

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**ROMA HUKUKU'NDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA
ALACAKLININ TEMERRÜDÜ
(MORA CREDITORIS)**

Doktora Tezi

Mehmet ÜÇER

Tez Danışmanı

Doç. Dr. A. Nadi GÜNAL

Ankara-2006

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KAYNAKÇA.....	X
KISALTMALAR.....	XXVI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE TARİHSEL GELİŞİM

§ 1. BORÇ KAVRAMI VE ALACAKLININ TEMERRÜDÜNE KONU OLABİLECEK BORÇLAR.....	5
I. BORÇ VE BORÇ İLİŞKİSİ.....	5
II. BORCUN KONUSU: EDİM VE EDİM TÜRLERİ.....	7
A. Dare (vermek).....	8
B. Facere (yapmak).....	9
C. Non-facere (yapmamak).....	9
D. Praestare (sorumlu olmak).....	9
III. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNE KONU OLABİLECEK BORÇLAR.....	10
A. Yapma Borçları.....	10
B. Yapmama Borçları.....	10
§ 2. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ KAVRAMI VE BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	11
I. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ KAVRAMI (MORA CREDITORIS).....	11
II. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	17
A. Alacaklının Temerrüdü ve Borçlunun Temerrüdü.....	17
1. Genel Olarak.....	17
2. Tarafların İşbirliği Yapma Borcu Bakımından.....	20
3. Kusur ve Kusurun Sonuçları Bakımından.....	21
4. Alacaklının Temerrüdünde İfa Teklifi İle Borçlunun Temerrüdündeki İhtar Bakımından.....	22

B. İfa Etmeme (Ademi İfa) ve Alacaklının Temerrüdü.....	23
C. Alacaklının Temerrüdü ve İmkânsızlık.....	26
§ 3. PANDEKT HUKUKUNDA ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN KUSURDAN AYRIŞTIRILMASI.....	28
I. GENEL OLARAK.....	28
II. PANDEKT HUKUKUNDA ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN KUSURDAN AYRIŞTIRILMASININ GEREKÇELERİ.....	29
A. Alacaklının Edimi Kabulünün Sadece Bir Hak Olduğu ve Bir Yükümlülük Doğurmayacağı Gerekçesi.....	29
1. Kanunda Açıkça Düzenlenmiş Olan ve Edimi Kabul Yükümlülüğünden Söz Eden Hükümler ve Bunların Anlamı.....	32
a. Edimi Kabul Yükümlülüğünden Söz Eden Hükümler.....	32
i . Satım Sözleşmesinde	34
ii . Karz Sözleşmesinde.....	37
iii. Eser Sözleşmesinde	38
b. Edimi Kabul Yükümlülüğünden Söz Eden Hükümlerin Anlamı.....	39
2. Alacaklının Edimi Kabul Hakkının İstisnasız Oluşu.....	43
B. Edimi Kabulde Bir Yükümlülüğü Olmayan Alacaklının Kusurlu Olamayacağı Gerekçesi.....	48
C. Kaynaklardaki Düzenlemelere İlişkin Gerekçeler.....	50
III. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNDE KUSUR ŞARTI ARANMASI ZORUNLULUĞU.....	55
A. Alacaklının Temerrüdünde Kusurun Dayanağı: Alacaklının Borçluya Zarar Vermeme Yükümlülüğü.....	55
B. Alacaklının Edimi Kabul Hakkı İlkesi İle Borçluya Zarar Vermeme Yükümlülüğünün Çelişemeyeceği.....	59
C. Alacaklının Temerrüdünün Kusur Şartına Bağlanmasının Zorunluluğu.....	60
D. Türk-İsviçre Hukukunda Alacaklının Temerrüdünde Kusur Şartı Var mıdır?.....	62

§ 4. ALACAKLININ BORCUN İFASINA KATILIM ZORUNLULUĞU VE ALACAKLININ EDİMİ KABUL ETME ÖDEVİ	65
I. ALACAKLININ BORCUN İFASINA KATILIM ZORUNLULUĞU.....	65
II. ALACAKLININ EDİMİ KABUL ETME HUKUKSAL ÖDEVİ.....	71
§. 5 KARŞILIKLI SÖZLEŞMELERDE ALACAKLININ TEMERRÜDÜ HALİNDE BAŞVURULACAK HÜKÜMLER.....	74

İKİNCİ BÖLÜM

ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

§ 6. BORÇ MUACCEL VEYA İFA EDİLEBİLİR OLMALIDIR.....	76
I. GENEL OLARAK.....	76
II. BORCUN MUACCEL OLMASI.....	78
A. Genel Kural: Derhal İfa.....	79
B. İfa Zamanının Sözleşmeyle Belirlenmesi.....	80
C. İfa Zamanının İşin Niteliğine Göre Belirlenmesi.....	81
D. İfa Zamanının Kanunla Belirlenmesi.....	82
1. Kira Sözleşmesinde.....	82
2. Ariyet Sözleşmesinde.....	83
3. Karz Sözleşmesinde.....	83
4. Hizmet Sözleşmesinde.....	83
5. İstisna Sözleşmesinde.....	84
6. Vedia Sözleşmesinde.....	84
7. Ardiye Sözleşmesinde.....	84
8. Tellâllık Sözleşmesinde.....	84
9. Yaşam Boyu Gelir Sözleşmesinde.....	84
E. İfa Zamanının Âdetle Belirlenmesi.....	84

F. İfa Zamanının Dürüstlük Kuralına Göre Belirlenmesi.....	85
II. BORCUN İFA EDİLEBİLİR OLMASI.....	85
A. Sözleşme Hükümleri ve Sözleşmenin Niteliği.....	87
B. Hal ve Şartlar.....	87
C. Kanun Hükümleri.....	88
§ 7. BORCUN İFASI MÜMKÜN OLMALIDIR.....	88
I. GENEL OLARAK.....	88
II. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ VE İMKÂNSIZLIĞI BİRBİRİNDEN AYIRMADA ORTAYA ATILAN TEORİLER.....	90
A. Soyutlandırma Teorisi (<i>Abstraktionstheorie</i>)	90
B. İfa Teorisi (<i>Leistungstheorie</i>)	91
C. Etki Alanı Teorisi (<i>Sphärentheorie</i>)	91
D. Amaca Ulaşma ve Amacın Devam Ettirilmesi.....	92
III. UYGULAMASI.....	94
§ 8. BORCUN İFASI ALACAKLIYA USULÜNE UYGUN OLARAK TEKLİF EDİLMİŞ OLMALIDIR.....	95
I. GENEL OLARAK İFA TEKLİFİ.....	95
II. İFA TEKLİFİNİN ALACAKLININ TEMERRÜDE DÜŞMESİNDEKİ ROLÜ.....	97
III. İFA TEKLİFİ YAPMA YETKİSİ VE TEKLİFİN YAPILABİLECEĞİ KİŞİLER.....	102
A. İfa Teklifi Yapma Yetkisi.....	102
B. İfa Teklifinin Yapılabileceği Kişiler.....	106
IV. İFA TEKLİFİNİN GERÇEK OLMASI.....	109
V. SÖZLÜ TEKLİFİN YETERLİ OLDUĞU DURUMLAR.....	115
A. Genel Olarak Sözlü Teklif, Tarafları ve Şekli.....	115
B. Sözlü Teklifin Yapılabileceği Durumlar.....	117
1. Alacaklının İfayı Kabul Etmeyeceğini Önceden Bildirmesi.....	117

2. İfanın Gerçekleşmesi İçin Alacaklının Katılım Ödevinin Bulunduğu Durumlarda Bu Ödevden Kaçınması.....	119
a. Genel Olarak.....	119
b. Alacaklının Edimi Somutlaştırma Yükümlülüğünün Olduğu Durumlarda Bundan Kaçınması.....	119
i. Borçlunun Borç Miktarını Bilememesi.....	119
iii. Seçimlik Borçlarda.....	120
iii. Tahsis Kaydıyla Yapılan Satışlarda (<i>Spezifikationskauf</i> HGB § 375)	124
c. Aranacak Borçlarda (<i>Holschuld</i>)	124
VI. İFA TEKLİFİNİN GEREKLİ OLMADIĞI DURUMLAR.....	125
VII. İFA TEKLİFİNİN USULÜNE UYGUN OLMASI.....	129
A. İfa Teklifi İfa Yerinde Yapılmış Olmalıdır (<i>Erfüllungsort</i>)	130
1. Edimin Niteliği.....	131
2. Tarafların İradesi.....	132
3. Özel Kanun Hükümleri.....	133
4. Kanunda Düzenlenmiş Yedek Hukuk Kuralları.....	134
a. Para Borçlarında İfa Yeri.....	135
b. Parça Borçlarında İfa Yeri.....	136
c. Para ve Parça Borcu Dışındaki Borçlarda İfa Yeri.....	137
B. İfa Teklifi Sözleşmedeki Koşullara Uygun Olmalıdır.....	138
C. Tam İki Taraflı Sözleşmelerde Edimler Aynı Zamanda Teklif Edilmelidir (<i>Zug-um-Zug-Leistungen</i>)	140
D. İfa Teklifinde Ayıp Bulunmamalıdır	142
E. Kural Olarak Kısmî İfa Teklifi Yeterli Değildir.....	144
F. Teklifte Bulunan Borçlu İfa Güçsüzlüğü İçinde Olmamalıdır.....	147
G. Teklif Dürüstlük Kuralına Uygun Olmalıdır.....	149
H. Alacaklının Geçici Kabul Engelinden Yararlanılmamış Olmalıdır.....	150
§ 9. ALACAKLI KENDİSİNE YAPILAN İFA TEKLİFİNİ HAKLI BİR NEDEN OLMAKSIZIN REDDETMEŞ OLMALIDIR.....	152

I. GENEL OLARAK.....	152
II. İFA TEKLİFİNİN REDDİ.....	152
III. İFA TEKLİFİNİ REDDETMENİN HAKLI BİR SEBEBİNİN OLMAMASI.....	155
A. Alacaklıya İlişkin Objektif Sebepler.....	155
B. Alacaklıya İlişkin Kişisel Sebepler.....	156

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI, DİĞER İFA ENGELLERİ VE ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN SONA ERMESİ

§ 10. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN BORÇLUYA SAĞLADIĞI YARARLAR.....	160
I. BORÇLUNUN SORUMLULUĞUN HAFİFLEMESİ (HAFTUNGSERLEICHTERUNG).....	160
II. TEMERRÜTTEN SONRAKİ MASRAFLARIN ALACAKLIYA AİT OLMASI...	163
III. BORÇLUNUN TEMERRÜTTEN VE TEMERRÜDÜN HÜKÜMLERİNDEN KURTULMASI.....	169
IV. BORÇLUNUN FAİZLERDEN KURTULMASI.....	172
V. BORÇLUNUN EŞYADAN FAYDALANMASI SONUCU ELDE ETTİKLERİNİ İADE YÜKÜMÜNÜN SINIRLANMASI.....	177
VI. HASARIN ALACAKLIYA GEÇMESİ.....	181
A. Kavram.....	181
B. Roma Hukuku Kaynaklarında Hasarın Geçişine İlişkin Metinler.....	182
C. Hasarın Geçişine İlişkin Düzenlemeler.....	187
1. Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçmesi.....	187
a. Parça Borcunda Hasarın Geçmesi.....	187
b. Cins Borçlarında Hasarın Geçmesi.....	190
c. Geciktirici Şarta Bağlı Sözleşmelerde Hasarın Geçmesi.....	194
2. Eser Sözleşmesinde Hasarın Geçmesi.....	196

3. Kira Sözleşmesinde Hasarın Geçmesi.....	198
D. Hasarın Geçiş Anı.....	199
VII. ALACAKLININ ÖDEMEZLİK DEF'İNDEN YARARLANAMAMASI.....	200
VIII. ALACAKLININ REHİN KONUSU EŞYAYI SATIŞ HAKKININ DÜŞMESİ VE KEFİL ÜZERİNDEKİ HAKKINDA KISITLAMA OLUŞMASI.....	202
§ 11. BORÇLUYA BORÇTAN KURTULMASI İMKÂNI VEREN YOLLAR.....	205
I. ROMA HUKUKUNDA BORÇLUYA BORÇTAN KURTULMASI İMKÂNI VEREN YOLLAR.....	205
A. Genel Olarak.....	205
B. Borçluya Borçtan Kurtulması İmkânı Veren Yollar.....	206
1. Edim Konusunun Terki (<i>Derelictio = Preisgebung des Leistungsgegenstandes</i>).....	206
2. Alacaklının Edim Konusunu Teslim Almaya Dava Yoluyla Zorlanması.....	212
3. Tevdi.....	215
4. Borç Konusu Şeyi Satarak Bedelini Tevdi	219
C. Roma Hukukunda Borçlunun Borçtan Kurtulma Yollarını Seçmede Özgürlüğü Var Mıdır?.....	223
II. MODERN HUKUKLARDA BORÇLUYA BORÇTAN KURTULMASI İMKÂNI VEREN YOLLAR.....	224
A. Genel Olarak.....	224
B. Tevdi.....	225
1. Genel Olarak.....	225
2. Tevdiin Hukuki Niteliği.....	227
3. Tevdi Konu Olabilecek Şeyler.....	231
4. Tevdiin Alacaklıya Bildirilmesi.....	234
5. Tevdiin Yeri.....	236
6. Tevdi Edilen Şeyi Geri Alma Hakkı (Geri Alınabilir Tevdi).....	240
a. Genel Olarak.....	240
b. Geri Alma Hakkının İstisnaları (Geri Alınamaz Tevdi).....	242
i. Tevdi Edenin Geri Alma Hakkından Feragat Etmesi.....	243

ii. Alacaklının Tevdi Konusu Şeyi Kabul Etmesi.....	244
iii. Bir Rehnin Sona Ermesi.....	244
iv. Tevdiin Bir Mahkeme Kararına Dayanması.....	245
7. Mütemerrit Alacaklının Edimi Kabul veya Reddi.....	246
8. Tevdiin Hüküm ve Sonuçları.....	247
a. Tevdiin Borç Üzerindeki Hüküm ve Sonuçları.....	247
i. Geri Alınabilir Tevdiin Hükümleri.....	248
ii. Geri Alınamaz Tevdiin Hükümleri.....	251
b. Tevdiin Üçlü Borç İlişkisinin Tarafları Üzerindeki Hüküm ve Sonuçları.....	253
i. Tevdi Edenle Tevdi Olunan Arasındaki İlişki Bakımından.....	254
ii. Tevdi Olunan İle Mütemerrit Alacaklı Arasındaki İlişki Bakımından.....	256
iii. Tevdi Edenle Mütemerrit Alacaklı Arasındaki İlişki Bakımından.....	257
9. Tevdi Masrafları.....	258
C. Borç Konusu Şeyi Satarak Bedelini Tevdi.....	259
1. Genel Olarak.....	259
2. Şartları.....	262
a. Borcun Konusu Şey Tevdi Elverişli Olmamalı	262
b. Borçlu Alacaklıya İhtarda Bulunmalı.....	263
c. Yargıçtan İzin Alınmış Olmalı.....	264
d. Satış Kural Olarak Açık Arttırma İle Yapılmalı.....	265
i. Kural: Açık Arttırma İle Satış.....	265
ii. İstisnası: Pazarlıkla Satış.....	266
e. Satıştan Elde Edilen Para Alacaklı Adına Tevdi Edilmeli.....	267
f. Ticarî Satımlarda Bu Şartlara Gerek Olmaması.....	268
3. Satışın Yapılması ve Hukukî Sonuçları.....	268
D. Sözleşmeden Dönme.....	269
1. Genel Olarak.....	269
2. Sözleşmeden Dönmenin Hukukî Niteliği.....	274
3. Sözleşmeden Dönmenin Benzer Kurumlardan Ayrılması.....	282

a. Sözleşmeden Dönme (<i>Rücktritt</i>) ve Fesih (<i>Kündigung</i>)	283
b. Sözleşmeden Dönme ve İptal (<i>Anfechtung</i>).....	286
c. Sözleşmeden Dönme ve Geri Alma (<i>Widerruf</i>).....	286
4. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları.....	287
a. Sözleşmeden Dönmenin Borçtan Kurtarıcı Etkisi.....	288
b. İfa Edilmiş Edimlerin İadesi.....	288
c. Menfi Tazminat.....	291
§ 12. DİĞER İFA ENGELLERİ.....	295
I. GENEL OLARAK.....	295
II. ALACAKLININ ŞAHSINDAN KAYNAKLANAN NEDENLER.....	297
III. KUSURA DAYALI OLMAYAN ALACAKLININ ŞAHSINDAKİ BELİRSİZLİK NEDENİ.....	298
A. Alacaklının Şahsında Tereddüt Olmalıdır.....	298
B. Tereddüt Alacaklının Şahsına İlişkin Olmalıdır.....	299
C. Borçlu Tereddüde Düşmede Kusurlu Olmamalıdır.....	299
§ 13. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN SONA ERMESİ.....	300
SONUÇ.....	302
ÖZET.....	309
ABSTACT.....	310

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK**, Turgut : Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara, 1966.
- AKİPEK**, Şebnem
/KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan : Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2000.
- AKKANAT**, Halil : “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000
- AKYOL**, Şener : Tam Üçüncü Şahıs Lehine Sözleşme, İstanbul, 1976.
- ARAL**, Fahrettin : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2002.
- ARIK**, Fikret Kemal : Borçlar Hukuku I- Genel Hükümler, Ankara, 1964.
- ARSEBÜK**, Esat : Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1937.
- ARSLANLI**, Halil : Ticarî Bey’, İstanbul, 1955.
- ATAAY**, Aytekin : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul, 1981.

- BARLAS, Nami** : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992.
- BARRE, Ernst** : Bürgerliches Gesetzbuch und Code Civil: vergleichende Darstellung des deutschen und französischen, Berlin:Heymann, 1897.
- BECKER, Herman** : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, (Çev. DURA, Suat), Ankara.
- BERKİ, Şakir** : Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, Ankara, 1958.
- BERNSTEIN, Benno** : Die Mora Creditoris, nach gemeinen Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Greifswald, 1900.
- BİRSEN, Kemaleddin** : Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 1967.
- BOVAY, Henri** : “Temerrüdün Esası”, (çev. Zahit İMRE), İHFM, 1964, C: XII, S: 2-3.
- BROX, Hans** : Allgemeines Schuldrecht, München, 1989.
- BUCHER, Eugen** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988 (Obligationen).

- : “Mora, früher und heute oder auch die Verdienste der Römer um ein menschgemaesses, und der Redaktoren des Obligationenrechts um ein neuzeitliches Vertragsrecht”, In: “Pacte, Convention, Contract”, Mélanges en l’honneur du Bruno Schmidlin, hrsg. von Alfred Dufour et al., Faculté de Droit de Genève, Basel 1998 (Mora).
- BURDICK, William L.** : The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, New York, 1938.
- BUZ, Vedat** : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998.
- BÜREN, Bruno von** : Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 1964.
- CROME, Carl** : System des deutschen bürgerlichen Rechts Band II, Recht der Schuldverhaeltnisse, Tübingen, 1902.
- DAVRAN; Bülent** : “Medeni Hukukta Masraf ve Sarfiyat”, İHFM, Yıl: 1945, C: XI, Sayı: 1-2.
- DAYINLARLI, Kemal** : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 1988.
- DERNBURG, Heinrich** : Pandekten, Band II: Obligationenrecht, Berlin, 1900.

- DI MARZO**, Salvatore : Roma Hukuku, (çev. Ziya Umur), 2. Baskı, İstanbul, 1959.
- DURAL**, Mustafa : “İmkânsızlık Kavramı ve Türleri”, Batider, Cilt: VII, Sayı: 1.
- ECK**, Ernst : Vortraege über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin, 1903.
- EDİS**, Seyfullah : Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 1963.
- ENDEMANN**, Friedrich : Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin, 1899 (Lehrbuch).
- : Römisches Privatrecht, Berlin und Leipzig, 1925 (Römisches).
- EREN**, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003.
- ERNST**, Max : Rechtshistorische Begründung der Mora, o. O., 1882.
- ERTAŞ**, Şeref : Eşya Hukuku, Ankara, 2004.
- ESSER**, Josef
- /SCHMIDT**, Eike : Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, Heidelberg, 1992

- FEYZİOĞLU**, Feyzi N. : Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, İstanbul, 1978 (Genel Hükümler).
- :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul, 1977 (Özel Borç İlişkileri).
- FIKENTSCHER**, Wolfgang : Schuldrecht, Berlin, 1991.
- GAUCH**, Peter
- /SCHLUEP, Walter R. : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, Zürich, 1995.
- GAUCH**, Peter
- /SCHMID, Jörg
- /SCHRANER, Marius : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1 e Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, Zürich, 2000.
- GÖKTÜRK**, Hüseyin Avni : Borçlar Hukuku, Ankara, 1946.
- GSCHNITZER**, Franz : Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Wien-New York, 1965.

- GUHL, Theo** : Das Schweizerische Obligationenrecht mit
Einschluss des Handels-, Wechsel- und
Versicherungssvertragsrechtes, Zürich, 1956.
- GÜNAL, A. Nadi** : Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı İle
Mülkiyetin İktisabı (Usucapio),
(Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara, 1999
(Usucapio).
- : Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun
İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme
(Condictio Indebiti), Ankara, 1996 (Condictio).
- HARKE, Jan Dirk** : Mora Debitoris und Mora Creditoris im
klasischen römischen Recht, Berlin, 2005.
- HASENÖHRL, Victor** : Das österreichische Obligationenrecht, Wien,
1899.
- HONSELL, Heinrich**
- /VOGT, Nedim Peter**
- /WIEGAND, Wolfgang** : Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht,
Obligationenrecht I, Basel und Frankfurt am
Main, 1996.
- İNAL, Tamer** : Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul, 2004.

- İNAN**, Ali Naim : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1984.
- İŞERİ**, Ahmet : “Satım Akdinde Alıcının Temerrüdü”, Batider, 1964, C: II, S: 4.
- İZVEREN**, Adil : “Borçların Ödenmemesinin Neticeleri (Aktin İhlali ve Neticeleri)”, Adalet Dergisi, Sayı: 10, 1953.
- JÖRS**, Paul
- /KUNKEL**, Wolfgang : Römisches Privatrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN**, Özcan: Roma Eşya Hukuku, Ankara, 2000.
- KARAHASAN**, M. Reşit : Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C: 2, İstanbul, 2003.
- KASER**, Max : Römisches Privatrecht, München und Berlin, 1960.
- KAYNAR**, Reşat : Türk Borçlar Hukuku Dersleri- Genel Hükümler, İstanbul, 1965.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2003.
- KOCH**, Robert : Die Mora Creditoris, Berlin, 1895.

- KOÇ, Nevzat** : Türk-İsviçre Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara, 1992 (Alacaklının Temerrüdü).
- : “Kötüniyetli Zilyedin İade Borç ve Hakları”, Prof. Dr. Ernst E. HIRSCH’in Hâtırasına Armağan (Ayrı Bası), Ankara, 1986 (İade).
- KOHLER, Josef** : “Annahme und Annahmeverzug”, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatsrechts, herausgegeben von Dr. Rudolf v. Jhering, Siebzehnter Band, Jena, 1879.
- KOSCHAKER, Paul**
- /AYİTER, Kudret** : Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak- Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1971.
- KUHLENBECK, Ludwig** : Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, 1899.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan** : Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus), Ankara, 1998.
- MADAI, Carl Otto von** : Die Lehre von der Mora, Halle, 1837.
- MATTHIAS, Bernhard** : Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin, 1910.

- MEDICUS**, Dieter : Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München, 1999.
- MOLITOR**, Erich : Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München und Berlin, 1959.
- MOMMSEN**, Friedrich : Beitræge zum Obligationenrecht: Die Lehre von der Mora nebst Beitrægen zur Lehre von der Culpa, Braunschweig, 1855.
- OERTMANN**, Paul : Recht der Schuldverhaeltnisse, Berlin, 1910.
- OFTINGER**, Karl : Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, (çev. DAYINLARLI, Kemal), Ankara, 1985.
- OĞUZ**, Arzu : Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara, 2003.
- OĞUZMAN**, M. Kemal
- /ÖZ**, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000.
- OĞUZOĞLU**: Cahit H. : Roma Hukuku, Ankara, 1959.
- OSER**, Hugo
- /SCHÖNENBERGER**, Wilhelm : Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, (çev. Recai SEÇKİN), Ankara, 1950.

- OSTERMEYER, Max** : Blaetter aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, 1897.
- ÖNEN, Turgut** : Borçlar Hukuku, Ankara, 1990 (Borçlar Hukuku).
- : Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara, 1975 (Borçlunun Temerrüdü).
- ÖZ, M. Turgut** : “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, MHAD, 1985, Yıl: 13, No: 16 (Dönmenin Aynî Haklara Etkisi).
- : “İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Ayni Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine”, MHAD, 1996, No: 20 (Aynî Etki Tanıyan Karar).
- ÖZSUNAY, Ergun:** : “1980 Tarihli ‘Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması’ (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri

Üzerindeki Yansımaları”, İBD, Sayı: 2004/3,
Cilt: 78.

RABEL, Ernst : Grundzüge des Römischen Privatrechts, Basel,
1955.

RADO, Türkan : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku,
İstanbul, 1982.

REBMANN, Kurt

/SAECKER, Franz Jürgen : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner
Teil (§§ 241-432), Redakteur: Helmut
HEINRICHS, München, 1985

REBMANN, Kurt

/SAECKER, Franz Jürgen

/RIXECKER, Roland : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht, Allgemeiner
Teil §§ 241-432, Red: KRÜGER, München,
2001.

REHBEIN, Hugo : Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterung
für das Studium und die Praxis, Berlin, 1903.

REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul,
2002.

- SAYMEN, Ferit H.** : Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Umumi Hükümler, İstanbul, 1950.
- SAYMEN, Ferit H.**
- /ELBİR, Halid K.** : Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, İstanbul, 1966.
- SAYMEN, Ferit H.**
- /KÖPRÜLÜ, Bülent** : Medeni Hukuk Dersleri, Cilt II, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1965.
- SCHEY, Josef Freihern von** : Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österreichischen und im gemeinen Rechte, Wien, 1884.
- SCHOLLMAYER, Friedrich** : Recht der Schuldverhältnisse, München, 1900.
- SCHWIND, Fritz** : Römisches Recht I, Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes, Wien, 1950.
- SELiÇİ, Özer** : “Seçimlik Borçların İfası”, İÜHFM, 1969, Cilt: XXXIV, Sayı: 1-4 (Seçimlik Borçlar).
- : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1972 (Sürekli Borç İlişkileri).

- : “Kesin Vadeli İşlemler”, MHAD,1968, Sayı: 3
(Kesin Vadeli İşlemler).
- SEROZAN, Rona** : Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975.
- SIBER, Heinrich** : Römisches Recht, II, Römisches Privatrecht, Berlin, 1928.
- ŞENYÜZ, Doğan** : Borçlar Hukuku, Bursa, 2003.
- TAHİROĞLU, Bülent** : Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2000.
- TAMER, Diler** : “Mora Creditoris”, Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, Volume:35, No:52, 2003.
- TANDOĞAN, Hâluk** : Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri, C: I/2, Kira ve Ödünç (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, Ankara, 1985 (C: I/2).
- : Türk Mes’uliyet Hukuku, (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet), Ankara, 1961(Mes’uliyet).
- : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C: I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Ankara, 1985 (C: I/1).
- TEKİNAY, S.S./AKMAN, Sermet**
- /BURCUOĞLU, Halûk**
- /ALTOP, Atillâ** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

TUHR, Andreas von

/ESCHER, Arnold

: Allgemeiner Teil des Schweizerischen
Obligationenrechts, Zürich, 1974.

TUHR, Andreas von

: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev.:
Cevat EDEGE), Ankara, 1983.

TUHR, Andreas von

/SIEGWART, Alfred

: Allgemeiner Teil des Schweizerischen
Obligationenrechts, Zürich, 1942.

TUNÇOMAĞ, Kenan

: Türk Borçlar Hukuku, C: I, Genel Hükümler,
İstanbul, 1976 (Kısaltması: Genel Hükümler).

: Türk Borçlar Hukuku, C: II, Özel Borç
İlişkileri, İstanbul, 1977 (Kısaltması: Özel Borç
İlişkileri).

UMUR, Ziya

: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1987
(Ders Notları).

: Roma Hukuku Lügatı, Fakülteler Matbaası,
İstanbul, 1983 (Lügat).

UYGUR, Turgut

: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu,
Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C: 3, Ankara
2003.

- VAQUER, Antoni** : Tender of Performance Mora Creditoris and The (common?) Principles of European Contract Law, Tulane European and Civil Law Forum, 2002.
- VOIGT, Moritz** : Römische Rechtsgeschichte, Band I, Scienta Verlag Aalen, 1963.
- VUUREN, Elbi Janse van** : Termination of International Commercial Contracts for Breach of Contract: The Provisions of The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Arizona Journal of International and Comparative Law, 1998.
- WEGNER, Leopold** : Die Quellen des Römischen Rechts, Wien, 1953.
- YAVUZ, Cevdet** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2002.
- YONSEL, Atıf** : İki Taraf İçin Borç Doğuran Akitlerde Temerrüt ve Hukukî Neticeleri, İBD., 1945, S. VII.
- ZEVKLİLER, Aydın** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004.
- ZIMMERMAN, Reinhard** : Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations, Centro di

studi e ricerche di diritto comparato e straniero
diretto da M.J. Bonell SAGGI, CONFERENZE
E SEMINARI, Roma, 2002 (Kısaltması: Breach
of Contract).

: The Law of Obligations- Roman Foundations
of the Civilian Tradition, Cape Town-Wetton-
Johannesburg, 1992 (Kısaltması: Obligations).

KISALTMALAR

ASHİ	: Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (Principles of European Law of Contract)
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi Kararlar Dergisi)
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	: Bakınız
C.	: Codex
C:	: Cilt
CC	: Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)
CIC	: Corpus Iuris Civilis
çev.	: çeviren
D.	: Digesta
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HintO	: Hinterlegungsordnung (Alman Tevdi Kanunu)
Ins.	: Institutiones

İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Medeni Kanun
MüncKom	: Münchener Kommentar
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RO	: Recueil Officiel (resmi derleme)
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

GİRİŞ

Alacaklının temerrüdü (*mora creditoris*), Borçlar Hukukundaki birçok kurum gibi, tarihsel kökenini Roma Hukukunda bulmaktadır. Roma Hukukunda alacaklının temerrüdü, borçlunun temerrüdü (*mora debitoris*) ile birlikte ele alınmış ve bu iki kurum, birbirinin ikizi olarak değerlendirilmişti. Roma Hukukunda her iki temerrüt türü de, kusur temeline dayandırılmış ve bir sözleşme ihlali olarak düzenlenmişti. Alacaklının temerrüdü kurumu, Roma Hukukunda kabul edilen şekliyle, kendi içinde çelişki içermeyen bir şekilde, kusur temeline dayandırılmış ve uygulanmıştı.

Ancak *Pandekt* hukukunda bu kurum, aslı ve niteliği değişecek boyutta, yeniden tanımlanmıştı. Bu sonucu doğuran temel düşünce, alacaklı yönünden edimi kabulün sadece bir hak olduğu, bir borç oluşturmadağı görüşünün ortaya çıkmasıdır. İlk kez MOMMSEN tarafından ileri sürülen bu görüşe göre, alacaklının edimi kabulü, sadece bir hak olarak değerlendirilebilir; edimi kabul veya borcun ifası için alacaklının katılımı, alacaklıya hiçbir şekilde borç veya yükümlülük yüklemes. Bu çerçevede borçlunun alacaklıdan talep edebileceğı bir hakkı söz konusu olamaz. MOMMSEN, bu görüşlerini ortaya koymasına rağmen, alacaklının temerrüdünü kusur şartından bağımsız düşünmemiş, fakat farklı bir ölçüt ortaya koymuştur. Buna göre alacaklının temerrüdünden söz etmek için, alacaklının basit bir keyfi davranışı yeterlidir. Bu açıdan onun görüşleri ortalama yol çizen bir görüş olarak kabul edilmiştir. Alacaklının temerrüdü kurumunun yapısını değiştiren asıl etkili darbeyi KOHLER indirmiştir. KOHLER'e göre, edimi kabul ile yükümlü tutulamayacak olan alacaklının herhangi bir kusurundan söz edilemez. Yani alacaklı, borcun ifasında edimi kabule yükümlü değildir; o bu konuda sadece bir hakka sahiptir. Kendi hakkını kullanma yönünde bir davranış sergileyen kişi, kusurlu sayılamaz. KOHLER'in

görüşleri, kendi içinde daha tutarlı ve savaşılabilecek görüşler olarak değerlendirilmiştir.

KOHLER tarafından ileri sürülen görüşler, yeni bir alacaklının temerrüdü kurumu ortaya koymuştur. Bu yeni kurum, BGB'yi hazırlayanlar tarafından da kabul görmüş ve bu sayede Alman Medeni Kanununa yerleşmiş, oradan da diğer kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerine yayılmıştır.

Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda kabul edilen şekliyle bu kurum, kusur şartı dışında, şartları ve hukukî sonuçları itibariyle, Roma Hukuku ve Müşterek Hukukun genel bir tekrarından ibaret olarak varlığını sürdürmektedir. Esas itibariyle BGB, genel yapısı ve özellikleriyle, Borçlar Hukuku alanında, büyük ölçüde Müşterek Hukuk uygulamalarının yasalaştırılmasından ibarettir.

Alacaklının temerrüdü kurumu, uygulamadaki yeri ve ağırlığıyla karşılaştırılamayacak ölçüde, teorik tartışmaların odağı olmuştur. Özellikle KOHLER'den sonra, bu konu, hukukçuların fikirlerini yarıştırdığı bir alan halini almıştır. Bu tartışmalar, büyük ölçüde Roma Hukuku yani *Digesta* metinleri ekseninde yürütölmekteydi.

Bu çalışmanın birinci bölümü, büyük ölçüde bu konuya ayrılmıştır. Bu bölüm içinde ayrıca, alacaklının temerrüdü kurumu kavram olarak tanıtılmaya çalışılacak ve benzer hukukî kurumlarla karşılaştırılacaktır. Fakat bu bölümün asıl ağırlık merkezini, alacaklının temerrüdünün kusur ilkesi çerçevesinde ele alınması oluşturacaktır. Bunun dışındaki konular, temelde bu konuyu aydınlatmaya yöneliktir. Bu bölümde, tartışmanın temelini oluşturan alacaklının edimi kabul hakkı ilkesi, bu ilkenin anlamı incelenecek ve bu ilkenin alacaklının temerrüdünde kusur şartı ile olan ilgisi tartışılacaktır. KOHLER tarafından ortaya konan bu yeni kurumun, Roma

Hukukundan ayrıldığı kusur şartı konusunda, aslında çok isabetli davranılmadığı, bu yönüyle Roma Hukuku yaklaşımının daha isabetli olduğu gösterilmeye çalışılacaktır. Özellikle bu yeni kurum kusur şartından arındırıldığı için, Borçlar Hukukunun genel teorisi içinde uyumsuz bir durum yarattığı, sadece bu bölümde değil, çalışmanın tamamında yer yer işaret edilecek olan bir husustur.

Çalışmanın ikinci bölümünde, kusur şartı söz konusu edilmeksizin, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde, alacaklının temerrüdünün varlığı için gerekli şartlar, ayrıntılı olarak incelenecektir.

Üçüncü bölümde ise, temel olarak alacaklının temerrüdünün hukukî sonuçları incelenecektir. Bunun yanı sıra, aslında alacaklının temerrüdünü oluşturmamakla birlikte, alacaklının temerrüdünün hükümlerinin uygulanacağı diğer ifa engelleri, ayrıntıya inilmeksizin bir paragraf altında incelenecektir. Son olarak bu bölümde, kısaca alacaklının temerrüdünün sona erme sebepleri sayılacaktır.

Bu incelemede, alacaklının temerrüdünün şartları ve hükümleri incelenirken, Roma Hukuku, Türk-İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku ağırlıklı olarak ele alınacak, fakat bunun yanı sıra, Fransız Hukuku ve İngiliz Hukuku gibi bu konuda farklı bir yaklaşım benimsemiş hukuklar da ele alınacaktır. Ayrıca ilgili başlıklar altında ortak hukuk yaratma çabaları çerçevesinde, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri, *Unidroit* İlkeleri ve Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi (CISG) de, ilgili olduğu ölçüde, birlikte değerlendirmeye çalışılacaktır.

İkinci ve üçüncü bölümde incelenecek konularda, Alman Hukukuna özel olarak ağırlık verilecektir. Bu incelemede de görüleceği üzere, Alman Medeni Kanunu, konuyu yasal düzenlemelerde daha ayrıntılı olarak incelemektedir. Bu yönüyle, Türk-İsviçre Hukuku açısından tartışmalı olan birçok konu (akdî faizin

işleyip işlemeyeceği, seçimlik borçlarda ve tahsis kaydıyla satışta alacaklının katılımdan kaçınması gibi), Alman Hukukunda ayrıntılı düzenlemeler sayesinde, sorun olmaktan çıkmıştır. Yine bu çalışmada, hazırlanan yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısının, alacaklının temerrüdü konusunda tartışmalı olan hususları çözmekten uzak olduğu, sadece mevcut düzenlemelerin sadeleştirilmekten ve yeni dile uyarlanmaktan öteye bir yenilik getirmediği ilgili başlık altında incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE TARİHSEL GELİŞİM

§ 1. BORÇ KAVRAMI VE ALACAKLININ TEMERRÜDÜNE KONU OLABİLECEK BORÇLAR

I. BORÇ VE BORÇ İLİŞKİSİ

Hukuki ilişkinin bir alt türü olarak borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında, bunlardan birini diğerine karşı belli bir davranışta (edim) bulunmakla yükümlü hale getiren, aslî yükümleri, yenilik doğuran haklar ve def'i hakları gibi haklarla, bazı yan yükümleri ve özellikle koruma yükümleri içeren hukuki bir bağıdır¹.

Borç ilişkisi iki anlama sahiptir. Dar anlamda borç ilişkisi, bir ifa hakkıyla eş anlamdadır. Geniş anlamda ise, satım, kira, karz sözleşmesi gibi, tek tek borç ilişkileri diye adlandırılan borç ilişkilerinin türüne göre, iki ya da daha fazla kişi arasındaki tüm hak ve yükümlülük ilişkisini tanımlar. Geniş anlamda borç ilişkisi, dar anlamda pek çok borç ilişkisinin kaynaklanma sebebi olabilir; örneğin, satım nedeniyle satıcı, alıcıya karşı bedelin ödenmesi talebine sahiptir; alıcının ise, satılan şeyin teslimini talep hakkı vardır. Benzer şekilde, vekil, işleri yürütmek ve bu amaçla

¹ FIKENTSCHER, Wolfgang: **Schuldrecht**, Berlin, 1991, s. 24; TUHR, Andreas von/SIEGWART, Alfred: **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich, 1942, s. 7; BURDICK, William L.: **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law**, New York, 1938, 286; UMUR, Ziya: **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1987, s. 293 (Ders Notları); KOSCHAKER, Paul /AYİTER, Kudret: **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak- Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Ankara, 1971, s. 185; TUHR, Andreas von: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, (Çev.: Cevat EDEGE), Ankara, 1983, s. 6; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP: Atilâ: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. 5; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2000, s. 3; EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2003, s. 24; AKİPEK, Şebnem/KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: **Sözleşmeler Rehberi**, Ankara, 2000, s. 13.

yaptığı masraflarının tazminini talep hakkına; şirket sözleşmesinde, her şirket ortağı, şirketin amacının gerçekleştirilmesinde, birbirine karşı hak ve yükümlülüklerle sahiptir². Fakat geniş anlamda borç ilişkisi, dar anlamda borç kavramından, doğum anı, kapsamı, devir ve sona ermesi yönünden farklılıklar gösterebilen daha geniş bir kavramdır³.

Roma Hukuku kaynaklarında da borç ve borç ilişkisi hakkında çeşitli tanımlara rastlamaktayız:

Ins. 3, 13, pr:

“Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.”

“Borç, devletimizde geçerli olan hukuk gereğince, bir kimseye karşı bir şeyi ifa ile yükümlü tutulduğumuz, bir hukuki bağıdır”

D. 44, 7, 3, pr. Paulus:

“Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat a dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.”

“Borç ilişkilerinin özü, bunların bize bir şey üzerinde bir mülkiyet veya irtifak hakkı temin etmelerinde değil, fakat bir kimseyi bize karşı bir şey vermeye veya yapmaya ya da bir edimi ifaya mecbur edişlerinde görülür.”⁴

² FIKENTSCHER: s. 24; TUHR/SIEGWART: s. 8; AKİPEK/KÜÇÜKGÜNGÖR: s. 13.

³ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. EREN: s. 25 vd.; FIKENTSCHER: s. 24-26; TUHR/SIEGWART: s. 8-10; ATAAY, Aytekin: **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, İstanbul, 1981, s. 33 vd.

⁴ RADO: s. 14-15; TAHİROĞLU: s. 12-13.

Roma Hukukunda borç ilişkisi denilince, daha çok dar anlamda borç ilişkisi kastedilmektedir⁵. Borç ilişkisi, kişiye bir şey üzerinde, doğrudan bir hâkimiyet hakkı sağlamaz; bu yönüyle de mutlak haklardan ayrılır. Borç ilişkisi, sadece borçluyu, hak sahibine yani alacaklıya karşı belli bir davranışta bulunmakla yükümlü hale getirir⁶.

Alman Hukukunda ise, hem dar anlamda hem de geniş anlamda borç ilişkisi kullanımı söz konusudur. Türk-İsviçre Hukukunda genel olarak Roma Hukukunun etkisi görülmekte ise de, Alman Hukukunun etkisi de büyük ölçüde hissedilmektedir⁷. Bu kanunlarda, borç ilişkisi iki anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. O halde, kanunda borç ilişkisi terimi kullanıldığında, duruma göre neyin kastedildiği, yani dar anlamda mı, yoksa geniş anlamda mı kullanıldığı, münferit durum ele alınarak kontrol edilmeli ve bir sonuca ulaşılmalıdır⁸.

II. BORCUN KONUSU: EDİM VE EDİM TÜRLERİ

Edim, her borç ilişkisinde mevcut olan, alacaklının talep etmeye hakkı olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü olduğu olumlu veya olumsuz bir davranış şeklidir⁹. Başka bir ifadeyle edim, borçlu tarafından alacaklı lehine yerine

⁵ OĞUZMAN/ÖZ: s. 3.

⁶ TUHR/SIEGWART: s. 7; DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku, (çev. Ziya UMUR), İstanbul, 1959, s. 347; KOSCHAKER/AYİTER: s. 185.

⁷ OĞUZMAN/ÖZ: s. 3.

⁸ FIKENTSCHER: s. 24.

⁹ RADO, Türkan: **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1982, s. 19; FIKENTSCHER: s. 28; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 8; OĞUZMAN/ÖZ: s. 5; EREN: 89; TUNÇOMAĞ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler**, İstanbul, 1976, s. 59; Roma Hukukunda, özellikle *Formula* usulünün uygulandığı dönemde, mahkûmiyetin konusunun mutlaka para ile gösterilmesi gereğinin bir sonucu olarak, edimin de para ile ölçülebilir olması şartı vardı. Pandekt hukukunda da edimin maddi bir değerinin olması gerektiği kabul edilmekteydi. Alman Hukukunda bu konu tartışmalı olmakla birlikte, baskın olan görüşe göre, edim maddi olabileceği gibi manevi de olabilir; ATAAY: s. 38.

getirmekle yükümlü olduğu, olumlu veya olumsuz tarzda belirli ve sınırlı bir davranıştır¹⁰. Edim karşılığı olarak, Roma Hukukunda *praestatio* terimi kullanılmaktaydı¹¹.

Edimin belirlenmesi, yani bir borç ilişkisinde somut olarak borçlanılan şeyin belirlenmesi, Borçlar Hukukunun en önemli pratik sorunlarından kabul edilmektedir. Özellikle borçlunun borçlandığı somut şeyin, bir davranış mı yoksa bir sonuç mu olduğu tartışılmıştır. Örneğin bir doktorun veya bir terzinin ediminin ne olduğunun belirlenmesi, bu bakımdan önemlidir. Bu konuda da çözüm, somut olaya göre değişkenlik gösterir. Yukarıdaki örnekte doktor, sıhhatin kazandırılmasına değil (yani sonuca değil), sağlık hizmetini görmeye borçlanmıştır; buna karşılık, terzi, ortaya çıkacak sonuca borçlanmış kabul edilmek gerekir¹².

Edim türleri Roma Hukukundan beri yapıla gelen tasnifle özellikle şu gruplara ayrılmıştır:

A. Dare (vermek)

Dare, bir malın mülkiyetini veya zilyetliğini devretmek ya da bir irtifak hakkını temin etmektir. *Dare* borcu, mülkiyeti devredilecek mal, alacaklının olacak şekilde devredildiğinde, zilyetlik alacaklıya devredildiğinde veya aynî bir hak olan irtifak hakkı devredildiğinde yerine getirilmiş olur.¹³

¹⁰ EREN: s. 89.

¹¹ UMUR: Ders Notları, s. 295.

¹² FIKENTSCHER: s. 28.

¹³ DI MARZO: s. 350; RADO: 22; OĞUZOĞLU: Cahit H.: **Roma Hukuku**, Ankara, 1959, s. 196; TAHİROĞLU, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2000, s. 21.

B. Facere (yapmak)

Facere borcunun kapsamına her türlü işin yapılması girer ve bu yönüyle, *dare* borçlarına göre daha geniş bir içeriğe sahiptir¹⁴.

C. Non-facere (yapmamak)

Non-facere, aslında *facere* borçlarının bir türüdür. Bu edim türünde borçlu, hukuken yapmaya yetkili olduğu bir işi yapmamayı veya bir başkasının yapacağı davranışa katlanmayı taahhüt etmektedir¹⁵. Kiracının, kiralayana evde evcil hayvan beslememeyi taahhüt etmesi¹⁶, rekabet etmemeyi taahhüt etmek (BK m. 348 vd.), belli yükseklikte inşaat yapmamayı taahhüt etmek gibi edimler birer *non-facere* borcu oluşturur¹⁷. Bu kapsamdaki tüm borçlar, borçlunun özgürlüğüne sınırlamalar getirmektedir. Fakat bu sınırlamaların, hukuk düzeninin sınırları içinde kalması, özellikle kişilik haklarına aykırılık teşkil etmemesi gerekir¹⁸.

D. Praestare (sorumlu olmak)

Praestare, içeriği tartışmalı olmakla beraber, *dare* ve *facere*'yi de kapsayan geniş bir anlama sahiptir. Bu borç, her şeyden önce, bir şeyden dolayı sorumlu olmak, tazminat yükümlülüğü altında olmak, borcun ifasına dair teminat vermek anlamlarına geliyordu¹⁹.

¹⁴ RADO: 22; TAHİROĞLU: s. 21; OĞUZOĞLU: s. 196.

¹⁵ EREN: s. 95.

¹⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 9.

¹⁷ TAHİROĞLU: s. 22; RADO: s. 22.

¹⁸ İNAL, Tamer: **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, İstanbul, 2004, s. 125.

¹⁹ DI MARZO: s. 351; RADO: s. 22-23; TAHİROĞLU: s. 23.

III. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNE KONU OLABİLECEK BORÇLAR

Roma Hukukunda yapılan yukarıdaki tasnif, modern hukuklarda iki başlık altında toplanmaktadır. *Dare* ve *facere*'ye ilişkin edimler, “yapma”ya ilişkin borçlar olarak tasnif edilmekte; *non-facere*'ye ilişkin edimler “yapmama”ya ilişkin borçlar olarak tasnif edilmekte; buna karşılık içeriği bir hayli karmaşık olan *praestare* edim türü ise, “yapma” borçları içinde değerlendirilmektedir. Bu bakımdan, modern hukuklarda yapılan tasnif ışığında, alacaklının temerrüdüne konu olabilecek borçlar belirlenmeye çalışılacaktır.

A. Yapma Borçları

Roma Hukukunda *dare* ve *facere* olarak adlandırılan verme ve yapma edimleri ile *praestare* sorumlu olmak edimi, çağdaş doktrinde geniş anlamda “yapma” borçları içinde incelenmektedir²⁰. Verme ve yapmaya dair olan borçlar bakımından, temerrüdün alanını belirlemekte bir sorun yoktur. Bu tür borçlar, temerrüde konu olabilen borçlardır.

B. Yapmama Borçları

Yukarıda da ifade edildiği gibi, yapmama borçları, olumsuz bir edim olup, belli bir davranışta bulunmamayı veya diğer tarafın belli davranışlarına katlanmayı gerektiren bir edim borcudur. Alacaklının temerrüdünün alanını belirlemek bakımından, yapmama borçlarında alacaklının temerrüdünün mümkün olup olmadığı neredeyse tartışmasızdır. Borçlunun temerrüdü bakımından bir tartışma söz konusu ise de, aynı şeyi alacaklının temerrüdü bakımından söylenemez. Borçlunun temerrüdü konusundaki tartışmalara, burada değinilmeyecektir.

²⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 9; EREN: 94.

Bu konuda bir farklı düşünce olarak, BOVAY'dan söz edilebilir. Her iki temerrüt türü için yaptığı değerlendirmede BOVAY, yapmama borçlarının da yapma borçları gibi, borçluyu belli bir durumda bulunmaya zorlayan aktif ve hareketli borçlardan olduğunu, bu sebeple, bu borçlar bakımından da temerrüdün kabul edilmesi gerektiği ileri sürmektedir. Hatta bu hususlar bir tarafa bırakılsa bile, vadesinde beklenen ifa yerine getirilmediği takdirde, bu bir sorumluluk hali olduğundan, bu gerekçeyle dahi, temerrüdün en fazla yapmama borçlarında mümkün olacağını ileri sürmektedir²¹. Alacaklının temerrüdü bakımından da burada bir ayrım yapılamayacağını ifade eden yazarın, bu konudaki çıkış noktasını, tek taraflı sözleşmeleri, daha açık bir anlatımla, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeleri kabul etmemesi oluşturmaktadır. Yazar, bütün sözleşmelerin iki tarafı borç altına soktuğunu, sadece tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin söz konusu olamayacağını iddia etmektedir. Bu bakımdan da, alacaklının temerrüdü ile borçlunun temerrüdü arasında bir ayrım yapılamayacağı görüşündedir²².

Alacaklının temerrüdü konusunda, yapmama borçlarında, alacaklının temerrüdünün mümkün olmadığı konusunda bir görüş birliği olduğu söylenebilir. Özellikle alacaklının temerrüdü bakımından, temerrütten söz edilebilmesi için, ortada olumlu bir edime ihtiyaç vardır. Buna, özellikle alacaklının borcun ifasına katılımının (işbirliğinin) gerektiği durumlarda ihtiyaç duyulur. Alacaklının katılımı gerekmeyen durumlarda, borçlu tek başına borcunu ifa edebileceğinden, alacaklının temerrüdü zaten oluşmaz. Alacaklının temerrüdü kurumuna duyulan ihtiyaç da, zaten alacaklının esirgediği katılım veya kabulden ötürüdür. Şayet borçlu ona ihtiyaç

²¹ BOVAY, Henri: “Temerrüdün Esası”, (çev. Zahit İMRE), **İHFM**, 1964, C: XII, S: 2-3, s. 797.

²² BOVAY: s. 801-802.

hissetmiyorsa, borcun ifasında ortaya çıkacak bir gecikmeye, alacaklının sebep olduğu da söylenemeyecektir²³.

§ 2. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ KAVRAMI VE BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ KAVRAMI (MORA CREDITORIS)

Roma Hukukunda temerrüt, *mora* kelimesi ile ifade edilmekteydi. *Mora* kavramı, hem alacaklının temerrüdü (*mora creditoris*) hem de borçlunun temerrüdünü (*mora debitoris*) içeren bir anlama sahipti²⁴. Borçlar Hukukunun bir kurumu olarak *mora* kavramının Romalılarca bilindiği, kaynaklarda yer alan düzenlemelerden ortaya çıkmaktadır. Fakat kaynaklarda *mora* kavramına benzer kavramlar da kullanılmaktadır. Örneğin *mora* kavramının yanında, *moram facere* ve *morari* kavramlarına da rastlanmaktadır. Dolayısıyla *mora* kavramının Borçlar Hukukunun bir kurumu olup olmadığı, başka bir ifadeyle, teknik bir anlamda kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi gerekir. *Moram facere* kavramı,

²³ MEDICUS, Dieter: **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, München, 1999, s. 203; MOLITOR, Erich: **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, München und Berlin, 1959, s. 75; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R.: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II**, Zürich, 1995, s. 75; BUCHER, Eugen: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürich 1988, s. 318 (Obligationenrecht); MATTHIAS, Bernhard: **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts**, Berlin, 1910, s. 198; HASENÖHRL, Victor: **Das österreichische Obligationenrecht**, Wien, 1899, s. 348; BİRSEN, Kemalledin: **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1967, s. 453; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.: **Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler**, İstanbul, 1966, s. 701; SEROZAN, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, 1975, s. 348 dipnot 196; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II**, İstanbul, 1977, s. 141 (Genel Hükümler); OĞUZMAN/ÖZ: s. 270.

²⁴ TAMER, Diler: “Mora Creditoris”, **Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul**, Volume:35, No:52, 2003, s. 443; KOSCHAKER/AYİTER: s. 202; ÖNEN, Turgut: **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara, 1975, s. 12 (Borçlunun Temerrüdü).

kaynaklarda belli bir şahsın, belirli bir zamanda, belirli bir hareketi yapmaması anlamında kullanılmaktaydı (bkz. D. 43.16.19). *Morari* kavramı ise, belirli bir durumun oluşmasında kişiye bağlı engel anlamına gelmekteydi (D.36.2.7.6; D. 13.1.20). *Mora* kavramı ise, genel olarak borcun ifasındaki gecikmeyi ifade etmekteydi. *Mora* kavramının Borçlar Hukukuna ilişkin teknik bir anlamı olup olmadığı sorusuna verilecek cevap, bu kavrama verilen anlamın, başka hukukî kurumlarla karşılanıp karşılanmadığına bakmayı gerekli kılar. Yani kaynaklarda kullanılan bu terimin gerçek anlamı, bu terime bağlı olarak oluşturulan kurumun etkileri ve sonuçlarına göre belirlenmelidir²⁵.

İki yönü bulunan bu kavram, bir yandan borçlunun, diğer yandan alacaklının borcun ifasındaki gecikmeye neden oluşunu ifade etmektedir. *Mora debitoris*, yani borçlunun temerrüdünde, ifayı zamanında yerine getirmekle yükümlü olan borçlu, buna uymamasından ötürü sorumlu tutulmaktaydı. Eğer alacaklı ifaya engel olursa, ifanın uygun bir şekilde teklif edilmesine karşın, kabul etmemek suretiyle, ifanın gerçekleştirilmesine imkân vermezse, *mora creditoris* (alacaklının temerrüdü) veya *mora accipendi* (kabul temerrüdü) ortaya çıkar²⁶. Nitekim bu çalışmanın da konusunu oluşturan *mora creditoris* veya *mora accipendi* kavramı, gördüğü fonksiyon itibariyle, yani hukukî etkileri ve sonuçları itibariyle, başka bir kavram ile ifade edilmemekte, alacaklının davranışları sebebiyle, borcun ifasındaki bir gecikmeyi anlatmakta ve bu gecikmeye bağlı hukukî sonuçları düzenlemektedir (Örneğin, D. 17.1.37; D. 19.1.38; D. 46.3.9.1; D. 19.1.3.4; D.18.6.5; D. 45.1.73.2;

²⁵ SCHEY, Josef Freiherrn von: **Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österreichischen und im gemeinen Rechte**, Wien, 1884, s. 6-7.

²⁶ TAMER: s. 443.

D.13.5.18; D.13.5.17; D.18.6.18; D. 24.3.9; D. 18.6.1.3; D. 18.6.1.4; D. 18.6.3). Dolayısıyla bu kavramın Borçlar Hukukuna özgü bir kavram olduğu ve bu yönüyle Roma Hukukunda kullanıldığı çok rahatlıkla söylenebilir.

Roma Hukukunda *mora* olarak ifade edilen bu kurum, Türk Hukukunda temerrüt kelimesiyle ifade edilmektedir. Temerrüt, sözlük anlamı itibarıyla, “dikbaşlılık, direnme” anlamına gelir; terim olarak ise, bir borç ilişkisinde taraflardan birinin haklı bir sebep olmaksızın, borcun ifa edilmesine engel olan bir direnme veya davranışta bulunmasını ifade eder²⁷. Şunu da belirtmek gerekir ki, Osmanlıca kökenli olan bu kelime yerine doktrinde, giderek yaygınlaşan bir biçimde, “direnim” kelimesi kullanılmaktadır. Nitekim bu kelime, yeni hazırlanan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda da benimsenmiş ve kullanılmıştır.

Alman hukuk dilinde *mora* kelimesinin karşılığı olarak “*Verzug*” kelimesi kullanılmaktadır. “*Verzug*” kelimesi, “*Zögerung*”, “*Verzögerung*” ve “*Säumnis*” kelimeleri ile eşanlamlı olup, yasa metinlerinde bazen basit anlamda bir gecikmeyi ifade etmek için kullanılmakta, bazen de burada ifade edilen şekilde, hukukî bir kurumun karşılığı olarak kullanılmaktadır²⁸.

Alacaklının temerrüdünün tanımı, Roma Hukuku ve modern hukuklar bakımından ayrı ayrı tanımlanmayı gerekli kılmaktadır. Bu tanımlardaki farkı sadece, kusur noktasına indirgemek mümkündür. Roma Hukukunda alacaklının temerrüdü için kusur şart iken, kıta Avrupa’sı Hukuklarında kusur şartı genellikle aranmamaktadır. Buna göre, Roma Hukukunda alacaklının temerrüdü şu şekilde tanımlanabilir:

²⁷ FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 140.

²⁸ SCHEY: s. 9-10.

Borçlunun, borcun ifası için gerekli her şeyi yapmasına rağmen, alacaklının kusurlu olarak, kendisine uygun bir şekilde teklif edilen ifayı kabul etmemesi veya ifanın gerçekleşmesi için, gerekli olan durumlarda işbirliğinden kaçınması sebebiyle, borcun ifasının gerçekleşmemesi veya ifanın gecikmesi durumudur²⁹. Modern hukuklarda, bu tanımda, sadece “hukuka aykırılık” unsuru, başka bir ifadeyle, kusur şartı fazladır.

Alacaklının temerrüdü (*mora creditoris*) konusunda, Avrupa özel hukuk sistemlerini üç gruba ayırmak mümkündür: Bazı yasalar *mora creditoris*’i kurumsal olarak düzenlemektedir. Bu grup içinde model olarak Alman BGB ve onu izleyen İtalyan, Yunan, Portekiz ve Hollanda’nın yeni Medeni Kanunu (NBW) sayılabilir. İkinci grup olarak, Fransız ve İspanyol Medeni Kanunları gibi, *mora creditoris*’e ilişkin sistematik bir düzenleme içermeyen kanunlar sayılabilir. Üçüncü grup, İngiltere’nin başını çektiği, kodifiye edilmemiş Avrupa hukuk sistemleridir. Bunlar, sadece bu konuda değil, genel olarak geniş bir kavramlaştırmadan yoksundurlar³⁰.

Common Law’da bir kurum olarak, *mora* kavramı bilinmemekteydi. Hatta temerrüt kelimesi İngilizceye çevrilmemektedir. İngiliz hukuk dilinde “*to demur*”, Fransızca’dan (“*demeure*”) geliştirilmiştir; fakat bu kelime, teknik olarak daha çok

²⁹ GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg/SCHRANER, Marius: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1 e Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR**, Zürich, 2000, s. 418; SCHWIND, Fritz: **Römisches Recht I, Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes**, Wien, 1950, s. 277; UMUR: Ders Notları, s. 330.

³⁰ VAQUER, Antoni: “Tender of Performance Mora Creditoris and The (common?) Principles of European Contract Law”, **Tulane European and Civil Law Forum**, 2002, s. 84-85.

“usulî itiraz imkânı” anlamında kullanılmıştır. Sadece deniz sözleşmeleri hukukundaki kullanımı, *mora*’ya yakındır³¹.

Fakat buradan, alacaklının temerrüdünün bir kurum olarak bulunmamasına rağmen, *Common Law*’a tamamen yabancı olduğu şeklinde yanlış sonuç çıkarılmamalıdır. Burada dikkate alınması gereken husus, “işlevsel denklik ilkesi”dir. Bu ilke gereğince, hukuk kuralları, bir ihtiyaçtan kaynaklanır. Fakat bu ihtiyaçlar, her hukuk düzeninde aynı kavram veya kurum adı altında düzenlenmez. Farklı hukuk düzenlerinde, aynı kurum veya kavram kullanılsa da, aynı ihtiyacı karşılayacak bir başka kurumla düzenlenmiştir³². İşte Roma Hukukunda *mora creditoris* olarak düzenlenen bu ihtiyaç, *Common Law*’da ifa teklifi kavramı esas alınarak düzenlenmiş; fakat bunun sonuçları, genel olarak sözleşmenin ihlali çerçevesinde değerlendirilerek, çözüme bağlanmıştır. Başka bir ifadeyle, *Common Law*’da *mora creditoris*’in işlevsel denk kavramı, ifa teklifi ve sözleşmenin ihlalidir. Dolayısıyla *Common Law*’da alacaklının temerrüdü kavramı araştırılırken, bu kavram veya karşılığı değil; işlevsel denklik ilkesine göre, ifa teklifi ve sözleşmenin ihlali kavramlarına bakılmalıdır.

Bir bütün olarak ele alındığında, *Common Law*’da alacaklının temerrüdü kurumuna rastlanmamasına karşın, Roma Hukukunda bu konuda oluşan insancıl prensiplerin büyük bölümü vardır³³.

³¹ BUCHER, Eugen: “Mora, früher und heute oder auch die Verdienste der Römer um ein menschgemaasses, und der Redaktoren des Obligationenrechts um ein neuzeitliches Vertragsrecht”, **In: “Pacte, Convention, Contract”, Mélanges en l’honneur du Bruno Schmidlin, hrsg. von Alfred Dufour et al., Faculté de Droit de Genève**, Basel 1998, s. 411 ve dipnot 8 (Mora).

³² OĞUZ, Arzu: **Karşılaştırmalı Hukuk**, Ankara, 2003, s. 74 vd.

³³ BUCHER: Mora, s. 412.

İfa teklifi ve sözleşmenin ihlali çerçevesindeki bir yaklaşım, bu iki hukuk sisteminde de aynı kurumun farklı adlar altında düzenlendiğini ortaya koyacaktır. Çalışmamızda yeri geldikçe, bu paralelliklere ve farklılıklara değinilecektir.

Aynı şeyleri Fransız Hukuku için de söylemek mümkündür. Fransız Hukuku, *mora creditoris* kavramını ihmal etmektedir. İfa teklifi, borçluya, yalnızca para ya da ilgili malı tevdi etme yetkisi vermektedir. Devam eden çıkarın kesilmesi ve sorumluluğun azaltılması, yalnızca resmi tevdi halinde söz konusudur. Fransız Medeni Kanunu, *mora creditoris* kurumunu başlangıçta kabul etmesine rağmen, zamanla terk etmiş ve sadece tevdiden (*consignation*) söz ederek bir dizi kuralları şart koşturmuştur. Modern Alman Hukukunun tersine, salt edimin ifasının teklifi herhangi bir sonuç doğurmaz. Bunun için teklifin gerçek teklif olması gerekir; eğer borçlu kendi emin konumunu muhafaza etmek istiyorsa, *consignation*'un bütün ağır prosedürlerinden geçmeliydi. Önceleri borçlunun faizlerinden korunmasının anlamı olarak tasarlanan tevdi, zamanla ağır ve gereksiz bir külfet haline dönüşmüştür³⁴.

II. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Alacaklının Temerrüdü ve Borçlunun Temerrüdü

1. Genel Olarak

Mora'nın bir hukukî kurum olarak, Roma Hukukunda mevcut olduğu ve *mora debitoris* ile *mora creditoris* şeklinde iki türü olduğu yukarıda belirlendi. Fakat burada öncelikle üzerinde durulması gereken bir husus daha vardır. Acaba burada

³⁴ ZIMMERMAN, Reinhard: **The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1992, s. 821 (Obligations); VAQUER: s. 103.

aynı hukukî kurumun iki farklı alt çeşidi mi, yoksa birbirinden ayrı iki hukukî kurum mu söz konusudur?

Bu soruya cevap ararken, belirli tarihsel kesitler bakımından ayırım yapılması gerekir. İlk olarak tarihsel açısından şu tespit yapılmalıdır: Klasik hukukçulardan önce, Romalılar temerrüt kavramını, en azından hukukî bir kurum olarak, bilmiyorlardı. Klasik Roma hukukçuları, bu kavramı hukukî bir kurum olarak tanıyıp geliştirdiler³⁵. Roma hukukçuları, uzunca bir süre, *mora* kavramını, taraflardan birinin kusurlu olarak borcun ifasında gecikmeye neden olması şeklinde formülleştirilmişlerdi. Bunun sonucu olarak, borcun ifasındaki gecikme, hem alacaklıdan hem de borçludan kaynaklanabilmekteydi. Teorik olarak da, taraflardan her birinin kendi davranışlarıyla bu gecikmeye yol açmasına bir engel yoktu. Eğer gecikme alacaklının etki alanı içinde gerçekleşmişse, *mora creditoris*; borçlunun etki alanı içinde gerçekleşmişse, *mora debitoris* söz konusu olurdu. Müşterek hukukçular da, *mora creditoris*'i *mora debitoris*'in bir tür ikizi ya da benzeri olarak görmekteydiler. *Mora creditoris*, gerçekte *mora debitoris*'e göre, pratik olarak çok daha az önemli, fakat özü itibariyle ondan farklı değildi. Sonuçta her ikisi de *mora*'nın farklı şekillerinden biriydi ve bu nedenledir ki, her ikisi de kusur temeli üzerine kurulmuştu³⁶; her ikisi de borcun ifa edilmemesi ile ilgiliydi. Fakat nerede bir kusur var ise, orada bir yükümlülüğün ihlali de olmalıdır. Kusur, yalnızca, yapmaması gereken bir şeyi yapan ya da yapması gereken bir şeyi yapmada başarısız olan kimselere yüklenebilir. Sonuç olarak, borçlu, kusurlu alacaklı karşısında zararını

³⁵ TAMER: s. 443.

