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise alacaklının, satılanın borsa veya piyasada fiyatı olan bir mal olması halind, bu şey yerine bir başkasını almasına gerek kalmaksızın, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile satılanın ifa zamanında borsa veya piyasadaki fiyatı arasındaki farkın tazmini talep etme imkanına sahip olduğu ifade edilmektedir. Bunun gibi BK m.212'de de aynı hükümler bu sefer ticari satımlarda alıcının semeni ödememesi durumunda satıcı lehine yer almaktadır.

<sup>899</sup> Bkz. **BARTH**, s.201; **GLÄTTLI**, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.92-93; **von BÜREN**, OR AT, s.377; **WIEGAND**, Die Leistungsstörungen, recht 1983, s.131; **FEYZİOĞLU**, s.187; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.870; **EREN**, s.1025; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 16 N 12; **EREN**, s.1025; **HAVUTÇU**, s.93. Yazar alacaklının seçim hakkına sahip olmasını, tam iki tarafa borç yükleyen akdi ilişkilerdeki menfaatler dengesinin bir sonucu olarak görmektedir.

<sup>900</sup> Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları fark teorisinin yalnızca alacaklının henüz kendi edimini ifa etmediği hallerde uygulanabileceğini, alacaklının kendi edimini ifa etmiş olması halinde ise fark teorisinin uygulanmasının artık fiilen mümkün olamayacağını belirtmişler ve bir anlamda yalnızca bu haller bakımından alacaklının seçimlik hakkının bulunduğunu ifade etmişlerdir. Bkz. **BARTH**, s.201; **GLÄTTLI**, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, s.92-93; **FEYZİOĞLU**, s.187; **HAVUTÇU**, s.92

<sup>901</sup> **ÖZ**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s.183, Not 138

<sup>902</sup> 6089 sayılı Türk Borçlar Kanununun 213.maddesinde ticari olsun olmasın tüm satımlarda bu teorisinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### SONRAKİ İMKANSIZLIKTAN ALACAKLININ VE HER İKİ TARAFIN SORUMLU OLDUĞU HALLER

#### § 4 ALACAKLININ ETKİ ALANINDA GERÇEKLEŞEN İFA İMKANSIZLIĞI

Borçlunun ediminin ifası yalnızca borçludan kaynaklanan ya da onun etki alanında bulunan sebeplerden dolayı imkansızlaşmayacaktır. Bunun yanı sıra bazı hallerde imkansızlığa doğrudan doğruya alacaklı sebep olabilecek veya imkansızlık alacaklının sorumluluk alanında kalan bir sebepten dolayı meydana gelebilecektir. Burada kastedilen tam iki taraflı sözleşmelerde alacaklının aynı zamanda borçlu sıfatına sahip olması sebebiyle yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklerin imkansızlaşması değil, tamamen alacaklı sıfatıyla borçlunun edimini imkansızlaştırmasıdır.

#### I- ALACAKLININ SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI

Alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığı bahsi ele alındığında akla ilk olarak, alacaklının sözleşmeyle bir yükümlülük altına girip girmediği sorusu gelmektedir. Zira borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığında ayrıntılı olarak görüldüğü üzere, borçlunun edimin ifasını imkansızlaşmasından dolayı sorumlu tutulabilmesi için gerekli şartlardan biri borca aykırı davranıştır. Borçlu ancak imkansızlık borca aykırı bir davranışın sonucu ortaya çıkıyorsa bundan sorumlu tutulabilmektedir. Borca aykırı davranışın söz konusu olabilmesi için ise ortada dar anlamda bir borcun olması gerekmektedir. İşte bu nedenle imkansızlıktan alacaklının sorumlu olduğu hallerde, alacaklı bakımından bir borcun söz konusu olup olmadığı önem taşımaktadır. Burada alacaklının karşı edim borçlusu olmasından değil, doğrudan doğruya alacaklı sıfatıyla karşı borcun konusu olan edime zarar verme hususunda bir borcunun olup olmadığından bahsedilmektedir.



Dar anlamda borç, borçlunun verme, yapma veya yapmama yükümlülüğü altında bulunması şeklinde karşımıza çıkmakta ve alacaklıya bir alacak hakkı ve alacağını elde etmeyi sağlayacak talep, dava ve cebri icraya başvurma hakkı yetkisini vermektedir.<sup>903</sup> Buna karşın yükümlenti (Obliegenheit) ise taraflara herhangi bir hak sağlamamakta, yalnızca taraflara bu davranışlara uymak şartıyla bazı haklara sahip olmak veya bazı hakları kaybetmemek imkanı vermektedir.<sup>904</sup>

Alacaklı sözleşmeye göre belli davranışlarda bulunmak zorunda olabilecek, buna göre bazı hallerde borçlunun edimini ifa edebilmesi için bazı hazırlıklarda bulunmak ve hatta borcun ifasında etkin olmak zorunda kalırken, bazı hallerde ise ihbar yükümü altında bulunabilecektir. Örneğin bir seçimlik borç ilişkisinde seçim hakkının alacaklıya ait olması halinde alacaklı bu seçimini yapmadığı sürece borçlunun borcunu ifa etmesi mümkün olmayacaktır. Satım sözleşmelerinde ise BK m.208 uyarınca alıcının satılan malı teslim alması ayrıca borç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca örneğin vekalet ya da hizmet sözleşmelerinde vekilin ya da işçinin borçlarını ifa edebilmeleri için vekalet verenin ya da işverenin bu kişilere gerekli talimatları vermiş olmaları gerekmektedir. Bu gibi hallerde alacaklı tarafından gerekli davranışlarda bulunulmaması halinde borçlunun borcunu ifa etmesi mümkün olmayacaktır. Bunun yanı sıra kanunda satım akdinde ve eser sözleşmesinde alacaklıya ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanabilmesi için muayene ve ihbar yükümlülükleri getirilmiştir.

Alacaklının, tarafların anlaşmasıyla veya kanun gereği bir yükümlülük altında olduğunun söylenebileceği haller de söz konusu olabilecektir.<sup>905</sup> Örneğin taraflar kendi aralarında alacaklıya birtakım yükümlülükler yükleyerek bunlara uyulmaması halinde alacaklının tazminat ödemek zorunda olduğunu kararlaştırabilecektir. Ayrıca kanunda bazı hükümlerde de alacaklının bir yükümlülük altında olduğu açıkça ifade edilmiştir. Örnek vermek gerekirse BK m.208'e göre alıcı satış sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu biçimde satış bedelini ödemek ve kendisine sunulan satılanı devralmak zorundadır. Bunun gibi BK m.371 f.2'de yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan bir eser sözleşmesinde,

<sup>903</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.14; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.6

<sup>904</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.15

<sup>905</sup> KELLER/SCHÖBI, s.231

müteahhidin ölümü veya kusur olmaksızın eseri tamamlama yeteneğinin kaybolması halinde akdin sona ermesinden sonra, eserin tamamlanan kısmından iş sahibinin yararlanabilecek olduğu durumlarda, iş sahibinin bu eseri kabul etmek ve bu kısmın parasını müteahhide vermekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu hallerde söz konusu yükümlülükler uymayan alacaklı, borca aykırı davranmış olması sebebiyle alacaklı temerrüdüne değil, borçlu temerrüdüne düşecektir.

Doktrinde genellikle alacaklının bir akdi ilişkide hiçbir yükümlülük altında olmadığı, onun sadece borçludan borcunu ifa etmesini talep edebileceği, bunun ise alacaklı için bir yükümlülük değil hak olduğu ifade etmektedirler.<sup>906</sup> Buna göre alacaklı bir akdi ilişkide borç değil hak sahibi konumundadır. Sözleşme ilişkisinde alacaklı bakımından söz konusu olan borç değil, yalnızca yükümlüdür.<sup>907</sup> Bu yükümlünün yerine getirilmemesi halinde alacaklı ancak sahip olduğu hakları kullanma şansını yitirmektedir. Alacaklının bu davranışları yerine getirmesi borçlu tarafından hiçbir zaman talep edilemeyecek, bunları yerine getirmeyen alacaklının tazminat sorumluluğu hiçbir zaman söz konusu olmayacaktır.<sup>908</sup> Borcun ifası sırasında herhangi bir yükümlülük altında bulunmayan alacaklının, ifayı kabul etmemesi veya borcun ifası için yapması gerekli birtakım davranışlarda bulunmaması yalnızca alacaklı temerrüdüne düşmesine yol açacaktır. Bu nedenle de, alacaklı kusuruyla borçlunun ediminin imkansızlaşmasına yol açsa dahi burada bir borca aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Buna karşın bazı yazarlar ise bir sözleşme ilişkisinde alacaklının yalnızca yerine getirmesi gereken davranışlarının bulunmadığını, bunun yanı sıra borcun ifasına aktif olarak katılması gereken hallerde alacaklının aynı zamanda bir borç altında bulunduğunun söylenebileceğini ifade etmektedirler.<sup>909</sup> Buna göre alacaklının bu yükümlülüklerine aykırı davranması halinde borçlu

<sup>906</sup> von TUHR/ESCHER, s.69; BECKER, Art.91 Vorbem. N 2; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.91 Vorbem. N 3; KELLER/SCHÖBI, s.231; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.837. § 433 II BGB'de alacaklının borçlunun edimini kabul etmesi açıkça yükümlülük olarak ifade edilmiştir. Avusturya Hukukunda ise alacaklı temerrüdünü düzenleyen § 1419 ABGB'de bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. § 1062 ABGB'de alacaklının edimi kabul etme yükümlülüğünden bahsedilmesine rağmen doktrindeki yazarların çoğunluğu bunun alacaklı için bir yükümlülük değil hak olduğu görüşünde birleşmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. RABL, Gläubigerverzug und beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, JBl 1997, s.498

<sup>907</sup> WEBER, Art.91 N 30; KELLER/SCHÖBI, s.231

<sup>908</sup> KOLLER, OR AT, § 54 N 157; WIEGAND, Vorbem.zu Art.91-96, N 2; WEBER, Art.92 N 9 vd.

<sup>909</sup> WEBER, Art.91 N 54; BLOCH, Verzug des Gläubigers bei Unterlassung von Vorbereitungshandlungen, die zur Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners vorgesehen und notwendig sind, SJZ 1960, H.1, s.8.

yalnızca alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurmak zorunda kalmayacak, bunun yanı sıra alacaklıdan tazminat da talep edebilecektir. Doktrinde ayrıca tarafların karşılıklı sözleşme ilişkisi içerisine girerlerken karşı tarafın yükümlülüklerine uyacağı ve sözleşmede kararlaştırılan edimi ifa edeceği düşüncesini taşıdıkları ve bu beklentinin taraflarca açıkça sözleşmede ifade edilmese dahi MK m.2 gereğince sözleşmenin içeriğine dahil olarak kabul edildiği de ifade edilmektedir.<sup>910</sup> Buna göre taraflardan her biri hem sözleşmeye uygun davranmak zorunda kalacak, hem de ifaya engel olacak her türlü husustan da kaçınmak zorunda kalacaklardır. MK m.2'den kaynaklanan sözleşmeye uygun davranma yükümlülüğü borçluyu olduğu kadar alacaklıyı da bağlayacaktır. Böylelikle taraflardan birinin kusurlu olarak borca aykırı davranılmasına yol açması halinde sözleşmeye aykırı davranılmış olacaktır.

Yükleniyi borçtan ayırt edici en önemli özellik, alacaklının bunu yerine getirmemesi halinde sadece başvurabileceği hukuki yollardan mahrum kalacak olmasıdır. Burada çoğu zaman zaten borçlunun borca aykırı bir davranışı vardır, fakat alacaklı bu borca aykırılık sebebiyle sahip olduğu hakları kullanabilmek için belirli davranışlarda bulunmak zorundadır. Yükleninin yerine getirilmemesinden sadece alacaklının kendisinin etkilenecek olması sebebiyle, bunun yerine getirilmemesi sonucunda borçlunun borcu imkansızlaşmayacaktır. Buna karşın, bir davranış sonucunda yalnızca alacaklının bazı haklardan mahrum kalacağını söylenemediği, bunun yanı sıra borçlunun da bundan olumsuz etkilendiği hallerde artık bir yükleninin söz konusu olduğu ve bu durumda kusurlu olamayacağı gerekçesiyle alacaklıyı bu davranışından ötürü sorumlu tutmamak mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce bir sözleşme ilişkisinde alacaklı da, alacağı talep etme hakkı dışında, bir takım davranışları yerine getirmek zorunda olabilecektir. Bunlar karşımıza bazı hallerde, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanmak isteyen alacaklının muayene ve ihbar yükümü olarak çıkabileceği gibi, borçlunun borcunu sunduğu sözleşmeye uygun edimi kabul etme tarzında da çıkabilecektir.<sup>911</sup> Alacaklının,

<sup>910</sup> GIGER, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, St.Gallen 1992, s.66; DURAL, İmkansızlık, s.172

<sup>911</sup> Koller alacaklının ifayı kabul etmesinin hukuki anlamda bir borç değil vazife olduğunu, bu sebeple alacaklının ifayı imkansızlaştırması halinde borca aykırı davranmış olmayacağını, ancak alacaklının imkansızlığa sebep olarak "ifayı kabul etme borcundan" başka borçlara aykırı davrandığını kabul etmektedir. Bkz. KOLLER, OR AT, § 54 N 157. Dötterl ise borçlunun temerrüde düşmesi halinde, borçlunun borca aykırı davranışı bulunması sebebiyle alacaklıya

örneğin muayene ve ihbar veya alacağı kabul yükümüne aykırı davranması bir hakkın kullanılmamasından öteye bir anlam taşımamaktadır. Bu sebeple tüm bu hallerde alacaklının bahsedilen davranışları yerine getirmemesi borca aykırılık olarak görülemeyecektir. Alacaklının sözleşmeyle bir takım yükümleri yerine getirmeye mecbur bırakılması, bir başka deyişle alacaklının tarafların anlaşmasıyla veya kanun gereği bir yükümlülük altında olduğunun söylenebileceği hallerde ise burada tam iki taraflı sözleşme ilişkisinde alacaklının aynı zamanda borçlu sıfatına sahip olduğu ve bu durumda borçlu sıfatıyla borç altında olduğu söylenebilecektir. Söz konusu borçlara imkansızlık sebebiyle aykırı davranılması halinde de alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığından değil, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığından bahsedilebilecektir.<sup>912</sup>

#### **A-ALACAKLI TEMERRÜDÜ İLE ALACAKLININ İMKANSIZLIKTAN SORUMLU OLMASI HALİ ARASINDAKİ FARK**

Alacaklı temerrüdü Borçlar Kanunumuzda 90-94. maddeler arasında düzenlenmiştir. BK m.90'da alacaklı temerrüdünün tanımı yapılmış, devamındaki maddelerde ise alacaklı temerrüdünün sonuçları düzenlenmiştir. BK m.90'a göre yapma veya verme borçlarında edim kendisine gereği gibi önerilen alacaklı haklı bir sebep olmaksızın onu kabul etmez veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa temerrüde düşmüş kabul edilecektir. Gereği gibi ifaya hazır olmasına rağmen, sunduğu edim alacaklı tarafından kabul edilmeyen borçlu, hasar ve giderler alacaklıya ait olmak üzere teslim edeceği şeyi tevdi ederek (BK m.91), şartlar gerektirdiği takdirde sözleşme konusu malı satıp bedelini tevdi ederek (BK m.92) ve borcun konusunun bir şeyin

---

tazminat talep etme hakkının tanındığını, buna karşın alacaklı temerrüdünde, alacaklının bir borcu bulunmaması sebebiyle burada borca aykırılığın söz konusu olmadığını ve bundan dolayı kanunda sadece borçlunun hangi hallerde borcundan kurtulabileceğinin belirtildiğini ileri sürmüştür. Bkz.DÖTTERL, s.93.

<sup>912</sup> Yalnızca BK m.44 f.1'de zarar görenin kendisinin zararın meydana gelmesine yahut artmasına yardım ettiği hallerde, hakim tarafından ya ödenecek tazminatın tenkis edileceği ya da hiç tazminata hükmedilmeyeceğinin düzenlenmiş olması karşısında, bu hüküm gereğince alacaklının zararın meydana gelmesine veya artmasına sebep olabilecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altında olduğu söylenebilecektir. Ancak bu durumda da alacaklı tazminat yükümü altında olmayacak, bu durumda yalnızca borçlu zararın alacaklı yüzünden meydana gelen ya da artan kısmından sorumlu tutulamayacaktır.

teslimi olmadığı hallerde ise borcu temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönerek<sup>913</sup> (BK m.94) borcundan kurtulabilecektir.

Alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerde, salt borcun ifasının alacaklının temerrüdü sebebiyle gecikmesi halinde borçlunun borcundan kurtulabilmesinin şartları düzenlenmiştir. Bundan anlaşılacağı üzere, alacaklı temerrüdünde de borcun ifası halen mümkündür ve bu nedenle borçlunun borcu halen devam etmektedir.<sup>914</sup> Oysa ki alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında borçlunun borcunu ifa etmesi mümkün olmadığından sona ermektedir. Bu halde borçlunun borcundan kurtulabilmesi için ayrıca herhangi bir davranışta bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Zaten borçlunun elinde tevdi ederek borcundan kurtulabileceği bir mal da kalmamıştır.

Bunların yanı sıra, bazı hallerde alacaklının haklı bir sebep bulunmaksızın ifayı kabul etmemesi veya borcun ifa edilebilmesi için kendisi tarafından yapılması gerekli olan hazırlıkları yapmaması alacaklı temerrüdü değil ifanın imkansızlaşması sonucunu doğuracaktır. Daha evvel inceleme konusu yapılan mutlak kesin vadeli işlemlerde borçlunun zamanında ifa etmemesi gibi, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ifayı kabul etmemesi veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması halinde de ifa imkansız olacaktır.<sup>915</sup> Örneğin tiyatro veya konser bileti satın alan izleyicinin gösterimin yapılacağı salona gitmemesi halinde alacaklı temerrüdü değil ifa imkansızlığı söz konusu olacaktır.

<sup>913</sup> Sözleşmeden doğan borçlunun tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı hususunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Yazarlardan bazılarında göre alacaklı temerrüdünde alacaklının borcundan bahsedilemeyeceğinden, burada borçlunun tazminat talep etmesi mümkün olmayacaktır. Bkz. **BECKER**, Art.96 N 1; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, § 33 N 16, s.263; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.846; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.291; **TUNÇOMAĞ**, s.472; Buna karşın bazı yazarlar ise burada BK m.94'ün borçlu temerrüdü hükümlerine atıf yapması gerekçesiyle borçlunun menfi zararının tazminini talep edebileceğini kabul etmektedirler. **VON TUHR/ESCHER**, s.84; **BUCHER**, OR AT, s.292; **KELLER/SCHÖBI**, s.294; **SAYMEN/ELBİR**, C.II, s.701; **EREN**, s.983; **KOÇ**, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992, s.273), Bazı yazarlar ise bu durumda borçlunun müsbet zararın tazmin edilmesini talep edebileceğini ileri sürmektedirler. Bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N 2462)

<sup>914</sup> **KOÇ**, s.91. Canaris, Alman hukukunda § 326 II 1 BGB'de açıkça imkansızlığın alacaklının temerrüde düşmesinden sonra meydana gelmesi halinde, borçlunun alacaklıdan karşı edimi talep edebileceğinin belirtildiğini, bu nedenle temerrüdün imkansızlıktan önce geldiğinin açıkça kanunda ifade edildiğini ifade etmektedir. Bkz. **CANARIS**, Gläubigerverzug und Unmöglichkeit, in Recht Genau, Liber Amicorum für Jürgen Prölss zum 70.Geburtstag, München 2009, s.24

<sup>915</sup> **CANARIS**, Gläubigerverzug und Unmöglichkeit, s25 vd.

Alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin hemen ardından gelen BK m.95’de ise, alacaklı temerrüdü söz konusu olmamasına rağmen, bazı hallerde alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanarak, borçlunun tevdi ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği ifade edilmiştir. Bu hükme göre verme ve yapma borçlarında edimin ne alacaklıya ne de alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple temsilcisine ifa edilemezse ya da borçlunun kusuru bulunmaksızın alacaklının şahsında tereddüt olunursa borçlu alacaklı temerrüdünde olduğu gibi tevdi etmek veya sözleşmeden dönmek hakkına sahip olacaktır. Bu hükmün alacaklının temerrüdü dışında kalan bir sebepten ötürü borcun ifa edilemeyeceği halleri düzenlemesi sebebiyle, alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığının da bu hüküm kapsamında kalıp kalmadığının incelenmesi gerekecektir.

BK m.95’in uygulanabilmesi için yapma veya verme borçlarında edimin ne alacaklıya ne de onun temsilcisine ifa edilememesi gerekmektedir. Hükme göre edim ya alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple ifa edilemiyor olmalıdır ya da bunun nedeni alacaklının kim olduğunun bilinmemesidir. Alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple borçlunun borcunu ifa edemediğinin kabul edilebilmesi için alacaklıya ulaşılabilmesi ya da alacaklının ifayı kabul etmek için uygun durumda bulunmaması nedeniyle ifanın fiziki olarak veya hukuken mümkün olmaması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>916</sup> Burada borcun ifa edilememesi, BK m.90’da olduğu gibi alacaklının istememesinden kaynaklanmadığı gibi, alacaklı burada ifayı kabul edebilecek durumda da bulunmamaktadır.<sup>917</sup> İfanın alacaklının kim olduğunun tam olarak bilinmemesi sebebiyle ifa edilememesi haline örnek olarak ise BK m.166 gösterilebilecektir.<sup>918</sup> Bu hükme göre alacağın temlik edildiği bir durumda kime ait olduğu çekişmeli olan bir alacağın borçlusu ifadan kaçınabilecek ve söz konusu edimi hakim tarafından belirlenecek yere tevdi ederek borcundan kurtulabilecektir.

Hükümde yer alan ifa edilmeme sebeplerinden biri olan alacaklının kim olduğunun bilinmemesinin, borçlunun ediminin ifasını imkansızlaştıracağı söylenemeyecektir. Zira burada edimin ifası halen mümkün ve borçlu borcunu ifa etmek için hazır olmasına rağmen, sırf alacaklının kim olduğunu bilememesi sebebiyle borcunu ifa

<sup>916</sup> WEBER, Art.96 N 4 ve 14; WIEGAND, Art.96 N 2; KOÇ, s.91, 310

<sup>917</sup> WEBER, Art.96 N 14

<sup>918</sup> WEBER, Art.96 N 9; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 34 N 37, s.274; KOÇ, s.307

edememektedir. Konuyla ilgili olarak kafalarda soru işareti oluşmasına neden olan asıl ifa edilmeme sebebi, borçlunun borcunu alacaklıdan kaynaklanan herhangi bir sebeple ifa edemeyecek olması halidir. Salt hükmün lafzına bakıldığında, alacaklının kusurlu olarak borcun ifasını imkansızlaştırdığı hallerin bu hüküm kapsamında kaldığı söylenebilecektir. Ancak bu halde de borçlunun tevdi hakkını kullanabilmesi ya da sözleşmeden dönebilmesi için kendi borcunu ifa etmeye hazır olması gerekmektedir.<sup>919</sup> Ayrıca hükmün şartları gerçekleştiğinde borçluya edimi tevdi ederek veya sözleşmeden dönerek borcundan kurtulma imkanı vermesi de burada imkansızlığın değil gecikmenin kastedildiğinin bir göstergesi olduğu da söylenmektedir.<sup>920</sup> Alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında ise borçlunun elinde tevdi edilecek veya satılacak bir mal bulunmadığı gibi, bu halde borçlunun borcundan kurtulabilmesi için malı tevdi etmesi veya satması da gerekmemektedir. Ancak tüm bunların ötesinde bu hükmün, şartları gerçekleştiğinde alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanacağını ifade etmesi ve alacaklı temerrüdünde borçlunun borcundan kurtulabilmek için başvurabileceği hukuki yolların belirtiliyor olması dahi tek başına burada yalnızca ifada gecikildiği hallerin ele alınmak istediğini göstermeye kafidir. Zira daha önce de belirtildiği üzere imkansızlık halinde artık borç sona ereceğinden, borçlunun borcundan kurtulabilmesi için ek olarak bir davranışta bulunmasına gerek kalmayacaktır. Dolayısıyla bu hükmün yalnızca alacaklı temerrüdü dışında alacaklıdan kaynaklanan başka sebeplerle borcun ifasının gecikmesi hallerinde, bir başka deyişle ifanın halen mümkün olduğu hallerde uygulanabileceği, imkansızlık halinde ise uygulama alanı bulamayacağını kabul edilmesi gerekecektir.<sup>921</sup>

---

<sup>919</sup> GIGER, s.82

<sup>920</sup> GIGER, s.82; İNCEOĞLU, İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması, AÜHFD 2008, C.57, S.4, s.239. Konuyla ilgili haklı olarak imkansızlaşan edimin tevdi edilmesinin artık mümkün olamayacağı, sözleşmeden dönmenin ise taraflara halen mümkün olan edimi ifa etmeme imkanı vermesi, dolayısıyla bu durumda borcun devam ediyor olmasının şart olması gerekçesiyle imkansızlık halinde borçluya bu hakların tanınmasının mantıksız olduğu ileri sürülmektedir.

<sup>921</sup> Aksi görüşte CAYTAS, s.191; ARSEBÜK, Borçlar Hukuku, C.I-II, B.3, Ankara 1950, s.154, dipnot 91. Yazar BK m.95'in borçluya yüklenemeyen bir sebeple ifanın imkansızlaşması ihtimalini öngören bir hüküm olduğunu, tevdiin mümkün olmadığı hallerde borçlunun sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceğini ileri sürmektedir.

## B- ALACAKLININ İMKANSIZLIĞA YOL AÇABİLECEĞİ HALLER

Alacaklının borcun ifa edilebilmesi için yapması gereken işlemleri kusuruyla yerine getirmemesinin sonucunda ifanın imkansızlaştığı hallerde, meydana gelen bu imkansızlıktan dolayı alacaklının sorumlu olduğu söylenebilecektir. Alacaklının sorumlu olduğu imkansızlığın kapsamına, aynen borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığında olduğu gibi, edimin ifasının yalnızca alacaklının doğrudan doğruya kendi davranışları sonucu imkansızlaşması değil, bunu yanı sıra alacaklının doğrudan kusurlu olmadığı bazı haller de girmektedir.

Alacaklı öncelikle imkansızlığa kusuruyla,<sup>922</sup> kasten veya ihmali sonucu yol açmış olabilir.<sup>923</sup> Örneğin nakliyecisi (A)'nın komşusu (B)'den satın aldığı ve ertesi gün kendisine teslim edilecek olan hususi otomobile, bu otomobilin (B)'nin evinin önünde park halinde bulunduğu sırada, gece işten dönerken kullandığı nakliye kamyonunun direksiyonunda uyuması çarparak bu aracı kullanılamaz hale getirmesi halinde alacaklının doğrudan kusuruyla meydana gelmiş bir imkansızlık bahisi olacaktır. Bunun gibi, alacaklının sözleşmenin kurulması aşamasında edimin ifasının gerçekleşmeyeceğini bildiği veya bilmesi gerektiği haller de bu kapsamda ele alınabilecektir.<sup>924</sup> Örneğin sözleşme konusu malla ilgili olarak ihracat yasağı getirileceğinden haberdar olan alacaklı, edimin imkansızlaşacağını bilmesine rağmen bunu karşı taraf bildirmemesi sebebiyle kusurlu sayılacak ve meydana gelen imkansızlıktan sorumlu olacaktır.

<sup>922</sup> Dokrinde genel olarak kabul edildiği üzere, bir sözleşme ilişkisinde alacaklı borç ilişkisinde borçlu olan taraf değil, borcun ifasını talep etme hakkına sahip olan taraftır. Alacaklının bir borcunun bulunmaması sebebiyle burada alacaklının kusurundan bahsedilemeyeceği ve dolayısıyla alacaklının imkansızlıktan dolayı sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir. **VON TUHR/ESCHER**, s.69; **BECKER**, Art.91 Vorbem. N 2; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.91 Vorbem. N 3; **KELLER/SCHÖBI**, s.231;

<sup>923</sup> **DURAL**, İmkansızlık, s.172. Yazar seyahat etmek üzere uçak bileti satın alan kişinin, bilete belirtilen saatte havalimanında hazır bulunmaması sebebiyle alacaklının ifaya katılmamasından doğan bir ifa imkansızlığından bahsedileceğini ifade etmektedir. Ayrıca **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 13 N 1. Yazar ise konuyla ilgili olarak, kiralık olarak tutulan daireyi havalandırmamakla onu artık içinde yaşamayacak ölçüde küflendirme, özensizlik ve becerisizlik sonucunda çalıştıracağı işçiye çalışma izni, inşaat yaptıracağı arsaya inşaat izni almama örneklerini vermektedir.

<sup>924</sup> **KOLLER**, OR AT, § 54 N 158



Sözleşmenin amaçsız kalması veya ifayla hedeflenen amaca başka yoldan ulaşılması sebebiyle ifanın sonradan imkansızlaştığı<sup>925</sup> durumlarda yine alacaklı imkansızlıktan sorumlu tutulabilecektir.<sup>926</sup> Aracını boyatmak üzere oto boyacısıyla anlaşılan araç sahibinin kusuruyla bir kazaya sebebiyet vererek aracı kullanılamaz hale getirmesi halinde artık sözleşmeyle hedeflenen amacın ortadan kalktığı söylenebilecektir. Zira burada ortada artık boyanacak bir araç kalmamıştır. Arıza sebebiyle yolda kalan bir otomobilin sahibinin tamirci çağırmasının ardından henüz tamirci gelmeden aracı kendisi tamir etmeyi başarması sebebiyle artık tamirciye ihtiyaç kalmaması halinde ise borçlunun edimi yine alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple imkansızlaşmaktadır. Bu durumda alacaklı daha tamirci otomobile ulaşmadan aracı kendisinin tamir ederek sözleşmeyle hedeflediği amaca ifa dışı ulaşmış olacaktır. Zira burada borçlu henüz borcunu ifa etmemiş, üstelik bu borcu alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple artık ifa edemeyecek durumdadır. Borçlunun edimi neticesinde meydana gelecek olan edim sonuncunun, borçlunun veya bir üçüncü kişinin fiilleri veya bu kişiler dışında gerçekleşen bir olay neticesinde meydana gelmesi halinde sözleşmeyle hedeflenen amaca ifa dışı ulaşılmasından bahsedilecektir.<sup>927</sup> Buna göre yukarıdaki örnekte otomobilin henüz tamirci gelmeden evvel araç sahibi tarafından değil de yoldan geçen bir üçüncü şahıs tarafından tamir edilmesi yahut kendiliğinden çalışmaya başlaması halinde de aynı durum söz konusu olacaktır.

Bunların yanı sıra mutlak kesin vadeli bir işlemin söz konusu olması halinde de alacaklının imkansızlıktan sorumlu olacağı söylenebilecektir.<sup>928</sup> Borçlu düğün fotoğrafçısının düğüne yetişememesi halinde meydana gelen imkansızlıktan borçlu sorumluyken, fotoğrafçının düğüne yetişememesinin nedeninin alacaklı düğün sahibinin kendisine yanlış adres vermesi olduğu hallerde imkansızlıktan alacaklı sorumlu tutulabilecektir.

Alacaklı imkansızlığa doğrudan kusuruyla sebep olabileceği gibi bazı hallerde doğrudan kusuru bulunmasa dahi meydana gelen bu imkansızlıktan sorumlu tutulabilecektir. Örneğin BK m.100'e göre edimin alacaklının yardımcı kişilerinin

<sup>925</sup> Bu durumlarda borçlunun artık edimi gerçekleştirme imkanının kalmaması sebebiyle imkansızlığın var olduğu kabul edilmektedir. **SULZER**, s.86 vd.; **KOLLER**, OR AT, § 54 N 158; **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 13 N 7 vd.

<sup>926</sup> BGE 54 II 333 E.4; 57 II 532 E.2

<sup>927</sup> von **TUHR/ESCHER**, s.94; **ZIEGLER**, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.105; **SULZER**, s.63

<sup>928</sup> **SEROZAN**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 13 N 2

davranışları sebebiyle imkansızlaşması halinde de alacaklı bundan sorumlu tutulabilecektir.<sup>929</sup> Bu hüküm sadece alacaklının gerçek bir kabul borcunun söz konusu olmadığı hallerde kıyas yoluyla uygulanabilecektir. Bazı yazarlar burada alacaklının bir yardımcısını satıcıya satın aldığı vazoyu almak üzere göndermesi halinde, yardımcı şahsın henüz teslimin gerçekleşmediği bir anda dikkatsizliği sebebiyle vazoyu kırmasını örnek olarak göstermektedir.<sup>930</sup>

§ 326 Abs.2 BGB'de borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlığın alacaklının temerrütte bulunduğu bir anda meydana gelmesi halinde borçlunun karşı edimi talep edebileceğinin açıkça düzenlenmesi karşısında, bizim hukukumuz bakımından da, BK m.102 f.1 hükmünün kıyasen alacaklı temerrüdüne uygulanabileceği ve sonuç olarak alacaklının temerrütte bulunduğu esnada, sözleşme konusu malın bir zarara uğraması halinde, bu zararın meydana gelmesinde herhangi bir kusuru bulunmasa dahi, alacaklının meydana gelen zararlardan sorumlu tutulması gerektiği söylenebilecektir.

İşçinin çalışmasının elektrik, hammadde sağlanamaması, makinelerde bir arıza meydana gelmesi ve doğal afet sebebiyle mümkün olmaması halinde hangi kuralların uygulanması gerektiği hususunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar<sup>931</sup> bu durumda imkansızlık hükümlerinin, bazı yazarlar<sup>932</sup> ise alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerekeceğini ileri sürmektedirler. Alman doktrininde bazı yazarlarca ise ifa engelinin mücbir sebep niteliği taşıdığı hallerde imkansızlık, alacaklıdan kaynaklandığı hallerde ise alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmuşlardır.<sup>933-934</sup> Sonradan Alman Medeni Kanunu'nda da yerini alan işletme rizikosu teorisine göre ise, işverenin hizmetin kabulü hususunda temerrüde düşmesi halinde işçi, temerrüt sebebiyle ifa edilemeyen

<sup>929</sup> AKKANAT, Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcu İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, İstanbul 1996, s.40.

<sup>930</sup> KOLLER, OR AT, § 54 N 159; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15.Auflage, Bern 2002, s.66 vd. Oysa BK m.208'de alıcıya yüklenen satılanı teslim alma borcu, alıcıya satılanı özenle ve zarar sebep olmaksızın teslim alma yükümlülüğü yüklemektedir.

<sup>931</sup> BECKER, Art.332 N 2-6; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 13 N 4. Yazar bizde BK m.325 hükmündeki çözümün, ifa imkansızlığına kendisi yol açan alacaklının karşılıklı sözleşmelerde edim alacağından yoksun kalacağı şeklindeki Alman Hukuku'ndaki çözümle örtüştüğünü ifade etmektedir.

<sup>932</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art.332 N 4-5, 9-10

<sup>933</sup> ENNECERUS/LEHMANN, § 57 II 1b

<sup>934</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku, DEÜHFD, Prof.Muhittin Alam Armağanı, Yıl 2 (1981), S.2, s.102 vd.

edimi daha sonra ifa etmek zorunda kalmaksızın kararlaştırılan ücreti talep edebilecektir (§ 615 BGB). Buna göre işyerinde meydana gelen ve işçiden kaynaklanmayan bir sebeple ifanın gerçekleşmemesi halinde, işverenin risk alanında gerçekleşmesi sebebiyle bu ifa engelinden işverenin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Buna göre işveren işçiye çalışmadığı sürenin ücretini vermek zorunda kalmaktadır. Bu durumda alacaklı meydana gelen imkansızlıktan kusursuz olduğu gerekçesiyle kurtulamayacak, işletme rizikosunu taşıması sebebiyle karşı edimi ifa etmek zorunda kalacaktır.

Kanunda özel borç ilişkilerini düzenleyen hükümler arasında alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığına ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin BK m.370 f.1'e göre iş sahibinin müteahhidin eseri imal etmesini kusurlu olarak imkansızlaştırması halinde müteahhit yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masrafları iş sahibinden talep edebilecektir. Müteahhit ayrıca BK m.370 f.2'ye göre başkaca zarar ve ziyanlarını da isteyebilecektir. Başkaca zarar ve ziyanın kapsamına iş sahibinin müteahhide ödemeyerek tasarruf ettiği ya da başka bir şekilde edindiği ya da edinmeyi ihmal ettiği bedeller de girmektedir.<sup>935</sup>

Son olarak alacaklıya ifayı imkansız hale getirme imkanı bazen kanun tarafından verilmiş olabilecektir. Örneğin BK m.97'ye göre göre birşeyin yapılmasına müteallik borç, boçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı masraf borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilecektir. Burada alacaklı borçlunun edimini, bu edimi kendisi yerine getirmek suretiyle imkansızlıştırmaktadır. Ancak bu durumlarda kanun tarafından kendisine verilen bir hakkı kullanması sebebiyle alacaklının bundan sorumlu tutulması mümkün olamayacaktır.

---

<sup>935</sup> KOLLER, OR AT, s.304

## II-ALACAKLININ SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞININ SONUÇLARI

### A- ALACAKLININ SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞINDA GÖZ ÖNÜNÜNDE BULUNDURULMASI GEREKEN HÜKÜMLER

Alman Medeni Kanunu'nda yer alan § 326 Abs. 2 gibi bir hüküm İsviçre/Türk Borçlar Kanunlarında yer almamaktadır. Ancak Kanunda özel borç ilişkilerinin düzenlendiği kısımda yer alan bazı sözleşme tipleri bakımından alacaklının kusurlu olduğu ifa imkansızlığı hakkında özel bazı düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Aşağıda kısaca bu hükümler üzerinde durulacaktır.

#### 1-BK m.183

Alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığının sonuçlarının ne olacağı meselesinin yeterli öneme sahip olmamasının nedeninin bu hüküm olduğu söylenebilecektir. Zira bu hüküm hasarın geçişi ile ilgili kural olan BK m.117 f.2 c.1'e istisna bir durumu düzenlemekte<sup>936</sup> ve uygulamada taraflar arasında büyük çoğunlukla kurulan satım sözleşmelerinde, sözleşme konusu malın kimsenin kusuru olmaksızın kötüleştii ya da ortadan kalktığı durumlarda hasarın kime ait olacağı hususu ile ilgilenmektedir.

BK m.117 f.1'e göre, tam iki taraflı sözleşmelerde taraflardan birinin kusuru olmaksızın edimin ortadan kalkması halinde borçlu karşı edimin ifa edilmesini talep edememekte ve hasara borçlu katlanmak zorunda kalmakta, oysa satım sözleşmeleri bakımından geçerli olan<sup>937</sup> BK m.183'e göre ise satım sözleşmesinde, sözleşmeye konu mala ilişkin hasar ve yarar sözleşmesinin yapıldığı anda, daha söz konusu mal kendisine teslim edilmeyen alacaklıya geçmekte ve hasara alacaklı katlanmaktadır.<sup>938</sup> BK m.117 f.2 c.2'de ifade edilen istisnalardan biri olan bu durumda, sözleşmenin

<sup>936</sup> GIGER, Art.185 N 13; KOLLER, Art.185 N 1; HONSELL, OR BT, s.48; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.66; ARAL, s.78; ZEVLİLER/HAVUTÇU, s.57

<sup>937</sup> Bu hükmün devir borcu yükleyen tüm sözleşmelere uygulanacağı ifade edilmektedir. GIGER, Art.185 N 16

<sup>938</sup> Borçlunun temerrüde düşmesinden sonra ise bu kural artık geçerli olmayacak, bu andan itibaren her türlü kazadan dolayı borçlu sorumlu tutulacaktır (BK m.102 f.1). Buna karşılık 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu hüküm değiştirilmiştir. TBK m.208 f.1'e göre artık, kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen bazı koşullardan doğan ayırık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır mallarda zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.

kurulmasından sonra fakat sözleşme konusu malın alacaklıya tesliminden önce kaza sonucu mala gelecek zararlardan alacaklı sorumlu olacak, alacaklı edime kavuşmasa dahi kendi karşı edimini yerine getirmek zorunda kalacaktır. Parça borçları bakımından getirilen bu hükmün kapsamına, satılanın ayrılmış olması halinde çeşit borçları da girecektir<sup>939</sup> (BK m.183 f.2).

Bu hükme göre ifanın imkansızlaşmasından tarafların hiçbirinin sorumlu olmadığı durumlarda hasara alacaklı katlanacaktır. Hakim kanaate göre borçlunun imkansızlıktan sorumlu olduğu hallerde bu hüküm uygulanamayacak, bu durumda borçlu BK m.96'ya göre tazminat ödemek zorunda kalacaktır.<sup>940</sup> Bunun aksine alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığı hallerinin ise bu hüküm kapsamında kalacak ve bu durumda hasara alacaklı katlanacaktır. Ancak doktrinde bir görüşe göre BK m.183 hükmünün alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında da uygulanamaması gerekmektedir.<sup>941</sup> Bu görüşe göre BK m.183 her iki tarafın da sorumlu olmadığı, kaza sonucu meydana gelen durumları kapsamaktadır ve bu sebeple, tıpkı imkansızlıktan borçlunun sorumlu olduğu hallerde olduğu gibi, alacaklının sorumlu olduğu haller bakımından da uygulanamayacaktır.