³⁶ Nitekim borçlunun devlet görevi ile uzakta bulunması veya esir olması sebebiyle, ifa imkânsızlığı içinde bulunduğu durumlarda, temerrüdü söz konusu edilmiyordu. Bu gibi durumlarda, temerrüdün bir unsuru olan kusur şartı gerçekleşmediğinden, borçlunun temerrüde düşmeyeceği kabul edilmekteydi; ÖNEN: Borçlunun Temerrüdü, s. 12-13; DI MARZO: s. 367.

talep hakkına sahiptir. Fakat bu her halde *mora*'nın kendisinden başka bir şey değildi. Dolayısıyla şu rahatlıkla söylenebilir ki, Klasik hukukçular ve Müşterek Hukukçular açısından bu iki kurum, aslında tek bir kurumun iki farklı alt çeşidinden başka bir şey değildi³⁷.

Bu iki temerrüt türünün ayrı hukukî kurumlar olarak benimsenmesi, MOMMSEN'e³⁸ dayanır. MOMMSEN tarafından, özellikle edimi kabul yükümlülüğü ve kusur konusunda ileri sürülen görüşler, KOHLER³⁹ tarafından geliştirilmiştir. KOHLER'in düşünceleri, kendisinden sonra gelenleri ve BGB'yi hazırlayanları derinden etkilemiştir. Bu düşünceye karşı, bazı farklı düşünceler ileri sürülmesine karşın, artık bu iki temerrüt türü birbirinden farklı olarak görülmeye başlanmıştır. İleride ayrıntılı olarak tartışılacak bu konularda, şimdilik kısaca söylemek gerekirse, alacaklının temerrüdü ile borçlunun temerrüdünün birbirinden ayrışması, yani iki farklı hukukî kurum olarak görülmesi, ilk olarak MOMMSEN'in çalışmasına dayanır; fakat bunun genel kabul görmesi KOHLER'den sonra gerçekleşmiştir.

Bugün gelinen noktada, bu iki temerrüt türü arasında, sadece dışsal bir bağın kaldığı, hukukî nitelik olarak birbirinden ayrıldıkları rahatlıkla söylenebilir. Başka bir anlatımla, artık bu iki temerrüt türü, farklı iki hukukî kurumu ifade etmektedir. Her iki kurum, birbirinden farklı ilkelere dayanmakta olup, farklı şartlara ve hukukî sonuçlara sahiptirler. Fakat bu durum, iki kurumun birbirine tamamen yabancılaştığı

³⁷ SCHEY: s. 14; ZIMMERMANN: Obligations, s. 818..

³⁸ MOMMSEN, Friedrich: **Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa**, Braunschweig, 1855.

³⁹ KOHLER, Josef : “Annahme und Annahmeverzug”, **Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatsrechts, herausgegeben von Dr. Rudolf v. Jhering, Siebzehnter Band**, Jena, 1879.

anlamına da gelmemektedir. Özellikle bu iki kurumun ortak zemini, borcun ifası ile ilgili oluşu ve bu ifadaki gecikme unsurunda kendini gösterir⁴⁰. Borçlunun temerrüdü denilince, borçlunun borcu ifa etmekten kaçınamayacağı muaccel bir zamanda, ifa etmeyerek gecikmesidir. Borçlunun temerrüdünün söz konusu olabilmesi için, her şeyden önce, borcun ifasının mümkün olması gerekir. Bu temerrüt türünde de, borç henüz ifa edilmemiştir; fakat ifası hâlâ mümkündür⁴¹. Bununla birlikte, borcun zamanında ifa edilmediği tüm durumların temerrüt olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴².

İki farklı hukukî kurum olarak, alacaklının temerrüdü ile borçlunun temerrüdünün farklılıklarını aşağıdaki başlıklar altında toplamak mümkündür.

2. Tarafların İşbirliği Yapma Borcu Bakımından

Bu iki temerrüt türü arasındaki farklardan biri, tarafların işbirliği yapma zorunda olup olmadıkları noktasında kendini gösterir. Borçlunun temerrüdünde, borçlunun üzerine düşen işbirliğinden kaçınması durumunda, onun bu davranışı, bir hakkın ihlali olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak işbirliği ödevine aykırı

⁴⁰ SCHWIND: s. 275; benzer yönde bkz. HASENÖHRL: s. 349; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 427.

⁴¹ VUUREN, Elbi Janse van : “Termination of International Commercial Contracts for Breach of Contract: The Provisions of The Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, **Arizona Journal of International and Comparative Law**, 1998, s. 35; GUHL, Theo: **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Versicherungsvertragsrechtes**, Zürich, 1956, s. 196; TANDOĞAN, Hâluk: **Türk Mes’uliyet Hukuku**, (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet), Ankara, 1961, s. 469 (Mes’uliyet); BARLAS, Nami: **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, 1992, s. 15; VAQUER: s. 103; ÖNEN: Borçlunun Temerrüdü, s. 36; YONSEL, Atif: “İki Taraf İçin Borç Doğuran Akitlerde Temerrüt ve Hukukî Neticeleri”, **İBD.**, 1945, S. VII, s. 394.

⁴² BARLAS: s. 15.

davranan borçluya karşı, alacaklıya tanınan haklar daha geniş kapsamlı olmaktadır. Alacaklının temerrüdünde ise, alacaklının işbirliği ödevinden kaçınması, bir hak ihlali olarak değil, kendisine ait bir hakkın kullanılmasından kaçınma şeklinde kabul edilmektedir. Alacaklı işbirliği görevini yerine getirip getirmemekte, serbest bırakılmıştır. Yani alacaklının işbirliğine zorlanması kabul edilmemiştir. Bunun sonucu olarak, işbirliğinden kaçınan alacaklıya herhangi bir tazminat borcu yüklenmemiş; sadece onun işbirliğinden kaçınması sebebiyle, borçluya yapmış olduğu fazla masrafları talep hakkı tanınmıştır. Borçlunun temerrüdünün sonuçları, bu yönüyle alacaklının temerrüdünden daha ağırdır. Borçlu temerrüde düşmekle, hem alacaklının zararını tazmin edecek, temerrüt faizi ödemek zorunda kalacak, her türlü kusurundan ve hatta borcun imkânsız hale gelmesinden de sorumlu tutulacaktır⁴³. İşbirliği ödevinden kaçınan borçlunun bu davranışı, bir sözleşmenin ihlalini oluştururken, alacaklının davranışı, bir sözleşmenin ihlali olarak kabul edilmemektedir. Alacaklının temerrüdü, bu yönüyle, sadece kendisine düşen her şeyi yapan borçlunun, alacaklıya karşı kurtulmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiş bir kurallar bütünü olarak gözükmektedir⁴⁴.

2. Kusur ve Kusurun Sonuçları Bakımından

Türk-İsviçre Hukuku'nda, temerrüdün oluşması için, kusur bir unsur olarak kabul edilmemiştir. Yani gerek alacaklının gerekse borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olması şart değildir. Bununla birlikte, yapma borçları hariç olmak üzere,

⁴³ ZIMMERMAN, Reinhard : "Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations", *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero (diretto da M.J. Bonel)*l SAGGI, CONFERENZE E SEMINARI, Roma, 2002, s. 23-26, 47 (Breach of Contract); GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 427; ARSLANLI, Halil: *Ticarî Bey'*, İstanbul, 1955, s. 505-506; SCHWIND: s. 275-276; VUUREN: s. 25-26, 35-36.

⁴⁴ ZIMMERMANN: Breach of Contract, s. 47; VUUREN: s. 35.

alacaklının temerrüdünde, temerrüdün sonuçları bakımından, borçluya sözleşmeden dönme hakkı ve buna bağlı olarak da, uğradığı zararın tazminini talep hakkı tanınmamıştır. Alacaklı temerrüde düşse bile, bu borçluya sözleşmeden dönme hakkı vermeyecek ve buna bağlı olarak o, uğradığı zararın tazmini talep edemeyecektir. Borçlunun temerrüdünde ise, borcun konusunun yapma veya verme borcu olup olmadığına bakılmaksızın, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı ve buna bağlı olarak, borçlunun kusurlu olması şartıyla, uğradığı zararın tazminini talep hakkı tanınmıştır.

Alman Hukukunda ise durum farklıdır. Alman Hukukunda, borçlunun temerrüdü yönünden kusur bir unsurdur. Yani ancak borçlu kusurlu ise temerrüde düşebilir. Buna karşılık alacaklının temerrüdünde kusur bir unsur değildir. Alacaklı kusursuz da olsa, diğer koşulların gerçekleşmesi durumunda temerrüde düşebilir.

3. Alacaklının Temerrüdünde İfa Teklifi İle Borçlunun Temerrüdündeki İhtar Arasındaki Farklılıklar

İhtar, borçlunun temerrüde düşmesi için gerekli şartlardan biridir. İhtar, muaccel bir borcun borçlusunu edimin ifasına davet niteliği taşıyan, varması gerekli, hukuki işlem benzeri tek taraflı bir irade beyanıdır⁴⁵. Doktrinde bazı yazarlar⁴⁶ ve Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi, ihtarın alacaklının temerrüdündeki ifa teklifi ile borçlunun temerrüdündeki ihtarın birbirini karşılayan bir kavram olduğu, yani birbiri ile aynı işleve sahip olduğu fikrindedirler. Nitekim 9 Nisan 1873 tarihli Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi (*Reichsoberhandelsgericht*) vermiş olduğu bir kararında, bu düşüncenin izlerini görmek mümkündür. Burada Yüksek Mahkeme

⁴⁵ TUHR: s. 606; EREN: s. 1049.

⁴⁶ MOMMSEN: s. 97, 139 vd, 145; TUHR: s. 534; ARSLANLI: s. 509.

borçlunun temerrüdündeki *interpellatio* ile alacaklının temerrüdündeki *oblatio*'yu eşit kabul etmiştir. İfa teklifi ile ihtar arasında, bir bakıma aralarında amaçsal benzerlik kurulabilirse de, nitelik yönünden farklılıkları gözden uzak tutulamaz⁴⁷. İhtar, borç ilişkisinin sona erme zamanının tespitinden başka bir şey değildir. Borçlunun ifa ile yükümlü olduğu zaman, kural olarak alacaklının ihtarı ile belirlenir. İhtar öncesi borçlu, hiçbir şekilde geçerli bir açıklama yapamaz. Tekliften farklı olan husus, sadece ifa zamanı konusunda açıklama yapma değil; aksine aynı zamanda ifaya hazır olma açıklamasını kapsar. İhtar, borçlunun bunu kabul veya reddini gerektirmeden, doğrudan temerrüde düşmesini sağlayan, tek taraflı bir irade beyanıdır. Buna karşılık, ifa teklifinin temerrüt sonucunu doğurabilmesi için, alacaklı tarafından haklı bir neden olmaksızın reddini gerektirir. Bu sebeple, ihtar ile ifa teklifinin aynı rolü oynadığı söylenemez. İhtarda “ifa edilme sorusuna” cevap aranırken, ifa teklifinde “hangi sebeple ifa etmeme söz konusudur” sorusuna cevap aranır⁴⁸.

B. İfa Etmeme (Ademi İfa) ve Alacaklının Temerrüdü

Borcun amacı ifadır; bu suretle alacaklı tatmin edilir ve borçlu yükümlülüğünden kurtulur. İfa sayesinde alacaklı ile borçlu arasındaki bağ ortadan kalkar. İfanın bu işlevi yerine getirebilmesi için, borçlu tarafından yükümlü olduğu

⁴⁷ MADAI, Carl Otto von: **Die Lehre von der Mora**, Halle, 1837, s. 230; nitekim BUCHER, sadece aralarındaki benzerliğe işaret etmekte, fakat birbirine eşit olduğunu dile getirmemektedir; bkz. BUCHER: *Obligationenrecht*, s. 321.

⁴⁸ KOHLER: s. 403; KOCH, Robert: **Die Mora Creditoris**, Berlin, 1895, s. 20; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 838.

şekilde ve eksiksiz olarak yerine getirilmesi gerekir⁴⁹. Eğer borç, hiç veya gereği gibi ifa edilmezse, o takdirde, ifa etmeme (ademi ifa) sonucu ortaya çıkar. İfa etmeme, borçlunun edimi hiç yerine getirmemesinde söz konusu olabileceği gibi; sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmayan bir şekilde yerine getirmesinde de söz konusu olur⁵⁰. İfa etmemenin sonucu, Borçlar Kanununun 96 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. İfa etmemeden ötürü borçlunun sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için kusur şarttır⁵¹.

Konusu yapmaya ilişkin borçların hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ile konusu yapmamaya ilişkin borçlara aykırı davranılması temerrüt değil, ifa etmemedir. Gerçi temerrüt halinde de borç ifa edilmemiştir; fakat ifa edilme ihtimali henüz mevcuttur⁵².

Borcun ifa edilmemesi ile alacaklının temerrüdü arasındaki en önemli fark, kusur unsurunda görülür. Yukarıda da ifade edildiği üzere, alacaklının temerrüde düşmesinde kusurun rolü yoktur. Alacaklı kusursuz da olsa, temerrüde ilişkin hükümler uygulanır. Buna karşılık, ifa etmemeye (ademi ifa) ilişkin hükümlerin uygulanması için, borçlunun kusuru şarttır⁵³.

⁴⁹ İZVEREN, Adil: “Borçların Ödenmemesinin Neticeleri (Aktin İhlali ve Neticeleri)”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 10, 1953, s. 1180-1181.

⁵⁰ TANDOĞAN: Mes’uliyet, s. 398.

⁵¹ İZVEREN: s. 1182, 1184.

⁵² VAQUER: s. 103; ÖNEN: Borçlunun Temerrüdü, s. 36; YONSEL: s. 394; TANDOĞAN: Mes’uliyet, s. 469.

⁵³ TUHR: s. 577; TUNÇOMAĞ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku, C: I, Genel Hükümler**, İstanbul, 1976, s. 757 (Genel Hükümler); DAYINLARLI, Kemal: **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Ankara, 1988, s. 95.

Bu konuda kıta Avrupa'sı hukuk sistemleri ve İngiliz *Common Law*'un gelişmeleri arasında hemen hemen tam bir uyum olmuştur. Bununla birlikte, bunlar arasında önemli farklılıklar da vardır. *Mora creditoris, mora debitoris*'in tersi kabul edildiğinden, *Ius Commune*'de, alacaklının işbirliğini başlatmada başarısız olması, sözleşmenin ihlali olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur. Aynı zamanda Roma kaynaklarından hareketle, Alman Pandekt hukukçuları tarafından ayrıntılı olarak işlenen kavram, *Ius Commune* yaklaşımından büyük ölçüde uzaklaşmayı beraberinde getirmiştir. Eğer alacaklı *mora creditoris*'e maruz kalırsa, bunun birinci nedeni ifanın hâlâ mümkün olması, diğeri ise ortada bir sözleşme ihlalinin bulunması ve sözleşmenin sona ermemiş olmasıdır. Borçlu hâlâ bağlıdır. Bu tam olarak *mora creditoris* kurumunun amacı olarak görülmüştür. Borçlunun geçerli bir yükümlülüğe sahip olamaya devam etmesi, fakat yükümlülüklerinin hafifletilmesi bu kurumdan beklenen amaçtır. Çünkü sözleşme sona ermemiştir, alacaklı ifayı talep edebilir. Fakat ifasızlık, alacaklının işbirliğinden kaçınmasından kaynaklandığı için, alacaklı bunun olumsuz sonuçlarına katlanacaktır. Üstelik borçlu para veya istenen malı resmi bir yere tevdi ederek yükümlülüğünden kurtulabilme seçeneğine sahip olabilecektir. *Common Law*'da, uygun teklifin reddedilmesi de, sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir. Borçlu gibi alacaklı da sözleşmenin ihlalinin sorumludur. Bu nedenle borçluya yarar sağlayacak çıkış yolları, sözleşmenin ihlalinin önemli olup olmamasına bağlıdır. Bununla birlikte *Common Law* mahkemeleri, çok fazla sistematik olan kıta Avrupa'sı yaklaşımına göre daha çok sistematik olmayan bir yaklaşımı çağrıştırabiliyorlar⁵⁴.

⁵⁴ VAQUER: s. 102-103.

C. Alacaklının Temerrüdü ve İmkânsızlık

İmkânsızlık, objektif ve sübjektif imkânsızlık şeklinde ikiye ayrılır. Objektif imkânsızlık, sadece sözleşmenin tarafları için değil, herkes için geçerli olan ve edimin yerine getirilmesinin mümkün olmadığı durumları ifade eder. Bu imkânsızlık, sözleşmeye konu olan parça borcunun yok olması, yanması vb. biçimde “maddi imkânsızlık” olabileceği gibi; malın ithalat yasağı sebebiyle teslim edilemeyişi, satıma konu olan malın kamu malı olması gibi, “hukuki imkânsızlık” şeklinde de gerçekleşebilir. Sübjektif imkânsızlık ise, sadece sözleşmenin tarafları bakımından söz konusu olan bir iktidarsızlıktır⁵⁵. Buna “ifa güçsüzlüğü” adı da verilmektedir⁵⁶. Örneğin, satım sözleşmesinde, satıcının kendisinde mevcut olmayan ünlü bir ressama ait belli bir tabloyu satmış olmasında, satıcı yönünden sübjektif imkânsızlık vardır; fakat bu tablo yeryüzünde mevcut olduğu için objektif bakımdan, edimin konusu imkânsız değildir.

İmkânsızlık, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut ise, bu takdirde, sözleşme batıldır (BK m. 20). Bu nedenle bu tür imkânsızlığa “başlangıçtaki imkânsızlık”⁵⁷, “önceki imkânsızlık” adı verilmektedir. Önceki imkânsızlık, sözleşmeyi batıl kılar ve objektif nitelikte olması gerekir. Roma Hukukunda da aynı esas geçerliydi. Örneğin satılan kölenin, sözleşmenin kurulmasından önce ölmüş olması durumunda, sözleşme

⁵⁵ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II**, İstanbul, 1977, s. 173 (Özel Borç İlişkileri); objektif ve sübjektif imkânsızlığa örnek Federal Mahkeme kararları için sırasıyla, bkz. RO 47 II 119 ve RO 82 II 332; OFTINGER, Karl: **Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları**, (çev. Kemal DAYINLARLI), Ankara, 1985, s. 162-165.

⁵⁶ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 787.

⁵⁷ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 787.

geçersiz kabul edilmekteydi⁵⁸. Önceki imkânsızlığı, sözleşmenin taraflarından biri bilmesine rağmen, diğerini durumdan haberdar etmiyorsa, sözleşme batıl olmasına rağmen, diğer tarafın menfi zararını tazmin etmekle yükümlü olur⁵⁹. BGB'nin 307. paragrafında bu durum açıkça düzenlenmiştir.

Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan imkânsızlığa “sonraki imkânsızlık” adı verilir. Sonraki imkânsızlık durumunda, Borçlar Kanununun 117. maddesi veya 96. maddesi uygulanır. Burada belirleyici unsur, kusurdur. Şayet sonraki imkânsızlık, borçlunun kusuru olmaksızın ortaya çıkmışsa, 117. madde gereğince, borçlu borcundan kurtulur. Bu durumdaki borçlu, tazminatla da yükümlü değildir⁶⁰. Buna karşılık, sonraki imkânsızlıkta borçlunun kusuru var ise, borçlu borca aykırılıktan ötürü sorumludur. Sonraki imkânsızlık hallerinde, borçlunun kusurunun varlığı halinde, imkânsızlığın objektif veya sübjektif olmasının bir önemi yoktur. Her iki halde de kusurlu olan borçlu, Borçlar Kanununun 96 vd. maddeleri gereğince, borca aykırılıktan sorumlu tutulur. Bu durumda edimin yerini tazminat sorumluluğu alır⁶¹.

Borcun ifası, alacaklının sorumluluğunu gerektirecek bir davranışı sebebiyle imkânsızlaşmışsa, borçlu borcundan kurtulur ve karşı edimi talep edebilir. Karşı edim hasarını yüklenen alacaklı, borçlunun borcundan kurtulmuş olmakla elde ettiği

⁵⁸ BURDICK: s. 402; ayrıca buna ilişkin metin için bkz. Ins. 3.19.1.

⁵⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 903; AKINTÜRK, Turgut: **Satım Akdinde Hasarın İntikali**, Ankara, 1966, s. 33-34.

⁶⁰ TANDOĞAN: Mes'uliyet, s. 396.

⁶¹ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 801; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 181; AKINTÜRK: s. 36, 39-40; ÖNEN: Borçlunun Temerrüdü, s. 36; SELİÇİ, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1972, s. 90-91(Sürekli Borç İlişkileri); İZVEREN: s. 1183-1184.

veya kendi kusuruyla elde etmeyi ihmal ettiği menfaatleri indirme olanağına sahiptir⁶².

Somut olaylarda alacaklının temerrüdü ile imkânsızlığı birbirinden ayırmak çok kolay olmamaktadır. Bu konu ileride ayrıntılı olarak açıklanacağından, şimdilik sadece imkânsızlığın kavramsal olarak tanıtılmasıyla yetinilmiştir.

§ 3. PANDEKT HUKUKUNDA ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN KUSURDAN AYRIŞTIRILMASI

I. GENEL OLARAK

Alacaklının temerrüdü, Pandekt Hukuku'nda, Roma Hukukunda kabul edilen şeklinden çok farklı bir yapıya bürünmüştür. Özellikle alacaklının edimi kabul yükümlülüğü olmadığı ve alacaklının temerrüdünün oluşması için kusurun şart olmadığı yolunda görüşlerin ortaya çıkmasıyla, bu kurum büyük ölçüde değişikliğe uğramıştır. Bu sebeple, tek bir alacaklının temerrüdü kavramından da söz edilememektedir. Roma Hukukunda alacaklının temerrüdünün şartı olarak kusur aranmaktaydı. Oysa Pandekt Hukuku ve izleyen kıta Avrupa'sı Hukuklarında, alacaklının temerrüdünün oluşması için, alacaklının kusurlu olması bir unsur olarak kabul edilmemiştir.

⁶² SEROZAN: s. 344.

II. PANDEKT HUKUKUNDA ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN KUSURDAN AYRIŞTIRILMASININ GEREKÇELERİ

A. Alacaklının Edimi Kabulünün Sadece Bir Hak Olduğu ve Bir Yükümlülük Doğurmayacağı Gerekçesi

Roma Hukukunda, alacaklının temerrüdünün en belirgin özelliği, borçlunun temerrüdüne benzer tarzda kabul edilmiş ve her ikisinin de kusur temeline dayandırılmış olmasıdır. Aralarındaki bu paralellikte, bu kurumlar eş kurum olarak kabul edilmiş ve birbirinin ikizi olarak adlandırılmıştı. Roma Hukuku, bu paralelliği kurarken, biraz da tarafların karşılıklı yükümlülüklerinden hareket etmiştir. Örneğin borçlu, borçlu olduğu edimi ifa ile yükümlüydü; alacaklı da ifanın gerçekleşmesi için kendisine düşen hareketleri yapmakla yükümlü kabul edilmişti. Alacaklının edimi kabul yükümlülüğü, özellikle borcun ifasında, alacaklının işbirliği yapmasının gerekli olduğu durumlarda, bir yükümlülük şeklinde değerlendirilmişti. Bu değerlendirme, Müşterek Hukukta da sürdürülmüştü. Nitekim MADAI, edimi kabul etmeyen alacaklının temerrüde düşeceğini kabul ederken, alacaklının edimi kabul yükümlülüğünden hareket etmiştir. Borcun ifasına katılımı gereken durumlarda, işbirliği yapmayan alacaklı, kusurlu hareket etmiş olacak ve tıpkı borcunu ifa etmeyen borçlu gibi temerrüde düşecektir⁶³.

Bu görüşe ilk kez MOMMSEN, modern borç kavramı gereği, alacaklının edimi kabule ilişkin bir yükümlülüğü olamayacağını ileri sürerek karşı çıkmıştır. Bu

⁶³ MADAI: s. 227.

görüŖe göre, bir borç ilişkisinde, alacaklı, sadece edimi talep hakkına sahiptir; onun herhangi bir yükümlülüğü söz konusu edilemez⁶⁴.

Borçlu sadece ifaya yükümlüdür. Borçlu borcunu ifa etmediğı takdirde, başkasının hak alanına girmiş ve onun hakkını ihlal etmiş olur. Bu durumda borçlu, ortaya çıkan zararı da tazmin etmek zorundadır. Diğer taraftan alacaklı ise, borçtan ötürü bir yükümlülüğü söz konusu değildir; aksine o sadece bir hakka sahiptir⁶⁵. İfaya katılımı reddeden alacaklı, bununla bir yükümlülüğü, özellikle bir borcu ihlal etmiş sayılamaz⁶⁶. Bu sebeple de, bir tazminat yükümlülüğü altına girmez.

MOMMSEN, alacaklının edimi talebe sadece hakkı olduğunu kabul etmiş, ortada alacaklıya yükletilebilecek bir yükümlülüğün söz konusu edilemeyeceğini de ortaya koymuştur. Fakat bu görüşünü, alacaklının temerrüdü kurumu ile bağdaştıramamıştır. Zira alacaklı açısından sadece bir hakkın söz konusu olduğu durumda, onun bir kusurundan da söz edilemeyeceğı ileri sürülmüştür. Bu konuda kusur teorisinden de vazgeçmenin mantıklı olamayacağını düşünen MOMMSEN, orta bir yol çizerek, gerçekte kabule yükümlü olmayan alacaklının, yine de kusurlu olarak temerrüde düşebileceğini, özellikle alacaklı bakımından gerçekleşen imkânsızlık veya hata durumlarında ya da alacaklının sırf keyfi bir davranışla edimi kabul etmemesi durumunda, kusurlu olarak temerrüde düşebileceğini kabul etmiştir⁶⁷. Bunu yaparken de, alacaklının nasıl olup da kusurlu sayılabileceğini açıklayamamıştır. Her ne kadar edimi kabul yükümlülüğünün söz konusu olamayacağı, fakat alacaklının kusuru ile temerrüde düşebileceğı şeklinde ifade ettiğı

⁶⁴ MOMMSEN: s. 3, 134, 163.

⁶⁵ KOHLER: s. 265; SHEY: s. 93; MOMMSEN: s. 134.

⁶⁶ SCHEY: s. 105; MOMMSEN: s. 163; KOSCHAKER/AYİTER: s. 203.

⁶⁷ MOMMSEN: s. 160-168.

görüşlerini, bağdaştırarak sağlam bir temele oturtamamış ise de, özellikle edimi kabul yükümlülüğünün söz konusu edilemeyeceğine ilişkin görüşleri, yüzde yüz bir doğruluk payıyla, halen de geçerliliğini sürdürmektedir.

MOMMSEN'in ortaya koyduğu, fakat sağlam bir temele oturtmadığı görüşleri, KOHLER, büyük bir ustalıklı ele almış ve yepyeni bir temele oturtmuştur. Bunu yaparken de, MOMMSEN'in aksine, kendi içinde daha tutarlı gözükten bir alacaklının temerrüdü kurumu oluşturmuştur.

KOHLER, alacaklının temerrüdü konusunda, kusurun bir unsur olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. KOHLER, “kabul yalnızca bir hak olduğu ve bir yükümlülük olmadığı için, alacaklı ifayı kabul ile yükümlü değildir” gerekçesiyle, ifayı kabul yükümlülüğünü reddetmiştir. Buna gerekçe olarak da iki temel hususun altını çizmiştir. Her şeyden önce, her kusur, bir yükümlülük veya hak ihlali gerektirir. Oysa borçlu olunan edimin kabul edilmesi, ne borçlunun bir hakkı ne de alacaklının bir yükümlülüğüdür. Hangi gerekçeyle olursa olsun, edimi kabul etmeyen alacaklının davranışının anlamı, sadece kendi hakkını kullanmamaktan ibarettir. Buna başka bir anlam yüklenemez. Müşterek hukuktaki, alacaklının edimi kabule yükümlü olduğu ve borçlunun bu konuda bir hakkı olduğu görüşü, Borçlar Hukuku teorisinde, tutucu bir hatadır⁶⁸.

Alacaklının kabule zorlanmasının anlamı, ona çıkarlarını gözetmekte, malvarlığını kullanmakta ve sahip olduğu hakların korunmasında bir vasi atanmasıdır. Edimi kabul yükümlülüğü ile alacaklı, borçluyu yükümlülüklerinden kurtarmaya zorlanamaz. Bir davranışta bulunmamanın kusura veya tesadüfe dayanıp dayanmadığı, sadece yükümlülük alanında söz konusu olabilir. Hiçbir şeye yükümlü

⁶⁸ KOHLER: s. 267-268.

olmayan alacaklı, ne kabul etmeye ne de borçlusunu serbest kılmaya ve bu suretle oluşan zararlara katlanmaya zorlanamaz⁶⁹.

Acaba MOMMSEN ile başlayan ve KOHLER ile zirveye çıkan ve oradan da BGB ve diğer modern hukuklara geçen, alacaklının edimi kabulünün sadece bir hak olduğu, ona yüklenecek bir yükümlülük olmadığı görüşü mutlak mıdır? Başka bir ifadeyle, bu ilkeye tanınacak bir istisna söz konusu olur mu?

Gerek Türk-İsviçre Hukukunda gerekse Alman Hukukunda, özellikle satım ve eser sözleşmesi gibi sözleşme türlerinde, edimi kabul yükümlülüğünden söz eden hükümlere rastlanmaktadır. Acaba bununla, edimi kabul yükümlülüğüne getirilen bir istisna mı söz konusudur?

Aşağıda açıklanacağı üzere, kanaatimizce, alacaklının edimi kabul yükümlülüğü söz konusu değildir ve bu konuda bir istisnaya da yer verilemez.

1. Kanunda Açıkça Düzenlenmiş Olan ve Edimi Kabul Yükümlülüğünden Söz Eden Hükümler ve Bunların Anlamı

a. Edimi Kabul Yükümlülüğünden Söz Eden Hükümler

Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda, özellikle satım, eser ve karz sözleşmelerinde, edimi kabul yükümlülüğünden söz eden hükümlere rastlanmaktadır. Kanundaki bu açık belirleme karşısında, alacaklının edimi kabul yükümlülüğünün de söz konusu edilebileceği gibi bir yanlış bir sonuca varılmıştır.

Örneğin SAYMEN ve KÖPRÜLÜ, alacaklının edimi kabul hakkının iki istisnasından söz etmektedir. BK 208. maddesine göre, alıcı kendisine sunulan malı kabul etmek zorundadır. Bundan kaçınırsa, onun hakkında hem alacaklının hem de

⁶⁹ KOHLER: s. 409.

borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanır. Aynı şekilde, adi kefalet sözleşmesi gereğince kefil olan bir kişi, ifa teklifinde bulunduğu halde, alacaklı bunu kabul etmezse, kefil borcundan kurtulur (BK m. 501)⁷⁰. Yine benzer şekilde KOÇ, edimi kabul hakkının genel bir ilke olduğunu, fakat en azından, yürürlükteki mevzuat açısından bu kurala bir istisna getirilmiş olduğunu ileri sürmüştür. Bu konuda, alacaklının edimi kabul hakkından söz eden ve buna bir istisna tanımak istemeyen LIRON’a katılmamış; bu noktada onun görüşlerinden sapmıştır⁷¹.

Oysa bu sapma, bu hükümlere verilen yanlış bir anlamın sonucu olduğundan, isabetli olmamıştır. Bu konudaki gerekçeleri açıklamadan önce, kanunda düzenlenen ve alacaklının edimi kabul yükümlülüğünden söz eden hükümler açıklanacak; daha sonra, alacaklı, edimi kabule yükümlü tutulamayacaksa, kanundaki bu düzenlemelerin ne anlama geldiği ortaya konmaya çalışılacaktır.

Satım sözleşmesinde, alıcının satılanı teslim alma borcunun (kabz) hukuki niteliği konusunda yaşanan tartışmalar da farklı değerlendirilmiştir. Yapılan tartışmalarda, “alıcının teslim borcu”nun hukukî niteliği tartışılmışken⁷², bu tartışmalar, “alacaklının edimi kabul yükümlülüğü” şeklinde algılanmış ve alıcının

⁷⁰ SAYMEN, Ferit H./KÖPRÜLÜ, Bülent: **Medeni Hukuk Dersleri, Cilt II, Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1965, s. 235-236; SAYMEN, Ferit H.: **Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Umumi Hükümler**, İstanbul, 1950, s. 470.

⁷¹ **KOÇ**, Nevzat : **Türk-İsviçre Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, 1992, s. 56 vd. (Alacaklının Temerrüdü).

⁷² birkaç örnek olarak bkz. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin :**Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I**, İstanbul, 1978, s. 298 vd.; ARAL, Fahrettin: **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2002, s. 172-173; İŞERİ, Ahmet: “Satım Akdinde Alıcının Temerrüdü”, **Batider**, 1964, C: II, S: 4, s. 650 vd.;

teslim alma borcu ile birbirinden yeterince ayrılmamış gözükme⁷³. Oysa bu iki durum, aşağıda gösterilmeye çalışılacağı üzere, birbirinden farklıdır.

Bu konudaki düzenlemeler incelenmeden önce şuna işaret etmenin yararlı olacağı görüşündeyiz. Kanunda yükümlülük olarak sayılan bütün bu durumlarda, kabul yükümlülüğü, aslî bir yükümlülük olarak ele alınmıştır. Burada sayılan yükümlülüklerin hiçbiri yan yükümlülük olarak değerlendirilemez. Şayet kanun yan yükümlülük olarak bu yükümlülükleri saymış olsaydı, en basit şekliyle, sadece karşılıklı ödünç (faizli karz) sözleşmeleri bakımından bu yükümlülüğünden söz edilemezdi. Aksi halde faizsiz ödünç sözleşmeleri bakımından da aynı yükümlülüğünden söz edilirdi. Yine satım sözleşmesi bakımından, yan yükümlülük olarak, teslim alma yükümlülüğünden söz edilmiş olabileceği düşünülemez. Kanunun bu ihtimali göz önüne alarak bir düzenleme yapmış olması muhal olurdu. Dolayısıyla aşağıda yapılacak tüm açıklamalarda bu noktanın göz önünde tutulması gerekir. Sıklıkla tekrara düşmemek için, aşağıdaki tüm açıklamalarda, kanunun düzenlemelerinin aslî yükümlülük noktasından hareket ettiğini kabul ettiğimizi belirtelim.

Alacaklının edimi kabul yükümlülüğü olarak değerlendirilen yasal düzenlemeleri şöyle sıralamak mümkündür:

i . Satım Sözleşmesinde

Edimi kabul yükümlülüğü, satım sözleşmesi bakımından, açıkça kabul edilmiştir. Alıcıya getirilen bu yükümlülük, Borçlar Kanununun 208. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde yer alan düzenlemeye göre, alıcı, sözleşmede kararlaştırılan şekilde, satım bedelini ödemek ve satın alınan malı teslim almakla

⁷³ KOÇ: Alacaklının Temerrüdü, s. 58 vd.

(kabzetmekle) yükümlüdür. Aksine bir sözleşme veya gelenek mevcut değilse, alıcı, malı teslim alma borcunu hemen yerine getirilmelidir.

Satılanı teslim alma borcunun hukuki niteliği çok tartışılmıştır. Bu tartışmalar konusunda çok ayrıntıya girilmeyecektir. Fakat özetle şunu belirtmek gerekir: Tartışmanın temel sebebi, teslim alma borcunun, bir ifayı kabul etme yükümlülüğü olup olmadığı noktasındadır. Bazı yazarlar, alıcının bu borcunun, alacaklının edimi kabul yükümlülüğü olamayacağı gerekçesiyle, bir borç olarak değil, bir külfet, ödev (*Obliegenheit*) olacağı görüşündedirler. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, teslim alma borcu, satılanın alıcı tarafından bir ifa olarak kabul edilmesi yükümlülüğüdür⁷⁴. Yani burada bir kabul borcu söz konusudur.

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, satım konusu malı teslim almak, alıcı için sadece bir hak değil, aynı zamanda bir borçtur; zira satıcının malı teslim etmekte, birçok menfaati vardır. Örneğin bu sayede satıcı, malın muhafaza masraflarından kaçınmak imkânı bulacak ve satış bedelini talep hakkını kazanacaktır⁷⁵. Bunun yanı sıra, satıcı, ödemezlik def'ine maruz kalmadan semeni talep edebilecektir⁷⁶. Satıcının, genel nitelikteki bu menfaatlerin dışında da bazı menfaatleri olabilir. Örneğin bir evin enkazının satışında, satıcının inşaata başlayabilmesi için, satılanın alıcı tarafından teslim alınmasındaki menfaati bu türdendir⁷⁷. Fakat alıcının bu borcundan söz edebilmek için, yapılan teslim teklifinin,

⁷⁴ Bu görüşler için bkz. İŞERİ: s. 662-669; TANDOĞAN, Halûk: **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C: I/1**, Ankara, 1985, s. 206 (C: I/1); ARAL: s. 172-173.

⁷⁵ TANDOĞAN: C: I/1, s. 206; FEYZİOĞLU: *Özel Borç İlişkileri*, s. 298; YAVUZ, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2002, s. 161; İŞERİ: s. 650-651.

⁷⁶ YAVUZ: s. 161.

⁷⁷ BECKER, Herman : **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri**, (Çev. DURA, Suat), Ankara, s. 138.

alacaklının temerrüdündeki koşulları taşıması gerekir⁷⁸; kısaca malın sözleşmede kararlaştırılan yer, zaman ve koşullarda teslimi veya tesliminin teklifi gerekir. Aksi halde, alıcının malı teslim alma borcu söz konusu olmaz⁷⁹.

Alıcının satın alınan malı teslim alma borcu, 11.04.1980 tarihli Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesinde (CISG) de açıkça kabul edilmiştir. Sözleşmenin 60. maddesine göre, malı teslim alma borcu, satıcının malı teslim edilmesini mümkün kılacak ve alıcıdan makul olarak beklenen tüm eylemlerin yapılmasının yanı sıra, satılan fiilen teslim alma borcunu içerir. Alıcının sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda, satıcının sahip olacağı haklar 61 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Alıcının edimi kabul etmekte temerrüde düşmesi durumunda, satıcıya, 62-65. maddelerde belirlenen ek süre verme ve sözleşmeden dönme hakkı tanındığı gibi, 74-77. maddeler gereğince tazminat isteme hakkı da verilmiştir⁸⁰.

Görüldüğü üzere, buradaki düzenlemede, alacaklının edimi kabul yükümlülüğünden söz edilmemekte, sadece sözleşmenin bir tarafı olarak alıcının satılan şeyi teslim almakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmaktadır. Dolayısıyla burada alacaklı kavramı veya alacaklının edimi kabul yükümlülüğü söz konusu edilmemektedir. Sözü edilen kabul yükümlülüğü, alıcının borçlu olması sebebiyle, ona yükletilmiş olan bir borç ve yükümlülüktür.

⁷⁸ BECKER: s. 139.

⁷⁹ TUNÇOMAÇ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku, C: II, Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 1977, s. 231 (Özel Borç İlişkileri); FEYZİOĞLU: **Özel Borç İlişkileri**, s. 299; YAVUZ: s. 161; ZEVLİLİLER, Aydın: **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2004, s. 142.

⁸⁰ ÖZSUNAY, Ergun: “1980 Tarihli ‘Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması’ (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”, **İBD**, Sayı: 2004/3, Cilt: 78, s. 936.

ii. Karz Sözleşmesinde

Karz sözleşmesi, karşılıklı yapılabileceği gibi, karşılıksız da yapılabilir. Karşılıksız sözleşmelerde, alacaklının edimi kabul borcundan söz edilemeyeceğinden, aynı şeyin karşılıksız karz sözleşmeleri için de söylenebileceği kuşkusuzdur. Bu bakımdan, karşılık içeren, yani faizli karz sözleşmelerinde, ödünç alanın edimi kabul yükümlülüğü söz konusudur. Buna karşılık, faizsiz karz sözleşmelerinde, ödünç verenin sözleşmede menfaati olmadığı için, ödünç alan tarafı, edim konusunu kabule zorlayamaz⁸¹.

Faizli karz sözleşmeleri, hem alacaklı hem de borçlu lehine bir sözleşme olduğu içindir ki, faizli karz sözleşmesi gereğince, ödünç alacaklısı, edimi kabul etmekle yükümlüdür. Ödünç alacaklısının bu borcunun dayanağı, bu konuda zamanaşımını düzenleyen BK m. 309. maddesinden kolaylıkla çıkarılabilir⁸².

TANDOĞAN'ın da isabetle belirttiği üzere, bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda, alacaklının temerrüdü değil, borçlunun temerrüdü hükümlerine göre tazminat talep edilebilir. Ödünç alanın şeyi kabul borcunda temerrüde düşmesi, ödünç verene, borçlunun temerrüdü hükümlerine göre, temerrüt faizi talep etme, tazminat isteme ve şartları varsa, sözleşmeden dönme hakkı verir⁸³.

⁸¹ TUNÇOMAĞ: Özel Borç İlişkileri, s. 800; FEYZİOĞLU: Özel Borç İlişkileri, s. 750; ZEVKLİLER: s. 292; TANDOĞAN, Hâluk: **Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri, C: I/2, Kira ve Ödünç (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri**, Ankara, 1985, s. 353(C: I/2).

⁸² FEYZİOĞLU: Özel Borç İlişkileri, s. 750; ZEVKLİLER: s. 292.

⁸³ TANDOĞAN: C: I/2, s. 353.

iii. Eser Sözleşmesinde

İş sahibi, yüklenicinin usulüne uygun olarak yaptığı ifa teklifini veya eseri teslim talebini kabul etmek zorundadır. İş sahibi, tamamlanmış bir eseri teslim amacıyla yapılan teklifi veya ifayı kabul etmezse, temerrüde düşer⁸⁴.

Eser sözleşmeleri de, her iki tarafın menfaatine olduğu için, iş sahibi yönünden, tamamlanmış eseri kabul etmek hem bir hak, hem de bir borçtur. Eğer eser henüz yapılmadan, iş sahibi eseri kabul etmeyeceğini bildirirse, borcun konusu yapma borcu olduğu için, yüklenici sözleşmeden dönebilecektir.

Eser sözleşmesinde, iş sahibinin edimi kabul zorunluluğu, BK 371/II. maddesinden çıkarılabilir. Bu maddenin ilk fıkrasında, yüklenicinin işi bizzat yapmasının söz konusu olduğu durumlarda, ölüm veya aciz sebebiyle işin tamamlanamaması durumunda, sözleşmenin sona ereceği düzenlenmektedir. İkinci fıkrasında, ortaya çıkan eserin tamamlanan bölümünün yeterli kullanmaya elverişli olması durumunda, iş sahibinin onu kabul etmek ve bedelini ödemek zorunda olduğu, açıkça düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, iş sahibinin eseri kabul zorunluluğu, BK m. 360/I hükmünün zıt anlamından da çıkarılabilir⁸⁵. Gerçekten de, anılan düzenlemede, yapılan işin iş sahibi tarafından kullanamayacak durumda olması ve dürüstlük kuralına göre kabule zorlanmayacak derecede kusurlu olması veya sözleşmede belirtilen koşullara uyulmadan yapılmış olması durumunda, iş sahibinin kabulden kaçınabileceği hükme bağlanmıştır.

⁸⁴ ZEVKLİLER: s. 343-344; DAYINLARLI: s. 102.

⁸⁵ DAYINLARLI: s. 104.

Tamamlanmış eserin teslimi, hem ücretin ödenmesinde, hem de hasarın geçişinde önem arz eder. Eserin kabul zorunluluğunun söz konusu olması için, genel olarak geçerli bir ifa teklifinde bulunması gereken şartların oluşması gerekir. Eseri kabulde temerrüde düşen iş sahibine, alacaklının temerrüdü hakkında hükümlerin uygulanması gerektiğine yönelik, çok açık bir düzenleme olmamakla birlikte, BK m. 368/I hükmünün buna işaret ettiği kabul olunmaktadır⁸⁶.

b. Edimi Kabul Yükümlülüğünden Söz Eden Hükümlerin Anlamı

Anılan hükümler incelendiğinde, açıkça görüleceği üzere, edimi kabul yükümlülüğünden söz eden bu hükümlere konu olan sözleşmelerin ortak özelliği, bunların karşılıklı sözleşmeler (tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler) olmalarıdır. Yine açıkça görüldüğü üzere, kanunda kabule ilişkin bu yükümlülüklerden söz edilirken, ilgili tarafın alacaklı sıfatına vurgu yapılmamaktadır. Örneğin satım sözleşmesi bakımından alıcı denmektedir. Fakat borç ilişkisinin bir tarafı olarak alacaklının böyle bir yükümlülüğü söz konusu edilmemektedir.

Alacaklının, “istisnaî olarak, edimi kabule yükümlü olduğu” şeklindeki bu yanlış yargının temeli, kanaatimizce, bu ayrımın yapılamamış olmasına dayanır. Kanunda sözü edilen ve istisna gibi algılanan sözleşmeler (satım, ödünç, eser sözleşmeleri), tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Kanun, burada alacaklı durumunda olan tarafın, edimi kabul yükümlülüğünden söz ederken, bu yükümlülüğü alacaklı sıfatına göre yapmamıştır. Aksine bu gibi sözleşmelerde diğer taraf aynı zamanda borçlu olduğundan, onların bu özelliğinden yola çıkarak bu yükümlülüğü getirmiştir. Daha açık bir ifadeyle, alacaklı durumunda olan taraf, aynı zamanda borçlu da olduğundan edimi kabul etmekle yükümlü tutulmuştur. Yoksa iddia

⁸⁶ DAYINLARLI: s. 102-103.

edildiği gibi, alacaklı sıfatıyla edimi kabule yükümlü tutulmamıştır. Örneğin, satım sözleşmesinde alıcı edimi kabule yükümlü tutulurken, alacaklı olduğu için yükümlü tutulmamıştır; aksine borçlu olduğu için bu yükümlülük ona yüklenmiştir. Zira satım sözleşmesi bakımından alıcı, semeni ödemek noktasında borçludur. Semeni ödeme borçlusu olduğu için, satılanı da kabzetmekle (teslim almakla) yükümlüdür.

Nitekim bu temel gerçek Alman Hukuku için de söylenebilir. REHBEIN'ın da ifade ettiği üzere, tek taraflı sözleşmelerde, bir tarafta hak diğer tarafta yükümlülük söz konusudur. Karşılıklı sözleşmelerde ise, borçlunun alacaklı karşısındaki durumu, temerrüde düşmüş borçlunun durumundan daha farklıdır. Bu gibi sözleşmelerde, alacaklının edimi kabul etme yükümlülüğü söz konusudur. Çünkü alacaklı aynı zamanda borçludur. Örneğin satım ve eser sözleşmelerinde durum budur. BGB 433 ve 640. paragraflarda alıcıya ve ısmarlayan kişiye, sadece satın alınan eşyanın bedelini verme hakkını düzenlemeyip, bunun yanında eşyayı ve bitirilmiş eseri de kabul yükümlülüğü getirilmiştir⁸⁷.

Burada şu soru sorulabilir: Kanun bu gerekçeyle hareket etmişse, yani buradaki düzenlemeler bir istisna değil de, aynı zamanda bu taraflar borçlu oldukları için bu yükümlülük kendilerine yüklenmişse, niçin diğer karşılıklı sözleşmelerde böyle bir yükümlülükten açıkça söz edilmemiştir?

Bu soruya, birkaç gerekçeyle, cevap verilebilir. Kanunda karşılıklı sözleşmenin diğer tarafı için, açıkça edimi kabul yükümlülüğünden söz edilmeyen durumlarda, alacaklının (aslında borçlunun) edimi kabul yükümlülüğünden söz etmeye, esasen gerek görülmemiştir. Bu sözleşmeler bakımından kanunda, kabul

⁸⁷ REHBEIN, Hugo: **Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis**, Berlin, 1903, s. 135.

yükümlülüğüne uyulmamasının sonuçları, kendi içinde gösterilmiştir. Örneğin hizmet sözleşmesinde, hizmetin kabul edilmesinden ve buna ilişkin bir dava hakkından söz edilmemiştir. Fakat hizmetin kabul edilmemesi, dürüstlük kurallarına göre, hizmet yükümlüsünün hakkına öyle bir zarar verir ki, işçiye (hizmet yükümlüsüne) sözleşmeyi feshedebilme hakkı tanınmıştır. Nitelik olarak burada borçlu durumundaki işçi, edimini elde bulundurduğundan, herhangi bir zarara uğramaz. Böyle bir yükümlülük, borç ilişkisinden kaynaklı olarak, diğer karşılıklı sözleşmelerde de, örneğin rehin sözleşmesinde, rehin borçlusu için, kira sözleşmesine kiralayan için, bu tür yükümlülükler vardır⁸⁸. Yine buna paralel olarak, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, bir kira sözleşmesinde, kiracı da hem alacaklı hem de borçludur. Kanunda, kiracının kiralananı teslim alma yükümlülüğünden söz edilmemektedir. Fakat kiracı, kiralananı teslim alıp kullanmadığı durumda, kiralayanın herhangi bir zararı söz konusu olmayacaktır; zira o yine de kira bedeline hak kazanacaktır. Aynı şekilde müvekkil, vekilin görevini yapabilmesi için gerekli belgeleri vs. vermesi gereken durumlarda, genel bir ifadeyle, işbirliği yapmasının gerektiği, fakat bundan kaçındığı durumlarda, vekâlet görevini ifa edemeyen vekile yine de ücreti ödemek zorundadır.

İkinci önemli vurgu noktası şudur: Karşılıklı sözleşmelerde, taraflar hem alacaklı hem de borçludur. Bu yönüyle bakıldığında, alacaklı durumunda olan kişinin, edimi kabul yükümlülüğünü sadece üç sözleşme türüne hapsedmek, kendi içinde çelişkiyi kabul etmek olur. Örneğin satım sözleşmesinde alacaklı durumunda kabul ettiğimiz alıcı, aynı zamanda satım bedelini ödemek konusunda borçludur. Peki aynı şey kira sözleşmesinde kiralayan, hizmet sözleşmesinde işveren, ivazlı

⁸⁸ REHBEIN: s. 135-136..

(karşılıklı) vekalet sözleşmesinde müvekkil, karşılıklı vedia sözleşmesinde saklayan için söylenemez mi? Yani bu kişiler de, sözleşmenin aynı zamanda hem alacaklısı hem de borçlusu değildir midir?

Hiç kuşku yok ki, bu sözleşmeler bakımından taraflar hem alacaklı hem de borçludurlar. Borçlunun edimi ifa etmekle yükümlü olduğu, tartışmasız kabul edilmektedir. Borçlu için edimi yerine getirmek bir yükümlülük ise, alacaklı durumunda olan kişi, aynı zamanda borçlu da olduğundan, sözleşmenin ifası aynı zamanda onun da bir borcudur. Dolayısıyla burada, tarafların karşılıklı alacaklı ve borçlu oldukları gerçeği, hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir.

Başka bir yönüyle ise, yine karşılıklı sözleşmelerde, taraflar hem alacaklı hem de borçlu olduklarından, bu sözleşmeler bakımından, kanun yeterli müeyyideyi, farklı bir şekilde koymuştur. Bu yönüyle, diğer tarafın edimi kabul etmemesi durumunda, örneğin kira sözleşmesinde veya vekâlet sözleşmesinde, taraflar, hem alacaklının temerrüdü hem de borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilirler ve bu keyfiyet, kendi seçimlerine bırakılmıştır. Borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin, alacaklı için daha elverişli hükümler içermesinden dolayı, genellikle, alacaklının edimi kabulde temerrüde düşmesi durumunda, diğer taraf alacaklının temerrüdü hükümlerine göre değil, borçlunun temerrüdü hükümlerine göre karşı tarafın sorumluluğu yoluna gitmektedir.

Nitekim edimi kabul yükümlülüğü, karşılıklı sözleşmelerin tümü bakımından kabul edilmektedir⁸⁹; fakat bu alacaklının sahip olduğu alacaklı sıfatının getirdiği bir yükümlülük değil, alacaklının aynı zamanda taşıdığı borçlu sıfatının getirdiği bir yükümlülüktür.

⁸⁹ ECK, Ernst: **Vortraege über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs**, Berlin, 1903, s. 283.

Bir başka açıdan şu da sorulabilir: Kanunda açıkça belirlenen durumlarda, örneğin satım sözleşmesinde, satım konusu malı teslim almak (kanundaki ifadesiyle kabzetmek) açıkça hükme bağlanmamış olsa, biz alıcının böyle bir yükümlülüğü olduğunu kabul etmeyecek miydik? Başka bir ifadeyle, sadece kanunda düzenlendiği için mi alıcının satılanı kabzetme borcu vardır? Şüphesiz ki, hayır; alıcı, aynı zamanda borçludur ve bu sebeple edimi kabul yükümlülüğü altındadır, bu onun sözleşmeden kaynaklanan bir borcudur. Alıcı, sadece alacaklı demek değildir; o sözleşmenin sadece bir tarafıdır ve hem alacaklı hem de borçludur; borçlu olduğu için de, edimi kabule yükümlüdür.

Özetle belirtecek olursak, kanunda belirtilen sözleşme türlerinde, edimi kabul yükümlülüğü, sözleşmenin diğer tarafının aynı zamanda borçlu olması esasına dayanır. Edimi kabulle yükümlü tutulan alıcı, alacaklı olduğu için edimi kabule yükümlü değildir; aksine borçlu olduğu için edimi kabule yükümlüdür. Sayılan bu üç sözleşme dışındaki diğer karşılıklı sözleşmelerde, edimi kabul yükümlülüğünden söz edilmemesinin gerekçesi ise, bundan söz etmenin gereksiz olmasından kaynaklanmaktadır. Bu gibi diğer karşılıklı sözleşmelerde kanun, diğer taraf için kabul yükümlülüğünden söz etmemiş; zira sözleşmenin diğer tarafına, örneğin fesih veya doğrudan ücrete hak kazanmak hakkı tanımak suretiyle, yeterli müeyyideyi kendisi koymuştur.

2. Alacaklının Edimi Kabul Hakkının İstisnasız Oluşu

Her şeyden önce, alacaklının edimi kabul hakkının bir istisnası olacağı görüşü, borç kavramına bakışımızı ve dolayısıyla bunun tanımını da kökten değiştirmeyi gerektiren bir sonucu beraberinde getirecektir. O takdirde borç, şu şekilde tanımlanmalıydı: Borç, **kural olarak**, alacaklının borçlusundan talep etmeye

hakkı olduğu ve borçlunun da ifa ile yükümlü olduğu bir hukukî ilişkidir. Oysa borç, tanımı ve içeriğı gereğı, alacaklısına sadece bir talep hakkı verir. Alacaklının da yükümlü olduğu bir borç ilişkisi, iki tarafı da birbirine karşı yükümlü duruma getirir. Daha açık bir ifadeyle, bu şekilde tanımlanacak bir borç kavramı, borcun niteliğini de değiştirmeyi de gerektirecektir ki, bu kabul edilemez. İşte bu noktada, alacaklının edimi kabulünün sadece bir hak olduğu ve borç doğuramayacağı görüşünün benimsenmesi, dar anlamda borç kavramındaki, alacaklının sadece edimi talebe hakkı olduğu, borcu veya yükümlülüğünün olamayacağı, ilkesinden de bir taviz verilmediğı görülecektir.

İkinci olarak, alacaklının edimi kabule ilişkin bir yükümlülüğü olduğunu, en azından bunlara istisna tanınabileceğı ileri sürülürse, o takdirde, borç ilişkisindeki alacaklının, aynı zamanda borçlu da olduğunun kabulünü gerektirir. Yani edimi kabule yükümlü olan alacaklıya karşı borçlu, borç ilişkisinde kendisinden talep edilebileceklerin aynısını, edimi kabul etmeyen alacaklısına karşı da ileri sürebilir. Bu özellikle üç noktada kendini gösterir: “edimin kabulünü dava edebilme”, “uğradığı zararın tazminini talep edebilme” ve “edimi kabule borçlu olan alacaklıya karşı, borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilme”. Bu talepler, bir yükümlülüğün karşısında yer alan haklardır. Daha açık bir ifadeyle, bir şeyi yapmaya veya bir şeyden kaçınmaya yükümlü olan kişilere karşı başvurulabilecek, genel nitelikteki talep haklarıdır. Alacaklının edimi kabul yükümlülüğü kabul edildiğinde, bu üç imkândan borçlunun faydalandırılması gerekecektir. Oysa bu durum, her şeyden önce, borç ilişkisinde kimin alacaklı, kimin borçlu olduğunun dahi belirlenmesini imkânsız kılan bir kabul olacaktır.

Oysa bu kabul, sadece karşılıklı sözleşmelerde her iki tarafın da aynı anda alacaklı ve borçlu olduğu durumlarda kabul edilebilecek bir sonuçtur. Burada dahi edimi kabul yükümlülüğü, sadece borçlunun yükümlülüğüdür; zira alacaklı gözüken taraf aynı zamanda borçludur. Örneğin BGB'ye göre, bütün karşılıklı sözleşmelerde, alacaklının edimi kabul yükümlülüğü ve dolayısıyla borçlunun oluşan zararlarını tazmin yükümlülüğü söz konusudur⁹⁰. Fakat buradaki alacaklı ve borçlu nitelendirmesinin pratik anlamı yoktur; zira her iki taraf da aynı zamanda hem alacaklı hem de borçludur. Alacaklının edimi kabul yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda, yani bütün karşılıklı sözleşmelerde, alacaklının yükümlülüğü sadece masrafların tazminine değil, borçlunun uğradığı tüm zararların tazminine yönelir.

Borçlunun temerrüdünde, alacaklının zarara uğradığı varsayılarak, ona birtakım haklar tanınmış, borçlunun alacaklının zararını tazmin etmesine yönelik hükümler getirilmiştir. Oysa alacaklının temerrüdünde, borçlunun genel olarak uğrayacağı bir zarar varsayımı kabul edilmemiştir. Edimin alacaklı tarafından kabulü sadece bir hak olarak değerlendirilmiştir. Borçlu sadece malı elinde bulundurmakla herhangi bir zarara uğramaz düşüncesiyle, alacaklının temerrüdünde ona, masraflar dışında, herhangi bir tazmin imkânı tanınmamıştır⁹¹.

Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, alacaklı, borçlunun oluşan bütün zararlarını tazmin etmek zorunda değildir. Bunun kabul edilebilmesi için, alacaklının temerrüdünde alacaklının kusurlu olması şartının aranması gerekir. Örneğin borçlunun bir atın teslimine borçlu olduğu, fakat alacaklının kabul temerrüdüne

⁹⁰ MATTHIAS: s. 201.

⁹¹ REHBEIN: s. 135; CROME, Carl: *System des deutschen bürgerlichen Rechts Band II, Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1902, s. 154.

düştüğü durumda, temerrütten sonra, atın borçluyu tekmelediği ve onu yaraladığı bir olayda, borçlu yaralanma sebebiyle uğradığı zararları talep edemeyecek, sadece ata yaptığı masrafları alacaklıdan isteyebilecektir⁹². Fakat atın teslimi bir satım sözleşmesinden kaynaklanmakta ise, alıcı aynı zamanda borçlu da olduğundan, böyle bir somut olayda uğradığı diğer zararların da tazminini talep edebilecektir; zira teslim alma, borçlu sıfatından kaynaklanan bir borçtur ve alıcı bu borca aykırı davranmıştır.

Alacaklının edimi kabul hakkı, hiçbir istisnaya yer verilmeyecek niteliktedir. Yukarıda da gösterildiği üzere, bu sonuç, hem borç kavramının kendisinden doğan, hem de kanunda buna hiçbir şekilde yer verilmemiş olmasından doğan bir sonuçtur. Yükümlülük, borç kavramının özü gereği, sadece borçluya ilişkin olabilir; alacaklı tarafta herhangi bir yükümlülüğün söz edilemez.

Alacaklı, sadece talep etmeye hakkı olan kişidir. Alacaklı, alacak hakkının niteliğinden kaynaklanan bir talep yetkisine sahiptir; dolayısıyla o, her hakta söz konusu olduğu gibi, bu hakkını da talep edip etmemekte özgürdür. Alacaklı kendisine sunulan edimi, ister kabul eder, isterse kabul etmez. Fakat burada özellikle altı çizilmesi gereken husus, alacaklının burada teknik anlamda bir edimi kabul yükümlülüğünün ve borcunun söz konusu olmayacağıdır⁹³.

Alacaklının teknik anlamda bir kabul yükümlülüğünü kabul etmek, onun aynı zamanda, borçlu tarafından kendisine sunulan edimi kabul etme borcu altında olduğunun kabulü anlamına gelir. Bunun getireceği sonuçlar ise, borçlunun edimin kabulünü dava edebilmesi, kabul yükümlülüğünü yerine getirmeyen alacaklıya karşı

⁹² ECK: s. 290.

⁹³ EREN: s. 969.

tazminat talep edebilmesi gibi, genel olarak alacaklıya tanınmış olan hakların, borçluya da tanınması olacaktır.

Bu noktalarda tamamen MOMMSEN'in başlattığı ve KOHLER'in geliştirdiği çizgiye bağlı kalmak gerekir. BGB tasarısını hazırlayanlar da bu doktrini kabul etmişler ve bu diğer ülkelere hızla yayılmıştır. Alacaklı, borçlunun ifasını kabul etmekle yükümlü kabul edilmemiştir. Buna gerekçe olarak, alacaklının ifaya yükümlü kılınması durumunda, borçlunun onu kabule zorlayabilmesi gösterilmiştir. Fakat hiçbir Avrupa hukuk sistemi böyle bir ifa yükümlülüğüne izin vermemiştir. Sonuç olarak, borçlunun, alacaklıyı ifaya zorlamak suretiyle, kendi yükümlülüğünü yerine getirme hakkı olmadığı görüşü yaygınlaşmıştır⁹⁴. Nitekim Türk-İsviçre Hukukunda da, bu görüş benimsenmiştir. Doktrinde de, ifayı kabul etmenin alacaklı için bir hak olduğu ve onun bu hakkı kullanıp kullanmamakta tamamen özgür olduğu; bir başka ifadeyle, onun edimi kabul yükümlülüğünün olmadığı ve buna zorlanamayacağını kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak da, alacaklı her zaman bu hakkından feragat edebilir ve edimi kabulden kaçınabilir⁹⁵.

Esasen, alacaklının borç ilişkisinde bir hakkı olduğu, borçlunun da yükümlü olduğu, alacaklının edimi kabulünün, bir yükümlülük getirmeyip, sadece bir hakkın kullanımı olduğu görüşleri, ispata dahi ihtiyaç göstermeyen basit sorunlardır. Ayrıca, her kusur, bir yükümlülük veya hak ihlali şart koşar. Genel olarak alacaklının

⁹⁴ VAQUER: s. 85-86.

⁹⁵ GESCHNITZER, Franz: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Wien-New York, 1965, s. 58; ARSEBÜK, Esat: **Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları**, Ankara, 1937, s. 386-387; SAYMEN/ELBİR: s. 693; SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 234; SAYMEN: s. 470; GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: **Borçlar Hukuku**, Ankara, 1946, s. 268; ŞENYÜZ, Doğan: **Borçlar Hukuku**, Bursa, 2003, s. 107.

kabule ilişkin bir yükümlülüğü yoktur ve aynı şekilde, borçlunun da bunu talep etmeye ilişkin bir hakkı yoktur⁹⁶.

B. Edimi Kabulde Bir Yükümlülüğü Olmayan Alacaklının Kusurlu Olamayacağı Gerekçesi

Roma Hukukunda temerrüdün bu her iki türü için, temerrüde düşen tarafın kusuru şartı⁹⁷. Yukarıda da işaret edildiği üzere, bu görüş Müşterek Hukukta da sürdürülmüştü. Alacaklının temerrüdünde kusur şartından vazgeçilmesi, alacaklının edimi kabul yükümlülüğü olmadığı görüşünün bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

KOHLER, alacaklının temerrüdü konusunda, kusurun bir unsur olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Buna gerekçe olarak da iki temel hususun altını çizmiştir. Bunlar:

1. Her kusur, bir yükümlülük veya hak ihlalini gerektirir.

2. Borçlu olunan edimin kabul edilmesi, borçlunun bir hakkı ya da alacaklının bir yükümlülüğü değildir. Buna göre, kabul etmeme durumunda, alacaklı, kendi yükümlülüğünü veya borçlunun bir hakkını ihlal etmemiştir. Aynı şekilde, yükümlülük ihlalinin tanımlaması, kasıt (*dolus*) veya ihmale (*culpa*) göre olmaz. Alacaklı herhangi bir sebeple, örneğin kaptisi veya hatası sebebiyle, edimi kabul etmiyorsa, bunun anlamı, kendi hakkını kullanmamaktır. Bu onun sorunu olarak kalır ve imkânlar ölçüsünde onun zararına yol açar; fakat burada bir kusurdan

⁹⁶DERNBURG, Heinrich: **Pandekten II: Obligationenrecht**, Berlin, 1900, s. 119 ve dipnot 2; KASER: Max: **Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch**, München und Berlin, 1960, s. 143; SIBER, Heinrich: **Römisches Recht II, Römisches Privatrecht**, Berlin, 1928, s. 258; SCHEY: s. 93, 101; bu konudaki geniş açıklama için ayrıca bkz. TUHR/SIEGWART: s. 10 vd.

⁹⁷ TAMER: s. 443; ÖNEN: Borçlunun Temerrüdü, s. 12.

bahsedilemez⁹⁸. Müşterek hukukta, alacaklının edimi kabule yükümlü olduğu görüşü hâkimdi. KOHLER, alacaklının edimi kabule yükümlü olduğu ve borçlunun bu konuda bir hakkı olduğu görüşünü, Borçlar Hukuku teorisinde, tutucu bir hata olarak nitelendirmiştir⁹⁹.