BK m.183 hükmünün getiriliş amacı sözleşme konusu edimin, taraflardan hiçbirinin kusuru bulunmadığı ya da herhangi bir şekilde sorumlu olmadığı hallerde hasarın hangi tarafa ait olacağına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmaktır. Bu durumda alacaklı, kusuru bulunmasa dahi meydana gelen hasara katlanmak zorunda kalacaktır. Borçlunun sebep olduğu imkansızlık hallerinin bu hükmün kapsamı dışında kalmasının nedeni, yalnızca bu hallerin kaza olarak kabul edilmemesi değil,

<sup>939</sup> Gönderilecek borçlar bakımından, hasarın satıcının satılan üzerindeki zilyetliğinin sona erdiği ana kadar hasara katlanmak zorunda olduğu şeklindeki bu kural bakımından ise çeşitli görüşleri ileri sürülmüştür. Bazı yazarlara göre bu hükmün parça borçları bakımından da uygulanması gerekecek, bu durumda parça borcunu çeşit borcundan ayrı olarak değerlendirmek ve hasarın daha sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçeceği söylemek doğru olmayacaktır. Bkz. **KOLLER**, Art.185 N 15; Bazı yazarlar ise burada söz konusu olanın sadece parça borçları olduğunu, çeşit borçları bakımından bu hükmün uygulanmasının mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bkz. **GIGER**, Art.185 N 37

<sup>940</sup> **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.185 N 5; **KOLLER**, Art.185 N 8; **SCHÖNLE**, Art.185 N 23; **TUNÇOMAĞ**, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.73; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s.58

<sup>941</sup> **GIGER**, Art.185 N 61; **GIGER**, Art.185 N 61. Yazar burada taraflardan herhangi birinin kusurunun bu hükmün uygulanmasını engelleyeceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre alıcı satıcının borcunu ifa etmesini imkansızlaştırırsa satıcının borcu BK m.117 f.1'e göre, alıcının borcu ise BK m.117 f.2'ye göre sona erecek, buna karşı alıcı borca aykırı davranışı sebebiyle borçlunun uğramış olduğu zararı BK m.97'ye göre tazmin etmek zorunda kalacaktır. Koller ise bu durumda hasarın alacaklıya geçip geçmediğine bakılmaksızın alacaklının borçluya borcunu ödemesi gerektiği görüşündedir. Bkz. **KOLLER**, OR AT, § 54 N 163

bunun dışında aynı zamanda borçlunun kusurlu olduğu bir olaydan alacaklıyı sorumlu tutmanın adaletsiz olmasıdır. Ancak alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında bu hükmü uygulayarak hasara alacaklının katlanması gerektiğini ve bu durumda alacaklının edimi elde edemese dahi karşı edimi yerine getirmek zorunda kalacağına söylenmesi halinde adaletsiz durum kendini göstermeyecektir. Bu sebeple bu hüküm alacaklının sorumlu olduğu imkansızlık hallerine uygulanabileceği ve sonuç olarak bu durumda borçlunun BK m.117 f.1 gereğince borcunun sona ereceği ve alacaklının BK m.183 f.1'e göre karşı edimi ifa etmek zorunda kalmaya devam edeceği söylenebilecektir.<sup>942</sup>

## 2-BK m.325

Hizmet sözleşmelerinde işçi önce ifa yükümlülüğü altında bulunmaktadır. İşçi önce kendi edimini ifa edecek, daha sonra işveren yaptığı işin karşılığını ödeyecektir.<sup>943</sup> Sözleşme ile belirli veya belirsiz süreli olarak bir hizmetin ifası borcu altına giren işçi, bu süre zarfında hizmet edimini yerine getiremediği takdirde, sonradan bunu tekrarlamak, başka bir deyişle telafi etmek zorunda kalacak mıdır? BK m.325 hükmü, belirli bir sürenin, alacaklı konumundaki işverenin sorumlu olduğu bir sebeple boşa geçirilmiş olması halinde durumun ne olacağını ele almaktadır. Bu hüküm BK m.117 f.2 c.2'de bahsedilen istisna hallerden birini düzenlemektedir.

Alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığı bakımından kanunda genel bir hükmün bulunmaması sebebiyle, BK m.325 hükmü bazı yazarlarca bu boşluğun doldurulmasında kullanılmaktadır.<sup>944</sup> BK m.325'e göre, hizmet sözleşmelerinde iş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın

<sup>942</sup> Satım sözleşmelerinde alacaklının ediminin para borcu olması sebebiyle burada alacaklının BK m.97'ye göre tazminat ödemesi gerektiğini kabul etmekle karşı edim borcunu ifa etmek zorunda kalmaya devam etmesi arasında bir fark bulunmamaktadır.

<sup>943</sup> REHBINDER, Art.324 N 1-2; PORTMANN, Basler Kommentar Honsell/Vogt/Wiegand, Obligationenrecht, art.1-529 OR, 4.Auflage, Basel 2007, Art.319-362, Art.324 N 1

<sup>944</sup> von BÜREN, OR AT, s.387 dipnot 104; KOLLER, Beidseits verschuldete Leistungsunmöglichkeit des Arbeitnehmers, Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, s.52; SCHWENZER, N 64.29; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 13 N 4; Avusturya Hukuku'nda alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığı ile ilgili olarak kıyasen uygulanacak hükümler arasında gösterilen § 1155 ABGB'ye göre de işçi, hazır olmasına rağmen işverenden kaynaklanan bir sebeple yükümlülüğünü yerine getiremediği takdirde ücreti talep edebilecektir. Ancak bu durumda işçinin hizmeti yerine getirmemesi sebebiyle tasarruf ettiği ya da başka bir iş ile kazandığı ya da kazanmaktan kasten kaçındığı kazançların ona ödenecek ücretten mahsup edilmesi gerekecektir.

sözleşmedeki ücreti talep edebilecektir.<sup>945</sup> Öğretide yazarların neredeyse tamamı tarafından bu hükmün sadece alacaklı temerrüdüne ilişkin bir hüküm olduğu ifade edilmiştir.<sup>946</sup> Ancak hizmet sözleşmelerinde iş sahibinin mütemerrit olduğu dönemdeki iş görme borcunun ifasının imkansız hale geldiğinin kabul edilmesinin<sup>947</sup> yanı sıra doktrinde bazı yazarlarca, alacaklı temerrüdüne ilişkin bir hüküm olmasının rağmen BK m.325'in imkansızlığa da uygulanabileceğinin ileri sürülmesi sebebiyle bu hükme de değinmek gereği doğmuştur.<sup>948</sup>

BK m.325'in uygulanabilmesi için işçi tarafından sözleşmeyle üstlenilen hizmetin gereği gibi ifasının işverene teklif edilmiş olmasına rağmen bu ifanın alacaklı işveren tarafından haksız yere kabul edilmemiş olması gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde öncelikle işçinin ifa yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Buna göre işçi bu işi daha sonra tekrarlamak zorunda kalmayacak, buna karşın sözleşmede

<sup>945</sup> Hüküm İsviçre Borçlar Kanunu'nda farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Art. 324 OR'de, işin işverenden kaynaklanan bir sebeple yerine getirilemediği ya da işverenin herhangi bir başka sebeple işi kabulde temerrüde düşmesi halinde, işverenin, işçinin taahhüt ettiği işi daha sonra yapması gerekmesizin ücreti ödemek zorunda olduğu ifade edilmektedir.

<sup>946</sup> Öğretide yalnızca Oğuzman BK m.325'in doğrudan doğruya imkansızlığa ilişkin bir hüküm olduğu kanaatindedir. Bkz. OĞUZMAN, Hizmet (İş) Akdinin Feshi, s.149 vd.

<sup>947</sup> von TUHR, s.603; REHBINDER, Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis?, SJZ 1982, s.353 vd. Yazara göre işverenin iş edimini kabul etmemesi imkansızlık oluşturur. Zira iş görme borcu daima belirli bir zaman diliminde yerine getirilmek zorundadır. Kesin vadeli borç (Fixschuld) niteliğinde olan işgörme borcu, işverenin işçiye iş vermektan kaçındığı durumlarda sonradan bu edimin geri getirilmesinin mümkün olmaması sebebiyle telafi edilemez. Dolayısıyla hizmet sözleşmesinde işverenin işi kabulde temerrüdünden değil, kısmi ifa imkansızlığından söz etmek gerekecektir. Öğretide bazı yazarlar ise işçinin bu durumda kayıp zamanı tekrarlamak zorunda olup olmayacağına, işletmenin yapısına, hizmet sözleşmesinde ya da kanundaki tatil ya da boş vakit hükümlerine ve dinlenme ve molaya ilişkin hükümlere göre karar verilebilecektir. Örneğin tam zamanlı bir işte bu mümkün değilken, yarı zamanlı işte ise mümkün olacaktır. Yazara göre, ancak hizmet sözleşmesinde edimin ancak belirli bir zamanda ifa edileceğinin kararlaştırılmış olması halinde (mutlak kesin vadeli işlem) imkansızlıktan bahsedilebilecektir. Bkz. GIGER, s.135,136; REHBINDER, Art. 324 N 10. Kanaatimizce de burada imkansızlığın söz konusu olup olmadığına karar verilirken hizmet sözleşmesinin şartlarının göz önünde bulundurulması gerekecektir. Sürekli borç ilişkisi şeklinde karşımıza çıkan hizmet sözleşmelerinde zamansızlık sebebiyle işçinin bu zamanı daha sonra telafi şansının bulunmadığı söylenebileceği gibi, hizmetin belirli bir andan sonra ifası da mümkün olmayabilir. Bu tip durumlarda hizmet edimi için belirlenen sürenin geçmesi halinde artık ifa imkansızlığından bahsetmek gerekecektir.

<sup>948</sup> REHBINDER, Art.324 N 4-10; KOLLER, Beidseits verschuldete Leistungsmöglichkeit des Arbeitnehmers , s.52. OLGAC, s.405; OĞUZMAN, Hizmet (İş) Akdinin Feshi, s.149, 151, 152. Yazar bu hükmün yalnızca imkansızlığa ilişkin bir hüküm olduğunu ileri sürmektedir. Aksi kanaatte PORTMANN, Art.324 N 3 vd.; GIGER, s.136, 139, 140. Yazara göre BK m.325 yalnızca temerrüt durumlarına uygulanmak üzere getirilmiş bir hüküm olup, imkansızlık hükümlerine uygulanması mümkün olmayacaktır. Hükümde geçen "işin yerine getirilememesi" ifadesinden borçlunun edimini sonsuza dek ifa edemeyeceği anlaşılmalıdır. Cümlelerin ilk kısmının anlamı ancak ikinci kısmıyla birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca hükmün "işçinin taahhüt ettiği işi yapmak zorunda olmaksızın ücreti talep edebileceği" şeklindeki sonucu da burada imkansızlığın değil, bir temerrüt halinin düzenlendiğini göstermektedir. Ayrıca TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.864; REİSOĞLU, Hizmet Akdi, Ankara 1968, s.161; YAVUZ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.469

kararlaştırılan ücreti işverenden talep edebilecektir. Bu hükme göre işçinin işi daha sonra yapmak zorunda kalmaksızın talep edeceği ücretin hukuki niteliği hakkında ise farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide hakim görüşe göre işçinin talep edebileceği ücret halî hazırda sözleşmeden kararlaştırılan ücret olup, burada bir tazminat söz konusu değildir.<sup>949</sup> Bu sebeple işçinin zararını ispatlaması gerekmemektedir.<sup>950</sup> Ancak bu durumda işçinin hizmetin yerine getirilmemesi sebebiyle tasarruf ettiği ya da başka bir iş ile kazandığı ya da kazanmaktan kasten feragat ettiği kazançların, ona ödenecek ücretten mahsup edilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>951</sup>

### 3-BK m.370

Eser sözleşmelerinde, eserin imali sırasında imkansızlığın meydana gelmesi halinde durum genel hükümlere göre değerlendirilecek olsaydı, müteahhidin, meydana gelen imkansızlıktan sorumlu olmaması halinde, BK m.117'ye göre borcundan kurtulması ve BK m.117 f.2'ye göre ise karşı edimi talep hakkını kaybetmesi gerekirdi. Oysa BK m.370 bu genel kuralla ilgili istisnai bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre eser sözleşmelerinde taahhüt edilen şeyin yapılması iş sahibi nezdinde zuhur eden bir kaza sebebiyle mümkün olamıyorsa, müteahhit yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masraflarını alabilecektir. Bu hükmün uygulanabilmesi için iki unsurun var olması gerekmektedir: Öncelikle eserin tamamlanması imkanı ortadan kalkacak, bunun yanı sıra iş sahibi bu imkansızlıktan sorumlu olmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, bu hususta iş sahibinin taksiri varsa müteahhidin başkaca zarar ve ziyanlarını da talep edebileceği ifade edilmiştir. Bu hüküm ifanın iş

<sup>949</sup> REHBINDER, Art.324 N 16; GIGER, s.137; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.867, 868; REİSOĞLU, Hizmet Akdi, Ankara 1968, s.172.

<sup>950</sup> Oğuzman ise, madde metninde her ne kadar ücretten söz edilse dahi, aslında bunun kusurlu imkansızlık sebebiyle ödenen bir tazminat olarak nitelendirilmesinin gerektiğini ifade etmektedir. Zira yazara göre maddede yalnızca ücretin düzenlendiği varsayıldığında, bundan hiçbir indirim yapılmaması ve işçinin de başka bir yerde çalışmaya mecbur tutulmamasının gerekecektir. Oysa BK m.325'e göre işçinin kazanmaktan feragat eylediği şeyi mahsup ettirmek zorunda olması, burada ücret değil tazminatın düzenlendiği düşüncesini uyandırmaktadır. Üstelik bu durumda işçinin zararı yalnızca kaybettiği ücretten ibaret değildir. Bu durumda kıdem tazminatı da zarar olarak kabul edilecek ve işçi işverenden bu zararının tazminini de talep edebilecektir. Bkz. OĞUZMAN, Hizmet (İş) Akdinin Feshi, s.152

<sup>951</sup> REHBINDER, Art.324 N 18 vd.; SCHNÜRIGER, Annahmeverzug und Betriebsrisiko, Zürich 1981, 64. Yazar burada işe gitmek zorunda kalmayan işçinin tasarruf ettiği yakıt ve otopark ücretlerini örnek olarak göstermiştir. Ayrıca REİSOĞLU, Hizmet Akdi, s.173, 174; OLGAÇ, s.405; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.972



sahibinden kaynaklanan bir sebeple imkansızlaşmasını düzenlemektedir. Birinci fıkrada, yapılan şeyin iş sahibi nezdinde, onun kusuru bulunmaksızın kazara telef olması, ikinci fıkrada ise imkansızlıktan iş sahibinin kusurlu olması hali ele alınmıştır.

BK m.370 ile benzer bir hususu düzenleyen BK m.368'de ise ayrıca, yapılan şeyin teslimden önce kazara telef olması halinde, iş sahibi onu teslim almakta temerrüde düşmüş olmadıkça müteahhidin, ne yaptığı işin ücretini ne de buna dahil olmayan masrafların ödenmesini talep edebileceği ifade edilmiştir. Bu hükümde, bir eserin teslimden önce bir kaza neticesinde telef olması halinde, müteahhit tarafından, yapılan işlerin ve masrafların bedelinin iş sahibinden talep edilemeyeceği düzenlenmiş, bir başka deyişle istisnaları saklı kalmak kaydıyla teslimden önce hasarın müteahhide ait olduğu ifade edilmiştir. BK m.368 f.3'de ise eğer yapılan şeyin, iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın kusurundan yahut iş sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında verilen emirden dolayı telef olması halinde, müteahhidin, bu tehlikeleri zamanında ihbar eylemiş olması halinde yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masrafların tediyesini isteyebileceği ifade edilmektedir. İlk bakışta burada da imkansızlığa ilişkin bir düzenlemenin var olduğu düşünülebilecektir. Ancak bu hüküm yapılan şeyin telef olmasını ele almaktayken, BK m.370 ifa imkansızlığını düzenlemektedir.<sup>952</sup> Birinci hükmün kapsamına giren olaylarda yapılan şey telef olmasına rağmen borcun ifası imkansızlaşmamakta olup, bu durumda müteahhit eseri yeniden yapmak zorunda kalırken, ikinci hükmün kapsamına giren olaylarda ise yapılan iş telef olmamasına rağmen ifa imkansızlaşmaktadır.<sup>953</sup> Yapılanın telef olması her zaman müteahhidin

<sup>952</sup> **BÜHLER**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.Band Obligationenrecht, Teilband V 2d, Der Werkvertrag Art.363-379 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich 1998, Art. 378 N 5; **GAUCH**, Werkvertrag, N 824; **KOLLER**, Jo, Untergang des Werkes nach 376 OR, Freiburg, Winterthur 1983, s.71; **ZINDEL/PULVER**, Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Wiegand, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, Art.363-379, Art.376 N 4; **ÖZ**, İnşaat Sözleşmesi, s.161 vd.

<sup>953</sup> **BÜHLER**, Art. 378 N 5; **GAUCH**, Werkvertrag, N 742; **KOLLER**, Untergang des Werkes, s. 70. **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s.232; **ÖZ**, İnşaat Sözleşmesi, s.193. Yazar haklı olarak, yapılmakta olan inşaatın yıkılması, yanması, çürümesi vb. durumların kural olarak ifa imkansızlığı oluşturmayacağını, bu durumda müteahhidin bütün işi baştan yapmaya başlaması gerektiğini, bu durumda malzeme kime ait idiyse hasara ona ait olacağını, fakat inşaatın yapılmış kısmının bu suretle telef olmasından sonra müteahhidin artık objektif veya sübjektif şekilde inşaatı yapamayacak hale gelmesi halinde ise ancak o zaman imkansızlığın söz konusu olacağını ifade etmektedir. Benzer görüşte, **ALTAŞ**, s.58-59. Yazar eserin teslimden önce kısmen veya tamamen telef olması halinde müteahhidin ediminin imkansızlaşabileceğini, ancak bu durumun BK m.368'in bir unsuru olmadığını, telef olan eserin yeniden meydana getirilmesinin imkansız olup olmadığını

ifasının imkansızlaşması sonucunu doğurmayacaktır. Yapılan eserin telef olması halinde bunun daha sonra tekrar yapılması çoğu halde mümkün olduğundan BK m.368 kapsamına giren olaylarda imkansızlıktan bahsedilemeyecektir.<sup>954</sup> Yapılan şeyin telef olmasının aynı zamanda edimin ifasını imkansızlaştırması halinde ise her iki hükmün uygulama alanı çakışacaktır. Bu durumla ilgili olarak, meydana gelen depremin sadece yapıya hasar vermekle kalmayıp, araziye bir daha üzerinde bina inşa edilemeyecek hale getirmiş olması örnek<sup>955</sup> gösterilmiştir.<sup>956</sup>

BK m.370 f.1 imkansızlığa ilişkin özel bir düzenlemedir. Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikler işin tamamlanmasının imkansızlaşması gerekmektedir. Bazı yazarlar<sup>957</sup> bu hükmün uygulanması için, işin tamamlanmasının objektif olarak imkansızlaşmasını ararlarken, bazı yazarlar<sup>958</sup> ise edimin ifasının beklenilemeyeceği hallerin de bu hüküm kapsamında ele alınabileceği görüşünü ileri sürmektedirler.<sup>959</sup>

Yapılacak işin iş sahibinin faaliyet alanında ortaya çıkan bir imkansızlık sebebiyle tamamlanmasının mümkün olmaması ile ilgili olarak doktrinde şu örnekler verilmiştir: Üzerinde bina inşa edilecek arazinin iş sahibinin elinden kamulaştırılarak

---

bu madde bakımından bir öneminin bulunmadığını ifade etmektedir. Aksi görüşte. **TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Tümüyle yeniden işlenmiş 3.bası, Ankara 1987, s.317; **YAVUZ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.500. Yazar bu durumda müteahhit için kusursuz ifa imkansızlığının ortaya çıkacağını ve müteahhidin borcunun BK m.117 f.1 gereğince sona ereceğini, ancak hasara da BK m.117 f.2 c.1 ve BK m.368 f.1 gereğince müteahhin katlanması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca **ARAL**, s.395 vd. Ancak yazar müteahhidin kısmen veya tamamen yok olan eseri tekrar meydana getirmesi halinde kararlaştırılan veya BK m.366'ya göre belirlenecek ücreti talep edebileceğini belirterek bir anlamda imkansızlığın söz konusu olmadığını kabul etmektedir.

<sup>954</sup> **GAUTSCHI**, Art.376 N 5; **BÜHLER**, Art.378 N 6 vd.; Doktrindeki yazarların bir kısmı işin telef olmasının da aynı sonuçları doğuracak olması sebebiyle BK m.368'in de imkansızlıkla ilgili bir hüküm olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. **OSER/SCHÖNENBERGER** N 2 zu Art.378; **OLGAÇ**, s.503; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s.323; **AKKANAT**, s.37, 146 vd.

<sup>955</sup> **KOLLER**, Untergang des Werkes, s.72

<sup>956</sup> Her iki durumun da BK m.370 f.2 ile BK m.368 f.3'e göre aynı sonuçları doğurmaktadır.

<sup>957</sup> **GAUCH**, Werkvertrag, N 499; **KOLLER**, Untergang des Werkes, s.65; **DÜRR**, Werkvertrag und Auftrag, Kommentar der Art.363-379 und 394 bis 406 OR, Vira 1983, s.102; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.328; **YAVUZ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.503; **ARAL**, s.398; **ALTAŞ**, s.189-190; **BUZ**, Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, s.26

<sup>958</sup> **GAUTSCHI**, Art.378/379, N 6 vd. Yazara göre cins borcu yok olmaz kural gereği bu borçlarda imkansızlıktan bahsetmek mümkün olmadığından, bu hükmün sadece objektif imkansızlık hallerine uygulanması cins borçları bakımından bu hükmeye gerek duyulmaması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca **ÖZ**, İnşaat Sözleşmesi, s.162.

<sup>959</sup> Bu görüş bazı yazarlarca, borcun ifasının müteahhitten beklenemeyeceği hallerin BK m.265 f.2 kapsamına girdiği gerekçesiyle kabul edilmemektedir. Bkz. **GAUCH**, Werkvertrag, N 500

alınması veya bu arazi bakımından bir imar yasağı getirilmesi,<sup>960</sup> üzerinde bina inşa edilecek arazinin deprem sebebiyle üzerinde bina inşa edilemeyecek hale gelmesi.<sup>961</sup>

Hükmün başlığının “İş Sahibinin Yüzünden Hizmetin İfasının Mümkün Olmamasıdır”. Eser sözleşmelerinde işin yapılması ile teslim edilmesinin birbirinden ayrılması ve ifanın teslimle gerçekleşmesi karşısında, bu hükmün işin tamamlanmasına rağmen henüz teslim edilmediği hallerde de uygulanıp uygulanmayacağı meselesi tartışma konusu olmuştur. Hakim görüş<sup>962</sup> bu soruya olumlu cevap vermektedir. Bu yazarlara göre iş tamamlanmış olmasına rağmen, bunun iş sahibine teslimi imkansızlaşmışsa yine bu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Zira BK m.370 ifanın iş sahibinin kusuruyla tam olarak ya da kısmen imkansızlaşması halini düzenlemekte olup, imkansızlığın işin tamamlanmasından önce veya sonra meydana gelmesiyle ilgilenmemektedir. Önemli olan yalnızca müteahhidin ediminin kısmen ya da tamamen ifa edilemiyor olmasıdır.<sup>963</sup>

Hükmün aradığı ikinci şart ise bu imkansızlığın iş sahibinin nezdinde zuhur eden bir kaza sonucu meydana gelmiş olmasıdır. Kanunun dar ifadesine rağmen, imkansızlığın iş sahibinin kişiliğinden, onun işletmesinden, iş için tahsis ettiği taşınmazdan ve BK m.100 f.1 gereğince yardımcı şahısların davranışlarından kaynaklandığı durularda imkansızlıktan iş sahibinin sorumlu olduğu söylenmektedir.<sup>964</sup>

<sup>960</sup> KOLLER, Untergang des Werkes, s.66; GAUCH, Werkvertrag, N 725; DÜRR Werkvertrag und Auftrag, s.103; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.162.

<sup>961</sup> KOLLER, Untergang des Werkes, s.66

<sup>962</sup> BÜHLER, Art.378 N 17; KOLLER, Untergang des Werkes, s.67 vd.; GAUCH, Werkvertrag, N 746; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C.II s.328; YAVUZ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.502; ARAL, s.398; ALTAŞ, s.190; BUZ, Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması s.27

<sup>963</sup> Ancak bazı hallerin eserin tamamlanmasının imkansızlaşmasından ayrılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre örneğin eski tarihi eser için mimari özellik taşıyan bir kapının yapımıyla ilgili iş sahibi ile marangozun anlaştığı bir olayda, tarihi eserin deprem nedeniyle yıkılması ve aslına uygun bir şekilde yapılmasının mümkün olmaması halinde, değişen şartlar sebebiyle yapılacak kapının iş sahibi bakımından herhangi bir önem arzetmemesine rağmen marangozun yapacağı mimari özellikli kapının objektif olarak ifasının halen mümkün olduğu ve bu nedenle burada hakim sözleşmeyi değişen şartlara uyarlaması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. BÜHLER, Art.378 N 12; KOLLER, Untergang des Werkes, s.66; Altaş, s.191

<sup>964</sup> BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besondere Teil, 3.Auflage, Zürich 1988, s.207; GAUCH, Werkvertrag, N 724; BECKER, Art.378 N 1; BÜHLER, Art.378 N 21; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.378 N 2; KOLLER, Untergang des Werkes, s.67; Altaş, s.192; ARAL, s.398; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.331; BUZ, Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması s.27

Aranan şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibi müteahhide o ana kadar yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masraflarını ödemek zorunda kalacaktır. Ancak bunun için öncelikle müteahhit tarafından, eserin tamamlanmasının iş sahibinin sorumlu olduğu bir nedenden dolayı imkansızlaştığının ispatlanması gerekmektedir.<sup>965</sup> Hükümde eser sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı ise belirtilmemiştir.<sup>966</sup> Bu durumda BK m.117'ye göre tarafların sözleşmeden doğan talep haklarının sona ereceği ve sözleşmenin ileriye etkili olarak ortadan kalkacağı kabul edilmektedir.<sup>967</sup> Sözleşmenin imkansızlıkla birlikte kendiliğinden mi ortadan kalkacağı,<sup>968</sup> yoksa bunun için taraflardan birinin beyanda bulunmasının mı gerektiği<sup>969</sup> hususu tartışmalıdır.

Görüldüğü üzere burada borçlu konumundaki müteahhit edim yükümünden kurtulmakta, alacaklı konumundaki iş sahibi ise edim elde edememesine rağmen karşı edimi ifa etme zorunluluğu altında kalmaya devam etmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında işin tamamlanmasının imkansızlaşması iş sahibinin nezdinde, onun kusuru veya sorumluluğu bulunmaksızın, bir kaza sonucu meydana gelirken, ikinci fıkrada ise işin tamamlanması bizzat iş sahibinin kusuruyla imkansızlaşmaktadır.<sup>970</sup> Burada imkansızlığın iş sahibi nezdinde meydana gelen bir kaza sonucunda ortaya çıkması yeterli olmayacak, imkansızlığa doğrudan iş sahibinin sebep olması aranacaktır. Dikkat edilecek olursa burada genel hükümlerdeki düzenlemenin aksine, borçlunun değil alacaklının kusuru tazminat yükümünü doğurmaktadır. İş sahibinin kendisinden beklenen her türlü özeni göstermiş olması halinde kusurlu olmadığı kabul edilmektedir.<sup>971</sup> İş sahibinin kusurlu

<sup>965</sup> BÜHLER, Art.378 N 44; BECKER, Art.378 N 1; GAUCH, Werkvertrag, N 503; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C.II s.327

<sup>966</sup> BÜHLER, Art.378 N 22

<sup>967</sup> GAUCH, Werkvertrag, N 512; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 47 N 74, s.538; DÜRR, s.102; ALTAŞ, s.194; BUZ, Müteahhidin Eseri Tamamlanmasının İmkansızlaşması, s.29

<sup>968</sup> DÜRR, s.102; GAUCH, Werkvertrag, N 733; ARAL, s.399

<sup>969</sup> GAUTSCHI, Art.378 N 8

<sup>970</sup> Maddenin almanca metninde ikinci fıkrada birinci fıkradan farklı olarak, işin tamamlanmasının (Vollendung) değil, işin icrasının (Ausführung) imkansızlaşmasından bahsedilmiştir. Ancak İsviçre doktrininde bu iki kavramla aynı durumun kastedildiği ileri sürülmüştür. Bkz. GAUCH, Werkvertrag, N 503; KOLLER, Untergang des Werkes, s.69

<sup>971</sup> BÜHLER, Art.378 N 32; GAUCH, Werkvertrag, N 514; KOLLER, Untergang des Werkes, s.69. Bununla ilgili olarak iş sahibinin, müteahhidin tamir etmekle yükümlü olduğu evi yıktırması, üzerinde bina inşa edilecek arazi için İdare tarafından hukuka aykırı olarak imar yasağı getirilmesine rağmen, iş sahibinin bu binanın yapılmasından vazgeçmesi sebebiyle bu hukuka aykırılığa karşı başvurabileceği hukuki yolları başvurmaması örnekleri verilmektedir.

olması halinde müteahhit birinci fıkrada bahsedilen işin kıymeti ve bu kıymete dahil olmayan masrafların yanı sıra iş sahibinden ayrıca müsbet zararlarının tazminini de talep edebilecektir.<sup>972</sup> Ancak müteahhidin müsbet zararı hesaplanırken, onun yapmaktan kurtulduğu masraflarla birlikte başka işlerden elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar indirilecektir.<sup>973</sup>

#### 4-BK m.396

Bu hükme göre adi vekalette, vekaletten azil veya ondan istifa her zaman caizdir. Bunun için tarafların bir sebep göstermelerine dahi ihtiyaç bulunmamaktadır.<sup>974</sup> Ancak uygun olmayan bir zamanda vekaletten azil veya ondan istifa eden kimsenin diğer tarafın zararını tazmin etmesi gerekecektir.

Taraflardan her biri bu hükme göre, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanıyla adi vekalet ilişkisine ileriye etkili olarak son verebilmektedirler.<sup>975</sup> Bu beyanın kullanılması herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığından,<sup>976</sup> tarafların hareketleriyle dahi örtülü olarak vekalet ilişkisini sona erdirmeleri mümkün olabilecektir. İşte bu sebeple doktrinde, vekalet verenin, vekilin sözleşmeden kaynaklanan ediminin ifasını imkansızlaştırması halinde, bunun BK m.396'da düzenlenen serbest fesih hakkının kullanılmasıyla aynı sonuçları doğuracağı ve vekilin bu durumda bu maddenin kıyasen uygulanması neticesinde tazminat talep edebileceği ifade edilmiştir.<sup>977</sup> Bir başka deyişle ifayı imkansızlaştırması durumunda vekalet veren sanki BK m.396'daki fesih hakkını kullanmış olarak kabul

<sup>972</sup> GAUTSCHI, Art.378 N 12; BUCHER, OR BT, s.207; BÜHLER, Art.378 N 37; ZINDEL/PULVER, Art.378 N 21

<sup>973</sup> GAUTSCHI, Art. 375 N 13 c; BUZ, Müteahhidin Eseri Tamamlamasının İmkansızlaşması s.32; ALTAŞ, s.196

<sup>974</sup> WEBER, Art.404 N 5; YAVUZ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.665; ARAL, s.432; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s.349

<sup>975</sup> von TUHR/ESCHER, s.168; WEBER, Art.404 N 5; GAUTSCHI, Art.404 N 9a; YAVUZ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.665; ARAL, s.432; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s.349.

<sup>976</sup> WEBER, Art.404 N 6

<sup>977</sup> KOLLER, OR AT, § 54 N 169, s.305; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C.II s.610-611. Bu konuyla ilgili örnek olarak müvekkilin, vekilin davayı temyiz için ihtiyaç duyduğu belgeleri vermemesi gösterilmiştir. GIGER, s.159

edilebilecektir.<sup>978</sup> Görüldüğü üzere ifa imkansızlığı bu durumda sözleşmenin ortadan kalkmasına sebep olmaktadır.

Kanunda açıkça taraflara bu hakkın tanınmış olması ve vekalet sözleşmesini feshetmek için objektif bir sebebe ihtiyaç bulunmaması sebebiyle buradaki ifa imkansızlığı kural olarak yalnızca akdin ileriye etkili olarak ortadan kalkmasına sebep olacak, bunun dışında herhangi bir tazminat sorumluluğuna yol açmayacaktır. Ancak ifa imkansızlığı, vekaletten azil için uygun olmayan bir zamanda meydana gelmişse vekil BK m.396 c.2'ye dayanarak vekalet verenden zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Akdin ortadan kalkması sebebiyle bu durumda talep edilecek olan zarar müsbet zarar değil, menfi zarar olacaktır.<sup>979</sup>

## **B- KONUYLA İLGİLİ OLARAK İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER**

Alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında borçlunun borcundan kurtulup kurtulamayacağı meselesi doktrinde tartışılmamaktadır. Zira burada imkansızlığın borca etkisi konusunda hangi görüş kabul edilirse edilsin, imkansızlıktan borçlu sorumlu olmadığı için borç sona erecektir. Burada asıl sorun, Borçlar Kanunumuzda alacaklının sorumlu olduğu imkansızlığın sonuçlarının ne olacağı hususunun ne BK m.96 ne de BK m.117'de açıkça ele alınmamış olması sebebiyle, tam iki taraflı sözleşmelerde borcundan kurtulan borçlunun karşı edimi talep edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır. İşte bu konuyla ilgili doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.

---

<sup>978</sup> Ancak bazı hallerde vekalet verenin edimin ifasını imkansızlaştırmasının, vekalet akdinin feshi olarak algılanamayacağı kabul edilmektedir. Zira vekalet ilişkisinin sona erdirilebilmesi için irade beyanının karşı taraf varması gerekmektedir ve bu söz konusu olmadığı sürece fesih söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla edimin imkansızlaşmasına rağmen vekilin bundan haberinin olmadığı durumlarda imkansızlığa rağmen vekalet ilişkisi devam edecektir. Bu durumda vekalet ilişkisi vekilin imkansızlıktan haber aldığı ana kadar devam edecek ve imkansızlık ancak öğrenme anından itibaren fesih beyanı olarak kabul edilebilecektir. Bkz. GAUTSCHI, Art.404 N 8b

<sup>979</sup> KOLLER, OR AT, § 54 N 169, s.305; HONSELL, OR BT, s.324; WEBER, in Honsell/Vogt/Wiegand, Art.494 N 9; WEBER, Art.404 N 16

Öğretide hakim kanaat burada borçlunun borcundan kurtulması karşılığında karşı edimi talep etme hakkına sahip olmaya devam edeceği yönündedir.<sup>980</sup> Hakim kanaate göre borçlu bu durumda kendi edimini ifa etmek zorunda kalmaksızın karşı edimi talep edebilecek, ancak bunun karşılığında borçlunun borcunu ifa etmemesinden kaynaklanan her türlü avantajlar ve tasarruf ettiği miktarlar karşı edim miktarından mahsup edilecektir.<sup>981</sup> Ancak hakim görüş taraftarları arasında, alacaklının karşı edim yükümünü yerine getirmek zorunda kalmaya devam etmesinin nedeni bakımından görüş ayrılıkları yaşanmaktadır.

Hakim görüşü oluşturan yazarların büyük bir kısmı<sup>982</sup> ve içtihatlar<sup>983</sup> her ne kadar bu hükmün uygulanması için aranan tek şart, ifa imkansızlığında borçlunun bir kusurunun bulunmaması olsa da, burada BK m.117'nin uygulanamayacağını, kanundaki bu boşluğun ancak § 324 BGB a.F. hükmündeki çözümün boşluk doldurucu yorumla benimsenmesi yoluyla doldurulacağını savunmaktadırlar. Bu hükme göre karşılıklı bir sözleşmede taraflardan birinin edimi diğer tarafın sorumlu olduğu bir olay neticesinde imkansızlaşırsa, edimi imkansızlaşan taraf karşı edimi talep etme hakkını muhafaza edecektir. Bu hüküm açıkça, imkansızlıktan alacaklının sorumlu olduğu durumlarda edim hasarının alacaklıya geçeceğini düzenlemektedir. Almanya'da 01.01.2000 tarihinde gerçekleşen Borçlar Kanunu Modernizasyonunun ardından bu hükmün yerini alan § 326 Abs.2'ye göre de, borçlunun § 275 Abs.1-3'e göre borcunu ifa etmek zorunda olmamasından tek başına ya da ağırlıklı olarak

<sup>980</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2591 vd.; BECKER Art.119 OR N 7 f.; WIEGAND Art.97 OR N 23; SCHWENZER, N 64.29; KELLER/SCHÖBI, s.249; von TUHR, s.134; AEPPLI, Art.119 OR N 149 vd ; BERGER, N 1610; von BÜREN, OR AT, s.387; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2592; SCHWENZER, N 64.29; DURAL, İmkansızlık, s.171; AKKANAT, s.146; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 13 N 5. yazar diğerlerinden farklı olarak, imkansızlığı kendisi yaratmanın karşı edim hasarını taşıyacağını BK m.154 kuralından da anlaşılabilirliğini, zira bu hükme göre "şartın tahakkukuna iki taraftan birinin hüsniyet kaidelerine muhalif bir şekilde mani olması halinde, o şartın tahakkuk etmiş addolunacağını ifade etmektedir.

<sup>981</sup> von TUHR, s.134; von BÜREN, OR AT, s.387; SCHWENZER, N 64.29; AEPPLI, Art.119 OR N 152. Avusturya Medeni Kanunu'nda da alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığıyla ilgili bir hüküm bulunmamakta, orada da hizmet sözleşmelerine ilişkin § 1155 ABGB ve eser sözleşmelerine ilişkin § 1168 ABGB hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanmaları suretiyle alacaklının bu durumda edimi elde etmese dahi kararlaştırılan karşı edimi ifa etmesi gerektiği, ancak borçlunun ifa etmemesinden kaynaklanan her türlü tasarrufun ya da elde edinmekten kasten kaçındığı kazançların bu karşı edim miktarından mahsup edileceği söylenmektedir. Bkz. WELSER, Bürgerliches Recht II, s.51

<sup>982</sup> BECKER, Art.119 N 7 vd.; WIEGAND, Art.97 N 23; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.119 N 24; von TUHR/ESCHER, s.134; SCHWENZER, N. 64.29; BERGER, N 1610; DURAL, İmkansızlık, s.171 vd .; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s.344

<sup>983</sup> BGE 122 III [1996] 66,70; BGE 114 [1988] II 277

alacaklının sorumlu olduğu ya da borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlığın alacaklının temerrütte bulunduğu bir anda meydana geldiği bir durumda, borçlunun karşı edimi talep etme hakkına sahip olmaya devam edeceği düzenlenmiştir. Bu hükümde de aynen eskisinde olduğu gibi, bu durumda edim hasarının alacaklıya ait olduğu kabul edilmiştir. Bu görüş taraftarlarına göre İsviçre/Türk Hukuku bakımından da bu hüküm nazara alınarak, alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında, borçlu kendi edimini sözleşmeye uygun olarak ifa etmiş gibi değerlendirilecek ve bunun karşılığında karşı edimi talep etme hakkına sahip olmaya devam edecektir.<sup>984</sup>

Hakim görüşü savunan yazarlardan bazıları ise, burada BK m.117 f.1'in kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmişlerdir.<sup>985</sup> Bu yazarlar, bu hükmün uygulanması için imkansızlıktan borçlunun kusurlu olmamasının yeterli olduğunu, bundan başka bir şartın aranmasına gerek olmadığını ileri sürmektedir. Bir başka deyişle, bu hükmün uygulanması için borçlunun sorumlu olmaması yetecek, borçlu dışında bir başkasının (bu alacaklı dahi olabilir) imkansızlıktan sorumlu olması bu hükmün uygulanmasının önüne geçemeyecektir. Bu yazarlara göre imkansızlıktan sorumlu olmayan borçlu kendi borcunu ifa etmekten kurtulmakla yetinmelidir. Bu görüşe göre imkansızlıktan alacaklının sorumlu olduğu hallerde BK m.117 f.2 uygulama alanı bulamayacaktır. Zira herhangi bir tazminat sorumluluğu doğurmaksızın imkansızlaşan edim, karşı edim üzerinde bir etkiye sahip olamayacaktır. Buna göre alacaklının kendi karşı edim yükümünden kurtulması mümkün olamayacak, alacaklı bu edimini yerine getirmek zorunda kalmaya devam edecektir. Alacaklının daha önce kendi edimini yerine getirmiş olması halinde ise borçlu aldığı geri vermek zorunda kalmayacaktır.<sup>986</sup> Sonuç olarak bu görüşe göre de borçlunun, tıpkı § 326 Abs.2'de olduğu gibi, sanki kendi borcunu ifa etmiş gibi kabul edildiği görülmektedir.

<sup>984</sup> İnan ise BK m.117 f.2'ye göre borçlunun sorumluluk alanı dışında meydana gelen imkansızlık hallerinde karşı edimi yitireceğini ve aynı zamanda kanunumuzda § 324 BGB'ye benzer bir hüküm bulunmadığını ileri sürerek, Alman Medeni Kanunu'nun çözümünün hukukumuz bakımından kabul edilemeyeceğini ifade etmiş, bu durumda borçlunun karşı edimi kaybedeceğini, ancak kusursuz imkansızlık hallerinden farklı olarak BK m.41 çerçevesinde tazminat talep edebileceğini ileri sürmüştür. Bkz. İNAN, Die Unmöglichkeit der Leistung, s.122. Bu görüş, alacaklının sorumlu olduğu hallerin sadece onun kusurlu olduğu hallerden ibaret olmadığı, haksız fiil görüşü kabul edilecek olursa borçlunun bu hallerde karşı edimi talep edemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. DURAL, İmkansızlık, s.176.

<sup>985</sup> AEPPLI, Art.119 N 150 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2591-2592

<sup>986</sup> AEPPLI, Art.119 N 151



Hakim görüş arasında yer alan son grup yazara göre ise alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında BK m.117 f.1 kıyasen değil doğrudan uygulanabilecektir.<sup>987</sup> Böylece bu durumda borçlu borcundan kurtulacak, buna karşın karşı edim talebine sahip olmaya devam edecektir. Alacaklı da kendi edimini ifa etmek zorunda kalmaya devam edecektir.

Alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında borçlunun borcundan kurtulacağı, bunun karşılığında karşı edimi talep etme hakkına sahip olmaya devam edeceği şeklindeki hakim görüşe karşı çıkan bir görüşe göre ise,<sup>988</sup> bu durumda BK m.117 f.1'e göre yalnızca borçlunun edim yükümü değil, aynı zamanda BK m.117 f.2'ye göre alacaklının karşı edim yükümü de ortadan kalkacaktır. Buna göre imkansızlıktan alacaklının sorumlu olması halinde borçlu karşı edimi değil, ancak bunun yerine uğradığı zararın tazminini tazminat talep edebilecektir. Bu görüşe göre BK m.117, BK m.96 ile birlikte yorumlandığında doğrudan doğruya alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığına uygulanabilecektir. Zira BK m.96 hükmü yalnızca imkansızlık hallerini değil, borçlu temerrüdü dışındaki tüm borca aykırılık hallerini de kapsamakta, alacaklı da imkansızlığa sebep olarak sözleşmeden doğan bir borcuna aykırı davrandığı için burada bir akdin müsbet ihlali söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu haller de BK m.96 hükmü kapsamında değerlendirilebilecek ve alacaklı bu hükme göre tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Bu durumda borçlunun tazminat talep etme hakkının bulunması alacaklının karşı edim talebinin sona erdiği anlamına gelecek, bu durumda borçlunun BK m.96'ya göre tazminat talebinin doğmasıyla alacaklının karşı edim borcunun BK m.117 f.2'ye göre sona ermesi birbiriyle uyumlu bir görünüm arzedecektir. Sonuç olarak ise BK m.117 f.1'nin mutlaka tazminat söz konusu olmaksızın karşı edimin sona ermesi halini düzenlemediği, aksine yalnızca karşı edim borcunun sona ermesini ifade ettiği

<sup>987</sup> von BÜREN, OR AT, s.387; BARTH, s.18; KELLER/SCHÖBI, s.253; GAUCH, Dauervertraege, s.125; REHBINDER, Art.324 N 27. Yazar Art.119'un doğrudan, Art.324'ün ise iş hukuku bakımından kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir.

<sup>988</sup> GIGER, s.75 vd. Yazar bu çözümün borçlunun karşı edimi talep hakkına sahip olmaya devam etmesinden daha fazla borçlunun menfaatlerine uyacağı görüşündedir.; BUCHER, OR AT, s.299. Yazar İsviçre Hukuku'nda § 324 BGB gibi bir hükmün bulunmaması sebebiyle Art.97'ye göre tazminat ödenmesinin kabul edilmesi gerektiği düşüncesindedir. Ayrıca İNCEOĞLU, s.243 vd.

açıklanmış olacaktır.<sup>989</sup> Sonuç olarak bu görüşe göre alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında borçlu alacaklıdan BK m.96'ya göre tazminat talep edebilecektir.<sup>990</sup> Doktrinde ortaya atılan görüşlere bakıldığında, bunların çoğunda BK m.117'den yola çıkıldığı ya da doğrudan doğruya bu hükmün uygulanmaya çalışıldığı görülmektedir. Zira bu hükme göre imkansızlıktan borçlunun sorumlu olmadığı hallerde borç sona erecek ve imkansızlıktan alacaklının sorumlu olduğu haller de doğrudan veya dolaylı olarak bu hükmün kapsamında değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla lafzı bakımından BK m.117 f.1'in alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığına uygulanabileceği söylenebilecek, sonuç olarak böyle bir durumda borçlu borcundan kurtulacaktır. Zira yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, burada sorun alacaklının karşı edim yükümünün akıbeti bakımından yaşanmaktadır.

BK m.117 f.2'de tam iki taraflı sözleşmelerde borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlığın sonuçları öngörülmüş, bir başka deyişle bu durumda hasara kimin katlanması gerektiği meselesinin çözümüne işaret edilmiştir. Buna göre, ifanın kendisine isnat edilemeyen haller nedeniyle imkansızlaşması sebebiyle borcundan kurtulan borçlu, karşı edim alacağını da kaybedecektir. Bu durumda alacaklı karşı edim borcunu yerine getirmekten kurtulacak, daha önce edimini ifa etmiş olması halinde ise bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilecektir. İşte problemlili olan ve doktrindeki yazarların bazılarınca alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığına uygulanamayacağı söylenen hüküm budur.

Kanaatimizce her ne kadar BK m.117 f.1'in lafzı alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlıklarının bu hüküm kapsamında ele alınabileceği şeklindeyse de, aynı sonucu tam iki taraflı sözleşmelerde edim hasarına borçlunun katlanması gerektiğini düzenleyen BK m.117 f.2 bakımından kabul etmek doğru olmayacaktır. Zira bu hüküm sadece hasara kimin katlanması gerektiğine ilişkin bir hükümdür ve

---

<sup>989</sup> GIGER, s.94

<sup>990</sup> GIGER, s.104 vd. Yazar alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığına uygulanacak hüküm bakımından kanunda bir boşluk bulunduğunu kabul etmemesine rağmen, bu halde alacaklının karşı edim yükümünün devam ettiğinin kabul edilmesinde BK m.154 hükmüne de dayanılabileceğini ifade etmektedir. Bu hükme göre şarta bağlı borçlarda taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde şartın gerçekleşmesine engel olması durumunda şart gerçekleşmiş olarak kabul edilecektir. Yazar bu hükmün her ne kadar ifa engelleri ile ilgili bir hüküm olmamasına rağmen, bunun altında yatan fikrin kanundaki boşluğu doldurmak için ek bir gerekçe olarak kabul edilebileceğini, böylece alacaklının dürüstlüğe aykırı olarak ifayı engellemesi halinde bu ifanın gerçekleşmiş kabul edilebileceğini ileri sürmüştür. Bkz. GIGER, s.105

imkansızlığın bir kaza sonucu ortaya çıktığı, yani imkansızlıktan taraflardan hiçbirinin sorumlu olmadığı halleri ele almaktadır. Bu hüküm genel olarak kabul edilen bu ilkeye bir istisna getirmemiş, sadece bu ilkeyi tekrar etmiştir. Zira fıkranın son cümlesinde de, “kanun veya sözleşme ile borcun ifasından evvel meydana gelen bir zararın alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır” demek suretiyle sözleşmenin kurulmasıyla birlikte edim hasarının alacaklıya geçtiği haller kastedilmiştir.<sup>991</sup> Burada hem birinci cümlede, hem de ikinci cümlede kastedilen, kimsenin sorumluluğu olmaksızın edimin ifasının bir kazadan dolayı imkansızlaştığı hallerdir. Dolayısıyla bu hükümde yalnızca imkansızlıktan sadece borçlunun değil, aynı zamanda alacaklının da sorumlu olmadığı haller ele alınmıştır. Burada ise imkansızlıktan alacaklı sorumlu bulunmaktadır. Dolayısıyla BK m.117 f.2'nin öngördüğü hasara borçlunun katlanması şeklindeki sonuçtan farklı bir çözüme varmak hakkaniyet gereğidir.<sup>992</sup> Dolayısıyla burada bir kanun boşluğu bulunmadığının kabul edilmesi mümkün olamayacaktır. Bu boşluğun doktrinde çoğunlukla kabul edildiği gibi, gerek bazı borç tipleri bakımından getirilen hükümler, gerekse Alman Hukukundaki § 326 Abs.2 BGB hükmündeki çözüm örnek alınarak doldurulması hakkaniyete uygun olacaktır. Buna göre alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında borçlunun borcunun sona ereceği, karşı edim alacağını talep etme hakkını ise muhafaza edeceği kabul edilmek gerekecektir. İfa imkansızlığından sorumlu olan alacaklı borca aykırı davranmış sayılamayacağından burada borçlunun alacaklıdan tazminat talep etmesi mümkün olamayacaktır. Ayrıca bu durumda borçlu karşı edime kavuşacağı için, bir zararı da söz konusu olmayacaktır.<sup>993</sup> Ancak bu durumda borçlunun ifa etmemesi sebebiyle elde edeceği avantaj ve tasarrufların karşı edim miktarından düşülmesi gerekecektir.

<sup>991</sup> Doktrindeki bazı yazarlar ise hükümde geçen kaza ifadesiyle Art.119 (BK m.117'nin) ilk bakışta kaza sonucu meydana gelen olaylara uygulanmak istendiği izlenimi verse de üçüncü fıkranın ilk iki fıkraya istisna teşkil eden bir durumu ele aldığı ve salt “kaza” kavramının maddenin alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığı olaylarına uygulanmasına engel olamayacağını ifade etmektedir. Blz. GIGER, s.87

<sup>992</sup> DURAL, İmkansızlık, s.170; AKKANAT, s.146

<sup>993</sup> Bununla birlikte ifanın imkansızlaşmasına sebep yol açan sebebin aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi halinde, borçlu, ifa menfaatini elde etmiş olmasına rağmen bu haksız fiil sebebiyle bir zarara uğramışsa, haksız fiilden doğan bu zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Bkz.DURAL, İmkansızlık, s.173; AKKANAT, s.146

## C- KAİM DEĞER TALEBİ

Daha önce ifade edildiği üzere, ediminin ifasının imkansızlaşması halinde borçlu, ortadan kalkan edimin yerine bir değer elde ediyor ya da üçüncü kişiye karşı bir tazminat talep hakkı doğuyorsa, artık alacaklının talebi üzerine, elde ettiği değeri alacaklıya vermek ya da üçüncü kişiye karşı olan tazminat talep hakkını alacaklıya temlik etmek zorunda kalacaktır. Aynen borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığında olduğu gibi, alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında da imkansızlaşan edim yerine borçlunun bir kaim değer elde ettiği hallerde alacaklının borçludan bu kaim değer kendisine verilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir.<sup>994</sup> Aksi halde alacaklının sebep olduğu imkansızlığın bedelini ödemenin ötesinde kayba uğrayacağı, borçlunun ise bu durumdan fayda sağlayacağı kabul edilmektedir. Zira bu durumda alacaklı edimi elde edememesine rağmen karşı edimi ifa etmek zorunda kalacak, borçlu ise hem karşı edimi hem de kaim değeri elde etmiş olacak ve bu durumdan haksız bir fayda elde etmiş, bir başka deyişle sebepsiz olarak zenginleşmiş olacaktır.

Alacaklı kaim değeri talep ettiği takdirde borç ilişkisi bu kaim değer üzerinden devam edecektir. Bu durumda borçlu elde ettiği tüm kaim değeri alacaklıya vermek zorunda kalacaktır.

## § 5 HER İKİ TARAFIN SORUMLU OLDUĞU İMKANSIZLIK

Bu durumda taraflardan birinin edimi, her iki tarafın da kusurlu hareketinden kaynaklanan bir sebeple ortadan kalkmış ve edimin ifası imkansız hale gelmiş olmaktadır. Örneğin (A)'nın antikacı (B)'den çok değerli bir vazoyu 1000 TL'ye satın almıştır. Ertesi gün (A)'ya vazoyu teslim etmek için onun evine giden (B), (A)'nın evinin önünün buzlanmış olması sebebiyle dengesini kaybederek elindeki vazoyu düşürmüş ve vazo onarılamayacak şekilde kırılmıştır. Bu durumda ifanın imkansızlaşmasından hem (A) hem de (B) sorumlu tutulabileceklerdir. Zira (A) evinin önündeki buzları temizlememiş, (B) ise gerekli dikkati göstermemiştir.<sup>995</sup> Bu

<sup>994</sup> AEPPLI, Art.119 N 153

<sup>995</sup> Örnek KOLLER, OR AT, § 54 N 173

durumda meydana gelen imkansızlıktan kim sorumlu tutulacaktır? Borçlar Kanunumuzda sonraki imkansızlık bakımından sadece borçluun kusurlu olduğu imkansızlık ve her iki tarafın da sorumlu olmadığı imkansızlık düzenlenmiş, alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında olduğu gibi her iki tarafın da sorumlu olduğu ifa imkansızlığına ilişkin bir hüküm de kanunumuzda yer almamıştır.

Daha önce de belirtildiği üzere, borçlunun kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, bu esnada edimin ifasının alacaklının kusuruyla imkansızlaştığı bir durumda da her iki tarafın sorumlu olduğu ifa imkansızlığından bahsetmek gerekecektir.

Her iki tarafın da sorumlu olduğu ifa imkansızlığında sorun, tam iki taraflı sözleşmelerde edimi imkansızlaşan borçlunun karşı edimi talep edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır.<sup>996</sup>

Bu konuyla ilgili Alman Medeni Kanunu'nda da bir hüküm bulunmamaktadır. Alman doktrininde bu durumda zararın taraflar arasında kusurları oranında paylaşılması kabul edilmekle birlikte, bunun hangi hükümlere göre yapılması gerektiği hususu eskiden beri oldukça tartışılmıştır. Yazarlardan bazıları bu durumda yalnızca § 324 Abs.1 BGB a.F.'nin<sup>997</sup> uygulanmasının ve karşı edimin § 254 BGB a.F.'ye göre azaltılmasının gerektiğini ileri sürmüşler,<sup>998</sup> bazı yazarlar ise meselenin tam iki taraflı sözleşmelerde taraflardan birinin ediminin kendi kendisinin sorumlu olduğu bir olay sebebiyle imkansızlaşması halinde diğer tarafın ifa yerine tazminat veya sözleşmeden dönme hakkının bulunduğunu düzenleyen § 325 BGB a.F.'nin uygulanması ile çözüleceğini ifade etmişlerdir.<sup>999</sup> Alman doktrininde bir başka görüş

<sup>996</sup> SCHWENZER, N 54.30

<sup>997</sup> Bu hüküm, tam iki taraflı sözleşmelerde taraflardan birinin borcunun karşı tarafın sorumlu olduğu bir sebepten dolayı imkansızlaşması halinde, imkansızlaşan edimin borçlusunun karşı edimi talep etme hakkının devam etmesini düzenlemektedir.

<sup>998</sup> FIKENTSCHER, Schuldrecht, 5.Auflage, s.206 vd. Yazar bir sonraki basısında bu görüşünü değiştirmiştir. Bkz. FIKENTSCHER, Schuldrecht, 6.Auflage, 1976, s.207 vd.

<sup>999</sup> HADDING, Die Rechtswirkungen beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, AcP 168 (1968) s.160 vd.; SEICHTER, Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit beim gegenseitigen Vertrag, Hamburg, 1971, s.39 vd. Konunun detayına indikçe bu yazarlar arasında da görüş farklılıkları ortaya çıkmaktadır. Seichter imkansızlıktan alacaklının ağırlıklı olarak sorumlu olduğu bir olayda borçluya tazminat hakkı tanımamakta ve sadece alacaklının talep edeceği tazminatın § 254 BGB a.F.'ye göre tenkis edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre alacaklının seçimlik hakkı kısıtlanmıştır. Alacaklı ancak her iki tarafın menfaatlerinin de ölçülmesi sonucu alacaklının artık sözleşme ile bağlı kalmasının kendisinden beklenemeyeceğinin ortaya çıkması halinde § 325 Abs.1 BGB a.F.'ye göre sözleşmeden dönme hakkına sahip olabilecektir. Bkz. SEICHTER, s.113. Hadding'e göre ise alacaklı tarafların kusur derecesinden bağımsız olarak her zaman § 325 BGB

ise tam iki taraflı sözleşmelerde imkansızlığın sonuçlarını düzenleyen §§ 323-325 BGB a.F. hükümlerinin -alternatif olarak- uygulanmaları neticesinde meselenin çözülebileceği yönündedir.<sup>1000</sup> Son olarak bu görüşleri yetersiz bulan yazarlar<sup>1001</sup> tarafından § 324 ve § 325 BGB a.F.'nin kümülatif olarak uygulanması ve her iki tarafın taleplerinin § 254 BGB a.F.'ye göre uyarlanması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>1002</sup> Bu yazarlara göre ancak bu iki hükmün birlikte uygulanması neticesinde adil bir sonuca varılabilecektir. Almanya'da Borçlar Hukuku Modernizasyonunun ardından yeni Medeni Kanun'da da her iki tarafın sorumlu olduğu ifa imkansızlığı meselesine yer verilmemiş, kanun koyucu tarafından meselenin çözümü doktrin ve içtihatlarla bırakılmıştır.<sup>1003</sup> Reform sonrası doktrinde de bu mesele tartışmalara yol açmıştır. Yaşanan bu tartışmada yazarların birçoğu meydana gelen ifa engeli sebebiyle oluşan zararı taraflar arasında paylaşmıştır. Bazı yazarlarca § 254 BGB'nin kıyasen uygulanarak borçlunun borcunun sona ereceği, hem §§ 280 Abs.1, 3 ve 283 c.1'e göre alacaklının tazminat talebinin hem de

---

a.F.'ye göre seçimlik hakka sahip olacaktır. Birlikte kusur seçilen hukuki sonuca göre § 254 BGB a.F.'ye göre veya borçlunun kendi talebine göre dikkate alınacaktır. Alacaklı karşı edimi ifa etme yükümlülüğü altında kalmaya devam ederse, mübadele teorisine göre tazminat veya kaim değer talep ettiğinde bu talebi § 254 BGB a.F.'ye göre tenkis edilecektir. Alacaklının fark teorisine göre tazminat talep etmesi veya sözleşmeden dönmesi halinde ise borçlu karşı edimi talep hakkını yitirecek ve zararını akdin müsbet ihlali hükümlerine göre talep edebilecektir. Bkz. **HADDING**, s.162.vd.

<sup>1000</sup> Bu görüşü savunan yazalar arasında da görüş ayrılıkları mevcuttur. Bazı yazarlara göre burada çözüme § 254 BGB a.F. vasıtasıyla varılacak ve alacaklının kusurunun daha fazla olması halinde § 324 BGB a.F. uygulanacak, bu durumda borçlu borcundan kurtulacak, karşı edimi ise talep edebilecektir. Borçlunun kusurunun daha fazla olması halinde ise bu sefer § 325 BGB a.F. uygulama alanı bulacak ve alacaklı ifa yerine tazminatı talep edebilecek veya sözleşmeden dönebilecektir. Bkz. **ENNECERUS/LEHMANN**, § 46 III 4; **TEUBNER**, Gegenseitige Vertragsuntreu, Tübingen 1975, s.62 vd. Her iki tarafın da sorumlu olduğu ifa imkansızlığı ile ilgili hakim kanaatin aksine kanunda bir boşluk bulunmadığını ileri süren Honsell'e göre ise aynı sonuca varmak için § 254 BGB a.F.'ye gerek bulunmamakta, bu sonuca varmak için § 323 BGB a.F. kafi gelmektedir. Bkz. **HONSELL**, Die Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im gegenseitigen Vertrag, JS 1979, H.2, s.85 vd. Bu görüşe göre, ifanın imkansızlaşmasında karşı akite oranla daha az kusurlu olan taraf, imkansızlıkta kusuru yokmuş gibi değerlendirilmektedir. Bu görüş tam iki taraflı sözleşmelerde alacaklının ediminin bölünemediği hallerde zroluklara sebep olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **JESEN**, Das Problem beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, JA 1973, s.172

<sup>1001</sup> **FIKENTSCHER**, Schuldrecht, 6.Auflage, s.207 vd.; **ESSER/SCHMIDT**, Schuldrecht I, § 28 III 1c; **BAUMANN/HAUTH**, Die rechtliche Problematik beiderseits vertretender Unmöglichkeit, JuS 1983, H.4, s.279; **LOOSCHELDERS**, Die Verteilung des Schadens bei beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, JuS 1999, H.10, s.951

<sup>1002</sup> § 324 BGB a.F. ile § 325 BGB a.F.'nin kümülatif olarak uygulanması halinde meydana gelen zararın taraflar arasında nasıl paylaşılacağı hususunda iki metod bulunmaktadır. İlk metoda göre her iki tarafın talepleri öncelikle genel ilkelere göre hesaplanacak, daha sonra bulunan bu tutarlar § 254 BGB a.F.'ye göre tenkis edilerek birbiriyle takas edilecek, ikinci metoda göre ise alacaklının tazminat talebi borçlunun karşı edim talebi arasındaki fark § 254 BGB a.F.'ye göre tenkis edilecektir. Bkz. **LOOSCHELDERS**, Beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, s.951

<sup>1003</sup> **RÜSSMANN**, Die vom Gläubiger und vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit, Liber Amicorum Eike Schmidt, zum 65.Geburtstag am 26.11.2004, Heidelberg 2005, s.280

borçlunun karşı edim talebinin tenkis edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>1004</sup> Bir başka görüşe göre ise borçlu, imkansızlıkta alacaklının en azından daha fazla kusurunun bulunmadığı bir durumda § 326 Abs.1 BGB'ye göre karşı edim talebini yitirecek, § 326 Abs.2 BGB'ye göre ise alacaklının kusurunun ifanın imkansızlaşması için yeterli olması halinde ise karşı edimi talep edebilecektir.<sup>1005</sup> Bazı yazarlar ise meselenin sanki iki ayrı sözleşme varmış gibi değerlendirilmesi gerektiğini, burada her iki tarafın da karşı edimlerinin söz konusu olduğunu, borçlunun imkansızlıktan sorumlu olduğu sözleşmede alacaklının tazminat talep hakkının bulunduğunu, borçlunun tazminatı ödemesi halinde diğer sözleşmede kendi zararının tamamını talep edebileceğini ya da sözleşmeden dönebileceğini; imkansızlıktan alacaklının sorumlu olduğu sözleşmede ise alacaklının tazminat talep edemeyeceğini, borçlunun karşı edimin tamamını talep edebileceğini, ayrıca alacaklının sözleşmeden dönme hakkının da bulunmadığını ifade etmişlerdir.<sup>1006</sup>

Görüldüğü üzere Alman hukukunda, imkansızlıktan her iki tarafın da sorumlu olduğu hallerde ya alacaklının tazminat alacağını ya borçlunun karşı edim alacağını veyahut her ikisinin birden tenzil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Aynı çözümün İsviçre ve Türk Hukuku bakımından da kabul edilebileceği hem yazarlar hem de Federal Mahkeme tarafından ifade edilmektedir.<sup>1007</sup> Bu durumda tarafların kusurları

<sup>1004</sup> **MEDICUS**, Schuldrecht I, 17.Auflage, s.185, N 503g; **SCHMIDT, Eike**, Das Schuldverhältnis. Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts, Heidelberg 2004, N 299. Aynı doğrultuda **RAUSCHER**, Die von beiden Seiten zu vertretende Unmöglichkeit im neuen Schuldrecht, ZGS 9/2002, s.334; **MEIER**, Neues Leistungsstörungsrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen in der Fallarbeitung, Jura H.2/2002, s.128. Canaris söz konusu hükümlerde ifa yerine tazminatın düzenlendiğini, oysa karşı ifa yerine tazminatın ele alınmadığı gerekçesiyle bu hükümlerin burada uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Bkz. **CANARIS**, Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit, Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts, Festschrift für Egon Lorenz, Karlsruhe 2004, s.160

<sup>1005</sup> **STOPPEL**, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit nach neuem Schuldrecht, Jura Heft 4/2003, s.227. Yazara göre alacaklı, imkansızlığın meydana gelmesinde borçluya oranla daha ağır kusurunun bulunması halinde bile § 285 Abs.1 BGB'ye göre ayrıca kaim değeri de talep edebilecektir. Ancak kaim değeri talep eden alacaklı § 326 Abs.3 S.1 BGB'ye göre kendi karşı ediminin tamamını ifa etmek zorunda kalacaktır. Bkz. Stoppel, s.228; Bu görüş § 326 Abs.1 BGB'nin her iki tarafın sorumlu olduğu ifa imkansızlığına uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **CANARIS**, Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit, s.158,159

<sup>1006</sup> **FAUST**, Von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit, JuS 2001, H.2, s.136 vd.

<sup>1007</sup> **BERGER**, § 23 N 1612; BGE 122 III 70; BGE 114 II 274. Söz konusu olayda Yugoslavya vatandaşı (X) Yugoslavya'ya makine ithal eden bir firmada işe başlamıştır. İkameti Yugoslavya'da bulunan bu şahsın yabancı bir firmada çalışabilmesi için ise işveren tarafından gerekli izinlerin alınması gerekmektedir. Ancak söz konusu firma bu izinleri almamıştır. İşçi (X) mal dolaşımı ve hizmet sözleşmesi hükümlerine aykırılık sebebiyle bir yıl hapis cezasına çarptırılmış, hapisten çıktıktan sonra şirketi aleyhine dava açarak 180.967 İsviçre Frangı tazminat talep etmiştir. Yerel Mahkeme ve Kanton Mahkemelerinde dava kısmen kabul edilmiş, bunun üzerine Federal

oranında bu zararı paylaşmaları gerektiği söylenebilecektir. Ancak doktrinde bunun hangi hükümlere dayanarak yapılacağı hususunda bir birlik bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre bu durumda borçlu alacaklıya BK m.96'ye göre (Art.97 OR) tazminat ödemek zorunda kalacak, ancak ifanın imkansızlaşmasında kendisinin kusurunun da bulunması sebebiyle BK m.44'e göre (Art.44 OR) ödeyeceği bu tazminat "birlikte kusur" sebebiyle tenkis edilecektir.<sup>1008</sup> Bazı yazarlar ise<sup>1009</sup> ise burada Alman hukukundaki çözümün kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu durumda borçlu karşı edimi talep hakkını muhafaza edecek, ancak buna karşılık alacaklıya tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Alacaklının elde edeceği tazminatın miktarı borçlunun kusuru oranında tenzil edilecektir.<sup>1010</sup> Sonuç olarak bu görüşe göre tarafların kusurları oranında birbirlerinin zararlarını ödemeleri gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre örneğin yukarıdaki örnekte hem (A) hem de (B)'nin eşit oranda kusurlu oldukları kabul edildiği takdirde, (A)'nın daha bu vazoyu teslim almadan önce bir başkasına 1300 TL'ye satmış olması halinde (B), (A)'dan satım parasının yarısı olan 500 TL'yi talep edebilecek, (A) ise bunun karşılığında vazo teslim edilseydi elde edeceği kazancın yarısı olan 150 TL'yi (B)'den isteyebilecektir. Sonuç olarak (B), (A)'dan 350 TL talep etme hakkına sahip olacaktır.

Doktrinde Koller haklı olarak, Federal Mahkemenin işçinin kusuruyla ortaya çıkan ifa imkansızlığında sürekli olarak işverenin ödeyeceği tazminatın tenkis edilmesinden bahsettiği, buna karşın işçinin ücret alacağına ise hiç dokunmadığı gerekçesiyle hizmet sözleşmeleri bakımından bu çözüm tarzının kabul edilmesinin mümkün olamayacağını ileri sürülmüştür.<sup>1011</sup> Yazar Federal Mahkemeye göre ifanın imkansızlaşmasına yol açmış olan işçinin her durumda ücretin tamamını elde edebildiğini, işçinin hak ettiği ücrette herhangi bir indirimle gidilmesinin söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Oysa, ifa imkansızlığından işçinin tek başına sorumlu olduğu bir olayda işçinin ücret alacağının son bulacağı söylenebiliyorsa,

---

Mahkemeye başvuran işçinin talebini mahkeme reddetmiştir. Söz konusu olayda her üç mahkeme de işçinin kendi hatası yüzünden hapis cezasına çarptırıldığını, ancak firmanın da gerekli izni almaması sebebiyle birlikte kusurunun bulunduğunu ifade etmiştir. Her üç mahkeme de işçinin kusurunun daha fazla olduğu sonucuna varmıştır.

<sup>1008</sup> AEPPLI, Art.119 N 154; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, N 2593; WIEGAND, Leistungsstörungen, s.7; SCHWENZER, 64.30

<sup>1009</sup> WEBER, Art.97 N 143; WIEGAND, Art.97 N 24; KOLLER, OR AT, § 54 N 173 vd.; SCHWENZER, 64.30

<sup>1010</sup> GIGER, s.166

<sup>1011</sup> KOLLER, Beidseits verschuldete Leistungsunmöglichkeit des Arbeitnehmers, s.53 vd.



imkansızlıktan her iki tarafın da sorumlu olduğu bir olayda da işçinin ücretin tamamını elde edemeyeceğinin söylenebilmesi gerekecektir. Bu sebeple imkansızlıktan her iki tarafın sorumlu olduğu bir durumda hem ücret alacağının hem de işverenin ödeyeceği tazminatın indirilmesi daha doğru olacaktır.<sup>1012</sup> Buna göre işverenin ediminin ifasının imkansızlaşması halinde tüm zarardan, işçinin alacağı ücret düşülecektir. İşverenin bir zararının bulunmadığı hallerde ise yalnızca işçinin ücret alacağı indirilecektir. Bu hesap tarzı özellikle işverenin bir zararının olmadığı veya zararın imkansızlık anında hak edilen aylıktan az olduğu her durumda geçerli olacaktır. Yazar konuyla ilgili olarak da şu örneği vermiştir: İşverenin gerekli tedbirleri almadığı bir ortamda işçinin çalıştığı makineyi kusurlu olarak bozması nedeniyle söz konusu makine iki hafta süreyle çalışamayacak duruma gelmiştir. İşçinin iki haftalık ücreti 3.000 Fr., işverenin işi yaptırmak için ettiği masraf ise 4.000 Fr.'dir. Olayda her iki tarafın da eşit kusura sahip olduğu kabul edilirse burada işçi Art.324 OR (BK m.325) gereğince ücret alacağının yarısını talep edebilecektir. İşverenin zararı ise Art.97 (BK m.96)'ya göre % 50 oranında tenkis edilecek ( $1000/2=500$  Fr.), bu durumda işçi işverenden 1.000 Fr.talep edecektir. Bu örnekte Federal Mahkemenin görüşüne göre de işçi aynı tutarı farklı bir hesap yoluyla talep edebilecektir. Mahkemeye göre işçi ücretinin tamamını talep edebilecek (3.000 Fr.), işverenin zararın ise yarısını ödemek zorunda kalacaktır ( $4.000/2= 2.000$  Fr). Bu durumda işçi yine işverenden 1.000 Fr. talep etme hakkına sahip olacaktır. İki görüş arasındaki fark ise işverenin aynı işi yaptırmak için örneğin 4.000 yerine 2.000 Fr. masraf etmesinin gerekmesi halinde ortaya çıkacaktır. Bu durumda Koller'e göre işçi doğrudan alacağı ücretinin yarısını (1.500 Fr.) talep edebilecekken, Federal Mehkeme'nin görüşüne göre ise işçi ücret alacağın tamamını elde edecek (3.000 Fr.), buna karşı işverenin zararının yarısını karşılamak zorunda kalacaktır ( $2.000/2=1.000$ ). Bu durumda işçi işverenden 2.000 Fr. talep etme hakkına sahip olacaktır.<sup>1013</sup>

<sup>1012</sup> KOLLER, Beidseits verschuldete Leistungsunmöglichkeit des Arbeitnehmers s.53

<sup>1013</sup> KOLLER, Beidseits verschuldete Leistungsunmöglichkeit des Arbeitnehmers, s.54-55

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ALMAN VE AVUSTURYA HUKUKLARINDA SONRAKİ İMKANSIZLIĞIN SONUÇLARI

#### § 6- ALMAN HUKUKUNDA İMKANSIZLIK

##### I- GİRİŞ

Almanya’da reform öncesi çeşitli ifa engelleri arasında yapılan ayırım gerçekleştirilen Borçlar Hukuku Reformuyla ortadan kaldırılmıştır. Bu reformla temel olarak eski kanunda farklı sonuçlara bağlanan çeşitli ifa engelleri arasındaki mevcut farklılıkların giderilmesi hedeflenmiş ve bu sebeple bütün ifa engellerini kapsayacak şekilde “yükümlülüğe<sup>1014</sup> aykırılık”<sup>1015</sup> (Pflichtverletzung) kavramı borca aykırılık sisteminin merkezi kavramı haline getirilmiştir.<sup>1016</sup> Bu doğrultuda borcun ifa

<sup>1014</sup> § 280 I 1 BGB’de sözleşmeden doğan yükümlülüğe aykırı davranıştan bahsedilmiş, § 241 BGB’de ise sözleşmeden doğan yükümlülük edim yükümlülükleri (Abs.1) ve koruma yükümlülükleri (Abs.2) olarak ikiye ayrılmıştır.

<sup>1015</sup> Kanunun gerekçesinde yükümlülüğe aykırılık, borçlunun § 241 BGB’ye göre borçlandığı yükümlülük programında gösterdiği objektif sapma olarak tanımlanmıştır. Bkz. BT-Druck 14/6040, s.135

<sup>1016</sup> ERNST, Vor § 275 N 11; HEINRICH, Vor § 275 N 7 ; LORENZ/RIEHM, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, N 161; SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Kapitel 12 N 446; SCHAPP, Empfiehlt sich die “Pflichtverletzung” als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrecht, JZ 1172001, s.583; OTTO, Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts, s.3; WILMOWSKY, Pflichtverletzung im Schuldverhältnis – Die Anspruchs- und Rechtsgrundlagen des neuen Rechts, JuS 2002, Heft 1, s.3; HUBER, Der Begriff der Pflichtverletzung im System des neuen Leistungsstörungenrechts, in Eckert/Delbrück (Hrsg.) Reform des deutschen Schuldrechts, Baden-Baden 2003, s.23; HUBER, Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, H.48, s.2139; MÜCKL, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung – Zum Begriff der “Pflichtverletzung” im Leistungsstörungenrecht des BGB, JA 2004, Heft 12, s.928; KOHLER, Bestrittene Leistungsunmöglichkeit und ihr Zuvertretenhaben bei § 275 BGB- Prozesslage und materielles Recht, AcP 205 (2005),s. 93; LORENZ, Grundwissen – Zivilrecht: Was ist eine Pflichtverletzung (§ 280 I BGB)?, JuS 3/2007, s.213; LORENZ, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005 Heft 27, s.1890; LORENZ, Schuldrechtsmodernisierung- Erfahrungen seit dem 1.Januar 2002, in Egon Lorenz, Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung- Erfahrungen seit dem 1.Januar 2002, mit Vorträge von Stephan Lorenz und Peter Reiff und Dokumentation der Diskussion, Karlsruhe 2006, s.37; ZIMMER, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002 Heft 1, s.1; SCHLECHTRIEM, Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Das neue Schuldrecht, s.16; SCHULZE/EBERS, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 4/2004, s.268; CEKOVIC-VULETIC, Haftung wegen Unmöglichkeit nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, München 2003, s.8; MEIER, Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen in der Fallarbeit, Jura 2002 H.2, s.118; KLEY, s.166 vd.; SCHWARZE, s.73; FAUST, Pflichtverletzung und Vetretenmüssen als Voraussetzung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, FS für Claus-Wilhelm Canaris zum 70.Geburtstag, München 2007, s.219;

edilmemesi halinde uygulanacak olan § 280 BGB “Yükümlülüğe Aykırılık Sebebiyle Tazminat” başlığını taşımaktadır. Bu hükümde, borçlunun sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğüne aykırı davraması halinde alacaklının borçludan bundan doğan zararı talep edebileceği ifade edilmiştir.<sup>1017</sup>

Söz konusu kanun yürürlüğe girmeden önce imkansızlık kavramının ifa engelleri hukukundaki merkezi konumu ve mevcut imkansızlık hükümlerinin eksik, mantıksız, birbirleriyle çelişkili, boşluklarla dolu ve karmaşık yapısı oldukça yoğun eleştirilere maruz kalmış ve imkansızlık kavramının kanundan çıkarılması gerektiği şeklinde görüşler ileri atılmış olmasına rağmen, bazı yazarların<sup>1018</sup> yoğun çabaları neticesinde bu kavram yükümlülüğe aykırılık üst başlığı altında olsa da ifa engelleri hukukundaki yerini koruyabilmiştir.<sup>1019</sup>

Alman Borçlar Hukuku Modernizasyonu çerçevesinde yeniden düzenlenen § 275 BGB’de imkansızlık bahsi reform öncesine göre (§ 275 BGB a.F.) farklı bir şekilde ele alınmıştır.<sup>1020</sup> Buna göre imkansızlık türleri arasında hukukumuzda halen mevcut olan farklılıklar ortadan kaldırılmış ve tüm bu imkansızlık türleri aynı hüküm içerisinde düzenlenmiştir. Ancak söz konusu hükmün ilk fıkrasında yalnızca imkansızlık halinde borcun sona ereceği düzenlenmiş, bunun dışında bu fıkroda

---

**SEROZAN**, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, İÜHF 2000, Cilt:LVIII, Sayı 1-2, s.233, 240; **BELLING/BELEN**, Alma Medeni Kanununun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesi ve Türk Hukuku Düzenlemesiyle Karşılaştırılması, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2006, s.3029; Bu kavramın kanunun sistemine uymadığı hususunda bkz. **DIECKMANN**, Erfüllungszwang und Unmöglichkeit, s.16

<sup>1017</sup> § 280 I 1 BGB’ye göre tazminat alacaklısı genel ilkelere göre borçlunun yükümlülüğe aykırı davrandığını ortaya koymak zorundadır. Tazminat alacaklısının bunu ortaya koyması halinde § 280 I 2 BGB’ye göre karine olarak borçlunun kusuruyla yükümlülüğe aykırı davrandığı kabul edilecektir. Bu durumda sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu § 276 BGB anlamında kusursuz olduğunu ispt etmek zorunda kalacaktır.

<sup>1018</sup> Örneğin **CANARIS**, Die Schuldrechtsreform, München 2002, s.43 vd.; **HUBER**, Das geplante Recht der Leistungsstörungenrecht, s.31 vd.; **HUBER**, Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf, s.2140. Yazar mevcut imkansızlık hükümlerinin eksik, karmaşık, birbirleriyle çelişkili olduğu yönündeki eleştirilere katılmakla birlikte imkansızlık kavramının ifa engelleri sisteminde merkezi bir konumda olduğu eleştirilerini gerçekçi bulmamaktadır. Ayrıca, **WILHELM/DEEG**, Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen, JZ 2001, Heft 5, s.229 vd.

<sup>1019</sup> Hatta bazı yazarlar imkansızlık kategorisinin § 275 BGB hükmünün tüm imkansızlık hallerini kapsaması ve ayrıca bu hükmün artık giderilmesi mümkün olmayan ayıplar bakımından da uygulanacak olması sebebiyle, borçlunun asli edim yükümünden kurtuluşu bakımından daha da güçlendiği kanaatindedirler. Bkz. **CANARIS**, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts, s.10

<sup>1020</sup> Bazı yazarlar yeni düzenlemenin eski Kanun’un sisteminden çok önemli farklılıklar getirmediğini ifade etmektedirler. Bu konudaki açıklamalar için bkz. **LORENZ**, Schuldrechtsmodernisierung, s.23 vd.

borçlunun imkansızlaşan asli edimi yerine başka bir şey ifa etmekle yükümlü olup olmadığı sorusunun cevabı verilmemiştir. Bu husus § 275 IV BGB'nin yaptığı atıfla §§ 280, 283-285, 311a, 326 BGB'de ele alınmıştır.

İmkansızlıkla ilgili düzenleme bakımından en büyük yenilik bütün imkansızlık hallerinin aynı sonuca bağlanmış olmasıdır. Buna göre Türk/İsviçre ve Avusturya Hukuk sistemlerinde yapılan baştaki imkansızlık - ifa imkansızlığı ayrımı bu modernizasyon çerçevesinde terkedilmiştir. Buna göre borcun ifasının imkansız olması halinde, bu imkansızlığın sözleşmenin kurulmasından önce mi bulunduğu, yoksa sözleşmenin kurulmasından sonra mı ortaya çıktığına bakılmaksızın borç sona erecektir. Bir başka deyişle edimin daha sözleşme kurulmadan önce objektif olarak imkansız olması halinde eski kanuna göre (§ 306 BGB a.F.) kesin hükümsüz sayılan sözleşme, yeni kanuna göre (§ 311 a I BGB) geçersiz sayılmayacak, ancak sona ermiş sayılacaktır.

§ 275 BGB'de göze çarpan ikinci yenilik ise, eski hükümde yer alan ve genel olarak subjektif imkansızlığı ifade eden "Unvermögen" kavramının<sup>1021</sup> terkedilmiş olmasıdır. Yeni hükmün ilk fıkrasında edimin borçlu veya herkes bakımından imkansızlaşması halinde alacaklının artık bu edimin ifasını talep edemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere § 275 I BGB'ye göre gerek objektif gerekse subjektif imkansızlıkta alacaklı artık aynen ifa talebinde bulunamayacaktır.

Bunun dışında dikkati çeken bir özellik de, eski hükümde borçlunun yalnızca meydana gelen imkansızlıktan sorumlu tutulamaması halinde borcundan kurtulacağı ifade edilmişken, yeni hükümde borcun sona ermesi bakımından borçlunun kusurlu veya kusursuz olması arasında herhangi bir farkın öngörülmemiş olmasıdır. Bu sebeple eski kanun zamanında yaşanan imkansızlığın sözleşmeye etkisi meselesi bu hüküm bakımından yaşanmamakta ve burada borcun sona ermesinin yalnızca birincil edim yükümü bakımından geçerli olacağı, ikincil nitelikte olan tazminat yükümünü ise etkilemeyeceği ifade edilmiştir. Buna göre borcun sona ermesi yalnızca borçlunun imkansızlıktan sorumlu olmadığı hallerle sınırlı olmayacak, borçlu

<sup>1021</sup> Bazı yazarlar Alman Hukuku'nda subjektif imkansızlık için kullanılan bu kavramın aslında imkansızlığı değil, ifa güçlüğünü ifade ettiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. ZIEGLER, Die anfängliche Unmöglichkeit, s.55

imkansızlıktan sorumlu olsa dahi borcundan (birincil edim yükümünden) kurtulacaktır.<sup>1022</sup>

§ 275 BGB ilk üç fıkrasında borçlunun borcundan kurtulacağı halleri ele almıştır. Buna göre ilk fıkrada subjektif ve objektif imkansızlık, ikinci fıkrada borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisinden beklenilmeyecek ölçüde masraf veya zahmete girecek olduğu haller ve son olarak üçüncü fıkrada ise kişisel beklenilmezlik halleri düzenlenmiştir. Ancak borcu sona erdiren bu üç halden ilk fıkrada düzenlenen imkansızlık hali, bu durumda borçlunun borcundan *ipso iure* kurtulacak olması sebebiyle diğer fıkralardan farklılık göstermektedir. Diğer fıkralarda düzenlenen hallerde ise borçlu yalnızca burada belirtilen şartların varlığı halinde borcunu ifa etmekten kaçınma hakkına sahip olmaktadır.<sup>1023</sup> Bir başka deyişle ikinci ve üçüncü fıkralarda düzenlenmiş hallerde borcu ifa edip etmeyeceğine borçlu karar verecektir. Bu durumlarda borçlu dilerse borcu ifa edecek, dilerse de bundan kaçınabilecektir.

## II- BORÇLUNUN SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI İLE İLGİLİ BGB'DE YER ALAN DÜZENLEME

İmkansızlık kavramı Alman Medeni Kanunu'nda § 275'de düzenlenmiştir.<sup>1024\_1025</sup> Bu düzenleme, borçlunun borcunun sona ereceğinin kanunda düzenlenmesi ya da

<sup>1022</sup> UNBERATH, § 275 N 17; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 1; ZIMMER, s.2; CANARIS, Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts, s.19; CANARIS, Die Reform der Leistungsstörungen, s.500; LORENZ, Schuldrechtsmodernisierung, s.23; KLAUSCH, s.51; KOHLER, s.95; MEIER, Leistungsstörungsrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit, s.118.

<sup>1023</sup> Lorenz, § 275 II-III BGB'de borçluya yalnızca borcunu ifa etmekten kaçınma hakkının verilmesinin bir değişiklik olarak görülemeyeceğini, zira reform öncesinde de borçlunun böyle bir duruma de facto olarak zaten dayanabileceğini, dolayısıyla buna başvurup başvurmayacağına karar verme yetkisinin reform öncesinde de borçluda bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. LORENZ, Schuldrechtsmodernisierung, s.23

<sup>1024</sup> Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist (Abs.1). Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat (Abs.2). Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann (Abs.3). Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326 (Abs.4).

<sup>1025</sup> Alacaklının yeni Medeni Kanun'da bulunan § 275 hükmü ile eskisine göre, özellikle usul hukuk açısından daha dezavantajlı olduğu görüşünde KOHLER, s.99 vd.

bunu borçlunun iradesine bırakması anlamında özel bir düzenlemedir.<sup>1026</sup> Bu maddenin ilk fıkrasında aynen ifanın gerek sadece borçlu gerekse borçluyla birlikte bir başkası tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı haller düzenlenmiş olup, bu hallerde alacaklının artık aynen ifa talebinin sona ereceği ifade edilmiştir. Bu hükümde imkansızlık türleri arasında bir ayırım yapılmamış ve her tür imkansızlık halinde borcun kendiliğinden sona ereceği ifade edilmiştir. Bu paragrafın ikinci fıkrasında ise borcunu ifa edebilmek için borçlunun katlanması gereken masraf veya zahmetler ile alacaklının ifaya olan menfaati arasında fahiş bir orantısızlığın bulunması halinde borçlunun borcunu ifa etmekten kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada ise, borçlunun, bu sefer kişisel imkansızlık nedeniyle borcunu ifa etmekten kaçınabileceği ifade edilmiştir. İkinci ve üçüncü fıkraya göre borcunu ifa etmekten kaçınma hakkı bulunan borçlu bunun için kendisine tanınmış olan def'iyi ileri sürmek zorundadır. Ancak alacaklı def'i ileri sürmeyip borcunu ifa etmeyi de tercih edebilecektir.