BGB tasarısını hazırlayanlar da bu doktrini kabul etmişler ve bu diğer ülkelere hızla yayılmıştır. Alacaklı, borçlunun ifasını kabul etmekle yükümlü kabul edilmemiştir. Buna gerekçe olarak, alacaklının ifaya yükümlü kılınması durumunda, borçlunun onu kabule zorlayabilmesi gösterilmiştir. Fakat hiçbir Avrupa hukuk sistemi böyle bir ifa yükümlülüğüne izin vermemiştir. Sonuç olarak, borçlunun, alacaklıyı ifaya zorlamak suretiyle, kendi yükümlülüğünü yerine getirme hakkı olmadığı görüşü yaygınlaşmıştır¹⁰⁰.

Alacaklının temerrüdünde kusur şartından vazgeçilmesi, bu kurumun bu şekliyle kabul edilmesinin doğal ve mantıkî bir sonucu olarak kabul edilmesinden kaynaklanmıştır. Buna göre, edimi kabul yükümlülüğü olmadığı kabul edilen alacaklının, aynı zamanda temerrüde düşebilmesi için, kusur şartını aramamak, hakkaniyetin bir gereği olarak kabul edilmiştir. Zira kusur, yükümlülüğün söz konusu olduğu durumlara ilişkindir. Yükümlülüğünü ihlal etmeyen bir kişinin kusurundan da söz edilememesi, mantığın ve hukukun temel ilkelerinin bir sonucu olarak kabul edilmiştir. İşte BGB de, KOHLER'in bu görüşlerine paralel olarak, bu gerekçeyle, borçlunun temerrüdü yönünden kusuru şart koşmuş, fakat alacaklının temerrüdü bakımından kusur şartına yer vermemiştir. Edimi kabul yükümlülüğü

⁹⁸ KOHLER: s. 268.

⁹⁹ KOHLER: s. 267.

¹⁰⁰ VAQUER: s. 86-87

bulunmayan alacaklının, temerrüde düşebilmesi için kusur şartından vazgeçilmiştir¹⁰¹.

Nitekim BGB'nin "Kusursuz temerrüt olmaması" kenar başlığını taşıyan 285. paragrafında, edimin borçluya yüklenemeyen bir durum sebebiyle yerine getirilmemesi halinde, borçlunun temerrüde düşmeyeceği ifade edilmiştir¹⁰². REHBEIN'in da belirttiği üzere, alacaklının temerrüdü konusunda BGB'ye alınan hükümler, kusur şartının aranmaması dışında, yeni bir hak veya değişiklik getirmemiş, sadece Müşterek Hukuktaki uygulamaların yasaya geçirilmesinden ibaret kalmıştır¹⁰³.

Türk-İsviçre Hukukunda ise, bu yanlışlık derinleştirilerek yasalaştırılmış ve hem alacaklının hem de borçlunun temerrüdü, kusurdan arındırılmıştır. Her iki temerrüt türü için de kusur şartı kabul edilmemiş; sadece borçlunun temerrüdünde kusur, tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde göz önüne alınmıştır.

C. Kaynaklardaki Düzenlemelere İlişkin Gerekçeler

KOHLER, alacaklının temerrüde düşmesinde kusurun bir rolü olmadığı düşüncesini sadece edimi kabul hakkı ilkesine dayandırmamış, bununla birlikte kaynaklardaki düzenlemeleri de kendisine referans yapmıştır¹⁰⁴. Bunları şöyle sıralamak mümkündür:

¹⁰¹ CROME: s. 147; benzer yönde bkz. MATTHIAS: s. 198; KUHLENBECK, Ludwig: **Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Berlin, 1899, s. 108-109; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 420.

¹⁰² BARLAS: s. 17, dipnot 35.

¹⁰³ REHBEIN: s. 136.

¹⁰⁴ KOHLER: s. 409 vd.

1. D. 13.5.18pr.

Ulpianus 27 ad ed.

Item illa verba praetoris " neque per actorem stetisse" eandem recipiunt dubitationem. et pomponius dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non steterit, ante stetit vel postea. et puto et haec ad diem constituti referenda. proinde si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere pomponius scribit.

Praetor "davacı sorumlu değil" dediğinde, bu sözcükler, benzer şüpheleri beraberinde getirir. Örneğin Pomponius, kendisini sorumlu hale getirecek herhangi bir şey olduğunda, bu sözcüklerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda emin değildir, Constitutum'da belirlenen tarihe kadar değil ama öncesi veya sonrası içinde. Ve sanırım bu sözcükler de constitutum'da belirlenen zamana atıf yapmalıdır. Bu bağlamda Pomponius şöyle der: Davacı sağlık, cebir ya da hava nedenlerinden kaynaklanan sebeplerle hazır bulunmamanın sonuçlarına da katlanmalıdır.

Bu dayanak, KOHLER'i haklı çıkarmaya yetmemektedir. Bu düzenlemede yer alan husus, *Constitutum*'a¹⁰⁵ ilişkindir. *Constitutum* ise, Klasik dönemde bir kesin vadeli işlem (*Fixgeschäft*) niteliğindedir. Kesin vadeli işlemler ise, ileride tartışılacağı üzere, alacaklının temerrüdünden ziyade, imkânsızlık ile ilgili bir konudur. Yani kesin vadeli işlemlerin söz konusu olduğu ve bunun zamanında yerine getirilmediği durumlarda, alacaklının temerrüdü değil, imkânsızlık hükümleri devreye girer. Hatta burada *Ulpianus*, alacaklının temerrüdü (*mora creditoris*) ile

¹⁰⁵ *Constitutum*, bu anlamda kesin vade içeren ve *Praetor* huzurunda yapılan şekilsiz bir anlaşmaydı; bir kimsenin, başkasına ait bir borcu, belirli bir tarihe kadar ödeyeceğine ilişkin alacaklı ile *Praetor* huzurunda yaptığı şekilsiz bir anlaşmaydı; UMUR, Ziya: **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul, 1983, s. 47 (Lügat).

ilgilenmemiş, aksine sadece *actio constitutae pecuniae* için geçerli olan “sebepe kavramı” üzerinde durmuştur¹⁰⁶.

2. D. 45.1.105

lavalenus 2 epist.

...si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.

...ifadaki başarısızlık, borçlunun temerrüdünden kaynaklanmamışsa, diğeri ifa edilir.

SCHEY ve KOCH, haklı olarak, buradaki düzenlemenin *mora creditoris* hakkında bir şey içermeyi, aksine *mora debitoris* durumunda olmayan borçlunun, edim konusunun tesadüfî yok oluşu durumunda serbest olacağını düzenlediğini ifade etmişlerdir¹⁰⁷. Dolayısıyla burada da KOHLER’i haklı çıkaracak bir yön bulunamamaktadır.

3. Bu sayılan düzenlemeler dışında da KOHLER, kendi görüşlerine dayanak olarak, ileride incelenecek olan başka düzenlemeleri de göstermiştir. Bunlar D. 46.3.72 ve D. 19.1.3.4’tür. KOHLER, özel anlamı olan ve genel bir kural içermeyen bu tekil düzenlemeleri de kendi görüşüne dayanak yapmak istemiştir¹⁰⁸. Oysa bu düzenlemeler, tek başına, alacaklının temerrüdünün bütün koşullarını sıralamamaktadır. Dolayısıyla tekil olan bu düzenlemelerden, genel bir kural gibi bahsetmek ve bunların sistematik bir içeriğe sahip olduklarını iddia etmek, sadece bu düzenlemeler açısından değil, Digesta’nın tamamı için, yanlış bir yöntem olacağı açıktır.

¹⁰⁶ SCHEY: s. 76; KOCH: s. 37.

¹⁰⁷ SCHEY: s. 72; KOCH: s. 38.

¹⁰⁸ KOHLER: s. 412-416.

Alacaklının temerrüdünün Roma Hukukunda kusur şartına bağlı olduğu, birçok kez dile getirildi. Zaten bu konu çok da tartışmalı değildir. Sadece KOHLER, teorisini güçlendirmek için yukarıda sayılan düzenlemeleri kendisine delil olarak göstermek istemiştir. Fakat bu düzenlemelerin kendisini haklı çıkarmaktan uzak olduğu görülmektedir. Dolayısıyla burada, tek tek kaynaklardaki düzenlemeleri sıralayıp, Roma Hukukunda alacaklının temerrüdünün kusur şartına bağlandığını ispat etmeye çalışmak, gereksiz olacaktır. Burada sadece ileride değinemeyeceğimiz birkaç düzenlemeden söz etmek gerekir:

D. 17.1.37

Africanus 8 quaest.

Hominem certum pro te dari fideiussi et solvi: cum mandati agatur, aestimatio eius ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet, et ideo etiamsi mortuus fuerit, nihilo minus utilis ea actio est. aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur quo agitur, nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

Sizin adınıza şu sözlü garantiyi veriyorum: vekâlete ilişkin bir dava açıldığında, borç ifasında özel bir köle ona verilmelidir, vekâlet davasının açıldığı zamana göre değil de, teslim edildiği zamandaki değeri hesaba katılmalıdır ve buna göre, ölmüş olsa bile, buna rağmen geçerli bir dava vardır. Farklı bir uygulama stipulatio konusunda gözlemlenir: çünkü dikkate alınması gereken davanın açıldığı zamanla ilgilidir, (meğerki) vadesinde ödemeyi taahhüt eden kişinin başarısız olması ya da ifayı kabul etmekte başarısız olan alacaklının kusuru olmadıkça; çünkü ikisi de kendi hileli davranışından dolayı fayda elde etmemelidir.

Bu metinde, dikkat edileceği üzere, hem alacaklının hem de borçlunun temerrüdü, paralel tarzda düzenlenmiştir. Her iki temerrüt için de kusur şartından açıkça söz edilmektedir¹⁰⁹.

SCHEY, metinde geçen “frustratio” kelimesinin, “borçlunun *mora*’sında kusurlu temerrüt anlamına geldiğini ileri sürmektedir¹¹⁰. DERNBURG da onun bu görüşüne katılmaktadır¹¹¹.

D. 23.3.56pr.

Paulus 6 ad plaut.

Si is qui stichum mulieri debet in dotem delegatus sit et antequam solveret debitor, stichus decesserit, cum neque per debitorem stetisset quo minus solveret, neque maritus in agendo moram fecisset: periculo mulieris stichus morietur: quamquam etiamsi moram maritus fecerit in exigendo, si tamen etiam apud maritum moriturus stichus fuerit, actione dotis maritus non teneatur.

Bir kadına, köle Stichus’u borçlanan kişi, o kadın tarafından çeyizini oluşturmak üzere yetkilendirildi ve borçlu ödemedi önce Stichus öldü. Borçlu ifa etmemekten dolayı suçlanamayacağından, koca da dava açmakta gecikmediğinden, Stichus’un ölme riski, kocasının Stichus’u talep etmesinde gecikmemesine rağmen, kadına aittir. Eğer Stichus, kocasının elinde ölseydi, çeyiz davasında sorumlu olmazdı.

PAULUS, burada her iki kurumu aynı nitelikte ve yan yana düzenlemekte ve kabul etmektedir. Bu düzenlemede de kusur unsurunun arandığı görülmektedir.

¹⁰⁹ KOCH: s. 41.

¹¹⁰ SCHEY: s. 80.

¹¹¹ DERNBURG,: s. 121 ve ayrıca dipnot 10.

KOCH, SCHEY ve DERNBURG, bütün bu metinlerde, temel noktanın, her iki kurumun paralelliğine dayandığı ve bu iki kurumun birbirinden ayırtılamayacağı noktasındadır¹¹².

III. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNDE KUSUR ŞARTI ARANMASI ZORUNLULUĞU

A. Alacaklının Temerrüdünde Kusurun Dayanağı: Alacaklının Borçluya Zarar Vermeme Yükümlülüğü

Alacaklının edimi kabul yükümlülüğünün kabul edilmemesinin mutlak bir sonucu gibi, bu kurumda kusur şartından vazgeçilmesi doğru bir sonuç değildir. Yukarıda da tartışıldığı üzere, bir borç ilişkisinde alacaklının edimi kabule ilişkin bir hakka sahip olduğu ve bu konudaki ilkenin bir istisnasının da söz konusu olamayacağı görüşlerine katılmakla beraber, bu ilkenin kusurun biricik şartı olarak gösterilmesine sonuç olarak katılmamaktayız.

SCHEY'in de belirttiği gibi, alacaklının borç ilişkisinde bir hakkı olduğu, borçlunun da yükümlü olduğu, alacaklının edimi kabulünün, bir yükümlülük getirmeyip, sadece bir hakkın kullanımı olduğu fikirleri, ispata dahi ihtiyaç göstermeyen basit sorunlardır. Ayrıca, her kusur, bir yükümlülük veya hak ihlalini şart koşar. Genel olarak alacaklının kabule ilişkin bir yükümlülüğü yoktur ve aynı şekilde, borçlunun da bunu talep etmeye ilişkin bir hakkı yoktur¹¹³.

Fakat “edimin alacaklı tarafından kabul edilmemesi bir kusur teşkil etmez”, düşüncesi yanlıştır. Zira hukukî bir emre, talimata veya yasağa uyulmamasından kaynaklanan davranışlar da kusur kavramı içine girer. Romalılar bunu “*iniura*”

¹¹² SCHEY: s. 80; KOCH: s. 41-42; DERNBURG: s. 121.

¹¹³ SCHEY: s. 93, 101.

olarak adlandırırken, modern hukuklarda bu davranış, bir düzenlemeye aykırılıktır. Kusurda var olan yükümlülük ihlali, burada, bir talep hakkına aykırı davranışın veya somut bir sübjektif hakkın ihlali olarak değil, aksine bir norm ihlali olarak karşımıza çıkar. Başka bir ifadeyle, kabul temerrüdü, kabul yükümlülüğü veya borçluyu kurtarma yükümlülüğünün ihlali değildir. Kabulde temerrüde düşen alacaklının, hukukî bir yükümlülüğünü ihlal edip etmediği tartışma konusu yapılmamalıdır. Burada söz konusu olan, sadece bir norm ihlalidir; fakat bu norm ihlali ile alacaklının bir yükümlülüğü ihlal edip etmediği bilinmemektedir¹¹⁴. Öyleyse burada ihlal edilen norm nedir?

Bu norm, Roma Hukukuna ve modern hukuklara yabancı olan bir norm değildir. Hukukî bir yükümlülüğün ihlali olarak, bir başkasına zarar veren ve aynı kişiye talep hakkı tanımayan sayısız durumlar vardır. Başka bir anlatımla, ihlal edilmeleri kusur teşkil eden, fakat zarar görene sübjektif anlamda bir hak tanımayan durumlar vardır. Örneğin bir eşyanın maliki ile diğer insanlar arasındaki ilişki böyledir. Bu genel hukukî yükümlülük, çok eskiden beri Roma Hukukunda tanınan ve varlığı ispatlanmış bir genel kuraldan doğar: “*neminem laede!*, kimseye zarar verme” (D. 1.1.10.1)¹¹⁵.

KOCH’un da ifade ettiği gibi, alacaklının borçluyu serbest kılması gibi bir yükümlülüğü tartışılmasa da, onun borçluyu sürekli bir biçimde bekletme hakkı da söz konusu olamaz. Alacaklı “*qui suo iure utitur, neminem laedit*” (yani kendi hakkını kullanan kişi başkasına zarar vermez) ilkesine dayanamaz. Alacaklının bu şekildeki davranışı, her şeyden önce, dürüstlük kuralına (*bonae fides*) aykırılık teşkil

¹¹⁴ SCHEY: s. 97-101.

¹¹⁵ SCHEY: s. 102.

eder. Alacaklı haklarını kullanmamak suretiyle, kendi haklarının dairesi dışına çıkar ve başkasına ait malvarlığına müdahale etmiş olur. Bu durumda alacaklıya karşı eski kural geçerli olur: *neminem laede!*, yani kimseye zarar verme!¹¹⁶. Gerçekten, KOCH'un da belirttiği gibi, alacaklının edimi kabulü bir hak ise de, bu hak kendisine sınırsız bir şekilde tanınmış değildir. Onun hakkının sınırı, borçlunun hakkının başladığı yere kadardır.

Konuyu biraz daha açacak olursak, şu rahatlıkla söylenebilir: Herkesin hukukî ilişkide bulundukları kişilere karşı, karşı tarafın sahip olduğu hakların tersine, uymak zorunda oldukları belli bir takım davranış normları vardır. Uyulması gereken bu normların yanında, ayrıca karşı tarafa gerek kötü niyetle gerekse ihmalle zarar vermeme yükümlülüğü söz konusudur. Bütün somut ve hukukî ilişkiler hakkında genişleyebilecek nitelikte, “*alterum non laedere!*, yani kendin dışındakilere zarar verme” emri söz konusudur. Hukuk alanında, bu sayılan emirlerin eşlik etmediği bir alan düşünülemez. Buna genel vatandaşlık yükümlülüğü de denebilir¹¹⁷.

Burada, *qui suo iure utitur, neminem laedit*, yani kendi hakkını kullanan kişi başkasına zarar vermez” kuralı da ihmal edilemez. Kişi kendine ait olan hakkını kullanırken, yabancı hakları, kendi haklarının da önüne getirecek şekilde bir emirle kayıtlanamaz. Kısaca bu alanda geçerli olan emirlerin bağdaştırılması gerekir.

Bu emirleri alacaklının temerrüdü konusunda şu şekilde değerlendirmek gerekir: Borçlunun edimini kabul etmeyen alacaklı, bununla borçlunun herhangi bir hakkını veya ona karşı somut bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaz; zira bu ikisi de tanınmış değildir. Fakat alacaklı, kimseye zarar vermeme genel hukukî yükümlülüğü

¹¹⁶ KOCH: s. 36-37.

¹¹⁷ SCHEY: s. 102-103.

kapsamında hareket etmelidir. Bu yükümlölük, herkese karşı olduğu gibi, borçlusuna karşı da söz konusu olur. Başka bir anlatımla, alacaklı, edimi kabul etmemekle, hakkının sınırlarını aşmışsa, o artık borçluya zarar vermeme hukukî emri kapsamına girer; temerrüt nedeniyle sorumlu hale gelir. Bütün borç ilişkileri bakımından, borçlunun bağından veya zincirinden kurtulmakta bir menfaati vardır ve bu sebeple, alacaklı, bütün borç ilişkileri bakımından bu emrin kapsamına girer. Alacaklı, hakkından feragat etmediğı sürece, edimi kabul etmemekle, borçlunun malvarlığı alanına müdahale eder. Borçlunun, borcunu ifa etmek suretiyle yükümlölüğünden kurtulması imkânını elinden alır ve dolayısıyla borçlusunu bir zarara uğrattır¹¹⁸. Şayet edimi kabul etmeyen alacaklının, bununla borçluyu borcundan kurtardığı ve kendi hakkından feragat ettiğı söylenebiliyorsa, ancak o takdirde borçlunun malvarlığına müdahale sınırını aştığı veya borçlusunu zarara uğrattığı söylenemez. Örneğin kendisine yapılan bir bağışlamayı kabul etmeyen alacaklının, bununla bağışlamayı kabul etmediğı sonucu çıkarılabiliyorsa, o zaman borçlusunu zarara uğrattığı söylenemez. Alacaklı kendi hakkının sınırları içinde durduğu sürece, ona temerrüt yüklenemez; zira o hakkını kullanmıştır ve “ *qui suo iure utitur, neminem laedit*, yani kendi hakkını kullanan kişi başkasına zarar vermez” ilkesi burada tamamen uygulanır. Daha açık bir anlatımla, alacaklının hakkını kullanması, borçlunun malvarlığı alanında, onu bir zarara uğratmayacaksa, temerrüde düştüğü de söylenemez.

Edimi kabul etmemekle alacaklı, edimi kabul hakkından feragat etmediğinden, borçlusunun borcundan kurtulmasına engel olmaktadır. Borçlunun borçtan kurtulmadaki menfaati ise, tartışmasızdır. İşte borçlusunu borcundan

¹¹⁸ SCHEY: s. 102-103, 105.

kurtarmayı reddeden alacaklı, borçlusundan, borçlu olduğundan daha fazlasını isteyen kişi gibidir. Bu yönüyle de hakkının sınırlarını aşmaktadır. Bu durumda alacaklı, kendi hakkını kullandığını ileri süremez; zira o, artık genel bir hukukî yükümlülük kapsamına girmiştir (*neminem laede!*). Bu yönüyle alacaklı, hiçbir şekilde, kabul yükümlülüğünü ihlal etmez, fakat kimseye zarar vermeme yükümlülüğünü ihlal eder¹¹⁹.

Borçluya zarar vermeme yükümlülüğünün pozitif hukuktaki dayanağı, dürüstlük kuralıdır (MK m. 2; BGB § 242).

B. Alacaklının Edimi Kabul Hakkı İlkesi İle Borçluya Zarar Vermeme Yükümlülüğünün Çelişmeyeceği

Borçlunun borçtan kurtulmadaki menfaati tartışmasız olarak kabul edildiğine göre, bu menfaatinin gözetilmesi kapsamında, alacaklının da ona zarar vermeme yükümlülüğü tartışmasız olarak kabul edilmek gerekir. Zarar vermeme yükümlülüğü, hiçbir şekilde, alacaklının edimi kabul hakkı ilkesi ile çelişmez. Yukarıda da ifade edildiği gibi, alacaklının edimi kabul hakkını bir ilke olarak ve istisnasız bir şekilde kabul etmekteyiz. Bu kabul bir zorunluluktur; zira aksi halde, borç kavramı, karmaşık ve içinden çıkılamaz bir anlam taşıyacaktır. Hem alacaklının hem de hem de borçlunun yükümlü olduğu bir borç kavramı düşünülemez. Aksi halde kimin alacaklı, kimin ise borçlu olduğu tespit edilemez. Oysa kabul ettiğimiz görüş, yani alacaklının temerrüdünde kusurun bir unsur olarak aranması, borç kavramına hiçbir şekilde dokunmaz. Kusur, elbette bir yükümlülüğün olduğu yerde söz konusu olacaktır. Fakat bu yükümlülük, Müsterek Hukukta kabul edildiğinin aksine, alacaklının edimi kabul etme yükümlülüğünden değil, alacaklının borçluya zarar

¹¹⁹ SCHEY: s. 106.

vermeme yükümlülüğünden, dürüstlük kuralından doğan bir yükümlülüktür. Alacaklı, bu yükümlülüğe, alacaklı olduğu ve edimi kabul etmekle yükümlü olduğu için değil, genel davranış yükümlülüğünün bir sonucu olarak uymak zorundadır. Yoksa alacaklı, dar anlamda borç ilişkisinde, sadece bir hakka sahiptir; bir yükümlülüğü yoktur.

Yine bu kabulün bir sonucu olarak, alacaklının borçluya zarar vermeme yükümlülüğü, alacaklının edimi kabul yükümlülüğünden oldukça farklı bir anlama sahiptir. Alacaklı, edimi kabule yükümlü sayılsaydı; borçluya karşı tazminatla yükümlü hale gelebilecek, edimin kabulü dava edilebilecek ve kendisi hakkında borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurulabilecekti. Oysa zarar vermeme yükümlülüğünün kapsamına bu üç husus girmez. Zarar vermeme yükümlülüğü, borçlunun borçtan kurtulmadaki menfaatinin göz önüne alınmasını sağladığı gibi, alacaklının da yararınadır. Alacaklı da bu sayede, kendisine yüklenemeyen sebeplerle, edimi kabul edemediği veya gerekli katılım hareketini yapamadığı durumlarda, kusur ilkeleri çerçevesinde temerrüde düşmeyecektir. Örneğin ağır hastalığı sebebiyle edimi kabul edemeyen veya gerekli katılım fiillerini gerçekleştiremeyen alacaklı, temerrüde düşmeyecektir. Hâlbuki Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda, çok ağır hastalığı sebebiyle de olsa, edimi kabul etmeyen alacaklının, temerrüde düşeceği kabul edilmektedir.

C. Alacaklının Temerrüdünün Kusur Şartına Bağlanmasının Zorunluluğu

Roma hukukçuları özel hukukun her alanında uzmanlaşmış kişiler olarak, diğer pek çok konuda olduğu gibi, alacaklının temerrüdü konusunda da kendi içinde

elişki barındırmayan bir kusur teorisi geliştirip uygulamıřlardı¹²⁰. Oysa KOHLER ile başlayan süreçte, adeta yeniden oluşturulan bu yeni alacaklının temerrüdü kurumunun, kendi içinde ve benzer hukukî kurumlar karşısında, aynı sağlamlıkta durduğu söylenemez.

Daha önce de açıklandığı üzere, kusur teorisinin dışına çıkartılan bu yeni kurum, en yakın ifa ihlalleri içinde, hem hükümleri hem de dayanağı itibariyle, çarpık kalmıştır.

Kusurdan ayrıştırılan bu kurum, ortaya çıkardığı haksız ve kabul edilemez sonuçların giderilmesi için, başka yeni kurumların oluşmasına ihtiyaç doğurmuştur. Örneğin BK m. 95, OR m. 94 ve BGB 372/II’de yer alan düzenlemeler, bu kapsamda değerlendirilebilir.

Kusurdan ayrıştırılan bu yeni temerrüt kurumu, hukukun diğer kurumlarıyla da çelişki halinde durmaktadır. Örneğin, bazı beklenmedik hallerden ötürü ifayı kabulde temerrüde düşen alacaklıya, temerrüdün sonuçları yükletilmiştir. Kabul engeli ne kadar ağır olursa olsun, eğer objektif nitelikte değilse, alacaklının şahsına ilişkin ise, alacaklı yine de bunun sonuçlarından sorumlu tutulmuştur; hem de hakkaniyet gerekçesiyle!

Borçlunun temerrüdünde kusur şartını arayanlar, bunu alacaklının temerrüdünde de aramak zorundadırlar. Bu iki kurumun paralelliği hem tarihsel olarak, hem de kaynaklardaki açık düzenlemeler karşısında inkr edilemeyecek bir olgudur. Bu olgu karşısında, teklif edilen edimi kabul etmeyen alacaklının kusurlu

¹²⁰ KOCH: s. 91.

olduğu kabul edilmelidir ve kendisine yöneltilen temerrüt suçlamasını ortadan kaldıracı için, kusurlu olmadığını ve haklı olduğu nedenleri göstermelidir¹²¹.

Burada özet olarak şu söylenebilir: KOHLER, bu konudaki düşüncelerini, tamamen, alacaklı ve borçlu temerrüdünün ayrı kurumlar olduğu esasına dayandırmaktadır. Ona göre, her iki kurum, farklı temellere dayanmak zorundadır ve bu sebeple, Alman Hukukunda alacaklının temerrüdünde kusur şartı aranmazken, borçlunun temerrüdü, kusur şartına bağlı kılınmıştır. Fakat, yukarıda da ifade edildiği üzere, alacaklının temerrüdünde kusur şartını aramamak, hatalı bir düşüncenin devamı ve bunda ısrarın bir sonucudur.

D. Türk-İsviçre Hukukunda Alacaklının Temerrüdünde Kusur Şartı Var mıdır?

Yukarıdan beri anlatıla gelenlerden de anlaşılacağı üzere, KOHLER'den sonra, bir moda takipçiliği şeklinde, alacaklının temerrüdünün kusurdan bağımsız olduğu, yasa metinlerinden bağımsız bir şekilde tekrarlanmıştır. Peki gerçekte de, özellikle yürürlükteki kanunlar bakımından bu sonuç doğru mudur? Başka bir ifadeyle, BGB ve Türk-İsviçre borçlar kanunu bakımından bu sonuç, kanunda ifade edilmiş midir?

BGB yönünden bu soruya tereddütsüz cevap verilebilir. BGB'de konuya ilişkin düzenlemelerin hiçbirinde, alacaklının kusurundan veya kusur şartından söz edilmemektedir. Fakat şu husus yanlış anlaşılmamalıdır: Kanundaki ifadeler değerlendirilirken, açıkça “kusur” kelimesini aramamak gerekir. Kusur şartı, daha ziyade hukuka aykırılık şeklinde formüle edilir. Bu çerçevede de BGB kusur şartına yer vermemiş ve bundan titizlikle kaçınmıştır.

¹²¹ SCHEY: s. 80; KOCH: s. 41-42; DERNBURG: s. 121.

Fakat Türk-İsviçre Hukuku bakımından aynı şeyi rahatlıkla söylemek mümkün değildir. Özellikle kanunda geçen “muhik bir sebep olmaksızın” (BK m. 90/ OR m. 91) ifadesi, bu konuyu tartışılır kılmaktadır. Bir kere şunu belirtmek gerekir ki, doktrin ve uygulamada, tartışmasız bir şekilde alacaklının temerrüdünün kusur şartına bağlı olmadığı ifade edilmektedir ve bu konuda ittifak vardır. Fakat kusur şartına bağlı olmayan bir kurumun içinde “muhik bir sebep olmaksızın” ifadesinin yeri ve anlamı nedir? Yazarların tamamı, bu hususu tartışmasız bırakmışlar ve sadece bu ifadenin “kusur” şartı anlamına gelmeyeceğini; zira alacaklının temerrüdü için kusurun şart olmadığını ifade etmekle yetinmişlerdir¹²².

İsviçre Borçlar Kanununda “haklı bir neden olmaksızın” ifadesine verilecek anlam, uzunca bir süre tartışılmıştı. BGB tarafından KOHLER’in görüşü benimsenince, bir anlamda bu duraksamalar da sona erdi. Bu andan itibaren, İsviçre hukukunda da, alacaklının temerrüde düşmesi için, kusurun bir unsur olmadığı görüşü yerleşti ve “haklı bir neden olmaksızın” ifadesine, objektif bir anlam verilmeye başlandı. Bu görüşün, daha sonra alacaklının temerrüdünün hükümleriyle de uyumlu olduğu sonucuna varıldı¹²³. Sonuç olarak, kusuru göz önüne alınmaksızın, ifa engelinin alacaklıya yüklenebildiği durumlarda, alacaklının temerrüdünün gerçekleştiği kabul edilmeye başlandı¹²⁴.

¹²² Yazarların tamamında bu yaklaşım vardır; sadece birkaç örnek olarak bkz. TUHR, Andreas von /ESCHER, Arnold: **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich, 1974, s. 71; BUCHER: Obligationenrecht, s. 321; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 762; OĞUZMAN/ÖZ: s. 273; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 841-842.

¹²³ OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım**, (çev. Recai SEÇKİN), Ankara, 1950, s. 700.

¹²⁴ BUCHER: Obligationenrecht, s. 321.

Oysa kusur ile ifade edilen şey, hukuka aykırılıktan başka bir şey değildir. “Haklı bir sebep olmaksızın” ifadesine ne gibi bir anlam yüklenebilir? Çok tuhaftır ki, “haklı sebep olmaksızın” kavramı, hiçbir dayanağı olmamasına rağmen, sadece bu konuda farklı bir kimliğe büründürülmüştür. Örneğin kanunun ifadesini bir tarafa bırakırsak, ağır bir hastalığı sebebiyle edimi kabul edemeyen alacaklının temerrüde düşeceği, zira bunun objektif nitelikte bir sebep olmadığı kabul edilmektedir¹²⁵. Geçirdiği ağır bir trafik kazası sebebiyle edimi kabul edemeyen alacaklının bu mazereti haklı bir sebep değilse, haklı sebep kavramının yeniden tanımlanması gerekir. Sadece objektif nitelikteki sebepleri (deprem, savaş vb.) haklı sebep kabul edip, kişisel sebepleri kabul etmemenin, en azından Türk-İsviçre Hukuku bakımından yasal bir dayanağı yoktur. BGB’de konuya ilişkin hiçbir paragrafta “haklı bir sebep olmaksızın” şeklinde bir ifadeye rastlanmamaktadır; zira orada bu seçim bilinçli yapılmıştır.

Kısaca ifade etmek gerekirse, “alacaklının temerrüdü kusur şartına bağlıdır” şeklindeki bir kabul, yasaya şu ifadenin yerleştirilmesini yeterli kılar: “Alacaklının **hukuka aykırı olarak** kendisine sunulan edimi kabul etmemesi veya edimin ifası için gerekli işbirliğinden kaçınması”. Oysa bu ifade BGB’nin aksine, Türk-İsviçre Hukukunda zaten mevcuttur. Nitekim alacaklının temerrüdünü kusura bağlı kabul eden yazarlar da, sadece alacaklının temerrüdünün tanımına “hukuka aykırılık” unsurunu eklemişlerdir¹²⁶. Kanaatimizce, alacaklının temerrüdünde kusur şartı aranmasına, bu gerekçelerle, yasal bir engel olmadığı gibi, aksine kanunun ifadesi, buna daha uygundur.

¹²⁵ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. § 9 III.

¹²⁶ Örnek olarak bkz. KOCH: s. 44.

§ 4. ALACAKLININ BORCUN İFASINA KATILIM ZORUNLULUĞU VE ALACAKLININ EDİMİ KABUL ETME HUKUKSAL ÖDEVİ

I. ALACAKLININ BORCUN İFASINA KATILIM ZORUNLULUĞU

Alacaklının temerrüdünde, borçlunun ifayı tek başına yapamayacağı; ifanın tek taraflı değil, iki taraflı olduğu varsayılır. Alacaklının işbirliği yapmak zorunda olduğu, fakat onun bundan kaçındığı durumlarda, borçlu borcunu tek başına ifa edemez ve bu durumda gerçek bir teklifte de bulunamaz. Eğer borç tek taraflı ise, borçlu borcun ifasını çoğunlukla, tek başına yerine getirebilir; borç iki taraflı ise, tam tersine, borçlu, genellikle alacaklının işbirliğine ihtiyaç duyar. Aynî sözleşmelerde, hizmet sözleşmesinde ve eser sözleşmesinde çoğu kez ifanın gerçekleşmesi için, alacaklının işbirliğine ihtiyaç duyulur¹²⁷. Borçlunun borcu ifa etmek zorunda olması gibi, bu durumlarda, alacaklı da, borcun ifası için katılım eylemini yapmak zorundadır. Eşya edimlerinde bu katılım, çoğunlukla ifayı kabul etmek ve aynı zamanda bir kabul hareketi yapmak şeklinde gerçekleşir. Bu katılım, ifayı hazırlamak ve mümkün kılmak için, kesin bir eylemin yapılması şeklinde gerçekleşebilir¹²⁸. Örneğin, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için, alacaklının taşınmazına girmesi gereken durumlarda, alacaklının bu yönde talimat veya taşınmaza girmesine izin vermesi, bir katılım hareketidir¹²⁹. Alacaklının bu gibi katılım hareketlerinden kaçınması durumunda, borcun ifası gerçekleşemeyecektir ve alacaklı da bu olumsuz davranışları sonucunda temerrüde düşebilecektir. Alacaklı

¹²⁷ BROX, Hans: **Allgemeines Schuldrecht**, München, 1989, s. 171; MOLITOR: s. 74; VAQUER: s. 85; SCHOLLMAYER, Friedrich: **Recht der Schuldverhältnisse**, München, 1900, s. 139; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 418; OĞUZMAN/ÖZ: s. 202, 270.

¹²⁸ HASENÖHRL: s. 347; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 419.

¹²⁹ KOHLER: s. 263.

tarafından, katılım hareketi yapması gereken durumlarda, hareketsiz kalması, yani pasif davranışı da bir kabul etmemedir. Bu sebeple, alacaklı hareketsiz kalmamalı, aktif bir davranışının gerektiği durumlarda, bundan kaçınmamalıdır. Alacaklının katılım hareketinden kaçınması durumunda, borçluya karşı, zorunlu olduğu bir yükümlülüğü ihlal etmiş olmaz; bununla borçlunun bir hakkını da ihlal etmiş sayılamaz¹³⁰.

Alacaklının işbirliğinin gerekmediği durumlarda, yani borçlunun, alacaklının katılımı olmaksızın borcunu ifa edebileceği durumlarda ise, alacaklının temerrüdü zaten oluşmaz. Özellikle yapmama edimlerinde, başka bir ifadeyle, kaçınma borçlarında, borçlu tek başına borcunu yerine getirebilecektir¹³¹. Yani ifanın sırf borçluya düşen bir iş olduğu durumlarda, alacaklının işbirliğine ihtiyaç duyulmaz. Örneğin rekabet yasağına uyma borcunu ifa etmek için, alacaklının katılımı, işbirliği gerekli değildir¹³². Benzer şekilde, bir aynî haktan feragat halinde alacaklının işbirliğine ihtiyaç duyulmaz¹³³. Bazen ifa konusu, yapmama edimi olduğu halde de alacaklının katılımına ihtiyaç duyulmayabilir. Örneğin alacaklının katılımının gerekli olmadığı üçüncü şahıs yararına sözleşmelerde veya vekilin alacaklının katılımını gerektirmeyen vekâlet işlerinin icrasında durum böyledir¹³⁴.

¹³⁰ HASENÖHRL: s. 347-348, 355.

¹³¹ MEDICUS: s. 203; MATTHIAS: s. 198; MOLITOR: s. 75; GAUCH/SCHLUEP: s. 75; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 418; BUCHER: Obligationenrecht, s. 318; HASENÖHRL: s. 348.

¹³² MEDICUS: s. 203; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 418.

¹³³ TUHR/ESCHER: s. 4; İNAL: s. 212; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 418.

¹³⁴ KOHLER: s. 264; MOMMSEN: s. 137.

Alacaklının işbirliği yapma zorunluluğu olan durumları tek tek tespit etmek imkânsızdır¹³⁵. Fakat yine de, bunları belli başlıklar altında toplamak mümkündür. Şunu belirtmek gerekir ki, alacaklının işbirliği yapmasını gerektiren durumların olup olmadığı, dürüstlük kuralına (MK m. 2; BGB § 242) göre belirlenmelidir¹³⁶.

Yukarıda da belirtildiği gibi, bazı durumlarda ifanın gerçekleşmesi için, alacaklının yapması gereken işler vardır. Bu gibi durumlarda, alacaklı ifaya fiilen katılmazsa, bir başka anlatımla, borçlu ile işbirliği yapmazsa, borçlunun ifayı gerçekte teklif etmesi imkânsız hale gelir. Bu gibi durumlarda, borçlunun gerçek ifa teklifinde bulunması beklenemez; yapılacak sözlü bir ifa teklifi yeterli olacak ve alacaklıyı temerrüde düşürecektir.

Alacaklının işbirliğinden kaçınması, ya doğrudan edimi kabulden kaçınma veya hazırlayıcı fiillerden kaçınma şeklinde gerçekleşir. Alacaklının ifayı kabulden kaçınması, doğrudan edimi reddetmek suretiyle gerçekleşebileceği gibi, ifanın kabul edilmesine karşılık, bunun o borcun karşılığı olmadığına bildirilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Bunun gibi, alacaklının ifayı kabul ettikten sonra, kabulden vazgeçmesi, bunu borçlunun emrine hazır tuttuğunu bildirmesi de kabulden kaçınmadır¹³⁷.

Alacaklının önceden yapması gereken işler, bazı ön hazırlıklar, ön beyanlar, ön seçimler veya ön işlemler şeklinde olabilir¹³⁸. Örneğin, borcun ifası için

¹³⁵ MOMMSEN: s. 170; KOCH: s. 13.

¹³⁶ REBMANN, Kurt/SAECKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht, Allgemeiner Teil §§ 241-432**, Redakteur: KRÜGER, München, 2001, s. 1162.

¹³⁷ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 699.

¹³⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 839; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 144.

alacaklının borçlunun bulunduğu yere gitmesinin gerekli olduğu durumlarda, gitmemesi veya teslim edilecek malların ambalajlanması ya da bir kaba konulmasının gerekli olduğu ve bunu temin etmenin alacaklıya yüklendiği durumlarda, alacaklının bunları borçluya teslim etmemiş olması hallerinde işbirliğinden kaçınma vardır¹³⁹.

Sözleşme ile belli ekipmanların alacaklı tarafından borçluya verilmesi kararlaştırılmışsa, gerekli ekipmanları temin etmemek, işbirliğinden kaçınmadır¹⁴⁰. İşte bu gibi durumlarda, alacaklı kendi üzerine düşen borcu yerine getirmezse, borçlunun yapacağı sözlü ifa teklifi, alacaklıyı temerrüde düşürmeye yetecektir. Alacaklının hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınmış sayılabilmesi için, borçlunun onu bu fiilleri yapmaya çağırması gerekir. Fakat sözleşmeye göre, bu hususta kesin bir vade veya süre öngörülmüşse, bu çağırının yapılmasına gerek yoktur¹⁴¹. Örneğin bir eser sözleşmesi gereğince, dikilmek üzere, terziye bir elbise ısmarlanması durumunda, iş sahibinin provaya gelmesi, bir hazırlayıcı işlemdir. Dolayısıyla alacaklının provaya gitmesi gerekir. Bunun için terzinin onu provaya çağırması gerekir. Daha önce prova gününün kararlaştırılmış olduğu durumlarda, yüklenicinin (terzinin) bu çağrıda bulunmasına gerek yoktur¹⁴².

Eser sözleşmesinde, iş sahibinin inşaat ruhsatını sağlaması, plan, proje, belge ve diğer verileri yükleniciye temin etmesi gereken durumlarda, bu yükümlülüğe

¹³⁹ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 699.

¹⁴⁰ GÖKTÜRK: s. 268; BİRSEN: s. 452; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 839; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 144; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 759; REİSOĞLU: s. 290.

¹⁴¹ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 759-760; KARAHASAN, M. Reşit: **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C: 2**, İstanbul, 2003, s. 840.

¹⁴² DAYINLARLI: s. 98.

aykırı davranması, ifanın gerçekleşmesine engel olacaktır. Başlamış bir işin yürütülmesi için talimat verilmesinin gerekli olduğu durumlarda, bu talimatı vermemek de ifanın gerçekleşmesine engel oluşturur. Bunun gibi, arsanın iş sahibi tarafından teslim edilmesinin gerekli olduğu durumlarda, arsanın teslim edilmesi ve hatta arsanın ihtilafsız olması gerekir. Aksi halde, yüklenicinin inşaaat başlayamaması veya devam edememesi, onun değil, alacaklının yani iş sahibinin sorumluluğunu gerektirir¹⁴³.

Alacaklının, edimi ifa etmek isteyen borçluya borç senedini iade etmemesi; makbuz vermekten kaçınması (BK m. 87); senedin kaybolduğu durumlarda bu durumu belgelendirmesi gerekirken bundan kaçınması veya borcun ödendiğini resmi bir senetle belgelendirmesi gerekirken, bunu reddettiği durumlarda, işbirliği ödevinden kaçınma sayılır ve alacaklı temerrüde düşer¹⁴⁴.

Eğer borçlu ifanın tamamlanamamasını yalnızca alacaklısının işbirliğinden kaçınmasına atfedebiliyorsa, bu durumda ifa etmemenin olumsuz sonuçları, yalnızca alacaklıya yüklenebilir¹⁴⁵.

Alacaklının temerrüdünün gerçekleşmesinde, edimin ifası için alacaklının katılımının gerektiği durumlarda, alacaklının bu yükümlülüğten kaçınması halinde, temerrüde düşeceği, daha önce ifade edilmişti. Alacaklının işbirliği yapma ödevi, ASHİ'nin "İşbirliği Yapma Ödevi" kenar başlıklı 1:202. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, " Sözleşmenin tarafları, sözleşmenin tam olarak uygulanabilmesi için, işbirliği yapma yükümlülüğü altındadır." şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁴³ DAYINLARLI: s. 96-97.

¹⁴⁴ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 699; GÖKTÜRK: s. 268; BİRSEN: s. 452.

¹⁴⁵ VAQUER: s. 96.

İfa etmeme kavramı, 1:301 (4)'de, "İfa etmeme, herhangi bir kusur olsun ya da olmasın, sözleşmeden kaynaklanan borçlarda ifanın herhangi bir şekilde başarısız olması ve ayrıca ifada bir gecikme, kusurlu ifa ve sözleşmenin yürürlüğe girmesindeki bir başarısızlık ve kusurlu ifayı belirtir." şeklinde tanımlanmıştır.

Buradaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, "işbirliğinden kaçınma" hali de, ifa etmemenin bir unsuru olarak belirlenmiştir. Alacaklının işbirliğinden kaçınması durumunda, borçluya 7:110 ve 7:111. maddelerde belirlenen haklardan ve ayrıcalıklardan yararlanması imkânı verilmiştir. Borçlu, alacaklının işbirliğini sağlayamıyorsa, kendi başına yapabileceği şeyleri yapmalıdır. Ancak alacaklının işbirliğinden kaçınması, bir yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilse de, bu sözleşmenin ihlalinin doğurduğu sonuçları doğuracak nitelikte kabul edilmemiştir. 7:110 ve 7:111. maddeler hükmüne göre, borçlu edim konusu malı tevdi edebilir veya koşulları varsa satabilir. Bunun dışında, borçlunun alacaklıyı kabule zorlaması kabul edilmemiştir. Böylece borçlu ifasızlığın olumsuz sonuçlarından korunmakta ve alacaklının inatçı bir şekilde işbirliğinden kaçınması halinde, borçlu yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. Fakat alacaklı, inatçı tutumundan vazgeçmeye zorlanamaz¹⁴⁶. Bu açıdan, ilkelerin bu düzenlemeleri, İngiliz hukukunun aksine, yapısal olarak Alman Hukukuna daha yakındır; zira İngiliz hukukunda alacaklının işbirliğinden kaçınması, sözleşmenin ihlali olarak kabul edilebilmektedir. Fakat bu düzenlemeler, sistematik olarak, Alman Hukuku gibi değildir. Ayrıca borçlunun sorumluluğunun hafifletilmesi ve hasarın alacaklıya geçişine imkân tanımamıştır¹⁴⁷.

¹⁴⁶ VAQUER: s. 88.

¹⁴⁷ ZIMMERMANN: Breach of Contract, s. 47.

II. ALACAKLININ EDİMİ KABUL ETME HUKUKSAL ÖDEVİ

Yukarıda da açıklandığı üzere, borcun ifası, sadece borçlunun davranışları ile değil, aynı zamanda alacaklının davranışları ile de engellenebilir. Özellikle alacaklının işbirliğinin gerekli olduğu durumlarda, borçlu tek başına borcun ifasını sağlayamayacaktır. Borçlunun, alacaklının işbirliği olmadan edimi ifa edebileceği durumlarda, alacaklının temerrüdü söz konusu olmaz; zira bu tür durumlarda, borçlu tek başına borcunu ifa edebilecektir. Fakat bu ihtimal, yani alacaklının işbirliğinin gerekmediği durumlar, genellikle sadece yapmama borçlarında görülür; yapmama borçları bakımından, daha önce açıklandığı üzere, alacaklının temerrüdü söz konusu olmaz.

Alacaklının edimi kabul yükümlülüğü söz konusu edilemezse de, borçlunun borcunu ifa etmedeki çıkarı göz ardı edilemeyecek önemdedir ve bu sebeple, korunmaya layıktır.

KOHLER, borçlunun da borçtan kurtulmasında bir menfaati olduğunun göz ardı edilemeyeceğini, fakat bunun yolunun alacaklıyı yükümlü tutmakla değil, borçluya borçtan kurtulma imkânı vermekle sağlanabileceğine işaret etmektedir. Bu durumda borçlu, alacaklının katılımı olmaksızın yapabileceğini yapar ve bu ifa denemesi, tam bir ifa ile aynı sonucu doğurur. Bu durumdaki bir borçlu, “ifa yerine geçen edimle (*Erfüllungssurrogat*)” borcun yükümlülüklerinden kurtulur. Örneğin edim konusunun terkinin söz konusu olabileceği bir durumda, borçlu teslim edimini yarım olarak icra eder; eşyayı caddeye terk eder, alacaklı dilerse alır, dilerse almaz. Yine bunun gibi, edimi tevdi edebilir veya alacaklı hesabına onu satabilir¹⁴⁸.

¹⁴⁸ KOHLER: s. 287.

Edimi kabulle yükümlü tutulmayan alacaklıya karşı, hukuk düzenleri borçluyu da büsbütün savunmasız bırakmak istememiş, borçluyu korumanın yollarını aramıştır; zira borçlunun kendi yükümlülüğünü yerine getirmede doğrudan bir çıkarı vardır. Borçlunun, borcunu zamanında ifa edememesinin, kendisi açısından birçok dezavantajı vardır. Bundan dolayı, alacaklı, edimi kabul etmemek suretiyle, borçlunun sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmekten alıkoyduğu zaman, bütün hukuk sistemleri borçluyu, ifayı reddetme noktasında yetkili kılmışlardır. Borçlunun korunması, genellikle borç konusu resmi makama ya da mahkemeye tevdi imkânıyla sağlanmaya çalışılmıştır. Burada amaçlanan temel şey, alacaklının ifayı reddetmesinden dolayı, borçluyu zarara uğratmamaktır. Borçlu, alacaklısını ifayı kabule zorlayamadığı için, alacaklının inatçılığından kaynaklanacak olumsuz sonuçlardan korunması gerekir. Bu durumda kusurlu alacaklı, ifayı kabul etmeyişiinin olumsuz sonuçlarıyla karşı karşıya kalacaktır¹⁴⁹.

KOHLER, yepyeni bir alacaklının temerrüdü görüşü ortaya koymuştur. Bu görüş de kuşaktan kuşağa geçen yeni bir anlayışla, yeni bir kimlik kazanmıştır. Buna göre, alacaklının edimi kabul yükümlülüğü olmadığı gibi, edimi kabul etmemek onun sorumluluğuna yol açmayan, hukuksal ödev (*rechtliche Obliegenheit*) olarak görülmeye başlanmıştır¹⁵⁰. Alacaklının borçlusuna karşı bu ödevi (*Obliegenheit*),

¹⁴⁹ VAQUER: s. 85-87

¹⁵⁰ SEROZAN: s. 350-351; SEROZAN, alacaklının temerrüdünün bir hukuksal ödev olarak kabul edilmesi, fakat bunun herhangi bir yaptırımının olamayacağını kabul edilmesini eleştirmekte ve şu soruyu sormaktadır: “Eğer alacaklının temerrüdü bir ödevle aykırılıksa, o zaman buna BK 501. maddesinde olduğu gibi “alacağı etkisizleşmesi (*Rechtsverwirkung*) yaptırımının bağlanması gerekmez miydi? Ayıplı bir malı muayene ve tespit edilen ayıbı gecikmeksizin bildirme ödevine uyulmaması durumunda öngörülen hakkın etkisizleşmesi yaptırımının, alacaklının temerrüdünde uygulanmaması nasıl açıklanabilir?”; bkz. SEROZAN: s. 351.

alacaklının temerrüdünde kabul yükümlülüğüne karşıt olarak, genel geçer bir ilke halinde kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla, KOHLER'den sonra, edimi kabulün alacaklı için sadece bir hak olduğu, yükümlülük oluşturmadığı, fakat alacaklının işbirliği yapması gereken durumlarda, bu işbirliğinin onun hukuksal bir ödevi olduğu; bu ödev kapsamında, zararı tazmin yükümlülüğünün söz konusu olmadığı ve borçluya bir talep ve dava hakkı vermeyeceği, görüşü egemen olmuş ve halen sürdürülmektedir¹⁵¹.

Ödevler (*Obliegenheit*), borç yükümlülüklerinden ve edimden sayılmazlar. Ödevle yükümlü olan kişi, karşı tarafın beklentisine karşılık vermediği takdirde, bazı hukukî dezavantajlarla karşı karşıya kalır; örneğin, iptal hakkını kaybeder, oluşan zararın karşılanması katılım zorunda kalabilir ve nihayet alacaklının temerrüdünün hukukî sonuçlarına maruz kalabilir. Fakat ödev, edimin bir parçası değildir; dolayısıyla alacaklıya bir yükümlülük yüklemes. Ödevin bir yükümlülük doğurması ve böylece edimin bir unsuru haline gelmesi, sadece iki şekilde mümkün olabilir: tarafların iradesi ve dürüstlük kuralı¹⁵².

Alacaklının edimi kabul yükümlülüğü söz konusu edilmese bile, onun borçlusunu borçtan kurtarmaya yönelik hukuksal ödevinin bir karşılığının olması gerekir. Bu hukuksal ödev kapsamında borçlu, alacaklısını edimin kabul etmeye zorlayamayacak, ondan tazminat isteyemeyecek ve onun hakkında borçlunun temerrüdü hükümlerine başvuramayacaktır. Fakat bu hukuksal ödev kapsamında, kendi sorumluluğunun hafifletilmesini ve borçtan kurtulmasını sağlayacak

¹⁵¹ GUHL: s. 202; BROX: s. 171; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKomm., s. 1156.

¹⁵² FIKENTSCHER: s. 30; GUHL: s. 202.

imkânların kendisine tanınmasını talep edebilecektir. Bütün bu hususlar, üçüncü bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Alacaklının edimi kabulüne, daha doğrusu işbirliği yapma ödevine ilişkin bu ödevi, kusur sorunundan ayrı olarak ele alınmaktadır. Alacaklının edimi kabul etmemekle, kusursuz olup olmayacağı, bir sonraki başlık altında inceleneceğinden, şimdilik sadece hukuksal ödev boyutu üzerinde durulmuştur.

§ 5. KARŞILIKLI SÖZLEŞMELERDE ALACAKLININ TEMERRÜDÜ HALİNDE BAŞVURULACAK HÜKÜMLER

Alacaklının temerrüdünün gerçekleşmesi için gerekli şartlar, hem karşılıklı hem de tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından aynıdır. Sadece bir noktada farklılık söz konusu olur. Buna göre, karşılıklı sözleşmelerde ödemezlik def'i hakkının şartlarının bulunduğu durumlarda, kendi ediminin ifasını teklif etmeyen taraf, diğer taraftan da edimin ifasını talep edemeyecektir. Alacaklının temerrüdünün hukukî sonuçları da her iki sözleşme türü için paraleldir¹⁵³. Farklılıkların olduğu noktalara ilgili bölümde değinilecektir.

Karşılıklı sözleşmelerde, alacaklının edimi kabulde temerrüde düşmesi durumunda, borçlu, hem alacaklının hem de borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilecektir. Bu yola başvurabilmek için, alacaklının kabul etmekte temerrüde düştüğü borcun, aslî edim yükümlülüğü olması gerekir. Eğer aslî bir edim yükümlülüğü değil de, yan edim yükümlülüğü söz konusu ise, bu durumda borçlunun başvurabileceği yol, sadece alacaklının temerrüdü hükümleri olmak gerekir. Örneğin, satım sözleşmesinde, alıcı, haklı bir neden olmaksızın, malı teslim alma borcunu yerine getirmezse, satıcı, hem alacaklının temerrüdü hem de borçlunun temerrüdü

¹⁵³ MEDICUS: s. 241.

hakkındaki hükümlere göre, onun sorumluluğu yoluna başvurulabilir. Çünkü malı teslim alma, alıcı için bir hak olduğu için, alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanabilir; aynı zamanda bu alıcı için bir borç olduğundan, onun hakkında borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanabilecektir¹⁵⁴. Fakat uygulamada, genellikle satıcıların bu durumda, alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurdıklarının gözlendiği ifade edilmektedir¹⁵⁵.

Alıcının malı teslim alma borcu, yan edim borcu ise, sadece alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Fakat teslim alma borcu, aynı zamanda semeni ödemekten kaçınmayı da içeriyorsa, aslî bir borç haline gelir. Bu durumda satıcı, B.K. m. 106'da yer alan seçimlik hakları da kullanabilecek ve sözleşmeden dönebilecektir¹⁵⁶. Nitekim Federal Mahkeme de, sadece edimi kabulde değil, aynı zamanda bedeli de ödemekte temerrüde düşen alıcıya karşı, satıcının borçlunun temerrüdü hükümlerine de başvurabileceğini kabul etmiştir¹⁵⁷.

Borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurmak imkânının olduğu durumlarda, bu yola başvurmayıp, alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurmak, borçlunun aleyhinedir. Çünkü alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurmak, birçok dezavantaj içerir. Örneğin malı tevdi ettirmek veya koşulları varsa, satış yoluna gitmek, birçok zahmetli işlemi gerektirir. Bunun sonucu olarak, her iki temerrüt hükümlerine başvurma imkânı olan taraf, doğal olarak, borçlunun temerrüdü hükümlerini tercih edecektir.

¹⁵⁴ FEYZİOĞLU: Özel Borç İlişkileri, s. 299; YAVUZ: s. 161; ZEVKLİLER: s. 142.

¹⁵⁵ FEYZİOĞLU: Özel Borç İlişkileri, s. 299.

¹⁵⁶ ARSLANLI: s. 479; FEYZİOĞLU: Özel Borç İlişkileri, s. 299; YAVUZ: s. 164-165; ZEVKLİLER: s. 142-143.

¹⁵⁷ Federal Mahkemenin bu kararı için bkz. RO 32 II 457 ve 47 II 105, OFTINGER, s. 181-185.

İKİNCİ BÖLÜM

ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

§ 6. BORÇ MUACCEL VEYA İFA EDİLEBİLİR OLMALIDIR

I. GENEL OLARAK

Alacaklının temerrüdünden söz edebilmek için, borcun muaccel veya ifa edilebilir olması gerekir. Borcun muaccel olması (*Fälligkeit der Forderung*) veya ifa edilebilir olması (*Erfüllbarkeit der Forderung*) ifa zamanı¹⁵⁸ ile ilgili bir konudur ve bu iki kavram arasında fark vardır¹⁵⁹. Muacceliyet, alacaklı tarafından edimin istenebileceği, gerektiğinde bu amaçla dava açılabileceği ve borçlu tarafından da bu andan itibaren ifa ile yükümlü olduğu zamanı ifade ederken; ifa edilebilirlik, borçlunun edimi yerine getirmek yetkisine sahip olduğu, alacaklının da bunu kabul etmekle yükümlü olduğu zamanı ifade eder¹⁶⁰. Dolayısıyla, borcun muaccel olmadan da ifa edilebilir olması mümkündür¹⁶¹. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, “ifa zamanı”, “borcun muaccel olması”nı veya “ifa edilebilir olması”nı kapsayan bir

¹⁵⁸ “İfa zamanını anlatmak üzere iki ayrı terimden yararlanılır. Gerçekten eğer belli bir an (yani, içinde bir şeyin olması veya olmaması gerekli an) söz konusu ise, buna vade adını veririz. İki an arasında bulunan bir zaman parçası (yani, içinde bir şeyin olması veya olmaması gerekli dönem) içinse, süre terimini kullanırız.” TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 684; aynı yönde açıklama için bkz. FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 109; OĞUZMAN/ÖZ: s. 237-238.

¹⁵⁹ BARLAS: s. 21; OĞUZMAN/ÖZ: s. 238.

¹⁶⁰ TUHR: s. 506; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 684; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 800; EREN: S. 906-907; BARLAS: s. 21.

¹⁶¹ TUHR: s. 506, 513; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 838.

anlama sahiptir. Alacaklının temerrüdünün şartı olarak ifa teklifinde aranan husus, borcun muaccel olması değil, ifa edilebilir olmasıdır¹⁶².

Muacceliyet, gerek alacaklının gerekse borçlunun temerrüdünün doğal ve mantıkî bir şartıdır¹⁶³. Gerçekten de, her iki temerrüdün tanımındaki ortak nokta, borcun ifasında gerçekleşen gecikmedir. Temerrüdün diğer şartları gerçekleşse bile, eğer borçlunun veya alacaklının borcun ifa edilmesi konusunda kendisinden bekleneni yapması için gerekli zaman noktası henüz gelmemiş ise, temerrüdün gerçekleştiğinden söz edilemez.

Kural olarak, borcun muacceliyeti ile ifa edilebilirliği aynı zamanda gerçekleşir¹⁶⁴. Esas itibarıyla vadeye ilişkin düzenlemeler borçlu lehine konmuş olduğu için¹⁶⁵, borç muaccel olmadan da ifa edilebilir olabilir. Yani borcun muaccel olmadığı bir zamanda da, kural olarak, borçlunun borcu ifa etme yetkisi vardır; borçlunun, muaccel olmayan bir borç bakımından ifa yönünden seçimlik bir yetkisi vardır: Dilerse vadeyi bekler, dilerse vade gelmeden borcun ifasını teklif edebilir¹⁶⁶. Örneğin, vedia sözleşmesinde alacaklı durumunda olan tevdi eden, vade gelmeden de tevdi ettiği şeyi isteyebilirken; borçlu durumunda olan vedia alanın, vade gelmeden tevdi edilen şeyi alacaklıya verebilmesi için alacaklının buna razı olmasını gerektirir¹⁶⁷. Aynı şekilde bunun tersi de mümkün olabilir; yani borçlu henüz

¹⁶² BUCHER: Obligationenrecht, s. 320; CROME: s. 148; TUHR, Andreas von/ESCHER, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1974, s. 70.

¹⁶³ BARLAS: s. 21.

¹⁶⁴ EREN: s. 907.

¹⁶⁵ “Diei adiectio pro reo est, non pro stipulatore: vade borçlu yararınadır, alacaklı yararına değildir”, KOCH: 27; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 691.

¹⁶⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 838; EREN: 907.

¹⁶⁷ EREN: s. 907; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 685.

muaccel olmamış bir borcu da ifa etmekle yükümlü hale gelebilir. Nitekim borçlunun iflas etmesi durumunda, muaccel olmamış borçları da muaccel hale gelir.

Alacaklının temerrüdü bakımından, ifa zamanının belirlenmesi gerekir. Bu ise ya alacağın muaccel olduğu zamanın veya alacağın ifa edilebilir olup olmadığının, bir başka ifadeyle, borçlunun vaktinden önce ifaya yetkili olup olmadığının belirlenmesini gerektirir.

İfa zamanı, ASHİ'nin "İfa Zamanı" kenar başlıklı 7: 102. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre:

“Bir taraf, ifayı şu zamanda yerine getirmek zorundadır:

- (1) Eğer ifa zamanı kararlaştırılmışsa veya sözleşmeden belirlenebiliyorsa, o zaman
- (2) Eğer ifa zamanı konusunda bir süre kararlaştırılmış veya sözleşmeden bu süre belirlenebiliyorsa, hâlin şartları işaret etmedikçe, diğer taraf, bu süre içinde herhangi bir zamanda ifa zamanını seçebilir.
- (3) Diğer durumlarda, sözleşme yapıldıktan sonraki makul olan bir zaman içinde ifa edilebilir.

II. BORCUN MUACCEL OLMASI

Alacaklının temerrüdü bakımından ifa zamanı büyük önem taşır. Alacaklının temerrüde düşürülebilmesi için borcun muaccel olması gerekir. Bunun yanı sıra, özellikle borçlunun vaktinden önce ifaya yetkili olduğu durumlarda, alacaklının temerrüdü bakımından ifa zamanının büyük önemi vardır¹⁶⁸. Bu bakımdan, borcun

¹⁶⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2003, s. 364.

ne zaman muaccel olduğunun belirlenmesi gereklidir. Bu ise, vadeye ilişkin kuralların belirlenmesini gerektirir.

A. Genel Kural: Derhal İfa

Eğer borcun ifa edileceği zaman, sözleşmeden, işin niteliğinden veya dürüstlük kuralından anlaşılamıyorsa ve kanunda da bir vade öngörülmemişse, o takdirde borç doğduğu anda, yani derhal ifa edilmelidir¹⁶⁹. Bu husus Borçlar Kanunumuzun 74. maddesinde de belirtilmiştir:

“Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep edilebilir.”

Bu kural, Roma Hukukundan gelen bir ilkeye dayanır: “*quod sine die debetur, statim debetur*”, yani süresiz borçlanılan şey, derhal ifa edilmek üzere borçlanılmıştır¹⁷⁰. Eğer sözleşmede taraflar belli bir vade kararlaştırmamışlarsa, o takdirde, borcun derhal ifası şarttır. Fakat derhal ifa ile kastedilen, daha ziyade, makul bir süre içinde ifa edilmedir. Buna göre bir taşınmaz satımı veya bir köle satımı konusunda bir sözleşme yapılmışsa, alacaklı, sözleşmenin ifası için yeterli bir süre tanımaksızın ifayı talep edemez (Ins. 3.19.27). Makul bir süre, somut olayın koşullarına göre değişir¹⁷¹.

Maddede sözü geçen “derhal” sözcüğünün, iş yaşamının gereklerine uygun olarak ve objektif bakımdan makul görülmeyen bir gecikmeye yer vermeyecek bir

¹⁶⁹ KOCH: s. 26-27.

¹⁷⁰ BARLAS: s. 27.

¹⁷¹ BURDICK: s. 404; ayrıca buna ilişkin metinler için bkz. D. 54.1.41; D. 45.1.60; D. 50.17.14.

şekilde dar yorumlanması gerektiği, genel olarak kabul edilmektedir¹⁷². Derhal ifaya ilişkin bu kuralın istisnası, borcun bir vadeye veya süreye bağlanması durumudur¹⁷³. Borcun bir süreye bağlanmaması durumunda, ifa hemen istenebilir ve borçlu da hemen borcunu ifa edebilir¹⁷⁴. Buna karşılık borcun bir vadeye bağlanmış olması durumunda, aşağıdaki istisnalar geçerli olacaktır.

B. İfa Zamanının Sözleşmeyle Belirlenmesi

Roma Hukukunda, borcun ifa edileceği zamanı tarafların kendi iradeleriyle belirleyebilecekleri kabul edilmişti. Bu şekilde bir kararlaştırmanın yapıldığı durumda, alacaklı, ancak vadenin gelmesiyle borcun ifasını talep edebilirdi (D. 44.7.44.1)¹⁷⁵.

Borcun ifa zamanına ilişkin 74. maddedeki düzenleme, emredici nitelikte olmayan, yedek hukuk kuralıdır. Dolayısıyla, bu durumda öncelikle tarafların iradesine bakılmalıdır. Bu sonuca, madde metninde yer alan “meşrut olmadığı” ifadesinden ulaşmak mümkündür¹⁷⁶.

Taraflar, sözleşmeyi yaptıkları sırada veya sonradan ayrı bir sözleşme ile vadeyi belirleyebilirler. Burada tayin edilecek vade, kesin bir vade olabileceği gibi, kesin olmayan bir vade de olabilir. Örneğin, bir karz sözleşmesinde, borçlunun aldığı ödöncü 25.11.2006 tarihinde ödeyeceğinin kararlaştırılması durumunda kesin bir

¹⁷² TUHR: s. 512; OĞUZMAN/ÖZ: s. 240; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 801; BARLAS: s. 27; AKKANAT, Halil: “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 10.