Bu hüküm sadece alacaklının aynen ifa talebini kısıtlamakta olup, bunun dışında asli edim yükümünün ne zaman tazminat yükümüne dönüşeceğine dair bir açıklama yapmamakta, bir başka deyişle tazminat yükümünün sona ermesi burada bahis konusu edilmemektedir.<sup>1027</sup> Buna göre borçlu gerek ilk fıkrada düzenlenen imkansızlık halinde, gerekse ikinci ve üçüncü fıkralarda ifade edilen borçlunun borcunu ifa etmekten kaçınabileceği hallerde yalnızca birincil edim yükümünden kurtulmakta, ikincil edim yükümünden kurtulup kurtulmayacağı bu hükmün kapsamı dışında kalmaktadır.

#### **A- § 275 I BGB - İMKANSIZLIK**

§ 275 BGB'de açıkça edimin ifasının gerek borçlu gerekse herkes için imkansız olması halinde ifanın talep edilemeyeceği ifade edilmektedir. Buna göre objektif veya sübjektif imkansızlığın söz konusu olduğu hallerde borç sona erecektir. Reform öncesi Alman Medeni Kanunu'nda yer alan baştaki imkansızlık – sonraki imkansızlık ayırımı yeni BGB'de yapılmamakta, borç aynen sonraki imkansızlıkta

<sup>1026</sup> LOOSCHELDERS, Unmöglichkeit, s.849

<sup>1027</sup> ERNST, § 275 N 1

olduğu gibi baştaki imkansızlıkta da borcundan kurtulmaktadır.<sup>1028</sup> Bunun yanı sıra, daha önce de belirtildiği üzere, bu fıkra bakımından imkansızlığın objektif veya sübjektif nitelikte olmasının ya da imkansızlıktan borçlunun sorumlu olup olmamasının borcun sona ermesi bakımından hiçbir önemi bulunmamakta, yalnızca imkansızlığın varlığı borcun sona ermesi için yeterli olmaktadır.

Aynen Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi Alman Medeni Kanunu'nda da imkansızlığın tanımı yapılmamıştır. Yalnızca fiziki ya da hukuki imkansızlık halleri bu fıkra kapsamında değerlendirilecek, bir başka deyişle yalnız doğa kanunlarına ve hukuk kurallarına göre borçlunun borcunu ifa etmesinin hiçbir surette mümkün olmadığı haller imkansızlık olarak nitelendirilebilecektir.<sup>1029</sup> Alman Medeni Kanunu'nda imkansızlık yalnızca bu fıkroda düzenlenmiştir. İfanın teorik olarak mümkün olduğu haller imkansızlık sayılmayacak ve bu fıkra kapsamında değerlendirilemeyecektir. İfanın mümkün olduğu haller ise, belirtilen şartların varlığı halinde § 275 II-III BGB kapsamında kalacak ve bu hallerde borç kendiliğinden sona ermeyecektir. Bununla beraber hemen belirtmek gerekir ki, borcun mutlaka belirlenen vadede ifa edilmesi gereken mutlak kesin vadeli işlemlerde borcun ifasında yaşanacak her gecikme imkansızlık yaratacağından, bu hallerde de § 275 I BGB uygulama alanı bulacaktır. § 275 II-III BGB düzenlenen beklenilmezlik hali ve kişisel imkansızlık kavramları imkansızlık kavramı altında değerlendirilmemesine rağmen, borcun kendiliğinden sona ermesi hariç olmak üzere, öngörülen şartların varlığı halinde imkansızlıkla aynı sonuçları doğurmaktadırlar.

<sup>1028</sup> Ancak bununla beraber bazı özel durumlarda baştaki imkansızlık yine de sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasına yol açmaktadır. Örneğin § 134 BGB'ye göre kanundan kaynaklanan bir yasağa aykırı olan hukuki işlemler, kanundan aksi anlaşılmadıkça kesin hükümsüzdürler. Bunun yanı sıra, Avusturya Hukukunda olduğu gibi Alman Hukuku'nda bir canlı dinazorun satılması örneğinde olduğu gibi imkansızlığın apaçık olduğu hallerde sözleşme yine kesin hükümsüz sayılmaktadır.

<sup>1029</sup> ERNST, § 275 N 36; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 11; SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Kapitel 13 N 474; BROX/WALKER, § 22 N 4; EMMERICH, Leistungsstörungen, § 3 N 22; LORENZ/RIEHM, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, N 299, 300; WAGNER, s.97; KLAUSCH, s.55; LOOSCHELDERS, Schuldrecht AT, § 23 N 457,462, 465; aynı yazar, Unmöglichkeit, s.850; FEHRE, s.22; SCHWARZE, s.75; XANDER, s.92

## B- § 275 II BGB – BEKLENİLMEZLİK HALİ

§ 275 I BGB'nin yanı sıra § 275 II BGB'de borçlunun borcunu ifa etme yükümlülüğünün sınırlarını çizmektedir. Ancak § 275 I BGB'den farklı olarak bu maddenin kapsamına gerçek imkansızlık halleri (objektif veya sübjektif) girmemektedir. Bu hükme göre borçlunun borcunu ifa edebilmesi için büyük bir masraf veya zahmete girecek olması ve sözleşmenin içeriği ve dürüstlük kuralına göre bu masraf veya zahmet ile alacaklının ifaya olan menfaati arasında büyük bir orantısızlık bulunması halinde, borçlu borcunu ifa etmekten kaçınabilecektir.<sup>1030</sup> <sup>1031</sup> Aslında bir bakıma burada, borçlunun borcunu ifa edebilmek için hangi ölçüde zorlanabileceği hükme bağlanmıştır. Borçlunun borcunu ifa etmesi için hangi masraf veya zahmetlere katlanması gerektiği hususunda borçlunun bu ifa engelinin meydana gelmesinden sorumlu olup olmadığı da dikkate alınacaktır.<sup>1032</sup> Dikkat edilirse burada borç kendiliğinden sona ermemekte, borçlu gerekli şartların gerçekleşmesi halinde ancak borcunu ifa etmekten kaçınma hakkına sahip olmaktadır. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, bu hüküm birinci fıkradan farklı bir sonuç doğuramakta, sonuçları bakımından bu hükme de §§ 280, 283, 311 a BGB hükümleri uygulanmaktadır.

<sup>1030</sup> Kanunun gerekçesinde, bu hükmün kanuna koyulmasında yüksek mahkemenin iki kararının etkili olduğunu ifade etmiştir. Bkz. BT-Druck 14/6040, s.130. Bunlardan ilkinde, aynı zamanda komşu taşınmazın da maliki bulunan bir kişi yan taşınmazdaki mülkiyet payını satmış, ancak satmadan önce tek başına sahip olduğu taşınmazda inşa ettiği yer altı garajı satığı paylı mülkiyete tabi taşınmaza 20 m. taşımıştır. Yeni malikin garajın kaldırılması talebiyle açtığı davada Federal Mahkeme, satıcının bu garajı kaldırması için orantısız bir masraf yapması gerektiği gerekçesiyle yeni malikin bu talebini reddetmiştir. Bkz. BGHZ 62,338 (V ZR 164/72). İkinci olayda ise bir yedimin bir emlakçı için kendi nam ve hesabına bir taşınmaz satın almasına rağmen, bu taşınmaz üzerinde sözleşmeye aykırı şekilde üçüncü kişi lehine bir şerh koymuş ve emlakçı taşınmazın kendisine devriyle birlikte bu şerhin kaldırılmasını talep etmiştir. Federal Mahkeme ise bu olayda, üçüncü kişinin söz konusu şerhi kaldırmak için taşınmazın değerinin üç katını talep etmesi sebebiyle borçludan edimini yerine getirmesinin beklenilemeyeceği gerekçesiyle davacının talebini reddetmiştir. Bkz. BGH NJW 1988, 699 (V ZR 14/86).

<sup>1031</sup> Bu hükmün sözleşme yapma özgürlüğüne müdahale teşkil ettiği yönündeki eleştiriler için bkz. **PICKER**, Schuldrechtsreform und Privatautonomie, Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs.2 und § 313 BGB, JZ 21/2003, s.1036,1044; **MÜCKL**, Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des § 275 Abs.2 BGB, s.810 vd.; **ZIMMER**, s.1

<sup>1032</sup> Bu hükmün üç ayrı riski düzenlediği ifade edilmiştir: İlk olarak borçlunun borcu ifa etmek için katlanması gerektiğini düşündüğü masraftan daha fazla masrafa katılma riski. İkinci olarak yine borçlunun elde edeceği karşı edimin değerinden daha fazla masraf yapma riski. Son olarak ise her iki taraf için de geçerli olan, borçlunun katlandığı her türlü masraf veya zahmete karşı ifa engelini aşamayacak olması riski. Bkz. **MÜCKL**, Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des § 275 Abs.2 BGB, s.809



§ 275 II BGB açıkça, alacaklının ifaya olan menfaati ile ifanın gerçekleşebilmesi borçlunun yapacağı masraf veya katlanacağı zahmet arasında fahiş bir dengesizlik aramıştır. Bu hükmün öncelikle, § 275 I BGB'nin aksine objektif veya sübjektif "gerçek" imkansızlık hallerini değil, eski kanun zamanında objektif imkansızlık olarak kabul edilen ve aslında ifa engelinin oratadan kaldırılmasının teorik olarak mümkün olmasına rağmen edimin ifasının hiçbir mantıklı alacaklı tarafından beklenemeyeceği haller olan fiili<sup>1033</sup> imkansızlık durumlarını düzenlemeye yaradığı ifade edilmiştir.<sup>1034</sup> Dolayısıyla bu haller artık imkansızlık kapsamında değerlendirilmemekte, ayrı bir başlık altında ele alınmakta, ancak sonu olarak imkansızlıkla aynı sonuca bağlanmaktadır. Menfaatler arası dengesizliğin tespitinde § 275 II BGB açıkça borç ilişkisinin içeriğine dikkat edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Borçlunun ifada bulunabilmesi için gireceği masraf veya katlanması gereken zahmetin tespitinde dikkate alınacak olan toplam masraf veya zahmettir; yoksa değişen şartlar sebebiyle edimin ifa edilebilmesi için sözleşme kurulurken yapılan hesapların tutmaması ve bu uğurda daha fazla masraf veya zahmete katlanılmasının gerekmesi halinde bu fazla kısım dikkate alınmayacaktır.<sup>1035</sup>

Görüldüğü üzere somut olayda bir orantısızlığın bulunup bulunmadığının tespitinde anahtar kelime alacaklının ifaya olan menfaatidir.<sup>1036</sup> Dikkat edilirse burada borçlunun düşünceleri hiçbir şekilde önem taşımamaktadır. Bir başka deyişle bu

<sup>1033</sup> Bazı yazarlar tarafından pratik imkansızlık olarak da ifade edilmiştir. Ör. ERNST, § 275 N 37, 70, 89; HEINRICHS, § 275 N 22; UNBERATH, § 275 N 53; LORENZ/RIEHM, Schuldrecht, N 304; CANARIS, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 10/2001, s.501; KLAUSCH, s.82; SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Kapitel 13 N 480; LOOSCHELDERS, Schuldrecht AT, § 23 N 474; FEHRE, s.61; ERGÜNE, Reform Sonrası Alman Medeni Kanunu'nda İmkansızlık Halleri ve Sonuçları, İÜHF.M., C.LXII. S.1-2, s.354

<sup>1034</sup> BT-Drucks, 14/6040, s.129; ERNST, § 275 N 70, 89; CANARIS, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts, s.11. SCHMIDT-RECLA, Echte, faktische, wirtschaftliche Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage, in FS für Adolf Laufs zum 70.Geburtstag, Berlin 2005, s.648; SCHLÜTER, s.348; WAGNER, s.99; BROX/WALKER, § 22 N 20; XANDER, s.98; FEHRE, s.62. SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Kapitel 13 N 480. Örneğin batan geminin çıkarılması için yapılması gereken masrafın, geminin değerinin 20-30 katı olması halinde durum böyledir. Örnek için bkz. CANARIS, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts, s.11 dipnot 11. Bazı yazarlar ise bu durumda hiçbir mantıklı alacaklının borçludan borcunu ifa etmesini beklemeyecek olması sebebiyle imkansızlığın ve dolayısıyla borcun kendiliğinden sona ereceğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. FISCHER, Michael, Der Ausschluss der Leistungspflicht, im Falle der Unmöglichkeit im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (§ 275 BGB RegE), Der Betrieb Heft 36, 2001, s.1925

<sup>1035</sup> MÜCKL, Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des § 275 Abs.2 BGB, s.811

<sup>1036</sup> Burada borcunu ifa edebilmek için borçludan yapması beklenilebilecek harcamaların değil, aksine alacaklının ifayı talep etmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerin gerekçelendirilmesi gerektiği bu nedenle asıl hedefin alacaklının ifa talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağına ortaya konması olduğu ifade edilmiştir. CANARIS, Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs.2 BGB beim Stückkauf, JZ 2004, 223

orantısızlığın tespitinde borçlunun ne kendi edimine verdiği değer ne de karşı edime olan menfaati göz önünde bulundurulmaktadır.<sup>1037</sup> Aslına bakılırsa bu hükmün, kendisinin sorumlu olmadığı bir ifa engelinin ortaya çıkması halinde dahi borçluya birtakım ek masraf veya zahmetlere katlanmak ve herşeye rağmen borcunu ifa etmek yükümlülüğü yüklediği dahi söylenebilecektir.<sup>1038</sup> Bu nedenle borçlunun edimini ifa edebilmesi için ek birtakım masraflara veya kişisel zahmetlere hangi oranda katlanması gerektiğinin tespitinde, katlanacağı bu masraf veya zahmetlerle kendi menfaatleri arasındaki ilişki hiçbir şekilde hesaba katılmayacak, burada daima alacaklının aynen ifaya olan menfaati dikkate alınacaktır. Alacaklının menfaatinin iktisadi bakımdan ölçülebilir olması gerekecektir. Bu iktisadi değer hesabında malın (yeniden) tedariki için gereken masraflar yani malın piyasa değeri ve buna ek olarak oluşan kazanç kaybı ve diğer zararlar göz önünde bulundurulur. Alacaklının menfaati çoğu zaman ifa yerine tazminat miktarı kadar olacaktır. Çeşit borçları bakımından alacaklının menfaatinin tespit etmek çoğu zaman zor olmayacaktır; zira bu hallerde alacaklının menfaati, sözleşme konusu malın piyasadan bir başka şekilde elde edilmesi karşılığında ödenecek para olacaktır. Parça borçlarında ise, söz konusu malın piyasadan elde edilmesinin ve dolayısıyla bir fiyat kıyaslamasının mümkün olmaması sebebiyle daha zordur. Burada alacaklının maddi menfaatinin malın objektif değeri olduğu söylenebilecektir.<sup>1039</sup> Dikkate alınacak olan menfaat, alacaklının ifayı elde edeceği andaki menfaatidir.<sup>1040</sup> Sözleşme konusu malın alacaklı için ifade ettiği gayri maddi değer de burada gözönünde bulundurulacaktır.<sup>1041</sup>

Borçlunun sarfetmesi gerektiği çabanın<sup>1042</sup> kapsamına, borçlunun o ana kadar yaptığı ve borcunu ifa edebilmek için daha da yapması gereken maddi harcamalarla birlikte, gerçekleştirmesi gereken kişisel birtakım faaliyetler ve katlanması gereken zahmetler de girmektedir. Örneğin sözleşme konusu malı tedarik etmek için yaptığı masraflar, yani malın piyasa değeri ve sözleşme konusu malı üçüncü kişiden geri alabilmek

<sup>1037</sup> LÖHNIG, Die Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts, s.460; ERGÜNE, Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri, s.355

<sup>1038</sup> PICKER, s.1036

<sup>1039</sup> FEHRE, s.42

<sup>1040</sup> ERNST, § 275 N 81

<sup>1041</sup> HEINRICH, § 275 N 28; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 92; ERNST, § 275 N 80; UNBERATH, § 275 N 54; CANARIS, Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts, s.20; SCHLÜTER, s.348; LÖHNIG, s.460; KLAUSCH, s.128, 135; LOOSCHELDERS, Schuldrecht AT, § 23 N 475

<sup>1042</sup> § 275 II S.2 BGB'de "Anstrengung= çaba, efor, gayret, sıkıntı" kavramı kullanılmıştır.

için ödemesi gereken bedel böyledir. Borçlunun edimini ifa edebilmek için katlanması gerekenin para olması halinde bunun ölçülmesi kolay olacaktır. Ancak katlanması gerekli zahmetlerin ölçülmesinde durum daha zordur. Bu durumda borçlu tarafından katlanılan zahmetlerin parasal karşılığını tayin etme sorunuyla karşılaşılacaktır. Zira bu hükmün uygulanabilmesi için katlanılan zahmetlerin piyasa değeri ile alacaklının karşı edime olan menfaati arasındaki dengenin borçlu aleyhine fahiş derecede orantısız olduğunun söylenebilmesi gerekmektedir.<sup>1043</sup> Borçlunun alacaklıya karşı yükümlülük altına girmemiş olsaydı başka biriyle kuracağı bir hukuki işlemde elde edeceği kazançlar, bir başka deyişle fırsat maliyetlerinin ise (Opportunitätskosten) borçlunun göstermesi gereken çaba içinde değerlendirilmeyeceği ifade edilmektedir.<sup>1044</sup>

Borçlunun § 275 II BGB'ye göre borcunu ifa etmekten kaçınabilmesi için borçlunun katlanması gereken masraf veya zahmetlerin alacaklının ifaya olan mafaatinden fazla olması yetmemekte, aradaki orantısızlığın fahiş nitelikte olması da gerekmektedir. Bunun söz konusu olabilmesi için ise mevcut orantısızlığın dürüstlük kuralına göre artık katlanılamayacak düzeye ulaşmış olması,<sup>1045</sup> bir başka deyişle imkansızlığa eş bir durumun ortaya çıkması<sup>1046</sup> gerekmektedir. Borçlunun içine düştüğü basit bir ödeme güçsüzlüğü hali alacaklının ifayı talep etmesine mani olamayacaktır. Maddede de açıkça ifade edildiği üzere orantısızlığın bu düzeye ulaşmış olmadığı hususunda sözleşmenin içeriği büyük önem taşımakta ve sözleşmenin yorumlanması neticesinde katlanılan masraf ve zahmetle birlikte edimin artık borçlanılan edim olduğunun söylenemediği noktada orantısızlığın fahiş olduğu kabul edilecektir. Bir başka deyişle, ancak alacaklının borçludan borcunu ifa etmesini istemesinin hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebileceği ekstrem durumlarda fahiş orantısızlığın varlığı kabul edilebilecektir.<sup>1047</sup>

Kanun bizzat fahiş orantısızlığın tespitinde kullanılmak üzere üç kriter kabul etmiştir: Sözleşmenin içeriği, dürüstlük kuralı ve borçlunun sorumluluğu. Bu nedenle

<sup>1043</sup> KLAUSCH, s.125

<sup>1044</sup> Zira burada borçlunun alacaklıyla sözleşme yaparak bir anlamda kazanç sağlayıcı başka hukuki ilişkilerden vazgeçtiği ifade edilmiştir. Bkz. ERNST, § 275 N 84-85

<sup>1045</sup> CANARIS, Die Reform des Leistungsstörungen, s.502; LÖHNIG, Die Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts, s.461

<sup>1046</sup> ERNST, § 275 N 70

<sup>1047</sup> CANARIS, Die Reform des Leistungsstörungen, s.502

borçlunun katlanması gereken masraf veya zahmetin derecesi bakımından, tarafların bu konu üzerinde anlaşmış olma ihtimalleri sebebiyle öncelikle sözleşme hükümlerine bakılacaktır. Zira taraflar aralarında, borçlunun katlanması gereken zahmetin derecesini azaltabilecekleri gibi yükseltebileceklerdir de. Borçlunun borcunun parça borcu olduğu durumlarda, malın çalınması halinde borçlunun malı tekrar edinmek için büyük bir çaba göstermesi beklenemeyecektir. Buna karşın çeşit borçlarında ise borçlu bireysel özellikleriyle belirlenmemiş bir malı borçlandığından ifa konusu malın yerine başka bir malı tedarik etmek zorunda kalacak ve katlanması gereken masraf/zahmet ise buna göre daha fazla olabilecektir. Ancak örneğin üretiminde gizli bir yöntemin kullanıldığı bir ürünün yapıldığı fabrikanın yanmış olması ve bu malın aynı yöntem kullanılarak elde edildiği bir başka yerin olup olmadığının bilinmemesi örneğinde olduğu gibi çok istisnai bazı olaylarda ise çeşit borcu söz konusu olsa dahi borçlunun katlanması gereken masraf/zahmetin tespitinde borçlu lehine bir kolaylık sağlanabilecektir

Bu noktada dikkat edilecek ikinci kriter dürüstlük kuralıdır. Alacaklının dürüstlük kuralına göre artık borçludan borcunu ifa etmesini talep etmesinin beklenemeyeceği hallerde borçlu borcunu ödemekten kaçınabilecektir.<sup>1048</sup>

Borçlunun borcunu ifa edebilmek için katlanması gerektiği masraf/zahmetin tespitinde üçüncü olarak borçlunun bu ifa engelinin meydana gelmesinden sorumlu olup olmadığı da rol oynayacaktır.<sup>1049</sup> Buna göre borçlu, söz konusu ifa engelinin meydana gelmesinde sorumluluğu bulunduğu hallerde, sorumluluğun bulunmadığı hallere göre daha fazla zahmete katlanmak zorunda bırakılacak, bir başka deyişle ancak daha ağır şartların varlığı halinde borcunu ifa etmekten kaçınabilecektir. Örneğin satım sözleşmesine konu malı kusuruyla bir başkasına satıp devretmesi halinde, borçlunun, bu malı geri alabilmek için yeni malike malın piyasa değerinin oldukça üzerinde bir bedel ödemesi gerekebilecek ve bu durumda söz konusu bedeli ödemek zorunda olan borçlu bu hükme dayanamayacaktır. İfa engelinin ortaya çıkmasında bir kusuru bulunmayan borçlu ise söz konusu ifa engelini aşmak için herhangi bir masraf veya zahmete katlanmak zorunda bırakılamayacaktır. Bunun

<sup>1048</sup> BT-Drucks 14/6040, s.130

<sup>1049</sup> ERNST, § 275 N 71; UNBERATH, § 275 N 56; KLAUSCH, s.94, 146 vd., LOOSCHELDERS, Schuldrecht AT, § 23 N 476; LOOSCHELDERS, Unmöglichkeit, s.853

yanı sıra edimin niteliği dahi bu yorumda etkili olabilecektir. Örneğin bir parça borcunun söz konusu olduğu bir sözleşmede, malın çalınması halinde borçlunun katlanması gereken masraf/zahmet, çeşit borcuna oranla daha düşük olacaktır.<sup>1050</sup>

Ancak bu noktada, birbiriyle karıştırılmaya oldukça müsait iki kavram olması sebebiyle, fiili imkansızlık halleri ile iktisadi imkansızlık arasındaki farkın açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Zira alacaklının menfaatinin § 275 II BGB için olan anlamı, aynı zamanda gerçek imkansızlığın ekonomik imkansızlıktan farkını ve ikisi arasındaki sınırı da ortaya koymaya yaramaktadır. Borçlunun ancak kendisinden beklenilemeyecek fedakarlık sınırını aşarak ifada bulunabileceği bir zorlukla karşılaşması ya da dürüstlük kuralına göre ancak kendisinden beklenilemeyecek fedakarlıkla borcunu ifa edebileceği hallerde ekonomik imkansızlıktan bahsedileceği ifade edilmiştir.<sup>1051</sup> Bu tanımda da belirleyici olan kıstas borçlunun masraf/zahmetiyle bağlantılı olarak meydana gelen “aşırı yük” ve bunun sonucu ortaya çıkan edimler arası dengenin bozulmasıdır.<sup>1052</sup> Yukarıda verilen denize düşen yüzük örneğinde olduğu gibi, fiili imkansızlık hallerinde borçlunun borcunu ifa edebilmek için yapacağı masraf artmasına rağmen alacaklının ifaya olan menfaati aynı kalmakta ve bu durum § 275 II BGB kapsamında ele alınabilmektedir. Oysa ekonomik imkansızlık olarak kabul edilen hallerde ise borçlunun borcunu ifa edebilmek için yapması gereken masraf veya katlanması gereken zahmet arttıkça, bununla aynı orantıda alacaklının ifaya olan menfaati de artmaktadır. Örneğin petrol fiyatlarının kısa bir süre içerisinde beş kat birden artması halinde satıcının yapacağı masrafla birlikte alıcının ifaya olan menfaati de artacağından burada bir orantısızlıktan bahsedilemeyecek ve bu durumda § 275 II BGB’nin değil, aynen reform öncesinde olduğu gibi şartları varsa işlem temelinin çökmesine ilişkin § 313 BGB hükmünün uygulanması gerekecektir.<sup>1053</sup>

<sup>1050</sup> CANARIS, Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts, s.21; CANARIS, Die Reform des Leistungsstörungen, s.502; FISCHER, Der Ausschluss der Leistungspflicht, s.1924; LÖHNIG, Die Voraussetzungen des Lesitungsverweigerungsrechts, s.460

<sup>1051</sup> HEINRICH, § 275 N 21; ERNST, § 275 N 95, LARENZ, Schuldrecht I,s.319; CANARIS, Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts, s.14; CANARIS, Die Reform des Leistungsstörungen, s.501; LARENZ, Schuldrecht I, s.318-319; BROX/WALKER, § 22 N 21; WAGNER, s.218

<sup>1052</sup> MÜCKL, Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des § 275 Abs.2 BGB, s.810; CANARIS, Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts, s.14.

<sup>1053</sup> HEINRICH, § 275 N 21, 28; ERNST, § 275 N 21, 95; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 112 vd.; MÜCKL, Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des § 275 Abs.2 BGB, s.811; CANARIS, Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts, s.14; CANARIS, Die

Ancak bu hükmün sadece fiili imkansızlık hallerini düzenlemekle yetinmeyip, aynı zamanda bazı hallerde subjektif imkansızlık hallerini de konu edindiği ifade edilmiştir.<sup>1054</sup> Buna göre satım sözleşmesine konu olan malı üçüncü bir kişiye satıp teslim eden veya devretmekle yükümlü olduğu malı çalınan borçlunun bu malı geri almak için masraf veya zahmetlere hangi oranda katlanması gerektiği sorusunun cevabının da bu hükümde bulunduğu ileri sürülmüştür. Buna göre borçlunun

---

Reform des Leistungsstörungen, s.501; **MEDICUS**, Schuldrecht I, 17.Auflage, § 33 N 373; **BROX/WALKER**, § 22 N; **SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL**, Schuldrecht, Kapitel 13 N 485; **FEHRE**, s.45-46; **MEIER**, Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit, s.121; **LÖHNIG**, Die Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts, s.460. Aksi kanaatte, **ZIMMER**, s.3; **OTTO**, Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts, s.3-4; **LOOSCHELDERS**, Unmöglichkeit, s.854; **MÜCKL**, Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des § 275 Abs.2 BGB s.811. **XANDER**, s.98. Bunun yanı sıra kanunun gerekçesinde de aynı ifadeler yer almaktadır. BT-Drucks 14/6040, s.130. **RÖSSLER**, Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage, JuS 12/2004, s.1061. Bunun yanı sıra bazı yazarlar, § 313 BGB'nin § 275 II BGB'ye göre özel hüküm niteliğinde olduğunu, § 275 II BGB tüm borç ilişkileri için uygulanacakken, § 313 BGB'nin sadece değiş-tokuş içeren borç ilişkilerinde uygulanabileceğini ileri sürmektedirler. Bkz. **SCHLÜTER**, s.351,352; **MÜCKL**, Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des § 275 Abs.2 BGB, s.811. Oysa kanunun gerekçesinde açıkça § 275 Abs.2 BGB'nin ise § 313 BGB karşısında öncelikli olarak uygulanması gerektiği ve ancak borçlunun § 275 Abs.2 BGB'ye göre borcunu ifa etmekten kaçınmadığı hallerde § 313 BGB'ye dayanarak sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceği ifade edilmiştir. Schlechtriem/Kessel ise sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve borçlunun ifada bulunmasını aşırı güçleştiren durumların (Leistungserschwerungen) işlem temelinin çökmesiyle (§ 313 BGB) yakın ilişkide olduğunu ve doktrinde § 275 II BGB ile § 313 BGB arasındaki ilişkinin mahiyeti hususunda tartışmaların olmasına rağmen, bu iki hükmün tamamen birbirinden farklı fonksiyonlara sahip olduğunu belirtmiştir. Yazara göre § 275 II BGB'nin uygulama alanı sadece aynen ifayla sınırlıyken, § 313 BGB sözleşmenin tümüyle yeniden yapılandırılmasına ilişkindir. Buna göre, sadece borçlunun aşırı masraf/zahmetiyle aşılabilecek bir ifa engeli söz konusu olduğunda, alacaklının ifa talebine karşı ilk önce § 275 II BGB uygulama alanı bulacak ve borçlu ifadan kaçınabilecektir. Bunun sonrasında ise her iki taraf da § 313 BGB'ye göre sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilecektir. Yazara göre burada dikkat edilmesi gereken nokta, yalnızca borçlunun ifa güçlüğünden sorumlu olmadığı hallerde sözleşmenin uyarlanmasının talep edilebileceğidir. **SCHLECHTRIEM/KESSEL**, N 485. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **SCHMIDT-RECLA**, s.659 vd.; **SCHULZE/EBERS**, s.266 vd.; **KLAUSCH**, s.84 vd.; **WAGNER**, s.214 vd. Bunun yanı sıra ağırlıklı olarak orantısızlığın tespitinde farklı kıstasları dikkate aldığı, § 275 Abs.2 BGB bakımından göz önünde bulundurulması gereken borçlunun katlanması gereken masraf veya zahmetle alacaklının ifaya olan menfaati arasındaki ilişki olduğu, oysa § 313 BGB'ye göre borçlunun katlanacağı masraf/zahmetle karşı edimin değeri arasındaki ilişkinin göz önünde bulundurulması gerektiği de ifade edilmektedir. Bkz. **HEINRICHS**, § 275 N 29; **CANARIS**, Die Reform des Leistungsstörungen, s.501; **YUSHKOVA/STOLZ**, Der Wegfall der Geschäftsgrundlage vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung des Jahres 2001, JA 2003, 75; **EIDENMÜLLER**, Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, JURA 2001, 832; **WAGNER**, s.218; **MEIER**, Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit, s.120; **RÖSSLER**, s.1061

<sup>1054</sup> **HEINRICHS**, § 275 N 6; **KLAUSCH**, s.82; **EMMERICH**, Leistungsstörungen, § 3 N 51; **CANARIS**, Die Reform des Leistungsstörungen, s.501. Yazar burada ayrıca, § 275 I BGB kapsamına girip girmeyeceği şüpheli tüm hallerin § 275 II BGB kapsamında ele alınabileceğini ifade etmiştir. Bu görüş, bu iki hükmün pozitif olarak birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Bkz. **SCHMIDT-RECLA**, s.661. Kanaatimizce subjektif imkansızlık hallerinin § 275 I BGB kapsamında kalacağını açıkça ifade edilmesi karşısında, § 275 II BGB kapsamında değerlendirilecek durumların imkansızlık değil ifa güçlüğü olarak kabul edilmesi daha doğru olacaktır.

sözleşme konusu malı tekrar geri edinmek için yapacağı masraf veya katlanacağı zahmetin miktarı için önce sözleşmeye bakılacak, sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunmaması halinde ise yapılması gereken masraf/zahmet ile alacaklının ifaya olan menfaati arasında dürüstlük kuralına göre büyük bir dengesizliğin bulunup bulunmadığı tespit edilecektir. Sonuç olarak malikin elindeki malı hiçbir surette, karşılığında ne verilirse verilsin devretmeyeceğini açıkça ifade ettiği hallerde mesele yine § 275 I BGB kapsamında değerlendirilerek borç kendiliğinden sona erecek; malikin ancak oldukça yüksek bir fiyat karşılığında malı devretmeye hazır olması halinde olduğu gibi ifa engelinin kabul edilebilir herhangi bir şekilde ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu durumlarda ise borçlu ancak § 275 II BGB'ye göre borcunu ifa etmeme hakkına sahip olabilecektir.<sup>1055</sup>

§ 275 II BGB'ye göre (bunun yanı sıra aşağıda açıklanacak olan § 275 III BGB'ye göre de) borçlunun aranan şartların varlığı halinde borcundan kendiliğinden kurtulmayıp, yalnızca borcunu ifa etmekten kaçınmasını sağlayacak bir def'i hakkında sahip olması beraberinde bazı soruları akla getirmektedir: örneğin bu hükmülerde aranan şartların gerçekleşmesine rağmen borçlu, henüz def'i ileri sürmediği bir safhada temerrüde düşecek midir? Hakim kanaate göre, bu sebeple borçlunun bu hükümlere göre bir def'i hakkına sahip olması temerrüde düşmemesi için yeterli olup, bu def'i iyi mutlaka ileri sürmüş olması gerekmemektedir.<sup>1056</sup>

### **C- § 275 III BGB – KİŞİSEL İMKANSIZLIK**

Bu fıkrada da gerçek imkansızlık değil, ifa güçlüğü halleri düzenlenmiştir. Bu hallerde de edimin fiilen yerine getirilmesi mümkün iken, borçlu kişiliğinden kaynaklanan bir sebeple borcunu ifadan kaçınabilmektedir. Buna göre borçlu, borcunu kişisel olarak ifa etmek zorunda olduğu hallerde, borcun ifasında karşılaşılan engellerle alacaklının ifaya olan menfaati kıyaslandığında borcunu ifa etmesinin kendisinden beklenemediği hallerde bu borcu ifa etmekten

<sup>1055</sup> LOOSCHELDERS, Unmöglichkeit, s.850; SCHULZE/EBERS, s.265

<sup>1056</sup> MEDICUS, Schuldrecht I, 17.Auflage N 395; DIEDERICHSEN, Schuldnerverzug, s.825, 829

kaçınabilecektir.<sup>1057</sup> Bir başka deyişle alacaklının ifaya olan menfaatinin borçlunun ifayı yerine getirebilmek için katlanması gereken zorluklara oranla önemsiz olduğunun söylenebildiği durumlarda borçlu artık borcunu ifa etmek zorunda bırakılamayacaktır. Borçlunun bu fıkra gereğince borcunu ifa etmekten kurtulabilmesi için, borcun ifasına engel olan durumun meydana gelmesinde kusurunun bulunmamasına gerek yoktur. Kusurunun bulunmaması yalnızca, borçlunun daha kolay bir şekilde borcunu ifa etmekten kaçınabilmesine imkan verecektir. Kanunun gerekçesinde bu konuyla ilgili olarak akşam sahne alacak sanatçının çocuğunun ağır hastalanması örneği verilmiştir.<sup>1058</sup>

§ 275 II BGB'nin her tür edim bakımından uygulanacak olması karşısında § 275 III BGB özellikle hizmet, iş, eser ve vekalet sözleşmelerinde olduğu gibi yalnızca mutlaka borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken edimler bakımından uygulanacaktır.<sup>1059</sup> Bu paragrafın ilk iki fıkrasında borçlunun borcundan kurtulabilmesi için objektif kriterler gözönünde bulundurulurken, bu fıkroda borçlunun borcundan kurtulabilmesi için subjektif kriterler dikkate alınmaktadır.<sup>1060</sup> § 275 II BGB'den farklı olarak § 275 III BGB'de borçlunun borcunu ifa etmek için katlanması gereken masraf veya zahmetle alacaklının ifaya olan menfaati arasında fahiş orantısızlığın bulunması gerekmemektedir.<sup>1061</sup> Bunun yanı sıra, borçludan

<sup>1057</sup> Bu fıkranın kanuna konulmasında da bir Federal Mahkeme Kararının etkili olduğu ifade edilmiştir. Bkz. BT-Drucks. 14/6040, s.130. Söz konusu olayda bedelli askerlik hizmetini yerine getirmek için kendisine çağrıda bulunulan ve bu çağrıya uymaması halinde Türk vatandaşlığından çıkarılacak olan bir işçinin, iki aylık askerlik süresinin yıllık iznini aşan kısmında ücretsiz izin kullanma talebi işvereni tarafından reddedilmiş ve işveren tarafından kendisine askere gitmek istiyorsa iş akdini feshetmesi gerektiği ve feshettiği takdirde askerlik dönüşü tekrar işe alınabileceği, ancak feshetmeden Türkiye'ye giderse mazeretsiz olarak işe gelmediği gerekçesiyle iş akdinin haklı sebeple fesholunacağı bildirilmiştir. Bunun üzerine Türk işçi önüne konulan fesih beyanını imzalamıştır. Ancak işveren daha sonra askerlik hizmetini tamamlayarak Almanya'ya geri dönen işçiyi geri almamıştır. Bunun üzerine Türk işçi fesih beyanının iptali ve iş akdinin devamı hakkında dava açmış ve Federal İş Mahkemesi ise söz konusu olayda istisnai durumlarda iş akdine ara verilebileceğini, bu durumlarda işçiden edimini ifa etmesinin beklenemeyeceğini, bu durumun iş akdinin feshedilmesi için haklı sebep olarak kabul edilemeyeceğini, bu nedenle işçiye zorla fesih beyanında bulundurulmasının hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir. (Bkz. NJW 1983, 2782 (2 AZR 282/82)).

<sup>1058</sup> BT-Drucks. 14/6040, s.130

<sup>1059</sup> HEINRICH, § 275 N 30; ERNST, § 275 N 107; LÖWISCH/KASPERS, § 275 N 103; UNBERATH, § 275 N 58; BROW/WALKER, § 22 N 22; WAGNER s.100; EMMERICH, Leistungsstörungen, § 3 N 75; KLAUSCH, s.83, 133; FEHRE, s.55; SCHWARZE, s.77; SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Kapitel 13 N 486; ERGÜNE, Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri, s.355

<sup>1060</sup> JOACHIM, Personale Unmöglichkeit – Die Zumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens, in Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Global Kontext, Festschrift für Norbert Horn zum 70.Geburtstag, Berlin 2006, s.52

<sup>1061</sup> LOOSCHELDERS, Unmöglichkeit, s.854; WAGNER, s.101



borcunu ifa etmesinin beklenip beklenemeyeceğinin tespitinde, § 275 II BGB'nin aksine, onun bu durumdan sorumlu olup olmadığına bir önemi bulunmamaktadır. Bu son fıkraya göre meydana gelen ifa engeli karşısında alacaklının ifaya olan menfaatiyle kıyaslandığında borçludan borcunu ifa etmesinin beklenemediği hallerde, borçlu borcunu ifa etmekten kaçınabilecektir. Burada borçlu finansal açıdan değil, aksine bunun ötesinde manevi açıdan borcunu ödeyemeyecek durumda bulunmaktadır. Ancak yine de borçlunun menfaatleriyle alacaklının menfaatleri arasındaki orantısızlığın belirli bir derecede olması aranmaktadır.<sup>1062</sup> Ancak Alman doktrininde hakim kanaat, bu hükmün, §.275 II BGB ile olan sistematik birlikteliği nedeniyle yalnızca imkansızlığa eş sayılabilecek olağanüstü bazı hallerde uygulama alanı bulabileceğini ifade etmektedir.<sup>1063</sup>

Kişisel ifa engelleri sebebiyle borçludan borcunu ifa etmesinin beklenemeyeceği hallerde borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edim, borçlunun, ifa için öngörülen zaman diliminde hastaneye yatması örneğinde olduğu gibi diğer menfaatleriyle, askerlik örneğinde olduğu gibi diğer yükümlülükleriyle ve silahsızlanma ile ilgili bir derneğe üye olan matbaacının savaşı öven bir kitabın tanıtım bröşürlerini basmayı reddetmesi örneğinde olduğu gibi vicdaniyle çatışmaktadır.<sup>1064</sup>

§ 275 II BGB ile işlem temelini çökmesine ilişkin § 313 BGB hükmü arasında yaşanan sınır sorunu, özellikle borçlunun borcunu ifa etmeyi vicdani sebeplerle reddettiği durumlarda kişisel imkansızlığa ilişkin § 275 III BGB hükmü ile § 313 BGB arasında da yaşanmaktadır. Kanunun gerekçesinde, açıkça, bu hallerin § 313 BGB kapsamında ya da dürüstlük kuralına göre (§ 242 BGB) çözüme kavuşturulacağı ifade edilmiş, ancak bunun nedeni hakkında bir açıklama yapılmamıştır.<sup>1065</sup> Kişilerin sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde vicdanlarına

<sup>1062</sup> KLAUCH, s.158; ERGÜNE, Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri, s.355

<sup>1063</sup> ERNST, § 275 N 116; BROX/WALKER, § 22 N 22; LOOSCHELDERS, Unmöglichkeit, s.854

<sup>1064</sup> KLAUSCH, s.107-108. Borçlunun borcunu vicdani gerekçelerle ifayı reddetme hakkının bulunup bulunmadığı meselesi hususu alman doktrinde uzun yıllardan beri tartışılmaktadır. Bazı yazarlar bu soruya olumlu cevap verirken (BOSCH/HABSCHIED, Vertragspflicht und Gewissenkonflikt, JZ 1954, s.241 vd), bazıları ise bunun mümkün olmadığını ifade etmektedirler (Bkz. DIEDERICHSEN, Gewissennot als Schuldbefreiungsgrund?, FS Michaelis, 1972, s.36).

<sup>1065</sup> Bt-Drucks 14/6040, s.130. Bazı yazarlar § 275 III BGB'nin § 313 BGB'ye göre özel hüküm niteliğinde olduğunu, § 275 III BGB'nin kişiye sıkı sıkıya bağlı yükümlülüklerle uygulanacağını, üçüncü şahıslar tarafından yerine getirilebilecek bir edimin söz konusu olması halinde ise § 313

ters düşen sözleşmeler akdetmeleri halinde daha sonradan bu hükme dayanarak borçlarını ödemekten vazgeçemeyecekleri rahatlıkla söylenebilecektir. Kişilerin vicdan özgürlüklerinin korunmasından vazgeçtiklerinden ise ancak sözleşmenin başında bu sözleşme sebebiyle yerine getirme yükümlülüğü altına girdikleri edimin vicdanlarına ters düşeceğini bilmeleri halinde bahsedilebilecektir. Ancak bir matbaa sahibinin yayıneviyle yapmış olduğu uzun süreli anlaşma örneğinde olduğu gibi, borçlunun yerine getirmesi gereken edimlerden birinin vicdanıyla ters düşeceğinin önceden tahmin edilemediği hallerde ise borçlunun sözleşmenin başında vicdan özgürlüğünün korunması hakkında vazgeçtiğini söylemek mümkün olmayacak ve borçlunun § 275 III BGB'ye dayanarak borcunu ifa etmekten kaçınabileceği söylenebilecektir.<sup>1066</sup>

Dar anlamda imkansızlığı düzenleyen § 275 I BGB ile kişisel imkansızlığı düzenleyen § 275 III BGB'in uygulama alanları arasındaki sınırın çizilmesi kolay değildir. Örneğin bir işçinin hastalanması ve doktordan rapor alması halinde bazı yazarlar<sup>1067</sup> ilk hükme göre işçinin iş görme borcundan kurtulacağını ileri sürerken, bazıları<sup>1068</sup> ise burada işçinin ancak ikinci hükme göre borcu ifa etmeme hakkına mı sahip olacağını ifade etmektedirler. Bazı yazarlar<sup>1069</sup> ise burada bir ayırım yapılması gerektiğini, işçinin hastalığının türü ve ağırlığına göre yükümlülük altına girdiği edimini objektif olarak yerine getirmesinin mümkün olmadığı durumlarda § 275 I BGB'nin uygulama alanı bulacağını ve bu durumda işçinin borcunun kendiliğinden sona ereceğini, buna karşın işçinin sağlık problemlerine rağmen yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirebilecek durumda olduğu hallerde ise şartları varsa § 275 III BGB'ye göre borcunu ifa etmekten kaçınabileceğini ifade etmektedirler.

---

BGB hükmünün uygulanacağını ifade etmektedirler. Bkz. **ERNST**, § 275 N 111; **LORENZ/RIEHM**, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, N 409; **SCHULZE/EBERS**, s.267. Bazı yazarlar ise yeni kanunda § 313 BGB'nin § 275 BGB'ye göre özel hüküm niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **SCHLÜTER**, s.350

<sup>1066</sup> **EMMERICH**, Leistungsstörungen, § 3 N 85-86; **KLAUSCH**, s.110; **FEHRE**, s.66 vd.; **FISCHER**, Der Ausschluss der Leistungspflicht, s.1926

<sup>1067</sup> **HEINRICHS**, § 275 N 30; **UNBERATH**, § 275 N 58; **CANARIS**, Die Reform des Leistungsstörungen, s.504. Yazar hastalık nedeniyle çalışmayacak durumda olan işçinin iş sözleşmesinin mantığı ve sağlığı en önemli kiş i varlığı hakkı kabul eden hukuk sistemi karşısında çalışmaya zorlanamayacağını ifade etmektedir.

<sup>1068</sup> **LÖWISCH/KASPERS**, § 275 N 108; **LÖWISCH**, Zweifelhafte Folgen des geplanten Leistungsstörungenrechts für das Arbeitsvertragsrecht, NZA 2001, s.466

<sup>1069</sup> **ERNST**, § 275 N 39; **HENSSLER/MUTHERS**, Arbeitsrecht und Schuldrechtsmodernisierung, ZGS 2002, 223; Lindemann, Neuereungen im Arbeitsrecht durch die Schuldrechtsreform, AuR 2002, s.82

### III- BORÇLUNUN § 275 I-III BGB'YE GÖRE BORCUNDAN KURTULMASI HALİNDE ALACAKLININ BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ YOLLAR

§ 275 BGB'de düzenlene hallerin varlığı halinde borç ya kendiliğinden sona erecek ya da borçlunun ileri süreceği defî yoluyla borcu ifa etmekten kaçınma hakkına sahip olacaktır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere bu maddede yalnızca asli edim yükümünün sona ereceğinin düzenlenmiş olması borçlunun herhangi bir şekilde başka bir edimi ifa etmek zorunda kalmayacağı anlamına gelmemektedir.

§ 275 IV BGB sadece asli edim yükümünün sona ermesi halinde tazminat yükümünün doğabileceğine işaret etmiş, bunun dışında alacaklının sahip olduğu haklarla ilgili bir düzenleme getirmemiştir. Bu fıkraya göre imkansızlık halinde alacaklı §§ 280, 283-285, 313a ve 326 BGB'ye göre ifa yerine tazminat talep edebilecek, ifa yerine tazminat talep etmemesi halinde § 284 BGB'ye göre yaptığı masrafların ödenmesini isteyebilecek, bunların yanı sıra § 285 BGB'ye göre borçlunun elde ettiği kaim değeri talep edebilecek, son olarak ise tam iki taraflı sözleşmelerde yukarıda sayılan haklar ek olarak §§ 326 V, 323 BGB'ye göre sözleşmeden dönebilecektir.

#### A- İFA YERİNE TAZMİNAT

Alman Medeni Kanunu'nun tazminat sorumluluğunun esaslarıyla ilgili temel maddesi § 280 BGB'dir. Bu hüküm baştaki imkansızlık hariç tüm ifa engelleri bakımından geçerlidir. Kanun koyucu genel bir sorumluluk hükmü koymakla, çeşitli ifa engelleri arasındaki farklılıkları ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.<sup>1070</sup> Bu hüküm dışında kalan tazminat hükümleri yalnızca, belirli zararlar ve belirli ifa engelleri bakımından bu hükme ek birtakım şartlar getirmektedirler. Bu nedenle § 280 BGB hükmü, yükümlülüğe aykırı davranması sonucunda ortaya çıkacak tüm zararlar

<sup>1070</sup> CANARIS, Die Reform des Leistungsstörungen, s.512; LOOSCHELDERS, Unmöglichkeit, s.855; WILMOWSKY, s.3, 4; FEHRE, s.87

bakımından tek başına uygulanamayacak, sözleşmeye aykırılığın türüne göre diğer pragraflarda belirtilen birtakım ek şartların varlığı aranacaktır.<sup>1071</sup>

Borçlunun imkansızlık sebebiyle yükümlülüğe aykırı davranması halinde uygulanacak olan § 283 BGB'ye göre, borçlunun § 275 I-III BGB'ye göre borcunu ifa etmesinin gerekmediği durumlarda alacaklı, § 280 I BGB'deki şartların varlığı halinde aynen ifa yerine tazminat talep edebilecektir. Bu tazminat müsbet zararı karşılamaktadır. § 280 I 1 BGB'de ise borçlunun borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, alacaklının bu sebeple oluşacak zararını borçludan talep edebileceği ifade edilmiştir. § 280 I 2 BGB'ye göre ise borçlu yükümlülüğe aykırılıktan sorumlu olmadığı hallerde alacaklının zararını karşılamak zorunda kalmayacaktır.<sup>1072</sup> Borçlu § 276 BGB'ye göre taraflarca daha ağır veya daha hafif bir sorumluluğun kabul edilmemesi veya borç ilişkisinin içeriğinden böyle bir durumun anlaşılması veya özellikle ayrıca bir garanti ya da tedarik yükümlülüğü altına girmemiş olması hallerinde kastından veya ihmalden sorumlu olacaktır. Borçlunun garanti veya tedarik yükümlülüğü altında olduğu hallerde ise borçlu kusuru bulunmasa dahi yükümlülüğe aykırılık sebebiyle meydana gelen zarar sebebiyle alacaklının zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır.

Görüldüğü üzere borçlunun tazminat ödemek zorunda bırakılabilmesi için öncelikle borçlunun sözleşmeden veya kanundan doğan yükümlülüğe aykırı davranması, alacaklının bu sebeple bir zarara uğramış olması ve bununla birlikte borçlunun mutlaka bu yükümlülüğe aykırılıktan sorumlu olması gerekmektedir. Buna göre yükümlülüğe aykırılık sebebiyle borçludan zararını tazmin etmesini talep eden alacaklı öncelikle üzerine düşen ispat yükünü yerine getirecek ve borçlunun yükümlülüğe aykırı davrandığını ortaya koymak zorunda kalacaktır. Ancak alacaklının bunu ispatlamasından sonra, borçlunun ispat yükü doğacak ve tazminat ödemek istemeyen borçlu yükümlülüğe aykırı davranmasında sorumluluğunun

<sup>1071</sup> Örneğin temerrüt neticesinde meydana gelen zararlar için istenecek tazminat bakımından §§ 280 II, 286 BGB, imkansızlık halinde talep edilebilecek olan ifa yerine tazminat bakımından ise §§ 280 III, 281-283 BGB ek birtakım unsurlar öngörmektedir. Huber, ifa engelleri bakımından alacaklının başvurabileceği bu hukuki yolların amacının ilk safhada sözleşmeye bağlılığı sağlamak ve böylece *pacta sunt servanda* ilkesini hayata geçirmek olduğunu ifade etmektedir. HUBER, Schadenersatz statt der Leistung, Tagung der Zivilrechtlervereinigung im Marburg in September 2009, 210.Band, 2010, s.320

<sup>1072</sup> Garanti veya tedarik yükümü altında olduğu hallerde ise borçlu yükümlülüğe aykırılıktan sorumlu olmasa dahi alacaklının uğradığı zararları talep edebilecektir.

bulunmadığını ispatlamak zorunda kalacaktır. Bunu ispatlayamadığı takdirde borçlu alacaklının müsbet zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır.<sup>1073</sup>

İmkansızlık bakımından § 280 I 1 BGB anlamında yükümlülüğe aykırılığın hangi anda meydana geldiği noktasında Alman doktrininde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bazı yazarlar edim sonucunun (Lesitungserfolg) meydana gelmemesi halinde imkansızlıktan bahsedileceğini ifade etmektedir. Buna göre imkansızlık sebebiyle borcun ifa edilemediği halde imkansızlıktan bahsedilecek olup, yükümlülüğe aykırılığın tespitinde borçlunun bundan sorumlu olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır.<sup>1074</sup> Bazı yazarlar ise borçlunun imkansızlık halinde borçlunun ya imkansızlığa doğrudan sebep olduğunu ya da bunun meydana gelmesini engelleme imkanı olmasına rağmen engellemediğini, bu sebeple de burada yükümlülüğe aykırılığın borçlunun davranışlarında (Verhalten des Schuldners) yattığını ifade etmektedirler.<sup>1075</sup>

§ 280 III BGB'de açıkça, alacaklının ifa yerine tazminat talep edebilmesi için § 280 I BGB'deki şartların yeterli olmadığı, alacaklının ifa yerine tazminat talep edebilmesi için ayrıca § 281, § 282 ve § 283 BGB'deki şartların gerçekleşmiş olmasının da gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre alacaklı, borçlunun edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ancak, § 281 I BGB'ye göre borçlunun kendisine verilen uygun süreyi boşa geçirmesi halinde ifa yerine tazminat talep edebilecektir. Ancak alacaklının kural olarak borçluya vermesi gereken uygun süre, artık edimin ifa edilmesinin mümkün olmaması sebebiyle imkansızlık bakımından bir anlam ifade etmemektedir.<sup>1076</sup> Bunun yanı sıra § 281 I 2 BGB'de ayrıca borçlunun borcunu hiçbir şekilde ifa etmeyeceğini ciddi bir şekilde ifade etmesi halinde de ifa yerine tazminat

<sup>1073</sup> OTTO, Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungsrechts, s.5; FEHRE, s.87; FAUST, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen, s.226; HUBER, Schadensersatz statt der Leistung, s.335; ERGÜNE, Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri, s.360

<sup>1074</sup> ERNST, § 283 N 4; HEINRICH, § 280 N 13; CANARIS, Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte -, in Egon Lorenz, Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Karlsruhe 2003, s.30; BROX/WALKER, § 22 N 51; Schulze/Ebers, s.271, Fehre, s.92; LOOSCHELDERS, Unmöglichkeit, 855; Schwarze, s.79

<sup>1075</sup> SCHWAB, Das neue Schuldrecht im Überblick, JuS 2002, s.1,3; SCHÄFFER, Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 280 I 1 BGB, JA 2003, s.601 vd.; WILMOWSKY, s.14; HARKE, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, s.58; MÜCKL, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung s.930

<sup>1076</sup> LORENZ, Schuldrechtsmodernisierung, s.26; SCHULZE/EBERS, s.27; MEDICUS, Schuldrecht I, 17. Auflage, § 33 N 364.; ERGÜNE, Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri, s.361; BELLING/BELEN, s.3035

talep edebilmek için borçluya ek bir süre verilmesine ihtiyaç duyulmayacağı belirtilmiştir.

§ 281 I S.2 BGB'de ayrıca kısmi imkansızlıkla ilgili bir açıklama yapılmış ve borçlunun borcunu kısmen ifa etmesi halinde kalan kısmın kendisi için bir anlam ifade etmemesi halinde alacaklının ifanın tamamından vazgeçerek tazminat talep edebileceği ifade edilmiştir. Ancak edimin bölünebilir olduğu ve kalan kısmın ifasının alacaklı bakımından bir anlam ifade edeceği hallerde borçlu sadece edimin imkansızlaşan kısmını yerine getirmekten kurtulacak, bunun karşılığında alacaklının yerine getirmek zorunda kalacağı karşı edimi kendiliğinden §§ 326 I 1, 441 I BGB gereğince indirime tabi tutulacaktır. Borçlunun kalan kısım bakımından borcunun devam etmesi nedeniyle alacaklı yalnızca ifası imkansızlaşan kısım için tazminat talep edebilecektir (§§ 280 I, III, 283 BGB).

## **B- YAPTIĞI MASRAFLARI TALEP ETME HAKKI**

Borçlunun § 275 BGB'ye göre borcundan kurtulması halinde alacaklı, ifa yerine tazminat talep etmek yerine §§ 275 IV, 280 I, III, 284 BGB'ye göre, borçludan sözleşmenin ifa edileceğine olan güvenerek yapmış olduğu ve haklı olarak yapabileceği ve yükümlülüğe aykırılık sebebiyle amacına ulaşmayacak olan masrafları da talep edebilecektir. Diğer bir deyişle, burada – kaçırılan fırsatlar hariç – olumsuz zararın tazmini istenebilecektir. Alacaklının bu hükme göre masraflarını talep edebilmesi için §§ 281, 282, 283 veya 311a II BGB'ye göre ifa yerine tazminat talep edebilecek durumda olması gerekmektedir.<sup>1077</sup> Bu durumda alacaklı ancak, borçlunun meydana gelen imkansızlıktan sorumlu olması halinde yaptığı masrafları ondan talep edebilecektir.

İfa yerine tazminatın kapsamına giren alacaklının kazanç kaybının ispatlanmasında yaşayabileceği zorluklar karşısında alacaklıya böyle bir imkan tanınmış ve alacaklının kazanç kaybını ispatlayamadığı durumlarda hiç olmazsa yapmış olduğu

---

<sup>1077</sup> ERNST, § 284 N 12, 13; UNBERATH, § 284 N 2; OTTO, § 284 N 15

masrafları talep edebilmesi sağlanmıştır.<sup>1078</sup> Bu nedenle bazı yazarlarca, bu hükmün alacaklıyı özellikle, sözleşmenin maddi kazanç elde etmek için değil salt mala sahip olmak ve onu kullanmak amacıyla akdedildiği hallerde koruduğu ifade edilmiştir.<sup>1079</sup> Ancak Alman Federal Mahkemesi 2005 yılında verdiği bir kararda sözleşmenin ticari amaçlarla akdedildiği hallerde de bu alacaklının bu hükme göre yapmış olduğu harcamaları talep edebileceğine hükmetmiştir.<sup>1080</sup>

§ 284 BGB hükmünün, alacaklının ifa yerine tazminat talebini düzenleyen §§ 280 I, III, 283 BGB'den farkı şudur: Alacaklı yapılan masrafları talep etme hakkında sözleşmenin hiç yapılmaması halinde içinde bulunacağı duruma getirilmeye çalışılmakta, ifa yerine tazminatta ise sözleşme gereği gibi ifa edilmiş konumuna sokulmaktadır.<sup>1081</sup> Bu nedenle alacaklı bu iki hukuki yol arasında bir seçim yapmak zorunda kalacak, her ikisine birden başvuramayacaktır.<sup>1082</sup>

Masraf kavramından, alacaklının kendi rızasıyla yaptığı harcamalar anlaşılmakta ve borçlunun sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına güveni sebebiyle uğradığı zararlar masraf olarak kabul edilmemektedir.<sup>1083</sup>

Burada bahsedilen masraflar, alacaklının yükümlülüğe aykırılık sebebiyle yapmak zorunda kaldığı masraflar değil, onun zaten borcun gereği gibi ifa edilmesi halinde de yapacağı masraflardır. Bu nedenle yükümlülüğe aykırı davranışla masraflar arasında bir nedensellik bağının bulunması aranmamaktadır. Hatta alacaklının

<sup>1078</sup> OTTO, J. Von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304, § 284 N 2 vd.; MEDICUS, Schuldrecht I, 17. Auflage, s.147

<sup>1079</sup> HEINRICHS, 64. Auflage, 2005, § 284 N 4 LORENZ, Schuldrechtsreform 2002, s.1892; MEIER, Nachträgliche Unmöglichkeit s.127

<sup>1080</sup> NJW 2005, s.28 (BGH VIII ZR 275/04). Bazı yazarlar, gerçekten de ne hükümde ne de kanunun gerekçesinde bu hükmün ticari amaçla akdedilen sözleşmeler bakımından uyulanmasına engel olan bir ibarenin bulunduğunu, dolayısıyla Federal Mahkemenin kararının doğru olduğunu ifade etmişlerdir. Bkz. GSELL, Aufwendersatz nach § 284 BGB, NJW 2006, s.125. Bazı yazarlar ise, kanunun amacına rağmen, bu kararın ardından artık ticari amaçla akdedilen sözleşmelerde de alacaklının bu hükme göre masraflarını talep edebileceğini belirtmişlerdir. Bkz. HEINRICHS, § 284 N 3; LORENZ, Fünf Jahre "neues" Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2007, s.3

<sup>1081</sup> OTTO, § 284 N 11; FEHRE, s.122

<sup>1082</sup> Emlakçı vasıtasıyla bulunan bir bağımsız bölümün kiralanması örneğinde, kiralananın kiralayanın dikkatsizliği sebebiyle yanması halinde kiracı benzer bir bağımsız bölüm için daha fazla kira ödemek zorunda kalırsa, bu yeni bağımsız bölüm için yapılan masraflar §§ 280 I,III, 283 BGB'ye göre tazmin edilebilecekken, emlakçıya verilen para sözleşmenin kurulması için yapılan masraf olarak § 284 BGB kapsamında talep edilebilecektir. Örnek için bkz. Fehre, s.122.

<sup>1083</sup> HEINRICHS, § 284 N 5; OTTO, § 284 N 20; UNBERATH, § 284 N 11; FEHRE, s.124

masrafları talep edebilmesi için bir zararının dahi bulunması gerekmemektedir.<sup>1084</sup> Bu hükme göre alacaklının yapmış olduğu masrafları tazmin ettirebilmesi için sadece bu masrafların haklı olması, sözleşmeyle hedeflenen amaçla makul bir bağının bulunması ve yapılan bu masrafların yükümlülüğe aykırı davranılması sebebiyle boşa yapılmış olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Borçlunun ifa etmemesine rağmen yapılan masraflar amacına ulaşmışsa alacaklı bu masrafları borçludan talep edemeyecektir.<sup>1085</sup>

### C- KAIM DEĞERİ TALEP ETME HAKKI

§ 285 I BGB'ye göre alacaklı, borçlunun § 275 I-III BGB'ye göre ifa etmek zorunda olmadığı edimi yerine bir ikame değer veya tazminat talep etme hakkı elde etmesi halinde, elde ettiği bu kaim değeri borçludan talep etme hakkına sahip olmaktadır. Kaim değer yükümlülüğe aykırı davranmasına yol açan ifa engelinin bir sonucu olarak elde edilmiş olması, bir başka deyişle kaim değer elde edilmesiyle ifa engelini ortaya çıkaran durum arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.<sup>1086</sup> Ayrıca borçlunun yok olan edimi yerine bir kaim değer elde edebileceği varsayımı yeterli olmayıp, borçlunun somut olarak bu kaim değeri elde etmiş olması gerekmektedir.<sup>1087</sup>

Yukarıda bahsedilen haklardan farklı olarak burada borçlunun kusuru aranmamakta, borçlu yükümlülüğe aykırılıkta kusursuz olduğunu ileri sürse dahi elde ettiği kaim değeri alacaklıya vermek zorunda kalmaktadır. Borçlunun edimin yok olması sebebiyle onun yerine elde ettiği veya edeceği sigorta bedeli, üçüncü kişinin sözleşme konusu malı yok etmesi halinde üçüncü kişiden elde ettiği veya edeceği tazminat vb. kaim değer olarak talep edilebilecektir.

<sup>1084</sup> ERNST, § 285 N 16; FEHRE, s.123.

<sup>1085</sup> UNBERATH, § 284 N 19; Örneğin sözleşmeden doğan karşı edim borcunu yerine getirmek için bankadan kredi alan ve bunun için belirli miktarda masraf yapan alacaklı, borçlunun yükümlülüğe aykırı davranması halinde, aldığı bu krediyi bir başka iş için kullanabileceği için kredi almak için yaptığı masrafları borçludan talep edemeyecektir.

<sup>1086</sup> EMMERICH, § 285 N 4; LÖWISCH/KASPERS, § 285 N 30; UNBERATH, § 285 N 8.

<sup>1087</sup> HEINRICH, § 285 N 9; LÖWISCH/KASPERS, § 285 N 30



Alacaklının ifa yerine tazminat talep etmesi halinde ise bu tazminat, alacaklının birinci fıkraya göre kaim değeri talep etmiş olması halinde, kaim değer oranında indirilecektir (§ 285 II BGB). Borçludan kaim değeri talep eden alacaklı § 326 III S.1 BGB'ye göre ise kendi edimini ifa etmek zorunda kalacaktır. Kaim değer değerinin asli edimin değerinden düşük olduğu hallerde ise karşı edim de bu nispette indirilecektir (§ 326 III S.2 BGB). § 285 II BGB 'nin kıyasen uygulanması neticesinde alacaklının tazminat yerine § 284 BGB'ye dayanarak yaptığı masrafları talep etmesi halinde de bu masraflar kaim değer oranında indirilecektir.<sup>1088</sup>

#### D- SÖZLEŞMEDEN DÖNME

Sözleşmeden dönme hakkı genel olarak § 323 BGB'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre iki taraflı bir sözleşmede borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklı borçluya borcunu ifa etmesi için bir mehil tayin edecek ve borçlunun bu süreyi boşa geçirmesi üzerine sözleşmeden dönebilecektir. Hükümde açıkça ifade edilmesinin yanı sıra kanunun gerekçesinde de, bu hükmün yalnızca iki taraflı sözleşmeler bakımından geçerli olduğu ve bu hakkın kullanılabilmesi için sözleşmenin mutlaka tam iki taraflı olmasının gerektiği belirtilmiştir.<sup>1089</sup>

Genel hüküm niteliğindeki § 323 BGB'nin yanı sıra borçlunun § 275 BGB'ye göre borcundan kurtulması halinde alacaklının sahip olduğu sözleşmeden dönme hakkı § 326 V BGB'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre borçlunun § 275 I-III BGB'ye göre borcunu ifa etmek zorunda olmadığı hallerde alacaklı borçluya bir mehil tayin etmeksizin kısmen veya tamamen sözleşmeden dönebilecektir. Alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için borçlunun kusurlu olmasına gerek bulunmamaktadır. Sözleşmeden dönen alacaklı kendi edimini yerine getirmekten kurtulacak, kendi edimini daha önce yerine getirmiş olması halinde §§ 346-348 BGB'ye göre bunu geri isteme hakkına sahip olacaktır.<sup>1090</sup>

<sup>1088</sup> FEHRE, s.137

<sup>1089</sup> BT-Drucks. 14/6040, s.183

<sup>1090</sup> Tazminatın fark teorisine göre hesaplanabilmesi için tarafların henüz edimlerini ifa etmemiş olmaları gerektiği, alacaklının kendi edimini daha önce ifa etmiş olması halinde sözleşmeden dönerek bunu geri talep edebileceği ve ancak bu durumda sözleşmeden dönme ve ifa yerine tazminatı kombine etme şansının bulunduğunu ifade edilmektedir. Bkz. HUBER, Schadensersatz statt der Leistung, s.339. Schwarze ise kanun koyucu borçlunun § 275 I-III BGB'ye göre

§ 325 BGB'ye göre borçlu sözleşmeden dönmesine rağmen tazminat talep edebilmektedir. Burada kastedilen müsbet zararın tazminidir. Bu durumda bir yandan sözleşmeden dönülürken, diğer yandan alacaklının malvarlığı sözleşme sanki gereği gibi ifa edilmiş konumuna getirilmektedir.<sup>1091</sup>

Alacaklının imkansızlık halinde § 326 I 1 BGB'ye göre kendi edimini yerine getirmekten kurtulduğu, daha önce yerine getirdiklerini ise geri isteyebildiği gerekçesiyle alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının tanınmasının çok büyük bir önemi bulunmadığı, sözleşmeden dönme hakkının alacaklı bakımından ancak sınırlı durumlarda, örneğin § 326 I 1 BGB'nin § 326 I 2 sebebiyle uygulanmadığı hallerde ya da kısmi imkansızlık hallerinde ya da alacaklının §§ 275, 326 I 1 BGB'deki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini bilmediği hallerde önem taşıyacağı ifade edilmektedir.<sup>1092</sup> Buna göre öncelikle, borçlunun sözleşmeye uygun olmayan ifasından kaynaklanan borç ihlalinin önemli olmaması halinde alacaklının sözleşmeden dönemeyeceğini düzenleyen § 323 V 2 BGB hükmü karşısında alacaklı, satım sözleşmesine konu olan nesnede giderilmesi mümkün olmayan bir ayıbın bulunması halinde ancak sözleşmeden dönebilmesi halinde kendi edimini yerine getirmekten kurtulacak ve daha önce ifa ettiklerini geri talep edebilecektir. Bunun yanı sıra kısmi imkansızlıkta karşı edimin § 326 I 1 BGB'nin yapmış olduğu atıfla § 441 III BGB'ye göre indirim tabi tutularak varlığını sürdürmesi sebebiyle, alacaklı yine ancak kendisine tanınan sözleşmeden dönme hakkı sayesinde kendi ediminden

---

borcunundan kurtulduğu durumlarda alacaklının da § 326 I BGB'ye göre karşı edim yükümünden kendiliğinden kurtulacağı ifade etmekle yetinmeyerek, bu durumda alacaklıya § 326 V BGB'de bir de sözleşmeden dönme hakkı tanınmasının ancak edim ve karşı edim yükümlerinin § 275 BGB ve § 325 V BGB'ye göre henüz sona ermediği hallerde bir anlam taşıyacağı, bunun ise sadece kısmi imkansızlıkta söz konusu olacağı, zira bu durumda kalan kısmın ifasında bir menfaati bulunmayan alacaklının § 326 V BGB ve § 323 V BGB'nin birlikte uygulanmasıyla sözleşmenin tamamından dönebileceği ifade edilmiştir. Bkz. **SCHWARZE**, s.82.

<sup>1091</sup> Reform öncesi Alman doktrininden farklı olarak reform sonrasında sözleşmeden dönmeyen borç ilişkisini nasıl etkileyeceği, bir başka deyişle sözleşmeden dönülmesi halinde borç ilişkisinin ortadan kalkıp kalkmayacağı hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Zira bu alacaklının sözleşmeden dönmesine rağmen müsbet zararlarını karşılayabileceğinin ifade edildiği bu hüküm karşısında artık, sözleşmeden dönülmesi halinde borç ilişkisinin tamamen ortadan kalkacağı ve hiçbir hüküm ifade etmeyeceği söylenemeyecektir.

<sup>1092</sup> Alacaklının imkansızlık halinde § 326 I 1 BGB'ye göre kendi edimini yerine getirmekten kurtulduğu, daha önce yerine getirdiklerini ise geri isteyebildiği gerekçesiyle alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının tanınmasının çok büyük bir önemi bulunmadığı, sözleşmeden dönme hakkının alacaklı bakımından ancak sınırlı durumlarda, örneğin § 326 I 1 BGB'nin § 326 I 2 sebebiyle uygulanmadığı hallerde ya da kısmi imkansızlık hallerinde ya da alacaklının §§ 275, 326 I 1 BGB'deki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini bilmediği hallerde önem taşıyacağı ifade edilmektedir. Bkz. **BROX/WALKER**, § 22 N 82.

tamamen kurtulma ve daha önce ifa ettiklerini geri isteyebilme hakkına sahip olabilmektedir.

#### IV- KARŞI EDİMİN AKİBETİ

Reform sonrası Alman Medeni Kanunu'nda eski kanundan farklı olarak düzenlenen iki husus bulunmaktadır: Bunlardan ilki, alacaklının karşı edim yükümünden kurtulabilmesi için sözleşmeden dönmesine gerek olmayıp, edimin imkansızlaşması halinde alacaklının § 326 I BGB'ye göre kendiliğinden karşı edim yükümünden kurtulmasıdır. İkinci olarak ise alacaklı hem sözleşmeden dönebilmekte hem de tazminat talebinde bulunabilmektedir.

§ 275 BGB'ye göre borcundan kurtulan borçlu § 326 I BGB'ye göre karşı edim talebini de yitirecektir.<sup>1093</sup> Bu maddeye göre borçlunun karşı edim talebini kaybetmesi ayrıca onun imkansızlıktan sorumlu olup olmamasına bağlı olmayıp, borçlu meydana gelen imkansızlıktan sorumlu olmasa dahi alacaklıdan karşı edimi talep edemeyecektir. Bir başka deyişle birincil edim yükümlülüğü bakımından hasara katlanması gereken borçlu olacaktır.<sup>1094</sup> Borçlunun imkansızlıktan sorumlu olduğu hallerde alacaklı zararının tazmin edilmesini talep edebilecek, ancak alacaklının yerine getirmekten kurtulduğu karşı ediminin değeri tazminattan indirilecektir. Bu maddede yalnızca alacaklının henüz yerine getirmediği edimlerinden kurtulması düzenlenmemiş, bunun yanı sıra § 326 IV BGB'de alacaklının daha önce yerine getirdiği edimleri geri isteyebileceği de ifade edilmiştir.

Alacaklının karşı edim yükümlülüğünden kendiliğinden kurtulması karşısında alacaklıya ödenecek tazminatın hesaplanmasında yalnızca fark teorisinin uygulanabileceği söylenebilecektir. Zira borçlu asli edimi yerine tazminat ödemek zorunda kalırken alacaklıdan karşı edimi talep edemeyecek olması, mübadele

<sup>1093</sup> Reform öncesi Alman Medeni Kanunu'nda ise borçlu imkansızlıktan sorumlu olması durumunda karşı edimi talep hakkını yitirmemekteydi (§ 323 I BGB a.F.). İmkansızlıktan borçlunun sorumlu olmaması halinde ise alacaklı bu hükme göre karşı edimi kaybetme ya da sözleşmeden dönme veya ifa etmeme sebebiyle tazminat (§ 325 I BGB a.F.) hakları arasında bir seçim hakkına sahip oluyordu. Yeni Medeni Kanuna göre ise alacaklı alacaklı sözleşmeden dönmesine rağmen ifa yerine tazminat talep edebildiği gibi § karşı edimi yerine getirmekten kurtulsa dahi borçludan zararının giderilmesini talep edebilmektedir.

<sup>1094</sup> SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Kapitel 13 N 495

teorisinin uygulanamayacağı anlamına gelir.<sup>1095</sup> Ancak Alman doktrininde bazı yazarlar § 326 I BGB’de alacaklının karşı edimi yerine getirme yükümlülüğü bulunmadığının belirtildiğini, buna karşı alacaklının karşı edimi yerine getirmek istemesi halinde bu hakkının engellenmediğini, dolayısıyla alacaklının kendi edimini yerine getirmek suretiyle tazminatı mübadele teorisine göre hesaplamasının önünde bir engel bulunmadığını ifade etmektedirler.<sup>1096</sup>

## V- ALACAKLININ SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI

§ 326 II BGB’ye göre, borçlunun § 275 I-III BGB’ye göre borcunu ödemek zorunda kalmamasına neden olan olaydan tek başına ya da büyük oranda ağırlıklı olarak alacaklının sorumlu olması ya da borçlunun sorumlu olmadığı bu olayın alacaklının temerrüte bulunduğu bir anda gerçekleşmesi halinde borçlu herhangi bir tazminat ödemek zorunda kalmaksızın alacaklıdan karşı edimi talep edebilecektir. Ancak bu durumda borçlu borcun sona ermesi sebebiyle tasarruf ettiği ya da işgücünü başka bir şekilde kullanması sebebiyle elde ettiği veya elde etmeyi kötü niyetle ihmal ettiği kısmı karşı edimden indirmek zorundadır. Alacaklı karşı edimi yerine getirmemek amacıyla § 326 V BGB’ye dayanarak sözleşmeden dönebilecektir.

<sup>1095</sup> **FIKENTSCHE/HEINEMANN**, N 433; **LOOSCHELDERS**, Schuldrecht AT, N 670; **LORENZ/RIEHM**, Schuldrecht N 21; **SCHWARZE**, s.82; **ZIMMER**, s.8. Ancak bu durum Alman doktrininde, karşı edimin kendisi için bir önem arzetmediği hallerde alacaklının mübadele teorisine göre kendi edimini yerine getirip karşılığında borçludan tüm zararını talep etmek isteyebileceği, bunu yapmasına engel olunması halinde ise bu durumdan borçlunun alacaklı karşısında korunmuş olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu yazarlara göre mübadele teorisi, sözleşmenin planlandığı gibi ifa edilmesi amacına uygun düşmektedir. Bu yazarlarca ayrıca, alacaklının sözleşmeden dönme ile tazminat talep etme hakkını yitirmeyeceğinin düzenlendiği § 325 BGB hükmünün mübadele teorisinin uygulanmasını gerektirdiğini, zira sözleşmeden dönen alacaklıya kendi edimini yerine getirmekten kaçınma hakkının verilmemesi halinde çelişkili bir durumun ortaya çıkacağı ve § 325 BGB’de düzenlenen seçimlik hakkın sadece alacaklıya fark ve mübadele teorileri arasında bir seçim yapma hakkının tanınması halinde bir anlam ifade edeceği ileri sürülmüştür. Bkz. **HEINRICHS**, § 281 N 20; **LORENZ/RIEHM**, Schuldrecht, N 210. Bazı yazarlar ise alacaklının karşı edim yükümünden kurtularak fark teorisine göre tazminat talep edebilmesi için ifa yerine tazminat talep etmesinin yeterli olmayıp, bunun yanı sıra ayrıca sözleşmeden de dönmesi gerektiği gerekçesiyle burada değişim teorisinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler (Bkz. **ERNST**, § 325 N 6 vd; **GSELL**, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz, s.647, **STRUPP**, s.81). Huber ise tazminatın hesaplanmasında fark teorisinin uygulanacağını kabul etmekle birlikte, takas sözleşmelerinde ve takas benzeri sözleşmelerde alacaklının dark ve değişim teorileri arasında bir seçimlik hakkının bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. **HUBER**, Schadensersatz statt der Leistung, s.338

<sup>1096</sup> **LORENZ/RIEHM**, Schuldrecht, N 212; **FEHRE**, s.119

## VI- HER İKİ TARAFIN DA SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI

Reform öncesi Alman Hukuku'nda her iki tarafın da sorumlu olduğu ifa imkansızlığı ile ilgili bir hükmün kanunda yer almaması nedeniyle büyük çoğunlukla fark teorisi çerçevesinde §§ 324 ve 325 BGB a.F.'nin birlikte uygulanacağı, buna göre hem alacaklının § 325 BGB a.F.'ye göre tazminat alacağına hem de borçlunun karşı edim alacağına sahip olmaya devam edeceği, ancak her iki talebin de, meydana gelen zarardan hem zarar görenin hem de zarar verenin sorumlu olduğu halleri düzenleyen § 254 BGB'ye göre indirileceği görüşü savunulmaktaydı.<sup>1097</sup>

Borçlar Kanunu Modernizasyonunun ardından ilk başlarda Alman doktrinindeki yazarların büyük çoğunluğu, reform sonrasında da bu konu hakkında bir hüküm bulunmadığını ve bu nedenle eski hukuk sisteminde genel olarak kabul gören çözümün bugün de savunulabileceğini, bir başka deyişle karşı edimi talep hakkının § 326 II BGB'ye göre ayakta tutulabileceğini ve gerek alacaklının tazminat talebinin, gerekse borçlunun karşı edim talebinin § 254 BGB'ye göre indirilebileceği ileri sürmüşlerdir.<sup>1098</sup>

Ancak daha sonraki yıllarda kanunda yer alan imkansızlık hükümlerinin, imkansızlıktan her iki tarafın da sorumlu olduğu haller bakımından da uygulanabileceği, dolayısıyla burada bir kanun boşluğu bulunmadığı görüşü hakim olmaya başlamıştır. Buna göre bu hallerde § 326 I ve II BGB uygulama alanı bulacaktır. Bu yazarlara göre § 275 BGB'ye göre borcundan kurtulması halinde borçlu, aynı anda § 326 I BGB'ye göre kendiliğinden karşı edim alacağını da yitirecek, dolayısıyla bu durumda hem edim hasarına hem de ücret hasarına

<sup>1097</sup> HUBER, Leistungsstörungen II, § 57 II 5/6, s.749 vd.; FAUST, Von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit, s.133; JESSEN, Das Problem beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, JA 1973, ZR s.171; BAUMANN/HAUTH, Die rechtliche Problematik beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, JuS 1983, Heft 4, s.279; LOOSCHELDERS, Beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, JuS 1999, Heft 10, s.952, SCHWARZE, s.82

<sup>1098</sup> LORENZ/RIEHM, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, N 350; MEDICUS, Schuldrecht AT, 17.Auflage, § 42 N 503; TEICHMANN, Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, s.1485; MEIER, Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit, s.128; STOPPEL, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit nach neuem Schuldrecht, JURA 2003, Heft 4, s.227; Başından itibaren bu konuda kanunda bir boşluk bulunmadığı ve kanunda yer alan imkansızlık hükümlerinin imkansızlıktan her iki tarafın sorumlu olduğu hallerde de uygulanabileceği görüşünde, GRUBER, Urs-Peter, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, JuS 2002, Heft 11, s.1068, 1071; CANARIS, Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit, s.158

katlanmak durumunda kalacaktır. Alacaklının karşı edim yükümünün sona ermesi bakımından imkansızlığın neden kaynaklandığının veya bundan borçlunun sorumlu olup olmadığının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Ancak bu yazarla bu kuralın yegane istisnasını teşkil edebilecek düzenlemenin § 326 II BGB'de yer aldığını ifade etmektedirler. Bu hükümde, borçlunun § 275 I-III BGB'ye göre borcunu ödemek zorunda kalmamasına neden olan olaydan tek başına ya da büyük ölçüde ağırlıklı<sup>1099</sup> olarak alacaklının sorumlu olması ya da borçlunun sorumlu olmadığı bu olayın alacaklının temerrüte bulunduğu bir anda gerçekleşmesi halinde, borçlunun karşı edim talebini yitirmeyeceği ifade edilmiştir. Hükümde yer alan bu ifade karşısında bu yazarlar, meydana gelen imkansızlıktan her iki tarafın da sorumlu olduğu durumlarda kanunun, en azından alacaklının sorumluluğunun büyük oranda ağırlıklı olduğu haller bakımından bir çözüm getirmiş olduğunun söylenebileceğini ifade etmektedirler.<sup>1100</sup> Böylece imkansızlıktan çok büyük oranda alacaklının sorumlu olduğu bir durumda alacaklı karşı edim yükümünü yerine getirmek zorunda kalacaktır.

Alacaklının imkansızlıktan ağırlıklı olarak, borçluyla eşit olarak veya ondan daha az sorumlu olması halinde ise bu fıkrada bahsedilen istisnai durum gerçekleşmiş olmayacak ve borçlu her iki halde de § 326 I BGB'ye göre karşı edim alacağını kaybedecek, buna rağmen alacaklının zararını tazmin etmek zorunda kalmaya devam edecektir. Bir başka deyişle borçlu bu durumlarda hem edim hem de ücret hasarına katlanmaya devam edecektir. Ancak burada imkansızlıktan alacaklının da sorumlu olması sebebiyle borçlunun ödeyeceği tazminat kusuru oranında olacaktır.<sup>1101</sup> Bunun yanı sıra doktrinde bazı yazarlar<sup>1102</sup> ise, burada imkansızlığın meydana gelmesinde kusurunun bulunması sebebiyle alacaklının da yüküme aykırı davrandığını ve alacaklının da sorumlu olduğu bir imkansızlık sebebiyle § 326 I BGB'ye göre karşı edim alacağını yitiren borçlunun bu suretle bir zararının meydana geldiğini ve bu

<sup>1099</sup> Alman kanun koyucu bu hallerle, alacaklının bu imkansızlıktan neredeyse tek başına sorumlu olduğu hallerle yakın bir oranda sorumlu olduğu durumları ifade etmeye çalışmaktadır. Bkz. BT-Drucks. 14/6040, s.187

<sup>1100</sup> RAUSCHER, Die von beiden Seiten zu vertretende Unmöglichkeit im neuen Schuldrecht, ZGS 9/2002, s.336; EMMERICH, Leistungsstörungen, § 3 N 4; CANARIS, Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit, s.159; MEIER, Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit, s.128

<sup>1101</sup> EMMERICH, Leistungsstörungen, § 3 N 4

<sup>1102</sup> HEINRICH, § 326 N 15; CANARIS, Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit, s.179; RAUSCHER, s.336 vd.; RÜSSMANN, s.300

sebeple § 280 I BGB'ye göre alacaklıdan bu zararını tazmin etmesini talep edebileceğini ifade etmektedirler. Bu yazarlara göre bu durumda alacaklının § 283 BGB'ye göre, borçlunun ise § 280I BGB'ye § 254 BGB'ye göre sahip oldukları tazminat hakları indirilecektir.

## § 7- AVUSTURYA HUKUKUNDA SONRAKİ İMKANSIZLIK

### I- GENEL OLARAK İMKANSIZLIK

Avusturya Hukuku'nda da, aynen Türk/İsviçre Hukuk sistemlerinde olduğu gibi baştaki-sonraki ve kusurlu-kusursuz imkansızlık ayrımları yapılmış ve her bir imkansızlık türüne farklı sonuçlar bağlanmıştır.

Borçlar Kanunumuzun 20. maddesinde düzenlenen sözleşme öncesi imkansızlık hali Avusturya Medeni Kanunu'nun 878. paragrafında<sup>1103</sup> ele alınmış ve açıkça imkansız olan bir şeyin sözleşmeye konu olamayacağı ifade edilmiştir. Buna göre yalnızca açık imkansızlık (geradezu Unmöglichkeit) hallerinde bu hüküm uygulama alanı bularak sözleşme kesin hükümsüz sayılacak, basit imkansızlık (schlichte Unmöglichkeit) olarak ifade edilen hallerde ise hukuki işlem geçerliliğini korumaya devam edecektir.<sup>1104</sup> Hukuki işlemin geçerliliğini koruduğu hallerde ise devreye bir

<sup>1103</sup> § 878 ABGB birbirinden farklı üç problem için üç ayrı düzenleme içermektedir: Bu hükümde ilk olarak açık imkansızlık nedeniyle sözleşmelerin kesin hükümsüz sayılacağı haller belirtilmekte, ikinci olarak kısmi butlan hallerine değinilmekte, son olarak ise sözleşmenin batıl sayılmasına yol açan baştaki imkansızlıkta borçlunun *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yer verilmektedir.