¹⁷³ EREN: s. 908.

¹⁷⁴ EREN: s. 910.

¹⁷⁵ BURDICK: s. 405.

¹⁷⁶ KILIÇOĞLU: s. 365.

vade söz konusudur. Buna karşılık, hasat toplandığı zaman¹⁷⁷, müteahhidin inşaat ruhsatını aldığı zaman inşaata başlaması¹⁷⁸ gibi vadeler, kesin olmayan vadelerdir.

Vade taraflarca kararlaştırılabileceği gibi, bunu belirleme yetkisi taraflardan birine veya bir üçüncü kişiye de bırakılmış olabilir. Vadenin alacaklıya bırakılması durumunda, vade alacaklının ifayı talep etmesiyle, borç muaccel hale gelir. Bu durumda alacaklının yapacağı ihbara “muacceliyet ihbarı” denir.¹⁷⁹ Bu yetkinin tamamen borçluya tanınması durumunda, bir eksik borcun mu, yoksa hakkaniyete göre tayin edilmesi gereken bir sürenin mi söz konusu olduğu tartışmalıdır. KILIÇOĞLU’na göre, bu durumda bir eksik borç söz konusudur¹⁸⁰. Alman Medeni Kanunu ve bazı İsviçreli hukukçulara göre, bu durumda vade hakkaniyete göre, yargıç tarafından belirlenmelidir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, bu durumda bir ayrım yapmak gereklidir. Şayet vadeyi belirlemek konusu tamamen borçluya bırakılmışsa, ortada bir eksik borç vardır; buna karşılık, “borçlu için uygun zamanda”, “borçlunun diğer kişilere olan borçları bitince” gibi insani kaygılarla vadeyi belirleme yetkisi borçluya bırakılmışsa, vade yargıç tarafından, dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir¹⁸¹.

C. İfa Zamanının İşin Niteliğine Göre Belirlenmesi

İfa zamanının işin niteliğine göre belirlenmesi, sadece sözleşmeden doğan borçlarda söz konusu olabilir. Bazı sözleşmeler, nitelikleri gereği, derhal ifaya imkân

¹⁷⁷ EREN: s. 909.

¹⁷⁸ KILIÇOĞLU: s. 366.

¹⁷⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 801-802; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 110; KILIÇOĞLU: s. 367.

¹⁸⁰ KILIÇOĞLU: s. 367.

¹⁸¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 802; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 111.

vermez. Örneğin kira sözleşmesinde kiracının, ariyet sözleşmesinde ariyet alanın, intifa sözleşmesinde intifa hakkı sahibinin, eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları, derhal ifaya imkân vermez¹⁸². Bunun yanı sıra, bazı sözleşmelerde işin niteliği derhal ifaya imkân vermez. Örneğin, bir mezuniyet töreni için orkestra ile anlaşılması veya bu törenin filme alınması konusunda bir sözleşme yapılmış, fakat kesin bir vade belirtilmemişse, bu durumda işin niteliğine göre o yılki mezuniyet töreninin yapılacağı tarih esas alınmalıdır; yoksa orkestra veya filmi çekecek borçlu, iki yıl sonraki mezuniyet töreninde bunu yapacağını ileri süremez¹⁸³. Aynı şekilde, bir elbisenin dikilmek üzere terziye verilmesinde veya bir kitabın ciltletilmek üzere bir matbaaya bırakılmasında, edimin hemen ifasının talep edilmesi, işin niteliğine aykırı düşer. İfa zamanının işin niteliğine göre belirlenmesinde, tarafların kişisel durumu ve dürüstlük kuralı (MK m. 2) göz önünde bulundurulmalıdır¹⁸⁴.

D. İfa Zamanının Kanunla Belirlenmesi

Taraflar sözleşme ile bir vade belirlememişlerse, bu durumda kanunlardaki yedek hukuk kurallarına başvurmak gerekir. Özellikle Borçlar Kanunumuzda bu nitelikteki yedek hukuk kurallarına rastlamak mümkündür. Buna örnek olarak şunları verebiliriz:

1. Kira Sözleşmesinde

BK m. 257/II'ye göre, kira sözleşmesinde belirli bir süre kararlaştırılmamış veya yerel âdetlere göre de bir zaman belirlenmemişse, kira süresi altı aylık veya

¹⁸² TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 690; OĞUZMAN/ÖZ: s. 241.

¹⁸³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 802; EREN: s. 910.

¹⁸⁴ SAYMEN/ELBİR: s. 676.

senelik olarak kabul olunmuş ise, her altı ayın sonunda, şayet kira daha az süreli ise, her ayın sonunda ve nihayet sözleşmenin bitiminde ödenmesi gerekir.

BK m. 281/II'ye göre, kiracı, kira bedelini, sözleşme veya yerel âdet ile belirlenmemiş ise, her kira yılının bitiminden sonra ve nihayet, kira süresinin sona erme tarihinde ödemek zorundadır.

2. Ariyet Sözleşmesinde

BK m. 303/I'e göre, ariyet sözleşmesi, sözleşmede belirli bir süre kararlaştırılmış ise, ariyet alanın, o şeyi sözleşme gereğince kullanması veya kullanabilecek kadar bir zamanın geçmesi ile sona erer.

BK m. 304'e göre, ariyet veren, ne kadar süreyle ve niçin kullanacağını belirtmeden o şeyi vermiş ise, dilediği zaman geri isteyebilir.

3. Karz Sözleşmesinde

BK m. 312'ye göre, edimin geri verilmesi için, bir vade veya ihbar süresi belirlenmemiş ve istenildiği zaman alacağın muaccel olacağı yolunda da bir şart öngörülmemiş ise, ilk talepten başlayarak, altı hafta içinde borcun ödenmesi gerekir.

BK 308/II. maddesine göre, aksine sözleşme yok ise, belirlenen faiz, yıllık olarak ödenir.

4. Hizmet Sözleşmesinde

BK m. 326'ya göre, ücret, sözleşme veya yerel âdet ile daha kısa süreler belirlenmemişse, işçi ve iş sahibi ile birlikte yaşamayan hizmetçilere haftada bir; büro memurlarına ve iş sahibi ile birlikte yaşayan hizmetçilere her ay; hizmet sözleşmesinin sona ermesi ile herhalde muacceliyet kazanır.

5. İstisna Sözleşmesinde

BK m. 364'e göre, işin parası, teslim zamanında ödenir. Yapılan şey parça parça teslim edildikçe bedelin ifa olunacağı sözleşmede kararlaştırılmamışsa, her kısmın bedeli o kısmın teslim edildiği zaman ödenmesi gerekir.

6. Vedia Sözleşmesinde

BK m. 466'ya göre, vedia sözleşmesinde bir süre belirlenmiş olsa bile, vediayı veren, dilediği zaman eşyayı, fazlalıkları ile birlikte geri alabilir.

7. Ardiye Sözleşmesinde

BK m. 476/II'ye göre, ardiye ücreti her üç ayda kez ve herhalde eşyanın tamamının ve bir kısmının geri alınması sırasında ödenmesi gerekir.

8. Tellâlık Sözleşmesinde

BK 405. maddesine göre, tellâlin yapmış olduğu hazırlık veya aracılık sonucu sözleşme yapılmış ise, ücrete hak kazanacak; şayet sözleşme geciktirici şarta bağlı olarak yapılmışsa, şartın gerçekleşmesi ile ücret istenebilir. Yapacağı masrafların kendisine verileceği kararlaştırılmışsa, iş sonuçlanmasa bile, ücrete hak kazanır.

9. Yaşam Boyu Gelir Sözleşmesinde

BK 509/I. maddesine göre, aksine bir sözleşme olmadıkça, yaşam boyu gelir, her altı ayda bir, işlemeden ödenir.

E. İfa Zamanının Âdetle Belirlenmesi

Tarafların ifa zamanını sözleşmeyle belirlememiş olması durumunda, ancak kanunun açıkça izin verdiği durumlarda, bu konudaki âdetlere başvurmak suretiyle, ifa zamanının belirlenmesi mümkün olur. Bu durumda âdetler, kanundan önce göz

önünde tutulur.¹⁸⁵ Nitekim kira sözleşmesine ilişkin BK 257/II. ve 281. maddeleri ile hizmet sözleşmesine ilişkin BK 326. maddesinde bu durum somut olarak görülmektedir.

F. İfa Zamanının Dürüstlük Kurallarına Göre Belirlenmesi

Sözleşmede ifa zamanı konusunda bir anlaşma yoksa ve kanunun yaptığı açık bir yollama ile âdete göre de ifa zamanının belirlenmesi mümkün değilse, ancak o takdirde dürüstlük kuralına başvurulmalıdır. Sözleşmede ifa zamanı ile ilgili bir hüküm bulunmakla birlikte, yeteri kadar açık değilse, bu durumda dürüstlük kuralına başvurarak boşluk doldurmak yoluna gitmemeli; dürüstlük kuralı göz önünde tutularak, sözleşmenin yorumu yoluna başvurulmalıdır¹⁸⁶.

II. BORCUN İFA EDİLEBİLİR OLMASI

Yukarıda da ifade edildiği üzere, borcun ifa edilebilir olması, borçlunun vaktinden önce ifaya (*vorzeitige Erfüllung*) yetkili olmasını ifade eder. Buna ilişkin düzenleme, Borçlar Kanunumuzun 80. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, sözleşmenin hüküm ve niteliğinden ve hâl icabından, tarafların aksini amaçladıkları anlaşılmadığı takdirde, borçlu borcunu vadesinden önce ifa edebilir. Borcun vadesinden önce ifa edilmesi sebebiyle, borçlu, sözleşme ile veya örf ve âdete göre izin verilmiş olmadıkça borç miktarında bir indirim yapamaz.

Maddede yer alan sınırlamalar çerçevesinde, borçlu, borcunu vaktinden önce ifa etmeye yetkilidir. Bu yetkiye sahip olduğu durumda, ifayı teklif eden borçlunun teklifini kabul etmeyen alacaklı, temerrüde düşer. Borçlunun borcunu vaktinden önce

¹⁸⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 803; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 112-113; KILIÇOĞLU: s. 367-368.

¹⁸⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 803-804.

ifa edebilmesi, maddeden de anlaşılacağı üzere, kuraldır. Bu kuralın istisnaları ise yine maddeden çıkarılabilir.

Borçlunun vaktinden önce ifaya yetkili durumlarda, kural olarak, vaktinden önce ifa ettiği gerekçesiyle, (faiz veya diğer konularda) bir indirim isteyemez; zira borçlunun vaktinden önce ifa sebebiyle elde ettiği menfaat, kendi rızasına dayanmaktadır ve burada alacaklı bakımından bir sebepsiz zenginleşmeden de söz etmeye imkân yoktur. Vaktinden önce ifa sebebiyle, borçtan veya borcun fer'ilerinden bir indirim istenebilmesi, ancak bu konuda taraflar arasında bir anlaşma bulunması veya bu yolda bir âdetin varlığı halinde mümkündür. Nitekim kredi kurumlarında, vaktinden önce ifa sebebiyle indirime gidilmesi usuldendir¹⁸⁷.

ASHİ vaktinden önce ifa konusunu “Erken İfa” kenar başlıklı 7:103. maddesinde düzenlemiştir. Bu maddeye göre:

“ (1) Bir taraf, ifa teklifini kabul etmenin onun menfaatlerini ölçüsüz bir şekilde zarara uğratmadığı durumlar dışında, zamanından önce önerilen ifayı reddedilir.

(2) Bir tarafın erken ifayı kabul etmesi, kendi yükümlülüğünü ifa etmesi için belirlenen ifa zamanını etkilemez.”

Vaktinden önce ifa, *Unidroit* ilkelerinin 6.1.5. maddesinde ASHİ’ne benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple, tekrar edilmeyecektir; fakat şunu belirtmek gerekir ki, üçüncü paragrafta, vaktinden önce ifa sebebiyle ortaya çıkacak masraflara, borçlunun katlanması gerektiği açıkça kabul edilmiştir.

¹⁸⁷ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 691-692; OĞUZMAN/ÖZ: s. 238-239.

A. Sözleşme Hükümleri ve Sözleşmenin Niteliği

Sözleşmenin hükümlerinde kesin bir vade öngörülmüş ve alacağı vaktinden önce ifa edilemeyeceği kararlaştırılmışsa, borçlu, vaktinden önce borcun ifasını teklif edemez. Sözleşmenin niteliği de vaktinden önce ifaya imkân tanımayabilir. Özellikle, vadenin her iki tarafın veya alacaklının yararına konulduğu durumlarda, borçlu vaktinden önce borcu ifa edemez¹⁸⁸. Örneğin faiz şartlı ödünç sözleşmelerinde, vaktinden önce ifa alacaklının aleyhine sonuçlar yaratacağından, vaktinden önce ifa teklifini reddeden alacaklı temerrüde düşmüş sayılamaz¹⁸⁹. Aynı şekilde, resmi borçlanmalarda ve taşınmaz rehniyle temin edilmiş borçlanmalarda¹⁹⁰, alacaklı için gelir getirecek bir yere para yatırmasının söz konusu olduğu durumlarda da¹⁹¹ vaktinden önce yapılan ifa teklifini kabul etmeyen alacaklı, temerrüde düşmez.

B. Hâl ve Şartlar

Alacaklı için bazı hâl ve şartlarda vaktinden önce yapılacak ifa, olumsuz sonuçlara yol açabilir. Özellikle, vaktinden önce ifanın, alacaklı için depolanma ve muhafaza giderlerini gerektirdiği durumlar böyledir¹⁹². Alacaklının malı teslim alıp, taşınması için, aracının olmadığını tarafların bildiği durumlarda¹⁹³ veya ifa teklifinin, alacaklı için elverişsiz olduğu bir zamanda (*inopportuno tempore*) yapılması durumunda, kabul etmeyen alacaklı temerrüde düşmez. Alacaklı Pazar veya tatillerde

¹⁸⁸ KOCH: s. 27.

¹⁸⁹ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 645; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 692; EREN: s. 913.

¹⁹⁰ KOCH: s. 27.

¹⁹¹ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 692.

¹⁹² EREN: s. 913.

¹⁹³ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 645.

veya ticarî işlerin söz konusu olduğu durumlarda, mesai saatlerinin dışında yapılan ifa teklifini kabul etmeyebilir¹⁹⁴.

C. Kanun Hükümleri

Bazı kanun hükümleri de alacaklıya, vaktinden önce yapılan ifa teklifini reddetme imkânı tanımıştır. TTK. m. 560'a göre, poliçe borçlusu, vadeden önce borcunu ödeyemez. Görüldüğü üzere, alacaklı, borçlunun vaktinden önce yaptığı ifa teklifini kabul etmeyebilir.

BK m. 466/T'e göre, vedia sözleşmesinde bir süre tayin edilmiş olsa bile, vediayı veren dilediği zaman eşyayı fazlalıkları ile birlikte geri alabilir.

BK m. 467'ye göre, vediayı alan, sözleşmede tayin edilen sürenin bitiminden önce, vediayı geri veremez. Şu kadarki, önceden tayin edilemeyen haller dolayısıyla, sözleşmenin devam etmesi vedia için tehlike doğuracaksa veya vedia, alan bakımından bir zarar meydana getirirse, belli sürenin bitiminden evvel dahi geri verebilir. Süre tayin edilmemişse, her zaman iade edebilir.

§ 7. BORCUN İFASI MÜMKÜN OLMALIDIR

I. GENEL OLARAK

Edimin ifasına ilişkin alacaklı, imkânsızlık hallerinin varlığı halinde, ifayı kabul edememişse, bu durumda temerrüde düşecek midir? Bir başka ifadeyle, ifa imkânsızlığı, alacaklının temerrüde düşmesini engelleyebilir mi? Hemen ifade edelim ki, burada sözü edilen imkânsızlık, Borçlar Kanununun 20. maddesinde düzenlenen, sözleşme kurulmadan önceki imkânsızlık değil; sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan ve Borçlar Kanununun 117. maddesinde düzenlenen imkânsızlık

¹⁹⁴ KOCH: s. 27.

hallerine ilişkindir. Bilindiği üzere, sözleşme kurulmadan önce, edimin ifasına ilişkin bir imkânsızlık, sözleşmeyi bâtil kılar.

Alacaklının temerrüdünün bir şartı olarak, borcun ifasının mümkün olması, kanunda sayılmamıştır. Fakat bu şartın varlığını kabul etmek için, böyle bir düzenlemeye ihtiyaç da yoktur. İmkânsızlık ile temerrüt, niteliği gereği bir arada bulunamaz. Borcun ifasındaki bir gecikmeden ve dolayısıyla temerrütten söz edebilmek için, doğal olarak, ifasının mümkün olmasını gerektirir. Bu şart alacaklının temerrüdünün olduğu gibi, borçlunun temerrüdünün de bir şartını teşkil eder¹⁹⁵. Borçlunun ifa için uygun bir konumda olması, daha doğrusu edimi ifa edebilecek konumda olması, gerçek teklifin şart koşulduğu durumlarda, kendiliğinden ortaya çıkan bir sonuçtur. Borçlu, borçlandığı edimi, sahip olmadığı için sunamıyorsa, onun edim kapasitesine sahip olmadığı söylenebilir. Aşağıda açıklanacak olan ayırmada, sözlü teklifin yeterli olduğu, hatta teklifin gereksiz olduğu durumlarda bile, borçlunun bu edim kapasitesine sahip olması, alacaklısını temerrüde düşürebilmesinin bir şartıdır¹⁹⁶. Burada edim kapasitesi ile kastedilen, ifanın mümkün olmasından başka bir şey değildir. Dolayısıyla, alacaklının temerrüdünden söz edebilmek için, borcun ifasının mümkün olması şarttır¹⁹⁷. Sözleşme kurulduktan sonra, tarafların kusuru olmaksızın, ifanın imkânsız hale gelmesi durumunda, edimi veya ifa teklifini kabul edemeyen alacaklının temerrüde düşmesi söz konusu olmaz. Fakat imkânsızlık ile alacaklının temerrüdünü birbirinden ayırmak her zaman için kolay değildir.

¹⁹⁵ AKKANAT: s. 1, 16.

¹⁹⁶ MEDICUS: s. 205-206; BROX: s. 172.

¹⁹⁷ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 701.

Alman Hukukunda imkânsızlık ile alacaklının temerrüdünü birbirinden ayırmada kullanılacak ölçütler konusunda görüş ayrılıkları vardır.

Alacaklının temerrüdünün söz konusu olabilmesi için, borçlunun teklif zamanında ifayı yerine getirebilecek durumda olması gerekir. Teklif edilen zamanda ifa imkânsızsa veya borç yerine getirilemeyecek durumda ise, burada artık kabul temerrüdüne ilişkin hükümlerin (BGB § 293 vd.; BK m. 90 vd) uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu durumda artık imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekir (BK m. 117). Edimin imkânsızlığı, tıpkı borçlunun temerrüdünde olduğu gibi (BGB § 284), alacaklının temerrüdünü uygulanamaz kılar. Alacaklının temerrüdü ile ifa imkânsızlığı konusunda, teorik sınır sorununa ilişkin Alman Hukukunda ileri sürülen teorilerden söz etmek yararlı olacaktır:

II. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ İLE İMKÂNSIZLIĞI BİRBİRİNDEN AYIRMADA ORTAYA ATILAN TEORİLER

A. Soyutlandırma Teorisi (*Abstraktionstheorie*)

Borçlunun edimi yerine getirememesine, alacaklının eksik katılımının sebep olduğu durumlarda, kabul temerrüdünün mü, imkânsızlığın mı söz konusu olacağı tartışmalıdır. Alacaklının davranışının imkânsızlık yaratıp yaratmayacağı da bu teoride açıklanmamıştır. Alman Hukukunda eskiden baskın olan bu görüşe göre, alacaklının eksik olan katılımı varmış gibi hesaba katılmakta ve buna rağmen borçlunun borcu ifa edip edemeyeceği sınımlanmaktadır. Eksik olan alacaklının katılımı varmış gibi kabul edildiğinde (aslında yok), borçlu borcunu ifa edebilecekse, alacaklının temerrüde düştüğü kabul edilir. Buna karşılık, alacaklının eksik katılımına rağmen, borçlu borcunu yine ifa edemiyorsa, o takdirde imkânsızlık

hükümlerini uygulamak gerekir. Bu teoriye göre, ifa engeli alacaklının davranışı yüzünden yerine getirilemiyorsa, imkânsızlıktan söz edilemez¹⁹⁸.

B. İfa Teorisi (*Leistungstheorie*)

Bu teoriye göre, sadece imkân dâhilindeki bir ifa, kabulde temerrüde yol açar ve aradaki sınırı belirleyebilir. Aradaki sınır belirlemede şu önemlidir: Borçlunun, alacaklının şahsına bağlı kabul veya katılım engeli nedeniyle ifa edemediği edim, sonradan ifa edilebilir mi? Asıl önemli olan husus, edimin alacaklının davranışı sonucunda tamamen imkânsız olup olmadığı ya da sadece bir gecikmenin söz konusu olup olmadığıdır. Alacaklıda gerçekleşen kabul engeli geçici ise, örneğin piyano dersi alan bir öğrencinin hasta olması sebebiyle derse gelememesi söz konusu ise, burada bir kabul temerrüdü vardır. Çünkü piyano dersi başka bir zamanda da yerine getirilebilir. Buna karşılık, borçlunun edimini ifa etmesine, telafi etmesine devamlı olarak imkân yoksa, örneğin öğrenci tedavi edilemeyen bir el yaralanmasına maruz kalmış ve bu sebeple artık piyano çalamayacaksa, o takdirde edimin imkânsızlığı söz konusu olur¹⁹⁹.

C. Etki Alanı Teorisi (*Sphärentheorie*)

Bu teoriye göre, alacaklının temerrüdü ile imkânsızlık arasındaki sınır, ifa engelinin alacaklının etki alanından kaynaklanıp kaynaklanmadığına göre belirlenir. Alacaklının temerrüdünü doğuran olay, imkânsızlıktan kaynaklanıyorsa, o takdirde engelin hangi tarafın etki alanında gerçekleştiği araştırılmalıdır. Eğer edimin ifası alacaklının etki alanında gerçekleşen bir olay sebebiyle gerçekleşmemişse,

¹⁹⁸ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1154.

¹⁹⁹ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1154; benzer yönde bkz. OERTMANN, Paul: **Recht der Schuldverhältnisse**, Berlin, 1910, s. 143.

alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanacaktır. Buna karşılık edimin ifası, borçlunun etki alanında gerçekleşen bir olay sebebiyle gerçekleşememişse, o takdirde imkânsızlık hükümleri uygulanmalıdır²⁰⁰. Fakat ifa engellerinin etki alanlarına göre, böylesi bir dağılımının asla ikna edici olmadığı ve ayrıca alacaklının temerrüdünde ifa talebine hiç değinilmediği gerekçesiyle, tatmin edici olmadığı, haklı olarak ifade edilmiştir. Edimin sürekli olarak sağlanamaması durumunda, bu teorinin anlamsız olacağı ve bu sebeple de bu gibi durumlarda, imkânsızlığın kabulü mümkün görünmediği ifade edilmiştir²⁰¹.

D. Amaca Ulaşma ve Amacın Devam Ettirilmesi

Edimin ifası mümkün olmakla birlikte, dışarıdan kaynaklanan ve alacaklının davranışına dayanmayan bir olay sebebiyle, edimin ifası amacını kaybederse (örneğin çekilen araç tekrar çalışmaya başlar veya hasta kararlaştırılan ameliyat tarihinden önce ölürse), bunun hukukî sonuçları, amaca ulaşma ve amacın devam ettirilmesi temel ilkelerine göre belirlenir (BGB § 275)²⁰². Amaca ulaşma ve amacın devam ettirilmesi, özellikle kesin vadeli işlemler bakımından önem taşır.

Mutlak kesin vadeli bir işlem (*absolut Fixgeschäft*) söz konusu ise, zaman, edimin esaslı bir unsuru haline gelir. İfanın belirlenen vadede yapılmaması, sözleşmenin amacının elde edilmesini imkânsız kılar. Bu durumda, temerrüt hükümlerinin değil, imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekir. Örneğin bir sanatçının belirli bir tarihte yapılacak bir sergiye veya gösteriye katılamaması

²⁰⁰ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 763.

²⁰¹ MEDICUS: s. 206.

²⁰² REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1155.

durumu, sözleşmenin amacına göre telafi edilemez bir durum yaratır²⁰³. Türk-İsviçre Hukukunda bazı yazarlar, mutlak kesin vadeli işlemlerin imkânsızlık yaratacağı fikrini reddetmişlerdir. Bu yazarlara göre, bu durumda imkânsızlık değil, temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu durumda ilgili tarafın sözleşmeden dönme hakkını kullanması gerektiği ileri sürülmüştür²⁰⁴.

Kural olarak edim, zamandan soyut düşünülmektedir. Yani zaman edimin bir unsurunu teşkil etmemektedir. Oysa kesin vadeli işlemlerde zaman, edimin bir unsuru niteliğindedir. Öyle ki, belirlenen zamanda edim ifa edilmediği takdirde, işlemin amacı gerçekleşmez²⁰⁵. Örneğin bir satım sözleşmesinde, alıcı taşıma araçlarını temin etmeyi üstlenmişse, mallar araçların belirli bir tarihte hareket edecek olan gemiye yetiştirilememesi yüzünden yüklenememişse, bir imkânsızlık durumu oluşacaktır. Bu durumda temerrüt hükümlerinin uygulanması, sözleşmenin amacının gerçekleşmesine hiçbir katkı sağlamaz. Daha önce de ifade edildiği üzere, temerrüdün her iki türünde de, edimin ifası geciktirilmiş olmasına rağmen, henüz ifa edilme imkânı vardır. Şunu da ifade etmek gerekir ki, burada kastedilen imkânsızlık, mantıkî bir imkânsızlık değil, hukukî bir imkânsızlıktır. Bu ihtimalde sözleşmeye artık BK m. 117 hükmü uygulanmalıdır²⁰⁶. Sözleşmeden dönme hükümlerinin

²⁰³ SELİÇİ; Özer: “Kesin Vadeli İşlemler”, **MHAD**, 1968, Sayı: 3, s. 92-93 (Kesin Vadeli İşlemler); REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1155; kesin vadeli işlemlerin şartları konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. SELİÇİ: Kesin Vadeli İşlemler, s. 95-104.

²⁰⁴ Bu görüşte olanlar için bkz. DURAL, Mustafa : “İmkânsızlık Kavramı ve Türleri”, **Batider**, C: VII, S: 1, s. 49 dipnot 160; kesin vadeli işlemlerde temerrüt veya imkânsızlık hükümlerinden hangisinin uygulanacağına yönelik tartışmalar, kendisini özellikle borçlunun temerrüdü konusunda gösterir. Borçlunun temerrüdü dolayısıyla yapılan tartışmalardan yola çıkarak, burada sağlıklı bir sonuca ulaşılamaz.

²⁰⁵ SELİÇİ: Kesin Vadeli İşlemler, s. 92-93; ARSLANLI: s. 519 ve dipnot 68; DURAL: s. 43-44, 47-48.

²⁰⁶ ARSLANLI: s. 519 ve dipnot 68; DURAL: s. 43-44, 47-48.

uygulanması durumunda, sözleşmeden önceki durumun yaratılması, *status quo ante* gerekir. Klasik olarak verilen örneklerden yola çıkarsak, burada dönme hakkının kullanılmasının hakkaniyete uygun bir çözüm oluşturmayacağı rahatlıkla söylenebilir. Örneğin, tiyatro bileti alan ve oyunu izlemeyi hak eden bir alacaklının veya vapura binmek için bilet alan bir kişinin, mutlak kesin vadeli bu işlemi zamanında yapmaması durumunda, borçlu durumundaki taşıma borçlusunun veya tiyatro sahibinin sözleşmeden dönmesi, kabul edilemeyecek işlemlere zorlanması anlamına gelir. Bu durumda niçin yolcuya veya seyirciye karşı, sözleşmeden dönme gibi bir yola başvursun? Bunun kabulünün pratik bir değeri de yoktur. Alacaklı yönünden artık edim imkânsız hale gelmiştir. Bu imkânsızlığa kendisi neden olduğu için, borçlu, artık borcundan kurtulmalı ve zarara alacaklının kendisi katlanmalıdır.

Nispi kesin vadeli işlemlerde (*relativ Fixgeschäft*) ise, edimin sonradan ifası ve alacaklı tarafından kabulü mümkün olduğu için, temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekir. Örneğin ev sahibi tatilde olduğu için, belirli bir tarihte çatıyı tamir etmek üzere sözleşme yapan tamircinin, ev kilitli olduğu için tamirâtı yapamaması durumunda, alacaklının temerrüdü söz konusu olur²⁰⁷. Genellikle de kabul edilen görüşe göre, bu işlemler yönünden, imkânsızlık hükümleri uygulanamaz²⁰⁸.

III. UYGULAMASI

Alman Hukukunda, alacaklının temerrüdü için, alacaklının sadece ifa teklifini kabul etmemesi yeterli kabul edilmiştir. Oysa Türk-İsviçre Hukuku bakımından durum daha farklıdır; alacaklının temerrüde düşebilmesi için, sunulan edimi veya ifa

²⁰⁷ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1155.

²⁰⁸ DURAL: s. 48.

teklifini “haklı bir sebep olmaksızın” kabul etmemesi gerekir. Bu sebeple, Türk-İsviçre Hukuku bakımından, ifa imkânsızlığının varlığı halleri, alacaklının temerrüdüne engel teşkil eder²⁰⁹. Örneğin, bir eser sözleşmesinde, yüklenicinin yapmayı üstlendiği inşaatı yapmak istemesine rağmen, inşaatın yapılacağı yerin sonradan kamulaştırılması veya imar planına göre yeşil alana çevrilmesi sebebiyle inşaaata başlayamaması temerrüde düşmesini önleyecektir²¹⁰. Bir eser sözleşmesinde, malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi kararlaştırılmış olmasına rağmen, o malzemeye ilişkin ithalat yasağının getirilmiş olması sebebiyle yüklenicinin işe başlayamaması imkânsızlık sebebiyle temerrüde engel teşkil eder²¹¹. Bir dış hekimi ile hasta arasında protez yapımına ilişkin bir sözleşme yapıldıktan sonra, hastanın çene mafsallarına felç inmesi sebebiyle, doktorun proteze başlayamaması durumlarında bir sonradan imkânsızlık hali mevcuttur²¹². Bütün bu gibi durumlar, örneğin alacaklı durumunda olan iş sahibi veya felçli hastanın durumu, objektif nitelikte bir haklı sebep teşkil eder. Bu sebeple, bu gibi durumlarda, alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulama yeri yoktur.

§ 8. BORCUN İFASI ALACAKLIYA USULÜNE UYGUN OLARAK TEKLİF EDİLMİŞ OLMALIDIR

I. GENEL OLARAK İFA TEKLİFİ

Bir borç ilişkisinde, nasıl alacaklının edimi zamanında ve usulüne uygun biçimde talep etme hakkı varsa, aynı şekilde borçlunun da edimin alacaklı tarafından

²⁰⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 840; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 147.

²¹⁰ KILIÇOĞLU: s. 444.

²¹¹ FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 147.

²¹² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 840-841.

zamanında ve usulüne uygun olarak kabul edilmesinde çıkarı (hak değil) vardır. Borçlunun, alacaklı ile arasındaki hukukî bağın (iuris vinculum) çözülmesini istemekte korunmaya değer bir çıkarı vardır. Edimi kabul etmekteki inisiyatif tamamen alacaklıya bırakılamaz. Buna rağmen, alacaklı edimi kabul etmekte keyfi davranırsa, temerrüde düştüğü kabul edilmelidir²¹³.

Alacaklıyı temerrüde düşürmek için acaba ne gereklidir? *Mora creditoris* için, borç muaccel veya ifa kabiliyeti kazanması yeterli değildir. Özellikle alacaklının ifanın tamamlanabilmesi için katılımının gerekli olduğu durumlarda, bu katılımı yapması gerekir. *Mora debitoris*'teki ihtarın (*interpellatio*) yerini, bir bakıma, burada alacaklının davranışı alır. İkinci önemli husus, teklif edilen edimi alacaklının kabul etmemesidir.

İfa teklifinin amacı, borç ilişkisinin sona erdirilmesine yöneliktir. Bunun için öncelikle borçlunun ifaya hazır olması gerekir. İfa teklifi, borçlunun borcu ifa etmeye hazır olması ve bu durumda olduğunu alacaklıya bildirmesidir²¹⁴.

İfa teklifine ilişkin düzenlemelere ASHİ'nde çeşitli maddelerde rastlamaktayız. Ancak ASHİ'nde bu kavramın her zaman için doğru kullanılmadığı da görülmektedir. Nitekim ifa teklifinden söz eden düzenlemelerden biri “İfa Kalitesi” kenar başlıklı 6:108. maddedir. Bu maddeye göre, “Eğer ifanın kalitesi sözleşmede belirtilmemişse, bir taraf en azından ortalama bir kalite üzerinden ifayı teklif etmelidir.”. VAQUER, burada kullanılan ifa teklifi (tender) kavramının yerine olmadığına işaret etmektedir. Zira burada, ifa teklifine ilişkin bir sorundan çok, borcun ifasına ilişkin bir düzenlemenin varlığına dikkat çekmektedir. Nitekim

²¹³ KOCH: s. 9.

²¹⁴ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 696.

Unidroit İlkelerinin 5.6. maddesinde, *tender* kavramı yerine *render* kavramı kullanılmıştır ki, bu daha isabetli bir seçimdir²¹⁵.

Benzer bir yanlış kavram kullanımına “Mahsup” kenar başlıklı 7:109. maddede rastlanmaktadır: “ (1) Taraflardan birinin aynı türden birden çok borcu ifa etmesi gerektiği ve teklif edilen ifanın, bütün borçları ifaya yetmediği durumlarda, bu taraf dördüncü paragraf uyarınca, bunun hangi borcun ifası sayılacağını karşı tarafa bildirmelidir...”. Maddede yer alan düzenleme, doğrudan ifa teklifi ve onun geçerliliğine ilişkin bir düzenleme değil, doğrudan borçların ifasına ilişkin bir düzenlemedir²¹⁶. Bunun dışındaki diğer düzenlemelere yeri geldikçe ilgili yerlerde değinilecektir.

II. İFA TEKLİFİNİN ALACAKLININ TEMERRÜDE DÜŞMESİNDEKİ ROLÜ

İfa teklifinin, alacaklının temerrüde düşmesinde gerekli bir unsur olup olmadığı, tartışılmıştır. Özellikle SCHEY ve KOHLER, alacaklının temerrüde düşmesi için, ifa teklifinin gerekli olmadığı görüşünü ileri sürmüşlerdir. Anılan yazarlara göre, kaynaklarda belirtilen zorunluluk ifa teklifine değil, ifaya hazır olmaya ilişkindir. Kaynaklar, sadece ifaya hazır olma şartını aramaktadırlar²¹⁷. Buna gerekçe olarak da, kaynaklardaki şu düzenlemeleri göstermişlerdir:

D. 19.1.3.4

Pomponius 9 ad sab.

²¹⁵ VAQUER: s. 90.

²¹⁶ VAQUER: s. 91.

²¹⁷ SCHEY: s. 108-109; KOHLER: s. 400.

Quod si per emptorem mora fuisset, aestimari oportet pretium quod sit cum agatur, et quo loco minoris sit. mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere. item non oportet eius loci pretia spectari, in quo agatur, sed eius, ubi vina tradi oportet: nam quod a brundisio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, brundisi tradi oportet.

Ama alıcı gecikmeden sorumluyrsa, fiyat dava konu olduğunda, hangi yerde daha ucuzsa, o esas alınır. Eğer satıcının teslimatını engelleyen bir durum yoksa, alıcının temerrüdü oluşur ve özellikle satıcı, istenen zamanda teslim için kendini hazır olarak bulunduruyorsa temerrüt gerçekleşir. Ayrıca, davanın görüldüğü yerdeki fiyatlar değil, şarabın teslim edildiği yerdeki cari fiyatlar esas alınmalıdır. Brundisium'dan alınan şarap, satış başka yerde sonuçlanmışsa bile, Brundisium'da teslim edilmelidir.

D. 46.3.39

Africanus 8 quaest.

Si, soluturus pecuniam tibi, iussu tuo signatam eam apud nummularium, quoad probaretur, deposuerim, tui periculi eam fore mela libro decimo scribit. quod verum est, cum eo tamen, ut illud maxime spectetur, an per te steterit, quo minus in continenti probaretur: nam tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles. in qua specie non utique semper tuum periculum erit: quid enim, si inopportuno tempore vel loco optulerim? his consequens esse puto, ut etiam, si et emptor nummos et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint, et nummi emptoris periculo sint (utique si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit) et nihilo minus merx quoque, quia emptio perfecta sit.

Eğer, sana para vermek üzereyken, onaylanıncaya kadar, senin talimatın gereğince, mühürlü bir şekilde, bir bankere tevdi edersem, Mela 10. kitabında şöyle yazar, bu senin riskindedir. Bu doğrudur, hemen onaylanmasının senin kusurun olup olmadığı,

özellikle dikkate alınmasının niteliğine bağlı olması doğrudur; zira o zaman durum, güya, ifaya hazır olduğunda, bazı nedenlerden dolayı riskin daima sana ait olmadığı bir durumda kabul etmeye istekli olmadığın bir durum olacaktır. Çünkü uygun olmayan bir zaman ve yerde teklif etmişsem ne var ki? Bunu takiben, sanırım benzer şekilde, şayet alıcı bedeli ve satıcı da malı tevdi ederse, bir diğerine karşı az güven duyduklarından ötürü, para alıcının riskindedir (kesinlikle tevdi edileni seçmişse ve aynı şekilde mal da), çünkü satım tamamlanmıştır.

Kaynaklarda yer alan ve alacaklının temerrüdü ile ilgili en önemli metinlerden olan bu metinlerin, ifa teklifi şartından söz etmediği ileri sürülerek, ifa teklifinin alacaklının temerrüdünün gerçekleşmesinde bir unsur olmadığı ifade edilmiştir. MOMMSEN ve KOCH, haklı olarak, en büyük dayanak olarak gösterilen, özellikle D.19.1.3.4'deki metnin, alacaklının temerrüdü için gerekli olan bütün şartları tam olarak saymadığını ve dolayısıyla ifa teklifine de yer vermediğini ifade etmişlerdir. “*parato me solvere*” (ifaya hazır olduğunda), ifadesi, basit bir hazır olmaya değil, aksine hazır olma açıklamasına ilişkindir²¹⁸. HARKE, özellikle ikinci metinde, teklifin yapılmasının mümkün olmadığı somut bir olaydan bahsedilmiş olabileceğine işaret etmektedir²¹⁹. Kaynaklarda yer alan bir iki düzenlemeyi örnek göstererek, ifa teklifinin gerekli olmadığını ileri sürmek güç olsa gerektir. Kaldı ki, kaynaklarda ifa teklifinin zorunlu bir unsur olduğunu gösteren başka düzenlemelere de rastlamak mümkündür:

D. 46.3.72.3

Marcellus 20 D.

²¹⁸ MOMMSEN: s. 140 dipnot 2; KOCH: s. 10.

²¹⁹ HARKE, Jan Dirk: *Mora Debitoris und Mora Creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2005, s. 105.

Idem responsum est, si quis, cum subreptus sibi servus esset, sub condicione stipulatus fuerit quidquid furem dare facere oportet: nam et fur condicione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit. si tamen, cum in provincia forte servus esset, intercesserit stipulatio (et finge prius quam facultatem eius nancisceretur fur vel promissor, decessisse servum), non poterit rationi, quam supra reddidimus, locus esse: non enim optulisse eum propter absentiam intellegi potest.

Bir kişinin kölesi çalındığında, hırsızın her ne vermesi ya da yapmasına ilişkin şartlı stipulatio'yu almalıdır; çünkü hırsız condictio'dan serbest kalır, eğer mal sahibi kendisine teklif edilen köleyi kabul etmeyi reddederse, bu durumda da yanıt aynı olur. Ama şayet, köle bir eyalette iken stipulatio yapılırsa (varsayalım ki, hırsız ya da vaad eden, onu teslim etmeden önce köle ölürse), yukarıda belirttiğimiz gerekçeye zemin teşkil etmez; çünkü onun yokluğu nedeniyle, yapılan bir teklif varsayılmadığından dolayı, bu bir gerekçe oluşturmaz.

D. 18.6.1.3

Ulpianus 28 ad sab.

Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori.

Şimdi satıcı yasal olarak şarabı dökebilir. Şarabın teslimi için bir zaman belirlenmişse ve o zaman zarfında teslim alınmamışsa, satıcı şarabı dökebilir. Ancak, durup dururken dökemez. Öncelikle alıcıyı tanıklar huzurunda dökmeceği konusunda uyarmalı, buna rağmen kişi gereğini yapmazsa dökmeceğini belirtmelidir. Dökme hakkı olduğu halde dökmezse, övülür/takdir edilir. Şarapların içinde bulunduğu kaplarda boşaltması durumunda yararı olduğu halde, kapta tutarsa, ya da bunlar için kaplar kiralamak durumundaysa, fıçıları için daha sonra ayrıca kira ücreti alabilir. Ama daha doğru olanı, fıçı kiralaması ve şarapları alıcı kiralalarını ödeyinceye kadar fıçılarda tutmasıdır, aksi durumda şarapları satmasıdır. Asıl doğru olan budur. Kısaca kendine zarar vermemek kaydıyla, alıcının zararını hafifletmelidir.

D. 18.6.1.4

Ulpianus 28 ad sab.

Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit.

Fıçılarda şarap alırsınız ve teslimatına ilişkin herhangi bir mutabakat yoksa, fıçılar yeni mahsuller için ihtiyaç duyulmadan önce, boşaltılması gerektiği varsayılır. Ancak bu şekilde boşaltılmazsa, satıcı daha önceki hukukçunun tavsiye ettiği biçimde davranır: Hasırdan yapılmış sepetlerle ölçer ve öylece döker. Önceki hukukçular, ölçüm amaçlı bu yöntemi tavsiye ettiler. Miktarın belirsiz olduğunu varsayarak, alıcının kaybının ne kadar olduğunu netleştirmek amacıyla bu yapılır.

Bütün bu metinlerde görüleceği üzere, alacaklının temerrüde düşmesinde, ifa teklifi aranan bir unsurdur. Belki tartışılması gereken husus, bu teklifin şekli ve niteliği olabilir; fakat teklifin kendisi olamaz. Nitekim aşağıda tartışılacağı üzere, yapılması gereken teklifin gerçek mi olması gerektiği, yoksa sözlü teklifin de yeterli sayılıp sayılamayacağıdır.

III. İFA TEKLİFİ YAPMA YETKİSİ VE TEKLİFİN YAPILABİLECEĞİ KİŞİLER

A. İfa Teklifi Yapma Yetkisi

Her şeyden önce borçlunun, geçerli bir şekilde ifa teklifinde bulunmaya yetkili olduğundan şüphe edilemez. Ancak borçlunun bu yetkisini kullanabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Borçlunun fiil ehliyetinin olmaması durumunda, ifa teklifini yasal temsilcisi yapmalıdır. Tam ehliyetsizler bakımından, yasal temsilcilerinin ifa teklifinde bulunması zorunludur. Yani tam ehliyetsizler, hiçbir şekilde geçerli bir ifa teklifinde bulunamazlar. Buna karşılık, sınırlı işlem ehliyetine sahip olanlar, yasal temsilcilerinin onayını almak koşuluyla, geçerli bir ifa teklifi yapabileceklerdir. Roma Hukukunda bu kişiler hakkında *Senatus Consultum Vellaeum*²²⁰ hükümleri de uygulanamayacaktır; zira bu konudaki yasak, onların başkaları için beyanda bulunarak sorumluluk altına girmelerini yasaklamıştır²²¹.

İfa teklifi yapma yetkisinin kime ait olduğu, başka bir anlatımla, borçlunun yanı sıra, üçüncü kişilerin veya borçlunun temsilcisinin geçerli bir şekilde ifa

²²⁰ Kadınların üçüncü şahıslar lehine borçlanmalarını yasaklayan Senatus kararıdır. Bu karara göre kadınlar, başkalarına kefil olamazlar, başkaları hesabına karz alamazlar, mallarını rehin veremezlerdi; bkz. UMUR: Lügat, s. 195.

²²¹ BERNSTEIN: s. 31.

teklifinde bulunup bulunamayacağı hususu, borcun ifa edilmesine ilişkin genel ilkelere göre çözümlenmelidir²²². Yani kim borcu ifa etmeye yetkili ise, o aynı zamanda ifa teklifinde de bulunmaya yetkili sayılacaktır.

Kural olarak borçlu, borcunu şahsen ifa etmek zorunda değildir. Buna karşılık, borçlunun şahsının sözleşmedeki özel düzenlemeye veya işin özel niteliğine göre önemli olduğu durumlarda, borçlu borcunu şahsen ifa etmelidir. Özellikle borçlunun kişisel yeteneğinin gerektiği durumlarla, kişisel güven gerektiren durumlarda, durum böyledir²²³. Borçlunun şahsının önem arz etmediği durumlarda, her üçüncü kişi borcu ifa edebilir. Bu sebeple, borçlu dışındaki üçüncü kişilerin edimi ifa yetkisine haiz olduğu durumlarda, üçüncü kişi ifa teklifinde de bulunmak yetkisini haizdir. Bu gibi durumlarda, üçüncü kişinin yapacağı ifa teklifi de alacaklıyı temerrüde düşürebilir²²⁴; meğerki bu teklife borçlu itiraz etmiş olsun (BGB § 267). Yani üçüncü şahsın yapacağı ifa teklifine, borçlu itiraz ederse, artık bu teklifin alacaklıyı temerrüde düşürmesi söz konusu olmaz²²⁵. Borçlunun yetkili temsilcisinin de ifa teklifinde bulunabileceği tartışmasızdır. Hatta bu konuda, Roma Hukukunda öngörülen ayrımın (genel veya özel *procurator* olmasının) da bir önemi yoktur²²⁶.

Bunun yanı sıra, borçlunun kefil de geçerli bir şekilde ifa teklifinde bulunabilir. İfa teklifinin bu şekilde üçüncü şahıslarca yapılması durumunda,

²²² KOCH: s. 28.

²²³ BERNSTEIN: s. 32; KOCH: s. 28; TUHR/ESCHER: s. 70.

²²⁴ OERTMANN, Paul: **Recht der Schuldverhältnisse**, Berlin, 1910, s. 142; VAQUER: s. 99; KOCH: s. 28; BERNSTEIN: s. 31; OSER/SCHÖNENBERGER: s. 697; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 756; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 142; EREN: s. 971; REİSOĞLU: s. 289 dipnot 2; İNAL: s. 220-221.

²²⁵ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1155.

²²⁶ BERNSTEIN: s. 31.

alacaklıyı temerrüde düşürebilmesi için, teklif edilen edimin, borçlunun borçlu olduğu şey ile aynı olması, hatta üçüncü kişinin teklifinin de gerçek teklif olması, yani üçüncü kişinin gerçekten ifaya hazır olması gerekir²²⁷. Daha genel bir anlatımla, borçlunun geçerli bir teklifi için aranan tüm şartların üçüncü şahısta da mevcut olması gerekir. Aksi halde, üçüncü kişinin yaptığı teklif alacaklıyı temerrüde düşürmez.

İfa teklifinin borçlu adına yapılması zorunlu değildir. Hatta bazı hallerde, buna imkân da yoktur. Örneğin borçlunun mirasçısının borçlu adına hareket etmesi düşünülemez²²⁸.

Borçlunun dava masrafları ve vergi borçları gibi borçlarından ötürü üçüncü kişiler ifa teklifinde bulunabilir. Bunun dışında, ceza kanunları gereği verilen para cezaları bakımından, bunların kişiye yönelik müeyyide oldukları gerekçesiyle üçüncü kişilerce ifasının teklif edilememesi gerektiği ileri sürülmüştür²²⁹.

İfa teklifinin üçüncü kişiler tarafından da yapılabilmesi, aşağıda açıklanacak olan, gerçek teklifin söz konusu olduğu durumlarla sınırlıdır. Sözlü ifa teklifinin yapılabildiği durumlarda, ifa teklifini sadece borçlu, temsilcisi veya usulünce borçluya halef olan üçüncü kişi yapabilir²³⁰. Borçlunun temsilcisi veya halefi olmayan üçüncü kişilerin, sözlü ifa teklifi yapma yetkisi yoktur.

²²⁷ KOCH: s. 28.

²²⁸ KOCH: s. 29.

²²⁹ DONELLUS: 1. cit'ten naklen KOCH: s. 32.

²³⁰ TUHR: s. 535; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 758; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 145.

Müteselsil borç ilişkisinin olduğu durumlarda, müteselsil borçlulardan biri tarafından yapılacak ifa teklifi, alacaklının temerrüde düşürmeye yeterlidir²³¹.

İştirak halinde bir borcun (*Gesamthandsschuld*) söz konusu olduğu durumlarda, edim sadece bütün borçlular tarafından teklif edilebilir; zira ortaklığa bağlı edim, ortak bir bağımlılık içinde, ortak olarak borçlu olunan edimdir²³².

Üçüncü şahsın borcu ifa etme yetkisi, ASHİ'nin“Üçüncü Şahıs tarafından İfa” kenar başlıklı, 7:106.maddesinde düzenlenmiştir:

“ (1) Alacaklı, sözleşmeye göre, kişisel özelliklerin gerektirdiği durumlar hariç, üçüncü şahıs tarafından yapılan ifayı reddedemez:

(a) Üçüncü şahıs borçlunun rızası ile hareket ederse; veya

(b) Üçüncü şahsın ifada yasal bir menfaati varsa ve borçlu ifada başarısız olursa veya ifayı zorunlu olan ifa süresinde yapamayacağı açıkça belli ise.

(2) Üçüncü şahıs tarafından, paragraf (1)'e göre yapılan ifa, borçluyu borcundan kurtarır.”.

BGB 267, NBW madde 6:73 ve *Codice Civile* madde 1180'e göre, üçüncü kişi borçlunun rızasıyla hareket etmelidir veya ifada meşru bir çıkarı olmalıdır. Aynı şartlar ifa teklifine de uygulanmaktadır. Bir kişinin teklif konusunda yetkilendirmenin tersine, ASHİ, bir kişinin ifayı alma konusunda yetkilendirilmesini tanımlayan bir hüküm içermemektedir. Elbette ASHİ, alacaklı ve temsilciyi, ifayı kabul edebilen ve borçluyu kurtarabilen kişiler olarak varsaymaktadır. Fakat aynı zamanda *adiectus solutionis causa*; eğer taraflar ödemenin belirli bir kişiye yapılması

²³¹ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 697.

²³² REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1155.

gerektiği hususunda anlaşmışlarsa, bu kişiye ifa önerisi yalnızca uygun bir teklif olarak nitelendirilebilir (madde 8:104)²³³.

B. İfa Teklifinin Yapılabileceği Kişiler

İfa teklifinin geçerli olabilmesi için, kural olarak, bizzat alacaklıya yapılması gerekir. Eğer alacaklı fiil ehliyetinden yoksun ise, yasal temsilcisine ifa teklifi yapmak gerekir²³⁴.

İfa teklifi, alacaklıya yapılabileceği gibi, alacaklı adına kabule yetkili herhangi bir temsilcisine karşı da yapılabilir. Bu durumda temsilcinin yapılan ifayı kabul etmemesi de alacaklıyı temerrüde düşürür²³⁵. Buna karşılık DONELLUS, alacaklının temsilcisinin ifa teklifi reddetmesi durumunda, bunun alacaklıyı temerrüde düşüremeyeceği görüşündedir. Ona göre, temsilciye verilen temsil yetkisi ifayı kabule ilişkindir; reddetmeye ilişkin kendisine bir yetki verilmiş değildir²³⁶.

MADAI ve MOMMSEN, alacaklının temsilcisinin özel temsilci (*Spezialprokurator*) veya genel temsilci (*Universalprokurator*) olması arasında fark gözetirler. Onlara göre, özel temsilcinin ifa teklifini reddetmesi durumunda, kabul temerrüdü (*mora accipendi*) oluşmaz; zira temsilcinin bu davranışı, kendi yetkisinde olmayan bir durumdur ve onun bu davranışı alacaklıyı bağlamaz. Başka bir anlatımla, onun yetkisi edimi kabul etmeye ilişkindir; edimi reddetme konusunda bir yetkiye sahip değildir. Buna karşılık tüm malvarlığının temsilcisi durumunda olan

²³³ VAQUER: s. 99.

²³⁴ REHBEIN: s. 137; KOCH: s. 32; BERNSTEIN: s. 30.

²³⁵ MATTHIAS: s. 198; TUHR: s. 535; REHBEIN: s. 137; TUHR/ESCHER: s. 70; OSER/SCHÖNENBERGER: s. 698; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 142; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 758.

²³⁶ KOCH: s. 32-33'ten naklen.

Procurator omnium bonorum, özel bir yetki almaksızın sözleşme yapabilir; yapılan ifayı kabul edebilir ve yaptığı her davranış, alacaklıyı sorumlu duruma düşürür. Dolayısıyla onun ifa teklifini reddetmesi de alacaklıyı bağlar, temerrüde düşürür²³⁷. Bu görüş kabul edilebilir değildir. Temsilci ister genel ister özel olsun, mademki ifayı kabule yetkili kılınmıştır, bu yetki reddetmeyi de içinde barındırır. Dolayısıyla ifa teklifini reddetmekle alacaklının iradesi dışına çıkıldığı ve bundan alacaklının sorumlu tutulmaması gerektiği gibi bir gerekçe tatmin edici olmaktan uzaktır. Bu husus, tarafların kendi iç ilişkilerindeki sorumluluklarını tayin etme bakımından bir önem arz eder. Nitekim buna ilişkin kaynaklarda açık düzenlemeler vardır²³⁸:

D. 46.3.34.3

Iulianus 54 D.

Si titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.

Eğer Titius'u tüm işlerimin başına getirirsem ve sonra yetkisini feshedersem, borçlu bundan habersizse, onlar onu ödemekle serbest kalırlar; çünkü birini tüm işlerinin başına getiren biri, borçlularını procurator'a ödeme yapmaya yetkili kılmıştır.

Bunun dışında, kaynaklarda hem alacaklıya hem de temsilcisine yapılan ifanın geçerli olduğun ilişkin başka düzenlemelere de rastlamak mümkündür²³⁹:

D. 50.17.180

Paulus 17 ad plaut.

²³⁷ MADAI: s. 249; MOMMSEN: s. 315; aynı görüşte bkz. BERNSTEIN: s. 30.

²³⁸ KOCH: s. 33.

²³⁹ Ayrıca bkz. D. 46.3.49 ve D. 46.3.12.

Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset.

Bir başkasının emri üzerine ödenen herhangi bir şey, kişinin kendisine ödenen şeyin aynısı gibidir.

Üçüncü şahıs lehine sözleşmelerde, edim üçüncü kişiye teklif edilmelidir. Temsilciye yapılan teklifte, borçlunun alacaklı tarafından temsilciye ifa teklifi yapma konusunda yetkilendirilip yetkilendirilmediği önemli değildir. Önemli olan, sadece tam yetkili temsilcinin olup olmadığı veya bu temsilcinin kabul etmeye ilişkin bir yetkiye sahip olup olmadığıdır²⁴⁰.

Alacaklılar arasında teselsül varsa, yani müteselsil alacaklılık durumu söz konusu ise (*Gesamtgläubiger*), alacaklılardan birine yapılacak teklif yeterlidir. Müteselsil alacaklılardan birinin temerrüdü BGB 429/1. paragrafa göre, diğer alacaklılar karşısında da hüküm ifade eder. Alacaklılar arasında iştirak halinde alacaklılık söz konusu ise (*Gesamthandsgläubiger*), borçlu edimi bütün alacaklılara teklif etmek zorundadır. Çünkü alacaklılar ancak ortak olarak edimi kabul edebilirler (BGB § 432)²⁴¹.

Alacaklıların birden fazla olması ve edimin hepsine birden ifa edilmesi gereken durumlarda, bir başka anlatımla, bölünemez borçların söz konusu olduğu durumlarda, ifa teklifi bütün alacaklılara yapılmalıdır (BK m. 69)²⁴².

²⁴⁰ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1155.

²⁴¹ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 698; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 758; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1156.

²⁴² OSER/SCHÖNENBERGER: s. 698; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 758.

IV. İFA TEKLİFİNİN GERÇEK OLMASI

Alacaklının işbirliğinden kaçınmasına bağlı olarak, borçlunun, ifasızlığın olumsuz sonuçlarından kurtulması için, borçlu çok basit bir şekilde ifaya çaba göstermelidir. Borçlunun ödevi, ifaya istekli ve hazır olduğunu; alacaklının işbirliğinden kaçınmasına rağmen yapabileceği her şeyi yaptığını ispatlamaktır. Bu nedenle, borçlunun ifaya hazır oluşunun boyutu, alacaklının işbirliğine ve yükümlülüğünün içeriğine bağlıdır. İlk bakışta, geçerli bir ifa teklifi için gereken şartlarla, ifa için gereken şartların tamamen aynı olması gerektiği söylenebilir. Geçerli bir ifa teklifin lüzumlu şartları için, her şeyden önce, bu teklifin gerçek (*real*) olması gerekir. Ancak, bazı hallerde sözlü ifa teklifi de alacaklıyı temerrüde düşürmeye yeterli olur²⁴³.

İfa teklifinin alacaklıyı temerrüde düşürebilmesi için, borçlunun ifaya hazır ve istekli olması gerekir. Bunu ifade etmek için, gerçek teklif (*real oblation*) ve sözlü teklif (*verbal oblation*) şeklinde bir ayrıma gidilmiştir. Fakat bu ayrıma karşı çıkanlar da vardır. KOCH²⁴⁴ ve ROSENBERG, bu ayrıma karşı çıkmışlardır. Çeşitli teklif türleri arasındaki farklılık temelindeki bir yaklaşımın tatmin edici olmadığı ileri sürülmüştür. Hukukun, yükümlülüğün bütün ihtimallerini öngöremeyeceği durumlarda, bütün olayları kapsayamayacak sınıflandırmalar oluşturmaktan kaçınması gerektiği ileri sürülmüştür. BGB'nin yasalaşmasından kısa bir süre sonra, ROSENBERG, gerçek ve sözlü teklif ayrımına karşı çıkılmasını önermişti; çünkü ona göre, bu ayrım yararlı bir amaca hizmet etmiyordu ve teklifin usulü de önemli

²⁴³ VAQUER: s. 93-94; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 435.

²⁴⁴ KOCH: s. 9, dipnot 1; yazar, “*realoblation*” deyimini ifanın borçlu tarafından hazır edilerek doğrudan teklif edilmesi anlamında kullanacağını, “*verbaloblation*” ile bunun karşıtını ifade etmek istediğini, yoksa böyle bir ayrıma karşı olduğunu ifade etmektedir.

değildi. Alman ve İtalyan Medeni Kanunları, ifa teklifine ilişkin yukarıdaki ayrımı olduğu gibi benimsemişlerdir. Buna karşılık, Hollanda, Portekiz, İspanya kanunları ile Türk-İsviçre Borçlar Kanunu ifa teklifine ilişkin bir sınıflandırma yapmaktan kaçınmıştır. Bu kanunlarda “ifaya istekli ve hazır olma” anahtar kavramdır. İfa teklifi de, sadece böyle bir istekli ve hazır olma halinin açıklanmasıdır. Borçlunun ifa teklifi olmaksızın, ifaya hazır ve istekli olması yeterli kabul edilmiştir. Fransız ve İtalyan kanunları (sırasıyla) *offres réelles* ve *offerta reale* atıfta bulunur; BGB §§ 294-295’te temel bir tasnif olarak bu ayrımı kullanır (*tatsächliches Angebot/wörtliches Angebot* = gerçek teklif/sözlü teklif)²⁴⁵.

Bu iki kategori, yani gerçek ve sözlü teklif ayrımı, *Comman Law* davalarında da bilinmektedir. Orada, “para teklifi, vadesi gelmiş miktarın ortaya konulmasını gerektirir” gibi cümlelere rastlanır. Borçlu tarafından paranın doğru bir şekilde gösterilmesinin gereği, *Sucklinge v. Coney* davasında görülmektedir. Bununla birlikte, borçlunun, ödemeye hazır olmanın yanı sıra, alacaklıya teklifte bulunmak zorunda oluşuna, daha önceki ifadede de dolaylı biçimde işaret edildiği görülmektedir. “Çantadaki paranın teklifi, senin için param vardır anlamına gelir ki, bu, iyi bir teklif değildir”²⁴⁶.

Gerçek teklif ile sözlü teklif ayrımına esas alınacak ölçü konusunda, GLÜCK şu ölçüyü önermektedir: Şayet borçlu ifa edeceği bir “*Factum*”a²⁴⁷ sahipse, basit bir sözlü açıklama yeterlidir. Borcun konusunun hareketli bir eşya (taşınır) olduğu

²⁴⁵ VAQUER: s. 94-95.

²⁴⁶ VAQUER: s. 93.

²⁴⁷ *Factum*, *Ius Civile* tarafından geçerli bir dava hakkı tanınmamış olaylarda, *Praetor*’un hakkaniyete göre, korumaya uygun bulduğu ve *Formula*’nın *intentio* kısmına dahil ettiği, vakiadır; bkz. UMUR: Lügat, s. 15.

durumlarda, borçlu bunu alacaklıya yerinde ödemek amacıyla, gerçekten götürmeli ve bu şekilde teklif etmelidir. Buna karşılık ifa konusu bir taşınmaz ise, o takdirde ifaya hazır olunduğuna ilişkin sözlü ya da yazılı bir bildirim yeterli olur²⁴⁸. O bu ayrımı yaparken, özellikle şu metne dayanmaktadır:

D. 50.17.39

Pomponius 32 ad sab.

In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat.

Tüm durumlarda, şayet bir başkası, bir şeyin ifasının temerrüdünden sorumluysa, o şey yapılmış kabul edilir.

MADAI, GLÜCK'ün görüşlerinin ve dayandığı metinden çıkardığı sonuçların hatalı olduğunu dile getirmektedir. Yapılan temel hata, genel bir kural oluşturulma çabasıdır. Borç ilişkisinin sona ermeyen çeşitliliği nazara alındığında, belki bireysel olaylarda doğru olabilecek bir sonucun, genelleştirilmesi yoluna gidilemez. Dayanılan metin de onu haklı kılmaz; zira bu metin “*obligationes in faciendo*”da temerrüdün etkilerine ilişkindir. Burada *mora creditoris*'in koşullarına ilişkin bir açıklamadan bahsedilmemekte, sadece sonuçlarına ilişkin bir düzenleme söz konusu yapılmaktadır²⁴⁹.

BGB'de gerçek tekliften söz edildiği ve bu ayrımın açıkça kabul edildiği ifade edilmişti. Bu konudaki düzenleme, “gerçek teklif (*Tatsächliches Angebot*)” kenar başlığı altında, BGB'nin 294. paragrafında yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, edim alacaklıya, alabilmesine yol açacak şekilde, gerçekte teklif edilmek zorundadır.

²⁴⁸ GLÜCK: Pandekten IV, s. 408, KOCH: s. 10-11'den naklen.

²⁴⁹ MADAI: s. 234-237.

Gerçek tekliften ne anlaşılması gerekir? Bunun kapsamı, borcun türüne göre değişir. Genel bir ifadeyle, borç konusu taşınır bir mal ise, alacaklıya gerçekte sunulmalı, götürülecek bir borç (*Bringschuld*) söz konusu ise, alacaklıya götürülmeli ve bunlara ilave olarak, teklifte ifaya hazır olunduğu açıkça dile getirilmeli²⁵⁰; örneğin, sipariş edilen araba, evin önüne getirilmeli veya temizlikçi kadın eve gelmelidir²⁵¹.

“*Non sufficit aliquem esse paratum solvere, nisi habeat pecuniam ad manus, qua offerat* (Sahip olunan para elde olmadıkça sadece bunun ödemeye hazır olduğunun belirtilmesi yeterli değildir)”. “*Leges, qui requirunt oblationem intelliguntur de oblationi reali, non verbali* (Yasa tekliften söz ettiğinde bunun anlamı gerçek tekliftir, sözlü değil)”. Ödemek için paraya sahip olmak, geçerli bir teklif için yeterli değildir; bu edimin gerçek teklifi de değildir. Sahip olunan bir parayı ödemeye veya şeyleri teslim etmeye hazır olmak, geçerli bir teklif için yeterli değildir. Borçlu söz verilen şeyleri (*res, hence, oblatio realis*) göstermekle teklif etmek zorundadır²⁵².

Gerçek teklif, bir hareketi gerektirir; bu bir hukukî işlem değildir. Yukarıda belirtilen örneklere paralel olarak, bir para borçlusunun parayı yanında taşıması ve sadece alacaklının kabul beyanı üzerine verebilecek durumda olması hallerinde yapacağı teklif gerçek tekliftir. Örneğin borçlu, parayı bankada hazır tutuyorsa ya da

²⁵⁰ MOMMSEN: s. 142; KOHLER: s. 400; KASER: s. 143; HASENÖHRL: s. 352; HONSELL/VOGT/WIEGAND: s. 532; MATTHIAS: s. 198; ENDEMANN, Friedrich: **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts**, Berlin, 1899, s. 622 (Lehrbuch); BARRE, Ernst: **Bürgerlichen Gesetzbuch und Code Civil: vergleichende Darstellung des deutschen und französischen**, Berlin, 1897, s. 126.

²⁵¹ BÜREN, Bruno von: **Schweizerisches Obligationenrecht**, Zürich, 1964, s. 414-415.