<sup>1104</sup> Hangi hallerin "açık" (geradezu), hangilerinin ise "basit" (schlicht) imkansızlık kapsamında değerlendirileceği, dolayısıyla hangi hallerin bu hükmün kapsamında ele alınarak yapılan sözleşmenin kesin hükümsüz sayılacağı; hangi hallerin ise ayıba karşı tekeffül hükmü olan § 923 ABGB kapsamında kalacağı hususunda Avusturya doktrininde görüş ayrılığı yaşanmaktadır. Bu tartışmanın kökeninde § 923 ABGB'de yer alan "mevcut olmayan şeyin satılmış olması halinde..." ibaresi yatmaktadır. Zira mevcut olmayan şeyin satılması bakımından bu hükmün uygulanması, sözleşmenin § 878 ABGB'ye göre kesin hükümsüz sayılmayıp, halen geçerli olduğu anlamına gelecektir. Avusturya doktrinindeki hakim kanaate göre ancak hukuki imkansız (rechtliche Unmöglichkeit) ve gerçekten saçma olan anlaşmalar (absurde Leistungsversprechen) "açık" imkansız kabul edilerek bu hüküm kapsamında değerlendirilebilecektir (RABEL, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht, FS ABGB II, 1911, s.821 vd.; GESCHNITZER, Klang Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, vierter Band, erster Halbband, §§ 859-1044, Wien, 1968, § 878 ABGB, s.161 vd.; RAISCHAUER, Rummel Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, dritte, neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1.Band, §§ 1 bis 1174 ABGB, Wien 2000, § 878 ABGB, N 2; KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER, § 920 N 2; KOZIOL/WELSER, Bürgerliches Recht, Band I: Kletecka, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 13.Auflage, Wien 2006,

ayıba karşı tekeffül hükmü olan § 923 ABGB girecek ve borçlu bu hükme göre sorumlu olacaktır.<sup>1105</sup>

Bunun yanı sıra § 878 ABGB'nin son cümlesinde sözleşmenin kurulması esnasında imkansızlığı bilen veya bilmesi gereken tarafın, - diğer tarafın akdin kurulması esnasında imkansızlığı bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması şartıyla - diğer tarafın sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına olan güveninin sarsılması sebebiyle uğramış olduğu zararları ödemesi gerektiği belirtilmiş ve böylelikle *culpa in contrahendo* ilkesi bu hükümde açıkça yer bulmuştur.<sup>1106</sup>

Sonraki ifa imkansızlığı bakımından ise bizim hukukumuzdaki gibi bir ayrıma gidilmiştir. Borçlunun kusurlu olduğu ifa imkansızlığı § 920 ABGB'de, borçlunun kusurundan kaynaklanmayan ifa imkansızlığı ise § 1447 ABGB'de ele alınmıştır.

---

s.171 vd.; **WELSER**, Das Verschulden beim Vertragsabschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, s.281; **WELSER**, Die vorvertraglichen Pflichten in der Rechtsprechung des OGH, FS Wagner, 1987, s.361 vd.; **GRAF**, Kletecka/Schauer ABGB-Kommentar, §§ 864a, 878-880a, Wien 2010, § 878 N 2). Örneğin Avusturya'da yürürlükte olan Bağımsız Bölüm Mülkiyeti Hakkında Kanun'a göre (Wohnungseigentumsgesetz-WEG) en fazla iki gerçek kişi bir bağımsız bölüme müştereken malik olabilmektedirler. Bu sebeple bir bağımsız bölümün üç kişi tarafından satın alınması hukuken imkansızdır. Bunun gibi bir kişinin doğaüstü güçlere sahip olduğunu ileri sürerek ölü bir köpeği canlandırma yükümlülüğü altına girmesi, güneşe yolculuk taahhüt etmesi veya güneşi satması örneklerinde olduğu gibi, anlamsız olduğu kolayca söylenebilecek haller de imkansızlık kavramı altında değerlendirilecek ve bu hüküm kapsamında kalacaktır. (Örnekler için bkz. **PERNER/SPITZER/KODEK**, Bürgerliches Recht, 2.Auflage, Wien 2008, s.68). Bu durumlarda mantıklı hiçbir insan sözleşmenin ifa edileceğini düşünmeyeceğinden sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmek zorunlu değildir. Ayrıca bu görüşe göre basit imkansızlık söz konusu olduğu takdirde, buradaki imkansızlığın objektif veya subjektif olduğuna bakılmaksızın sözleşme kesin hükümsüz olarak nitelendirilemeyecektir. Buna karşın azınlık görüşüne göre bu hallerin yanı sıra, yanmış bir tablonun satılmasında olduğu gibi, borcun hiç kimse tarafından ifa edilemeyeceği objektif imkansızlık halleri de § 878 ABGB kapsamında değerlendirilebilecektir (**LUKAS**, Zur Haftung beim anfänglichen unbehebaren Mangel, JBl Jg.114, Heft 1, Januar 1992, s.15 vd.) Bu iki görüş arasındaki farkın önemi sözleşmenin hüküm doğuracağı basit imkansızlık (schlichte Unmöglichkeit) bakımından ortaya çıkmaktadır. İlk görüşe göre yanmış tablonun satılması durumunda basit imkansızlıktan bahsedilmesi gerekmekte ve dolayısıyla bu halde imkansızlık objektif nitelikte olmasına rağmen sözleşmenin geçerliliği etkilenmemektedir. Bu görüşe göre borçlu bu durumda § 923 ABGB'ye göre ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumlu olacaktır. Bazı yazarlar burada kıyasen borçlunun kusurlu olduğu sonraki imkansızlığı düzenleyen § 920 ABGB'nin de uygulanabileceğini ifade etmektedirler (Bkz. **GRAF**, § 878 N 11). Oysa doktrindeki azınlık görüşüne göre burada kimse tarafından ifa edilemeyecek bir edim söz konusudur. Bu nedenle bu durum da § 878 ABGB kapsamında değerlendirilmeli ve sözleşme kesin hükümsüz sayılmalıdır. Söz konusu ikinci görüşe göre yalnızca subjektif imkansızlık halleri basit imkansızlık kavramı altında değerlendirilebilecek ve ancak bu durumlarda borçlu § 923 ABGB'ye göre sorumlu tutulabilecektir. Bkz. **LUKAS**, s.22

<sup>1105</sup> Bu hükme göre mevcut olmayan ya da başkasına ait olan bir malı satan borçlu bundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Bizim hukukumuzda mevcut olmayan bir malın satılması halinde sözleşme objektif imkansızlık sebebiyle kesin hükümsüz sayılırken, Avusturya hukukunda sözleşme geçerli sayılmakta ve borçlu ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmaktadır.

<sup>1106</sup> **RUMMEL**, Rummel Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, dritte, neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1.Band, §§ 1bis 1174 ABGB, Wien 2000, § 878 ABGB, N 1



Sonraki imkansızlıktan borçlunun sorumlu olduğu hallerde § 920 ABGB'ye göre borçlu alacaklının – seçimine göre - fark talebini (Diffrenzanspruch) ya da değişim talebini (Austauschanspruch) karşılayarak onun zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Tarafların edimin ifasının imkansızlaşmasından sorumlu olmadığı hallerde ise § 1447 ABGB'ye göre edimin kaza sonucu yok olması sebebiyle borç sona erecek ve borçlu imkansızlaşan edimin değerini vermek zorunda kalmaksızın borcundan kurtulabilecektir. Bunun yanı sıra, Avusturya Medeni Kanunu'nda tarafların sorumlu olmadığı sonraki imkansızlıkla ilgili özel bir düzenleme de § 880 ABGB'de yer almaktadır. Bu hükme göre sözleşme konusu malın teslimden önce piyasadan kalkması halinde sözleşme hiç yapılmamış addedilecektir. Bu hüküm § 1447 ABGB'de yer alan kusursuz ifa imkansızlığının özel bir halini düzenlemektedir.<sup>1107</sup>

## II- BORÇLUNUN SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI İLE İLGİLİ ABGB'DE YER ALAN DÜZENLEME

Avusturya hukukunda borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı Avusturya Medeni Kanununun 920 ve 921. paragraflarında düzenlenmiştir. § 920 ABGB'ye göre edimin, borçlunun kusuruyla ya da onun sorumlu olduğu bir kaza sebebiyle boşa çıktığı/gerçekleşmediği hallerde, diğer taraf ifa etmeme sebebiyle tazminat talep edebileceği gibi sözleşmeden de dönebilecektir. İfanın kısmen gerçekleşmediği hallerde de, yapılan hukuki işlemin niteliğinden ya da alacaklının borçlu tarafından bilinen amacından, alacaklının kısmi ifaya bir menfaatinin bulunmadığının anlaşılması halinde, alacaklı yine sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır. Yalnızca tam iki taraflı sözleşmeler bu hüküm kapsamında kalacak, alacaklının karşı edim yükümü altında olmadığı sözleşmelerde ise § 1295 ABGB hükmü uygulanacaktır.<sup>1108</sup>

<sup>1107</sup> RUMMEL, § 880 ABGB, N 1-2.; GSCHNITZER, § 920, s.220; Bu hükmün daha ziyade malın tedavülünün yasaklandığı hallerle ilgili olduğu ifade edilmiş ve konuyla ilgili olarak sözleşme konusu ilacın sonradan yasaklanması veya bir lisansın iptal edilmesi halleri örnek gösterilmiştir. Bkz. GSCHNITZER/FAISTENBERGER/BARTA/ECCHER, s.112

<sup>1108</sup> Bu hükme göre zarar gören, kusuruyla kendisine zarar verenden zararın giderilmesini talep etme hakkına sahiptir.

Görüldüğü üzere sonraki ifa imkansızlığı bakımından objektif-sübjektif imkansızlık ayrımı yapılmamış, her iki tür imkansızlık bakımından da bu hükmün uygulanabileceği ifade edilmiştir.<sup>1109</sup> § 921 ABGB’de ise, sözleşmeden dönmenin, alacaklının, borçlunun kusurlu olarak ifa etmemesi sebebiyle meydana gelen zararlarını talep etme hakkını etkilemeyeceği ve alacaklının daha önce ifa ettiği kendi edimini geri isteyebileceği ifade edilmiştir. Bir başka deyişle alacaklı § 920 ABGB’ye dayanarak sözleşmeden dönmesi halinde de borçludan müsbet zararlarını tazmin etmesini talep edebilecektir. Bu durumda alacaklı vermekten kurtulduğu edimini talep edeceği tazminat tutarından düşmek zorunda kalacaktır. Bu sayede alacaklının, borç ifa edilseydi içinde bulunacağı duruma getirilmesi amaçlanmaktadır.<sup>1110</sup>

#### A- § 920 ABGB HÜKMÜNÜN UYGULANABİLMESİ İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

Bu hükmün uygulanabilmesi için ilk evvela ifanın boşa çıkması/gerçekleşmemesi gerekmektedir. Burada kanun koyucunun, Alman Medeni Kanunu’nun aksine, bilinçli olarak imkansızlık kavramını kullanmaktan kaçındığı ifade edilmiş ve bunun nedeni olarak ifanın boşa çıkması hallerinin imkansızlığa göre daha geniş olması gösterilmiştir.<sup>1111</sup> Bu kavram, alacaklının borçludan borcunu ifa etmesini isteyemeyeceği tüm halleri kapsamaktadır.<sup>1112</sup>

Ifanın boşa çıkması kavramının kapsamına, borçlunun borcunu ifa etmesinin fiziki olarak ya da hukuken imkansız olduğu haller kadar, fiziki olarak veya hukuken mümkün olsa bile borçludan borcunu ifa etmesinin beklenemeyeceği haller de

<sup>1109</sup> **BINDER/REINIGER**, Schwimann Praxiskommentar zum ABGB, 3.Auflage, Band 5, §§ 859-1089, § 920 N 2, 4; **GSCHNITZER/FAISTENBERGER/BARTA/ECCHER**, s.100; **WELSER**, Bürgerliches Recht II, s.46; **REISCHAUER**, § 920 N 2; **DULLINGER**, Bürgerliches Recht II Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3.aktualisierte Auflage, Wien 2008, 3/48; **GSCHNITZER**, § 920, s.482 ; **KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER**, § 920 N 1; **GRUBER**, Michael, Kletecka/Schauer ABGB-Kommentar, §§ 917-921, 934-937, § 920 N 8

<sup>1110</sup> **GRUBER**, § 921 N 4.

<sup>1111</sup> **GSCHNITZER**, § 920, s.482; **REISCHAUER**, § 920 N 2; **BINDER/REINIGER**, § 920 N 2; **GRUBER**, § 920 N 8

<sup>1112</sup> Borçlunun sorumlu olduğu sürekli ifa imkansızlığının yanı sıra sözleşme konusu malın sonradan piyasadan çekildiği veya gerekli olan resmi izin bulunmaması gibi haller ve aşırı ifa güçlüğü/beklenilmezlik halleri de bu kavram kapsamında değerlendirilebilecektir. Bkz. **BINDER/REINIGER**, § 920 N 2

girmektedir.<sup>1113</sup> Bunların borcun mutlaka kararlaştırılan zamanda ifa edilmesi gereken mutlak kesin vadeli işlemlerde de borcun zamanında ifa edilmemesi ifanın boşa çıkması anlamına gelecektir.

Yalnızca sürekli<sup>1114</sup>, sonraki ve borçlunun kusuruyla meydana gelmiş imkansızlık bu hükmün kapsamı altında kalacak, geçici imkansızlık bakımından § 918 ABGB<sup>1115</sup>, baştaki imkansızlık bakımından § 880 ABGB, borçlunun kusurunun bulunmadığı ifa imkansızlığı bakımından ise § 1447 ABGB uygulanacaktır.<sup>1116</sup>

Hükmün uygulanması için aranan ikinci şart ise “boşa çıkmanın” borçlunun kusurundan veya borçlunun sorumlu olduğu bir kazadan kaynaklanmasıdır. Borçlu öncelikle kusurlu<sup>1117</sup> olarak, bir başka deyişle kasıtlı olarak veya ihmali neticesinde borca aykırı davranmış olmalıdır.<sup>1118</sup> Ancak Avusturya Hukuku’nda da, borçlunun yalnızca kusurundan sorumlu olmayacağı, bunun yanı sıra kusurlu olmamasına rağmen borçlunun sorumlu olduğu hallerin bulunduğu ifade edilmiştir. Buna göre borçlunun, kusurlu olarak temerrüde düşmesinden sonra mala gelecek her türlü zarardan ve yardımcı şahsın kusurundan doğacak her türlü zarardan sorumlu olacağı ifade edilmiştir.<sup>1119</sup>

Edimin kazayla tamamen ortadan kalktığı hallerde bütün borç ilişkisinin sona ereceğini düzenleyen § 1447 ABGB hükmü kapsamı dışında kalan tüm hallerde

<sup>1113</sup> **GSCHNITZER**, § 920, s.483; **KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER**, § 920 N 2

<sup>1114</sup> Avusturya doktrininde bazı yazarları tarafından, imkansızlığın sürekli olup olmadığının tespitinin, fiili bir sorun olmasından ziyade bir değerlendirme sorunu olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, hayat tecrübelerine göre bir edimin en azından bir süre sonra ifa edilebileceğinin söylenebildiği hallerde ifa boşa çıkmış sayılamayacaktır. Bkz. **BINDER/REINIGER**, § 920 N 3; **WELSER**, *Bürgerliches Recht II*, s.46. Yazar şüphe halinde edimin ifasının mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

<sup>1115</sup> Alacaklının karşı edim yükümlülüğü altında olduğu bir sözleşmede taraflardan biri borcunu ifa edilmese gereken zamanında, ifa edilmesi gereken yerde veya ifa edilmesi gereken şartlarda yerine getirmediği takdirde, diğer taraf gecikme sebebiyle aynen ifayla birlikte tazminat talep edebileceği gibi, diğer tarafa bir mehil tayin ederek sözleşmeden de dönebilecektir.

<sup>1116</sup> **BINDER/REINIGER**, § 920 N 1

<sup>1117</sup> Borca aykırı davranması halinde borçlunun kusurlu olduğu kabul edilmekte ve borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için § 1298 S.1 ABGB’ye göre kusuru bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir.

<sup>1118</sup> Borçlu tarafından sözleşme kurulurken öngörülebilir ve onun tarafından engellenebilecek durumların varlığı halinde de borçlunun kusurlu olduğu kabul edilmiştir. **BINDER/REINIGER**, § 920 N 8, 9; **REISCHAUER**, § 920 N 5; **MAYRHOFER**, s.392; **DULLINGER**, 3/54; **GESCHNITZER**, § 920, s.484; **PERNER/SPITZER/KODEK**, s.154; **KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER** § 920 N 4; **GRUBER, Michael**, § 920 N 11

<sup>1119</sup> **MAYRHOFER**, s.392; **WELSER**, *Bürgerliches Recht II*, s.47; **PERNER/SPITZER/KODEK**, s.154; **BINDER/REINIGER**, § 920 N 9; **DULLINGER**, 3/54

borçlu ifanın boşa çıkmasından dolayı sorumlu olacaktır.<sup>1120</sup> Örneğin borçlu, § 1311 ABGB'de düzenlenen borçlunun sorumlu olduğu (karma) kaza<sup>1121</sup> hallerinde, sözleşmenin kurulması anında kendisi tarafından öngörülebilir kazalarda, borçlanılan edimin ifasının ekonomik güçsüzlük sebebiyle mümkün olmadığı hallerde ve sorumluluğun daha baştan kendisi tarafından kabul edildiği hallerde meydana gelen kazadan sorumlu olacaktır.<sup>1122</sup>

## B- İMKANSIZLIĞIN SONUÇLARI

§ 920 ABGB'de ifanın tam olarak ya da kısmen boşa çıkması arasında ayırım yapılmıştır. Hükümün ilk cümlesinde ifanın tamamen boşa çıkması halinde alacaklının başvurabileceği hukuki yollar belirtilmiştir. Buna göre ifanın kısmen boşa çıktığı hallerde alacaklının başvurabileceği yol, boşa çıkan kısmın ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zararı borçludan talep etmekten ibaret kalacaktır. Ancak hükümün ikinci cümlesinde, ifanın kısmen boşa çıkmasına rağmen alacaklının bazı şartların gerçekleşmesi halinde sözleşmeden dönebileceği ifade edilmiştir.

### 1-İfanın Tamamen Boşa Çıkması

Bu hükme göre ifanın tam olarak boşa çıktığı hallerde alacaklı borçludan ifa etmeme sebebiyle tazminat talep edebileceği gibi, sözleşmeden de dönebilecek ve seçtiği hukuki yola göre zararını tazmin ettirmek için borçludan farklı taleplerde bulunabilecektir.

<sup>1120</sup> Borçlar Kanunumuzdaki 117. maddeye karşılık gelen bu hükme göre belirli bir malın kaza neticesinde tamamen ortadan kalkması halinde tüm borç ilişkisi sona erecek, borçlu ortadan kalkan malın değerini alacaklıya vermek zorunda kalmayacaktır. Bu kural borcun ifa edilmesinin ya da bir borcun ödenmesinin kaza sonucu imkansızlaştığı diğer hallerde de geçerli olacaktır.

<sup>1121</sup> Bu hükme göre meydana gelen kazalarda hasar, bu kazalar kimin başına gelmişse sadece ona ait olacaktır (casum sentit dominus). Ancak taraflardan biri, bu kazaya kusuruyla sebep olması halinde, bu kaza sebebiyle meydana gelen tüm zararlardan sorumlu olacaktır. Satıcının piyasayla ilgili yanlış öngörüde bulunmuş olması veya seyahat acentesinin müşterisinin yurt dışına çıkabilmesi için gerekli olan vizeyi alamaması gibi haller sorumlu olunan kaza kavramına örnek olarak gösterilmiştir. Bkz. **BINDER/REINIGER**, § 920 N 10

<sup>1122</sup> **GESCHNITZER**, § 920, s.484; **REISCHAUER**, § 920 N 5, 7

## a- İfa Etmeme Sebebiyle Tazminat

Alacaklı'nın imkansızlık halinde § 920 ABGB'ye göre sahip olduğu haklardan ilki kendi edimini ifa ederek borçludan ifa etmeme sebebiyle tazminat talep etmektir. İfa etmeme sebebiyle tazminat talep eden alacaklı, kendi karşı edimini ifa etmek veya daha önce ifada bulunmuşsa bunu borçluda bırakmak zorunda kalacaktır (Austauschanspruch).<sup>1123</sup> Görüldüğü üzere alacaklı bu durumda edimlerin mübadele edilmesini talep edbilmektedir. Bu nedenledir ki, kendi edimini ifa etmek istemeyen alacaklının yapması gereken sözleşmeden dönme olacaktır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, sözleşmeden dönme hakkını kullanan alacaklı, bu durumda yine de ifa etmeme sebebiyle tazminat talep etme hakkını kaybetmemektedir. Sözleşmeden dönme yolunun alacaklı açısından meydana getirdiği sonuç, alacaklının bu durumda ifa edilmeyen edimin değeri ile sözleşmeden dönmesi sebebiyle ifa etmek zorunda kalmadığı kendi ediminin değeri arasındaki farkı talep etmekten ibaret olacaktır (Differenzanspruch).<sup>1124</sup>

Borca aykırılık halinde kusurun derecesine göre talep edilecek tazminatın tayininde dereceli bir sistem kabul eden § 1324 ABGB hükmü, § 920 ABGB'de öngörülen ifa etmeme sebebiyle tazminat bakımından da uygulanacaktır. Buna göre borçlu kast veya ağır ihmalinin bulunması halinde alacaklının uğramış olduğu tüm zararları, özellikle kazanç kaybını gidermek zorunda kalacakken, diğer hallerde yalnızca müsbet zararını, objektif veya sübjektif olarak hesaplanacak olan malvarlığı zararını karşılamak zorunda kalacaktır.<sup>1125</sup>

Alacaklı ifa etmeme sebebiyle tazminat talep etmesi halinde zararının somut olarak hesaplama imkanına sahip olacaktır. Buna göre somut zarar alacaklının ya boşa çıkan edimi elde edememesi sebebiyle uğrayacağı zarar ya da aynı edimi başka bir şekilde elde etmek için yapacağı harcamadan meydana gelecektir.<sup>1126</sup> Boşa çıkan edimin

<sup>1123</sup> GESCHNITZER, § 920, s.484; BINDER/REIDINGER, § 920 N 12; WELSER, Bürgerliches Recht II, s.48; GESCHNITZER/FAISTENBERGER/BARTA/ECCHER, s.106; REISCHAUER, § 920 N 12; DULLINGER, 3/55; PERNERSPITZER/KODEK, s.154; KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER, § 920 N 6

<sup>1124</sup> Bir başka deyişle, Avusturya Hukuku'nda kusurlu imkansızlık sebebiyle alacaklının başvurabileceği yollar arasındaki fark, alacaklının kendi edimini ifa etmek zorunda kalıp kalmayacağından ibarettir.

<sup>1125</sup> KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER, § 1325 N 1

<sup>1126</sup> GESCHNITZER, § 920, s.485

piyasada belirli bir değerinin olduğu durumlarda ise borçlu somut veya soyut hesaplama yöntemleri arasında bir seçim hakkına sahip olacaktır.

İfa etmeme sebebiyle tazminat talep etme hakkı § 1489 ABGB'ye göre zarar ve failin öğrenilmesinden itibaren 3 yılın geçmesi halinde zamanaşımına uğrayacaktır.

### b- Sözleşmeden Dönme

Edimin boşa çıkması sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını kullanmayı tercih eden alacaklı, kendi edimini ifa etmek zorunda kalmayacağı gibi, daha önceden ifa etmesi halinde edimini § 921 S.2 ABGB'ye göre geri isteyebilecektir. Bununla beraber alacaklı aynı zamanda § 921 S.1 ABGB'ye göre fark talebinde (Differenzanspruch) bulunabilecek, fark olarak en düşük satım ücreti ile bu malı satabileceği en yüksek fiyat arasındaki fiyat farkını talep edebilecektir.<sup>1127</sup> Burada sözleşmeden dönme yalnızca ileriye etkili (ex nunc) olacaktır.<sup>1128</sup> Sözleşmeden dönen alacaklı, borcun ifa edilmemesi sebebiyle borçludan müsbet zararının tazmin edilmesini (Erfüllungsinteresse/positive Vertragsinteresse) talep edebilecektir.<sup>1129</sup> İfa

<sup>1127</sup> KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER, § 920 N 6

<sup>1128</sup> Avusturya Hukuku'na göre sözleşmeden dönme baştaki gerçek imkansızlık ve iradeyi fesada uğratan hallerde geriye etkili (ex tunc) olacak, herhangi bir ifa engeli sebebiyle sözleşmeden dönülmesi halinde ise bu yalnızca ileriye (ex nunc) etki edecektir. Türk Hukuku'nda ise, sürekli borç ilişkileri hariç olmak üzere, sözleşmeden dönme daima geçmişe etkilidir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.964; OĞUZMAN/ÖZ, s.411

<sup>1129</sup> BINDER/REIDINGER, § 921 N 6; WELSER, Bürgerliches Recht, II, s.48; KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER, § 921 N 3; REISCHAUER, § 921 N 1; GRUBER, Michael, § 921 N 4. Türk ve İsviçre doktrinlerinde de bazı yazarlarca savunulan yeni dönme teorisine göre dönme bildirim üzerine borç ilişkisi ortadan kalkmadığından alacaklı bu durumda müsbet zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Bu yazarlara göre sözleşmeden dönme, sözleşmenin hiçbir hüküm ifade etmemesine yol açmayacaktır. Sadece borçlunun borcunu ifa etmemesi sebebiyle sözleşmeden dönen alacaklının genel olarak borca aykırılığa ve ifa etmemeye bağlanan tazminat hakkından mahrum bırakılmaması gerekir. Bkz. WEBER, Art.109 N 24; GLÄTTLI, Zum Schadensersatz bei Rücktritt- eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen, SJZ 1997, s.233 vd.; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.638 vd.; SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, § 16 N 14; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.964, 970, 971; ATAMER, Yeşim Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1.Bası, İstanbul 2005, s.451; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.254. Ancak doktrindeki yazarların büyük kısmı ve Yargıtay tarafından da kabul edilen klasik görüşe göre sözleşmeden dönme halinde alacaklı yalnızca menfi zarar talebinde bulunulabilecektir. Bkz. von TUHR/ESCHER, s.156; BECKER, Art.109 N 9; WIEGAND, Art.109 N 8; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.109 N 7; BARTH, s.68; GUHL, Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Carl Wieland, Basel 1934, s.134 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.417 vd.; ÖZ, Eser Sözleşmesi, s.39 vd., 284 vd.; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.154 vd.; TANDOĞAN, Mes'uliyet

imkansızlığından dolayı edimin daha sonradan ifasının mümkün olmaması sebebiyle, alacaklının sözleşmeden dönmeden evvel borçluya bir mehil verilmesi gerekmeyecektir.<sup>1130</sup>

Alacaklının kendi edimini yerine getirme borcundan kurtulması ve daha önce ifa ettiği edimi geri istemesi hakkının, § 1447 ABGB’de düzenlenen “ tarafların sorumlu olmadığı imkansızlığın sonuçları” olduğu ve dolayısıyla *ipso iure* meydana geldiği, bu nedenle alacaklının kusurlu ifa imkansızlığında da sözleşmeden dönme beyanında bulunmaya gerek kalmaksızın § 1447 ABGB’ye dayanarak bu talepleri ileri sürebileceği ifade edilmektedir.<sup>1131</sup> Buna göre, alacaklının ifa etmeme sebebiyle tazminat ile sözleşmeden dönme hakları arasındaki seçimlik hakkı, dönme beyanında bulunulması ya da alacaklının karşı edimini ifa etmemesi veya daha önce ifa ettiğini geri istemesi halinde sona erecek, bu andan sonra alacaklı artık ifa etmeme sebebiyle tazminat talep etme şansına sahip olmayacaktır. Bunun gibi, ifa etmeme sebebiyle tazminat talep eden alacaklı da artık sözleşmeden dönemeyecek ya da kendi edimini ifa etmekten kaçınmayacak veya daha önce ifa ettiği edimi geri isteyemeyecektir.

## 2- İfanın Kısmen Boşa Çıkması

Edim nicelik veya nitelik olarak kısmen boşa çıkabilecektir. Örneğin birden fazla tablonun devrinin borçlanıldığı bir satım sözleşmesinde, tablolardan birinin yanması

---

Hukuku, s.505; TUNÇOMAĞ, s.950 vd.; BUZ, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, s.240 vd. YHGK, E.1989/13-392, K.1990/1 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.11 HD 1985/6385, K.1985/6436 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD E.1989/177, K.1989/2845 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD, E.1991/4076, K.1992/1584 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD, E.1996/5425, K.1996/6930 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD, E.2000/3861, K.2000/5592 (YKD, 2001, S.4, s.554); Yarg.15.HD E.2003/1040, K.2003/4324 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.13.HD, E.2003/1698, K.2003/5680 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD, E.2004/1338, K. 2005/1165 (Yatçı Dünyası, Kasım 2005, s.271); Yarg.15.HD E.2005/7960 K.2006/1539 (Yargı Dünyası, S.129, s.75,76); Yarg.14.HD, E.2005/10994, K.2006/1235 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); YHGK, E.2006/13-499, K.2006/507 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD, E.2007/5521; K.2008/5373 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD, E.2006/4386, K.2007/5353 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD, E.2007/5703, K.2008/601 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD, E.2008/296, K.2008/3347 (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Yarg.15.HD, E.2009/1540; K.2010/1309 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>1130</sup> DULLINGER, N 3/35; KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER, § 920 N 6; GESCHNITZER/FAISTENBERGER/BARTA/ECCHER, s.106; BINDER/REIDINGER, § 920 N 12, 18; WELSER, Bürgerliches Recht II, s.48; GRUBER, Michael, § 920 N 14

<sup>1131</sup> GESCHNITZER, § 920, s.486

halinde sayısal edim sayısal olarak kısmen boşa çıkacaktır. Edimin sözleşmede kararlaştırıldığı şekliyle ifa edilmemesi halinde ise boşa çıkma nitelik olarak karşımıza çıkacaktır. Ancak kısmi boşa çıkmadan bahsedilebilmesi için, edimin kalan kısmının hala borçlanılan edim olarak kabul edilebilmesi gerekmektedir.<sup>1132</sup> Burada tamamen objektif ölçülerin kullanılması gerektiği, bu yapılırken de sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı §§ 914 ABGB vd. hükümlerinden faydalanılması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>1133</sup>

Taraflar arasında edimin niteliği veya niceliğinin önemi hususunda açıkça bir anlaşma bulunmaması hallerde, bölünmez edimin tamamen mi yoksa kısmen mi boşa çıktığına ticaret hayatının gerekleri göz önünde bulundurularak karar verilecektir.<sup>1134</sup> Edimin kalan kısmının kararlaştırılan edim olarak kabul edilemeyeceği, bir başka deyişle, kalan kısmının ifasında alacaklının herhangi bir menfaatinin bulunmadığının söylenebildiği hallerde alacaklı edimin tamamen boşa çıkmasının sonuçlarına başvurabilecek, yani sözleşmenin tamamından dönebilecektir.<sup>1135</sup> Buna karşı boşa çıkmayan kısmın ifası bakımından alacaklının yine de bir menfaat elde edeceğinin söylenebildiği durumlarda ise alacaklı yalnızca sözleşmeden kısmen dönebilme imkanına sahip olacaktır.

Edimin kısmen boşa çıktığı hallerde de alacaklı § 920 ABGB'ye göre sözleşmeden dönebilecektir. Ancak bunun için hükümde belirtilen iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre öncelikle edimin kalan kısmının alacaklı için bir anlam ifade etmemesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, alacaklının edimin kalan kısmını, yok olan kısmın değeri düşüldükten sonra bulunacak tutarı ifa ederek elde etmek bakımından bir menfaatinin bulunmaması gereklidir. İkinci şart ise alacaklının edimin kalan kısmının ifa edilmesinde herhangi bir menfaatinin olmadığına ya edimin niteliğinden ya da alacaklının sözleşmeyi yaparken borçlu tarafından da bilinen amacından çıkarılabilir olması gerekmektedir. Örneğin bir fırıncının belli bir miktar un satın aldığı bir olayda, aldığı unun kirlenmesi sebebiyle sağlık açısından ekmek yapımında kullanılmasının mümkün olmamasına rağmen, halen sanayide

<sup>1132</sup> DULLINGER, 3/58

<sup>1133</sup> KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER, § 920 N 7

<sup>1134</sup> REISCHAUER, § 920 N 15

<sup>1135</sup> MAYRHOFER, s.394; DULLINGER, 3/60 vd.



kullanılabilir olması halinde her iki şart da gerçekleşmiştir.<sup>1136</sup> Bu durumda alacaklı sözleşme konusu unu daha düşük bir fiyata almak zorunda kalmayacaktır.

### III- ALACAKLININ ve HER İKİ TARAFIN SORUMLU OLDUĞU İFA İMKANSIZLIĞI

Türk-İsviçre Hukukunda olduğu gibi Avusturya Hukuku'nda da alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığı kanunda düzenlenmemiştir. Konu Avusturya Hukuku'nda, hizmet sözleşmeleriyle ilgili olan Art.324 OR ve nispeten BK m.325 hükmüne karşılık gelen § 1155 ABGB ve eser sözleşmeleriyle ilgili olan ve Art.378 OR ve BK m.370 hükümlerine denk düşen § 1168 ABGB hükümleriyle çözülmeye çalışılmış ve sonuç olarak borçlunun borcundan kurtulacağı, ancak bunun karşılığında karşı edimi talep edebileceği ifade edilmiştir.<sup>1137</sup> Buna göre borçlu kendi borcunu ifa etmeksizin karşı edimi talep edebilecek, ancak borcunu ifa etmemesinden kaynaklanan her türlü avantaj ve tasarruf ettiği miktarlar, alacağı karşı edim tutarından düşülecektir.

İmkansızlıktan her iki tarafın da sorumlu olduğu durumlar bakımından da Avusturya Medeni Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir durumda meydana gelen zararın taraflar arasında paylaşılacağı ifade edilmiştir.<sup>1138</sup>

<sup>1136</sup> Örnek KlangKomm-Gschnitzer, § 920, s.488

<sup>1137</sup> MAYRHOFER, s.393; WELSER, Bürgerliches Recht II, s.51; REISCHAUER, § 1419 N 28; GESCHNITZER/FAISTENBERGER/BARTA/ECCHER, s.107; PERNER/SPITZER/KODEK, s.155; KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER, § 920 N 5

<sup>1138</sup> Konuyla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. RABL, s.497 vd.

## SONUÇ

İmkansızlık, ne anlama geldiğinin, ne gibi bir işleve sahip olduğunun ve diğer ifa engelleriyle arasındaki ilişkinin oldukça eski zamanlardan bu yana tartışıldığı; yakın zamanlarda ise bu tartışmalı konuların arasına kanunda böyle bir kuruma ihtiyaç bulunup bulunmadığı meselesinin de katıldığı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta öyle ki, 2002 yılında gerçekleştirilen Alman Medeni Kanunu Modernizasyonu çerçevesinde, yürürlükteki kanunun ifa engelleri sisteminin imkansızlık iskeleti üzerine kurulu olmasından duyulan rahatsızlık çeşitli yazarlar tarafından sıkça dile getirilmiş ve imkansızlık kurumuna ihtiyaç duyulmadığı ileri sürülerek bu kurumun kanuni düzenleme dışında bırakılması hususunda yoğun bir çaba sarfedilmiştir. Ancak yapılan uzun tartışmalar neticesinde bu ifa engelinden yine de vazgeçilememiş ve imkansızlık Alman Medeni Kanunu'nun ifa engelleri sisteminde "yükümlülüğe aykırılık" üst başlığı altında kanundaki yerini korumaya devam etmiştir.

İmkansızlık Borçlar Kanunumuzda doğrudan veya dolaylı olarak çeşitli hükümlerde zikredilmekte; buna karşın ne anlama geldiği hususunda herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. Kanunda imkansızlık kavramıyla ilk olarak baştaki imkansızlığı düzenleyen 20. maddede karşılaşılmaktadır. Bu hükümde konusu imkansız olan bir sözleşmenin kesin hükümsüz sayılacağı ifade edilmektedir. Sonraki imkansızlığı ele alan hükümlerden BK m.96'da kusurlu ifa imkansızlığı, BK m.117'de ise kusursuz ifa imkansızlığı düzenlenmektedir. BK m.96'da alacaklının hakkının kısmen veya tamamen istifa edemediği hallerde borçlunun, bunda kusuru bulunmadığını ispat edememesi halinde alacaklının bu sebeple meydana gelen zararlarını tazmin etmekle yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu hükümde geçen "alacaklının hakkının kısmen veya tamamen elde edememesi" ifadesinin kapsamına ifa imkansızlığıyla birlikte gereği gibi ifa etmemenin girdiği kabul edilmektedir. İmkansızlık BK m.117'de ise bu sefer açıkça zikredilmiş ve borcun ifasının borçluya yüklenemeyen haller sebebiyle imkansızlaşması halinde borcun sona ereceği ifade edilmiştir. Borçlar Kanunumuzun detaylı ifa engelleri sistemi içerisinde imkansızlık bahsi de bu sistemden nasibini almış ve Kanun koyucu tarafından farklı imkansızlık türlerinin farklı hukuki sonuçlara yol açtığı bir yapı kabul edilmiştir.

İmkansızlık kavramıyla, kanunda aynı fasılda (Borçların Ödenmemesi) düzenlenen diğer ifa engelleri arasındaki ilişkinin tayin edilmesinde genel olarak bir güçlük yaşanmamaktadır. Örneğin temerrüt halinde borçlu, borcun ifası mümkün olmasına rağmen isteyerek veya istemeden borcunu ifa etmemekte yahut edememekte, kötü ifada ise yine her ne kadar sözleşmeye uygun olmasa da bir ifadan bahsedilebilmektedir. Oysa edimin imkansızlaştığı hallerde geç veya kötü de olsa bir ifa mümkün olamamaktadır. Bu nedenle somut olayda borcun ifa edilmemesi halinde öncelikli olarak edimin ifasının imkansızlaşp imkansızlaşmadığının incelenmesi gerekecektir. Bir başka deyişle ifa engelinin tespit edilmesi çalışmalarına öncelikle imkansızlık incelemesiyle başlanacak, ancak imkansızlığın söz konusu olmadığına anlaşılması üzerine ne tür bir ifa engeli bulunduğuna karar verilecektir. Dolayısıyla sonuç olarak imkansızlık ile diğer ifa engellerinin birarada bulunmalarının mümkün olmadığı söylenebilecektir. Şu kadar ki, edimin mümkün olmasına rağmen ifa edilmediği biri durumda, edim sonradan imkansızlaşırsa, imkansızlığa kadar olan süreç bakımından temerrüt veya gereği gibi ifa etmeme, sonraki süreç bakımından ise imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Temerrüt ile imkansızlık arasındaki ilişkide ayrıca incelenmesi gereken hususlar bulunmaktadır. Örneğin doktrinde edimin ifasının yalnızca borçlu için imkansız olduğu hallerde, bir başka deyişle sübjektif imkansızlık hallerinde imkansızlık mı, yoksa temerrüt hükümlerinin mi uygulanması gerektiği konusunda farklı görüşleri ileri sürülmektedir. Ancak hakim kanaat tarafından haklı olarak sonraki imkansızlık bakımından imkansızlığın objektif mi yoksa sübjektif mi olduğunun bir önemi bulunmadığı kabul edilmektedir. Konuyla ilgili olarak genel olarak kabul gören bir başka husus ise, yalnızca sürekli imkansızlık hallerine imkansızlığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı, borcun belirlenen vadeden sonra da ifa edilebileceği hallerde geçici imkansızlığa temerrüt hükümlerini uygulanması gerekeceğidir. Buna göre yalnızca sürekli imkansızlık temerrüdü engelleyecek, geçici imkansızlığa ise temerrüt hükümleri uygulanacaktır. Ancak imkansızlık geçici olmasına rağmen, bu imkansızlığın tam olarak ne zaman ortadan kalkacağına belli olmadığı ya da belli olmasına rağmen bu süreyi beklemesinin dürütlük kuralına göre taraflardan beklenemeyeceği hallerde imkansızlık sürekliymiş gibi değerlendirilecektir. Ayrıca ifa zamanının, taraflar için taşıdığı özel önem sebebiyle, edimin önemli bir unsuru sayıldığı ve borcun mutlaka belirlenen ifa zamanında yerine getirilmesi gerektiğinin

anlaşılabildiği hallerde ifada yaşanan her gecikme artık o borç bakımından imkansızlık yaratacağından, temerrüt hükümleri değil imkansızlık hükümleri uygulanacaktır.

Yapmama borçlarında imkansızlığın kural olarak ancak borca aykırı davranılması halinde ortaya çıkacak olması sebebiyle, verme ve yapma borçlarına aksine, imkansızlık sebebiyle borcun ifa edilmemesi durumu ile oldukça nadir durumlarda karşılaşılabilir. Bir başka deyişle yapmama borçlarında borca aykırı davranış öncesinde imkansızlık kural olarak söz konusu olamayacaktır. Burada çoğu kez imkansızlık ifa engeli olarak değil, borca aykırılığın doğurduğu sonuç olarak karşımıza çıkacaktır. Yapmama borçlarına aykırılığın sonuçlarının ne olacağı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce yapmama borcuna aykırılık halinde hangi hükümlerin uygulanması gerekeceği hususunda ayırt edici kriter, borca aykırı davranılmasından sonra ifanın mümkün olup olmadığı ve dolayısıyla borcun devam edip etmediğidir. Buna göre sır saklama yükümünde olduğu gibi, ani edimli yapmama borçlarının tamamında borca aykırı davranılması halinde artık borcun daha sonra ifası mümkün olmadığından imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Buna karşın yapmama borcunun ani edimli olmadığı hallerde ise toplu bir sonuca varılması mümkün olmayacak, ancak borca aykırılığın imkansızlık teşkil edip etmediğine yine aynı kriter göz önünde bulundurularak karar verilebilecektir.

Roma Hukuku'ndan günümüze kalan bir kavram olmasına rağmen imkansızlık kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiği hususunda öğretilerdeki yazarlar hiçbir zaman görüş birliği içerisinde olamamışlardır. Özellikle imkansızlık hükümlerinin uygulanması için ifa engelini hangi yoğunlukta olması gerektiği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin şart teorisi taraftarlarına göre imkansızlığa ilişkin hükümler, ancak edimin ifası olanağının tamamen ortadan kalktığı, mantık kurallarının bir edimin yerine getirilmesini mümkün görmediği hallerde uygulama alanı bulabilecektir. Beklenilmezlik teorisini savunan yazarlar ise, imkansızlığın bu kadar dar tanımlanmasına karşı çıkmışlar ve edimin mantık kuralları çerçevesinde ifasının mümkün olmadığı hallerle birlikte, ifanın mantık olarak mümkün olmasına rağmen borçlunun bu ifa için aşırı masraf veya zahmete gireceği ve dürüstlük kuralı gereğince borçludan borcunu ifa etmesinin beklenemeyeceği hallerin de imkansızlık kavramı altında değerlendirilebileceği

fikrini savunmuşlardır. Bu yazarlara göre ifada bulunmasının borçlunun yüksek menfaatlerini zedeleyeceği, özellikle hayatını veya sağlığını tehlikeye atacağı, vicdaniyla hesaplaşmak zorunda bırakacağı, inançlarına ters düşeceği ya da iktisadi olarak çok büyük zararına yol açacağı hallerde bir beklenilmezlik hali ya da aşırı ifa güçlüğünden bahsedileceği ve bu durumun imkansızlığa eş sayılacağı ifade edilmektedir. Doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız bir üçüncü görüşe göre ise imkansızlığı ne şart teorisi kadar dar, ne de beklenilmezlik teorisi kadar geniş yorumlamak doğru olacaktır. İmkansızlığın salt doğa kanunlarına göre imkansızlık olarak değil, fiili ve hukuki imkansızlığı da kapsamına alan bir kavram olarak anlaşılması gerekecektir. Beklenilmezlik hali veya aşırı ifa güçlüğü olarak ifade edilen hallerin imkansızlık kavramı altında değerlendirilmesi ise, bu kavramın genişletilmesine yol açacak ve borçlu gerçek anlamda imkansızlığın söz konusu olmadığı olaylarda dahi borcundan kurtulabilir hale gelecektir. Ayrıca kanaatimizce Sözleşmenin fiili sebeplerle amacına ulaşamayacağı hallerin de fiili imkansızlık kapsamında ele alınması ve imkansızlığın var olup olmadığının tespitinde yalnızca alacaklının edime kavuşup kavuşamayacağını değil aynı zamanda borçlunun borcunu ifa edip edemeyeceğinin de göz önünde bulundurulması gerekecektir. Buna göre sözleşmeyle amaçlanan sonuca kendiliğinden ulaşma, sözleşmenin kurulmasındaki amacın kendiliğinden gerçekleşmesi ve bu amacın kendiliğinden sona ermesi hallerinin de imkansızlık kavramı kapsamında kaldığının kabul edilmesi gerekmektedir.