²⁵² VAQUER: s. 93.

bir posta alıcıya gösterilmeden, iadeli taahhütlü olarak geri gönderiliyorsa, burada gerçek tekliften söz edilemez. Taşınmaz satımına ilişkin olarak gerçek teklif, alacaklıya uygun bir zamanda -Alman Hukukunda- noter randevusu veya hukukumuz bakımından tapu sicil müdürlüğüne bir çağrı şeklinde bildirilirse söz konusu olur. Eğer alıcı, çağrıldığı halde gitmezse veya bu teklifi kabul etmezse ya da kendisinin borçlu olduğu taşınmaz satış bedelini ödemezse, temerrüde düşer. Götürme borçlarının (*Bringschuld*) söz konusu olduğu durumlarda, borçlu, edimi gerçekte alacaklıya götürmek zorundadır. Gönderme borçlarında (*Schickschuld*), özellikle gönderme satışlarında (*Versendungskauf*), gönderilecek eşya, alacaklıya varmak zorundadır²⁵³; zira alacaklı, ancak bu durumda kabul konusunda bir karar verebilecektir. Bu sebeple, taşımadaki gecikmeler, kabul temerrüdünü etkilemez²⁵⁴.

Daha genel bir ifadeyle, edim öyle bir şekilde teklif edilmelidir ki, alacaklının herhangi bir müdahalesine gerek olmasın ve kabul etmekten başka bir hareketini gerektirmesin²⁵⁵. Borçlu, edimini alacaklıya gerçekte sunmalı, edimi alacaklının alabileceği şekilde, hazır, tamamlanmış ve kabulü mümkün olacak bir şekilde bulundurmalıdır²⁵⁶. Bunun için, alacaklı, düzenli olarak bilgilendirilmelidir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, borçlunun parayı sadece yanında taşıması, fakat bu konuda alacaklıyı bilgilendirmemesi, yeterli kabul edilemez; alacaklı, paranın

²⁵³ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1158; benzer yönde bkz. MEDICUS: s. 204; OERTMANN: s. 144; GESCHNITZER: s. 59; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 435-436.

²⁵⁴ MEDICUS: s. 204.

²⁵⁵ TUHR/ESCHER: s. 70-71; CROME: s. 150; BROX: s. 172; MEDICUS: s. 205; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1158.

²⁵⁶ JÖRS, Paul/KUNKEL, Wolfgang: **Römisches Privatrecht**, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, s. 185.

borçlunun yanında olduğu konusunda bir bilgiye sahip olduğu takdirde, bu teklif gerçek bir teklif olarak kabul edilebilir²⁵⁷.

Fransız Medeni Kanunu, yukarıda da ifade edildiği üzere, alacaklının temerrüdünün gerçekleşebilmesi için, teklifin gerçek teklif olması gerektiği esassından hareket etmiştir. Buna ilişkin 1258. maddesinde, gerçek teklifin oluşması için gerekli şartlar yedi bent halinde sayılmıştır. Anılan düzenleme şöyledir:

“Gerçek tekliflerin geçerli olabilmesi için, şunlar gerekir:

1. Tekliflerin bunları kabul etme kapasitesine sahip alacaklıya veya onun adına kabul etme yetkisine sahip birisine yapılması gerekir;
2. Teklifin ödemeye yetkili bir kişi tarafından yapılması gerekir;
3. Teklifin muaccel borcun tamamını kapsamaması gerekir; zamanında toplanmamış semereler veya doğmuş/işlemiş faizler, yapılması zorunlu masraflar hariç olmak üzere yapılan tasfiye masrafları, tasfiyenin yapılamaması nedeniyle oluşan masrafları kapsamaması gerekir;
4. Alacaklı lehine sözleşmeye konulmuş özel bir şart sebebiyle konulmuş vadenin gelmiş olması gerekir;
5. Eğer borç bir şarta bağlı ise, şartın gerçekleşmiş olması gerekir;
6. İfa teklifi tarafların kararlaştırdıkları yerde yapılmalıdır; ifa yeri hakkında özel bir anlaşma yoksa alacaklının şahsına yapılacak ifanın, alacaklının ikametgâhında veya ifa için seçilen yerde yapılması gerekir;
7. Ki bu teklifler, bu konudaki işlemleri yapmakla yetkili kılınmış resmi görevliler tarafından yapılmış olsunlar.”

²⁵⁷ MEDICUS: s. 205.

Sayılan bu şartlar, gerçekleştiği takdirde, alacaklının temerrüdü söz konusu olacaktır.

ASHİ de, ifa teklifinin gerçek veya sözlü teklif şeklindeki ayrımını kullanmamıştır. Esas itibarıyla, bu ayrımı kullanmaktan kaçınan kanunlar ve yazarların da, bir noktada farklı bir ad altında bir ayrıma ihtiyaç duydukları, gözden kaçmamaktadır.

V. SÖZLÜ TEKLİFİN YETERLİ OLDUĞU DURUMLAR

A. Genel Olarak Sözlü Teklif, Tarafları ve Şekli

Bazı durumlarda, yani aşağıda sayılacak olan sözlü teklifin yeterli olduğu durumlarda, sözlü teklifle yetinilmesinin özellikle, iki yönden önemi vardır. İlk olarak, bazen gerçek teklifin yapılması imkânsızdır. Örneğin alacaklının işbirliği yapmasının zorunlu olduğu durumlarda ve aranacak borçlarda, durum böyledir. İkinci olarak, gerçek teklifin yapılması, emek, masraf ve zaman kaybından başka bir anlam taşımayacaktır. Örneğin alacaklının edimi kabul etmeyeceğini önceden açıkladığı durumlarda, borçlunun yine de gerçek teklife zorlanması, beraberinde özellikle taşıma masrafları gibi masraflar yapmasını gerektirecektir²⁵⁸. Borçlu, bilerek sonuçsuz kalacak gerçek bir ifa teklifine zorlanmış olsaydı, gereksiz yere sorumluluğu, emek ve masrafları ağırlaştırılacağından, gerçek bir teklif mazur görülmeli ve sözlü teklif aynı etkiyi yaratmalıdır. İngiliz kaynaklarında ortak olarak şu söylenirdi: “para doğru üretilmeli veya bu üretim dağıtılmalıdır”²⁵⁹.

BGB, “Sözlü Teklif (*Wörtliches Angebot*)” kenar başlıklı 295. paragrafında, iki fıkra halinde konuyu düzenlemiştir:

²⁵⁸ ECK: s. 285; ENDEMANN: Lehrbuch., s. 622.

²⁵⁹ VAQUER: s. 93.

“Eğer alacaklı, edimi kabul etmeyeceğini ona açıklamışsa veya ifanın gerçekleşmesi için alacaklının bir davranışının şart olduğu, özellikle eğer alacaklının gidip eşyayı almak zorunda olduğu durumlarda buna uymamışsa, borçlunun yapacağı sözlü teklif yeterli olur.

Alacaklıdan gerekli hareketi yapmasına ilişkin talep, ifa teklifi ile aynıdır.”

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kural, teklifin gerçek olmasıdır. Ancak, bazı durumlar vardır ki, bu hallerde artık gerçek teklifi aramak veya sözlü teklifle yetinmemek, anlamsız olur. Sözlü teklife izin verilen durumlar, istisnâî niteliktedir²⁶⁰.

Gerçek teklifin aksine, sözlü teklifi, ifaya yetkili olan her üçüncü şahıs yapamaz; sadece borçlu yapabilir. Üçüncü şahıslara tanınan ifa ve gerçek teklifte bulunma yetkisi, sözlü teklif bakımından tanınmamıştır. Fakat üçüncü şahıs borcu sona erdirmeye yetkili ise, bu durumda borçlu ile eşit kabul edilir ve sözlü teklifte bulunabilir. Bu durumda sözlü teklifte bulunma yetkisine sahip olanlar, borçlu, yetkili temsilcisi ve halefiyet hakkına sahip olan kişilerdir (*Subrogationsberechtigten*)²⁶¹.

Sözlü teklif, sadece ifa edebilecek ve ifaya hazır olan borçlulara tanınmış bir haktır. Borçlu ifa konusunu her zaman temin edebiliyorsa, ifa yeteneğine sahip ve ifaya hazır kabul edilir. Aksini ispat yükü alacaklıya aittir. Borçlu, ifaya hazır olmasına karşın, teklifinde ciddi değilse ve aslında teklifi yapmak istemiyorsa,

²⁶⁰ HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolfgang: **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I**, Basel und Frankfurt am Main, 1996, s. 532-533.

²⁶¹ MATTHIAS: s. 199; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1160; TUHR/ESCHER: s. 71; SCHOLLMEYER: s. 138.

yapacağı sözlü teklif geçerli olmaz. Sözlü teklifte de, sözleşmeye göre borçlu olunan edim teklif edilmek zorundadır. Sözlü teklif, borçlunun temerrüdündeki ihtara benzer şekilde, ulaşması gereken bir hukukî işlem benzeridir. Bu teklif, alacaklıya yazılı veya sözlü olarak iletilmek zorundadır. Mutlaka sözlü olarak açıklanması gerekmez²⁶².

Sözlü teklifin genel şartı, teklifte bulunan borçlunun ifa güçsüzlüğü içinde olmamasıdır. Bu şart, gerçek teklif ve aşağıda açıklanacak olan teklifsiz temerrüt durumları için de uygulama olanağına sahip olmasına rağmen, ağırlıklı olarak sözlü teklif durumlarında uygulama alanı bulur. Sözlü teklifin yeterli olduğu durumlarda, sözlü teklif ile temerrüde düşen alacaklı, borçlunun ifa güçsüzlüğü içinde bulunduğunu ispatlayarak, temerrüde düşmekten kurtulabilir²⁶³. Bu husus BGB 297. paragrafından düzenlenmiş olup, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

B. Sözlü Teklifin Yapılabileceği Durumlar

1. Alacaklının İfayı Kabul Etmeyeceğini Önceden Bildirmesi

Alacaklının yapılacak ifayı kabul etmeyeceğini önceden bildirmesi durumunda, gerçek teklifin bir anlam taşımayacağı açıktır. Alacaklının ifayı kabul etmeyeceğini bildirmesi, doğrudan olabileceği gibi, sözleşmenin hükümsüz olduğunu açıklaması (*annulieren*), sözleşmenin oluşmadığını veya geçersiz olduğunu veya sözleşmeden döndüğünü ifade etmesi biçiminde dolaylı olarak da yapılabilir²⁶⁴.

²⁶² REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1160-1161.

²⁶³ MATTHIAS: s. 199.

²⁶⁴ MATTHIAS: s. 199; BROX: s. 173; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1161; ECK: s. 285; BÜREN: s. 415; MEDICUS: s. 205; SCHOLLMAYER: s. 138; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 143; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 839.

Alacaklının edimi kabul etmeyeceğine ilişkin açıklamasının, mutlaka sözlü tekliften önce yapılması gerekir²⁶⁵.

Burada da alacaklı tarafından kabul etmemeye ilişkin basit bir düşünce açıklaması değil, borçlunun ifaya hazır olmasına karşılık, kararlı bir biçimde ifayı kabul etmeyeceğini açıklaması durumunda dikkate almak gerekir. Yani alacaklının burada ciddi olduğu anlaşılabilmelidir. Bu durumda, borçludan ifa teklifinde bulunmasını beklemek, her iki taraf için zaman, enerji ve masraf kaybından başka bir şey getirmeyecektir. Bir görüşe göre, alacaklının tavır ve davranışlarından, gerçek teklifin sonuçsuz kalacağının kesin olarak anlaşılması durumunda, sözlü teklife bile gerek yoktur²⁶⁶.

Buna karşılık, genellikle sözlü tekliften vazgeçilmemesi, yani sözlü teklifin yeterli olduğu durumlarda, bunun yapılması bir zorunluluk olduğu kabul edilmektedir²⁶⁷. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP'a göre, sözlü teklifin yeterli olduğu olaylarda bundan vazgeçilebilmesi, ancak dürüstlük kuralından, yapılacak sözlü teklifin gereksiz kalacağının anlaşıldığı durumlarla sınırlanmalıdır. Bu sınırın olmadığı durumlarda, alacaklının temerrüde düşürülebilmesi için, sözlü teklif aranmalıdır²⁶⁸. Bu durumda bile sözlü teklifin aranmasındaki amacı, yapılan sözlü teklifin belki de alacaklının kararından vazgeçmesini sağlama ihtimalini ortaya çıkarabileceği gerçeğinde aramak gerekir²⁶⁹. Alman Hukuku bakımından aynı sonuç

²⁶⁵ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MüncKom., s. 1161.

²⁶⁶ KOCH: s. 17; benzer şekilde bkz. TUHR: s. 535; ÖNEN, Turgut: **Borçlar Hukuku**, Ankara, 1990, s. 194 (Borçlar Hukuku).

²⁶⁷ REHBEIN: s. 138; ECK: s. 285; CROME: s. 150.

²⁶⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 840.

²⁶⁹ ECK: s. 285.

ifade edilmiştir. Bu görüşe göre de, dürüstlük kuralında (BGB § 242) teklifin boş bir şekilde ibaret olacağının anlaşıldığı durumlarda, sözlü teklife gerek olmaksızın kabul temerrüdünün gerçekleştiğinin kabulü gerekir²⁷⁰.

2. İfanın Gerçekleşmesi İçin Alacaklının Katılım Ödevinin Bulunduğu Durumlarda Bu Ödevden Kaçınması

a. Genel olarak

Alacaklının genel olarak işbirliği yapma ödevinin olduğu durumlarda bundan kaçınması, sözlü teklifin yeterli kabul edilmesi sonucunu doğurur. Genel olarak katılım veya işbirliğinden kaçınma durumları yukarıda incelendiğinden, burada tekrar edilmeyecektir.

b. Alacaklının Edimi Somutlaştırma Yükümlülüğünün Olduğu

Durumlarda Bundan Kaçınması

Alacaklının edimi somutlaştırma yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda, bundan kaçınması durumunda, sözlü teklif yeterli olur. Bu durumlar, özellikle, borçlunun borç miktarını bilemediği durumlarda, seçimlik borçlarda ve tahsis kaydıyla satışlarda söz konusu olur²⁷¹.

i. Borçlunun Borç Miktarını Bilememesi

Borçlunun gerçek ifa teklifinde bulunmasına gerek olmayan ikinci durum, borçlunun borcun konusunu ya da miktarını bilmediği durumlardır. Özellikle borcun konusunun ve miktarının belirlenmesi için alacaklının işbirliğine ihtiyaç duyulan

²⁷⁰ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1161.

²⁷¹ GESCHNITZER: s. 59.

durumlarda, borçlunun yukarıda açıklanan koşul olan “usulüne uygun” bir teklif yapması beklenemez²⁷².

Borçlunun borç miktarını bilmemesi durumunda, alacaklıyı bu bilgiyi vermeye zorlaması imkânı yoktur. Örneğin alacaklı olarak vekil (*mandatarius*) veya vekâletsiz iş görenin (*negotiorum gestor*), kendisine borçlu tarafından ifa yapılabilmesi için, faturayı veya hesabı hazırlamak zorundadır. Bundan kaçınması durumunda borçlunun mahkemeye başvurarak, borcun miktarının belirlenmesini talep etmesi gerekir²⁷³. Alacaklının bundan kaçınması durumunda, ifa teklifi yapılmış gibi kabul etmek gerekir.

ii. Seçimlik Borçlarda

Seçimlik borçlarda, seçim hakkının alacaklıya bırakıldığı durumlarda, alacaklının seçim yapmaktan kaçınması durumunda, borçlunun neyi ifa edeceği belli olmaz; bu sebeple, ifa teklifi yapması da imkânsız hale gelir. Bu durumda borçlu ne yapmalıdır?

Bu gibi durumlarda borçlunun seçimlik edimlerden her ikisini de tevdi edip borcundan kurtulması gibi bir çözüm beklenemez. Alacaklı tarafından seçim yapılmadıkça, edimlerden birinin borcun konusunu teşkil ettiği de söylenemez. Burada temel alınması gereken husus, alacaklının kendisine düşen hazırlık hareketini yapmamasının, borçlunun durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesidir²⁷⁴.

²⁷² MOMMSEN: s. 170; MEDICUS: s. 205; KOCH: s. 13; TUHR/ESCHER: s. 72.

²⁷³ MOMMSEN: s. 172; MADAI: s. 264-266.

²⁷⁴ SELİÇİ, Özer : “Seçimlik Borçların İfası”, **İÜHF**M, 1969, C: XXXIV, Sayı: 1-4, s. 393 (Seçimlik Borçlar).

İlk olarak HIRSCH, bu durumda, borçluya dava hakkı tanınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre borçlu, mahkemeye başvurarak alacaklıyı seçime zorlamalı ve elde edeceği sonuca göre ifa teklifinde bulunmalıdır²⁷⁵. OSER/SCHÖNENBERGER, edim konusunun yapma borcu olduğu durumlarda, borçlunun BK m. 94 gereğince sözleşmeden dönebileceğini ileri sürmektedir. Edim konusunun verme olduğu durumlarda, borçlunun dilerse her iki edimi tevdi edebileceğini, fakat buna zorlanamayacağını; eğer bu yola başvurmazsa, ona alacaklıyı seçim yapmaya zorlayacak bir dava hakkı tanınması dışında bir yol olmadığını ileri sürmektedir²⁷⁶. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için, seçim hakkının alacaklıya bir yükümlülük getirip getirmediğine bakmak gerekir. Seçim hakkı, sadece bir hak olarak alacaklıya tanınmışsa, o takdirde onun bu seçimi yapmaya dava yoluyla zorlanamayacağı açıktır. Seçim hakkı bir yükümlülük olarak ona yüklenmişse, o takdirde İİK. m. 343 gereğince, seçim yapmaya zorlanabilecektir²⁷⁷.

Bir başka görüşe göre, alacaklının seçim hakkını kullanmaması durumunda, doğrudan doğruya temerrüt hükümlerinin uygulanmaması gerekir; seçim hakkını kullanmamak alacağın kabulüne ilişkin değil, sadece seçim hakkına ilişkin bir temerrüttür. MOMMSEN, bu durumda borçlunun mahkemeye başvurarak, alacaklının seçim hakkını kullanmaya zorlanmasını, mahkemece alacaklının seçim hakkını kullanması için süre vermesini, verilen süreye rağmen alacaklı seçim hakkını kullanmazsa, sözleşmenin tamamen ortadan kaldırılması gerektiğini savunmaktadır.

²⁷⁵ BERNSTEIN: s. 41.

²⁷⁶ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 612-613.

²⁷⁷ SELİÇİ: Seçimlik Borçlar, s. 394.

MOMMSEN bu görüşünü, D. 33.5.6-8'deki metinlere dayandırmaktadır²⁷⁸. MOMMSEN'in görüşlerinin hatalı olduğu; zira sözü edilen metnin “*negotia motris causa*”ya²⁷⁹ ilişkin olduğu belirtilmektedir. Burada yargıcın, haklı olarak, bir çıkar sahibinin başvurusu üzerine, mirası elde etmek isteyen mirasçılarını çağırıp, kabul edip etmeyeceklerini sorması ve onlara süre vermesi söz konusudur. Ölüme bağlı tasarruflara ilişkin bu düzenleme, sağlar arası işlemlere genişletilemez ki, MOMMSEN bunu yapmıştır²⁸⁰.

Bir görüşe göre, seçimlik borcun söz konusu olduğu durumlarda, hem yapma, hem de verme edimlerinde, sözleşmeden dönmenin mümkündür. Seçimlik borçlarda, seçim hakkının alacaklıya tanındığı durumlarda, alacaklı seçim hakkını kullanmazsa, bu durumda borçlu hangi edimi ifa edeceğini bilemeyeceğinden ve onu tevdi de edemeyeceğinden sözleşmeden dönme hakkını kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir²⁸¹.

Bir başka görüşe göre, bu durumda seçim hakkının doğrudan borçluya geçeceği görüşündedirler. Seçim hakkının borçluya geçeceği kabul edilirse, borçlu seçtiği edimi teklif etmelidir. Bu görüş genel olarak kabul görmüş ve Federal Mahkeme (BGE 42 II 225) de aynı görüşü benimsemiştir. Fakat bunun için, borçlunun önce alacaklıya ihtarda bulunması, buna rağmen seçim hakkını

²⁷⁸ MOMMSEN: s. 155.

²⁷⁹ Ölüme bağlı tasarruf anlamına gelmektedir; bkz. UMUR: Lügat, s. 138.

²⁸⁰ Bu görüş için bkz. BERNSTEIN: s. 42.

²⁸¹ HONSELL/VOGT/WIEGAND: s. 546; TUHR/ESCHER: s. 84; OĞUZMAN/ÖZ: s. 280; EREN: s. 982.

kullanmazsa, seçim hakkının borçluya geçtiği kabul edilmektedir²⁸². Seçim hakkının borçluya geçeceği kabul edilirse, borçlu artık sözleşmeden dönme yerine, şartlara göre ya tevdi veya satış hakkını kullanmalıdır. Bu görüş, basit ve pratik olması bakımından da daha uygun bir çözüm olarak görünmektedir²⁸³.

SELİÇİ'nin de haklı olarak belirttiği gibi, bu konudaki sıkıntının asıl sebebi, seçimlik borcu düzenleyen hükmün yetersizliğidir. Bu konuya Borçlar Kanunumuz tek bir madde ayırmış ve o maddede sadece seçimlik borcu ve seçim hakkını belirtmiştir. Hâlbuki seçimlik borçlar, Fransız Medeni Kanununda altı madde, Alman Medeni Kanununda dört paragraf olarak düzenlenmiştir²⁸⁴. Ne yazık ki, yeni Borçlar Kanunu tasarısında da, eski hüküm Türkçeleştirilmek suretiyle, tekrar edilmiştir.

BGB 264. paragrafında, konu tartışmaya yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, seçim hakkı kendisine ait olan alacaklı temerrüde düşerse, borçlu uygun bir süre vererek, alacaklıyı seçim hakkını kullanmaya davet eder. Verilen bu süre içinde de seçim hakkını kullanmazsa, seçim hakkı borçluya geçer.

Seçimlik borçlarda, çözüm tarzının ne olacağı konusunda ASHİ'nde de bir düzenlemeye rastlarız. ASHİ bu konuyu “Seçimlik ifa” kenar başlıklı 7:105. maddesinde düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre:

“(1)Alternatif ifa içeren bir borcun ifası söz konusu ise, aksi kararlaştırılmamışsa, seçim ifayı yapacak tarafa aittir.

²⁸² BERNSTEIN: s. 41 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 815; SAYMEN/ELBİR: s. 608.

²⁸³ SELİÇİ: Seçimlik Borçlar, s. 394-395.

²⁸⁴ SELİÇİ: Seçimlik Borçlar, s. 375.

(2) Eğer bir taraf sözleşmeye göre belirlenen zamanda seçim hakkını kullanmamışsa; o zaman

a) Eğer seçim hakkını kullanmadaki gecikme esaslı ise, seçim hakkı diğer tarafa geçecektir;

b) Eğer gecikme esaslı değilse, diğer taraf, seçim hakkını kullanabilmesi için seçim hakkını kullanması gereken tarafa makul bir süre içinde seçim hakkını kullanmasını ihtar eder. İhtara rağmen seçim hakkını kullanmazsa, seçim hakkı diğer tarafa geçer.”

iii. Tahsis Kaydıyla Yapılan Satışlarda (*Spezifikationskauf* HGB § 375)

Alacaklının ifayı tek başına gerçekleştiremeyeceği bir başka durum, tahsis kaydıyla yapılan satışlardır. Bu satışlarda, öncelikle edim konusunun özelliklerinin alacaklı tarafından belirlenmesi, daha sonra borçlu tarafından ifası gerekir. Bu bakımdan, alacaklının bu belirlemeyi yapması, borcun ifası için gerekli bir unsurdur. Başka bir ifadeyle, bu satışlar bakımından borçlu, alacaklının işbirliğine ihtiyaç duyar. İşte bu satışlar bakımından, işbirliğinden kaçınan, yani belirleme işini yapmayan alacaklı, borçlu tarafından yapılacak bir sözlü teklifle, kabul temerrüdüne düşer²⁸⁵.

c. Aranacak Borçlarda (Holschuld)

Aranacak borçlarda da, alacaklının temerrüde düşmesi için, borçlu gerçek teklifte bulunmak zorunda değildir; yapacağı bir sözlü teklif, kabul temerrüdünün oluşması için yeterlidir. Aranacak borçlarda, alacaklı borcu kendisi gidip almak

²⁸⁵ ECK: s. 285; OERTMANN: s. 146; SCHOLLMAYER: s. 139; TUHR/ESCHER: s. 72.

zorunda olduğu için, borçlunun edimi ona gerçekte teklif etmesine gerek yoktur; o sadece sözlü teklifte bulunmalı, alacaklı ise gidip edimi almalıdır²⁸⁶.

VI. İFA TEKLİFİNİN GEREKLİ OLMADIĞI DURUMLAR

İfa teklifinin gerekmediğı bu istisnaî durumlar, borçlunun temerrüdünde, alacaklı tarafından bir ihtar (*interpellatio*) yapılması gerekmeyen durumlara (*mora ex re*) benzer. Nasıl ki yerinde olmayan borçlulara karşı, alacaklı tarafından bir ihtar yapılması gerekmiyorsa, aynı şekilde ifa yerinde olmayan alacaklıya karşı da teklif (*oblatio*) yapılması gerekmez. Bunun için her şeyden önce, alacaklının veya yetkili temsilcisinin ifa yerinde hazır olmaması gerekir. Alacaklının basit bir uzaklaşması yeterli değildir²⁸⁷.

İfa zamanından (*tempus solutionis*) önce, alacaklının ifa yerinde hazır olması talep edilemez. Alacaklıya ifa teklifinin yapılmasına gerek olmaksızın, temerrüde düşürülebilmesi için, borçlunun alacaklının konutunda borcu ifa etmek zorunda olması ve ifaya hazır olmasının yanı sıra, ifa teklifine ilişkin iradesinin mahkeme veya noter vasıtası gibi bir ispat vasıtasıyla ispatlaması gerekir²⁸⁸.

Alacaklının, sözleşme veya bir ihbar ile belirlenen vadede veya belli bir süre içinde edimi kabul etmesi gerekmesine rağmen kabul etmemesi durumunda, herhangi bir sözlü ifa teklifine gerek kalmadan, alacaklı *ipso iure* temerrüde düşer (*mora ex re*

²⁸⁶ BUCHER: Obligationenrecht, s. 320-321; KASER: s. 143; ECK: s. 285; SCHOLLMAYER: s. 139.

²⁸⁷ KOCH: s. 12-13.

²⁸⁸ MOMMSEN: s. 169.

fit)²⁸⁹. Bu gibi durumlar, “teklifsiz temerrüt” olarak adlandırılmaktadır. Bu durumlarda, aslında teklif, verilen sürede veya ihbar kaydında peşin olarak yapılmış sayılmaktadır²⁹⁰.

Bu konuda MOMMSEN bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, sözleşmedeki vade ifaya ilişkin değil de, ifanın kabulüne ilişkin ise, “*dies interpellat pro homine*(vade ihtar yerine geçer)” kuralı geçerli olur ve ifa teklifi yapmaya gerek kalmaz. Vadenin ifaya ilişkin olması durumunda, borçlunun alacaklıya kesin bir süre vermesi ve edimi kabul etmesini istemesi gerekir. MOMMSEN, bu görüşünü şu metne dayandırmaktadır²⁹¹:

D. 18.6.4.2

Ulpianus 28 ad sab.

Vino autem per aversionem vendito finis custodiae est avehendi tempus. quod ita erit accipiendum, si adiectum tempus est: ceterum si non sit adiectum, videndum, ne infinitam custodiam non debeat venditor. et est verius secundum ea quae supra ostendimus, aut interesse, quid de tempore actum sit, aut denuntiare ei, ut tollat vinum: certe antequam ad vindemiam fuerint dolia necessaria, debet avehi vinum.

Şarap bir defada satıldığında, şarabın gönderilmesiyle, o şeyi özenle muhafaza görevi sona erer. Ancak bu, nakil için bir zaman belirlenmişse söz konusu olur. Eğer belirli bir zaman belirlenmemişse, satıcının muhafaza zorunluluğunun belirsiz bir zamana ait olup olmadığını, kişi göz önüne almalıdır. Daha önce söylenenlere paralel olarak, daha doğru yaklaşımın şöyle olduğu söylenebilir: zamana ilişkin

²⁸⁹ BUCHER: Obligationenrecht, s. 321; REHBEIN: s. 139-140; JÖRS/KUNKEL: s. 185-186; CROME: s. 151; MATTHIAS: s. 199; TUHR/ESCHER: s. 71; BROX: s. 173; GESCHNITZER: s. 59; OSER/SCHÖNENBERGER: s. 698; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 758.

²⁹⁰ FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 144-145, dipnot 163.

²⁹¹ MOMMSEN: s. 173-174.

tarafının niyetinin belirlenip belirlenmediği ya da satıcının alıcıdan şarabı nakletmesi gerektiği konusu önemlidir. Ama kesinlikle, yeni hasılat için kaplar gerekmeden önce, şarap nakledilmelidir.

Yukarıdaki düzenleme, *mora creditoris*'in gerçekleşmesi için, sadece sözlü teklifin yeterli olduğu bir olayla ilgilidir. Burada sadece bir vade tespiti, sorunlu bir şekilde söz konusu olmaktadır. Aşağıdaki metinde ise, ifa zamanının belirlendiği ve buna uyulmadığı, daha açık bir ifadeyle, ifa teklifine gerek olmayan bir duruma işaret edilmektedir:

D. 18.6.5

Paulus 5 ad sab.

Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari...

Satıcının bir kötü niyeti söz konusu olmadıkça, eğer şarap belirlenen zamanda kaldırılması alıcının kusuru ise, satıcı artık sorumlu değildir...

Bu metinde, görüldüğü üzere, belirlenen vadede şarabın teslim alınmaması durumunda, satıcının sorumlu olmayacağı düzenlenirken, ifa teklifinde bulunup bulunmadığı dikkate alınmamaktadır. Bu gibi durumlarda, borçlu, ifa teklifinde bulunmasa da sorumluluktan kurtulabilecektir.

İfa teklifine gerek olmaması hali, Türk-İsviçre Hukukunda, açıkça kabul edilmemiş, borçlunun temerrüdünün şartlarına ilişkin hükmüne (BK m. 101/2; OR. m. 102/2) kıyasla, bu sonuca ulaşılmıştır. Örneğin öğrencinin, vadesi belirlenmiş olan Fransızca ders saatini kaçırmaması veya tiyatroya gitmek üzere bilet alan kişinin gösteriyi kaçırmaması durumunda, bu hükme (BK m. 101/2; OR. m. 102/2) dayanılarak,

dersi veren öğretmenin veya tiyatro sahibinin bir de ifa teklifi yapması şartı aranmayacaktır²⁹².

Fakat Alman Hukukunda bu konuda açık bir düzenleme söz konusudur. BGB 296. paragrafında bu durum “Lüzumsuz Teklif (*Entbehrlichkeit des Angebots*)” kenar başlığı ile düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, alacaklı tarafından yapılacak davranış için, takvime göre bir zaman belirlenmişse, teklife, sadece alacaklının davranışı zamanında yapması durumunda ihtiyaç vardır. Aynı durum, davranışa ilişkin bir bilgilendirmenin şart koşulduğu ve hareket için zaman bildiriminden itibaren takvime göre hesaplanacak durumlar için de geçerlidir.

Alacaklının katlımı için, takvime göre hesaplanan belirli bir vade belirlenmişse ya da feshe tabi sürekli edim borcu içeren sözleşmelerde, fesihten itibaren takvime göre bir zaman hesaplanabilirse, sözlü teklife gerek kalmaz. Örneğin alacaklı, kendisine borçlanılan şeyi, fesihten itibaren iki hafta içinde gidip getirebilirse, burada belirtilen sürenin geçmesiyle, başkaca bir şeye gerek olmaksızın temerrüde düşer. Alman Hukukunda, özellikle iş hukukundan kaynaklanan durumlar, tek tek bu düzenlemeye tabi kılınmıştır. Buna göre, şayet işveren, işçiyi artık çalıştırmak istemediğini kurala uygun bir şekilde açıklarsa, dürüstlük kuralına göre, sözlü teklif lüzumsuz olabilir; aynı şey, işveren tarafından yapılan süresiz fesih durumunda da geçerlidir²⁹³.

BGB’de yer alan bu hüküm, bir yandan sözlü teklife ilişkin hükmü tamamlamakta, diğer taraftan borçlunun temerrüdündeki düzenlemeye paralel olarak, ifanın bir vadeye bağlandığı durumlarda ihtara gerek olmadan borçlunun temerrüde

²⁹² HONSELL/VOGT/WIEGAND: s. 533; benzer yönde açıklamalar için bkz. BÜREN: s. 416; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 442.

²⁹³ MEDICUS: s. 205.

düşürülmesinde olduğu gibi, kabul temerrüdünde de teklifin gerekli olmaması halini düzenlemektedir. Teklifsiz temerrüt olarak adlandırılan bu ihtimalde de, genel olarak alacaklının temerrüdüne ilişkin diğer şartların varlığı aranır. Vadenin gelmesiyle, teklife gerek kalmaksızın alacaklı temerrüde düşer; zira belirlenen vade, alacaklının özel olarak bilgilendirilmesi gereğinin yerini tutar. Teklifsiz temerrüt durumu, borç kaydı işlemlerinde (*Lastschriftverkehr*), zamanında yapılmayan hesabın veya devir vadesine uyulmaması durumlarında da geçerlidir. Doktorların randevusuna uyulmaması durumundaki uygulama tartışmalı olmakla birlikte, randevu kararlaştırılmasının bağlayıcı bir etkiye sahip olamayacağı gerekçesiyle, reddedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Aksi halde, yani bu tanınırsa, hastaların doktorları bekleme zamanına ilişkin, onlara bir zararın tazmini talep hakkı tanınması gerekirdi²⁹⁴.

VII. İFA TEKLİFİNİN USULÜNE UYGUN OLMASI

Alacaklının temerrüdünden söz edebilmek için, alacaklıya tam bir ifa teklifi yapılmış olmalıdır. Tam ifa teklifi ile kastedilen şey, ifaya ilişkin genel kurallardan çıkar. Genel olarak, iyi bir teklifin icaplarının iyi bir ifanın icaplarıyla aynı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, ifanın somut gerekleri dikkate alındığında, bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır²⁹⁵. Bu bakımından konunun daha iyi anlaşılması için somut durumlara göre bir inceleme yapmak daha doğru olacaktır. Usulüne uygun bir teklif aşağıdaki ihtimalleri kapsamalıdır.

²⁹⁴ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKomm., s. 1162-1163; benzer yönde açıklamalar için ayrıca bkz. SCHOLLMEYER: s. 140; OERTMANN: s. 147-148.

²⁹⁵ VAQUER: s. 96.

A. İfa Teklifi İfa Yerinde Yapılmış Olmalıdır (*Erfüllungsort*)

İfa yeri, aşağıda açıklanacağı üzere, hem alacaklının temerrüde düşmesini belirlemede hem de tevdi yerini tayinde önemli rol oynar. Hiç şüphesiz, Roma Hukuku kaynaklarında da ifa yerine ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür. Fakat MOMMSEN'in de haklı olarak belirttiği gibi, kaynaklarda yer alan bu tür düzenlemelerin, günümüz hukuku bakımından çok fazla pratik bir değeri yoktur; hatta ters düştüğü bile söylenebilir²⁹⁶. Özellikle Roma Hukuku ile çağdaş hukukların dava kavramı arasındaki belirgin farklılıklar ve usul hukukunun çok farklı niteliğe sahip olması bu görüşü kuvvetlendirmektedir. Bu sebeple, sadece örnek niteliğinde bir düzenlemeden söz etmek yerinde olacaktır:

D. 33.1.1

Pomponius 5 ad sab.

Cum in annos singulos quid legatum sit neque adscriptum, quo loco detur: quocumque loco petetur dari debet, sicuti ex stipulatu aut nomine facto petatur.

“miras yıllık olarak ödendiğinde, ödeme yerine ilişkin herhangi bir şerh düşülmediğinde, stipulaio ve borç konusunda olduğu gibi, bu durumda da ödeme talep edilen yerde gerçekleştirilmelidir.”

Borcun ifa yerinde veya dürüstlük kuralları gereğince, ifa yeri olmamakla birlikte, alacaklı için daha elverişli olan bir yerde teklif edilmesi gerekir. İfa yeri (*Erfüllungsort*) dışında yapılan bir teklif, alacaklının lehine olmadıkça veya alacaklı için daha elverişli bir yer olarak kabul edilmedikçe, usulüne uygun bir teklif olarak kabul edilemez; dolayısıyla, böyle bir teklif alacaklıyı temerrüde düşürmez²⁹⁷.

²⁹⁶ MOMMSEN: s. 224-226.

²⁹⁷ KOCH: s. 25; BERNSTEIN: s. 35.

Şüphesiz ki, ifa yeri olmayan bir yerde yapılan ifa teklifini, alacaklı kabul ederse, borç sona erer²⁹⁸. İfa yeri dışında da olsa, alacaklı için daha elverişli olan bir yerde yapılan ifa teklifinin reddi, her şeyden önce, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. O halde, böyle bir koşulda alacaklı, borcun ifa yerinde teklif edilmediği gerekçesiyle teklifi reddederse, yine temerrüde düşeceğinin kabulü gerekir.

İfa yeri, hem alacaklının temerrüde düşmesini belirlemede, hem de tevdi yerinin tayininde önemli rol oynar²⁹⁹. Bu bakımdan, burada ifa yeri ile ilgili yapılacak açıklamalar, tevdi yeri hakkında da geçerli olacaktır.

İfa yerini ve tevdi yerini belirlemede belli ölçütlere başvurmak zorunludur³⁰⁰. Bu ölçütleri belirlemede, borç ilişkisinde yer alan edimin niteliği, özel kanun hükümleri, tarafların iradeleri veya kanunda düzenlenmiş bulunan yedek hukuk kuralları göz önüne tutulmak gerekir. Bu ölçütler, belirli bir sıralama esas alınmak suretiyle belirlenmelidir. Bu konuda şöyle bir sıralama yapmak mümkündür.

1. Edimin Niteliği

İfa yerinin her zaman açık olarak belirlenmesi gerekmez. Bazı durumlarda özellikle edimin niteliği ifa yerini belirler³⁰¹. Bu bakımdan ifa yerini belirlemede, öncelikle edimin niteliği göz önüne alınmalıdır. Bu konuda bazı kanunlar ayrıca bir hüküm koydukları halde; modern kodifikasyonlarda, genellikle bunun eşyanın tabiatı

²⁹⁸ OĞUZMAN/ÖZ: s. 245.

²⁹⁹ KALPSÜZ: s. 6; TUHR: s. 534; OSER/SCHÖNENBERGER: s. 624; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 675; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 100.

³⁰⁰ Örneğin Alman Ticaret Kanunu (HGB) bu konudaki 324/I. paragrafında şöyle bir ölçüt getirmiştir: “ Ticari işlerin ifası, sözleşmede belirlenen ya da işin tabiatına göre ya da sözleşme taraflarının niyetine göre ifanın yeri olarak gördükleri yerde olmak zorundadır.”

³⁰¹ KOCH: s. 25.

icabı olduğu göz önüne alınarak, ayrıca bir hüküm konulmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Özellikle, bir taşınmazın devri, onun üzerinde tamirat veya tadilat yapılması, inşaat yapılması, taşınmazın kiraya verilmesi gibi sözleşmelerde, ifa yeri o taşınmazın bulunduğu yer olmak zorundadır³⁰². Bunun gibi, bir hizmet sözleşmesinde, işçinin iş görme borcu, işverenin göstereceği yer olmak gerekir³⁰³. Aynı şekilde, taşınmazlarla ilgili mülkiyet, irtifak hakkı, taşınmaz yükleri ile taşınmaz rehinlerine ilişkin haklar, ancak taşınmazın bulunduğu yerdeki tapu siciline tescil ile kurulabilir ve bu hukukî bir zarurettir³⁰⁴.

2. Tarafların İradesi

İfa yerini belirlemede ikinci ölçüt, tarafların iradeleridir. Sözleşmenin tarafları, açık veya örtülü irade beyanlarıyla, ifa yerini belirleme yetkisini haizdirler. Bu sonuç sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur. Sözleşmenin taraflarından sadece biri, sözleşmenin yapılmasından sonra, örneğin gönderdiği faturaya düştüğü kayıtlarla, tek taraflı olarak ifa yerini belirleyemez³⁰⁵. Tarafların açık iradeleri, genellikle sözleşmeye konulan özel bir şart ile veya sonradan yapacakları ayrı bir anlaşma ile belirlenebilir. Bazen de sözleşmenin içeriğinden ifa yerinin açıkça belirlendiği kabul edilir. Örneğin İstanbul Şehir Tiyatrosunda çalıştırılmak üzere bir oyuncu ile sözleşme yapılması durumunda, ifa yerinin tarafların açık iradesi ile belirlenmiş olduğu söylenebilir. Bütün bu durumlarda önemli olan husus, tarafların iradelerinin

³⁰² KALPSÜZ: s. 60-61.

³⁰³ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 676.

³⁰⁴ KALPSÜZ: s. 63.

³⁰⁵ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 676; bununla birlikte, faturada yer alan ifa yerine ilişkin bir kayda 8 gün içinde itiraz etmeyen diğer taraf, TTK'nun 23. maddesi gereğince onu kabul etmiş sayılır. Buna karşılık, fiyat listelerinde, kataloglarda, sipariş mektuplarında, ifa yerine ilişkin tek taraflı kayıtlar, diğer tarafın açık veya örtülü kabulünü gerektirir; KALPSÜZ: s. 44.

ifa yerini tayin ve tespiti yönelmiş olup olmadığıdır. Yoksa sırf yetkili mahkemenin veya sözleşmeye uygulanacak olan kanun hükümlerinin belirlenmesi yahut taşıma ve teslim masraflarının düzenlenmesini amaçlayan, sonradan yapılmış anlaşmalar ifa yeri bakımından bir önem taşımaz³⁰⁶.

Tarafların örtülü iradeleri ile kastedilen husus, her şeyden önce, tarafların yükümlülüklerini belirli bir yerde ifa etme amacına işaret eden her türlü yazı, söz, belge ve davranıştır ki, bunlar tarafların gerçek anlamda örtülü iradelerini ifade eder. Bunun yanı sıra, ifa yerini göstermek üzere, tarafların iradelerini tamamlayıcı nitelikteki gelenekler de örtülü iradeyi belirlemekte yararlı olacaktır³⁰⁷. Örneğin işçinin ücretini, çalışmakta olduğu yerde alması, esnaf tarafından tamir edilen eşyaların iş sahibinin ikametgâhında teslim edilmesi, mağazalarda yapılan alışverişlerde her iki tarafın da borçlarını bu yerde ifa etmesi gelenek gereğidir³⁰⁸.

3. Özel Kanun Hükümleri

Üçüncü ölçüt, kanunda özel bir hükmün varlığı durumunda, bu hükmün geçerli olmasıdır. Örneğin, BK 468. maddesine göre, vedia konusu mal, saklanması gereken yerde geri verilir. İİK'nun 12.maddesi gereğince, icra dairesi alacaklı hesabına verilen paraları kabule mecburdur; bu ödeme ile borçlu ödeme nispetinde borcundan kurtulur. TTK. 1296. maddesine göre, sigorta primi, sigorta ettirenin ikametgâhında ödenir. TTK. 620/II ve 710. maddelerine göre, poliçe ve çeklerin takas odasına ibraz edilmesi, ödeme için ibraz yerine geçer³⁰⁹.

³⁰⁶ KALPSÜZ: s. 47-48.

³⁰⁷ KOCH: s. 25.

³⁰⁸ KALPSÜZ: s. 59, 64, 65.

³⁰⁹ SAYMEN/ELBİR: s. 671; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 104.

4. Kanunda Düzenlenmiş Yedek Hukuk Kuralları

Yukarıda açıklanan bu üç ölçüte göre ifa yeri belirlenemiyorsa, o takdirde, borçlar kanunundaki genel kurala göre ifa yeri belirlenmelidir. Bu konudaki düzenleme BK 73. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenleme yedek hukuk kuralı niteliğinde olup, yukarıdaki, sıraya göre ifa yerinin belirlenememesi durumunda uygulama olanağı bulur. Bu düzenlemeye göre, borcun konusuna göre, ifa yeri olarak üç yer söz konusu olabilir: Alacaklının ikametgâhı, borçlunun ikametgâhı veya malın bulunduğu yer.

Kanunda düzenlenmiş bu yedek hukuk kurallarını açıklamadan önce, ASHİ ve *Unidroit* ilkelerinde düzenlenen yedek nitelikteki kurallara bakmakta fayda vardır.

ASHİ'nin "İfa yeri" kenar başlıklı 7:101. maddesinde yedek nitelikte kurallara rastlamaktayız: " (1) Eğer sözleşmeye dayanan borçların ifa yeri sözleşmede belirlenmemiş veya belirlenemiyorsa, ifa yeri şu olabilir: (a) bir miktar paranın ödenmesine ilişkin borçlarda, sözleşmenin yapıldığı sırada, alacaklının işyerinin bulunduğu yer; (b) para borcu dışındaki borçlarda, sözleşmenin yapıldığı sırada borçlunun işyerinin bulunduğu yer. (2) Eğer bir taraf, birden çok işyerine sahipse, önceki paragrafta amaçlanan işyeri, sözleşme yapıldığı sırada taraflarca bilinen veya tasarlanan, durum ve koşullar dikkate alındığında, sözleşme ilişkisine en yakın olan yerdir. (3) Eğer bir taraf, işyerine sahip değilse, onun alışılmış (mutat) meskeni işyeri gibi kabul edilir."

Unidroit ilkerinde, ifa yerine ilişkin düzenleme, "İfa yeri" kenar başlıklı 6.1.6.maddesinde yer almaktadır: " (1) Bir taraf, eğer ifa yeri, ne sözleşmede belirlenmiş ne de belirlenebilir nitelikteyse, borcunu şurada ifa edebilir: (a) para ile ilgili borçlarda, alacaklının işyerinin bulunduğu yer; (b) diğer borçlarda, borçlunun

kendi işyeri. (2) Bir taraf, sözleşmenin yapılmasını müteakip işyerini değiştirmesinden ötürü ortaya çıkan beklenmedik artan masraflara kendisi katlanmalıdır.”

a. Para Borçlarında İfa Yeri

Borcun konusu bir miktar para ise, ifa yeri, verme zamanında alacaklının konutunun bulunduğu yerdir. Bu tür borçlara “götürülecek borçlar (*Bringschulden*)³¹⁰” denir³¹¹.

Para borçlarının ifasında alacaklının “verme zamanındaki” konutu esas alınır. Bu bakımdan, alacağın temlik veya miras sebebiyle alacaklının değişmesi, ifa yerini değiştirmez. Alacaklının temerrüde düşmesi de ifa yerini değiştirmez. Bu durumda borçlu, parayı ifa yerindeki yargıcın tayin edeceği yere tevdi etmekle borcundan kurtulabilir³¹².

Borcun doğumundan sonra, alacaklının konutunun değişmesi durumunda, “verme zamanındaki” ifa yeri değişmiş olacağından, borcun ifa yerinin değişebileceği sonucu ortaya çıkar. Bu duruma Türk-İsviçre Hukukunda (BK m. 73/3) bir istisna tanınarak, alacaklının konutunu değiştirmesi sebebiyle, borcun ifasının önemli biçimde güçleşmiş olması durumunda, borçlunun alacaklının önceki konutunda da ödeme yapabileceğini hükme bağlamıştır. BGB ise, bu durumda bir istisna tanımayarak, alacaklının yeni konutunu ifa yeri olarak kabul etmiş; buna

³¹⁰ Bu ayrımın önemi, gönderme sırasında ortaya çıkacak tehlikenin veya göndermeye ilişkin masrafın kime ait olacağı noktasındadır. Örneğin, götürülecek borçlarda, gönderme sırasında ortaya çıkacak hasar ve gönderme masrafları borçluya aittir; zira, burada gönderme, ifanın bir parçası sayılır; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 682-683.

³¹¹ SAYMEN/ELBİR: s. 673; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 683.

³¹² KALPSÜZ: s. 56, 82.

karşılık, ortaya çıkacak hasar ve masrafların, buna sebebiyet veren alacaklıya ait olacağını hükme bağlamıştır (BGB § 270). KALPSÜZ'ün de haklı olarak ifade ettiği gibi, BGB'de yer alan düzenleme daha isabetlidir. Her şeyden önce, para borcu söz konusu olduğu için, borçlu alacaklının eski konutunda kime ve ne suretle ifada bulunacaktır? İkinci olarak, borçlunun yeni konuta parayı göndermesi kendisi için büyük bir külfet oluşturmayacak, fakat alacaklı için büyük yarar sağlayacaktır. Alacaklının keyfi olarak konutunu değiştirmesi durumunda masraf ve hasarın ona yükletilmesi yeterli bir müeyyidedir³¹³.

b. Parça Borçlarında İfa Yeri

Borcun konusu belli bir eşya ise, yani bir parça borcu söz konusu ise, o eşya, sözleşme yapıldığı sırada nerede bulunuyorsa, borç da orada ifa edilmelidir. Borcun konusunun sözleşmenin doğduğu an ile ifa zamanına kadar birçok defa yer değiştirmesi mümkün olduğundan, bu tür borçlar için ifa yeri olarak, sözleşmenin yapıldığı zamanki yer esas olarak alınmıştır. Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, borçlu edim konusu parça borcunu, borcun doğumu zamanındaki yer yargıcının göstereceği yere tevdi etmekle borcundan kurtulabilir. Borcun konusu ticarî bir eşya ise, yargıcın izni olmaksızın ifa yerindeki ardiyeye tevdi olunabilir. Bu durumda da borçlu, ardiyenin seçiminde gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Kanunda açıkça yer almamış olsa da, bu hükmün uygulanabilmesi için, borcun doğumu anında tarafların eşyanın yerini bilmelerinin gerektiği, aksi halde, borç konusunun nerede olduğunun bilinmediği, ifa zamanında hiç tahmin edilemeyen

³¹³ KALPSÜZ: s. 82-84; benzer yönde açıklamalar için ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ: s. 248.

bir durumla ve hatta bir imkânsızlıkla karşı karşıya kalınması durumunda, taraflardan birinin “*culpa in contrahendo*”ya dayanabileceği ileri sürülmüştür³¹⁴.

c. Para ve Parça Borcu Dışındaki Borçlarda İfa Yeri

Para ve parça borcu dışında kalan her borç, borcun doğduğu anda mevcut bulunan, borçlunun ikametgâhında ödenmesi gerekir. Para ve parça borcu dışındaki bu tür borçlara “aranacak borçlar (*Holschulden*)” denir³¹⁵. Bu tür borçlarda, alacaklı bizzat veya temsilcisi aracılığıyla, borcun konusunu ya borçlunun konutundan veya malın bulunduğu yerden gidip almak zorundadır. Aksi halde alacaklı, temerrüde düşer³¹⁶.

Borç bir sözleşmeden doğmakta ise, borcun doğumu zamanı Borçlar Kanununun “akitlerin in’ikadı”na ilişkin 1-10. maddelerine göre; buna karşılık kanundan doğan bir borç söz konusu ise, ilgili kanun hükmüne göre belirlenir³¹⁷.

Fransız Medeni Kanununun 1258 ve İtalyan Medeni Kanununun 1208 maddelerine göre, teklif alacaklının ikametgahında yapılmalıdır. Bu kural, *Ius Commune* ilkesiyle bağlantılı görünmektedir. Bu yaklaşım da eleştirilebilir. Bir kez daha söylemek gerekirse, teklif kavramı zihinde oluşmalıdır. İyi bir teklifi oluşturan şey, hem yükümlülük teriminde hem de alacaklının tutumunda ortaya çıkar. İfa teklifi açısından inisiyatif borçluya aittir. Bu nedenle borçlu, ifaya hazır ve istekli olduğunu göstermelidir. Fakat borçlu, alacaklının teklifi reddedeceğinden haberdar

³¹⁴ KALPSÜZ: s. 93-95.

³¹⁵ SAYMEN/ELBİR: s. 674; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 680-683; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 808-811; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 105-107; İNAN, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1984, s. 190.

³¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ: s. 247.

³¹⁷ KALPSÜZ: s. 101.

ise, onu elverişli olmayan bir fiille ifaya zorlamak anlamsızdır. Sonuç olarak, ifa teklifi, ifa için kararlaştırılan yerde ya da alacaklının iş yerinde ya da sürekli ikamet ettiği yerde yapılmalıdır³¹⁸.

B. İfa Teklifi Sözleşmedeki Koşullara Uygun Olmalıdır

İfa teklifinin usulüne uygun olup olmadığı, her şeyden önce, sözleşmedeki koşullara göre belirlenir. Sözleşmede hüküm bulunmayan konularla ilgili olarak, ifa teklifinin usulüne uygun olup olmadığı, kanunun yedek hukuk kurallarına uygun olup olmadığına göre belirlenir³¹⁹.

İfa teklifinin usulüne uygun olması, her şeyden önce, yapılan teklifin miktar ve nitelik yönünden borca uygun olmasını gerektirir. Bir para borcu ifa edilecekse, sadece anaparanın teklif edilmesi yeterli olmaz. Bunun yanı sıra, varsa, teklif zamanına kadar işlemiş bulunan akdî faizler ile temerrüt faizleri, masraflar gibi yan edimlerin de eksiksiz teklif edilmesi gerekir³²⁰.

³¹⁸ VAQUER: s. 98.

³¹⁹ BERKİ, Şakir : **Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler**, Ankara, 1958, s. 166-167; benzer yönde bkz. KAYNAR, Reşat : **Türk Borçlar Hukuku Dersleri- Genel Hükümler**, İstanbul, 1965, s. 208-209.

³²⁰ TUHR: s. 534; TUHR/ESCHER: s. 70; HONSELL/VOGT/WIEGAND: s. 532; ENDEMANN: Lehrbuch., s. 621; SAYMEN/ELBİR: s. 689; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 142; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 757; EREN: s. 971; ŞENYÜZ: s. 107; İNAL: 214; Yarg. 11. HD, E: 1998/008841, K: 1999/000295, Tarih: 01.02.1999): "...Somut olayda davacı, temerrüde düştükten sonra bakiye borcunu ödeme önerisinde bulunmuş ise de, geç ödemediği dolayısıyla davacının isteyebileceği faiz vs.yi ödemeyi önermediği gibi, ifayı bononun iadesi şartına bağlamış olmasına göre, alacaklının değil ve fakat borçlunun temerrüdü söz konusudur. Kaldı ki, karar gerekçesinde, 700.000.000 lira için borçlunun temerrüde düştüğü ve davalının bundan dolayı temerrüt faizi isteyebileceği kabul edilmek suretiyle karar içerisinde dahi çelişki oluşturulmuştur. Bu anlatılanlar karşısında, davacı borçlunun dava konusu bonodan dolayı mütemerrid olduğu kabul edilerek, davalının takip konusu alacağının buna göre saptanması ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar

Sözleşmedeki koşullara uygun olmayan ifa teklifi, alacaklıyı temerrüde düşürmez. Yani alacaklıya yapılan ifa teklifi, alacaklının sözleşme gereğince talep edebileceği miktar ve nicelikte olmalıdır. Hatta alacaklı kendisine borçlu olunan miktardan fazlasını kabule mecbur değildir. Bu durumda alacaklı, borçlusundan teklif edilenin fazla olan miktarı ayırmasını talep etme hakkı vardır; zira alacaklı fazlaya ilişkin kısım üzerinde hak sahibi olmadığından, bunun muhafazasına ilişkin masraf ve hasarı taşımak zorunda değildir. Böyle bir ihtimalde, ifa teklifini reddeden alacaklı kabulde temerrüde düşmüş sayılamaz³²¹. Öte yandan, borçlu da borçlu olduğu miktardan fazlasını teklif etmek zorunda değildir. Borçlunun takas hakkının söz konusu olduğu durumlarda, gerekli iskontoyu yapıp kalan miktarı teklif etmesi, usulüne uygun bir teklif sayılır. Yine bunun gibi, borçlunun hapis hakkının (*retentio*) bulunduğu durumlarda, borçlu kendisine yapılması gereken ifanın yapılması şartıyla, ifa teklifinde bulunabilir³²².

İfa teklifi, sözleşmede yer almadığı halde, haksız bazı kayıt ve şartlara bağlanmışsa, bu teklif, uygun bir teklif olarak değerlendirilemez³²³. Örneğin ikincil nitelikte bir şart olarak ileri sürülen, ifa karşılığı makbuz alma şartını içeren bir ifa teklifi, haksız bir şart olarak değerlendirilemez³²⁴. Benzer şekilde, şayet ileri sürülen kayıt ve şart, örneğin, borç olmayan bir şeyin ödenmesini (BGB § 814) oluşturması

verilmek gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”; Corpus: Karar ve İçtihatlar.

³²¹ KOCH: s. 20-21; benzer yönde açıklama için bkz. BUCHER: Obligationenrecht, s. 320.

³²² MOMMSEN: s. 146; KOCH: s. 21.

³²³ REHBEIN: s. 139; TUHR/ESCHER: s. 70; İNAL: s. 214.

³²⁴ VAQUER: s. 98.

durumunda, geri alabilmeyi içeren bir ihtirazî kayıt şeklinde ise, geçerli olur. Bunun dışında, borçlu, haksız nitelikte şarta bağlı ifa teklifinde bulunamaz.

Yapılan ifa teklifinin, ifa konusunu değil de, “ifa yerine edim” veya “ifa amacıyla edim” oluşturduğu durumlarda, bu uygun bir teklif olarak kabul edilemez. Dolayısıyla yapılan bu teklif, alacaklıyı temerrüde düşürmez. Alacaklı ifa yerine bir edimi veya ifa amacıyla yapılacak bir edimi kabule zorlanamaz.

C. Tam İki Taraflı Sözleşmelerde Edimler Aynı Zamanda Teklif

Edilmelidir (Zug-um-Zug-Leistungen)

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların ifa sırası sözleşme ile belirlenmemişse, bir taraf, ancak karşı edimin teklif edilmiş olması şartıyla, kendi edimini teklif edebilir³²⁵. Fakat buradan şu yanlış sonuca varılmamalıdır; bütün tam

³²⁵ REHBEIN: s. 140; BARRE: s. 126; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 757; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 142; REİSOĞLU: s. 290; (Yarg.15.HD., 23.11.1987 T., E. 226, K. 4051): “Davacı, davalı idare ile yapılan 17.8.1983 tarihli sözleşme ile Kurucuşile Tekke Önü balıkçı barınağı ikmal inşaatı yapımını üstlendiğini, davalı idarenin sözleşmenin feshine ilişkin işlemi yasa ve sözleşmeye aykırı bulunduğundan, akdin feshine ilişkin işlemin iptalini, kat’î teminat mektuplarına ilişkin sataşmanın önlenmesini, bunların irat kaydedilmesine ilişkin işlemin iptalini istemiştir. Davalı, davacı şirketin sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle gerekli uyarılar yapılarak 4.4.1984 tarihli yazı ile sözleşmenin feshedildiğini, davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, davalı idarenin sözleşmeyi fesihte hakkı olduğundan davanın reddine karar verilmiş ve hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki 17.8.1983 tarihli sözleşmenin (işin süresi ve başlama zamanı) başlığını taşıyan 4. maddesine göre, yüklenici Sayıştay tescilinin kendisine yazı ile duyurulması gününden başlayarak 15 gün içerisinde çalışmaya başlamak zorundadır.

Sözleşmenin 3/4. maddesine göre liman inşaatı genel şartnamesi sözleşmenin ekidir. Bunun (işlerin yükleniciye teslimi) başlığını taşıyan 9. maddesine göre, sözleşmenin imzasından sonra, kontrol görevlisi tarafından yüklenicinin sözleşmede yazılı süreler içinde işe başlayabilmesi için hazır bulunan eksen kazıkları, someler ve röperler, zemin üzerinde yükleniciye teslim edilir ve ortaklaşa bir tutanak düzenlenir, denilmektedir.

iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, örneğin bir satım sözleşmesinde, borçlunun semenin ödenmesi durumunda malı teslim edeceğini beyan etmesi, yeterli bir teklif oluşturmaz. Bunun kabul edilebilir olması için edimin gerçekte teklif edilmesi gerekir³²⁶. Daha doğru bir ifadeyle, bu durumda bile, gerçek teklif, sözlü teklif ve teklifsiz temerrüde ilişkin, yukarıda açıklanan kurallara uygunluk sınanmalıdır.

Bu konu BGB 298. paragrafında açıkça düzenlenmiştir: “Borçlu sadece alacaklının edimine karşı bir edimde bulunmakla yükümlü ise, buna göre alacaklı, eğer teklif edilen edimi kabul etmeye hazır olmakla birlikte, kendi karşı edimini teklif etmiyorsa, kabul temerrüdüne düşer.”

Sayıştay tescilinin yükleniciye yazı ile duyurulduğu ispat edilmediği gibi, yüklenicinin 8.12.1983 tarih, 34947 sayılı ihtarına rağmen sözleşmeye uygun yer teslimi yapılarak tutanak da düzenlenmemiştir.

BK 81. maddesine göre, karşılıklı taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse; akdin şartları ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmak lâzımdır. Aynı Yasanın 90/2. maddesine göre, borçlunun borcuna ifa edebilmesi için takaddümen kendi tarafından yapılması lâzım gelen muameleleri icradan imtina eder ise, mütemerrit olur.

Taraflar arasındaki eser sözleşmesi karşılıklı taahhütleri havi bir akitir. Akdin icrası için Sayıştay tescilinin yazı ile yükleniciye duyurulması ve yer teslimi şarttır. Borç ifasında öncelik davalı iş sahibine düşmektedir. İhtara rağmen bunu yerine getirmediğinden mütemerrit addolunur. Sözleşmeyi fesihte haklı olamaz. BK'nun 106/1. maddesine göre, karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, alacaklı her zaman onun ifasını talep edebilir.

Davacı yüklenici bu dava ile, mütemerrit olan iş sahibinden, BK'nun 106/1. maddesine istinaden akdi ifa edeceğini bildirerek, vecibelerini yerine getirmesini istemiştir. Karşı tarafın yükleniciyi kusurlu kabul edip sözleşmeyi tek taraflı feshederek, teminatları irat kaydetmesi sözleşme ve yasa hükümlerine aykırıdır.

Bu sebeplerle davanın kabulü gerekirken aksi düşünce ile davanın reddine karar verilmesi bozma nedenidir”; UYGUR, Turgut: **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C: 3, Ankara 2003, s. 3112-3113.

³²⁶ KOCH: s. 20.

Bu düzenlemede, borçlu olunan karşı edimin teklif edilmemesi, kabul etmeme ile eş tutulmuştur. Bu hüküm sadece karşılıklı sözleşmeler bakımından değil, aynı anda ifa edimlerine ilişkin bütün durumlarda (örneğin BGB § 225, 273, 281, 410, 785, 77, 1144, 1223) ve yan edim yükümlülüklerinde de (BGB § 368, 371) uygulanır. Başka bir ifadeyle, bu hüküm, karşılıklı olmayan sözleşmelerde de, karşılıklı yerine getirilmesi gereken, her bir diğer edimle ilişkilidir; örneğin vekâlet sözleşmesinde masrafları tazmininde olduğu gibi. Yine bu hüküm, alıcının satış bedelini ödemesine karşılık, satıcının aynı anda taşınmazın devrini kararlaştırdıkları, taşınmaz satımlarında da uygulanır³²⁷.

Alacaklının davranışı nedeniyle edimini zamanında ifa edemeyen borçlu, bu nedenle borçlu temerrüdüne düşmez; zira alacaklının kabul temerrüdü, aynı edim bakımından, borçlu temerrüdüne imkân vermez. Alacaklı, borçlu olduğu karşı edimi, kendisine bağlı sebeplerle zamanında yerine getiremezse, aynı zamanda borçlu temerrüdüne de düşmüş sayılır (BGB § 284-285)³²⁸.

D. İfa Teklifinde Ayıp Bulunmamalıdır

Usulüne uygun bir ifa teklifinden söz edilebilmesi için, yapılan teklifte herhangi bir eksiklik veya ayıp bulunmamalıdır³²⁹. Ayıp, edim konusunun vaat edilen nitelikleri veya dürüstlük kuralı gereğince ondan beklenen lüzumlu nitelikleri

³²⁷ MEDICUS: s. 206; OERTMANN: s. 148; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1164; benzer yönde açıklamalar için ayrıca bkz. MOLITOR: s. 76-77; REHBEIN: s. 140; SCHOLLMEYER: s. 143.

³²⁸ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1165.

³²⁹ FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 142.

taşınamasıdır³³⁰. Bir satım sözleşmesinde satıcı, satılan şeyde bazı niteliklerin bulunduğunu veya bazılarının bulunmadığını söylemiş ve vaat etmişse, bu vaadi sebebiyle sorumlu olur. Edimin lüzumlu nitelikleri taşıması bazı ölçütleri gerektirir. Bu ölçütler özellikle iki türdür: eşyanın kullanımı için ondan beklenen nitelikler ölçütü ve eşyanın değer ve elverişliliği ölçütü³³¹. Bu lüzumlu nitelikleri taşımayan edim konusunun teklifi üzerine alacaklının bunu reddetmesi, onun temerrüde düşmesine yol açmaz.

Yargıtay, ayıplı olmasına rağmen, malın kullanımının mümkün olduğu durumlarda, kabulden kaçınılamayacağını, fakat ayıp oranında, bedelde indirimle gidilmesi gerektiğine hükmetmiştir³³².

³³⁰ EDİS, Seyfullah: **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, 1963, s. 49; ARAL: s. 114-115.

³³¹ Bu konuda geniş açıklama için bkz. EDİS: s. 49-60.

³³² (Yarg. 15.HD., 30.11.1995 T., E. 4651, K. 7067): “1- Dava konusu olan 15.7.1992 tarih ve 40318 sayılı fatura muhteviyatından 8.6.1992 tarihinde teslim alınan cihazların bir kısmının, 24.6.1992 tarihindeki seri muayene ara raporundaki aksaklıklar giderilinceye kadar, davacı yüklenicinin istihkakından 100.000.000 TL'nin kesilmesi koşuluyla ödeme için olur verildiği, ayrıca 20.7.1992 tarihinde teslim edilen ve 23.9.1992 tarih ve 40475 sayılı fatura muhteviyatı cihazların da, yüklenicinin iş yerinde muayenelerinin yapılması istenildiği hâlde, yüklenici tarafından muayene isteminin kabul edilmediği ve bu cihazların parasını istediği, ancak idarenin yaptırdığı muhtelif muayenelerde cihazların teknik şartnameye, uygun olmadığının anlaşılması üzerine davacının ödemelerinin yapılmadığı ve böylece taraflar arasında uyuşmazlığın çıktığı anlaşılmaktadır.

Davalı idare, uyuşmazlık konusu olan cihazların kontaktör takılarak imal edilmesini 13.7.1992 tarihli yazısıyla yükleniciye bildirmiş ve yüklenici de 20.8.1992, 30.9.1992 ve 4.12.1992 tarihli yazılarla kontaktör teslimini kabul etmiştir.

Bu durumda mahkemece, dava konusu cihazlar üzerinde bu işlerden anlayan uzman bilirkişi heyetine inceleme yaptırılarak, cihazların sözleşme ve amaca uygun olup olmadığı ve kontaktör takılmak suretiyle amaca uygun hâle getirilip getirilmeyeceğinin tespit edilerek, cihazların kontaktör takılsa bile amacına uygun olarak kullanılmayacağını saptanması hâlinde davanın reddine; kontaktör takılması hâlinde cihazların amacına uygun olarak kullanılmalarının mümkün olduğunun saptanması hâlinde, davalı idare bu kabulden kaçınamayacağından, kontaktöre ilişkin edimin yerine getirilmesi şartıyla ve

E. Kural Olarak Kısıml İfa Teklifi Yeterli Değildir

Borçlu tarafından yapılan kısmî ödemeye ilişkin ifa teklifini alacaklı kabul etmek zorunda mıdır? Başka bir anlatımla, yapılan kısmî ifa teklifini kabul etmeyen alacaklı temerrüde düşer mi? Bu soruya ilişkin cevabı öncelikle sözleşme hükümlerinde aramak gerekir. Eğer sözleşmede borçluya bu yönde bir hak tanınmışsa, şüphesiz kısmî ödemeyi kabul etmeyen alacaklı temerrüde düşecektir. Öte yandan, edim niteliği gereği bölünemeyen bir şey ise veya kısmî ifanın geçerli olmayacağı sözleşmede kararlaştırılmış ise, bu durumda, yapılan teklifi reddeden alacaklı temerrüde düşmez³³³.

Modestinus, alacaklıya kısmî ifayı reddetme yetkisi tanımaktadır.

D. 22.1.41.1

Modestinus 3 resp.

teslime engel olmayacak kusurların tutarını da bedelden düşürülmesi suretiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

2- Taraflar arasındaki sözleşmenin 6. maddesinde, istihkakın ödenmeyen bölümü için, resmi bankalarca verilmekte olan vadeli mevduat faizi ödenmesi kabul edilmiştir. Mahkemece infazda tereddüt ve yanılgıya neden olacak şekilde herhangi bir somut belirleme yapılmadan, sadece mevduat faizinden söz edilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bu durumda tarafların sözleşmedeki amacına uygun olarak mahkemece kabul edilen temerrüt tarihindeki T. C. Ziraat Bankasının 1 yıllık vadeli tasarruf mevduatına uyguladığı faiz oranı, ilgili bankadan sorularak buna göre temerrüt faizi yürütülmelidir.

3- Öte yandan, aynı taraflar arasında aynı sözleşmeden dolayı teminat mektubuna vaki muarazanın men'i ile ilgili Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 93/57 E. ve 94/100 K. sayılı kararı Dairemizce, o davanın bu dava ile birleştirilerek birlikte incelenmek üzere bozulduğu dosya içeriğinden ve Dairemizdeki bozma kararı örneğinden anlaşıldığından, çelişkili kararlar çıkmaması bakımından söz konusu davada birleştirme kararı verilmiş olup olmadığı ilgili mahkemeden sorularak, birleştirme kararı verilmiş ise, o dava dosyasının da bu dava dosyası içerisine konularak birlikte incelenmesi gerekir.”; UYGUR: s. 3113-3114.

³³³ MOMMSEN: s. 146.

Lucius titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat obsignavit: quaero, an titius pecuniae quam obsignavit usuras praestare non debeat. modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, uti liceret et particulatim quod acceptum est exsolvere, non retardari totius debiti usurarum praestationem, si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit.

Belli bir süreliğine 100 ve faiz borçlu olan Lucius Titius, borçlu olduğundan daha azını mühürlü olarak tevdi etti. Titius, tevdiin faizinden sorumlu değil mi? Modestinus şöyle cevap verdi: Taksitle ödenebileceği şartıyla borç verilmediği müddetçe, alacaklı tümünü almaya hazır olduğunda, tüm borcun faizi devam eder ve borçlu tümünü ödeyemediğinden, sadece bir kısmını tevdi etti.

Buna karşılık *Julianus* bu konuda katı bir şekilde, kısmî ifayı reddetmek yerine, *Praetor*'un hakkaniyet esasına göre, davacıyı kısmî teklifi kabul etmeye zorlayabileceği düşüncesini taşımaktadır:

D. 12.1.21

Julianus 48 D.

Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere.

Bazıları şöyle düşünür: onun beş almaya zorlanamayacağını ve bakiyeyi dava etmeyi iddia eden biri, yine benzer şekilde, bir arazinin kendisine ait olduğunu söyleyen biri, konuyu yarisına sınırlamaya zorlanamaz. Ancak her bir davada,

praetor, şayet davacıyı teklif edilene zorlarsa, insanın vicdanına bırakılır. Çünkü davayı aza indirmek, onun görevinin bir parçasıdır.

Modestinus kısmî ifa konusunda alacaklıya mutlak olarak reddetme imkânı tanımak eğiliminde iken; *Julianus* hakkaniyet esassından hareketle, *Praetor*'un davayı sadece tartışmalı olan kısma göre çözümlenmesi gerektiği fikrindedir.

MOMMSEN, genel olarak alacaklının kısmî ifa teklifini reddetme hakkını savunmaktadır. *Julianus*'un görüşünün yer aldığı düzenlemeyi (D. 12.1.21) bir istisna olarak kabul etmektedir. Bu düzenlemenin, bir davanın açıldığı ve talebin tartışmalı olmayan kısmının alacaklıya önerilmesi durumu ile sınırlı olduğu görüşündedir. Dolayısıyla kısmî ifanın kabul edilmesinin alacaklının ispatlanabilir çıkarına zarar verdiği durumlarda, bu istisnâ düzenlemenin dikkate alınmaması ve kabul edilmemesi gerektiği görüşündedir³³⁴.

Kaynaklarda kısmî ifanın kabulü zorunluluğuna ilişkin başka düzenlemelere de rastlamak mümkündür:

D. 40.7.4.6

Paulus 5 ad sab.

Item si decem heredi dare iussus fuerit, heres etiam per partes accipere favore libertatis cogendus est.

Ayrıca, kişi mirasçıya yasal olarak on vermek durumundaysa, mirasçı, kısmî ödemeleri kabul etmekle, özgürlüğü sağlama ilkesine zorlanmalıdır.

WOLFF, bu düzenlemenin de istisnâ bir niteliği bulunduğunu, genel kuralın, alacaklının kısmî ifayı kabule zorlamayacağı olduğundan şüphe edilmemesi gerektiği

³³⁴ MOMMSEN: s. 148-149.

yönündedir³³⁵. MOMMSEN ve KOCH, anılan düzenlemenin bu konuyla bir ilgisi olmadığını, bunun borcun ifasına ilişkin değil, sadece ifaya ilişkin bir şartın içeriğini oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir³³⁶.

Sonuç olarak şu ifade edilmelidir ki, Roma Hukuku kaynaklarındaki düzenlemelerde genel kural, alacaklının kısmî ifa teklifini kabul etmek zorunda olmadığıdır. Yukarıda belirtilen diğer düzenlemeler istisnaî niteliktedir.

Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda da, benzer şekilde alacaklının, borçlunun yaptığı kısmî ifa teklifini kabul etmek zorunda olmadığı kabul edilmektedir³³⁷. Ancak, burada dürüstlük kuralı ihmal edilemez; kısmi ifayı reddetmenin dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturduğu durumlarda ifa teklifinin reddedilmesi kabul edilemez. İfa ve teklif arasında yalnızca küçük bir fark olduğu ve alacaklının kısmî kabulden zarar görmeyeceği varsayılabiliriyorsa, alacaklının reddi dürüstlük kuralının gereklerini ihlal eder. Alacaklı, eğer çıkarını kabul edilemeyecek ölçüde zarara uğratmayacaksa, yapılan teklifi reddetmemelidir³³⁸.

F. Teklifte Bulunan Borçlu İfa Güçsüzlüğü İçinde Olmamalıdır

Borçlunun ifa teklifinde bulunurken, alacaklının ifaya katılımı için belirlenen zamanda edimi ifa edecek durumda değilse, yani borçlu, ifa güçsüzlüğü içindeyse, alacaklıyı temerrüde düşüremez. Bu husus, hukukumuz bakımından genel ilkelerden çıkarılabilecek bir sonuç iken, Alman Hukuku bakımından açıkça düzenlenen bir kurala dayanır. Gerçekten de BGB 297. paragrafında yer alan bu kurala göre, borçlu,

³³⁵ KOCH: s. 23'ten naklen.

³³⁶ MOMMSEN: s. 149, dipnot 14; KOCH: s. 23.

³³⁷ BUCHER: Obligationenrecht, s. 320; OĞUZMAN/ÖZ: s. 213.

³³⁸ REHBEIN: s. 139; VAQUER: s. 96.

vadesi belirli bir borç bakımından, alacaklının işbirliği yapma davranışı için belirlenen zamanda (BGB § 296), yerine getiremeyeceği yani ifa güçsüzlüğü içinde olduğu durumlarda, alacaklısını temerrüde düşüremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Bu düzenlemede, geçici imkânsızlık durumunda, borçlunun ifaya hazır olmadığı bir halde, teklifte bulunarak, 296. paragrafta yer alan yani belirli bir vadenin öngörüldüğü durumlarda, alacaklısını, katılım hareketini yapmamasına rağmen, temerrüde düşemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Daha açık bir ifadeyle, sözlü teklifin yeterli olduğu ya da sözlü teklife dahi gerek bulunmayan durumlarda, bu hükümle alacaklı lehine getirilmiş bir istisnâ hüküm söz konusudur. Bu hüküm çerçevesinde, aslında borcunu ifa edemeyecek durumdaki borçluların, kanundaki hükümlerden yararlanarak, ifaya gücü olmadıkları halde, gerçek teklife zorunlu olmadıkları durumları kullanarak, alacaklıyı temerrüde düşürebilmelerinin önüne geçilmiştir³³⁹.

Şayet borçlu, ifa güçsüzlüğü içindeyse ve borcunu ifaya hazır değilse, kabul temerrüdü, diğer koşullar gerçekleşse bile söz konusu olmayacaktır. Örneğin haftanın belli bir gün ve saatinde piyano dersi verilmesine ilişkin bir sözleşmede, öğretmenin ders veremeyecek derecede hasta olduğunu düşünelim. Öğretmenin hastalığına rağmen, öğrenci dersi kaçırırsa, öğrenci kabul temerrüdüne düşmeyecektir; zira öğretmen bakımından ifa güçsüzlüğü söz konusudur. Bu konuyu, ifa imkânsızlığı ile karıştırmamak gerekir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, edim konusunun telafi edilemeyecek olduğu durumlarda, kabul temerrüdü değil, imkânsızlık söz konusu olur. Örneğin bir evin tamiratının, ev sahibinin yani iş sahibinin tatilde olduğu bir sırada, tamiratı yapacak kişinin hastalığı sebebiyle yerine getirilememesi durumunda,

³³⁹ OERTMANN: s. 148.

evin sahibi kabul temerrüdüne düşmez; zira işçi bakımından geçici nitelikte bir ifa güçsüzlüğü vardır. Fakat tamirat için kararlaştırılan tarihten önce evin yanması durumunda, artık ortada telafi edilecek bir durum söz konusu olmadığı için, imkânsızlık vardır³⁴⁰.

Borçlunun ifa güçsüzlüğü, alacaklının davranışından kaynaklanıyorsa, dürüstlük kuralı gereğince, alacaklı, borçlunun ifa güçsüzlüğü içinde olduğunu ve bu sebeple temerrüde düşmeyeceğini ileri süremez. İfa yeteneği ve ifaya hazır olmada zaman ölçütü, teklif zamanıdır. Bu zaman, gerçek teklif bakımından kabul zamanı, sözlü teklif bakımından teklifin olduğu zaman ve teklifsiz temerrüt durumundan (BGB § 296), alacaklının katılım hareketi için öngörülen zamandır. Borçlu ifa yeteneğinde ve ifaya hazır olduğu sürece, alacaklının temerrüdü devam eder. Borçlunun ifa güçsüzlüğü içinde olup olmadığı konusunda, ispat yükü alacaklıya aittir³⁴¹.

G. Teklif Dürüstlük Kuralına Uygun Olmalıdır

Yukarıdaki başlıklar altında zaman zaman değinilen bu esas, burada ayrıca ele alınmalıdır. Genel olarak borçlunun yaptığı ifa teklifinin, şeklen uygun bir teklif olarak gözüktüğü, fakat özü itibarıyla dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği durumlarda, alacaklıyı temerrüde düşürmeyeceği kabul edilmelidir. Bu kural, çok geniş bir uygulama alanına sahip olduğundan, titizlikle uygulanması gerekir. Yani öyle bir şekilde uygulanmalıdır ki, bundan hem alacaklı hem de borçlu zarar görmesin; öte yandan hakkaniyet tesis edilebilsin.

³⁴⁰ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1163; benzer yönde açıklamalar için bkz. ECK: s. 286; CROME: s. 148-149; BARRE: s. 127; SCHOLLMAYER: s. 141.

³⁴¹ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1164.

Örneğin bir kira sözleşmesinde, kiracının tahliye ettiği taşınmazda unuttuğu ve kaldırılması kiralayan bakımından çok büyük bir sorun teşkil etmeyen birkaç eşya bakımından, kiralayan, kiracının ediminin koşullara uygun olmadığı gerekçesiyle, taşınmazı teslim almaktan kaçınması durumunda, temerrüde düştüğünün kabulü gerekir. Benzer şekilde, alacaklının ailesinden birinin öldüğü bir durumda, borçlunun ısrarla onu kabule zorlaması, dürüstlük kuralına göre kabullenemeyecekse, onun teklifinin alacaklıyı temerrüde düşürmeyeceğinin kabulü gerekir³⁴²; zira bilindiği üzere, Türk-İsviçre ve Alman Hukuku bakımından, alacaklının temerrüdü için kusur şart değildir. Sadece objektif sebepler, alacaklının temerrüde düşmesini engeller. Kişisel nitelikli sebepler, örneğimizde ölüm olayı, temerrüdün gerçekleşmesini engellemez.

H. Alacaklının Geçici Kabul Engelinden Yararlanılmamış Olmalıdır

Alacaklının edimi kabul etmekte geçici olarak engelli olduğu durumlarda, borçlu, dürüstlük kuralına aykırı olarak, bu fırsattan yararlanmak suretiyle, onu temerrüde düşüremeyecektir. Geçici kabul engelini düzenleyen BGB 299. paragrafı, dürüstlük kuralının özel bir uygulamasıdır³⁴³. BGB’de özel olarak düzenlenen bu kural, dürüstlük kuralından kaynaklandığından, hukukumuz bakımından da uygulanması mümkündür. BGB’de yer alan bu düzenlemeye göre:

“İfa zamanı belirlenmemişse veya borçlu belirlenen ifa zamanından önce ifaya yetkili ise, alacaklı kendisine teklif edilen edimi kabule ilişkin olarak geçici

³⁴² REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1159; benzer yönde bkz. MEDICUS: s. 204; MOLITOR: s. 77.

³⁴³ CROME: s. 148; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1165; KUHLENBECK: s. 109.

engelli ise, temerrüde düşmez; meğerki borçlu ona edimi uygun bir zaman önceden haber vermiş olsun.”

İfa zamanının sözleşme ile kararlaştırılmadığı durumlarda borçlu, borcunu hemen ifa etmeye yetkilidir (BGB § 271/1). İfa zamanının sözleşme ile belirlendiği, fakat şüpheli olduğu durumlarda da, borçlu, vaktinden önce ifaya yetkilidir (BGB 271/2). Bu gibi durumlarda, alacaklının belirli bir kabul etme hazırlığında bulunması beklenemeyeceği için, kabul temerrüdü, sadece borçlunun yapacağı teklif ve zamanından önce bilgilendirme ile gerçekleşir. Bu gibi durumlarda, ifa, uygun bir zaman öncesinden alacaklıya bildirilmelidir. Uygun bir zamanın belirlenmesinde, borçlu olunan edimin türü ve kapsamı önem arz eder. Bu bilgilendirme, bir hukukî işlem benzeridir. İfa teklifinde olduğu gibi, borçlu veya üçüncü şahıs tarafından yapılabilir³⁴⁴.

Borçlu, alacaklıya ifayı uygun bir zaman öncesinden bildirmemişse, o durumda alacaklının geçici bir kabul engeline bulunması durumunda, temerrüde düşmeyeceğinin kabulü gerekir; zira sürekli bir kabule hazır olma durumu alacaklıdan beklenemez. Örneğin, bir mobilya mağazasına, önümüzdeki hafta teslim edilmek üzere sipariş veren bir kişinin, bütün hafta boyunca evde beklemesine gerek yoktur. Bunun aksine, mobilyacının teslim zamanını bildirmesi gerekir. Mobilyacı, önceden bir teslim tarihi vermiş, fakat bu tarihten önce teslim etmek için gelirse, burada geçici kabul engeli hükümleri (BGB § 299) uygulanabilir³⁴⁵.

Eğer alacaklıya bu şekilde bir bilgilendirme yapılmamışsa ve o geçici bir kabul engeli içindeyse, temerrüde düşmeyecektir. Geçici kabul engeli, ağır hastalık,

³⁴⁴ MEDICUS: s. 204; MATTHIAS: s. 200; OERTMANN: s. 149; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1165.

³⁴⁵ MEDICUS: s. 204.

geçici olarak ikametgâh bulunmayışı veya geçici gaiplik gibi bir sebepten kaynaklanabilir³⁴⁶.

BGB’de yer alan bu düzenleme, dürüstlük kuralı gereğince, bu gibi durumlarda, alacaklıyı korumak ve onun temerrüde düşmeyeceğini hükme bağlamaktan ibarettir.

§ 9. ALACAKLI KENDİSİNE YAPILAN İFA TEKLİFİNİ HAKLI BİR NEDEN OLMAKSIZIN REDDETMIŞ OLMALIDIR

I. GENEL OLARAK

Alacaklının kendisine teklif edilen ifayı, haksız olarak kabulde kaçınması, onun temerrüde düşmesinin diğeri bir şartıdır. Bu şart, kabulden kaçınma ve bu kaçınmanın haklı bir nedeninin olmaması gibi iki unsuru gerektirir. Bu bakımdan, alacaklının temerrüdünün bu şartının iki yönlü incelenmesi gerekir³⁴⁷.

Daha önce açıklandığı üzere, Roma Hukukunda alacaklının temerrüdünün oluşması için, kusur şarttı. Başka bir ifadeyle, kabulü reddetmenin haklı bir sebebinin olmaması gerekirdi: (*sine iusta causa*). Buna göre, kabul temerrüdünde, reddin haklı bir sebebi varsa, alacaklı, kusursuz olduğu için, temerrüde düşmezdi³⁴⁸.

II. İFA TEKLİFİNİN REDDİ

Alacaklının, kendisine ifa olarak teklif edilen borçlanılmış edimi reddetmesi, kabulden kaçınma olup, alacak hakkından feragat niteliğinde değildir³⁴⁹. Bu

³⁴⁶ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1165-1166.

³⁴⁷ HONSELL/VOGT/WIEGAND: s. 533, 535.

³⁴⁸ ENDEMANN, Friedrich: **Römisches Privatrecht**, Berlin und Leipzig, 1925, s. 160 (Römisches); JÖRS/KUNKEL: s. 186.

³⁴⁹ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 759.

sebeplerdir ki, ifa teklifinin reddedilmesi durumunda, borçluyu koruyucu nitelikte bazı hukukî sonuçlar öngörülmüştür.

İfa teklifinin reddi, açık ve örtülü ret şeklinde gerçekleşebilir. Her şeyden önce, ifa teklifi, açıkça reddedilebilir. Alacaklının, kendisine sunulan edimi, örneğin teslim edilen malı veya parayı almaktan kaçınması, açık rettir. Alacaklının edimi kabul etmekle beraber, borçlunun ifa amacı dışında bir amaçla elinde bulundurması, örneğin, borçlunun kendisine teslim ettiği malı veya parayı ifa olarak değil de, ödünç veya bağış olarak kabul ettiğini beyan etmesi durumu böyledir. Bunun dışında, herhangi bir şekilde, alacaklının konutuna bırakılmış olan edimi, borçlunun emrine hazır tutulduğunu belirtmek şeklinde de, edimi açıkça reddetmiş olabilir³⁵⁰. Buna karşılık, gönderilen malın veya paranın ulaştığının, alacaklıya bildirilmesine rağmen, onun malı veya parayı almak konusunda herhangi bir çaba göstermemesi, ifa teklifinin örtülü reddidir³⁵¹.

Alacaklı tarafından edimin kabulünden kaçınma maddi bir olaydır; bu sebeple kaçınmanın tanıkla ispatı mümkündür³⁵².

³⁵⁰ FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 145; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 759.

³⁵¹ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 699; SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 235; SAYMEN: s. 469; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 759.

³⁵² YİBK., 11.3.1959 T., E. 23, K. 20: “1- Kira parası borcunun edasının kanunî şartlara uygun olarak alacaklı kiralayana arz edilmesi hâlinde, alacaklının edayı kabulden kaçınması, onu Borçlar Kanununun 90. maddesi hükmünce mütemerrit alacaklı durumuna sokar ve bunun neticesinde borçlu için Borçlar Kanununun 91. maddesi hükmünce parayı tevdi ederek borçtan kurtulma imkânı doğabileceği gibi, 657(sayılı Kira Kanununun 7. maddesinin son fıkrası hükmünce kiralayanın kiracıya göndereceği ihtarın haklı ihtar mahiyetinde sayılması mümkün olmaz ve Borçlar Kanununun 260. maddesi hükmünce kiralayan tarafından çekilmiş olan ihtar üzerine ve ihtarda verilen müddet içinde alıcının kira parasını kabulden haklı bir sebep yok iken kaçınması, borçlu kiracının temerrüde düşmesine ve dolayısıyla akdin feshine engel olur. O hâlde, yukarıda söylenen durumlarda alacaklının kira parasını almaktan kaçınmış olduğunun ispatı, kiracı bakımından hukukî bir menfaat arz eder.

Alacaklının edimi haksız bir takım şartlara veya sözleşmede yer almayan ifa şartlarına bağlaması da, ifa teklifinin reddi hükmündedir. Alacaklının temerrüdünün gerçekleşmesi için kusur şartı aranmadığından, ifa teklifinin kabul edilmemesi

2- Kiralayanın edayı reddetmesi bir hukukî muamele değil, bir maddî vakıadır. Usulün 288. ve sonraki maddelerinde, maddî vakıaların değil, ancak hukukî muamelelerin ispatı bakımından şahit dinlenemeyeceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Demek ki maddî vakıalar şahit dinletme yasağının şümülü dışında kalmaktadır. Ve bu itibarla alacaklı kiralayanın parayı almaktan kaçındığının şahitle ispatına kanun bakımından bir engel yoktur. Bir an için parayı almaktan kaçınmanın bir hukukî muamele olduğu farz edilse dahi, şahitle ispat, Usulün 293. maddesinin 4. bendi hükmüne yine mümkün olacaktır. Zira parayı almaktan kaçınmış olan kiralayanın bu kaçınmasını tespit etmek üzere kiracıya bir senet vermiş olması ve kiracının kiralayandan böyle bir senet istemiş olması âdet bakımından asla düşünülemez.

3- Borçlar Kanununun 260. maddesinin tatbikatı ile ilgili olarak şu durumun belirtilmesi de gerekli görülmüştür. Şayet alacaklı kiralayanın kiracının her cihetçe kanuna uygun olan edasını reddetmesi sonunda, kiracı Borçlar Kanununun 91. maddesi hükmüne mahkemeden karar alarak kararda gösterilen yere kira parası tevdi etmiş olursa aynı madde hükmüne kira borcu ödenmiş bulunacağından, kiralayanın Borçlar Kanununun 260. maddesi hükmüne kira borcu ödenmiş bulunacağından, kiralayanın Borçlar Kanununun 260. maddesi hükmüne yollayacağı ihtardaki mehilin geçirilmesi, hiçbir zaman kiracının temerrüde düşmesini gerektirmez. Fakat alacaklı, kiracının edasını haksız yere reddederek temerrüde düşmüş olmasına rağmen, borçlu kiracı 91. madde hükmüne tevdi yoluna gitmiş değil ise, o zaman kiralayanın 260. madde hükmüne ihtarda bulunması üzerine, ihtarda gösterilen mehil içinde kira parasının ödenmesi lâzımdır; aksi takdirde ihtardaki mehilin geçmesiyle akit feshedilmiş olur.

Böyle bir durumda kiracı, alacaklı kiralayanın 260. madde hükümlerince ihtarı göndermezden önce mütemerrit durumda bulunduğunu ileri sürerek, kendi lehine bundan hiçbir netice çıkaramaz ve böyle hâllerde kiralayanın parayı almaktan kaçınmış olduğunun ispat edilmesinde hiçbir hukukî faide yoktur; zira mütemerrit durumda bulunan kiralayan alacaklının, Borçlar Kanununun 260. maddesi hükmüne ihtar göndermesi ile temerrüdü sona erer ve ihtarda gösterilen mehil içinde paranın ödenmemesi hâlinde akit feshedilmiş olur. Netice:

Kiracının, kiralayanın kira parasını almakta temerrüde düştüğünü ispat etmekte menfaatli bulunan hâllerde ve hususıyla kiralayan tarafından Borçlar Kanununun 260. maddesi uyarınca çekilen ihtarın tebliği üzerine, ihbar ile bildirilen kanunî müddet içinde veya 6570 sayılı Kanunun 7. maddesinin son fıkrası gereğince iki haklı ihtarın çekilmesinden önce her ihtarın mevzuuna giren parayı, kiracının kanuna uygun olarak ödemek istediği hâlde kiralayanın parayı almaktan kaçınmış olduğu vakıasının şahitle ispatına kanunî bir engel bulunmamaktadır.”; UYGUR: s. 3110-3111.

yeterlidir; bunun nedeni önemli değildir. Edimin kabul edilmesi, alacaklının bir yükümlülüğü (*Pflicht*) değildir, sadece onun için bir külfet (*Obliegenheit*) teşkil eder.

III. İFA TEKLİFİNİ REDDETMENİN HAKLI BİR SEBEBİNİN OLMAMASI

A. Alacaklıya İlişkin Objektif Sebepler

Alacaklının temerrüdünde kusur şartı aranmayacağı görüşü doktrinde ve uygulamada yerleştikten sonra, ifa teklifini reddetmenin haklı olup olmadığının, objektif ölçülere göre değerlendirilmesi gerektiği görüşü egemen oldu. Objektif ölçü ise, genel hatlarıyla, her şeyden önce, borçlunun ifa için, kendi üzerine düşen tüm görevleri yerine getirip ifayı teklif etmesine rağmen, alacaklının bunu kabulden veya ifa için gerekli ön hazırlık işlemlerinden kaçınması ve bu kaçınmanın dürüstlük kuralı ile bağdaşmaması olarak kabul edilir³⁵³.

Reddin haksız olması için alacaklının kusurlu olması şart değildir; o tamamen kusursuz da olsa, objektif bakımdan ifa teklifini kabul etmeyişi haklı bir sebebe dayandırılmıyorsa, temerrüde düşecektir. Zira alacaklının temerrüde düşmesi, sözleşmenin ihlali niteliğinde değildir; bu sebeple, kusur burada herhangi bir rol oynamaz³⁵⁴. Borçlunun, sözleşmede belirlenen vadeden önce ifa yetkisinin açıkça tanınmadığı ve önceden alacaklıya haber vermeksizin borcu ifa etmek istemesi durumunda, alacaklının bunu kabul etmemesi dürüstlük kuralına aykırı düşmüyorsa, ortada haklı bir sebep vardır. Yine bunun gibi, ard arda teslimli satışlarda, temerrüde düşen borçlunun geciken tüm edimleri bir defada ifa etmek istemesine karşılık,

³⁵³ FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 147; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 762; KARAHASAN: C: 2, s. 841..

³⁵⁴ HONSELL/VOGT/WIEGAND: s. 535; TUHR: s. 537.

alacaklının bunu kabul etmemesi, dürüstlük kuralına aykırı düşmüyorsa, haklı bir sebeptir. Alacaklının, kendisini bir iptal davasına (İİK. m. 279/III) maruz bırakacak ifa teklifini kabul etmemesi haklı bir sebeptir³⁵⁵. Objektif sebeplerle, ifa teklifinin reddinin objektif olarak borcu imkânsız hale getirmesi durumunda, bunun taraflardan hangisinin etki alanında gerçekleştiğinin de araştırılması ve bunun sonucuna göre karar verilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre, objektif engel, borçlunun etki alanında gerçekleşmişse, örneğin satılan şeyi nakletmedeki bir imkânsızlık sebebiyle alacaklıya sunulamamışsa, bu durumda BK m. 117 uygulanmalıdır. Buna karşılık, objektif engel, alacaklının etki alanında gerçekleşen bir olay sebebiyle yerine getirilemiyorsa, alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır³⁵⁶.

B. Alacaklıya İlişkin Kişisel Sebepler

Alacaklının temerrüdü için kusur bir unsur olarak aranmayınca, alacaklıya ilişkin kişisel sebeplerle, ifa teklifinin kabul edilmemesi veya buna eşdeğer kabul edilen hazırlık fiillerinin gerçekleştirilmemesi, onun temerrüde düşmesini engellemeyecektir. Alacaklıya ilişkin bu kişisel sebepler, ne kadar ağır olursa olsun, onun temerrüde düşmesini engellemez. Örneğin, çok ağır bir hastalık sebebiyle, hazırlık fiillerini yapamayan veya ifa teklifini kabul edemeyen bir alacaklı temerrüde düşecektir. Yine benzer şekilde, sözleşme konusu mala artık ihtiyacının kalmaması,

³⁵⁵ SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 234; SAYMEN: s. 469; ARSEBÜK: s. 391; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 762-763.

³⁵⁶ ARSLANLI: s. 507.

alacağın konusunda hataya düşmek, yakınlarından birinin ölümü, gaiplik veya temyiz kudretinin kaybı gibi kişisel sebepler haklı sebep sayılmamaktadır³⁵⁷.

Fakat doktrinde, bunun ağır sonuçlarını yumuşatmak amacıyla, bu gibi kişisel sebeplerle temerrüdün engellenemeyeceği, fakat koşulları varsa, “*clausula rebus sic stantibus*”, yani emprevizyon teorisine göre, yargıç tarafından değişen koşullara yeniden uyarlanabileceği veya büsbütün ortadan kaldırılabilceği ileri sürülmüştür³⁵⁸. Yani, alacaklıya ilişkin kişisel sebeplerin varlığı, onun temerrüde düşmesini önleyemese de, koşulları varsa, emprevizyon teorisinin uygulanmasına engel teşkil etmez.

³⁵⁷ HONSELL/VOGT/WIEGAND: s. 535; SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 234; SAYMEN: s. 469; ARSEBÜK: s. 390; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 762; REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2005, s. 291; ARSLANLI: s. 506.

³⁵⁸ ARSEBÜK: s. 391, dipnot 29; FEYZİOĞLU: s. 147, dipnot 166.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI, DİĞER İFA ENGELLERİ VE ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN SONA ERMESİ

Alacaklı temerrüde düşmekle, borç sona ermez, devam eder. Borçlunun borca ilişkin yükümlülükleri de sona ermez³⁵⁹.

Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğunun durumu, yön değiştirerek, hafifler; buna karşılık, alacaklının durumu ağırlaşır. Alacaklı, temerrüde düşmekle, borçtan kaynaklanan hakkını kaybetmese de, sahip olduğu avantajları kaybeder. Yani alacak hakkı sona ermez, fakat alacaklının sahip olduğu avantajlar, büyük ölçüde borçlu lehine kaybedebilir³⁶⁰.

³⁵⁹ Fakat bu konuda da farklı bir düşüncenin ileri sürüldüğü görülmektedir. ZIMMERN, alacaklının temerrüde düşmesiyle borçlunun yükümlülüklerinden kurtulacağı görüşünü savunmakta ve bu konudaki düşüncelerini de kaynaklara dayandırmaktadır (D. 45.1.105 ve D. 46.3.9). ZIMMERN'in dayandığı u iki metinde, borçlunun yükümlülüklerinden kurtulması, tevdi şartına bağlanmaktadır. ZIMMERN, tevdi şartının para borçlarına ilişkin olduğunu ve bunun bir istisna teşkil ettiği görüşündedir. THIBAUT, bu görüşün savunulamayacağını, para borçlarının tevdi elverişli olmasının, taşınır mallar bakımından tevdiin imkânsız olacağı anlamına gelmeyeceğini, elverişli yerlerin oluşturulmasıyla, taşınır malların da tevdi edilebileceğini, bu sebeple her şeyden önce, para borçlarının istisna olduğu görüşünün kabul edilemeyeceğini dile getirmektedir. Metinlerdeki düzenlemelerde borçlunun yükümlülüklerinden kurtulacağı yönündeki düzenlemenin mantığı, tevdi ile borçlunun tehlike ve hasarı taşımaktan kurtulmasını temin etmeye dayanır. Yoksa bu düzenlemeler, para borçları bakımından niçin bir istisna tanımış olsun? Düzenlemeler ile borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmak değil, borcun sona erdirilmesinde alacaklının katılımının gerektiği ve fakat onun katılımının sağlanamadığı durumlarda, onun katılımı olmasızın borçluya borçtan kurtulması imkânının tanınması amaçlanmıştır; BERNSTEIN: s. 37'den naklen.

³⁶⁰ GAUCH/SCHLUEP: s. 76; GUHL: s. 203; JÖRS/KUNKEL: s. 186; HASENÖHRL: s. 361; SCHOLLMEYER: s. 136.

Alacaklının temerrüdünün sonuçları, genel olarak, iki ana başlık altında toplanabilir.

Bir taraftan alacaklının temerrüdü düşmesi, borçlu lehine bazı kolaylaştırıcı hükümlerin getirilmesini gerekli kılar. Bu yönüyle, borçlunun sorumluluğunun takdirinde, ortaya çıkacak tehlike ve hasardan sorumlulukta, temerrütten sonraki masraflardan sorumlulukta, borçlunun temerrütten ve temerrüdün hükümlerinden kurtulmasında, ödemezlik def'inin ileri sürülmesinde, kefalet ve rehin konusunda borçlu lehine düzenlemeleri zorunlu kılar.

Diğer taraftan, borçluyu, temerrüde rağmen borç ile sürekli bir biçimde bağlı tutmamak gerekir. Bu yönüyle de borçlu yönünden borcu sona erdirici hükümler getirilmelidir. Tevdi, satış ve satıştan elde edilen bedelin tevdi ve sözleşmeden dönme çağdaş hukuklarda genel olarak kabul edilen, borçluya borçtan kurtulması imkânı veren yollardır.

Aşağıda önce alacaklının temerrüdünün borçluya sağladığı yararlar ele alınacak, sonra da borçluya borçtan kurtulması imkânı veren hukuksal kurumlar incelenecektir. Alacaklının temerrüdünün şartlarında olduğu gibi, hüküm ve sonuçları da incelenirken sıklıkla Alman Hukukunun düzenlemelerine başvurulacaktır. Türk-İsviçre Hukuku açısından her medeni hukuk kurumu incelenirken, Alman Hukukuna geçmek mümkün ve faydalıdır. İsviçre kanun koyucusu, her türlü uyuşmazlığın yasada düzenlenemeyeceğinden hareketle, ayrıntılı düzenleme yoluna gitmemiş, bunun yerine yargıca geniş bir takdir yetkisi tanıma yolunu seçmiştir. Buna rağmen, İsviçre doktrini, karşılaştığı sorunların çözümünde

Alman Medeni Kanununa sıklıkla atıf yapmakta, çoğu kez orada bulduğu hazır çözümlerden aynen yararlanma yolunu seçmektedir³⁶¹.

§ 10. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN BORÇLUYA SAĞLADIĞI YARARLAR

I. BORÇLUNUN SORUMLULUĞUN HAFİFLEMESİ (HAFTUNGSERLEICHTERUNG)

Roma Hukukunda *mora creditoris*'in sonuçlarının neler olduğu incelenmelidir. Roma Hukukunda borçlu kural olarak, her türlü kusurundan sorumlu tutulmuştu. Hatta klasik devirde bu sorumluluk daha ağırdı ve *custodia*, nezaret sorumluluğu şeklindeydi³⁶². Bütün kusurlardan sorumluluk kapsamına, kasıt (*dolus*), ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) girer. Alacaklı temerrüde düştüğü zaman, borçlu bütün bu kusurlarından sorumlu tutulacak mıdır?

Roma Hukukunda, *mora creditoris* kavramı birçok faktörü uzlaştırmaktadır. Birincisi, ifa teklifinde bulunan borçlu, temerrütte olamaz. Eğer borçlunun ifası gecikirse, uygun bir teklif, *mora debitoris*'in sonuçlarını sona erdirmektedir. Alacaklı ve borçlunun kusurları, aynı yükümlülük bakımından, aynı zamanda ortaya çıkamaz; çünkü şimdi alacaklı, ifasızlık nedeniyle kusur içindedir. *Mora creditoris*'in temel sonucu, borçlunun sorumluluğunun azaltılmasıdır. Roma Hukuku, borçluyu yalnızca *dolus* ve *culpa lata*'dan sorumlu tutarak, borçlunun sorumluluğunu hafifletmiştir.

³⁶¹ DAVRAN; Bülent: “Medeni Hukukta Masraf ve Sarfiyat”, *İHFM*, Yıl: 1945, C: XI, Sayı: 1-2, s. 296, 309.

³⁶² RADO: s. 43–44.

Fakat sorumluluğun bu şekilde hafifletilmesi bütün kıta Avrupa'sı hukuklarınca kabul edilmemiştir³⁶³.

Daha önce de ifade edildiği gibi, alacaklı temerrüde düştüğünde, borçlu, yükümlülüğünden kurtulamazdı. Fakat kendisinden beklenen her şeyi yaptığı ve buna rağmen yükümlülüğünü yerine getiremediği zaman, bunun sorumluluğunu tamamen borçluya yüklemek de hakkaniyete uygun olmaz. Bu durumda borçlunun sorumluluğu hafifletilmeli ve bu sorumluluk alacaklıya yöneltilmelidir³⁶⁴. Mademki borçlunun temerrüdü durumunda, borçlunun sorumluluğu arttırılıyor; buna karşılık, alacaklının temerrüdü durumunda da onun sorumluluğu hafifletilmeliydi. Bunun için öncelikle sorumlu olduğu her ne ise, o konuda, kasıt ve ağır ihmal halinde sorumlu tutmak gerekir³⁶⁵. Roma Hukukunda formüle edilen şekliyle ifade etmek gerekirse, borçlu artık iyi bir aile babasının sahip olması gereken dikkat ve özene (*diligentia bonus pater familias*) göre değil, normal bir vatandaşın sahip olması gereken dikkat ve özenden sorumlu tutulacaktır³⁶⁶. Haklı bir sebep olmaksızın yapılan ifa teklifini kabul etmeyen alacaklının, borçludan her türlü dikkat ve özeni göstermesini beklemesi, daha açık bir anlatımla, hafif ihmalinden de sorumlu tutulması gerektiğini iddia etmesi, kendi davranışı ile bir çelişki oluşturur³⁶⁷. Borçlunun bu şekilde hafif

³⁶³ VAQUER: s. 104.

³⁶⁴ KOCH: s. 46; BERNSTEIN: s. 37; TUHR/ESCHER: s. 74; BARRE: s. 127.

³⁶⁵ DERNBURG: s. 121; KASER: s. 143; JÖRS/KUNKEL: s. 186; MEDICUS: s. 207; MOLITOR: s. 77; ERNST: s. 62; CROME: s. 153; BERNSTEIN: s. 45; ENDEMANN: Lehrbuch., s. 625; ENDEMANN: Römisches., s. 160; KUHLENBECK: s. 111; BROX: s. 174; GESCHNITZER: s. 59; ZIMMERMANN: Obligations, s. 820; SCHOLLMAYER: s. 144.

³⁶⁶ BERNSTEIN: s. 46; OSTERMEYER, Max: **Blaetter aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch**, Berlin, 1897, s. 85.

³⁶⁷ MOMMSEN: s. 285.

bir özenden sorumlu tutulması, özellikle, edim kabiliyetini muhafaza etmesi bakımından da gereklidir³⁶⁸.

Türk-İsviçre Hukuku bakımından da aynı esas geçerli olmakla birlikte, bu sonuca, alacaklının temerrüdünü düzenleyen hükümlerde yer verilmemiş; bunun yerine, genel olarak sorumluluğun kapsamını düzenleyen hükümden (BK m. 98/I), bu sonuca varılmıştır³⁶⁹. Gerçekten de, “fayda ve menfaat” ilkesi dikkate alındığında, borçlunun burada herhangi bir çıkarı mevcut değildir. Dolayısıyla onun sorumluluğunu hafifletmek, genel ilkeye de uygundur.

Buna karşılık, Roma Hukukunda geliştirilen bu çözüm tarzı, BGB § 300/I. paragrafında, alacaklının temerrüdünün bir sonucu olarak, açıkça hükme bağlanmıştır. Anılan düzenlemeye göre, alacaklı temerrüde düştükten sonra, borçlunun sorumluluğu sadece kasıt ve ağır ihmal hallerinde söz konusu olur. Dolayısıyla borçlu, hafif ihmalinden sorumlu tutulamaz.

Sorumluluğun bu şekilde sınırlandırılması, sadece edimin tamamen (yok olma) ya da kısmen (zarar görme) imkânsızlığı ile sınırlıdır. Bunun dışında borçlunun sorumluluğu, yan edim yükümlülüklerinin ihlalinde veya olumlu talep ihlali durumlarında, varlığını devam ettirir. Örneğin, kiralayan, kira ilişkisinin sona ermesinden sonra, kiralanan odaların geri verilmesi bakımından kabul temerrüdüne düşerse, kiracının himaye yükümlülüğünün olduğu durumlarda, sorumluluğu kasıt ve ağır ihmalle sınırlı olarak devam eder. Bu hüküm, Alman Hukukunda da, bütün borç

³⁶⁸ MEDICUS: s. 207.

³⁶⁹ BÜREN: s. 417; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 455; GAUCH/SCHLUEP: s. 76; BUCHER: Obligationenrecht, s. 325; TUHR/ESCHER: s. 74; EREN: 975; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 149–150; TUNÇOMAÇ: Genel Hükümler, s. 764–765; SEROZAN: s. 347; OĞUZMAN/ÖZ: s. 275.

ilişkilerine uygulanabilecek genel nitelikteki bir hükümdür. Sorumluluğun bu şekilde sınırlandırılmasının, ispat yükünün dağılımı konusuna bir etkisi yoktur. Kabul temerrüdü kapsamında, borçlu, sadece kendisinden edimin imkânsızlığının kasıt veya ağır ihmale dayanmadığını ortaya koyan gerçek olayları sunmak ve ispatlamak zorundadır³⁷⁰.

II. TEMERRÜTTEN SONRAKİ MASRAFLARIN ALACAKLIYA AİT OLMASI

Roma Hukukunda *mora creditoris*, sadece borçlunun yükümlülüklerine etki etmezdi; alacaklıya da edimin zamanında kabul edilmemesi sebebiyle, borçlunun uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğü yüklerdi. Ayrıca borçlu tarafından geçerli bir şekilde ifa teklifi yapılması ve alacaklının temerrüde düşürülmesi durumunda, bu temerrüt sebebiyle borçlunun malı saklaması, elde bulundurması gibi masraf ve harcamaların alacaklı tarafından karşılanması gerekir³⁷¹. Buna karşılık günümüz hukuku daha farklı değerlendirilmek gerekir; zira alacaklının temerrüdü bir sözleşme ihlali sayılmaz. Öncelikle, masraf kavramına değinmek gerekir.

Masraf, bir kişinin kendi rızasıyla, malvarlığında azalma meydana getirecek şekilde, başkasının malı veya hakkı yararına yaptığı tahsistir. Bu tanımdaki tahsis ve rıza kavramları üzerinde özellikle durulması gerekir. Tahsiste üç şiddet derecesi vardır. İlk olarak, tahsis sonucu, tahsis edilen şeyin yok olmasıdır; örneğin hayvana verilen yem veya bir iş için görülen hizmet bu türdendir. İkinci olarak malın maddi olarak mevcut olması, fakat hukuken yok olmasıdır; örneğin tahsis edilen şeyin, asıl

³⁷⁰ REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKomm., s. 1166-1167.

³⁷¹ KOHLER: s. 377; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 459; SCHEY: s. 129; MOMMSEN: s. 297; KASER: s. 143-144; RABEL, Ernst: **Grundzüge des Römischen Privatrechts**, Basel, 1955, s. 140; OĞUZÖĞLÜ: s. 266.

şey ile birleşerek onun tamamlayıcı parçası olması bu niteliktedir. Son olarak, tahsis edilen şeyin hem maddi hem de hukukî olarak varlığını sürdürmesidir. Tahsisin masraf sayılması için “rıza”ya dayanması gerekir. Masraf ile zarar arasındaki farkın başında, birincisinin rızaya dayalı olarak yapılması gelir³⁷².

Masrafların tazmini yükümlülüğüne *Digesta* metinlerinde işaret edilmektedir:

D. 19.1.38.1

Celsus 8 D.

Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari sextus aelius, drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.

Eğer bir alıcı, kendisine bir köle teslim edilmemesinden sorumlu ise. Sextus Aelius ve Drusus şöyle der: bir kararla onun, kölenin bakımından doğan zararı tazmin edilebilir: Bunların görüşü bana tamamen adilane görünüyor.

Alacaklının temerrüde düşmesi halinde, borçlunun bazı masraflar yapması durumunda, bu zararları talep edebileceği ve bu zararları karşılanmadıkça, alacaklıya karşı bir hile def'i (*exceptio doli*) ileri sürme hakkına sahip olduğu, kaynaklarda kabul edilmiştir.

D. 33.6.8

Pomponius 6 epist.

Si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit, quo minus accipiat, periculose heredem facturum, si id vinum effundet: sed legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram eius damnum passus sit heres.

³⁷² DAVRAN: s. 296-297.

Bir mirasçı varillerdeki şarabı vermek için vasiyet gereği per damnationem sorumluydu ve teslim almamış olması vasiyetçinin hatasıysa, mirasçı, şarabı dökmesi halinde kendisini riske atacaktır, fakat vasiyet sahibi, şarabı mirasçıdan talep ederse, mirasçının neden olduğu bu temerrüitten dolayı ortaya çıkan zararı tazmin etmezse, kasta dayalı haksız fiil gerekçesiyle talebinin kabul edilmeyeceği genellikle kabul edilir.

Buna göre borçlu masraflar kendisine ödeninceye kadar malı elinde bulundurabilir. Masraflar ödenmediği halde, alacaklı tarafından edim konusunun talep edilmesi durumunda, borçlu alacaklıya karşı hile def'ini (*exceptio doli*) ileri sürerek malı iadedden kaçınabilecektir³⁷³.

Bunun yanı sıra borçlunun masrafların ödenmesi için dava açıp açamayacağı açabilecekse, bu davanın hukukî niteliği de belirlenmelidir. DEMELIUS, bu durumda borçluya bir dava hakkı verilmesine karşıdır. Bu yazar dışında, genellikle borçluya bir dava hakkı verilmesi ve bu masrafların vekâletsiz iş görme (*actio negotiorum gestorum contraria*) hükümlerine göre, alacaklıdan talep edilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁷⁴. Nitekim MOMMSEN, bu durumda borçlunun vekâletsiz iş görme (*actio negotiorum gestorum contraria*) hükümlerine göre dava açabileceği görüşündedir. Aynı görüş KOHLER tarafından da benimsenmiştir³⁷⁵.

SCHEY bu görüşlere, ortada vekâletsiz bir iş olamayacağı, zira bunun ancak aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmayan kişilerce açılabilceği görüşündedir. Oysa alacaklı ve borçlu birbirlerine yabancı kişiler değildir ve

³⁷³ SIBER: 258; BERNSTEIN: s. 48.

³⁷⁴ ERNST: s. 62; BERNSTEIN: s. 48-49.

³⁷⁵ MOMMSEN: s. 297 vd.; KOHLER: s. 377 vd.

borçlunun yapmak zorunda olduğu masraflar, önceki sözleşme ilişkisinin bir sonucudur. Dolayısıyla burada vekâletsiz iş görmeden söz etmek yersiz olacaktır. SCHEY'e göre, borçlu *bona fides*'e göre, edim konusu için zorunlu olan masrafları yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, onun bu davranışı *dolus* veya *culpa lata* teşkil eder. Bu sebeple, ona dava hakkı verilmesi kaçınılmazdır³⁷⁶. HIRSCH, borçlunun masraflara ilişkin yükümlülüğü olduğu fikrini kabul edilemez bulmaktadır. Ona göre böyle bir zorunluluk kabul edilirse, borçlunun malı satma veya terk etme hakkı açıklanamaz. İkinci olarak, bu masrafları yapmaktan kaçınan borçlunun kasıt veya ağır ihmal ile sorumluluğunun kabul edilmesi amacı aşan bir değerlendirme olacaktır. Alacaklının temerrüdünde kasıt veya ağır ihmal, kusurlu yapmama fiillerini kapsar. Zararın tazmini de sadece kendisine kusur yüklenen kişiden talep edilebilir. HIRSCH, burada vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan bir dava yerine, sözleşmeden kaynaklanan bir davanın tanınması gerektiği görüşündedir. Ancak burada söz konusu olan dava, zararın tazminine ilişkin sözleşmeden kaynaklanan bir dava olmayıp, masrafların tazminine ilişkin bir davadır³⁷⁷. KOCH, masraflara ilişkin dava hakkının temelini vekâletsiz iş görme olamayacağını, zira alacaklının davranışının bir kusur oluşturduğunu, arada bir sözleşme ilişkisi olduğu için, davanın da bu sözleşmeden doğması gerektiğini ileri sürmüştür³⁷⁸. KOCH'un bu sonuca varmasında, şu noktayı belirtmek gerekir ki, o zaten KOHLER ve takipçilerinin aksine, alacaklının temerrüdünde kusuru bir unsur olarak kabul etmektedir. Ona göre temerrüde düşen alacaklı kusurludur. Dolayısıyla vardığı bu sonuç da, kendi içinde tutarlıdır. SCHEY için de aynı şeyleri söylemek

³⁷⁶ SCHEY: s. 130.

³⁷⁷ Bu görüş için bkz. BERNSTEIN: s. 49-50.

³⁷⁸ KOCH: s. 57.

gerekir; o da alacaklının temerrüdünde kusuru bir unsur olarak kabul eder ve taraflar arasındaki ilişkiyi bir sözleşme ilişkisi şeklinde kabul eder.

KOHLER ve izleyenleri tarafından kabul gören ve yaygınlaşan alacaklının temerrüdü kurumu, bu haliyle çağdaş doktrinleri de etkilemiştir. Bunun bir sonucu olarak, alacaklının edimi kabul etme yükümlülüğü söz konusu edilemeyince, masrafların tazmininin dayanağı olarak, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümleri dışında bir hukukî dayanak bulmak imkânsızdır. Nitekim çağdaş doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, önce temerrüde düşüp, sonra edimin ifasını talep eden alacaklıya karşı borçlu, şeye yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları, BK 413. maddesinde düzenlenen vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükme göre talep edebilir. Buna göre, önce temerrüde düşen alacaklı, daha sonra edimin ifasını talep ederse, bu süre için borçlu, sözleşme konusu şey için yaptığı faydalı ve zorunlu masraflar kendisine ödenmedikçe, şeyi alacaklıya tevdi etmekten kaçınabilir³⁷⁹. Örneğin, inşaatı tamamlanmış binaya, yüklenicinin bir bekçi tutup ona ücret vermesi; hayvan teslimi söz konusu ise, yeminin ve bakımının sağlanması giderleri, duruma göre, faydalı veya zaruri masraftır³⁸⁰.

Buna karşılık, OSER/SCHÖNENBERGER'e göre, borçlu, edim konusu şeyi elinde bulundurması ve saklaması sebebiyle, yapmış olduğu masrafları hem vekâletsiz iş görme hükümlerine göre, hem de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir³⁸¹.

³⁷⁹ TUHR/ESCHER: s. 74; TUHR: s. 540; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 151.

³⁸⁰ SAYMEN/ELBİR: s. 694-695; SAYMEN: s. 471.

³⁸¹ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 705.

Fransız Medeni Kanununda, masraflar, hem gerçek teklifin yapılmasından kaynaklanan masraflar, hem de tevdi sebebiyle yapılacak masraflar olarak birlikte ele alınmış ve bu konu 1260. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, alacaklı temerrüde düştüğü takdirde, “Gerçek teklif ve tevdi masrafları, teklif ve tevdi geçerli olmak şartıyla, alacaklıya ait olur.”.

Borçlunun, temerrüt sebebiyle yaptığı masrafların tazminine ilişkin olarak BGB, konuyu 304. paragrafında düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre, borçlu, alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, sonuçsuz kalan teklifi gibi, borçlu olduğu eşyanın elde bulundurulması ve saklanması için yapmak zorunda olduğu masrafların tazminini talep edebilir.

Alacaklının temerrüde düşmesinde kusur şartı aranmadığı ve dolayısıyla borçluya uğradığı zararların tazmini hakkı tanınmadığı için, BGB, masraflara ilişkin tazmin konusunda ayrı bir düzenleme getirmiştir. Tazmine konu edilecek masraflar, objektif nitelikteki, teklif (ihtar, malın nakli gibi) ve eşyanın elde bulundurulması (depolama gibi) ve muhafazası sebebiyle (sigorta yapılması gibi) yapılan masraflardır. Eşyanın muhafazasına ilişkin yapılan masraflar, borçlunun işgücünü de kapsıyorsa, borçlu kendi işgücü bakımından bir para talep edebilmesi, yaptığı işin kendi ticarî veya meslekî alanına girip girmediğine bağlıdır. Eğer işgücü kendi ticarî veya meslekî alanına giriyorsa, bunu talep edebilir³⁸². Borçlunun daha fazla bir muhafaza sağlamak amacıyla, ihtiyaç duyulan mekanlarının kiraya verilmesi suretiyle elde edilmesi muhtemel kazancının kaybından doğan zararları, bu hükme dahil değildir. Bu tür zararların tazmini, alacaklı, aynı zamanda borçlunun temerrüdünde bulunduğu takdirde dikkate alınır. Örneğin bir satım sözleşmesinde,

³⁸² REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKomm., s. 1170–1171; SCHOLLMEYER: s. 148-149.

alıcı sadece teslimi talep hakkına sahip olarak değil, aynı zamanda kabule de borçlu ise, bu gibi zararları karşılamak zorundadır. Benzer şekilde eser sözleşmesinde ısmarlayan, sadece eserin meydana getirilmesini talep edebildiği durumda değil, aynı zamanda kabule de yükümlü ise, bu tür zararları tazmin yükümlülüğü söz konusu olur³⁸³.

III. BORÇLUNUN TEMERRÜTTEN VE TEMERRÜDÜN HÜKÜMLERİNDEN KURTULMASI

Acaba alacaklı ve borçlu aynı zamanda temerrüde düşebilir mi? Bu konuda iki metni incelemek gerekir.

D. 19.1.51pr.

Labeo 5 post. a iav. epit.

Si et per emptorem et venditorem mora fuisset, quo minus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait, quasi si per emptorem solum stetisset: non enim potest videri mora per venditorem emptori facta esse ipso moram faciente emptore.

D. 19.1.51.1

Labeo 5 post. a iav. epit.

Quod si fundum emisti ea lege, uti des pecuniam kalendis iuliis, et si ipsis kalendis per venditorem esset factum, quo minus pecunia ei solveretur, deinde per te starete quo minus solves, uti posse adversus te lege sua venditorem dixi, quia in vendendo hoc ageretur, ut, quandoque per emptorem factum sit, quo minus pecuniam solvat, legis poenam patiatur. hoc ita verum puto, nisi si quid in ea re venditor dolo fecit.

³⁸³ MEDICUS: s. 208.

Hem alıcı hem de satıcı şarabın sunum ve teslimatının gecikmesinden sorumludur, (labeo) bu durumun sanki tek başına alıcının neden olduğu duruma benzediğini söyler; satıcı alıcının, kendisi bir gecikmeye neden olmuşsa, satıcı alıcının gecikmesine neden olmuş kabul edilmez 1. Fakat farzedin ki, Temmuzun ilk günü parayı ödemen koşuluyla bir çiftlik satın alıyorsun, ve o tarihte satıcı sorumlu parasının ona ödenmemiş olmasından, fakat ondan sonra ödememenden dolayı sen sorumlusun; satıcının sözleşme hükmünü sana karşı kullanabileceğine hükmediyorum; çünkü satışta, anlaşma alıcının parayı her ne zaman ödemezse cezai şarta katlanacağı yolundaydı. Sanırım, satıcının konuya ilişkin hile yapma ihtimali dışında bu görüş doğrudur.

D. 18.6.18

Pomponius 31 ad q. muc.

... quod si per venditorem et emptorem mora fuerit, labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde postea offerente illo ego non acceperim? sane hoc casu nocere mihi deberet. sed si per emptorem mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere.

Fakat eğer hem alıcı hem de satıcı temerrüde düşmüşse, Labeo der ki, bu temerrüdü, satıcıdan ziyade alıcı aleyhine hesaba katmalıyız, fakat hangisinin daha sonra temerrüde düştüğünü tespit etmeliyiz. Niçin eğer satıcıya ihbarda bulunmuşsam ve o bana satın aldığım şeyi vermemişse ve daha sonra, o teklif etmiş, ben kabul etmemişsem? Bu gibi durumlarda, kesinlikle, bu benim aleyhimedir. Fakat eğer alıcı temerrütteyse ve daha sonra, eğer ifa etme gücü var

idiyse, daha sonraki temerrüdün satıcı aleyhine olması hakkaniyete uygun olur, henüz herhangi bir şey yapılmadan önce, satıcı temerrüde düşerdi.

D.19.1.51'deki düzenleme alacaklı ve borçlunun temerrüdü ile ilgilidir. Bunun kabulü için, borcun ifası için kararlaştırılan yer ve zamanda hem alacaklının ve hem de borçlunun oraya gitmemesi gerekir. Böyle bir durumda acaba her iki taraf da temerrüde düşecek mi, yoksa sadece borçlunun temerrüde düştüğü mü kabul edilecek. MOMMSEN, bu durumda haklı olarak, alacaklının temerrüdünden söz edilemeyeceğini, zira alacaklının temerrüde düşmesi için gerekli olan koşulları, ifa yerinde olmayan borçlunun sağlayamayacağını ifade etmektedir³⁸⁴.

MADAI, buradaki durumun sebebinin *Compiler*'ların dikkatsizliği sonucu metinde kaldığı yönündedir³⁸⁵. KOCH, genel eğilimin, eş zamanlı temerrüdün imkânsız olduğu, her iki tarafın temerrüdünün birbirine takas edileceği, bu mahsup sonucunda, her iki tarafın da temerrüde düşmediğini kabul etmek gerektiği yönünde olduğudur³⁸⁶.

Alacaklının temerrüdü ile borçlunun temerrüdü arasında tam bir sınırlama yapmak gerekirse, kesin olarak şu söylenebilir; her ikisi de tek ve aynı edim konusunda aynı zamanda var olamazlar. Başka bir anlatımla, alacaklının temerrüdü, borçlunun temerrüdüne son verir³⁸⁷. Eğer bir kimse, borçlandığı köleyi belli bir tarihte teslim etmeyi vaat etmişse, o günün sona ermesine kadar edimi teklif etmedikçe, temerrüde düşer. Eğer o gerçekte böyle bir teklifte bulunmuşsa, alacaklı

³⁸⁴ MOMMSEN: s. 341.

³⁸⁵ MADAI: s. 512.

³⁸⁶ KOCH: s. 86.

³⁸⁷ GAUCH/SCHLUEP: s. 76; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 458; HARKE: s. 74; GUHL: s. 203.

temerrüt durumunda kalır. Borçlu daha sonraki bir tarihte edimi ifa etmeyi teklif ederse ne olur? Onun gecikmiş teklifi, diğer tüm sözleşmesel gereklerle (örneğin uygun tarz ve uygun yer) karşılaşması koşuluyla, *mora debitoris*'in sonuçlarının getirdiği etkiler olur ve bu şekilde biterdi; sonuç olarak *Purgatio morae*³⁸⁸ (veya *emendatio*) denilen durum ortaya çıkardı. Başka bir şekliyle ifade etmek gerekirse, *mora creditoris*, *mora debitoris*'e son verir. Bunun aksi de doğrudur. Alacaklı için de, daha önceden ifayı kabul konusunda hazır olmak suretiyle, gecikmesini “ortadan kaldırma” seçeneği vardı. Daha fazla bir gecikme borçluya atfolunabilir ve *mora debitoris*'in sonuçlarını gerektirir³⁸⁹.

Alacaklının temerrüde düşmesi, borçluyu aynı zamanda borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerden de kurtarır. Önce temerrüde düşen borçlu, daha sonra alacaklıya ifayı teklif edebilir. Alacaklı, haklı bir sebep olmadan, yapılan ifa teklifini reddederse, borçlunun temerrüdü sona erer ve bu tarihten sonra, alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümler işlemeye başlar. Bunun sonucu olarak, sözleşme gereğince alacaklı lehine işlemeye başlamış olan cezai şart, temerrüt faizi ve alacaklının sözleşmeyi feshetme imkânları sona erer³⁹⁰.

IV. BORÇLUNUN FAİZLERDEN KURTULMASI

CIC'te faizin işlemesinin sona ermesi konusunda bir düzenlemeye rastlamak mümkündür. Şunu belirtmek gerekir ki, kaynaklarda yer alan düzenlemede bile,

³⁸⁸ Temerrüt haline düşmenin doğurduğu sonuçların ortadan kalkmasına verilen isimdir; UMUR: Lügat s. 174.

³⁸⁹ ZIMMERMANN: Obligations, s. 823.

³⁹⁰ TUHR/ESCHER: s. 75; GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 458; SAYMEN/ELBİR: s. 695; SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 236–237; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 152; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 849.

üzerinde tartışılan konu, akdî faizler konusundadır. Uygun bir teklifin sürekli artan faizi durdurmada yeterli olup olmadığı tartışılmıştır. Temerrüt faizleriyle ilgili olarak cevap kolaydır: Eğer ifa teklifi *mora debitoris* durumunu sona erdirse, biriken temerrüt faizleri durur. Akdî faizler açısından, Müşterek Hukuk (*Ius Commune*) yazarlarının ortak kanaati, yalnızca paranın tevdi edilmesinin durdurabileceği yönündeydi. Buna ilişkin farklı görüşler de vardı. Büyük Fransız hukukçusu MOLINAEUS, bu geniş görüşü çürütmeye çalışmıştır, fakat onun görüşleri temelde adaletten hareket etmektedir. Bu görüşe göre, akdî faizlerin de, ifa teklifinden sonra durması gerektiği yönündedir. POTHIER onun görüşünü reddettiğinden, bu teorinin başarısı hızlı oldu fakat kısa sürdü.³⁹¹ Kaynaklarda özellikle aşağıda belirtilen Digesta metninde de bu konuya değinilmiştir. Fakat metin iki anlama da gelebilecek niteliktedir:

D. 26.7.28.1

Marcellus 8 D.

Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet ex quo optulit pecuniam: quin etiam iustius mihi videtur eum per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. ulpianus notat: non sufficit optulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco,

Küçüğün ergin olmasından sonra, işlerini yürütmeyi durduran vasi, ifayı teklif ettiği andan sonra, faiz ödemek zorunda kalmaz; doğrusu, kendisinin dava edilmesi ve vasilikten ayrılmasıyla faiz ödemek zorunda bırakılmaması daha adilane görülüyor.

³⁹¹ VAQUER: s. 105.

Ulpian notu: vasi parayı mühürlü olarak ve güvenli bir yere tevdi etmedikçe, teklif etmesi yeterli değildir.

Aslında metinde yer alan ifadeden, faizin durmasının tevdi şartına bağlandığı, özellikle *Ulpianus*'un notunda açıkça görülmektedir. *Marcellus*, faizin işlemesinin durmasını doğrudan ifa teklifine bağlamaktadır. *MADAI*, faiz işlemesinin durmasının tevdi şartına bağlı olduğunu, *Ulpianus*'un bu notu dışında, *Codex*'te de (C.4.32.12) bu izleri görmenin mümkün olduğunu ifade etmektedir³⁹². *KASER* de, temerrüt faizlerinin derhal duracağını, fakat akdî faizlerin durmasının tevdi şartına bağlı olduğunu ifade etmiştir³⁹³.

Bu tartışma Müşterek Hukukta ve Prusya hukukunda da söz konusu idi. BGB dışındaki kanunlar, bu konuyu açıkça hükme bağlamamış, fakat genellikle bu faizlerin durması için tevdi şartı olarak kabul etmişlerdir³⁹⁴.

Türk-İsviçre Hukukunda da, akdî faizin işlemeye devam edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacaklı temerrüde düşse bile, borçlu bu paradan yararlanmaktadır. Bu yararlanmanın karşılığı olarak, faizin işlemeye devam etmesi gerekir. Borçlunun, akdî faizi ödemekten kurtulması için, parayı tevdi etmesi gerekir. Tevdi edildikten sonra, borçlunun paradan yararlanması sona erer³⁹⁵.

³⁹² *MADAI*: s. 471.