İmkansızlığın bir çok türü geliştirilmiştir: İmkansızlığın meydana geldiği ana göre baştaki-sonraki imkansızlık; etkilenen çevreye göre objektif-sübjektif imkansızlık; neden olan olaya göre gerçek-hukuki imkansızlık; sorumluluğa göre kusurlu-kusursuz imkansızlık; edimin etkilenme oranına göre kısmi-tam imkansızlık ve süresine göre sürekli-geçici imkansızlık olarak çeşitlendirilebilecektir.

BK m.20 (TBK m.27) başlangıçtaki imkansızlığı düzenlerken, BK m.96 (TBK m.112) ve BK m.117 (TBK m.136) ise sonraki imkansızlığı ele almaktadır. BK m.20, “bir akdin mevzu gayri mümkün olursa...o akit batıldır” demek suretiyle, edimin veya edimlerden birinin, daha baştan, sözleşmenin kuruluşundan itibaren objektif olarak imkansız olması halinde, sözleşmenin geçerli olarak kurulamayacağını, batıl olacağını ifade etmektedir. Baştaki imkansızlığın kesin

hükümsüzlük sonucu doğurabilmesi için objektif nitelikte olması gerekecek, sözleşmenin kurulması esnasında mevcut imkansızlığın sübjektif nitelikte olması halinde ise, sözleşme geçerli olarak kurulmuş kabul edilerek, olaya BK m.96 veya BK m.117 hükmü uygulanacaktır. Sonraki imkansızlığın ele alındığı BK m.96'da imkansızlığın meydana gelmesinde kusuru bulunan borçlunun tazminat yükümünden, BK m.117'de ise, sonradan ortaya çıkan imkansızlıkta kusuru bulunmayan borçlunun herhangi bir tazminat ödemek zorunda kalmaksızın borcundan kurtulacağı düzenlenmektedir. Kanun her iki imkansızlık türü arasında ayrıma gitmesine rağmen, bu ayrımın nasıl yapılacağı ve bu tespitite hangi anın dikkate alınacağı hususunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Kanaatimizce bu ayırmada dikkate alınacak zaman dilimi, taraflar arasında borç ilişkisinin meydana geldiği, yani sözleşmenin kurulduğu an olduğunu kabul edilmelidir.

Borçlunun, sözleşmeye konu parça borcunun yok olması örneğinde olduğu gibi, sürekli bir ifa engeli sebebiyle borcunu ifa edememesi halinde sürekli, geçici bir takım sebeplerle ifa edememesi halinde ise geçici ifa imkansızlığı söz konusu olacaktır. Sürekli imkansızlığa imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği hususunda bir tereddüt yaşanmamakta, hatta bazı yazarlarca bu hükümlerinin uygulanması için imkansızlığın süreli nitelikte olması esaslı unsur olarak kabul edilmektedir. Bazı yazarlar tarafından "belirli süreli imkansızlık" olarak da adlandırılan ve imkansızlık ile temerrüt arasında bir konuma sahip olan geçici imkansızlık bakımından tek bir sonucun kabul edilmesi mümkün olamamaktadır. Öncelikle ifa engelini sürekli olup olmadığı, dolayısıyla bir imkansızlığın bulunup bulunmadığının tespiti, borcun ifa edilebileceği zaman diliminin tespit edilmesine bağlıdır. Borcun söz konusu zaman diliminde ifa edilmemesi halinde ise bu sefer, söz konusu ifa engelini imkansızlık yaratıp yaratmadığı meselesinin üzerinde durmak gerekecektir. Sözleşmenin yorumlanması neticesinde veya dürüstlük kuralı gereğince geç ifanın mümkün olduğu durumlarda temerrüt hükümleri devreye girecek, ifa engeli geçici olmakla birlikte, ifanın, bunun için öngörülen zaman dilimi içerisinde gerçekleşmesinin beklenmediği hallerde ise, ifa sürekli olarak imkansızlaşmış sayılacaktır. Ancak sözleşme konusu malın piyasadan tedarikinin geçici bir süreliğine mümkün olmaması örneğinde olduğu gibi, edimin ifasının geçici bir süreliğine mümkün olmaması halinde duruma hangi kuralların uygulanması

gerektiği ile ilgili kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Burada da kıstas borcun sonradan ifasının mümkün olup olmamasıdır. Borcun sonradan ifa edilmesinin mümkün olduğu durumlarda, imkansızlık o an için söz konusu olsa dahi imkansızlık değil temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak sözleşmenin amacının geçici bir ifa engeli sebebiyle sorgulanır hale geldiği ve bu sebeple karşı akitten sözleşmeye uygun davranmaya devam etmesinin dürüstlük kuralı gereğince artık beklenemeyeceği hallerle birlikte, ifa zamanının ifa konusuyla sıkı ilişki içerisinde olması sebebiyle, ifanın geciktirildiği takdirde iktisadi anlamını kaybedebileceğinin söylenebildiği hallerde geçici imkansızlık sürekli imkansızlıkla aynı sonuçları doğuracaktır.

İmkansızlık hükümlerinin uygulanabilmesi için imkansızlığın mutlaka edimin tamamı bakımından meydana gelmesi, bir başka deyişle örneğin edimin tamamının yok olması gerekmekte, edimin bir kısmı da imkansızlaşabilmektedir. İmkansızlığın edimin tamamını etkilediği hallerde tam; yalnızca bir kısmını etkilediği hallerde ise kısmi imkansızlık söz konusu olacaktır. Ancak kısmi imkansızlık yalnızca edimin bölünebilir nitelikte olduğu hallerde karşımıza çıkacak; edimin bölünmesinin mümkün olmadığı hallerde meydana gelen imkansızlık tam imkansızlık olacaktır. Bu durumda alacaklı kalan kısmın ifasını kabul etmek zorunda kalmaksızın, uğradığı zararın tamamını borçludan talep edebilecektir. Kısmi imkansızlığın kabul edildiği hallerde ise, imkansızlaşan kısım bakımından alacaklının talep hakkı sona erecek, ifası mümkün olan kısım için ise borçlunun yükümlülüğü devam edecektir. Kısmi imkansızlıktan borçlunun sorumlu olduğu hallerde alacaklı kalan kısmın ifasını talep edebildiği gibi imkansızlaşan kısım bakımından meydana gelen zararının tazminini borçludan talep edebilecektir.

Edimin yerine getirilmesinin mantıken veya fiilen mümkün olmasına karşın, edim ifa zamanında yürürlükte olan bir hukuk normu sebebiyle yerine getirilemediği takdirde hukuki imkansızlık söz konusu olacaktır. Hukuki imkansızlıkta edimin konusu mevcut olmasına rağmen, borçlu bu edimini sözleşmenin kurulmasından sonra yürürlüğe giren bir yasak veya hukuki engel sebebiyle yerine getiremeyecek durumdadır. Hukuk imkansızlık, getirilen ambargo sebebiyle belirli bir ülkeden mal ithal edilememesi, inşaatın yapılacağı arazi bakımından imar yasağı getirilmesi, devredilen eşyanın tedavülünün yasaklanması ve satılan fakat henüz devredilmeyen

arazinin kamulaştırılması örneklerinde olduğu gibi yalnızca sözleşmeyle hedeflenen amacın gerçekleşmesine kanunen cevaz verilmemesi şeklinde değil, bir satım sözleşmesinde satılan malın alıcıya ait olması örneğinde olduğu gibi, sözleşmeyle hedeflenen amacın ifadan önce başka bir şekilde gerçekleşmesi şeklinde de karşımıza çıkabilecektir.

Borcun yalnızca borçlu tarafından değil, aynı zamanda üçüncü kişiler tarafından da ifa edilemeyecek durumda olması halinde objektif imkansızlık, yalnızca borçlu tarafından ifa edilemeyecek durumda olması halinde ise sübjektif imkansızlıktan bahsedilecektir. Ancak doktrinde bazı yazarlarca, objektif-sübjektif imkansızlık ayrımını yapabilmek için kullanılması gereken kriterin, imkansızlığa yol açan olayın borçlunun şahsından mı yoksa borçlunun dışında kalan bir nedenden mi kaynaklandığı kriteri olması gerektiği söylenmektedir. Aslında bakılacak olursa her iki kriter de, çoğu halde aynı sonucu vermektedir. mantık kurallarının, bir başka deyişle doğa kanunlarının bir edimin yerine getirilmesini mümkün görmediği hallerde, imkansızlık çoğunlukla objektif nitelikte olacak ve bu hallerde sübjektif imkansızlıktan ancak istisnai bazı durumlarda bahsedilebilecektir. Örneğin bir parça borcunun söz konusu olduğu verme borçlarında, edimin herhangi bir sebeple ortadan kalkması halinde, imkansızlığın daima objektif nitelikte olduğu sonucuna varılacaktır. Edimin ifasının mantık olarak mümkün olmasına rağmen fiili olarak imkansız olduğu hallerde de imkansızlığın büyük çoğunlukla objektif nitelikte olduğu söylenebilecektir. Hukuki imkansızlık bakımından ise imkansızlık sübjektif veya objektif olarak karşımıza çıkabilecektir. Örneğin getirilen imar yasağı sebebiyle sözleşmede belirtilen araziye bina inşa edilememesi halinde imkansızlığı objektif saymak gerekecekken, satıcının sattığı malı bir üçüncü kişiye satıp devrettiği çifte satım halinde sübjektif imkansızlığın varlığı kabul edilmek gerekecektir. Bu iki görüş, borçlunun, kişisel özelliklerinin, kabiliyetinin ve güvenilirliğinin önem taşımaması sebebiyle, borcu mutlak olarak şahsen ifa etmesi gereken kişisel edimlerde ise farklı sonuçlara varmaktadırlar. İlk görüşe göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerin ifası bir üçüncü kişiye devredilemeyecek olması ve üçüncü kişinin ifasının sözleşmeye uygun ifa olarak kabul edilememesi sebebiyle, borçlunun borcunu ifa edememesi halinde ortaya çıkacak olan imkansızlık daima objektif imkansızlık olacaktır. Buna karşın ikinci görüşe göre ise kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerde borçlunun daha sözleşmeyi kurarken sahip olduğu veya edimin ifası için sahip olması gerektiği



özellikleri bilmek zorunda olması sebebiyle, ifaya engel olan husus daima borçlunun şahsından kaynaklanmakta ve imkansızlığın borçlunun şahsından kaynaklandığı her durumda daima sübjektif imkansızlığın varlığı kabul edilmek zorundadır. Borcun mutlak olarak borçlu tarafından ifa edilmesinin kararlaştırıldığı ya da olayın özelliklerinden bunun anlaşılabilirdiği hallerde, borçlunun üçüncü bir kişiyle kıyaslanma imkanının daha baştan ortadan kaldırılmış olması sebebiyle, bu durumda objektif imkansızlığın varlığının kabul edilmesi daha doğru görünmektedir.

İmkansızlık hükümlerinin uygulanabilmesi için meydana gelmiş olan ifa engelini aşılabilir nitelikte olması gerekmesi karşısında, sözleşme konusu malın devirden önce çalınması veya borçlu tarafından bir üçüncü şahsa satılıp devredilmesi halinde imkansızlığın bulunup bulunmadığının söylenebilmesi için, malın tekrar elde edilebilir nitelikte olup olmadığının tespiti edilmelidir. Buna göre hırsızın kimliğinin tespit edilemediği veya yerinin bulunamadığı, malı satın alan üçüncü kişinin karşılığında ne verilirse verilsin malı devretmeyeceğini beyan ettiği ya da malı devretmek için fahiş bir fiyat talep ettiği hallerde sübjektif imkansızlığın varlığı kabul edilecek, aksi halde ise ifa engelini aşılabilir nitelikte olmaması, bir başka deyişle borçlunun teorik olarak ifa engelini ortadan kaldırmasının halen mümkün olması sebebiyle imkansızlıktan bahsedilemeyecektir.

İmkansızlık taraflardan biri veya her ikisinin kusuruyla meydana gelebileceği gibi, tarafların sorumlu olmadığı bir nedenden de kaynaklanabilecektir. Ancak kanunda kusurlu-kusursuz ifa imkansızlığı ayrımı yapılırken yalnızca borçlu göz önünde bulundurulmuştur. Buna göre imkansızlık borçlunun kusuruyla meydana gelmişse kusurlu, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple meydana gelmişse kusursuz imkansızlık söz konusu olacaktır. Ancak her ne kadar doktrin ve uygulamada kısaca kusurlu ifa imkansızlığı olarak zikredilse de, taraflardan birinin kusurlu olmamasına rağmen yine de meydana gelen imkansızlıktan sorumlu tutulabilecek olması sebebiyle bu durum için taraflardan birinin veya her ikisinin sorumlu olduğu ifa imkansızlığı kavramını kullanmak daha doğrudur. Buna göre meydana gelen imkansızlıktan dolayı alacaklının uğramış olduğu zararı tazmin etmek zorunda kalmak istemeyen borçlu BK m.96'ya göre kusursuzluğunu ispatlamak zorunda kalacaktır. Kural bu olmakla birlikte bazı hallerde borçlu, BK m.96'ya göre alacaklının uğradığı zararlar bakımından kusurlu olmasa dahi sorumlu

tutulabilmektedir. Örneğin borcunu ifa etmek için yardımcı şahıs kullanması halinde borçlu, BK m.100 uyarınca yardımcı şahsın alacaklıya verdiği zararlardan dolayı kusurlu olmasa dahi sorumlu tutulacaktır. Bunun gibi BK m.102 f.1'e göre mütemerrit olan borçlu, temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispatlayamadıkça, kazara meydana gelecek olan zararlardan dahi sorumlu tutulacaktır. Bunlardan başka kanunda bazı sözleşme türleri bakımından kabul edilmiş kusursuz sorumluluk halleri de mevcuttur.

Borçlunun, katlanma sınırını aşan bir ifa engeliyle karşılaşması sebebiyle kendisinden borcunu ifa etmesinin beklenemeyeceği, ya da bu borcun ancak dürüstlük kuralı gereğince kendisinden katlanması beklenilemeyecek bir takım zahmet ve masraflara katlanması halinde ifada bulunabileceği hallerde ekonomik imkansızlığın varlığından söz edilebilecektir. Doktrininde bir kısım yazarlar, ifanın halen mümkün fakat ekonomik olarak yerine getirilmesinin aşırı güç olduğu durumlarda imkansızlıktan bahsedileceğini ve bu durumun BK m.96 kapsamında değerlendirilmesi gerekeceğini ileri sürmektedir. Göreceli imkansızlık (relative Unmöglichkeit) olarak da adlandırılan bu durumlarda ifa mantıken mümkün olmasına rağmen dürüstlük kuralı gereğince borçludan borcunun ifa etmesini beklenememekte ve borçlu sonraki imkansızlık hükümleri uygulanmak suretiyle borcundan kurtulmaktadır. Kanaatimizce aşırı ifa güçlüğü ile sübjektif imkansızlığı birbirine karıştırmamak gerekir. Sübjektif imkansızlıkta edimin ifası herkes için olmasa da, en azından borçlu için mümkün değildir. Aşırı ifa güçlüğünde ise, her ne kadar edimin yerine getirilmesi çok güç olsa da ifa hala mümkündür. Bu nedenle burada imkansızlıktan bahsedilmesi mümkün olmayacak, borçlu ancak dürüstlük kuralı ve güven ilkesi uyarınca ancak işlem temelinin çökmesi veya sarsılması ilkesi uyarınca ya da sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması kuralına göre borcundan kısmen veya tamamen kurtulabilecektir.

İmkansızlığın yalnızca parça borçları için söz konusu olabileceği, buna karşılık çeşit borçlarında ise "çeşit telef olmaz" ilkesi ışığında orta kaliteden aşağı olmamak kaydıyla o çeşide ait her nesneyle borcun ifa edilebileceği gerekçesiyle imkansızlıktan bahsedilemeyeceği, çeşit borcunda imkansızlığın kabul edilebilmesi için o çeşide ait tüm malların yeryüzünde silinmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Buna göre o çeşit yeryüzünden tamamen silinmedikçe borçlu bu edimi

bulup borcunu ifa etmek zorunda kalacaktır. Ancak bu ilkenin bütün çeşit borçları bakımından istisnasız olarak uygulanması, beraberinde bazı haksız sonuçları da meydana getireceğinden, çeşit borcunda imkansızlığın söz konusu olup olmayacağını tespit için öncelikle somut olayda borcun niteliğinin tam olarak belirlenmesi gerekecektir. Bunun için ise taraf iradelerinin doğru şekilde yorumlanmasının yanı sıra, ticari hayatın gerekleri ve objektif kriterler de göz önünde bulundurulmalıdır. Öncelikle çeşit borçlusunun tedarik yükümünün kapsamı iyi çizilmelidir. Tedarik yükümünün kapsamı öncelikel sözleşmeye göre belirlenecektir. Bunun dışında bu tedarik yükü kapsamında sözleşme konusu malı piyasadan bulabilmek için sözleşmede öngörülene ek bir takım artı masraf ve zorluklara katlanmak zorunda kalabilecek olan borçlunun, taraflardan yalnızca birinin edimin ifası ile yarar elde edecek, diğerinin ise orantısız bir şekilde bu akdi ilişkiden fayda yerine zarar göreceği olması, yani tarafların sözleşmeden elde ettikleri menfaatler arasında fahiş bir orantısızlığın bulunması halinde imkansızlık sebebiyle borcundan kurtulacağını kabul edilebilmesi mümkün olabilecektir. Sınırlı çeşit borçlarında ise stoğun yok olması imkansızlığın kabulü için yeterli olacak, bunun için ayrıca sözleşme konusu malların yeryüzünden silinmesi şartı aranmayacaktır.

Seçimlik borçlarda edimlerden birinin veya birkaçının imkansızlaşmasında taraflardan birinin sorumlu olması halinde ise bir ayırım yapmak gerekecektir: seçim hakkına alacaklının sahip olduğu bir durumda imkansızlıktan borçlu sorumluyduysa alacaklı seçim hakkına sahip olmaya devam edecektir. Bu durumda alacaklı ifası halen mümkün olan edimi veya edimlerden birini seçerek bunu ifa edilmesini talep edebileceği gibi, imkansızlaşan edimi seçerek BK m.96'ya göre müsbet zararının tazmin edilmesini de isteyebilecektir. İmkansızlıktan seçim hakkına sahip alacaklının sorumlu olmasında ise borç kalan edim veya edimlerle sınırlanacak, geride tek bir edim kalmışsa borçlu bunun ifa ederek borcundan kurtulacak, birden fazla edim kalmışsa alacaklı bunlar arasından bir seçim yapacaktır. Seçim hakkına borçlunun sahip olduğu hallerde ise, imkansızlıktan yine borçlu sorumluyduysa borç ifası mümkün olan edim bakımından devam edecek, borçlu bu durumda geriye kalan edimle borcunu ifa edecek ve bu halde karşı edim alacağını talep edebilecektir. İmkansızlıktan alacaklının sorumlu olduğu, hallerde ise borçlu seçim hakkına sahip olmaya devam edecek, bu durumda borçlu ifası mümkün edimi seçebileceği gibi,

imkansızlaşan edimi seçerek borcundan kurtulabilecek ve karşı edimi talep edebilecektir. Borçlu, imkansızlaşmamış edimi seçmesi halinde, alacaklıdan, şartları varsa imkansızlaşan edim sebebiyle haksız fiil hükümlerine göre tazminat da talep edebilecektir. Seçimlik yetkinin söz konusu olduğu hallerde ise, seçimlik yetkinin kullanılmasından önce ya da sonra edim imkansızlaşırsa borç sona erecektir.

Para borçlarında ise kural olarak imkansızlık söz konusu olmayacaktır. İstisnaen borcun konusunun belirli bir para çeşidi olduğu durumlarda, tarafların borcun mutlak olarak kararlaştırdıkları para çeşidi ile ödenmesini kararlaştırmaları halinde, bu para türünün tedavülden kalkmasıyla artık edimin imkansızlaşacağı kabul edilebilecektir. Bunun yanı sıra paranın parça borcuna konu olarak ortaya çıktığı durumlarda para borcundan değil parça borcundan bahsedilmesi gerekeceğinden, bu durumda imkansızlıktan bahsetmek mümkün olabilecektir.

Sürekli borç ilişkilerinde kural olarak süreç içerisinde ifa edilmesi gereken birden fazla münferit edim olduğu için, bunlardan birinin yok olması sebebiyle imkansızlaşması sonucu bunun sözleşme ilişkisinin tamamına etkisinin ne olacağı sorusu önemlidir. Örneğin bir kira sözleşmesinde edimin geç teslim edilmesi halinde durum ne olacaktır. Bazı yazarlar, belirli süreli borç ilişkisinin söz konusu olduğu bu tip bir borç ilişkisinde konutun iki ay geç teslim edilecek olmasının, bu iki aylık sürenin daha sonradan ifasının mümkün olmaması sebebiyle kısmi imkansızlık meydana getireceğini, bazı yazarlar ise bu durumda her ne kadar bu iki aylık sürenin geri getirilmesi ve tekrarlanması mümkün olmasa bile, burada imkansızlıktan bahsetmenin mümkün olamayacağını ileri sürmüşlerdir. Kanaatimizce bu durumda kiralanın malın iki ay geç teslim edilmesinin imkansızlığa yol açıp açmayacağı borç ilişkisinin sürekli olmasıyla ilgili olmayıp, burada önemli olan husus, borcun taraflarca kararlaştırılan zamanda ifa edilmemesinin edimi imkansız hale getirip getirmediğidir. Vadenin geçmesiyle ifanın imkansızlaşacağından söz edebilmek için, öncelikle burada bir mutlak kesin vadeli işlemin var olduğunun söylenmesi gerekecektir.

Mutlak kesin vadeli işlemlerde edimin ifasında yaşanacak her gecikme imkansızlık yaratacaktır. Bu sebeple burada üzerinde önemle durulması gereken husus mutlak kesin vadeden ne anlaşılması gerektiğidir. Somut olayda mutlak kesin vadeli bir

işlemin var olduğunun söylenebilmesi için tarafların edimin mutlaka belirlenen vadede ifa edilmesi gerektiği ve geç ifanın kabul edilmeyeceği şeklindeki iradeleri yeterli olmayacak, bunun yanı sıra somut olayın özellikleri ve özellikle sözleşmenin yapılış amacı da bu tespitte göz önünde bulundurulacaktır. Somut gerçekler ışığında sözleşmenin yorumlanmasından, borcun mutlaka kararlaştırılan vadede ödenmesi gerektiği, aksi takdirde alacaklının bu sözleşmeyle hedeflediği amaca ulaşamayacağı ve edimin yerine getirilmesinin alacaklı bakımından bir anlam ifade etmeyeceğinin söylenebildiği takdirde mutlak kesin vadeli işlemin varlığı kabul edilecek ve olaya imkansızlık hükümleri uygulanabilecektir.

BK m.97 tazminata ilişkin bir hüküm olup, borçlunun imkansızlıktan dolayı sorumlu olması halinde tazminat ödemek zorunda olduğunu düzenlemektedir. Bu hüküm yalnızca tazminat yükümlülüğüne ilişkin olarak getirilmiştir ve bunun ötesinde edim yükümlülüklerinin ne olacağı, bir başka deyişle borcun sona erip ermeyeceği hususuyla ilgilenmemektedir. Aksi halde BK m.117'nin BK m.96'yı tekrarlamaktan öteye bir işlevinin olmadığını söylemek gerekecektir. BK m.117'de geçen borcun sona ermesi ifadesi, borcun herhangi bir tazminat söz konusu olmaksızın sona ermesi anlamına gelmektedir. Bu nokta BKm.96 ile BK m.117 arasındaki farkı teşkil etmektedir. Bu durum sadece edim yükümünün sona ermesiyle ilgili bir düzenlemenin var olduğu, dolayısıyla bu hükmün tazminatı kapsamadığı ve borcun sona ermesi için ayrıca borçlunun kusurunun bulunmamasının aranmayacağı gerekçesiyle açıklanabilecektir. Kusur, yalnızca borçlunun tazminat ödemesi gerekip gerekmeyeceği noktasında önem taşımaktadır.

BK m.96'da borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde tazminat sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu hükme göre borçlu ediminin ifasını kusurlu olarak imkansızlaştırması ve borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklının müsbet zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Borçlar Kanununun, sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenlediği kısımda, sorumluluğun şartlarıyla ilgili olarak haksız fiilden doğan sorumluluk alanında olduğu kadar ayrıntılı hükümlere yer vermemiş olmasına rağmen, BK m.98 f.2'nini yaptığı yollamayla haksız fiil hukukunun ayrıntılı sorumluluk hükümlerinin hukuka aykırı davranışın sonuç ve etkilerine ilişkin olanları sözleşmeye aykırılıklar bakımından uygulanabilecektir. Buna göre haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerden zararın tayini (BK m.42), tazminat

miktarının tayini (BK m.43), tazminatın tenkisi (BK m.44), müteselsil mesuliyet (BKm.50,51), meşru müdafaa, ıztırar hali, kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma (BK m.52), ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki mesuliyet (BKm.53), temyiz kudretini haiz olmayanların mesuliyeti ve uygun olduğu ölçüde ölüm halinde zarar ve ziyan( BK m.45) ve cismani zarar halinde zarar ve ziyana ilişkin (BK m.46) hükümlerim kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanabileceği söylenebilecektir.

İfa etmeme sebebiyle tazminatın şartları haksız fiil tazminatının şartlarına uymaktadır. Alacaklı ancak, borçlunun kusurlu olarak sözleşmeye aykırı davranması, alacaklının bundan dolayı bir zarara uğramış olması ve borca aykırı hareket ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması halinde borçludan tazminat talep etme hakkına sahip olabilecektir. burada haksız fiil hükümlerinden farklı iki özellik karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki ifa etmeme sebebiyle tazminat talep edilebilmesi için mutlaka sözleşmeye aykırı bir davranışın olması gerekmesidir. İkinci olarak ise bu sorumluluk tipinde kusuru ispat yükü mağdurun üzerinden alınmış, alacaklı borçlunun kusurunu ortaya koymak zorunda bırakılmamış, alacaklının zararını tazmin etmek istemeyen borçlunun kusursuzluğunu ispatlaması gerektiği kabul edilmiştir.

Sözleşmesel ilişkilerde hukuka aykırı olan ve alacaklının zarara uğramasına ve dolayısıyla borçlunun bu zararı tazmin etme yükümü altında bulunmasına yol açan davranış, taraflardan biri veya onun ifa yardımcısı tarafından borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, başka bir deyişle, borca, yani sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aykırı davranılmasıdır. İlk olarak ancak geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde sözleşmeye aykırı davranıştan bahsedilebilecektir. Ayrıca borçlunun ifa imkansızlığından ötürü sorumlu tutulabilmesi için imkansızlığın meydana gelmesinde kural olarak kusurlu bulunması gerekmektedir. Borçlunun sözleşmeden doğan borcuna kasten veya ihmali neticesinde aykırı davranması halinde akdi kusurdan bahsedilecektir. Ancak kanunda, borçlunun bazı hallerde kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. İlk olarak borçlu BK m.100'e göre ifa yardımcısının borcun ifası sırasında karşı tarafa verdiği zararlardan dolayı sorumlu olacaktır. Bunun yanı sıra borca aykırılıkta da uygulanacak BK m.54 f.1'e göre hakim hakkaniyetin gerektirdiği hallerde temyiz kudretinden mahrum olan kimseyi

verdiği zararlardan dolayı kısmen veya tamamen sorumlu tutabilecektir. Üçüncü olarak BK m.102'ye göre temerrüde düşmüş olan borçlu, temerrüt müddetince meydana gelecek kazalardan dahi sorumlu tutulacaktır. Son olarak kanunda belirtilmiş özel durumlarda borçlu yine herhangi bir kusurunun bulunmasına gerek kalmaksızın alacaklının zararlarını karşılamak zorunda kalacaktır. Alacaklının ifa imkansızlığı sebebiyle tazminat talep edebilmesinin üçüncü şartı söz konusu imkansızlığın alacaklıyı zarara uğratmış olmasıdır. BK m.96'ya göre alacaklı müsbet zararının tazminini talep edebilecektir. Alacaklı, borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle manevi zarara uğramışsa, BK m.98 f.2'nin yaptığı atıf nedeniyle bu zararlarının tazminini de borçludan talep etme hakkına sahip olacaktır. Borçlunun sorumluluğu için son şart alacaklının uğradığı zararın, borçlunun hiç veya gereği gibi ifa etmeme şeklinde ortaya çıkan borca aykırı davranışı sebebiyle meydana gelmiş olmasıdır.

BK m.43'e göre hakim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümülünün derecesini tayin edecektir. Tazminatın kapsamı bakımından zarar miktarıyla bağlı olan hakim, tazminatın türünü serbestçe tayin edebilecektir. Hakim ilk evvela BK m.43 f.1'e göre borçlunun borca aykırı davranıştaki kusurunun derecesine göre tazminatı tayin edebilecektir. Bu hükme göre hakim ayrıca hal ve mevkiin icabına bakarak da tazminatı miktarını azaltabilmektedir. Bunun yanı sıra BK m.44'de de indirim sebepleri öngörülmüştür.

Edimin ifasının borçlunun kusuruyla imkansızlaşması halinde alacaklının başvurabileceği tek hukuki yol tazminat talep etmek değildir. Bunun yanı sıra Ediminin ifasının imkansızlaşması halinde borçlu, ortadan kalkan edimin yerine bir değer elde ediyor ya da üçüncü kişiye karşı bir tazminat talep hakkı doğuyorsa, artık alacaklının talebi üzerine, elde ettiği değeri alacaklıya vermek ya da üçüncü kişiye karşı olan tazminat talep hakkını alacaklıya temlik etmek zorunda kalacaktır. Alacaklı kaim değeri talep ettiği takdirde, borçlu imkansızlaşan edimin yerine elde ettiği kaim değer tamamını alacaklıya vermek zorunda kalacaktır. Alacaklı tam imkansızlıkta olduğu gibi kısmi imkansızlıkta da kaim değer talep etme hakkına sahip olacaktır. İmkansızlığın borcu sona erdirip erdirmediği ile ilgili hangi görüş kabul edilirse edilsin, tam iki taraflı sözleşmelerde edimin ifasının imkansızlaşması üzerine alacaklının borçludan kaim değeri talep etmesiyle birlikte borcun sona erdiği

kabul edilemeyecek, ancak alacaklının kaim değeri talep etmediği ve fark teorisini seçtiği durumlarda borçlunun borunun sora erdiğinin kabulü mümkün olacaktır. Kaim değeri alacaklının talebi üzerine kendisine vermek zorunda olan borçlu burada borcunu ifa etmektedir. Ayrıca alacaklının kaim değeri talep edebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmemektedir. Bu sebeple kaim değer bir tazminat olarak değil, asli edim yükünün yerine geçen değer olarak kabul edilmelidir.

İmkansızlık halinde alacaklı ayrıca, bir şeyin yapılmasına müteallik borçlarda, eğer bu borç borçludan başka kişilerce de yerine getirilebilecek nitelikteyse, BK m.97'ye göre, masraf borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilecektir. Yazarların büyük çoğunluğu BK m.97 f.1'in uygulanması için ifa engelinin sürekli olmaması gerekir. Kanaatimizce de edimin objektif olarak imkansızlaşması halinde, söz konusu edim hiç kimse tarafından ifa edilemeyeceğine, yani bu iş ne alacaklının kendisi ne de bir başkası tarafından yapılamayacağına göre aynen ifa talebi sona ereceği gibi, artık edimin ifa edilmesi de mümkün olamayacaktır. Ancak BK m.96 veya 117'nin uygulanabilmesi için mutlaka objektif ifa imkansızlığının bulunmaması gerekmemektedir. Sübjektif imkansızlık halinde de imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulmasına ve borçlu aynen ifayı talep edemese dahi, sübjektif imkansızlıkta edimin bir başkası tarafından ifasının halen mümkün olması sebebiyle BK m.97 uygulama alanı bulabilecektir.

Son olarak alacaklı edimi kusuruyla imkansızlaştıran borçludan sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı talep edebilecektir.

Doktrinde bazı yazarlarca kusurlu ifa imkansızlığı halinde alacaklının sözleşmeden dönerek menfi zararını talep edebileceği de ileri sürülmesine karşın, kanaatimizce imkansızlığın borcu sona erdirebilmesi için mutlaka borçlunun bu imkansızlığın meydana gelmesinden sorumlu olmaması gerekmeyeceğinden bu durumda alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının tanınmasına gerek bulunmamaktadır.

İfa imkansızlığından alacaklının sorumlu olduğu hallere ilişkin bir genel hüküm kanunda yer almamaktadır. Ancak kanunda özel borç ilişkilerinin düzenlendiği kısımda yer alan bazı sözleşme tipleri bakımından alacaklının kusurlu olduğu ifa imkansızlığı hakkında özel bazı düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir (BK m.183,



m.325, m.370, m.396). Bu durumda imkansızlıktan borçlu sorumlu olmadığı için, borçlu BK m.117'ye göre borcundan kurtulacaktır. Tam iki taraflı sözleşmelerde borcundan kurtulan borçlunun karşı edimi talep edip edemeyeceği meselesi ise doktrinde tartışmalıdır. Bu durumda borçlunun borcundan kurtulması karşılığında karşı edimi talep etme hakkına sahip olmaya devam edeceği kabul edilmektedir. Ancak alacaklının karşı edimi yerine getirmek zorunda kalmaya devam etmesinin hukuki nedeni bakımından çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kanaatimizce her ne kadar BK m.117 f.1'in lafzı alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlıklarının bu hüküm kapsamında ele alınabileceği şeklindeyse de, aynı sonucu tam iki taraflı sözleşmelerde edim hasarına borçlunun katlanması gerektiğini düzenleyen BK m.117 f.2 bakımından kabul etmek doğru olmayacaktır. Zira bu hüküm sadece hasara kimin katlanması gerektiğine ilişkin bir hükümdür ve imkansızlığın bir kaza sonucu ortaya çıktığı, yani imkansızlıktan taraflardan hiçbirinin sorumlu olmadığı halleri ele almaktadır. Burada hem birinci cümlede, hem de ikinci cümlede kastedilen, kimsenin sorumluluğu olmaksızın edimin ifasının bir kazadan dolayı imkansızlaştığı hallerdir. Bu nedenle konuyla ilgili kanun boşluğunun varlığı kabul edilerek, bu boşluğun gerek gerek bazı borç tipleri bakımından getirilen hükümler, gerekse Alman Hukukundaki § 326 Abs.2 BGB hükmündeki çözüm örnek alınarak doldurulması hakkaniyete uygun olacaktır. Buna göre alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığında borçlunun borcunun sona ereceği, karşı edim alacağını talep etme hakkını ise muhafaza edeceği kabul edilmek gerekecektir. İmkansızlığın her iki tarafın ortak kusuru neticesinde meydana geldiği hallere ilişkin olarak da Borçlar Kanunumuzda, bir hüküm de yer almamaktadır. Bu durumda da tarafların kusurları oranında bu zararı paylaşmaları gerektiği söylenebilecektir.

Almanya'da 2002 yılında gerçekleştirilen Borçlar Kanunu Modernizasyonu çerçevesinde çeşitli ifa engelleri arasında yapılan ayırım ortadan kaldırılarak bütün ifa engellerini kapsayacak şekilde "yükümlüğe aykırılık" kavramı getirilmiştir. Bu doğrultuda borcun ifa edilmemesi halinde uygulanacak olan § 280 BGB "Yükümlülüğe Aykırılık Sebebiyle Tazminat" başlığını taşımaktadır. Bu sistemde imkansızlık kurumu yerini korumasına rağmen, eski kanuna göre birtakım değişikliklere uğramış ve imkansızlık türleri arasındaki farklılıklar ortadan kaldırılarak tüm imkansızlık türleri aynı sonuca bağlanmıştır. Bu sistemde ilk olarak baştaki-sonraki imkansızlık ayırımı terkedilerek, imkansızlığın sözleşmenin

kurulmasından önce mi, sözleşmenin kurulmasından sonra mı ortaya çıktığına bakılmaksızın borcun sonra ereceği kabul edilmiştir. Bunun dışında eski kanunda yer alan “Unvermögen” kavramı kanunda çıkarılmış, edimin borçlu veya herkes bakımından imkansızlaşması halinde alacaklının artık bu edimin ifasını talep edemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, eski kanundan farklı olarak borcun sona ermesi bakımından borçlunun kusurlu veya kusursuz olması arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. İmkansızlık kurumu Alman Medeni Kanununda § 275’de düzenlenmiştir. Bu paragrafın ilk fıkrasında aynen ifanın gerek sadece borçlu gerekse borçluyla birlikte bir başkası tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı haller düzenlenmiş olup, bu hallerde alacaklının artık aynen ifa talebinin sona ereceği ifade edilmiştir. Bu paragrafın ikinci fıkrasında ise borcunu ifa edebilmek için borçlunun katlanması gereken masraf veya zahmetler ile alacaklının ifaya olan menfaati arasında fahiş bir orantısızlığın bulunması halinde borçlunun borcunu ifa etmekten kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada ise, borçlunun, bu sefer kişisel imkansızlık nedeniyle borcunu ifa etmekten kaçınabileceği ifade edilmiştir. Dikkat edilecek olursa doğrudan doğruya imkansızlığın düzenlendiği ilk fıkrada borcun kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiş olmasına rağmen, ikinci ve üçüncü fıkrada, gerçek anlamda bir imkansızlık olmamasına rağmen imkansızlıkla aynı sonuçları doğuracak hallerde yer verilmiş, fakat bu hükümlerde, ilk fıkradan farklı olarak, borcun kendiliğinden sona ereceğinden bahsedilmeyerek, bu durumda borcunu ifa etmekten kaçınma hakkını kullanmak isteyen borçlunun kendisine tanınmış olan def’iyi ileri sürmek zorunda olduğu ifade edilmiştir.

Avusturya Hukukunda ise imkansızlığı bakımından bizim hukukumuzdaki gibi bir ayrıma gidilerek, Borçlunun kusurlu olduğu ifa imkansızlığı § 920 ABGB’de, borçlunun kusurundan kaynaklanmayan ifa imkansızlığı ise § 1447 ABGB’de düzenlenmiştir. Sonraki imkansızlıktan borçlunun sorumlu olduğu hallerde § 920 ABGB’ye göre borçlu - alacaklının seçimine göre - fark talebini ya da değişim talebini karşılayarak onun zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Tarafların edimin ifasının imkansızlaşmasından sorumlu olmadığı hallerde ise § 1447 ABGB’ye göre edimin kaza sonucu yok olması sebebiyle borç sona erecek ve borçlu imkansızlaşan edimin değerini vermek zorunda kalmaksızın borcundan kurtulabilecektir. § 920 ABGB’ye göre edimin, borçlunun kusuruyla ya da onun sorumlu olduğu bir kaza sebebiyle boşa çıktığı/gerçekleşemediği hallerde, diğer taraf

ifa etmeme sebebiyle tazminat talep edebileceği gibi sözleşmeden de dönebilecektir. Bu hükmün uygulanabilmesi için ilk evvela ifanın boşa çıkması/gerçekleşmemesi gerekmektedir. ifanın tam olarak boşa çıktığı hallerde alacaklı borçludan ifa etmeme sebebiyle tazminat talep edebileceği gibi, sözleşmeden de dönebilecek ve seçtiği hukuki yola göre zararını tazmin ettirmek için borçludan farklı taleplerde bulunabilecektir.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Ackermann,Thomas** Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ 8/2002, 378.
- Aeppli,Viktor** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.Band Obligationenrecht, Teilband V 1h, Erlöschen der Obligationen Art. 114-126 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich 1991.
- Ahrens,Martin** Die Mittellose Geldschuldner. Unmöglichkeit zur Leistung und Verzug des Zahlungsverpflichteten, Berlin 1994.
- Akıntürk,Turgut** Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- Akkanat,Halil** Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilmediği Durumlar,İstanbul 1996.
- Akman, Sermet** Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- Akünel, Teoman** Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977.
- Akünel, Teoman** Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması, Yargıtay Dergisi 1988, S.3, s.222.
- Akyol, Şener** Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976.
- Allermann, Hugo** Beiträge zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung besonderer Berücksichtigung der Lehre von der Arten Unmöglichkeit der Leistung, Erlangen 1908.
- Altunkaya, Mehmet** Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005.
- Aral, Fahrettin** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 5.Baskı, Ankara 2003
- Aral, Fahrettin** Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Ankara 1985 (Daktiloyla Yazılmış)
- Arkan, Azra** Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:71, Sayı 1-2-3 (Ocak, Şubat, Mart 1997).
- Armbrüster, Christian** Vertragliche Haftung für Drittschaden- quo vadis Helvetia? Norm und Wirkung, Beitrage zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65.Geburtstag, Bern 2005.
- Arnold, Arnd** Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtreform, JZ 2002 H.18 s.866.
- Arslanlı, Halil** Ticari Bey, 4.Bası, İstanbul 1955.

- Ataay, Aytakin** Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, Üçüncü Bası, İstanbul 1981
- Atamer, Yeşim** Üçüncü Kişilerin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, YD C.22, Ocak-Nisan 1996, S.1-2, s.99.
- Aybay, Aydın** Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 12.Bası, İstanbul 2000
- Balthasar, Stephan/  
Bolten, Mairus** Untergang der verkauften Sache: Unmöglichkeit oder Ersatzlieferungsanspruch, ZGS, 2004 H.11 s.411.
- Barth,Hans-Rudolf** Schadensersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Aarau 1958.
- Baumann,Horst  
Hauth,Wolfram** Die rechtliche Problematik beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, JuS 1983 H.4 s. 273
- Baygın, Cem** Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukuku'ndaki Uygulaması, AÜEHFD, 2000, C.4, S.1-2.
- Becker,H.** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Obligationenrecht; Band VI, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR, Bern 1941.
- Behrend/Knütel/Kupisch/  
Sailer** Corpus Iuris Civilis, Text und Überstezung, Band I, Institutionen, 2.Auflage, Heidelberg 1997; Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Band III, Digesten 11-20, Heidelberg 1999
- Belling,Detlew W./  
Belen,Herden** Alman Medeni Kanunun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesi ve Türk Hukuku Düzenlemesiyle Karşılaştırılması, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2006, s.3025-3037
- Berger, Bernhard** Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
- Binder/Reidinger** Schwimann Praxiskommentar zum ABGB, 3. Auflage, Band 5, §§ 859-1089 ABGB, Wien 2005.
- Bittner,Claudia** J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhaeltnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1), Neubearbeitung 2009, §§ 255-275.
- Blaurock, Uwe** Culpa-Haftung und Nactraegliche Unmöglichkeit, Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht, Kolloquium aus Anlass des 75.Geburtstages von Ernst von Caemmerer, Tübingen 1983, s.55.
- Bloch, Konrad** Verzug des Gläubigers bei Unterlassung von Vorbereitungshandlungen, die zur Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners vorgesehen und notwendig sind, SJZ 1960, H.1, s.7.

- Bosch/Habschied** Vertragspflicht und Gewissenkonflikt, JZ 1954, 213.
- Brehm, Roland** Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3.Teilband, 1.Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art.41-61 OR.
- Brehm, Wolfgang** Der Begriff des Unvermögens- Bemerkungen zum Wert der Dogmatik in der Jurisprudenz. JZ 1987, s.1089-1093.
- Brehm, Wolfgang** Grundfälle zum Recht der Leistungstörungen, JuS 1989, H.2, s.112.
- Brox,Hans/  
Walker,Wolf-Dietrich** Allgemeines Schuldrecht, 32.Auflage , München 2007.
- Brunner, Hans-Ulrich** Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg 1991.
- Bucher, Eugen** Kommentar zu den Art.11-26 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenrecht), Bern 1976
- Bucher,Eugen** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979.
- Bucher, Eugen** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988.
- Buz, Vedat** Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, AÜSBFD, C.49, Ocak-Haziran 1994, No 1-2, Prof.Dr.İlhan Öztrak'a Armağan, Ankara 1994, s.23.
- Buz, Vedat** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- Bühler,Theodor** Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V,Teilbd.V 2d,Der Werkvertrag Art.363-379 OR, 3 Aufl., Zürich 1998.
- Büren,Bruno von** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich,1964.
- Büren,Bruno von** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972.
- Büyükşahiş, Erdem** Yeni Sosyo- Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007.
- Caemmerer, Ernst von** Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, Zum Tode von Ernst Rabel, NJW 1956, s. 569.
- Canaris, Claus W.** Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, s.475.

- Canaris,Claus W.** Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit, Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts, Karlsruhe 2004 s.147.
- Canaris,Claus W.** Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung, FS für Huber, 2006 s.143.
- Canaris,Claus W.** Zur Bedeutung der Kategorie der "Unmöglichkeit" für das Recht der Leistungsstörungen, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht, Schulze,Reinhard / Schulte-Nölke,Hans 2001 s.43.
- Canaris,Claus W.** Schuldrechtsreform 2002, Münih 2002.
- Canaris,Claus-W.** Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 10/2001, s. 499.
- Canaris,Claus-W.** Die Neuregelungen des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts-Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, Karlsruher Forum 2002, s.5.
- Canaris,Claus-W.** Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 17/2003, s. 831.
- Canaris,Claus-W.** Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs.2 BGB beim Stückkauf, JZ 2004, s.214.
- Canaris,Claus-W.** Gläubigerverzug und Unmöglichkeit, in Recht Genau, Liber Amicorum für Jürgen Prölss zum 70.Geburtstag, München 2009, s.21.
- Caytas,Ivo** Der unerfüllbare Vertrag. Leistungshindernisse und Entlastungsgründe im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten, im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, St.Gallen 1984.
- Cekovic-Vuletic, Simonida** Haftung wegen Unmöglichkeit nach dem Schuldrechtsmodernisierung, Haftungsregime, Haftungsfolgen, Grenzen der Haftung, Münih 2003.
- Chapuis,Oliver** Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art.97 Abs.1 OR: ein Begriff im Wandel, AJP, Bd.14 (2005),6, s.653.
- Däubler, Wolfgang** Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung, in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70.Geburtstag, München 2005, s.55.
- Dahm, Henning** Die dogmatischen Grundlagen und tatbestandlichen Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte, Köln 1988
- Deutsch,Erwin** Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Auflage, Köln-Berlin-München – Bonn 1995.

- Dieckmann, Andreas** Erfüllungszwang und Unmöglichkeit, ZGS 1/2008, s.14.
- Dieckmann, Andreas** Das Ende der Stückkauf? Zur Ersatzlieferung beim unechten Stückkauf, ZGS 1/2009, s.9.
- Diederichsen, Uwe** Der Schuldnerverzug (“mora debitoris”), JuS 1985, s.825.
- Diederichsen,Uwe** Gewissennot als Schuldbefreiungsgrund? FS Michaelis 1972, s.36.
- Dötterl,Sebastian** Wann ist der Glaubiger für die Unmöglichkeit Verantwortlich? Zugleich eine Untersuchung des Verhaeltnisses zwischen Unmöglichkeit und Verzögerung der Leistung, Augsburg 2007.
- Dullinger,Silvia** Bürgerliches Recht II Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3., aktualisierte Auflage, Wien 2008.
- Dural, Mustafa** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976.
- Dural, Mustafa** Akitten Doğan Yapmama Borçları, MHAD 1970 yeni seri, Yıl 4, No.6’ dan ayrı bası, s.7.
- Dural, Mustafa** İmkansızlık Kavramı ve Türleri, Batider Haziran 1973, Cilt VII, S.1, s.11-58
- Dural, Mustafa/Öğüz Tufan** Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.
- Dürr, Carl** Werkvertrag und Auftrag, Kommentar der Art.363-379 und 394 bis 406 OR, Vira 1983.
- Ehmann,Horst/Kley Britta** Unmöglichkeitstheorie, JuS 1998 H.6, s.481.
- Eidenmüller, Horst** Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, JURA 2001, s. 824.
- Emmerich,Wolfgang** Das Recht der Leistungsstörungen, Münih 2005.
- Emmerich, Volker** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, FernAbsG, §§ 243, 275, 275, 279-283, 320-327, 4.Auflage, 2001.
- Emmerich, Volker** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner, Teil §§ 243, vor 281, 285, 320-322 BGB Münih 2003.
- Endemann, Friedrich** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.I, Berlin 1903.
- Engin, Baki İlkay** Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.



- Ennecerus,Ludwig/  
Lehmann, Heinrich** Recht der Schuldverhältnisse, 15.Auflage, Tübingen 1958
- Eren, Fikret** Borçlar Hukuku Genel Hükümleri 11. Baskı(Tıpkı Basım), İstanbul 2009.
- Ergüne, Serkan** Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- Ergüne, Serkan** Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini, Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s.912
- Ergüne, Serkan** Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri ve Sonuçları, İÜHKM, C.LXII, S.1-2, s.351-380, 2004
- Ernst,Wolfgang** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2a Schuldrecht Allgemeiner, Teil §§ 241-432 BGB, §§ 275-276 BGB, Münih 2003.
- Erzurumluoğlu, Erzan** Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Terine Getirilememesi, Ankara 1970.
- Esener, Turhan** Borçlar Hukuku, Cilt I, Ankara 1969.
- Esser,Josef/Schmidt,Eike** Schuldrecht: Band I Allgemeiner Teil; Teilband 2, Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitig beim Schuldverhaeltnis, 8.Auflage, Heidelberg 2000.
- Faust,Florian** Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, §§ 1-610, §§ 433-479, 2.Auflage,München 2007
- Faust,Florian** Von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit, JuS 2/2001, s.133.
- Faust,Florian** Grenzen des Anspruchs auf Ersatzlieferung bei der Gattungsschuld, ZGS 7/2004 s.252.
- Faust,Florian** Pflichtverletzung und Vetretenmüssen als Voraussetzung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, FS für Claus-Wilhelm Canaris zum 70.Geburtstag, München 2007, s.219.
- Fehre,Andrea** Die Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, Voraussetzungen und Rechtsfragen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernierungsgesetz, Berlin 2005
- Fellmann,Walter** Die Ersatzvornahme nach OR 98 I – “Vollstreckungstheorie” oder “Erfüllungstheorie”, recht 1993, s.109.
- Feyzioğlu, F.N.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1976, Cilt II, İstanbul 1977.

- Fischer, Nicole** Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht die Haftungbefreiung des Schuldners nach Art. 79 CISG, den Vorschriften der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts und der Principles of European Contract Law im Vergleich zum deutschen Unmöglichkeitensrecht, Berlin 2001.
- Fischer, Michael** Der Ausschluss der Leistungspflicht im Falle der Unmöglichkeit im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (§ 275 BGB RegE), Der Betrieb 2001 H. 36 S. 1923.
- Fikentscher, Wolfgang** Schuldrecht, 5. Auflage, Berlin 1975, 6. Auflage, Berlin 1976, 9. Auflage, Berlin 1997.
- Fikentscher, Wolfgang/  
Heinemann, Andreas** Schuldrecht, 10. Auflage, Berlin 2006.
- Furrer, Andreas/  
Müller-Chen, Markus** Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, Basel, Genf 2008
- Gauch, Peter** System der Beendigung von Dauerverträgen, Fribourg 1968.
- Gauch, Peter** Der Werkvertrag, Zürich 1985.
- Gauch, Peter** Ersatzvornahme nach Art. 98 I OR und viele Fragen zur Nichterfüllung- Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts, recht 1987.
- Gauch, Peter/Schluep,  
Walter R./ Schmid, Jörg/  
Rey, Heinz / Emmenegger,  
Susan** Schweizerisches Obligationenrecht; Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 9. Auflage, Zürich 2008,
- Gautschi, G.** Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Bern 1967; 4. Teilband, Die einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1960.
- Gernhuber, Joachim** Drittwirkungen im Schuldverhältnis Kraft Leistungsnähe. Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte, FS für Arthur Nikisch, Tübingen 1958
- Giger, Hans** Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf Artikel 184-215 OR, Bern 1980.
- Giger, Marcel** Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Bern Stuttgart, Wien 1992.

- Ginter, Petra** Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art.197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art.97 ff.OR, Zürich 2005.
- Glättli, Elisabeth** Zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Art.97 Abs.1 und 107 Abs.2 OR; Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung, Zürich 1998.
- Glättli, Elisabeth** Zum Schadensersatz bei Rücktritt- eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen, SJZ 1997, s.233.
- Golde, Mar** Nachträgliche Unmöglichkeit oder Verzug bei Unterlassungspflichten, AcP 99 (1906), s.306.
- Graf, Georg** Kletecka/Schauer ABGB-Kommentar, §§ 864a, 878-880a, Wien 2010.
- Grieder, Thomas** Die unsorgfältige Unsorgfalt, Ein Beitrag zur Abgrenzungproblematik zwischen Vertragswidrigkeit und Verschulden, AJP/PJA 8/2002, s.959.
- Gruber, Michael** Kletecka/Schauer ABGB-Kommentar, §§917-921, 934-937, Wien 2010.
- Gruber, Urs-Peter** Schuldrechtsmodernisierung 2002/2002 – Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, JuS 2002, H.11, s.1066.
- Gruber, Urs Peter** Das drohende Ende des Stückschuld, JZ 14/2005, s.707.
- Grundmann, Stefan** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, §§ 244-248, 276-279 BGB, München 2003.
- Grüneberg, Christian** Beck'sische Kurz Kommentar, Band 7, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom-I- und Rom-II-Verordnungen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten- Verordnung, Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz 69.neubearbeitete Auflage, §§ 241-432 BGB, München 2010.
- Gschnitzer, Frank** Klang Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, vierter Band, erster Halbband §§ 859-1044, Wien 1968.

- Gschnitzer, Franz/  
Faistenberger, Christopf/  
Barta, Heinz/Eccher, Bernhard** Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2., neubearbeitete Auflage, Wien 1986.
- Gsell, Beate** Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht. Die Haftung des Gattungsverkäfers beim Eintritt Nachträglicher Erfüllungshindernisse, Bielefeld 1998.
- Gsell, Beate** Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz, JZ 2004 s.647.
- Gsell, Beate** Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, NJW 2006, s.125.
- Gsell, Beate** Beschaffungsnotwendigkeit und Ersatzlieferung beim Stück- und beim Vorratskauf JuS 2/2007, s.97.
- Guhl, Theo** Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum siebzigsten Geburtstage von Carl Wieland, Basel 1934.
- Guhl, Theo** Das schweizerische Obligationenrecht, 8.Auflage, bearbeitet von Alfred Koller und Jean Nicholas Druey, Zürich 1991 (Guhl/Koller/Druey); 9.Auflage, bearbeitet von Alfred Koller, Anton Schnyder und Jean Nicholas Druey, Zürich 2000 (Guhl/Koller/Schnyder/Druey).
- Gümüş, Alper** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2008.
- Gümüş, Alper** Kısmi İfa, MÜHFD, Fehiman Tekil Armağanı, İstanbul 2003, s.603.
- Günay, Cevdet İlhan** Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara 2002.
- Gürsoy, Kemal Tahir** Manevi Zarar ve Tazmini, AÜHFD (Cumhuriyetin 50.yılı Armağanı) C.XXX, sy.1-4, Ankara 1973.
- Habersack, Matthias** Vertragsfreiheit und Drittinteressen, Berlin 1991.
- Hadding, Walther** Die Rechtswirkungen beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, AcP 168 (1968), s.150.
- Harff, Paul** Ursprüngliche Unvermögen zur Leistung und seine grundsätzlichen Rechtsfolgen nach deutschem bürgerlichen Recht, Berlin 1912.
- Harke, Jan Dirk** Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechtsmodernisierung, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Das neue Schuldrecht, Freiburger Tagung, Stuttgart, 2001, s. 29.
- Hartmann, Felix** Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, Tübingen 2007.

<b>Hartmann, Gustav</b>	Die Obligatio, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, Erlangen 1875.
<b>Hausmaninger, Herbert Selb, Walter</b>	Römisches Privatrecht, 9., völlig neu bearbeitete Auflage, Wien/Köln/Weimar 2001.
<b>Havutçu, Ayşe</b>	Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
<b>Heinrichs, Helmut</b>	Palandt Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Bası § 275 BGB, Münih 2008, 64. Bası § 275 BGB, Münih 2005, 58. Bası § 275 BGB, Münih 1998.
<b>Henssler, Martin/ Muthers, Christof</b>	Arbeitsrecht und Schuldrechtsmodernisierung, ZGS 2002, s.219.
<b>Himmelschein, Jury</b>	Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 (1932), s.255.
<b>Himmelschein, Jury</b>	Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, AcP 158(1958/60), s.273.
<b>Honsell, Heinrich</b>	Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. neubearbeitete Auflage, Zürich, Basel, Genf 2005.
<b>Honsell, Heinrich</b>	Römisches Recht, 6. ergänzte Auflage, Heidelberg 2006
<b>Honsell, Heinrich</b>	Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. ergänzte und verbesserte Auflage, Bern 2003.
<b>Honsell, Heinrich</b>	Herkunft und Kritik des Interessenbegriff in Schadensersatzrecht, JuS 1973 H.2, s.69.
<b>Honsell, Heinrich</b>	Die Zivilrechtliche Haftung des Arztes, ZSR 109 (1990), s.135.
<b>Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Wiegand, Wolfgang</b>	Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, Zweite, neubearbeitete Auflage unter Beziehung von PrHG, KKG und PRG, Basel und Frankfurt a.M.1996.
<b>Honsell, Thomas</b>	Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im gegenseitigen Vertrag, JuS 2/1979, s.81.
<b>Huber, Peter</b>	Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002 H.14, s.1004.
<b>Huber, Ulrich</b>	Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechts modernisierungsgesetz, ZIP 2000 H.48, s.2137.

- Huber,Ulrich** Die Begriff der Pflichtverletzung im System des neuen Leistungsstörungenrechts, in Eckert/Delbrück (Hrsg.) Reform des deutschen Schuldrechts, Baden-Baden 2003 s.23.
- Huber,Ulrich** Das geplante Recht der Leistungsstörungenrecht, in Ernst/Zimmermann (Hrsg.) Zivilrechts wissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001.
- Huber,Ulrich** Leistungsstörungen Band II: Die Folgen des Schuldnerverzugs-Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Tübingen 1999.
- Huber,Ulrich** Leistungsstörungen, Band I: Die allgemeinen Grundlagen- Der Tatbestand des Schuldnerverzuges- Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände, Tübingen 1999.
- Huber, Ulrich** Schadensersatz statt der Leistung, Tagung der Zivilrechtlervereinigung im Marburg in September 2009, 210.Band, 2010, s.320.
- Huber, Peter/Faust, Florian** Schuldrechtsmodernisierung, München 2002.
- Huguenin, Claire** Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3.überarbeitete Auflage, Zürich, Basel, Genf 2008.
- Hulot, Henri/ Berthelot, Jean-François** Corps de Droit Civil Roman, En Latin et en Français, Tome 7, Les Cinquante Livres Du Digeste Ou Des Pandectes De L'empereur Justinien, Réimpression de L'édition de Metz 1805(Chez BEHMER et LAMORT, Chez RONDONNEAU), Aalen 1979.
- İnan, Ali Naim** "Culpa in Contrahendo" – Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma, Adalet Dergisi, 1954, C.45, S.7 Temmuz 1954, s.879; S.8, s.999.
- İnan, Ali Naim** Die Unmöglichkeit der Lesitung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Ankara, 1956.
- İnceoğlu, M.Murat** İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması, AÜHFD 2008, C.57, s.4, s.237.
- Jäggi, Peter** Zum Begriff der vertragliche Schadensersatzforderung, in Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg (Schweiz) 1968,s.181.
- Jakobs,Horst H.** Die Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969 .
- Jessen,Christopf** Das Problem. beidersiets zu vertretender Unmöglichkeit, JA 1973, ZR s.171.

- Jhering, Rudolf von** Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jherings Jahrbücher 4, Jena 1861.
- Joachim, Willi** "Personale" Unmöglichkeit: Die Zumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens, FS Norbert Horn, Berlin 2006, s.49.
- Joenig, Elke** Die anfängliche Unmöglichkeit, Wien 2006.
- Johlen, Heribert** Haftung des Grundstückverkäufers bei Unbebaubarkeit des verkauften Grundstücks, NJW 1979, H.31 s.1531.
- Jörs/Kunkel/Wenger,** Römisches Recht, in vierter Auflage neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb, Berlin/Heidelberg 1987,
- Kaiser, Dagmar** J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 328-361, 13.Auflage, Berlin 1995.
- Kaiser, Dagmar** Schadensersatz neben oder statt der Leistung, FS für Harm Peter Westermann, Köln 2008, s.351.
- Kaiser, Dagmar** Zeitweilige Unmöglichkeit, FS für Walther Hadding Berlin 2004, s.121.
- Kamanabrou, Sudabeh** Der Nachlieferungsanspruch beim Stückkauf, ZGS 11/2004, s.57.
- Kamm, Michael** Freizeihnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht- Ein Vergleich, Köln 1985.
- Karabağ Bulut, Nil** Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009
- Karahasan, Mustafa Reşit** Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Genişletilmiş 6.Bası, İstanbul 2003.
- Karahasan, Mustafa Reşit** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, En Son Kararlarla Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, 5.Cilt, İstanbul 2004.
- Kaser, Max/Knütel, Rolf** Römisches Privatrecht, 19.Auflage, München 2008
- Keller, Alfred** Haftpflichtrecht im Privatrecht, Band I, 6. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 2002.
- Keller, Max/Schöbi, Christian** Das schweizerische Schuldrecht I. Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3.vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1988.
- Keskin, A.Dilşat** Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XI., S.1-2, 2007, s.209-230.

- Kılıçoğlu, Ahmet** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 8.Bası, Ankara 2007
- Kılıçoğlu,Ahmet** Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD 1976s.1-4, c.32.s.185.
- Kisch, Wilhelm** Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach den Bürgerlichen Gesetzbuches Für das Deutsche Reich, Jena, 1900.
- Kisch, Wilhelm** Gattungsschuld und Wahlschuld, Leipzig 1912.
- Klausch,Sebastian** Die Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungenrecht, Frankfurt a.M. 2004.
- Kleinedam,Feodor** Die Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB für das deutsche Reich, A 125-7,1.1.1900, 3.1901.
- Kley,Britta** Die Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, die Funktionen der Unmöglichkeitstatbestände im BGB und der Reformversuch der Schuldrechtskommission, Berlin 2001.
- Knorr, Ernst Wilhelm** Die Entwicklung der Unmöglichkeitslehre im gemeinen Recht, Würzburg, 1960.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Vilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yeniden Genişletilmiş Tamamlanmış 4.Bası, İstanbul 2008.
- Koç, Nevzat** İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992
- Kohler, Jürgen** Bestrittene Leistungsunmöglichkeit und ihr Zuvertretenhaben bei § 275 BGB- Prozesslage und materielles Recht, AcP 205 (2005), s. 93.
- Koller,Alfred** Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.184-191, 211-215, 220-221 OR, Zürich 1996.
- Koller, Alfred** Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Band VI, 2.Abcteilung, Teilband 3, 1, Werkvertrag. Art.363-366 OR, Bern 1998.
- Koller,Alfred** Schweizerisches Obligaitonenrecht Allgemeiner Teil, OR AT, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3.Auflage, Bern 2009 (OR AT).
- Koller,Alfred** Beidseits verschuldete Leistungsunmöglichkeit des Arbeitnehmers, in Recht im Wandel seines sozialen und Technologischen Umfeldes, FS für Manfred Rehbinder, Münih-Bern 2002, s.51.



- Koller, Alfred** Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art.101 OR, Zürich 1980.
- Koller, Jo** Untergang des Werkes nach Art.376 OR, Freiburg, Winterthur 1983.
- Koller, Jürg** Genugtuung aus Vertragsverletzung, Zürich 2003.
- Kornfeld, Felix** Leistungsunmöglichkeit. Eine zivilistische Studie unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1913.
- Koziol/Bydlinski/Bollengerber** Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 3., überarbeitete und erweiterte Auflage, Wien 2010.
- Krückmann, Paul** Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess, Tübingen 1907.
- Krüger, Wolfgang** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2a Schuldrecht Allgemeiner, Teil §§ 241-432 BGB, §§ 256-274 BGB, Münih 2003.
- Kuhlamnn,Kai/Nauen, Bernd** Neues und altes vorübergehenden Unmöglichkeit – Primärleistungspflicht und Sekundäransprüche, in Tradition und Moderne – Schuldrecht und Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Berlin 2005, s.31.
- Kuhn, Tomas** Unmöglichkeit der Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache wegen Unzumutbarkeit für den Käufer?, ZGS 8/2007, s.290.
- Kuhn, Rolf** Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht, Stuttgart-Bern 1987.
- Kuhn, Moritz** Aktuelle Probleme in der Ärzthaftpflicht, SJZ 89 (1983), s.262.
- Lange, Hermann/Schiemann,Gottfried** Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz, 3.Auflage, Tübingen 2003.
- Larenz,Karl  
Lehmann,Matthias** Lehrbuch des Schuldrechts, I.Band:Allgemeiner Teil, München 1982. Das stellvertretende commodum, JuS 2006 H.6, s.502
- Lindemann,Viola** Neuereungen im Arbeitsrecht durch die Schuldrechtsreform, AuR 2002, s.81.
- Litten, Fritz** Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte, Berlin 1903.
- Looschelders,Dirk** Die Verteilung des Schadens bei beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, OLG Frankfurt a.M.NJW-RR 1995-435, JuS 1999 H.10, s.949.
- Looschelders,Dirk** Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. bearbeitete Auflage München 2010.

- Looschelders, Dirk** "Unmöglichkeit" und Schadensersatz statt der Leistung, JuS 2010, s.849.
- Lorenz, Stephan** Zur Abgrenzung von Teilleistungen, teilweiser Unmöglichkeit und Schlechterfüllung im neuen Schuldrecht, NJW, 2003, H.43, s.3097.
- Lorenz, Stephan** Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte: Drei Jahre danach, NJW 2005 H.27, s.1889.
- Lorenz,Stephan** Fünf Jahre "neues" Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2007, s.1.
- Lorenz,Stephan** Schadensersatz wegen Pflichtverletzung- Ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001,H.14, s.742.
- Lorenz,Stephan** Grundwissen-Zivilrecht:Was ist eine Pflichtverletzung (§ 280 I BGB), JuS 3/2007, s.213.
- Lorenz,Stephan** Schuldrechtsmodernisierung- Erfahrungen seit dem 1.Januar 2002, in Egon Lorenz, Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung- Erfahrungen seit dem 1.Januar 2002, Karlsruhe 2006.
- Lorenz Stephan./Riehm T.** Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002.
- Lörtscher,Thomas** Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977.
- Löhnig, Martin** Die Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts nach § 275 Abs.2 BGB, ZGS 12/2005, s.459.
- Löwisch,Manfred/Caspers, Georg** Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1) Neubearbeitung 2009.
- Löwisch Manfred** Zweifelhafte Folgen des geplanten Leistungsstörungenrechts für das Arbeitsvertragsrecht. NZA, 2001, s. 465-472.
- Lukas, Meinhard** Zur Haftung beim anfänglichen unbehebbareren Mangel, JBl Jg.114, Heft 1, Januar 1992, s.11.
- Maile-Zinser,Tanja** Auswirkungen der Unmöglichkeit auf den Erfüllungsanspruch. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht, dem US-amerikanischen Uniform commercial Code, dem UN-Kaufrecht, den UNIDROIT, den Principles of European Contract Law und dem Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuch, Berlin 2006.

<b>Matusche-Beckmann, Annemarie</b>	J. Von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-487 (Kaufrecht und Leasing), Berlin, Neubearbeitung 2004, §§ 434-444; 474-479.
<b>Manthe, Ulrich</b>	Gaius Institutiones, Die Institutionen des Gaius, Darmstadt 2004
<b>Medicus,Dieter</b>	Schuldrecht I: Allgemeiner Teil , 9.Auflage, Berlin 1996, 17.Auflage Münih 2006.
<b>Medicus,Dieter/Lorenz, Stephan</b>	Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 18.Auflage, München 2008.
<b>Medicus,Dieter</b>	Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im Römischen Recht, ZGS (Zeitschrift für Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte) Rom.Abt.86 1969, s.67.
<b>Medicus,Dieter</b>	Bemerkungen zur vorübergehenden Unmöglichkeit, FS für Andreas Heldrich 2005, s.347.
<b>Medicus,Dieter</b>	Geld muss man haben, AcP 188(1988), s.489.
<b>Meier,Sonja</b>	Neues Leistungsstörungenrecht: Anfängliche Leistungshindernisse, Gattungsschuld und Nichtleistung trotz Möglichkeit, Jura H.3/2002, s.122.
<b>Meier,Sonja</b>	Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen in der Fallarbeitung, Jura H.2/2002 s.118.
<b>Mommsen,Friedrich</b>	Die Unmöglichkeit der Leistung in Ihrem Einfluss auf Obligatorische Verhältnisse,1855.
<b>Motzer,Stefan</b>	Schutzpflichtsverletzung und Leistungsunmöglichkeit, JZ 1983, s.884.
<b>Mückl,Patrick</b>	Die Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, zum Begriff der "Pflichtverletzung" im Leistungsstörungenrecht des BGB, JA 2004 H.12, s.928.
<b>Mückl,Patrick</b>	Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des § 275 II BGB, Jura 12/2005, s.809.
<b>Müller-Chen,Markus</b>	Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999.
<b>Mayrhofer, Heinrich</b>	System der österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2.Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1.Abteilung, Allgemeine Lehren, Wien 1986.
<b>Nastelski,Karl</b>	Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, JuS 1962 H.8, s.289.
<b>Neuenschwander,Markus</b>	Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1972

- Neumann-Düsberg, Horst** Anfängliche Unmöglichkeit bei "höchstpersönlichen Dienstleistungen", BB H.34 1970, s.1462.
- Niklaus, Jürg** Das Recht auf Ersatzvornahme gemaess Art.366 Abs.2 OR, St.Gallen 1999.
- Nomer, Haluk** Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.
- Oertmann, Paul** Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin, Guttentag 1901.
- Oftinger,Karl/Stark,Emil** Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil Band I, Zürich 1995.
- Oğuzman, Kemal** Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- Oğuzman, Kemal  
Öz, Turgut** Borçlar Hukuku Genel Hükümleri Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş Sekizinci Bası, İstanbul 2010.
- Olgaç, Senai** Borçlar Hukuku, Akdın Nevileri, İstanbul 1967.
- Olivet,Peter** Der verantwortungsbezogene Rechtswidrigkeit im öffentlichen und bürgerlichen Recht. Zugleich zweite Auflage des Titels erfolgsunrechtslehre und Handlungsunrechtslehre aus der Sicht des öffentlichen Rechts, Berlin 1996.
- Oser,Hugo/  
Schönenberger, Wilhelm** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V.Band:Das Obligationenrecht,Erster Halbband: Art.1-183 OR, Zürich 1929.
- Otto, Hansjörg** Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungsrechts, JURA Heft 1/2002, s.1.
- Öz, Turgut** İş sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- Öz, Turgut** İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi İle Birlikte, İstanbul 2006.
- Pammler, Sebastian** Zum Ersatzlieferungsanspruch beim Stückkauf, NJW 2003, Heft 28, s.1992.
- Perner,Stefan / Spitzer,  
Martin / Kodek, Georg E.** Bürgerliches Recht, 2.Auflage, Wien 2008.
- Picker,Eduard** Schuldrechtsreform und Privatautonomie, JZ 21/2003, s.1035.

- Portmann, Peter** Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Heft 335 der Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern 1958.
- Portmann, Wolfgang** Erfolgsonrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht, SJZ 93 (1997) Nr.14, s.273.
- Puhle, Winfried** Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, Frankfurt am Main/Bern 1982.
- Pulaşlı, Hasan** Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989.
- Rabl, Christian** Gläubigerverzug und beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, JBl 1997, s.497.
- Rabel,Ernst** Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis Tübingen 1965, Gesammelte Aufsätze Band I Arbeiten zum Privatrecht 1907-1930, s.3.
- Rabel,Ernst** Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht, Tübingen 1965, Gesammelte Aufsätze, Band I Arbeiten zum Privatrecht 1907-1930, s.79.
- Rabel,Ernst** Das Recht des Warenkaufs, Band I, Eine rechtsvergleichende Darstellung, Berlin 1936.
- Rampini,Corrado** Die nachträgliche Leistungerschwerung , Bern, 2003.
- Rauscher, Thomas** Die von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit im neuen Schuldrecht, ZGS 9/2002, s.333.
- Rehbinder,Manfred** Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2.Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2.Teilband; Der Arbeitsvertrag, Art.319-362 OR; 1.Abschnitt; Einleitung und Kommentar zu den Art.319-330a OR, Bern 1985.
- Rehbinder, Manfred** Schweizerisches Arbeitsrecht, 15.Auflage, Bern 2002.
- Reisoğlu, Safa** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Bası, İstanbul 2010
- Reisoğlu, Safa** Hizmet Akdi, Ankara 1968.
- Rey, Heinz** Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995.
- Roberto,Vito** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002.
- Rohde, Gerd** Unmöglichkeit der Leistung bei Gattungsschulden, Würzburg 1973.
- Roth,Günther H.** Die nachträgliche Unvermögen des Schuldners, JuS H.3 1968, s.101.

- Roth, Herbert** Stückkauf und Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache, NJW 41/2006, s.2953.
- Rössler, Hannes** Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage, JuS 12/2004, s.1058.
- Rummel, Peter** Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Dritte, neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1.Band, §§ 1bis 1174 ABGB, Wien 2000.
- Rumpf, Christian** Borçlar Hukuku Sorunlarından. Culpa in Contrahendo, Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80.yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, İstanbul 2007,160.
- Rüsmann, Helmut** Die vom Gläubiger und vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, FS Eike Schmidt 279-301, Heidelberg 2005.
- Savigny, Fridrich Carl von** Obligationenrecht als Theil des heutigen Romischen Rechts, Bd.2, Berlin 1853.
- Schapp, Jan** Empfiehlt sich die "Pflichtverletzung" als Generaltatbestand des Leistungsstörungsrechts, JZ 2002 H.11, s.583.
- Schäffer, Christian** Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 280 I 1 BGB, JA 2003, s.600.
- Schärer, Heinz** Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.305-318 Basel/Frankfurt 1996.
- Schenker, Franz** Die Voraussetzungen und Die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg 1988.
- Schermaier, Martin Josef** Impossibilium nulla obligatio, in Annali del seminero giuridico 51 (2006), Torino 2006.
- Schiemann, Gottfried** J. Von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-243 (Treu und Glauben), Berlin Neubearbeitung 2009
- Schlechtriem, Peter** Entwicklung des deutschen Schuldrechts und Europäische Rechtangleichung, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart, Münih, Hannover, Berlin, Waimar, Dresden 2001, s.9.
- Schlechtriem/Schmidt-Kessel** Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. neubearbeitete Auflage, Tübingen 2005.
- Schlüter, Andreas** Leistungsbefreiung bei Leistungsschwerungen, Zur Konkurrenz der Befreiungstatstände im neuen Schuldrecht (§§ 275,313,314 BGB), ZGS 9/2003 s.346.

- Schmid,Jörg** Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht, Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger Perspektive; FS für Wolfgang Wiegand zum 65.Geburtstag,Bern 2005 s.635.
- Schmid, Jörg** Freizeichnungsklauseln, in Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60.Geburtstag, 2003, s.307.
- Schmidt, Eike** Das Schuldverhältnis. Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts, Heidelberg 2004.
- Schmidt-Recla,Adrian** Echte,faktische,wirtschaftliche Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage, FS Adolf Laufs, 2006, s.641.
- Schmidt, Patrick** Die Unmöglichkeit der Erfüllung in Ansehung der Zeit, Berlin, 2007.
- Schnüriger, Benno** Annahmeverzug und Betriebsrisiko, Zürich 1981.
- Schnyder,Anton K.** Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligaitonenrecht I, Honsell/Vogt/Wiegand, Art.1-529, Basel 1992.
- Schönle, Herber** Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, fünfter Band, Das Obligationenrecht, Bd.V/2a. Art.184-252 OR, Kauf und Schenkung. Lieferung 1.Art.184-191, Zürich 1983.
- Schraner,Hans** Unzulässige Überwälzung und Wegbedingung der Schadensersatzpflicht, Zürich 1973.
- Schulze,Reiner/ Ebers,Martin** Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 4/2004, s.265.
- Schwab,Martin** Das neue Schuldrecht im Überblick, JuS 2002, s.1.
- Schwarz, Andreas B.** Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih, Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, s.759.
- Schwarze,Roland** Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungsrecht, Jura 2002 H.2, s.73.
- Schwenzer,Ingeborg** Schweizerisches Obligationenrecht; Allgemeiner Teil, 4.Bası, Bern 2006.
- Seichter, Detlef Karl-Heinz** Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit beim gegenseitigen Vertrag, Hamburg, 1971.
- Seliçi,Özer** Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç ilişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.
- Seliçi, Özer** Seçimlik Borçların İfası, İÜHF Mecmuası, Cilt: XXXIV, Sayı: 1-4, İstanbul 1969.
- Seliçi, Özer** Kesin Vadeli İşlemler, MHAD 1968, s.3.

- Serozan, Rona** İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden geçirilip genişletilmiş 5. bası, İstanbul 2009
- Serozan, Rona** Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, İstanbul 2007.
- Serozan, Rona** Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler),İÜHFM, C.LVIII, S.1-2, s.233-248, 2000
- Serozan, Rona** Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, Sayı 3, s.108-120.
- Serozan, Rona** Parça Borcu- Çeşit Borcu; aşılması gerekli bir ayrım, İstanbul 1969.
- Siegrist, Samuel** Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, Zürich 1997.
- Sirmen, Lale** Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- Soyer, Polat** İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku, DEÜHFD, Prof.Muhittin Alam Armağanı, Yıl 2 (1981), S.2, s.102.
- Spiro,Karl** Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.
- Spruit, J.E./Feenstra, R. Wubbe, F.B.J.** Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling VI, Digesten 43-50, 's-Gravenhage 2001
- Stahelin,Bernhard** Die Vertragsverletzung im englischen und schweizerischen Privatrecht, Basel 1954.
- Stoll, Heinrich** Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932), s.256.
- Stoppel,Jan** Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit nach neuem Schuldrecht, Jura 2003 H.4, s.224.
- Sulzer,Stefan** Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, St.Gallen 2002.
- Sulzer,Stefan** Clausula rebus sic stantibus und der gestörte Vertragszweck, AJP/PJA 8/2003, s.987.
- Sutschet, Holger** Austausch- und Differenztheorie nach der Schuldrechtsreform, JURA 2006 Heft.8 s.586.
- Şahiniz, C.Salih** Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008.



<b>Şenocak, Zarife</b>	Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.
<b>Tandoğan, Haluk</b>	Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963.
<b>Tandoğan, Haluk</b>	Eser Sözleşmesinde , Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture), Batider, 1986, C.XIII, s.3-4, s.57.
<b>Tandoğan, Haluk</b>	Otelcilerin Mesulliyeti, AÜHFD 1955, C.XII, S.3-4, s.201.
<b>Tandoğan, Haluk</b>	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Tümünden Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkıbasım, İstanbul 2008.
<b>Tandoğan, Haluk</b>	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I-2,Kira ve Ödünç Verme (Ariyeti Karz) Sözleşmeleri, Üçüncü Basımdan Dördüncü Tıpkıbasım, İstanbul 2008
<b>Tandoğan, Haluk</b>	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş İkinci Bası, Ankara 1983
<b>Tannenwald, Bruno</b>	Unmöglichkeit der Leistung bei einer Wahlschuld, Hamburg 1906.
<b>Teichmann, Arndt</b>	Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, s.1485.
<b>Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop</b>	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Bası, İstanbul 1993.
<b>Teubner, Gunther</b>	Gegenseitige Vertragsuntreu, Tübingen 1975.
<b>Thibaut, Anton Friedrich Justus</b>	System des Pandekten-Rechts, Erster Band, Achte verbesserte Auflage, Cannstadt 1834, Nachdruck Frankfurt 1982
<b>Thier, Andreas</b>	Honsell Kurzkomentar, OR 1-529.
<b>Tiedtke, Klaus</b>	Ersatzlieferung beim Stückkauf, JuS 7/2005, s.583.
<b>Titze, Heinrich</b>	Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Recht, Leipzig 1900.
<b>Tuhr,Andreas von/ Escher,Christopf</b>	Allgemeiner Teil des Schweizerishcen Obligaitonenrechts, Zweiter Band, 3.Auflage, Zürich 1979.
<b>Tuhr Andreas von/Peter, Hans</b>	Allgemeiner Teil des Schweizerishcen Obligaitonenrechts; Erster Band, 3.Auflage, Zürich 1979.

- Tuhr, Andreas von/ Siegwart** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht II, 2.Auflage, Zürich 1944.
- Tunçomağ, Kenan** Borçlar Hukuku I.Cild, Üzerinde Çalışılmış 5.Bası, İstanbul 1972.
- Tunçomağ, Kenan** Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 1977.
- Tunçomağ, Kenan** Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- Umur, Ziya** Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975.
- Ünal, Mehmet** Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD C.35, Ankara 1981.
- Ullrich, Hans Günther** Doppelverkauf und stellvertretendes commodum, Trier 1990.
- Ulusan, İlhan** Culpa in Contrahendu Üstüne, Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.275.
- Urban, Werner** Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, Gladbach/Köln 1989.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat, Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, s.739.
- Wächter, Carl Georg** Über die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? AcP 15 (1832), s.97-138, 188-222
- Wächter, Carl Georg** Pandekten II, Besonderer Theil, Sachenrecht, Obligationenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Leipzig 1881.
- Wagner, Erik** Studien zum Recht der Unmöglichkeit. Eine Untersuchung der Besonderheiten des römischen Rechts und des BGB vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung, Baden-Baden 2007.
- Wahl, Friedrich** Schuldnerverzug. Brügerliches Gesetzbuch, Rechtssystematik und Schuldrechtsreform, Berlin 1998.
- Weber, Rolf H.** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 4.Teilband, Kommentar zu Art.68- 96 OR, Bern 1983; 5.Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung Art.97-109, Bern 2000; Obligationenrecht I, Art.394-411, 419-424 Basel/Frankfurt 1996.
- Weber, Rolf-H.** Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Honsell/Vogt/Wiegand, Art.1-529, Basel 1992, Art.494 N 9.
- Weber, Rolf-H.** Sorgfaltswidrigkeit- quo vadis? ZSR 107, 1988, s.39.

<b>Weimar, Wilhelm</b>	Die teilweise Unmöglichkeit der Leistung, MDR 1976, s.550.
<b>Welser, Rudolf</b>	Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Auflage, Wien 2007.
<b>Welser, Rudolf</b>	Das Verschulden beim Vertragsabschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973 (Österreichische Juristen-Zeitung).
<b>Welser, Rudolf</b>	Die vorvertraglichen Pflichten in der Rechtsprechung des OGH, FS für Wagner, 1987, s.361.
<b>Wicher, Reinhard</b>	Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, AcP 158 (1959), s.297.
<b>Wieacker, Franz</b>	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Auflage, Göttingen 1967
<b>Wiedemann, Herbert</b>	Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I, (§§241-432), §§ 275, 279-304, 320-327, Berlin/Köln 1990
<b>Wiegand, Wolfgang</b>	Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.18,97-109,119 Basel/Frankfurt 1996.
<b>Wiegand, Wolfgang</b>	Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Recht 1997, H.3, s.85.
<b>Wiegand, Wolfgang</b>	Die Leistungsstörungen, Teil 1: Die Nichterfüllung, recht 1983, s.1.
<b>Wilhelm, Jan/ Deeg, Peter</b>	Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen JZ 2001 H.5, s.223.
<b>Wilmowsky, Peter von</b>	Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis, JuS 2001, Beilage zu Heft 1, s.2.
<b>Windscheid, Bernhard</b>	Friedrich Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht – Erste Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse (Braunschweig 1853, in Kritische Zeitschrift für gesamte Rechtswissenschaft 1855, s.106.
<b>Wollschläger, Christian</b>	Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, Köln, 1970.
<b>Wollschläger, Christian</b>	Die willenstheoretische Unmöglichkeitslehre im aristotelisch-thomistischen Naturrecht, Symptica FranzWieacker, Göttingen 1970, s.154.
<b>Würthwein, Susanne</b>	Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19.Jahrhunderts. Grundsätze des Leistungsstörungenrechts im Gemeinen Recht in Ihrer Bedeutung für das BBG, Berlin 1990, s.46.
<b>Xander, Markus</b>	Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Gattungsschuld, Aachen 2006.

- Yavuz, Cevdet** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7.Bası, Yavuz/Özen/Acar, İstanbul 2007.
- Yılmaz, Hamdi** Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa in Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, 1985, C.11, S.3, s.234.
- Yushkova,Olga/Stolz, Gerald** Der Wegfall der Geschäftsgrundlage vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung des Jahres 2001, JA 2003, s.70.
- Zevkliler,Aydın/  
Havutçu,Ayşe** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9.Baskı, Ankara 2007.
- Ziegler,Antje** Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre, Bern 1992.
- Ziegler, Hans-Berndt** Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter? Margburg, Citydruck Würzburg 1978
- Zimmer, Daniel** Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, Heft 1, s.1.
- Zimmermann, Ingo** Fixgeschäft, Ludwigsburg 2006.