³⁹³ *KASER*: s. 143; *OĞUZOĞLU*, alacaklının temerrüdü durumunda, bir ayırım yapılmaksızın faizlerin duracağını ileri sürmüştür; bkz. *OĞUZOĞLU*: s. 266.

³⁹⁴ *ECK*: s. 289.

³⁹⁵ *TUHR*: s. 540; *TUHR/ESCHER*: s. 75; *GAUCH/SCHLUEP*: s. 77; *GAUCH/SCHMID/SCHRANER*: s. 459; *OSER/SCHÖNENBERGER*: s. 706; *EREN*: s. 977; *ÖNEN*, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1999, s. 196; *OĞUZMAN/ÖZ*, bu görüşün Alman Medeni Kanununun 301. paragrafından ilham aldığını, *Borçlar Kanunumuzda* bu yönde bir hüküm bulunmadığı için, akdî faizin işlemesinin durmasının sadece tevdi ile mümkün olacağını tekrar etmiştir; bkz. s. 276.

Buna karşı olan bir diğer görüşe göre ise, akdî faiz paradan yararlanmanın karşılığı değil, alacağına kavuşamayan alacaklının istemeye hakkı olduğu bir karşılıktır. Kaldı ki, alacaklının parayı almamasında borçluya yükletilebilecek bir kusurdan da söz etmeye imkân yoktur³⁹⁶. Bunun dışında, borçlunun gerek kişisel yeteneği, gerekse ticari bilgisi onun o paradan yararlanmasını engelleyebilir. Yani borçlunun her somut olayda, bu paradan yararlandığını kabul etmekte güçlük vardır.

Burada sağlıklı bir sonuca ulaşmak için, bir ayrım yapmak gerekir. Her şeyden önce, borçlunun borçtan kurtulması için edim konusunu tevdi etmesi gerekir. Borçlunun tevdi bilinci olarak geciktirmesi durumunda, onun artık paradan yararlanıp yararlanmadığını araştırmaya gerek yoktur. Alacaklının temerrüde düştüğü zaman ile tevdi zamanı arasında dürüstlük kurallarına göre, uzun sayılabilecek bir süre varsa, aşılacak bu süre bakımından borçlunun akdî faizden sorumlu tutulması gerekir. Temerrüdün gerçekleştiği an ile tevdi anı arasında, makul görülebilecek bir zaman aralığı söz konusu ise, artık borçluyu akdî faizden sorumlu tutmaya imkân olmamak gerekir. Hukukumuz bakımından bu soruya bu şekilde cevap verilmesinin daha tutarlı ve hakkaniyete uygun olacağını kabul etmek gerekir. Zira para borçlarında tevdi yeri, hemen her zaman bir banka olmaktadır ve buraya tevdi edilen paralara faiz işletilmektedir. Fakat aşağıda açıklanacağı üzere, Alman Hukukunda bu konu, yasal düzenleme ile ve daha kesin bir şekilde hükme bağlanmıştır.

BGB § 301. paragrafı alacaklının temerrüde düşmesinden sonra, faizin türüne göre bir ayrım yapmaksızın, faizlerin artık işlemeyeceğini açıkça hükme

³⁹⁶ BÜREN: s. 417; GESCHNITZER: s. 59; BERNSTEIN: s. 46; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 152; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 849.

bağlamaktadır: “Faizli para borçlarında, borçlu, alacaklının temerrüdü esnasında, faiz ödemek zorunda değildir.”.

Bu hüküm, borçluyu her türlü faiz yükümlülüğünden kurtarmaktadır. Bu faizin, yasal faiz veya hukukî işlemde kaynaklanan bir faiz olması fark yaratmaz. Temerrüt faizleri, bu hükmün kapsamında görülmemektedir; zira alacaklının temerrüde düşmesiyle, borçlunun temerrüdü kendiliğinden sona ermektedir. Bu düzenleme, faize ilişkin bir talep hakkını düzenlememekte, sadece faize ilişkin bir sona erme nedenini hükme bağlamaktadır³⁹⁷.

Borçlunun alacaklının temerrüdü sebebiyle, paradan yararlanması suretiyle faiz vb. menfaatler elde etmesi durumunda, hukukumuz bakımından yapılan tartışmalar, görüldüğü üzere, Alman Hukuku açısından, yasal olarak çözüme bağlanmıştır. Gerçekten de, borçlu, alacaklının temerrüde düşmesinden sonra faiz ödemek zorunda kalmayacak ve bunun için tevdie gerek olup olmadığı da araştırılmayacaktır. Şayet borçlunun bu paradan faydalandığı, örneğin faiz elde ettiği ortaya çıkarsa, bu kendisinden “faydalanmaları” düzenleyen 302. paragraf hükmüne göre talep edilebilecektir³⁹⁸.

Common Law’da bir kurum olarak temerrüde rastlanmadığı için, doğal olarak temerrüt faizleri kavramı da bilinmemektedir. Bunun yerine, sözleşmenin ihlalinden

³⁹⁷ MATTHIAS: s. 200; KUHLENBECK: s. 111; ENDEMANN: 624; OSTERMEYER: s. 86; GAUCH/SCHLUEP: s. 77; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1168; SCHOLLMEYER: s. 145; OERTMANN: s. 151.

³⁹⁸ REHBEIN: s. 143; SCHOLLMEYER: s. 145; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1168.

kaynaklanan zararın tazmini imkânı vardır. Bu durum, modern finans sektörünün ilk merkezi olan İngiltere için şaşırtıcı bir durum olarak kabul edilmiştir³⁹⁹.

V. BORÇLUNUN EŞYADAN YARARLANMASI SONUCU ELDE ETTİKLERİNİ İADE YÜKÜMÜNÜN SINIRLANMASI

Alacaklının temerrüde düştüğü tarihten sonra, artık borçlunun yükümlülüğü hafifler; elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden (*fructus neglecti*) ötürü sorumluluğu ortadan kalkar. Fakat elde ettiği semereleri (*fructus percepti*) iade etmekle yükümlü kalmakta devam eder⁴⁰⁰.

Alacaklı temerrüde düştükten sonra, borçlu, borçlandığı şeyi elinde bulundurduğu için, ondan yararlanmaya devam edebilir. Yarar, kendiliğinden veya her malikin normal olarak yapacağı faaliyetler sonucu, malda meydana gelen her türlü fazlalıklar veya fazla değerdir⁴⁰¹. Borçlunun bu yararlanmaları iade etmek zorunda olup olmadığı konusunda, Türk-İsviçre Hukukunda, doğrudan bir hüküm yoktur. Buna karşılık Alman Hukukunda bu konu, alacaklının temerrüdünün sonuçları içinde açıkça düzenlenmiştir.

BGB 302. paragrafında, iade yükümlüsünün sorumluluğu, alacaklının temerrüdünün bir sonucu olarak düzenlemiştir. Bu durumdaki bir borçlunun iade yükümlülüğü, sadece gerçekte elde ettiği yararlanmalarla sınırlandırmıştır. “Yararlanmalar (*Nutzungen*)” kenar başlıklı 302. paragrafta yer alan düzenlemeye göre:

³⁹⁹ BUCHER: Mora, s. 412, dipnot 9.

⁴⁰⁰ MOMMSEN: s. 288; KOCH: s. 51.

⁴⁰¹ TANDOĞAN: C: I/1, s. 105; ARAL: s. 87.

“Borçlu, eşyadan elde ettiği yararlanmaları iade etmek veya tazmin etmek zorunda ise, buna göre onun yükümlülüğü, alacaklının temerrüdü esnasında elde ettiği ve ulaşabildiği yararlanmalarla sınırlıdır.”

Bu düzenlemeye göre, borçlunun elde ettiği yararlanmaları iade veya tazmin yükümlülüğünün söz konusu olması için, borç ilişkisi gereğince ona böyle bir yükümlülük yüklenebilmelidir. Borçlunun böyle bir yükümlülüğünün olduğu durumlarda ise, iadenin kapsamı sınırlanmaktadır. Bu hükümden çıkan bir başka anlam da şudur: İfaya hazır olan borçludan, alacaklının temerrüdü esnasında, eşyadan bir yararlanma sağlanması beklenemez. Bu sebeple, borçlunun yararlanma elde edip etmemesinde, kusurlu olup olmadığı da önemli değildir⁴⁰². Borçlunun, yararlanmaları elde etmede, kasıt ve ağır ihmalle kaçındığı durumlarda bile, herhangi bir sorumluluğu söz konusu edilmemiştir. Hatta burada, borçlunun sorumluluğunu sınırlayan düzenlemeden de (BK m. 98/I; BGB § 300/I), öteye geçilmiştir⁴⁰³.

Türk Hukuku bakımından benzer bir sonuca ulaşmak için, bu konuda, Medeni Kanunun zilyetliğe ilişkin hükümlerinden yararlanmak gerekir. Medeni Kanunda, malı elinde bulunduran zilyedin iyiniyetli olup olmamasına göre bir ayırım yapılmış ve iade yükümlülüğü buna göre belirlenmiştir. İyiniyetli olmayan zilyedin eşyadan yararlanmasının karşılığı, MK’nun 995/I. maddesinde düzenlenmiştir:

⁴⁰² REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1169; Alman Hukukunda, borçlunun bu şekilde elde ettiği faydalanmaların iadesine ilişkin yükümlülüğü konusunda bkz. BGB § 292/2, 667, 987, 990; benzer yönde açıklamalar için bkz. CROME: s. 154 ve dipnot 15; MATTHIAS: s. 201; ENDEMANN: Lehrbuch., s. 625; OSTERMEYER: s. 86; SCHOLLMAYER: s. 146; KUHLENBECK: s. 112; BROX: s. 176; MOLITOR: s. 77.

⁴⁰³ MEDICUS: s. 207.

“İyiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği ve elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır.”

İyiniyetli zilyedin eşyadan yararlanmalarının karşılığı, MK 993/I. maddede düzenlenmiştir:

“İyiniyetle zilyedi bulunduğu şeyi, karineyle mevcut hakkına uygun şekilde kullanan ve ondan yararlanan zilyet, o şeyi geri vermekle yükümlü olduğu kimseye karşı bu yüzden herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir.”

Zilyetliğinin haklı bir sebebe dayanmadığını bilen zilyet, kötüniyetli zilyet olarak kabul edilir. Kötüniyetli zilyedin malı iade yükümü, iyiniyetli zilyede oranla daha ağır tutulmuştur. O malı haksız olarak elinde bulundurduğu için, maldan elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden dolayı da sorumludur. İşte kötüniyetli bir zilyet, elinde bulundurduğu malı, malın asıl sahibine, yani alacaklıya teklif ettiği veya sunduğu halde, alacaklı bunu kabulde temerrüde düşerse, o andan itibaren, zilyedin kötüniyeti sona erer. Bu andan itibaren, eşyadan elde ettiği yararlanmaları, MK m. 993/I hükmüne tabi olur.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, alacaklının temerrüde düştüğü tarihten itibaren, malı iade ile yükümlü olan borçlunun, hem elde ettiği hem de elde etmeyi ihmal ettiği yararlanmalardan ötürü sorumlu olmayacağını ileri sürmüştür⁴⁰⁴. Oysa borçlunun bile bile hakkı olmadığı bir şeyden, sırf alacaklının temerrüdü sebebiyle yararlanması ve iade ile yükümlü olmayacağı gibi bir sonuç, kabul edilemez. Borçlu, elde etmeyi ihmal ettiği yararlanmalardan ötürü sorumlu tutulmasa da, fiilen elde ettiği yararlanmalardan ötürü iade ile sorumlu olmalıdır.

⁴⁰⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 848.

Ayrıca, borçlu, elde ettiği yararlanmaların maliki olmadığından, bunları hak sahibi alacaklıya iade etmelidir; zira alacaklının bu ürünler üzerindeki hakkı, bir aynî haktır ve kendi mülkiyetindedir⁴⁰⁵.

Yararlanma ile kastedilen şey, eşyadan elde edilen ürünlerdir (semerelelerdir). Ürünler, doğal ürünler ve hukukî ürünler şeklinde ikiye ayrılır. Doğal ve hukukî ürünlerin ne olduğu, MK m. 685/II’de tanımlanmıştır. “Ürünler, dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir.”

Maddede, tuhaf bir şekilde, doğal ürünlerle hukukî ürünlerin birlikte tanımlandığı görülmektedir. Oysa verilen tanım, böylesine iki ayrı şeyin özelliklerini yansıtmaktan uzaktır. Burada daha ziyade doğal ürün tanımlanmak istenmiş gözükmemektedir; zaten maddenin kenar başlığı da böyledir. Fakat her nasılsa, ikinci fıkrada ürünlerin tanımı yapılmış ve doğal ve hukukî ürünler birlikte değerlendirilmiştir. ERTAŞ, maddede söz geçen “hukukî ürün”ü fazlalık olarak değerlendirmiştir⁴⁰⁶.

Oysa doğal ürünler ile hukukî ürünlerin, her şeyden önce kaynağı farklıdır. Doğal ürünler, dönemsel olarak tekrarlanan ürünlerle, o şeyin özgülleme amacına göre, geleneklerin o şeyden elde edilmesini kabul ettiği ürünlerdir. Hukukî ürünler ise, bir maldan hukukî ilişki sonucu elde edilen gelir şeklinde tanımlanabilir⁴⁰⁷. Buna

⁴⁰⁵ KOÇ, Nevzat: Kötüniyetli Zilyedin İade Borç ve Hakları, Prof. Dr. Ernst E. HIRSCH’in Hâtırasına Armağan (Ayrı Bası), Ankara, 1986, s. 614 (İade).

⁴⁰⁶ ERTAŞ, Şeref: **Eşya Hukuku**, Ankara, 2004, s. 229.

⁴⁰⁷ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Özcan: **Roma Eşya Hukuku**, Ankara, 2000, s. 52-53; GÜNAL, A. Nadi: **Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı İle Mülkiyetin İktisabı (Usucapio)**, (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara, 1999, s. 17 (Usucapio); KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: **Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus)**, Ankara, 1998, s. 79-83.

göre topraktan elde edilen her türlü ürünler, tavuğun yumurtası, ineğin sütü gibi ürünler doğal ürünler iken; kira ve ödünç verilen paranın faizi hukukî üründür⁴⁰⁸. Doğal ürünler de kendi içinde iki grup olarak değerlendirilebilir: Dönemsel ürünler ve verimler. Dönemsel ürünler, eşyanın özüne zarar vermeksizin, belli aralıklarla elde edilen ürünlerdir; bunlara yukarıda sayılan doğal ürünler örnek gösterilebilir. Verimler ise, belirli sürelerle bağlı olamayarak, örfün bir şeyden elde edilmesini uygun gördüğü ürünlerdir. Örneğin bir taşınmazdan çıkarılan kum, taş; bir ormandan kesilen ağaçlar bu niteliktedir⁴⁰⁹. Bunların dışında, ürün niteliğinde olmayan ve kendiliğinden veya kişinin özel bir faaliyeti olmaksızın meydana gelen bazı fazlalıkların da yarar sayılması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin satılmış ve fakat teslim edilmemiş bir yarış atının kazandığı para ödülü, satılan şeyde bulunan define bu niteliktedir⁴¹⁰.

Yargıtay'a göre, bir malı kullanma yoluyla elde edilen yararlanmalar, hiçbir şekilde doğal ürün olarak nitelendirilemez⁴¹¹.

VI. HASARIN ALACAKLIYA GEÇMESİ

A. Kavram

Hasar, dilimize Arapçadan geçen, biri geniş anlamda, diğeri ise dar ve teknik anlamda kullanılan bir terimdir. Geniş anlamda hasardan, herhangi bir şeyin kötüleşmesi, zarara uğraması veya yok olması kastedilir. Burada inceleme konusu yapılacak olan hasar ise, edimin, borçluya yüklenemeyen sebeplerden ötürü

⁴⁰⁸ GÜNAL: s. 17; KÜÇÜKGÜNGÖR: s. 79-83; TANDOĞAN: C: I/1, s. 105; KARADENİZ-ÇELEBİCAN: s. 53; KOÇ: İade, s. 612.

⁴⁰⁹ ERTAŞ: s. 230.

⁴¹⁰ TANDOĞAN: C: I/1, s. 105.

⁴¹¹ KOÇ: İade, s. 613 ve dipnot 116.

imkânsızlaşması halinde ortaya çıkan ve taraflardan birini veya diğerini tehdit eden tehlikedir. Nitekim Alman, Avusturya, Fransız ve İngiliz hukuklarında, bu konuda, zararı ifade eden (*Schaden, dommage, damage*) terimleri değil; bir tehlikeyi ifade eden (*Gefahr, risque, risk*) terimleri kullanılmıştır⁴¹².

Alacaklının temerrüdünün önemli sonuçlarından biri de hasarın alacaklıya geçişidir. Birçok kez ifade edildiği üzere, temerrüde düşmek borcun sona erdirmez, borç varlığını devam ettirir. Bunun bir sonucu olarak, tarafların kusuru olmaksızın borç konusu hasara uğrasa da, ifa yükümlülüğü, farklı bir şekilde devam eder. Burada önemli olan konu, borç konusunun yok olmasına karşılık, ortaya çıkacak zararın kime ait olacağıdır⁴¹³. Roma Hukukunda alacaklının temerrüde düşmesi halinde hasarın geçişine ilişkin düzenlemeler, Türk-İsviçre Hukukunda da benimsenmiş; diğer hukuk sistemlerini de çeşitli yönleriyle etkilemiştir. Bu çalışmada, öncelikle kaynaklarda yer alan düzenlemeler ele alıp incelenecek, hasara ilişkin düzenlemeler, karşılaştırmalı olarak ayrıca ele alınacaktır. Herhangi bir karışıklığa sebep olmamak bakımından, sadece kaynaklardaki düzenlemeleri, ayrı olarak incelemekte yarar vardır.

B. Roma Hukuku Kaynaklarında Hasarın Geçişine İlişkin Metinler

Roma Hukukundan beri kabul edilen, hasarın geçişine ilişkin kurallar, çağdaş hukukları paralel hükümler şeklinde olmasa da, bir kurum olarak etkilemiştir. Bu konuda kaynaklarda temel olarak yer alan düzenlemelerden biri şudur:

⁴¹² AKINTÜRK: s. 21, 24–25.

⁴¹³ TANDOĞAN: C: I/1, s. 108; DI MARZO: s. 437; UMUR: Ders Notları, s. 360; borcun sona ermeyip devam etmesi, temerrüdün her iki hali için de söz konusudur. Nitekim borçlunun temerrüde düşmesinden sonra, borçlandığı köle ölse bile, ifa yükümlülüğü devam eder; ÖNEN: Borçlunun Temerrüdü, s. 14.

D. 46.3.72pr.

Marcellus 20 D.

Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. et sane si servus erat in dote eumque optulit maritus et is servus decessit, aut nummos optulit eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri.

Varsayalım ki on borçlu olan kişi, alacaklısına ödemeyi teklif ediyor ve alacaklı da reddediyor ve sonrasında, borçlu kendi kusuru olmaksızın parayı kaybediyor ve bu durumda ödemesi kendisinden talep edildiğinde borçlu, ödeme yapmayıp, kendisini kötü niyet gerekçesiyle savunabilir; eğer alacaklı kabule istekli olsaydı, o takdirde borçlu paranın kaybindan sorumlu olmayacağından, şimdi onu sorumlu tutmak haksız olurdu. Bu yüzden, alacaklının kabul konusundaki kusurlu temerrüdünden dolayı, ödemenin yapıldığı varsayılmalıdır. Ve kesinlikle, eğer koca tarafından bir köle çeyiz olarak kararlaştırılmış ve koca köleyi teklif etmiş ve daha sonra köle ölmüşse veya koca tarafından para teklif edilmiş ve bu da karı tarafından reddedilmiş ve daha sonra para kaybedilmişse, koca otomatik olarak sorumluluktan kurtulur.

Bu düzenlemede, borç konusunun cins borcu olması durumunda, alacaklının temerrüdünden sonra borç konusunun beklenmedik hallerden ötürü imkânsız olması durumunda, borçlunun borcundan kurtulacağı düzenlenmiştir⁴¹⁴. Bu metinden ortaya çıkan diğer bir sonuç da, temerrüdün sadece borçlu bakımından değil, alacaklı

⁴¹⁴ ERNST: s. 62.

bakımından da söz konusu olabileceğidir. Şayet diğer cins borcu olarak köle, temerrüt söz konusu olmaksızın ölmüşse, kölenin teslimine ilişkin talep hakkı devam eder. Burada alacaklı özel bir hasarı taşır; edim konusunun yok olması durumunda, alacaklı, borçlunun teklifini kabul etmiş gibi olur ve borçlu bütün bağlılığından kurtulur⁴¹⁵.

Kaynaklarda alacaklının temerrüde düşmesi durumunda hasarın alacaklıya geçeceği konusunda bir tereddüt yoktur. Nitekim yukarıdaki metinde de bu açıkça görülmektedir. Kaynaklardaki asıl sorun, hasarın geçişinin *ipso iure* mi yoksa *ope exceptionis* mi geçeceği sorunudur. Bu konuda metinlerde genel bir ilkenin varlığından da söz edilememektedir. Aşağıdaki metinler buna örnektir:

D. 45.1.105

lavalenus 2 epist.

Stipulatus sum damam aut erotem servum dari: cum damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? respondit: secundum massurii sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.

Köle olan Dama veya Eros'un nakledilmesi için bir stipulatio yaptım. Sen Dama'yı teklif ettin, ama ben kabulünde temerrüde düştüm. Dama öldü. Sence ben stipulatio'dan kaynaklanan bir dava hakkına sahip miyim? Modestinus şöyle cevap verdi: Massurius Sabinus'un görüşü çerçevesinde, sanırım stipulatio'dan kaynaklanan bir dava hakkına sahip değildir. Çünkü onun yerinde olarak ifade ettiği üzere, ifadaki başarısızlık, borçlunun temerrüdünden kaynaklanmamışsa, diğeri ifa edilir.

⁴¹⁵ HARKE: s. 86-87.

Bu metinde borçlunun kurtuluşunun *ipso iure* gerçekleşeceği kabul edilmektedir.

D. 46.3.30

Ulpianus 51 ad ed.

Si debitor offerret pecuniam, quae peteretur, creditor nollet accipere, praetor ei denegat actiones.

Alacaklı, borçlu tarafından teklif edilen parayı kabul etmeyi reddettiğinde, praetor onun davasını reddedecektir.

D. 45.1.73.2

Paulus 24 ad ed.

Stichi promissor post moram offerendo purgat moram: certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit.

Stichus'a teslimin gecikmesinden kaynaklanan tazminat sözü veren kişi; kesinlikle, hile def'i önerilen parayı kabul etmeyi reddetme durumunda gerçekleşir.

Bu iki metinde ise, borçlunun kurtuluşunun *ope exceptionis* gerçekleşeceğinin kabul edildiği görülür.

Yukarıda belirtilen D. 46.3.72'de ise, bir açıklık bulunmakta, dolayısıyla hem *ipso iure* hem de *ope exceptionis* geçişin mümkün olabileceği görülmektedir. Metnin başlarındaki örnek ve ifade tarzı *ope exceptionis* kurtuluşa imkân verirken; son örnek ve ifade de doğrudan kocanın kurtuluşundan söz etmektedir.

Kaynaklarda açık bir dayanağı bulunmamakla birlikte, borçlunun cins borçlarında *ope exceptionis*, parça borçlarında ise *ipso iure* kurtulacağı ifade edilmiştir. Oysa bu görüş, yukarıda belirtilen D. 46.3.72'deki *Marcellus*'un vardığı sonuca da tamamen ters düşmektedir.

D. 46.3.72’de, alacaklının sadece eşyanın telef olmasından değil, aynı zamanda bozulmasından da kendisinin sorumlu olacağı vurgulanmıştır.

Konusu para olan bir borcun teklif edilmesi üzerine, alacaklının bunun kabulünü ertelemesi ve bu paranın devlet tarafından müsadere edilmesi durumunda, aşağıdaki metin, hem alacaklının hem de borçlu küçüğün temsilcisi olan vasinin borçtan kurtulacağını dile getirmektedir:

D. 46.3.102pr.

Scaevola 5 resp.

Creditor oblatam a debitore pecuniam ut alia die accepturus distulit: mox pecunia, qua illa res publica utebatur, quasi aërosa iussu praesidis sublata est: item pupillaris pecunia, ut possit idoneis nominibus credi servata, ita interempta est: quaesitum est, cuius detrimentum esset. respondi secundum ea quae proponerentur nec creditoris nec tutoris detrimentum esse.

Alacaklı, başka bir zamanda kabul etmek üzere, borçlusunun önerdiği parayı ertelediğinde; sonrasında res publica tarafından kullanılan para, devlete olan borçları yüzünden, eyalet valisinin emri üzerine alındığında; benzer şekilde, uygun borçlar için bloke edilmiş küçüğün parası, müsadere edilmiştir; sorun şuydu, ortaya çıkan zararı kim tazmin eder? Yukarıda belirtilen durumlar çerçevesinde cevabım şu oldu: borç ne alacaklının ne de vasinindir.

Bu durumda hasarın kime ait olduğu da tam olarak belli olmamaktadır. Bu sebeple, metni diğer temel ilkelerle uyumlu hale getirme çabası ile, içinden çıkılmaz bir biçimde çok farklı görüşler ortaya konmuştur. MADAI, bu karmaşayı şu şekilde açıklamaya çalışmıştır: Bir para yerinin değiştirilmesi, para değerinin değiştirilmesi olarak, borç konusunun tamamen yok olması ile eşit tutulmuştur. Ancak borç bu

şekilde kaldırılamaz⁴¹⁶. MOMMSEN’e göre metindeki varsayımın hiçbir dayanağı yoktur. Dolayısıyla metni değiştirmekten başka çare de yoktur. Yapılacak olan şey, metindeki “alacaklı” ifadesini “borçlu” şeklinde anlamak ve okumak gerekir. Bu yapıldığı takdirde, bütün sorun ortadan kalkar ve hasarın alacaklıya yükletildiği sonucu ortaya çıkar. Bu ise temel ilkelere aykırı bir durum teşkil etmez⁴¹⁷.

Alacaklının temerrüde düşmesinden sonra, eşyanın yok olması borçlunun kasıt veya ağır ihmali ile gerçekleşmişse, alacaklı bunu ispat ederek, borçlunun zararı tazmin etmesini sağlayabilir⁴¹⁸.

C. Hasarın Geçişine İlişkin Düzenlemeler

Hasarın geçişi konusunda, tek biçimli bir düzenleme söz konusu değildir. Bazı sözleşme türlerine göre değişkenlik gösterir. Bu bakımdan öncelikle hasar kavramı açıklanacak; daha sonra bazı sözleşme türlerinde hasarın geçişi ayrı ayrı incelenecektir.

1. Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçmesi

Satım sözleşmesinde, hasarın kime ait olacağı borcun konusuna göre farklılık gösterir. Bu yönüyle, borcun parça borcu ve cins borcu arasında bir ayrım yapılarak incelenmelidir.

a. Parça Borcunda Hasarın Geçmesi

Parça borçlarında hasarın geçmesi, BK m. 183/I’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, durumun gereklerinden veya özel şartlardan doğan istisnalar dışında,

⁴¹⁶ MADAI: s. 458, dipnot 963.

⁴¹⁷ MOMMSEN: s. 300.

⁴¹⁸ KOCH: s. 50.

satılan şeyin hasar ve yararının, sözleşmenin yapılması anından başlayarak, alıcıya geçeceği kabul edilmiştir.

Bu maddedeki düzenlemede, parça borcundan açıkça söz edilmemiş ise de, kastedilenin parça borcu olduğu, aynı maddenin ikinci fıkrasında, cins borcunda hasarın geçişini düzenleyen hükmün zıt anlamından çıkarılmaktadır⁴¹⁹.

Bu düzenlemede görüleceği üzere, borcun konusunun parça borcu olduğu durumlarda, hasar alıcıya yükletilmiştir. Yani borcun konusunun parça borcu olduğu durumlarda, edim konusunu teşkil eden şey satıldıktan sonra, fakat henüz alıcıya teslim edilmeden, ifasının tamamen veya kısmen imkânsız hale gelmesi durumunda, alıcının şeyi elde edemediği halde, semeni ödemek zorunda kalacağı hükme bağlanmıştır.

Maddede sözü edilen iki istisnayı açıklamak gerekir. Durumun gereklerinden doğan istisnalar, maddede, “Halin icabından...mütevellit istisnaların maadasında, ...” şeklinde ifade edilmiştir. Doktrinde durumun gerekleri (halin icabı) olarak nitelenen haller olarak şunlar sayılmaktadır: Malın henüz satıcının elinde olmadığı durumlarda; malın tesliminin satıcı lehine geciktirildiği durumlarda; seçimlik borçlarda seçim hakkı kullanılıncaya kadar; satıcının malı teslimde temerrüde düştüğü durumlarda; alıcı henüz temerrüde düşmediği halde, satılanın tevdi edildiği durumlarda; satımın peşin olmaması halinde, hasarın alıcıya geçmesi kuralının uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır. Özel şartlardan doğan istisnalar ile

⁴¹⁹ ZEVKLİLER: s. 62.

kastedilen, bu kuralın emredici olmadığı, tarafların bunun aksini kararlaştırabilecekleridir⁴²⁰.

Türk-İsviçre Hukuku, Roma Hukukunda hasara ilişkin düzenlemeyi aynen benimsemiştir. Roma Hukukunda hasar, alıcıya yükletilmişti: *Periculum emptoris est*. Bilindiği üzere, Türk-İsviçre Hukuku ve Alman Hukukunda, taşınır malların mülkiyeti, sözleşmenin kurulması ile değil, teslim ile geçer. Bu durumda alıcı henüz malik olmadığı bir malın hasarını yüklenmiş olmaktadır. Fransız hukuku (CC m. 1582), hasarın sözleşmenin yapılmasıyla alıcıya geçeceği hükme bağlanmıştır. Fakat buradaki düzenleme, kendi içinde tutarlıdır; zira bu hukuka göre, mülkiyet teslim ile değil, sözleşmenin kurulmasıyla karşı tarafa geçer. Alman Hukukunda, konuyu düzenleyen BGB'nin 446. paragrafında, hasarın teslim anından itibaren alıcıya geçeceği hükme bağlanmıştır⁴²¹.

Roma Hukukunda bu düzenlemenin adaletsizliği görülmüş ve “hasar kime aitse menfaatler de ona aittir” şeklinde bir düzenleme ile bu hüküm dengelenmeye çalışılmıştır; örneğin, hayvanın yavrusu doğmuş, satılan şeyde bazı artmalar olmuşsa bunların alıcıya ait olacağı kabul edilmişti⁴²². Fakat gerçekte dengenin sağlanması bir yana, getirilen bu düzenlemenin bir işlevselliği olduğu da şüphelidir. Genellikle bu konuda verilen klasik örneklerden yola çıkarsak, sattığı yarış atının gebe olduğunu veya satılan bahçenin mahsul zamanını bilmeyen ve bunu satış fiyatına eklemeyen saf satıcıların varlığına inanmak güç olsa gerektir.

⁴²⁰ ZEVKLİLER: s. 63-64; YAVUZ: s. 59; ARAL: s. 78-79; bu konu ve örneklerin geniş açıklaması için bkz.: AKINTÜRK: s. 145-171; TANDOĞAN: C: I/1, s. 111-114.

⁴²¹ TANDOĞAN: C: I/1, s. 109-111; UMUR: Ders Notları, s. 361; RADO: s. 126; TAHİROĞLU: s. 171; YAVUZ: s. 54-55; ZEVKLİLER: s. 63.

⁴²² RADO: s. 126.

Parça borçlarında hasarı alıcıya yükleyen bu düzenleme, Borçlar Kanununun 117/II. maddesinde yer alan, tam iki taraf borç yükleyen sözleşmelerde edimin imkânsızlığı sonucuna borçlunun katlanacağını düzenleyen hükmüne getirilmiş yasal bir istisnadır⁴²³. Aslında hasara ilişkin kuralın değiştirilerek, hasarın satıcıya yükletilmesi, her iki hükmü uyumlu hale getirecektir. Hasarın alıcıya ait olması, sözleşmenin iki taraflı yapısı ile de çelişmektedir. Eğer bir taraf malı teslimden kurtuluyorsa, diğer taraf da semeni ödemekten kurtulmalıdır⁴²⁴.

Roma Hukukunda yararın da alıcıya ait olmasının, durumu dengelemediğine işaret edildi. Ancak Roma Hukukunda, Türk-İsviçre Hukukunda olmayan başka bir dengeleme unsuru da mevcuttu. Satıcı hasarı yüklenmemekle beraber, malın muhafazasından *custodia*, yani nezaretle sorumluydu ki, bu sorumluluk, neredeyse mücbir sebebe kadar uzayabilen bir yapıya sahipti⁴²⁵.

b. Cins Borçlarında Hasarın Geçmesi

Cins borçlarında, kural olarak, hasar alıcıya geçmez, satıcıya ait olur; zira bu borçlar bakımından edimin imkânsızlığı söz konusu olmaz. Aynı cinsten şeyler yeryüzünde mevcut oldukça, borçlunun objektif bir ifa imkânsızlığı içinde olması söz konusu olamaz. Eğer misli bir şey veya para borcu söz konusu ise, edimin objektif imkânsızlığı söz konusu edilemeyecektir. Örneğin herhangi bir köleyi alacaklıya karşı borçlanmış olan kişi, sonradan kölenin ölmesi durumunda, hâlâ sözleşme ile

⁴²³ TANDOĞAN: C: I/1, s. 108; ZEVKLİLER: s. 62.

⁴²⁴ TAHİROĞLU: s. 170.

⁴²⁵ TAHİROĞLU: s. 170.

bağlıdır; zira bir başka köleyi teslim edebilir. Roma Hukukunda bu kural, “*genus non perit*”, yani nevi telef olmaz şeklinde ifade ediliyordu⁴²⁶.

Cins borçlarında hasarın satıcıya ait olacağı kuralına, kanun 183. maddenin II. fıkrasıyla iki istisna getirmiştir. Bu düzenlemeye göre, aynı yerde yapılan satışlarda, cins borcunu oluşturan mal benzerlerinden ayırt edilmiş olmalıdır. Eğer mesafe satışları söz konusu ise, yani satılacak mal gönderilmesi gereken veya halen taşınmakta olan bir mal ise, ayırt etmenin yanı sıra, satıcının o şeyden el çekmesini de gerektirir. Bu durumlarda hasar, satıcıya değil, alıcıya ait olur.

Birinci ihtimalde, yani aynı yerde yapılan satışlarda, borç cins borcu olmasına rağmen, eğer benzerlerinden ayırt edilmişse hasar satıcıya değil, alıcıya ait olacaktır. Ayırt etme, cins borcunun, sayılarak, ölçülerek, tartılarak veya ambalajlanarak benzerlerinden ayırt edilmesi şeklinde gerçekleştirilir⁴²⁷. Bu durumda benzerlerinden ayırt etme işleminin kim tarafından yapılacağı, başka bir deyişle, kimin bu ayırt etme işlemini yapması durumunda hasarın alıcıya geçeceği belirlenmelidir. Bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, ayırt etme ancak teslimle gerçekleşir; diğer bir görüşe göre, ayırt etme işlemini satıcı yapmalıdır. Başka bir görüşe göre, ayırt etme alıcı veya temsilcisinin huzurunda, satıcı tarafından yapılmalıdır. Son olarak Yargıtay’ında katıldığı diğer bir görüşe göre, ayırt etmeyi satıcı tek başına yapmalı, ancak hasarın alıcıya geçebilmesi için, yaptığı ayırt etme işlemini alıcıya ihbar etmelidir. Bu konuda Ticaret Kanununun

⁴²⁶ ZIMMERMANN: Obligations, s. 820; TAHİROĞLU: s. 26; RADO: s. 24; UMUR: Ders Notları, s. 299-300; ZEVKLİLER: s. 62.

⁴²⁷ YAVUZ: s. 57.

1143/I. maddesinde CİF satışlarına ilişkin açık bir düzenleme vardır ve bu kıyasen diğer satışlara da uygulanabilir⁴²⁸.

İkinci ihtimalde, yani mesafe satışlarında, malın başka bir yere gönderilmesi durumunda, satıcının hem ayırt etme işini yapması hem de gönderme amacıyla malı elinden çıkarması (yedini refetmiş olması), örneğin nakliyatçıya, kargoya, postaya vb. vermesi gerekir⁴²⁹.

Taşıma işini yapan kişinin, satıcının kendi elemanı olmaması gerekir; zira bu ihtimalde, mal satıcının elinden çıkmış sayılamaz. Kanunun sözü ve özü, böyle bir yorumu haklı kılacak niteliktedir. Nitekim Yargıtay da, vermiş olduğu bir kararında bu görüşü benimsemiştir⁴³⁰.

Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, cins borçlarında hasarın geçişi, BGB 300/2. paragrafında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, borçlunun cins bir edimi borçlandığı durumda, eğer borç konusu şey belirlenmişse, alacaklı, teklif edilen edimi kabul etmeyerek temerrüde düştüğünde, bu andan itibaren, hasar kendisine ait olur.

BGB'ye göre, cins borçlarında hasarın geçişi, bu hükümden ziyade, 243/2. paragrafa göre gerçekleşir. Borçlu, belirleme için zorunlu olan davranışları teklif öncesi yapmışsa, örneğin, gönderme satışlarında ya da diğer gönderme borçlarında malı alacaklıya göndermişse ya da aranacak borçlarda, cins borcunu borçlu olunan

⁴²⁸ Bu konuda görüşler ve daha ayrıntılı açıklama için bkz. AKINTÜRK: s. 132-134; TANDOĞAN: C: I/1, s. 115; ZEVLİLİLER: s. 65; YAVUZ: s. 57.

⁴²⁹ ZEVLİLİLER: s. 66; ARAL: s. 84.

⁴³⁰ TANDOĞAN: C: I/1, s. 116; ZEVLİLİLER: s. 66; karşı görüşte, AKINTÜRK: s. 140; KALPSÜZ: s. 116.

eşyaya göre belirlemişse ve alacaklıyı haberdar etmişse, 243/2. paragraf hükmü uygulanır. 300/2. paragraf hükmü ise, şu iki durumda uygulama alanı bulur: Şayet alacaklı, borçlunun gerçek teklifinden önce, edimi kabul etmiyorsa, borçlu buna rağmen borçlu olunan eşyayı belirlemiş ve koşullarına uygun olarak sözlü teklifte bulunmuşsa, bu hüküm uygulanacaktır⁴³¹. Çünkü alacaklının kabulden kaçınmasıyla, götürme (*Bringschuld*) veya gönderme borcu (*Schickschuld*), henüz aranacak bir borca (*Holschuld*) dönüşmez. Bunu müteakip borçlu, § 243/II'ye göre, edim için kendisi tarafından gereken her şeyi yapmaksızın, burada sözlü teklifle, alacaklının temerrüdüne yol açabilir. İkinci ihtimal, istisnaî olarak, para borçlarında söz konusu olur. Örneğin para borçlusunu, lüzumsuz bir tekliften sonra, ödenmesi için belirlenmiş olan para ile eve giderken, para çalınırsa, borçlu borçtan kurtulur; zira bu durumda § 243/II hükmü, § 270/I'den ötürü uygulanamaz ve burada 300/II hükmü uygulama alanı bulur⁴³².

Borçlar Kanununun 183/II'deki bu düzenlemeye benzer duruma, Roma Hukuku kaynaklarında da rastlanmaktadır: “Eğer ağırlık, parça veya ölçü ile satılan maldaki ağırlık, para ve ölçü birimi henüz belirlenmemişse (D. 18.6.5); eğer mal henüz teslim hazır değilse ve satıcının mallarına karışmış olarak bulunuyorsa (D. 18.1.35.7)”⁴³³. Dikkat edileceği üzere, bu gibi durumlarda hasara satıcının katlanacağı sonucu çıkar. Metinlerin zıt anlamından, hasarın alıcıya geçmesi için, satıcının mallarına karışma ihtimalinin bulunmaması, yani ayırt etme işleminin yapılması gerekir.

⁴³¹ MOLITOR: s. 78; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1167; MEDICUS: s. 207.

⁴³² MEDICUS: s. 207-208.

⁴³³ TAHİROĞLU: s. 169.

c. Geciktirici Şarta Bağlı Sözleşmelerde Hasarın Geçmesi

Geciktirici şarta bağlı satışlarda hasarın geçmesi, BK m. 183/III'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, geciktirici şartla yapılan satım sözleşmelerinde, temlik edilen şeyin hasarı, ancak şartın gerçekleşmesi anından başlayarak alıcıya geçer.

Geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaya başlaması şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Dolayısıyla, gerçekleşmesi objektif bakımdan şüpheli bir olayda hasarı alıcıya yüklemek, açık bir haksızlık olurdu. Örneğin, bankadan talep ettiğim kırk bin YTL tutarındaki kredi talebim olumlu karşılanırsa, X tablosunu satın alacağıma ilişkin bir sözleşmede, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması, kredi talebimin kabulüne bağlıdır. Bu talebin kabul edilip edilmeyeceği şüphelidir. Sözleşme yapıldıktan sonra, fakat kredi talebinin kabulünden önce çıkan bir yangında, tablonun yanması halinde hasarın alıcıya ait olması açık bir haksızlık teşkil ederdi. Geciktirici şarta bağlı kanunda düzenlenen sözleşmelere, tecrübe ve muayene şartına bağlı satışlar (m. 219 vd.) ile kapıdan satışlar (TKHK. m. 8-9) örnek olarak gösterilebilir⁴³⁴.

Roma Hukukunda da geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde, örneğin satım sözleşmesinin malın denemesine veya malı borçlu limana gelmesi şartına bağlandığı durumlarda, hasarın geçmesi, şartın gerçekleşmesine bağlanmıştı (D. 18.1.35.7 *Ulpianus*)⁴³⁵.

Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesinde (CISG), hasarın geçişi 66-70. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre,

⁴³⁴ ZEVKLİLER: s. 68.

⁴³⁵ TAHİROĞLU: s. 169.

taşınacak veya taşınmakta olan mallara ilişkin sözleşmeler (m. 67-68) dışında, kural olarak, hasar, ancak teslimle alıcıya geçer. Malın hasara uğraması, satıcının fiilinden kaynaklanmadıkça, alıcı, malın bedelini ödemek zorundadır (m. 66). Alıcı, satılan malları zamanında teslim almazsa, satılanın alıcının tasarrufuna sunulduğu veya teslim alma borcunun ifa edilmemesi nedeniyle sözleşmenin ihlal edildiği anda, hasar alıcıya geçer. Bununla birlikte, alıcı, satılan malları satıcının işyerinin bulunduğu yerin dışında teslim almakla yükümlü ise, teslimin muaccel olduğu ve malların kendi tasarrufuna sunulmuş olduğunu bildiği durumda da hasar alıcıya geçer. Buna karşılık, sözleşme henüz belirlenmemiş mallara ilişkin ise, bu malların sözleşmeye uygunluğu açıkça belirleninceye kadar, hasarı alıcı yüklenmez (m. 69)⁴³⁶.

Buna göre, satış sözleşmesi, malın taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı, satılanı belirli bir yerde teslim etmekle yükümlü değilse, hasar, satılanın ilk taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer. Buna karşılık, satıcı, satılan malları, taşıyıcıya belli bir yerde teslim etmekle yükümlü ise, hasarın alıcıya geçmesi için, taşıyıcıya belirlenen bu yerde teslimi gerekir. Satılan mallar üzerinde tasarrufu sağlayan belgelerin, satıcı tarafından alıkonulması yetkisinin satıcıda olması, hasarın alıcıya geçmesini engellemez. Satılan mallar üzerindeki işaretlerle, taşıma belgeleriyle, alıcıya yapılan bir bildirimle veya başka bir şekilde, satılanın sözleşmeye uygunluğu açıkça belirleninceye kadar, hasar alıcıya geçmez (m. 67). Taşınmakta olan malların satımında, hasar, sözleşmenin yapıldığı anda alıcıya geçer (m. 68)⁴³⁷. Satıcı

⁴³⁶ ÖZSUNAY: s. 939; YAVUZ: s. 55.

⁴³⁷ ÖZSUNAY: s. 938-939; YAVUZ: s. 55.

sözleşmeyi esaslı bir şekilde ihlal etmişse, 67-69. maddelerin hükümleri, alıcının bu ihlal sebebiyle, başvurabileceği hukukî yolları etkilemez (m. 70)⁴³⁸.

2. Eser Sözleşmesinde Hasarın Geçmesi

Eser sözleşmesinde hasarın geçmesi, Romalı hukukçular arasında ihtilaflıydı. Klasik dönemin başlarında, eserin mücbir sebeple yok olması halinde, eser henüz iş sahibine teslim edilmemiş veya onun tarafından kabul edilmemişse, iş sahibi ücreti ödemekten kurtulmakta, dolayısıyla hasar yükleniciye ait olmaktaydı. *Iustinianus* döneminde, bu uygulama tersine çevrildi ve mücbir sebep durumlarında hasar iş sahibine yüklendi. Prensip olarak, iş sahibi işi kabul etmişse veya eser ona teslim edilmişse, yükleniciye, hilesi olduğu durumlar dışında, hasarın yüklenemeyeceği kabul edilmekteydi⁴³⁹.

Eser sözleşmesinde hasarın geçişi, Borçlar Kanununun 368. maddesinde düzenlenmiştir. Fakat bu maddede sadece hasarın geçişi değil, aynı zamanda kusursuz imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin sona ermesi de düzenlenmiştir.

Parça borcu teşkil edecek bir eserin bitirildikten sonra, henüz iş sahibine teslim edilmeden, tarafların kusuru dışında telef (yok) olması durumunda, iş sahibi eseri kabulde temerrüde düşmüş olmadıkça, bunun hasarı yükleniciye ait olacaktır (BK m. 368/I). Bu durumda, yüklenici ödenmemiş bedelin ödenmesini isteyemeyeceği gibi, daha önce iş sahibinden aldıklarını da geri ödemek zorundadır. Eser tamamlanmış, fakat henüz iş sahibine (alacaklıya) teslim edilmeden, alacaklı eseri kabulde temerrüde düşmüşse, o takdirde hasar iş sahibine ait olur. Bu durumda iş sahibi, eline bir şey geçmediği halde, temerrüde düşmesi sebebiyle, daha önce

⁴³⁸ YAVUZ: s. 55.

⁴³⁹ RADO: s. 141-142; TAHİROĞLU: s. 185-186

ödediklerini geri isteyemeyeceği gibi, ödenmemiş bedeli de ödemek zorunda kalır⁴⁴⁰. Fakat iş sahibi, kendisi temerrüde düşmemiş olsa da eserin kazaya uğrayacağını ispatlaması durumunda, BK m. 102/II'ye göre, ücret ödemekten kurtulacağı ileri sürülmektedir⁴⁴¹.

İş sahibi temerrüde düşmemiş, fakat eser teslim edilmeden bir kaza sonucu telef olmuşsa, malzemelerin hasarı o malzemeleri vermiş olan kişiye ait olacaktır (BK m. 368/II). Başka bir anlatımla, malzemeler iş sahibi tarafından verilmişse, hasara iş sahibi katlanacak; buna karşılık, malzemeler yüklenici tarafından karşılanmışsa, hasara yüklenici katlanacaktır.

Bitirildikten sonra cins borcu teşkil edecek bir eserin söz konusu olduğu durumlarda, eser teslim edilmeden hasara uğrarsa, burada kusursuz imkânsızlık söz konusu olamayacağından (*genus non perit*), hasar yükleniciye ait olacaktır. Cins borcu ile belirtilen eserlerde, hasar ancak teslim ile iş sahibine (alacaklıya) geçer. Bu durumda, Borçlar Kanununun 183/II hükmünün de uygulama yeri yoktur⁴⁴².

Eser, iş sahibine yüklenebilen sebeplerden dolayı telef olur veya kısmen zarara uğrarsa, bu zararlara iş sahibi katlanır. Eğer yapılan eser, iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın ayıplı olmasından ya da iş sahibinin imal veya inşa tarzı hakkında verilen emirden dolayı telef olmuşsa, yüklenici, bu tehlikeleri zamanında iş sahibine bildirdiği takdirde, yaptığı işin değerini ve bu değer içine girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. Bu hasarların iş sahibine

⁴⁴⁰ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, s. 1045-1048; YAVUZ: s. 453; ZEVKLİLER: s. 346.

⁴⁴¹ ZEVKLİLER: s. 346.

⁴⁴² ZEVKLİLER: s. 346.

geçmesi için, iş sahibinin kusurlu olması şart değildir; zararı doğuran olayın ona yüklenebilmesi yeterlidir. İş sahibinin kusurlu olması durumunda, ayrıca müspet zararın da ödenmesi talep edilebilir⁴⁴³.

3. Kira Sözleşmesinde Hasarın Geçmesi

Roma Hukukunda satım sözleşmesindeki hasar alıcıya yükletildiği halde, kira sözleşmesinde, hasarın kiralayana ait olacağı kabul edilmişti. Fakat kiralanan mal tamamen telef olmayıp, kısmen zarara uğramışsa veya tarafların kusuru olmasızın kiralanan malı kullanma ve ondan yararlanma güçleşmişse, kira ücreti de o ölçüde indirilirdi⁴⁴⁴.

Türk Hukuku'nda kira sözleşmesinde, kiralananın tarafların kusuru olmaksızın yok olması durumunda, kiralayan, kiralananı kullanmaya elverişli bir halde kiracının yararlanmasına sunma borcundan kurtulur. Kiralayanın bu şekilde borcundan kurtulmasına karşılık, kiracıdan kira parasını talep edemez. Bu durumda hasarın kiralayana ait olduğu görülür⁴⁴⁵. Finansal kiralama sözleşmelerinde, istisnâî bir düzenlemenin varlığına işaret etmek gerekir. Finansal Kiralama Kanununun 14. maddesine göre, kiralanan şeyin yok olması veya hasara uğraması durumunda, bundan kiralayanın değil, kiracının sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bu düzenlemenin, BK m. 117/II'ye bir istisna oluşturduğu görülmektedir⁴⁴⁶.

⁴⁴³ TUNÇOMAĞ: Özel Borç İlişkileri, s. 1047-1048; YAVUZ: s. 454; ZEVKLİLER: s. 346.

⁴⁴⁴ RADO: s. 137; TAHİROĞLU: s. 183.

⁴⁴⁵ YAVUZ: s. 56.

⁴⁴⁶ YAVUZ: s. 391.

D. Hasarın Geçiş Anı

Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, hasarın hangi andan itibaren geçeceği, Türk-İsviçre Hukukunda tartışmalı konulardan biridir. Başka bir anlatımla, hasarın geçişi, alacaklının temerrüdü anından itibaren mi, yoksa tevdi anından itibaren mi alacaklıya geçecektir. Hasarın geçişi konusunda BGB, 300/II. paragrafında, açıkça alacaklının temerrüdünün hukukî sonuçları arasında saymıştır. Türk-İsviçre Hukuku, bu yönde genel bir düzenleme şekline yer vermemiştir. Müşterek Hukukta da hasarın geçişi açıkça alacaklının temerrüdünün sonuçları içinde kabul edilmekteydi⁴⁴⁷.

Bir görüşe göre, hasar, alacaklının temerrüde düştüğü anda kendisine geçer. Hasarın tevdi anından itibaren değil, temerrüt anından itibaren geçişi, aynı zamanda alacaklının şahsında gerçekleşen nedenlerle edimin ifasının mümkün olmadığı hallerde de uygulanmalıdır⁴⁴⁸.

Bir başka görüşe göre ise, hasarın geçişi alacaklının temerrüdü anından itibaren değil, borçlunun edimi tevdi ettiği andan itibaren alacaklıya geçer. Bu görüşe göre, kanunun lafzı bu şekilde anlaşılmaya daha uygundur. Aksi görüş, sadece BGB'den ilham almaktadır⁴⁴⁹.

Kanunda bir açıklık bulunmaması, bu şekilde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Örneğin ilk görüş taraftarları, bu durumda BK 368/I ve

⁴⁴⁷ EREN: s. 975-976.

⁴⁴⁸ TUHR/ESCHER: s. 74 vd.; BUCHER: Obligationen, s. 24 vd.; SEROZAN: s. 347 vd.; TUNÇOMAĞ: Özel Borç İlişkileri, s. 1046; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 848 vd.; EREN: s. 976.

⁴⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ: s. 276; AKINTÜRK: s. 33; BİRSEN: s. 454; OSER/SCHÖNENBERGER: s. 706; KOÇ: alacaklının temerrüdü., s. 283-285.

183. maddesine göre, parça satışlarında alacaklının temerrüdü anını esas almak gerekir. Buna karşılık BK 183/II'ye göre cins borçlarında hasarın alıcıya geçişi için malın ayırt edilmiş olması veya gönderilmiş olması gerekir. Diğer görüş taraftarları, BK m. 92 hükmünün tevdi anını esas alınmasını şart koştuğunu ileri sürerler.

Genelde ve özel olarak bu gibi tartışmalı konularda doğru bir sonuca ulaşmak için, başvurulabilecek yollardan biri, hiç şüphesiz ilgili kurumun tarihsel kökenine inmek ve oradaki uygulamaya bakmak olacaktır. Müşterek Hukuk ve uygulamasında alacaklının temerrüde düştüğü an esas alınmaktadır. Bu sonuç, hakkaniyete de uygun gözükmektedir. Dolayısıyla biz de alacaklının temerrüdü anını esas alan görüşe taraftarız.

VII. ALACAKLININ ÖDEMEZLİK DEF'İNDEN YARARLANAMAMASI

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin her iki tarafı da aynı anda hem alacaklı hem de borçlu oldukları için, aynı zamanda ifa kuralı geçerlidir. Buna göre, bir taraf kendi edimini ifa etmedikçe veya ifasını teklif etmedikçe, diğer tarafın edimini yerine getirmesini isteyemez. Kendi edimini ifa etmeden veya ifasını teklif etmeden, diğer taraftan edimini ifa etmesini talep eden kişiye karşı, dürüst davranmadığı ileri sürülerek, bir genel hile def'i (*exceptio doli generalis*) ileri sürülebilirdi. Bu def'ie daha sonraları, (*exceptio non adimpleti contractus* = sözleşmenin ifa edilmediği def'i/ödemezlilik def'i) denmiştir⁴⁵⁰.

Taraflardan birinin edimi daha önce ifa etmesi gerektiği sözleşmeyle kararlaştırılmamışsa veya sözleşmenin niteliğinden bu sonuç çıkarılamıyorsa, edimler aynı anda ifa edilmelidir. Bazı sözleşmelerde bir tarafın edimi daha önce ifa

⁴⁵⁰ TAHİROĞLU: s. 161.

etmesi, sözleşmenin niteliğinden doğar. Bu gibi durumlarda, bir taraf kendi üzerine düşen ifayı gerçekleştirmedikçe, karşı taraftan ifayı isteyemeyeceği gibi, bu gerekçeyle, ödemezlik def'inden yararlanamaz⁴⁵¹.

Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, borçlu, başka bir şarta gerek kalmaksızın, karşı edimin ifasını talep edebilecektir. Burada alacaklının temerrüdü, bir anlamda ifa yapılmış olunduğunun farz edilmesi şeklinde, kabul edilmektedir. Bu durumda, borçlu, esasında borcunu ifa etmediği halde, ifa etmiş gibi kabul edilerek, karşı tarafın *exceptio non adimpleti contractus* ileri sürmesi engellenmektedir. Roma Hukukuna göre, ortada bir imkânsızlık durumu varsa veya imkânsızlık olmamakla birlikte, borçlu bakımından alacaklının temerrüde düşmesi bir *exceptio doli* sayılabiliyorsa, karşı edim talep edilemez. Yani bu durumda *exceptio non adimpleti contractus*'tan yararlanılamaz⁴⁵².

Alacaklı mütemerrit olduğu sürece, sözleşmenin ifa edilmediği def'ini (*exceptio non adimpleti contractus* =ödemelik def'i) ileri sürmek suretiyle, kendi edimini yerine getirmekten kaçınamaz⁴⁵³. Alacaklının temerrüde düşmüş olması, borcun ifasındaki sıra sorununu ve dolayısıyla ödemezlik def'inin ileri sürülme hakkını da ortadan kaldırır⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ GAUCH/SCHMID/SCHRANER: s. 457; OSER/SCHÖNENBERGER: s. 650-651; HASENÖHRL: s. 365.

⁴⁵² BERNSTEIN: s. 47-48.

⁴⁵³ TUHR: s. 540; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 153; SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 237; ARSEBÜK: s. 393.

⁴⁵⁴ İNAL: s. 219

Borcun kısmen ifa edilmemesi durumunda da bu def'i ileri sürülebilir; meğerki ifa edilmeyen kısım çok önemsiz olsun ve bunu ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etsin⁴⁵⁵.

Tarafların edimlerinin ifa sırası, ASHİ'nde de "İfa Sırası" kenar başlıklı 7:104. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, aksine bir anlaşma yoksa, taraflar edimlerini, aynı zamanda yerine getirmek zorundadırlar. Dolayısıyla bu düzenlemeden yola çıkarak, ASHİ'ne göre de, *exceptio non adimpleti contractus* ilkesinin uygulama yeri olduğu rahatlıkla söylenebilir. Tekrar belirtmek gerekirse, ASHİ'de benimsenen bu sonuç, alacaklının temerrüdüne ilişkin özel bir düzenleme olmayıp, genel olarak ifaya ilişkin benimsenen bir sonuçtur.

VIII. ALACAKLININ REHİN KONUSU EŞYAYI SATIŞ HAKKININ DÜŞMESİ VE KEFİL ÜZERİNDEKİ HAKKINDA KISITLAMA OLUŞMASI

Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda elinde bulundurduğu rehinli malı satıp satamayacağı konusu üzerinde de durulmalıdır. Kaynaklarda bu konuda bazı düzenlemeler olduğu göze çarpmaktadır.

Codex'te yer alan bir düzenlemeye göre (C.8.27.8), borcu karşılayacak kadar bir miktar için ifa teklifi yapılmış olması ve bunun alacaklı tarafından reddi durumunda, alacaklının rehin konusu malı satış hakkını kaybedeceği kabul edilmektedir. Yani borcu karşılayacak kadar yapılan bir gerçek ifa teklifi, alacaklının elinde bulundurduğu rehni satma hakkını kaybetmesi sonucunu doğurur. Aynı şey D.

⁴⁵⁵ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 649.

10.2.25.1’de (*Paulus lib. 23 ad edict*) ve *Diocletianus*’un emirnamesinde de (C.8.20.3) teyit edilmektedir⁴⁵⁶.

Buna karşılık, M.S. 239 yılında İmparator *Gordian*’a ait iki emirnamede (C.8.27.8 ve C.8.28.2), alacaklının rehin konusu malı satma hakkını kaybetmesi için, borcu karşılayacak bir ifa teklifinin yeterli olmadığı, bunun için borç konusunun tevdi (*depositio*) edilmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Bu emirnamelerde temel olarak, borçluların, uygun olmayan yer ve zamanda yapacakları görünürdeki bir ifa teklifiyle, alacaklının rehin konusu eşyayı satmasına engel olmalarını engellemek amacını taşıdığı göze çarpmaktadır⁴⁵⁷. Dolayısıyla yapılacak ifa teklifinin gerçek olması şartı aranırsa, bu iki emirnamenin aradığı tevdi şartına da gerek kalmayacağı açıktır.

MOMMSEN’e göre, alacaklı temerrüde düşmekle, yapılan ifa teklifinin gerçek olması koşuluyla, sadece rehin konusu eşyayı satış hakkını değil, aynı zamanda rehin hakkının kendisini de kaybeder. Zira alacaklı, yapılan fiilî ifa teklifini haklı bir neden olmaksızın reddetmekle, rehlin amaçladığı, alacağı garanti altına almaya ilişkin ihtiyacının da kalmadığını, zımni olarak kabul etmiş saymak gerekir⁴⁵⁸. Buna karşılık REHBEIN, alacaklının rehin hakkının sona ermeyeceğini, fakat alacaklının rehini satma hakkının da kabul edilemeyeceğini, zira bunun hukuka aykırı olduğunu, rehinli eşyayı satması durumunda, zararı tazminle yükümlü olmasını gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁵⁹. MOMMSEN’in görüşü ve gerekçesi daha

⁴⁵⁶ KOCH: s. 53.

⁴⁵⁷ KOCH: s. 53-54.

⁴⁵⁸ MOMMSEN: s. 291.

⁴⁵⁹ REHBEIN: s. 143; benzer yönde açıklamalar için bkz. CROME: s. 153.

tatmin edici olmakla birlikte, günümüz uygulaması bakımından, rehin hakkının sona ermediğinin, fakat satış hakkını kullanamayacağının kabul edilmesi gerekir. Alacaklının temerrüdünde kusur şartı aranmadığı için, aksinin kabulü haksız sonuçlara yol açar; zira kusursuz olarak temerrüde düşen birinin bu şekilde bir zımnî irade beyanında bulunduğu kabul edilemez. Şayet kusur şartı söz konusu olsaydı, bu davranış kolaylıkla zımnî bir irade açıklaması olarak kabul edilebilirdi.

Alacaklının temerrüde düşmesinin, kefaletle ilişkin etkisi kaynaklarda düzenlenmemiştir. Kaynaklarda sadece asıl borçlunun iflas etmesinden sonra, alacaklının doğrudan kefile başvurusu halinde, kefilin alacaklıya karşı bir hile def'i (*exceptio doli*) ileri sürebileceği kabul edilmiştir⁴⁶⁰. Gerçekten de, borçlu tarafından yapılan ifa teklifini haklı bir sebep olmaksızın reddeden alacaklının, borçlunun iflasından sonra, kefile başvurusu, alacaklı bakımından dürüstlük kuralına uygun bir davranış olarak kabul etmek imkânsızdır.

Roma Hukukuna ilişkin yukarıda kabul edilen çözüm tarzlarının, günümüzde de kabulü gerekir. Gerçekten de, geçerli olarak ifa teklifi yapmaya yetkili kişilerce yapılan gerçek ifa teklifini kabul etmeyen alacaklının, rehin konusu eşyayı satma hakkı kabul edilmemek gerekir. Alacaklının bu davranışı, rehinli eşyaya olan ihtiyacının kalmadığı ve rehin hakkından feragat ettiği şeklinde zımnî bir irade beyanı olarak kabul etmemek gerekir; zira alacaklı kusursuz olarak temerrüde düşmüş olabilir.

Kefalet konusunda ise, kefaletin adî veya müteselsil olmasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Şayet ortada adî kefalet varsa, Roma Hukukundaki çözümün yani

⁴⁶⁰ KOCH: s. 54-55.

kefilin serbest kalmasının kabulü gerekir. Nitekim Borçlar Kanunu 501. maddesiyle, ifa teklifini kabul etmeyen alacaklıya karşı kefil korumuştur. Buna karşılık müteselsil kefalet durumu söz konusu ise, müteselsil kefil borçlu ile aynı hukukî durumu taşıdığı için, borçluya tanınan imkânlardan fazlasını ona tanımak, onun borçtan aynı derece ve şekilde sorumlu olması ilkesine aykırı düşer. Dolayısıyla borçlu için ne gibi hukukî imkânlar mevcutsa, müteselsil kefil için de ancak bu imkânlar tanınabilir.

§ 11. BORÇLUYA BORÇTAN KURTULMASI İMKÂNI VEREN YOLLAR

I. ROMA HUKUKUNDA BORÇLUYA BORÇTAN KURTULMASI İMKÂNI VEREN YOLLAR

A. Genel Olarak

Alacaklının temerrüdü halinde, borçlunun borçtan kurtulmasını sağlayacak imkânların getirilmesi şarttır. Borcundan kurtulmak isteyen borçlu, bunu temin için elinden gelen her şeyi yapmasına karşılık, alacaklının haklı olmayan sebeplerle ifanın gerçekleşmesine engel olması durumunda, borçluya bu imkânı vermek şarttır. Başka bir anlatımla, kendisine uygun bir şekilde teklif edilen ifayı, kabul etmemek, işbirliğinden kaçınmak ya da seçimlik borçlarda seçim hakkının kullanmamak suretiyle engelleyen alacaklıya karşı, ifaya hazır ve istekli olan, fakat borcunu alacaklının davranışı sebebiyle ifa edemeyen borçluyu korumak gerekir⁴⁶¹. Bu imkânı ona tanımamak, onu sürekli bir biçimde alacaklının iradesine bağlı kılmak

⁴⁶¹ BUCHER: Obligationenrecht, s. 318.

anlamına gelecek ve bu yolla belki de kötünîyet sahibi alacaklının bu tutumu hukuk tarafından korunmuş olacaktır⁴⁶².

Roma Hukukunda borçlunun borçtan kurtulmasını sağlayacak dört yol öngörülmüştü. İlk zamanlarda, borçlunun belli şartların gerçekleşmesiyle, edim konusunu terk ederek borcundan kurtulabileceği kabul edilmişti. Bunun yanı sıra, belli koşullarla borçluya, alacaklıyı edim konusu malı teslim almaya zorlayacak nitelikte bir dava hakkı da tanınmıştı. “Tevdi” ve “borç konusunun satılarak bedelinin tevdi” edilmesi yolu günümüz hukukundakine benzer şekilde, kabul edilen diğer yollardır.

B. Borçluya Borçtan Kurtulması İmkânı Veren Yollar

1. Edim Konusunun Terki (Derelictio = Preisgebung des Leistungsgegenstandes)

Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, borçlunun borçtan kurtulmasını sağlayacak imkânlardan birisi, borçlunun edim konusunu terk etmesidir. Bazı durumlarda borçlunun edim konusunu terk etmesine izin verilmişti. Bu yöntem, Roma Hukukuna özgü bir yöntem olup, borçlunun borçtan kurtulmasını sağlamada ilk yöntem olduğu kabul edilmektedir. Tevdi ve satış ve satış sonucu elde edilen bedelin tevdi sonradan bulunan yöntemlerdi ve bu yeni yöntemler zamanla, terk yoluyla borçtan kurtulma imkânının sınırlanmasına sebep olmuştu⁴⁶³.

Klasik dönemde, alıcının şarapları dökmesine izin verilmişti. Bununla ilgili kaynaklarda yer alan metinleri şöyle sıralamak mümkündür:

⁴⁶² SAYMEN/ELBİR: s. 688; SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 232.

⁴⁶³ BERNSTEIN: s. 38.

D. 33.6.8

Pomponius 6 epist.

Si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit, quo minus accipiat, periculose heredem facturum, si id vinum effundet: sed legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoverti, si non praestet id, quod propter moram eius damnum passus sit heres.

Bir mirasçı varillerdeki şarabı vermek için vasiyet gereği per damnationem sorumluysa ve teslim almamış olması vasiyetçinin hatasıysa, mirasçı, şarabı dökmesi halinde kendisini riske atacaktır, fakat vasiyet sahibi, şarabı mirasçıdan talep ederse, mirasçının neden olduğu bu temerrüitten dolayı ortaya çıkan zararı tazmin etmezse, kasta dayalı haksız fiil gerekçesiyle talebinin kabul edilmeyeceği genellikle kabul edilir.

D. 18.6.13

Paulus 3 epit. alf.

Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.

Aedilis, satın alınan ve sokağa bırakılan divanları tahrip eder; divanlar alıcıya teslim edilmişlerse ya da teslim edilmemeleri kendi hatası ise, riskin alıcı da olduğu açıktır.

D. 18.6.14

Iulianus 3 ad urs. ferocem.

Eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret.

Ve Lex Aquila gereğince hatalı davranan aedilis'e karşı dava açabilir; veya herhalde, satıcıya karşı bu işlemler satıcıyı kendisine temlim etmesini gerektiriyorsa, eşyayı terk etme şeklinde bir yöntem izleyebilir.

D. 18.6.15pr.

Paulus 3 epit. alf.

Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit.

Fakat teslim edilmemişlerse ve teslimatın alınmasında alıcıya atfedilecek bir gecikme yoksa, risk satıcıda olacaktır.

D. 18.6.1.3

Ulpianus 28 ad sab.

Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori.

Şimdi satıcı yasal olarak şarabı dökebilir. Şarabın teslimi için bir zaman belirlenmişse ve o zaman zarfında teslim alınmamışsa, satıcı şarabı dökebilir. Ancak, durup dururken dökemez. Öncelikle alıcıyı tanıklar huzurunda dökceği konusunda uyarmalı, buna rağmen kişi gereğini yapmazsa dökceğini belirtmelidir.

Dökme hakkı olduğu halde dökmezse, övülür/takdir edilir. Şarapların içinde bulunduğu kaplarda yararı olduğu halde, kapta tutarsa, boşaltması durumunda yararı olduğu halde ya da bunlar için kaplar kiralamak durumundaysa, varilleri için daha sonra ayrıca kira ücreti alabilir. Ama daha doğru olanı, konteynır kiralaması ve şarapları alıcı kiralarnı ödeyinceye kadar konteynırlarda tutması, aksi durumda şarapları satması. Asıl doğru olan budur. Kısaca kendine zarar vermemek kaydıyla, alıcının zararını hafifletmelidir.

D. 18.6.1.4

Ulpianus 28 ad sab.

Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit.

Fıçılarda şarap alırsınız ve teslimatına ilişkin herhangi bir mutabakat yoksa, fıçılar yeni mahsuller için ihtiyaç duyulmadan önce, boşaltılması gerektiği varsayılır. Ancak bu şekilde boşaltılmazsa, satıcı daha önceki hukukçunun tavsiye ettiği biçimde davranır: Hasırdan yapılmış sepetlerle ölçer ve öylece döker. Önceki hukukçular, ölçüm amaçlı bu yöntemi tavsiye ettiler. Miktarın belirsiz olduğunu varsayarak, alıcının kaybının ne kadar olduğunu netleştirmek amacıyla bu yapılır.

Malın terki yetkisi veren düzenlemelere, genellikle şarap satışlarında alıcının teslim almaması durumunda satıcıya verilen bir yetki olarak rastlanmaktadır. Özellikle D. 33.6.8'deki düzenlemede, alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, satıcının edim konusunu terk etmesine imkân tanındığı şeklinde görünmektedir.

Fakat MADAI, bu durumların sadece şarap satımına ilişkin hususlara inhisar ettiğini ileri sürmektedir. MADAI, bu görüşüne dayanak olarak, yukarıdaki D. 18.6.1.3 ve 18.6.1.4 metinlerinde yer alan düzenlemeleri göstermektedir⁴⁶⁴.

DERNBURG, terk hakkının eski hukuka özgü olduğunu, borçlunun başka bir şeye gerek olmaksızın eşyayı terk edebileceğini, fakat bunun yerine daha basit başka araçların olması durumunda, borçlunun bu yola başvuramayacağını dile getirmiştir⁴⁶⁵. Kesin olarak aslında şu söylenebilir: klasik dönemde şarapları dökme konusunda satıcıya bir hak tanınmış ise de, bu davranış sempatik olarak karşılanmamaktadır (D. 18.6.1.3)⁴⁶⁶.

D.18.6.1.3 ve D. 18.6.1.4'deki metinlerde, alacaklının edimi kabulde temerrüde düşmesi durumunda, borçlunun şarabı dökmesine kesin olarak izin verilmişti. Fakat borçlunun bunu yapabilmesi için, önceden alacaklıya bildirme zorunluluğu getirilmişti. Burada şuna dikkat çekmek gerekir ki, burada borçluya tanınmış bir yetki söz konusudur. Borçluya önerilen ise, söz konusu şarapları dökme değil, onu satmaktır⁴⁶⁷. Hatta bir zorunluluk olmadıkça, borçlunun böyle bir yetkiyi de kullanamayacağı ifade edilmiştir⁴⁶⁸.

BERNSTEIN da, terk hakkına ilişkin metinde, borçlunun şarapları dökmesinin onun için tehlikeli olacağının ifade edilmesinin, diğer metinle bir aykırılık teşkil ettiğini dile getirmektedir⁴⁶⁹. SEROZAN da, bu hakkın, Romalı şarap

⁴⁶⁴ MADAI: s. 469-471.

⁴⁶⁵ DERNBURG: s. 121.

⁴⁶⁶ RABEL: s. 140.

⁴⁶⁷ KASER: s. 143.

⁴⁶⁸ ENDEMANN: Römisches., s. 160.

⁴⁶⁹ BERNSTEIN: s. 39.

satıcılarına tanınmış bir ayrıcalık olduğunu, Romalıların şaraba karşı tutkularından ötürü, şarap satıcılarını el üstünde tutmanın hukuka ilginç bir yansıması olduğunu ileri sürmektedir⁴⁷⁰. ERNST de, terk hakkının, büyük bir ihtimalle, sadece şarap satışlarında uygulandığını, fakat lâfzî olarak metinlerde yer alan ifadelere göre, şahitler huzurunda yapılmış olan bildirime rağmen, edim konusunu kabul etmeyen alacaklıya karşı, bu hakkın şartsız olarak kullanılabileceğini ileri sürmüştür⁴⁷¹.

GLÜCK, edim konusunun borçlu tarafından terk edilmesi hakkını temelden reddetmektedir. Hatta o, *Ulpianus*'un sözünü ettiği düzenlemeyi şaka olarak kabul etmektedir⁴⁷². Klasik Döneme ilişkin bu tartışmalı durum, *Iustinianus* döneminde, sınırlandırılmış ve bunun yerine, alıcı hesabına satış önerilmiştir

Borçlunun böyle masraflardan kaçınmak için şeyi terk etmesine ara sıra izin verilebilirdi. Bu yüzden, bilhassa, alıcı vaktinde teslim almazsa (normalde 1 Ocak), şarap satıcısının şarapları dökmesine izin verilmişti; yine de o fiçılara yeni hasat dönemi için ihtiyacı vardı. *Ulpian*, yine de, şayet mümkün olursa, satıcıyı daha az acımasız olan yöntemlere teşvik etmektedir⁴⁷³.

Bir başka deyimle, o şarapları muhafaza etmeyi seçerse, satıcı uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilecektir; satıcı sonuç olarak kendi fiçılarını kiraya verememiş veya kendi yeni şarapları için başkalarının fiçılarını kiralamak

⁴⁷⁰ SEROZAN: s. 17; SCHERNER de, bu yetkinin, hatırı sayılır şarap satıcısına verilen bir ayrıcalık olduğunu; şarabı teslim almayan alıcıya karşı, satıcının şarabı dökmesine rağmen, satış bedelini, *actio venditi* ile isteyebileceğini ileri sürmektedir; SCHERNER, Karl Otto: Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, Weisbaden, 1965, SEROZAN: s. 17'den naklen.

⁴⁷¹ ERNST, Max: Rechthistorische Begründung der Mora, o.O., 1882, s. 61.

⁴⁷² GLÜCK: s. 183, KOCH: s. 62'den naklen.

⁴⁷³ ZIMMERMANN: Obligations, s. 822.

zorunda kalmıştır. Bu tazminat davası, aynı zamanda her türlü satmış olduğu şeyleri terk etmek konusunda muhayyer olduğu davalarda da geçerlidir. Örneğin, satım konusunun bir köle olduğu bir davada, alıcı temerrüt haline düşünceye kadar, köle beslenilmelidir, *Sextus Aelius, Livius Drusus* ve *Celsus*'a göre satıcı bu durumda kendi masraflarını isteyebilir. Bu iddia, satım sözleşmesinin bünyesinde yer alan *bonae fides*'e dayandırılıyordu. Bu yüzden, alıcının davranışı iyi niyetin ihlalini oluşturuyordu; bu iyi bir nedene dayandırılmıyor ve en azından tipik olarak bir *dolus* teşkil ediyordu. Bu sebeple, *mora creditoris*'ten dolayı borçlunun tazminat davası muhtemelen kusur temeline dayandırılıyordu⁴⁷⁴.

Roma Hukukunda kapsamı tartışmalı olan borçlunun bu yetkisi, modern hukuklarda gözükmemekle birlikte, buna benzer bir kuruma, BGB 303. paragrafında rastlanmaktadır. BGB'nin anılan düzenlemesinde, eşyanın terki hakkı, değişik bir biçimde ve taşınmazlara ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, alacaklının kabul temerrüdünde bulunduğu ve borçlunun borcunun bir taşınmazın teslimi olduğu durumlarda, borçlu, taşınmazın zilyetliğini terk etmek yoluyla borcundan kurtulabilecektir. Buna karşılık, taşınır eşyalarda, terk yerine, tevdi ve satış imkânı getirilmiştir⁴⁷⁵.

2. Alacaklının Edim Konusunu Teslim Almaya Dava Yoluyla Zorlanması

Mütemerrit alacaklının borç konusu edimi teslim almaması durumunda, borçlunun onu dava yoluyla teslim almaya zorlayabilip zorlayamayacağı, Müşterek Hukuk doktrininde tartışmalara neden olmuştur.

⁴⁷⁴ ZIMMERMANN: Obligations, s. 822.

⁴⁷⁵ CROME: s. 155; MATTHIAS: s. 201; MEDICUS: s. 207.

Borcun konusunun bir eşyanın teslim alınması olduğu durumu öncelikle ele alalım. Bu konuda kaynaklarda sadece bir düzenleme olduğu görülür:

D. 19.1.9

Pomponius 20 ad sab.

Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

Bir araziden taş satın alan kişi, onları götürmeyi reddederse, onları oradan çıkarması konusunda dava edilebilir.

Bu düzenleme çeşitli şekillerde yorumlanabilir:

TREITSCHKE, buradan yola çıkarak alıcının malı teslim almakla yükümlü olduğunu ileri sürmektedir. Satıcının teslim etme yükümlülüğü ne ise, alıcının teslim alma yükümlülüğü de odur. Malı teslim alma yükümlülüğü, sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüktür ve buna ilişkin olarak davanın dayanağı, sözleşmeye aykırılıktır. GOLDSCHMIDT de bu konuda dava açılabileceğini, aksini kabulün sözleşme ahlakına aykırılık teşkil edeceğini ileri sürmektedir. Bu durumda borçlunun, *bonae fidei venditi actio* yani iyiniyete dayanan satım davası açabileceğinden şüphe duyulmaması gerektiği görüşündedir⁴⁷⁶.

Ancak bu görüş kabul görmemiştir. Dayanak olarak gösterilen metinde, borçluya bu yönde bir dava hakkı tanındığı doğrudur. Ancak bunun sebebi, ihtilafa konu olayda, taşların götürülmesi zorunluluğuna ilişkin özel bir yan yükümlülük vardır ve bu genelleştirilemez. Alacaklı bakımından edimi kabul ve teslim almak bir

⁴⁷⁶ TREITSCHKE: Kaufkontrakt, § 77 ve GOLDSCHMIDT, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 30, s. 58, KOCH: s. 58'den naklen.

haktır; fakat dava yoluyla gerçekleştirmeye zorlanabilecek bir yükümlülük değildir⁴⁷⁷.

Bu konuda bir diğer görüşe göre, malın teslim alınmasına ilişkin dava hakkı, sadece satıcının bu konuda özel bir menfaati varsa mümkündür. Bu yolun kullanılabilmesi için, her şeyden önce, borçlu tarafından diğer yolların denenmesi, yani tevdi, satış veya terk yollarına başvurulamaması ve borçlunun edimin alacaklı tarafından kabul edilmesinde özel bir menfaatinin olması gerekir⁴⁷⁸. Menfaat teorisi olarak adlandırılan bu görüş SINTENIS ve DERNBURG tarafından ileri sürülmüştür. SINTENIS, sözü edilen menfaatin ifa zamanında varlığı şartını ararken; DERNBURG, bu durumun önceden öngörülebildiği durumlarda da bu hakkın tanınması gerektiği görüşündedir⁴⁷⁹. Burada sözü edilen menfaatin kapsam ve sınırının belirlenmesindeki güçlük ve pratikte yaratacağı zorluklar sebebiyle kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür⁴⁸⁰.

KOHLER, burada da genel görüşlerine paralel olarak, alacaklının edimi kabul yükümlülüğü olmadığını ve hele bu işe dava yoluyla zorlanamayacağını ileri sürmüştür. Örnek olarak da şu soruları sormaktadır: Dünyanın neresinde herhangi bir kişinin kendisini, bir eser sözleşmesinde eseri vücuda getirene yükümlü kılacağını; bir mobilyacıya, bir duvar ustasına veya bir temizlik işçisine köle haline getirebilir. Benzer şekilde, aksinin kabulü, bir tiyatroda loca kiralayan kişiyi, tiyatroya gitmeye

⁴⁷⁷ KOCH: s. 59; ayrıca benzer yönde bkz. MOMMSEN: s. 134.

⁴⁷⁸ BERNSTEIN: s. 41.

⁴⁷⁹ Bu görüşler için bkz. BERNSTEIN: s. 45.

⁴⁸⁰ KOCH: s. 59-60.

zorlamak nasıl mümkün olur? Bu olsa olsa sanatı desteklemek anlamına gelir⁴⁸¹. Fakat burada, tekrar önceki tartışmaların hatırlatılmasında yarar vardır: Teslim alma bir aslî yükümlülük ise, alıcının teslim almaya zorlanamayacağı ileri sürülebilse de, teslim alma hiçbir yükümlülük getirmeyen basit bir hak kullanımı olarak kabul edilemez. Bunun bir hukuksal bir ödev oluşturduğuna işaret edildi. Bir mobilyacıdan eşya sipariş eden kişiyi veya bir tiyatrodan bilet satın alan kişiyi edimi kabule zorlamak farklıdır; fakat edimi kabul etmemenin sonuçlarına maruz bırakmak farklıdır. Mobilyayı sipariş veren veya tiyatro bileti satın alan kişi, mobilyayı teslim almama veya tiyatroya gitmeme hakkına sahip olabilir; fakat onun ücretini vermekten muaf tutulamaz. Bu her şeyden önce sözleşmeye bağlılığın bir sonucu olmak zorundadır. Edimi kabul zorunluluğu ile kastedilen, o edimi almaya zorlanmak değildir; edimi kabul etmemenin sonuçlarına katlanmak demektir. Yukarıdaki metine dönecek olursak, belki alıcıyı taşları almaya zorlayamayız; fakat masrafları ona ait olmak üzere, onun hesabına o taşları bir başkasına kaldırtabilmeliyiz. Edimi kabul ödevinin anlamı bu olsa gerektir.

3. Tevdi

Roma Hukukunda *depositio* (tevdi) alacaklının katılımı olmaksızın, borçlunun edimden kurtulmasını sağlayan bir imkândır. İlk önce para borçları için tanınan bu imkân, daha sonra taşınır mallar için de kabul edilmiştir⁴⁸². Borçlunun borçtan kurtulması için, aşamalı olarak üç şey öngörülmüştü: uygun bir teklif (*Oblatio*), borçlunun eşyadan faydalanmasının engellenmesi amacıyla edimin

⁴⁸¹ KOHLER: s. 280.

⁴⁸² KOCH: s. 68.

mühürlenmesi (*Obsignatio*) ve edimin bir tapınağa veya belirlenmiş bir başka yere tevdi edilmesi (*depositio*)⁴⁸³.

Tevdiin, borçluyu borcundan kurtarma işlevinin ne zamana kadar geriye gittiği konusunda, iki farklı görüşün varlığına değinmek gerekir. SCHEY'e göre, kabul temerrüdünün oluştuğu durumlarda, tevdiin, borçlunun kurtulmasını sağlayan bir araç olarak ortaya çıkması, *Cicero* zamanına kadar geriye gider⁴⁸⁴. Coğunlukla kabul edilen görüşe göre, bunun başlangıç tarihi, *Diocletianus*'tur. Borçlu, bir miktar parayı teklif ettiğinde ve bu teklifi kabul edilmediğinde, borçlunun borç konusu şeyi mühürlemesi (*obsignatio*) ve resmi bir yere tevdi (*depositio*) etmesi gerekiyordu. *Diocletianus* zamanından beri *obsignatio* ve *depositio*, borçluyu yükümlülüğünden kurtarma konusunda bir etkiye sahip olmuştur. Kodifikasyon çalışmalarının tamamlandığı zamandan sonra borçlu, ifayı önermek suretiyle alacaklısını temerrüde düşürebiliyordu. Fakat tam bir kurtulmayı *obsignatio* ve *depositio* ile tamamlamak yoluyla gerçekleştirebilirdi (C. 8.42.9)⁴⁸⁵.

Kaynaklarda tevdi yerine ilişkin başka adların da kullanıldığı görülmektedir. Nitekim *Ulpianus*'a ait metinlerde⁴⁸⁶, “*in tuto loco*”, “*in (apud) aede(m)*” ve “*apud officium*” gibi tabirlere rastlanırken, *Africanus*⁴⁸⁷ tevdi yeri olarak “*apud*

⁴⁸³ BURDICK: s. 520.

⁴⁸⁴ SCHEY: s. 35.

⁴⁸⁵ ZIMMERMANN: Obligations, s. 821; JÖRS/KUNKEL: s. 186; SCHWIND: s. 277.

⁴⁸⁶ D. 26.7.28.1; D. 4.4.7.2; D. 16.3. 1.36/5.2; D. 2.8.7; D.26.7.28.1.

⁴⁸⁷ D. 46.3.39 pr. de solut.

nummularium”dan söz eder. Buna karşılık tevdi yeri olarak *Diocletianus*, “*in publico*” dan söz eder⁴⁸⁸.

Roma Hukukunda borç konusunun tevdi edilmesinin borçtan kurtarıcı etkisi kabul edilmişti. Bu yol, hem Roma Hukuku, hem de modern hukuklarda alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, borçluya borçtan kurtulması imkânı veren bir niteliğe sahiptir.

Roma hukukçuları, borcun faizlerinden kurtulmak karşılığında, tevdiin borçlunun kendi nezaretinde yapılmasına da izin veriyorlardı:

D. 22.1.7

Papinianus 2 resp.

Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.

Faiz borçlusu, alacaklısına ifayı teklif ettiğinde ve alacaklı da reddettiğinde, parayı mühürleyip tevdi etmelidir. O günden sonra alacaklı faiz talep edemez. Ancak daha sonra kendisine dava açıldığında ve temerrüde düştüğünde, ondan sonra para faizli olarak işler.

Bunun geçerli olabilmesi için, borçlu borç miktarını mühürlemek suretiyle kendi parasından ayırmalı ve ayrı olarak saklamalıdır. Alacaklının temerrüdü devam ettikçe, para borçluda bulunsa da, o borç konusu parayı mühürleyip ayırdığı için faiz işlemeyecektir. Alacaklının temerrüdü sona ererse, o takdirde, faizin tekrar işlemesi gerekir⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ KOCH: s. 68.

⁴⁸⁹ SIBER: s. 260; KOCH: s. 69.

Büyük öneminden dolayı, İmparatorluk zamanında, tevdiin zorunlu olarak kamusal yerlere yapılması şartı getirilmişti⁴⁹⁰.

Tevdiin alacaklıya bildirilmesi konusunda, kaynaklarda bir zorunluluğa rastlanmamaktadır. Bu konuda eldeki tek kaynak *Novella*'daki bir emirnamedir. Fakat bu emirnamede de (Nov. 91. c.2) herhangi bir bilgilendirme yükümlülüğünden söz edilmemektedir.

Tevdiin kamusal niteliğinden dolayı, bu konudaki düzenlemelere de, genellikle *Codex*'te yer alan emirnamelerde rastlanmaktadır. Örneğin tevdiin etkileri C. 4.32.19'da düzenlenmiştir. Borçlunun hasardan kurtulması yanı sıra, faizin işlemesinin durması, alacaklının rehin hakkının sona ermesi ve borçlunun davadan kurtulması gibi hususlar, bu emirnamede düzenlenmiştir⁴⁹¹.

Kaynaklarda borçlunun tevdi konusunu geri alma hakkı düzenlenmiştir (C. 4.32.19.4 ve C.8.27.8). Kaynaklarda borçluya tevdi edilen şeyi geri alma hakkı tanınmışsa, bu onun borçtan kurtulacağı ilkesiyle nasıl bağdaştırılabilir? WINDSCHEID'a göre, borçlunun borçtan kurtulması (*libertatio*), sadece şeyin geri alınmama şartıyla tevdi edilmesi durumunda söz konusu olur. Tevdi ile borç bir bekleme durumuna geçer. Geri alma hakkı kullanılmadıkça, borçtan olayı serbest kalma da devam eder⁴⁹².

Modern hukuklar ile Roma Hukuku arasındaki belirgin fark, mühürleme (*obsignatio*) konusundadır. *Obsignatio*'nun şart koşulmasının gerekçesini, borçlunun maldan yararlanmasının engellenmek istenmesinde aramak gerekir. Belki de bu

⁴⁹⁰ KOCH: s. 70.

⁴⁹¹ SIBER: s. 259-260; KOCH: s. 71.

⁴⁹² Bu görüş için bkz. KOCH: s. 73.

yolla, alacaklının ortaya koyabileceği itirazların önüne geçilmek istenmiştir. Bu farka işaret ettikten sonra, bu konuyu burada ayrıca ele almak yerine, modern hukuklardaki düzenlemelere yollama yapmakla yetinilecektir.

4. Borç Konusu Şeyi Satarak Bedelini Tevdi

Borç konusu şeyi satarak bedelini tevdi, Roma Hukukunda düzenlenen bir kurum olmasına rağmen, bu kurumun gelişmesi daha ziyade Müşterek Hukuktaki çalışmaların sonucudur⁴⁹³. Yukarıda da ifade edildiği üzere, önceleri alıcının satın aldığı şarapları teslim almaması durumunda, borçlunun bunları dökmesine izin veriliyordu. Fakat zamanla Romalılar, şarabın bu şekilde dökülmesinin iyi ve ahlaka uygun bir davranış olmadığını görerek, buna yönelik bir çözüm getirmeyi düşünmüşlerdi. Bu çözüm, her şeyden önce, alıcının katılımı olmaksızın, borçluyu borcundan kurtaracak bir yöntem olmak zorundaydı.

Bu anlamda *Ulpianus* (D. 18.6.1.3), satıcının iyiniyete (*bonae fide*) uygun davranmasının bir yöntem olabileceğini ve satıcının alıcıya teslim edilmesi gereken malı satmak suretiyle borcundan kurtulmasını öneriyor. Satış sonucu elde edilen para eşyanın yerine geçer ve borç, bu paranın teslimine ilişkin olarak devam eder⁴⁹⁴. Daha önce de verilen bu metne tekrar dönersek:

D. 18.6.1.3

Ulpianus 28 ad sab.

Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando

⁴⁹³ BERNSTEIN: s. 43.

⁴⁹⁴ KOHLER: s. 347.

denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori.

Şimdi satıcı yasal olarak şarabı dökebilir. Şarabın teslimi için bir zaman belirlenmişse ve o zaman zarfında teslim alınmamışsa, satıcı şarabı dökebilir. Ancak, durup dururken dökemez. Öncelikle alıcıyı tanıklar huzurunda dökeceği konusunda uyarmalı, buna rağmen gereğini yapmazsa dökeceğini belirtmelidir. Dökme hakkı olduğu halde dökmezse, övülür/takdir edilir. Şarapların içinde bulunduğu kaplarda yararı olduğu halde, kapta tutarsa, boşaltması durumunda yararı olduğu halde ya da bunlar için kaplar kiralamak durumundaysa, varilleri için daha sonra ayrıca kira ücreti alabilir. Ama daha doğru olanı, fıçı kiralaması ve şarapları alıcı kiralarını ödeyinceye kadar fıçılarda tutması, aksi durumda şarapları satmasıdır. Asıl doğru olan budur. Kısaca kendine zarar vermemek kaydıyla, alıcının zararını hafifletmelidir.

Bu kurum, kendine özgü bir hak değil, aksine sadece sorumluluğun azaltılmasının bir etkisidir. Bu yolla satıcıya edim yükümlülüğünden kurtulması imkânı tanınmıştır⁴⁹⁵.

Metinde dikkat edilmesi gereken husus, satışın borçluya bir külfet olarak yüklenmediği, sadece bu konuda tavsiyede bulunulduğudur. Bu husus gözden uzak

⁴⁹⁵ HARKE: s. 96.

tutulmaması gereken bir konudur; zira modern hukuklarda bu borçlu için adeta zorunlu kılınmıştır. Oysa borçluyu alacaklının keyfi davranışı karşısında, onun bir tür zorunlu temsilcisi yapmamak gerekir.

Borçlunun borcundan kurtulması ise, satış sonucu elde edilen paranın tevdi ile gerçekleşir. Bu durum, satım yoluyla borçlunun kendisine yardım etmesi veya kendi hakkını koruma amacıyla satış (*Selbsthilfeverkauf*) olarak adlandırılmıştır⁴⁹⁶.

D. 18.6.1.3'deki düzenlemeye ilişkin olarak, borçlunun malın bozulabilmesi veya ona ilişkin bir tehlikenin varlığı durumunda, satış yapmadan önce, durumu alacaklıya ihbar etmek zorunda olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁷. Buradaki satışta alacaklının menfaatleri gözetilmeli ve mümkün olan en yüksek fiyata ulaşılmaya çalışılmalıdır. Müşterek hukukta, bu tür bir satış için, “*bonae fides*” şartı dışında herhangi bir şart aranmamıştı. Dolayısıyla satışın yargısal yoldan yapılması da bir koşul olarak aranmıyordu. Yargısal yolla satışın, alıcının çıkarları için en uygun yol olduğu da kabul edilmiyordu⁴⁹⁸. Bu bakımdan satış, resmi açık attırma şeklinde yapılabileceği gibi, özel açık attırma şeklinde de yapılması mümkündür⁴⁹⁹. Açık attırma ile yapılacak satışa, borçlunun katılabilip katılamayacağı tartışılmıştır. KOHLER, buradaki satış hakkının, rehin alacaklısının satış hakkına benzediğini ve rehin alacaklısının satışa katılma hakkının olmaması gibi, burada da borçlunun satışa katılamaması gerektiği görüşündedir⁵⁰⁰. Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi,

⁴⁹⁶ KOCH: s. 78.

⁴⁹⁷ BERNSTEIN: s. 43.

⁴⁹⁸ KOCH: s. 79.

⁴⁹⁹ BERNSTEIN: s. 43.

⁵⁰⁰ KOHLER: s. 346.

satıcının açık arttırmaya katılabileceği görüşünü savunmuştur. Buna gerekçe olarak da, satıştaki amacın en yüksek teklife ulaşmak olduğudur. Bu görüşe karşı HIRSCH, açık arttırmanın şekline göre bir ayırım yapılması gerektiği görüşündedir. Eğer satış resmi bir açık arttırma ise, buna borçlunun da katılmasına herhangi bir engel yoktur. Borçlu, burada her şeyden önce, malı kendisinden değil, resmi bir makamdan satın almış olacaktır. Buna karşılık özel açık arttırma da borçlu malı kendisinden satın almış olacaktır ki bu durum kabul edilemez⁵⁰¹.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, seçimlik borçlarda, alacaklının seçim hakkını kullanmaması durumunda, sadece seçim hakkında değil, aynı zamanda kabulde de temerrüde düşecektir. Bu durumda acaba borçlu, borç konusu şeyi satarak bedelini tevdi yolunu seçerek borcundan kurtulabilir mi? DERNBURG bu soruya olumlu cevap veriyor ve temerrüde düşen alacaklının seçim hakkının borçluya geçeceğini borçlunun seçimlik borçlardan birini seçip, bunu satışını yaptıktan sonra bedelini tevdi etmekle borcundan kurtulabileceği görüşünü ileri sürmektedir. Buna karşılık WINDSCHEID, borçlunun temerrüde düşmesi durumunda, seçim hakkının alacaklıya geçmeyeceğini, buna paralel olarak alacaklının temerrüde düşmesi durumunda da seçim hakkının borçluya geçemeyeceğini ve dolayısıyla borçlunun bu yöntemle borcundan kurtulamayacağını ileri sürmektedir⁵⁰².

Bu kurum, modern hukuklarda da kabul edilen ve uygulanan bir yol olduğu için, ilerideki başlık altında daha detaylı incelenecektir.

⁵⁰¹ Bu görüş için bkz. BERNSTEIN: s. 43-44.

⁵⁰² KOCH: s. 80'den naklen.

C. Roma Hukukunda Borçlunun Borçtan Kurtulma Yollarını Seçmede Özgürlüğü Var Mıdır?

Yukarıda açıklandığı üzere, alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, Roma Hukukunda borçlunun borçtan kurtulmasını sağlayan yollar, alacaklının malı teslim almaya dava yoluyla zorlanması, malın terki (*derelectio*), tevdi (*depositio*) ve satıştır. Acaba borçlu bu yollardan dilediğini seçebilir mi?

Burada öncelikle, borçlunun malı terk etme hakkındaki genel görüşler tekrar edilmelidir. MADAI, borçlunun malı terk etme hakkının, malı tevdiinin ve satışının mümkün olmadığı durumlarda başvurabileceği bir yol olduğunu ileri sürmektedir⁵⁰³. MOMMSEN borçlunun malı terk etme hakkının varlığını kabul etmektedir⁵⁰⁴. ULRICH, malın terki hakkını kabul etmekle birlikte, burada bir sıralama olması gerektiğini ve öncelikle mümkünse tevdiin yapılmasını esas kabul ediyor. Malın terki ve satış sadece başvurulabilecek tali bir yoldur. Tevdi mümkün oldukça, terk veya satışa imkân yoktur⁵⁰⁵.

Roma Hukukunda geliştirilen ve Müsterek Hukukta da büyük ölçüde geçerli olan, bir çözüm tarzı geliştirilmiştir: Satıcı, alıcının kabulde temerrüde düşmesi durumunda, alıcıya en az zarar verecek şekilde, yetkilerini kullanmalıdır. Buna göre, öncelikle tevdi yoluna başvurmalı, bu mümkün olmuyorsa satış yoluna gitmelidir. Bu iki yol da imkânsız ise, o takdirde malın terki yoluna gidebilir⁵⁰⁶.

⁵⁰³ MADAI: s. 479.

⁵⁰⁴ MOMMSEN: s. 312.

⁵⁰⁵ ULRICH: s. 85, 86, 93, KOCH: s. 83'ten naklen.

⁵⁰⁶ MOMMSEN: s. 312; KOCH: s. 83; BERNSTEIN: s. 40-41.

II. MODERN HUKUKLARDA BORÇLUYA BORÇTAN KURTULMASI İMKÂNI VEREN YOLLAR

A. Genel Olarak

Alacaklının temerrüde düşmesi, yukarıda da açıklandığı üzere, borçluya bazı yararlar sağlamakla birlikte, borcundan kurtarmaya yetmiyordu. Borçlunun borcundan kurtulması, Türk-İsviçre Hukukunda, edimin niteliğine göre değişen üç farklı şekilde mümkün olabilmektedir. Her şeyden önce, borcun konusu tevdi elverişli bir mal ise, borçlu ancak bu malı tevdi etmekle borcundan kurtulabilir. Buna karşılık, borcun konusu çabuk bozulacak nitelikte, bakım ve muhafazası masraflı bir mal ise, borçlunun izlemesi gereken yol, önce bu malın satışını sağlamak, satış sonucu elde edilen parayı tevdi etmektir. Nihayet üçüncü borcun konusu, bir mal veya para olmayıp, hizmet, vekâlet gibi bir yapma borcu ise, borçlunun tevdi veya satış sonrası edimi tevdi etmesi söz konusu olamayacağından, sözleşmeden dönme yoluna gitmesi gerekir.

Alacaklının borcun ifası için, üzerine düşen hareketleri yapmaması ve edimi haklı bir neden olmaksızın reddetmesi suretiyle, temerrüde düşmesi durumunda, borçlunun borçtan kurtulma yönündeki menfaatini göz ardı edemeyen kanun koyucu, yetersiz de olsa, borçluyu koruyucu hükümler getirmiştir. Fakat bu yetersiz hükümleri koyarken, temelde, kural olarak, alacaklının edimi kabul yükümlülüğü olmadığı görüşünden yola çıkmıştır⁵⁰⁷.

⁵⁰⁷ KARAHASAN: C: 2, s. 837.

B. Tevdi

1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği gibi, alacaklı temerrüde düşmekle, borçlu borcundan kurtulmaz. Borçlunun borçtan kurtulması, verme borçları bakımından tevdi (ayrıca şartları varsa satış ve bunun sonucunda elde edilen bedelin tevdi) yoluyla mümkün olur⁵⁰⁸. Tevdi, borçlunun borcundan kurtulmak, özellikle alacaklının edimi kabul etmemesi sebebiyle, kendisi aleyhine ortaya çıkan (faizin işlemesi gibi) sonuçlardan kurtulmasını sağlayan bir kurumdur.

Eşya edimi borçlarında ve para borçlarında, borçlu, borçlandığı şeyi, bir üçüncü kişiye ya da resmi bir yere tevdi etmek hakkına sahiptir⁵⁰⁹. Her ne kadar tevdiin, borçlunun borcundan, kendiliğinden kurtulması için ona tanınmış bir hak olduğu, onun bir yükümlülüğü olmadığı ve borçlunun bu hakkını kullanıp kullanmamakta serbest olduğu⁵¹⁰, ileri sürülmüş ise de, bu en azından, pratik gerçekliği olmayan bir görüştür. Tevdiin bir yükümlülük oluşturmadığını söylemek, yürürlükteki kurallar bakımından güçtür; zira temerrüdün bazı sonuçları tevdi şartına bağlanmıştır.

Türk-İsviçre Hukuku bakımından, borçlunun tevdi ve satış sonucu elde edilecek bedelin tevdi yoluna başvurabilmesi için, yargıcın aracılığı şartı koşulmuştur. Buna karşılık Alman Hukukunda tevdi için yargıcın aracılığına

⁵⁰⁸ ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike: **Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil**, Heidelberg, 1992, s. 299-300; GAUCH/SCHLUEP: s. 76; GUHL: s. 203; JÖRS/KUNKEL: s. 186; HASENÖHRL: s. 361; SCHOLLMAYER: s. 136

⁵⁰⁹ GAUCH/SCHLUEP: s. 78; GUHL: s. 203-204.

⁵¹⁰ HONSELL/VOGT/WIEGAND: s. 536.

başvurmaya gerek yoktur. Bu hüküm farklılığını, Alman Hukukunda tevdiin bir özel hukuk ilişkisi değil, bir kamu hukuku ilişkisi karakterine sahip olmasında aramak gerekir.

Alacaklının, kendisine sunulan edimi reddettiği takdirde, borçlunun edim konusunu tevdi edebileceği ve bu yolla borcundan kurtulması, Fransız Medeni Kanununun 1257. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

“Alacaklı kabul etmeyi reddettiği takdirde, borçlu ona gerçek teklifte bulunabilir ve alacaklının onu reddetmesi halinde, teklif edilen şeyi veya parayı tevdi (*consignation*) edebilir.

Gerçek teklifleri izleyen tevdi, borçluyu serbest kılar. Tevdi, kendisi bakımından, geçerli bir şekilde yapıldığı takdirde, ödemenin yerini tutarlar ve böylece tevdi edilen şeyin hasarı alacaklıya ait olur.”

ASHİ’nde alacaklının edim konusunu kabulde temerrüde düşmesi durumunda, borçlunun edim konusunu tevdi edebileceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemede, borcun konusunun para veya mal olmasına göre bir ayırım yapılmıştır. Borcun konusu para ise, 7:111. maddeye göre, borçlu tarafından usulüne uygun olarak teklif edilmesine karşın, alacaklı tarafından paranın kabul edilmemesi durumunda, borçlu alacaklıya bildirdikten sonra, parayı ifa yeri hukukuna göre, alacaklının emrine tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Borcun konusunun bir malın teslimi olduğu durumlarda, borçlu yine de malların muhafazasını temin etmek için gerekli adımları atmak zorundadır (7:110 (1)). Borçlu, alacaklı hesabına malı bir üçüncü kişiye tevdi edebilir ve alacaklıyı durumdan haberdar eder veya alacaklıya bildirdikten sonra, makul şartlarda malı satarak satıştan elde edilen net geliri ona

ödeyebilir. Bu durumda borçlunun teslim veya iade yükümlülüğü sona erer (7: 110 (2)).

Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesinin 87. maddesinde gerek alıcıya, gerekse satıcıya, satım konusu malları tevdi yetkisi verilmiş⁵¹¹; fakat burada düzenlenen tevdi, sadece malların muhafaza yükümlülüğünden kaynaklanan bir yetki şeklinde düzenlenmiş olup, alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, borçluya borçtan kurtulma imkânı veren bir yetki olarak tanınmamıştır.

Alman Hukukunda tevdiin şartları, etkileri ve nasıl icra edileceği, hem BGB’de hem de 10.3.1937 tarihli Tevdi Kanununda (Hinterlegungsordnung) düzenlenmiştir. Tevdi kanununun kabulünden sonra, tevdi ilişkisi, kamu hukuku nitelikli bir vedia ilişkisi olarak genişletilmiştir. Tevdiin şartları ve etkileri BGB’de düzenlenmişken; tevdiin nasıl yerine getirileceği, Tevdi kanununda düzenlenmiştir⁵¹².

2. Tevdiin Hukuki Niteliği

Türk-İsviçre Hukukunda tevdi, tevdi eden (borçlu), tevdi edilen ve alacaklının dâhil olduğu üçlü borçlu borç ilişkisi yaratır. Buna göre tevdi, borçlu ile tevdi edilen arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşmektedir. Bu sözleşme gereğince, tevdi edilen tevdi konusunu saklayacak ve istenildiği zaman alacaklıya veya geri alma hakkından vazgeçmemiş borçluya vermekle yükümlü olacaktır.

Modern hukuklarda genel olarak kabul edilen üçlü borç ilişkileri, Roma Hukukunda kabul edilmemişti. Roma Hukukunda sözleşmenin sadece taraflar

⁵¹¹ ÖZSUNAY: s. 946.

⁵¹² MEDICUS: s. 126-127; ESSER/SCHMIDT: s. 300.

arasında etkili olması kabul edilmiş; üçüncü şahıslar hakkında hüküm ve sonuç doğurması bir yana, yapılan sözleşmelerde bunların menfaatlerinin de amaçlanması yasaklanmıştı. Bu yasak, *alteri stipulari nemo potest* şeklinde bir vecize ile ifade edilmekteydi⁵¹³.

Türk-İsviçre Hukuku bakımından tevdi ilişkisi, Alman Hukukunun aksine, her zaman bir özel hukuk ilişkisi olmuştur.

Müşterek hukukta, tevdiin hukukî niteliği konusunda bazı farklı görüşler ileri sürülmüştür. KOHLER, bu ilişkiyi, borçlu (tevdi eden = *Deponent*) ile müstevdi (tevdi edilen = *Depositar*) arasında, üçüncü şahıs (alacaklı) lehine yapılan bir sözleşme olarak kabul etmektedir⁵¹⁴. UNGER, burada borçlunun da menfaati olduğu için, üçüncü şahıs lehine sözleşme olarak kabul edilemeyeceğini; zira üçüncü şahıs lehine sözleşmelerin özelliğinin, sadece bu kişilerin lehine yapılmış olmasının zorunlu olduğunu ileri sürmüştür. UNGER'e göre buradaki ilişki, tevdi edenin kendi çıkarlarının sadece bir yansıma etkisidir (*Reflexwirkung*). KOCH, sözü edilen yansıma etkisini, konuyu açıklamaktan ziyade, şemalandırma olarak görmektedir. Borçlu yani tevdi eden, burada her ne kadar kendi menfaati de olsa, temelde sözleşmeyi alacaklı yararına yapmaktadır. Borçlunun yaptığı sözleşme ile kendi menfaatini de koruyor olmasının, sözleşmenin üçüncü şahıs lehine sözleşme olma niteliğini değiştirmeyeceğini, haklı olarak ifade etmektedir⁵¹⁵. UNGER'in bu görüşü, aslında Romanist ekolde bir dönem hakim olan görüştü. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu görüşe göre, üçüncü şahıs lehine sözleşmelerin kurucu unsuru, bunların

⁵¹³ AKYOL: s. 1-2.

⁵¹⁴ KOHLER: s. 318.

⁵¹⁵ KOCH: s. 74-75; ayrıca sözü edilen yazarlar için bkz. aynı yer.

mutlaka üçüncü şahıs lehine yapılması zaruretini içermekteydi. Ancak bu görüş, günümüzde tamamen terk edilmiştir⁵¹⁶.

KOHLER'in bu görüşü, günümüzde de genel olarak kabul edilmekte ve tevdi, borçlu ile tevdi edilen arasında, alacaklı yararına yapılan bir vedia sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁵¹⁷.

Borçlu, borç konusunu tevdi etmekle, mal üzerinde henüz malik kalmaya devam eder. Tevdi ne bir terk (*derelictio*) ne de bir mülkiyetin devridir. Şayet tevdi bir mülkiyetin devri işlemi olsaydı, borçlu ile tevdi olunan arasında bir tevdi ilişkisi düşünülmemesi gerekirdi⁵¹⁸.

Üçüncü şahıs lehine sözleşme, alacaklı ve borçlu arasında yapılan ve sözleşmenin tarafı olmayan bir şahıs yararına bir edim kararlaştırılmasıdır⁵¹⁹. Yapılan sözleşmede, üçüncü şahsın edim konusunu talep edebilmesine imkân verilmiş ise, buna “tam üçüncü şahıs lehine sözleşme”; üçüncü şahsın edim konusunu talep edememesi durumunda, “eksik üçüncü şahıs lehine sözleşme” söz konusu olur⁵²⁰.

⁵¹⁶ AKYOL: s. 86.

⁵¹⁷ GAUCH/SCHLUEP: s. 78; TUHR/ESCHER: s. 78-79; OSER/SCHÖNENBERGER: s. 704; GUHL: s. 204; SAYMEN/ELBİR: s. 697; SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 237-238; SAYMEN: s. 473; GÖKTÜRK: s. 270; EREN: s. 978; KILIÇOĞLU: s. 453; OĞUZMAN/ÖZ: s. 277.

⁵¹⁸ ULRICH: s. 40, KOCH: s. 72'den naklen.

⁵¹⁹ AKYOL: s. 10; EREN: s. 1095.

⁵²⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 219-220; EREN: 1098-1100; AKYOL: s. 11; AKYOL, “eksik üçüncü şahıs lehine sözleşme” teriminin, terimler arasında karışıklığa sebep olacağı gerekçesiyle, “eksik” yerine “basit üçüncü şahıs lehine sözleşme” terimini tercih etmektedir; bkz AKYOL: s. 11-12.

Tam üçüncü şahıs lehine sözleşme, aslında niteliği itibariyle, esas sözleşmenin değiştirilmesinden başka bir şey değildir⁵²¹. Bu bakımdan, tevdi ilişkisinde esas sözleşme vedia sözleşmesidir; tam üçüncü şahıs lehine sözleşme ise niteliği itibariyle vedia sözleşmesinin değiştirilmesidir.

Alacaklının (tevdi edenin) kendi adına hareket etmesi, bu sözleşmenin temel unsurudur⁵²²; bu sözleşmede alacaklı üçüncü şahsın temsilcisi olmadığı gibi, üçüncü şahıs da alacaklının temsilcisi değildir⁵²³. Aksi halde bu sözleşme üçüncü şahıs lehine sözleşme olmaktan çıkar.

Tevdi ilişkisinde üçüncü şahıs, temerrüde düşen alacaklıdır; alacaklı ise edimi tevdi eden borçlu; tevdi edilen ise, bu ilişkinin borçlusudur. Bu üçlü ilişki, esasen edim konusunu alacaklının alması esasına dayandığından, yani onun edim konusunu talep edebilmesi tevdi ilişkisinin zorunlu bir unsuru olduğundan, burada tam üçüncü şahıs lehine sözleşme vardır.

Tam üçüncü şahıs lehine sözleşme, Borçlar Kanunumuzun 111.maddesinin II ve III. fıkrasında düzenlenmiştir. Buradaki düzenlemede, üçüncü şahsın bağımsız olarak ifayı talep edebilmesinin, tarafların iradesine veya örf ve âdete⁵²⁴ göre belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra, üçüncü şahsın ifayı bağımsız olarak talep yetkisi özel bir kanun hükmüne de dayanabilir⁵²⁵. Tevdi ilişkisinde,

⁵²¹ EREN: s. 1098.

⁵²² AKYOL: s. 10.

⁵²³ EREN: s. 1096.

⁵²⁴ Buna örnek olarak, kapıcı ücreti kararlaştırılması, ifa yardımcılarına bahşiş kararlaştırılması, hısımlar lehine sözleşmeler gösterilebilir; AKYOL: s. 41-44.

⁵²⁵ Buna örnek olarak, işçi lehine yapılmış sigorta sözleşmeleri, hayat sigortası, kaza sigortası, kaza sebebiyle mali sorumluluk sigortası, başkasına ait bir malın sigortası, bazı taşıma sözleşmelerinde ve

mütemerrit alacaklının edim konusunu bağımsız olarak talep hakkı, tevdi sözleşmesindeki tarafların iradesinden kaynaklanır.

Alman Hukukunda tevdi, yukarıda da ifade edildiği gibi, Tevdi kanununun kabulünden sonra, bir kamu hukuku vedia ilişkisine dönüşmüştür. Buna göre tevdiin kabulü ve iade gibi konular, tevdi merciinin kabulünü gerektirir (HintO § 6, 12). Tevdi edilen para gibi yasal ödeme araçları, belirli bir oran üzerinden faizlendirilerek, hazinenin mülkiyetine geçer (HintO § 7). Fakat bu faizlendirme, tevdi zamanının tümünü kapsamaz (HintO § 8). Para gibi yasal ödeme araçları dışındaki diğer tüm taşınır eşyalar, değiştirilmeksizin muhafaza edilir (HintO §§ 7, 9). Fakat bu eşyaların muhafazası, harca tabidir (HintO § 24)⁵²⁶.

3. Tevdie Konu Olabilecek Şeyler

Borç konusunun maddi nitelikte, taşınır ve tevdie elverişli bir şey olması durumunda, alacaklı edimi kabulde temerrüde düşerse, borçlu şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Her şeyden önce, tevdie konu şey üzerinde mülkiyet veya zilyetlik kurulabilmeli ve bu şey taşınır nitelikte olmalıdır⁵²⁷.

Tevdie konu olabilecek şeyler, BGB 372. paragrafında sayılmıştır. Buna göre, “para”, “kıymetli evrak”, “diğer belgeler” ve “değerli eşyalar” tevdi edilebilir. Kıymetli evrak kapsamına, hakkın kullanımının senedin zilyetliğine ayrılmaz biçimde bağlı olduğu belgeler girer. Yetki belgeleri, banka hesapları ve ipotek belgesi gibi belgeler kıymetli evrak sayılmazlar; bunlar kıymetli evrak olarak değil,

malvarlığı veya işletme devri sözleşmeleri gösterilebilir; bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz: AKYOL: s. 44-50.

⁵²⁶ MEDICUS: s. 127; benzer yönde bkz. ESSER/SCHMIDT: s. 300.

⁵²⁷ EREN: s. 978.

fakat “diğer belgeler” olarak tevdi elverişlidir. Belgeler de tevdi elverişlidir. Belge kapsamına, tam yetki belgeleri ve ticarî sözleşmeler de dahildir. Belgenin mutlaka gerçek bir olayın ispatına ilişkin yazılı metin olması şart değildir; çizimler ve görüntü kayıtları da bu kapsama girer. Tevdi elverişli “değerli eşya” kapsamına ise, nitelik ve ağırlığı itibarıyla, yüksek değerli sayılan eşyalar girer. BGB § 372’de ifade edilen “değerli eşya” kavramı, BGB 702/3’te belirlenen değerli eşya kavramından farklıdır. BGB § 372 anlamında değerli eşyalara, altın, mücevher, sanat eserleri ve değerli pul koleksiyonları örnek olarak sayılabilir. Bir eşyanın değerli olup olmadığı, tarafların sübjektif tahmin ve bakışlarına göre değil, ticarî açıdan taşıdıkları değere göre belirlenir⁵²⁸.

Tevdi edilen şey, bütün unsurları ile borcun tam karşılığını teşkil etmesi gerekir. Edimin dışındaki bir şey tevdi etmekle, borçlu kanunun aradığı tevdi şartını yerine getirmiş sayılamaz; örneğin, borçlu para yerine, çek veya poliçe vererek borcundan kurtulamaz⁵²⁹. Tevdi edilen şey, borç konusu şeyden daha değerli olsa bile durum değişmez.

Taşınmaz mallar konusunda tevdi gerek görülmemiş ve bunlar bakımından yeddi emine tevdi (*sequestration*) kurumu öngörülmüştür⁵³⁰. KOHLER, taşınmazlar konusunda tevdi şartının aranmasının gereksiz olduğu görüşünü ileri sürmüştür; zira bunlar bakımından pratik bir ihtiyaç da yoktur. Bu mallar, taşınırın aksine, hava, fırtına ve insanların elde etme girişimi gibi zarar verici etkenlerin yarattığı bir tehlike

⁵²⁸ REBMANN, Kurt/SAECKER, Franz Jürgen: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), Redakteur: Helmut HEINRICH, München, 1985, s. 1164-1165; benzer yönde ayrıca bkz. MEDICUS: s. 127.

⁵²⁹ EREN: s. 978.

⁵³⁰ BERNSTEIN: s. 42; KOCH: s. 70.

durumu, burada söz konusu değildir⁵³¹. Türk-İsviçre Hukukunda, yukarıda da ifade edildiği gibi, taşınmazlar, doğal nitelikleri gereği, tevdi elverişli kabul edilmemiştir⁵³². Taşınmazların söz konusu olduğu durumda, borçlunun nasıl borcundan kurtulacağı bir sorun olarak ortada durmaktadır. TUHR/ESCHER'e göre, bu durumda borçlu, taşınmazı tevdi edemeyeceğinden, alacaklının temerrüdü hükümlerine göre borcundan kurtulamayacaktır⁵³³. Taşınmazın anahtarının tevdi edilmesinin, tevdi ile aynı sonuçları yaratıp yaratmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, taşınmazı açmaya yarayan anahtarın tevdi edilmesi, tevdi yerine geçer⁵³⁴.

Bir eşya edimi borçlanılmış olmasına rağmen, Federal Mahkeme, bu durumda borçlunun, sözleşmeden dönme hükümlerine paralel olarak, dönme hakkını kullanabileceğine hükmetmiştir (BGE 111 II 159)⁵³⁵.

Alman Hukukunda ise, bu konu, yasal düzenleme ile çözüme bağlanmıştır. Konuya ilişkin BGB, 303. paragrafında, sorunu zilyetliğin terki yoluyla çözüme bağlamıştır: “Borçlu, bir taşınmazın ya da kayıtlı bir gemi veya gemi inşaatının teslimine yükümlü ise, alacaklının temerrüde düşmesinden sonra, zilyetliğin terki yoluna başvurabilir. Terk, alacaklıya önceden ihtar edilmek zorundadır; meğerki ihtar yapılamasın.”

Bu hükmün, tevdi ilişkin hükümleri tamamladığı kabul edilmektedir; zira taşınmazlar bakımından tevdi imkân yoktur. Borçlu, sadece zilyetliği terk hakkına

⁵³¹ KOHLER: s. 344.

⁵³² GAUCH/SCHLUEP: s. 78; SAYMEN/ELBİR: s. 699.

⁵³³ TUHR/ESCHER: 77.

⁵³⁴ OĞUZMAN/ÖZ: s. 277; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 844; aksi görüşte İNAL: s. 217.

⁵³⁵ GAUCH/SCHLUEP: s. 78.

sahiptir; mülkiyeti terk hakkı yoktur. Borçlunun yükümlülüğünün kaynağının Borçlar Hukuku veya eşya hukukuna dayanıp dayanmadığı önemli değildir. Bu yolla borçlu, taşınmazı muhafaza yükümlülüğünden kurtulur. Fakat bunun için, borçlunun alacaklıya ihtarda bulunması şarttır. Yapılacak ihtar, tek taraflı ve muhataba ulaşması gereken bir irade beyanı niteliğindedir⁵³⁶.

4. Tevdiin Alacaklıya Bildirilmesi

Roma Hukukunda alacaklının tevdi konusunda bilgilendirilmesi gerekli görülmemiştir⁵³⁷.

Türk-İsviçre Hukukunda, tevdiin alacaklıya bildirilmesi zorunluluğunu içeren bir hüküm bulunmadığı halde, tevdiin alacaklıya bildirilmesinin, mantık ve zaruretin bir gereği olarak, şart koşulması ve mahkemece bu bildirimin yapılması gerektiği ileri sürülmüştür⁵³⁸. Borçlu, tevdi yerinin tayin edilmesi için mahkemeye başvurduğunda, duruşma yapılmaz, taraf teşkili yoluna gidilmez ve hatta borçlunun tevdi hakkının bulunup bulunmadığı da araştırılmaz. Bu sebeple, alacaklının tevdiden veya tevdi yerinden haberdar olması mümkün olmayabilir⁵³⁹. Bu gerekçelerle, borçlunun alacaklıyı tevdiden haberdar etmedikçe, borcundan kurtulamayacağı ileri sürülmüştür.

Genellikle kabul edilen görüşe göre, borçlunun edimi tevdi ettiğini alacaklıya bildirmek zorunda olduğudur. Bu zorunluluk, dürüstlük kuralından kaynaklanan bir

⁵³⁶ MOLITOR: s. 77; GAUCH/SCHLUEP: s. 78; REBMANN/SAECKER/RIXECKER: MünchKom., s. 1169-1170.

⁵³⁷ KOCH: s. 71.

⁵³⁸ BERKİ: s. 168.

⁵³⁹ SAYMEN/ELBİR: s. 698; SAYMEN: s. 474.

zorunluluktur. Bu zorunluluğa uymaması durumunda, borçlu, tazminat ödemek zorunda kalabilir⁵⁴⁰.

Tevdiin alacaklıya bildirimi konusu, BGB § 374/2. paragrafında açıkça hükme bağlanmıştır: “Borçlu, tevdi, alacaklıya gecikmeksizin bildirmek zorundadır. İhmal durumunda, oluşacak zararı tazminle yükümlü olur. Eğer bildirim yapılamayacak koşullarda ise, bu bildirim yapılmayabilir.”

Alman Hukukunda da, tevdiin bildirimi, tevdiin geçerliliği yönünden bir şart olarak kabul edilmemiştir. Buna rağmen, tevdiin bildirilmesi veya kusurlu olarak geç bildirilmesi durumunda, alacaklının oluşacak zararının karşılanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu bakımdan tevdi, gecikmeksizin alacaklıya bildirilmelidir. Tevdi, alacaklının şahsının bilinmemesi sebebine dayanıyorsa, talepte bulunan bütün kişilere yöneltilmesi gerekir. Alacaklı, bildirimin yapılmaması sebebiyle, tevdi konusu eşyayı geç almaktan ötürü veya zamanaşımı sebebiyle tevdi hakkını kaybetmek suretiyle bir zarara uğrayabilir. Alman Hukukunda tevdi ilişkisi bir kamu hukuku ilişkisi olduğundan, Tevdi Kanununun 11. paragrafına göre, tevdi makamı, borçlu adına ve hesabına alacaklıyı bilgilendirmeye yetkili kılınmıştır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, bildirim yapılmaması, hiçbir şekilde tevdiin geçerliliğine etki etmez; sadece alacaklının oluşan zararını tazmin yükümlülüğü getirir. Fakat bildirimin yapılamayacağı durumlarda, oluşan bu zararı tazmin yükümlülüğü de söz konusu olmaz. Bildirimin yapılabilip yapılamayacağı, dürüstlük kuralına göre belirlenir. Örneğin, bildirimin yapılacağı alacaklıların fazla oluşu veya adreslerine bildirimdeki zorluklar sebebiyle, bildirim masraflarının aşırı olması durumunda,

⁵⁴⁰ BUCHER: Obligationenrecht, s. 321; TUHR/ESCHER: s. 78; OSER/SCHÖNENBERGER: s. 704; SAYMEN/ELBİR: s. 698; SAYMEN: s. 474; ARSEBÜK: s. 396; ARSLANLI: s. 520; OĞUZMAN/ÖZ: s. 277; ŞENYÜZ: s. 108.

bildirim yapılmamasının, tazmin sorumluluğunu gerektirmeyeceği kabul olunmalıdır⁵⁴¹.

5. Tevdiin Yeri

Türk-İsviçre Hukukunda tevdi edilecek yeri, ifa yerindeki yargıcın belirleyeceğini açıkça hükme bağlamıştır (BK m. 91/OR 92). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, tevdi yeri, borcun ifa yeridir. Bu konu daha önce açıklandığından, sadece farklılık arz eden yönler işaret edilecektir.

Borçlunun, kural olarak, yargıca başvurmaksızın, kendiliğinden borç konusunu herhangi bir kuruma tevdi etmesi onu borcundan kurtarmaz⁵⁴².

⁵⁴¹ REBMANN/SAECKER: MünchKommB, s. 1172; benzer yönde açıklamalar için bkz. BARRE: s. 128.

⁵⁴² (Yarg. 13. HD., 13.10.1981 T., E. 5793, K. 6371): “1- Davacı, tapulu taşınmazından 300 metrekarelik bir bölümünü kütük dışında satan davalının 15.000 lirayı aldığını, tapu kütük memurluğu önünde satışın gerçekleşmediğini ileri sürerek 15.000 liranın ödenmesi için istemde bulunmuştur. Davalı, savı doğrulamış, 15.000 lirayı aldığını, ne var ki davacıya verilmek üzere akrabası (A.Ö.)’a bıraktığını ve davacının oradan bu parayı almadığını belirtmiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı yanca temyiz edilmiştir.

2- Yanlar arasında tapulu taşınmazın bir bölümü için kütük dışında satış ilişkisi kurulduğunda ve davalıya 15.000 liranın ödendiğinde, mahkemece çözümü gereken bir uyumsuzluk yoktur. Tapulu taşınmaz mülkiyetinin aktarılması borcunu yükleyen sözleşmelerin kamusal biçimde düzenlenmesi gerekir (MK m. 634; BK m. 213). Ters durumda ise sözleşme geçersiz olur. O nedenle herkes verdiğini geri alabilir. Somut olayda, davalı 15.000 lirayı davacıya ödenmek üzere (A.Ö.)’a bıraktığını, bu paranın adı geçenden alınmadığını bildirmiş olmasına göre, mahkemenin davayı reddetmesi yasal dayanaktan yoksundur. Çünkü davalı, davacının talimatı üzerine 15.000 liranın (A.Ö.)’a verildiğini savunmuş ve geçerli kanıtla bu yönü kanıtlamış değildir.

Davalının aldığı 15.000 lirayı davacıya geri verme borcundan kurtulması, alacaklının direnimini (temerrüdünü) düzene koyan BK m. 90 ve ardından gelen hükümler çevresinde davranmış olmasına bağlıdır. Gerçekten davalı, ancak sözü edilen Yasanın 91. maddesi uyarınca yargıcın kararı üzerine 15.000 lirayı belirlenen yere yatırmakla (tevdi etmekle) borcundan kurtulabilir. Şu durumda karşısında davalının 15.000 lirayı dava dışı (A.Ö.)’a bırakması, kendisini bu borçtan kurtaramaz. Öyleyse istem doğrultusunda ödetmeye karar verilmelidir.

Yerel mahkemenin tüm bu yönleri gözden kaçırması usul ve yasaya aykırıdır.” ; UYGUR: s. 3120; Federal Mahkeme de, 1943 yılında verdiği bir kararında aynı sonuca şu gerekçelerle hükmetmiştir:

Ancak ticari eşyalar, yargıç kararı olmaksızın, bir ardiyeye tevdi edilebilir (BK m. 91). Ticarî eşya ile kastedilen, her iki taraf için ticarî iş niteliği taşıyan sözleşmelere konu teşkil eden menkul mallardır⁵⁴³.

Tevdi yeri olarak, tevdi edilecek şeyin niteliğine göre, banka, mahkeme veznesi, noter, depo veya yeddi emin belirlenebilir⁵⁴⁴. Tevdi yerinin resmi bir kurum olması şart değildir⁵⁴⁵. Bu konuda görevli yargıç, HUMK'nun 1711 sayılı kanunla değişik 8. maddesi gereğince sulh yargıcıdır.

Tevdi konusu, kira parasının ödenmesi ise, bu takdirde, kiracının kira parasını konutta ödemeli olarak göndermesi yeterlidir. Bunun için ayrıca yargıca başvurarak

“Bir araba sahibi muhafaza edilmek üzere, arabasını bir garaja bırakmıştı. Fakat garaj sahibinin ihtarına rağmen, araba sahibi ne ücretini verdi, ne de arabasını geri aldı. Bunun üzerine garaj sahibi arabayı garajın önündeki genel yolun kenarına, yani açık bir yere bıraktı. Olay Ocak ayında vukubulmuştu. Bu yüzden arabanın motörü dondu. Araba sahibi motörünün donmasından ötürü borçludan tazminat istedi. Federal Mahkemeye göre bu istem yerindedir; zira: <<...Alacaklının temerrüdü borçluya, hasar ve menfaati alacaklıya ait olmak üzere malı tevdi ederek borcundan kurtulmak yetkisini vermiştir. Ticarî eşya söz konusu olmadıkça, tevdi yerini yargıç tayin eder. Borçlu (olayda vedia alan) alacaklının temerrüdü halinde...borcundan gelişi güzel ve istediği tarzda kurtulamaz. ...Olayda garaj sahibi, arabayı kendisine bırakan şahıs temerrüde düşünce, bir tevdi yeri tayin etmesi için yargıca başvurmalıydı. Borçluya, kanunun gösterdiği bu borçtan kurtulma yolunu, kendi başına ve alacaklının zararına olmak üzere değiştirmek hakkı verilmemiştir. Garaj sahibinin görüşüne uygun olarak, hasarın temerrütle birlikte alacaklıya geçmesi bu durumu değiştirmez. Zira, hasarın geçmesi olsa olsa kaza haline ilişkindir; yoksa, borçluya ait bir kusurun sonuçlarının ortadan kalkması değildir. ...Olayda ise garaj sahibi bir kusur işlemiştir; o, arabayı tevdi edecek yerde garajdan çıkarmakla yetinmiş ve onu, hava değişikliklerine karşı hiçbir tedbir almaksızın açık havaya bırakıvermiştir. Borçlu, don tehlikesine rağmen arabanın radyatörünü boşaltmamak suretile, keza ağır bir kusur işlemiştir. Bir garajcı, mesleğinin icaplarına uymayan böyle bir hal karşısında mazur görülemez.>> (Jdt 1943 I 42-453), TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 847 dipnot 22'den naklen.

⁵⁴³ ARSLANLI: s. 521.

⁵⁴⁴ SAYMEN/ELBİR: s. 697; SAYMEN: s. 473.

⁵⁴⁵ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 703.

tevdi yeri tayin ettirmesine gerek yoktur⁵⁴⁶. Zira kira paraları, kiralayanın ayağına götürülmesi gereken borçlardandır. Borçlu, kira parasını, mutlaka konutta ödemeli olarak göndermelidir⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Yarg. 6. HD, 17.2.1983 T., E. 1104, K. 1170: “Dava, temerrüt nedeni ile kiralananın boşaltılması ve 15.000 lira kira alacağının tahsili isteminden ibarettir. Mahkemece istem gibi karar verilmiş ve hüküm davalı vekili tarafından temyiz olunmuştur.

1- Dava evrakı münderecatıyla tarafların iddia ve savunmalarına ve hükmün dayandığı gerekçelere ve dava konusu kira alacağının davacı tarafından PTT idaresinden alınmadığının anlaşılmasına binaen kiralanaacağı hakkında ileri sürülen temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Dava konusu ihtara neden olan kira bedelleri, davalı tarafından ikametgâhta ödemeli olarak 30.8.1980, 30.9.1980 ve 31.10.1980 tarihlerinde davacıya gönderilmiştir. Davacı kanunî ödeme niteliğinde bulunan bu kira paralarını PTT'den almamış ve PTT tarafından kendine tebliğ edilen ihtarnameyi dahi almaktan imtina eylemiştir. Bu durumda temerrüde düşen davalı değil davacıdır. Davalı tarafından gönderilen bu kira paralarının, PTT tarafından, gönderen davalıya iade edildiği hususunda bir belge yoktur. Aksine hüküm verilmesinden sonra dahi bu paraların PTT idaresinde beklemekte olduğu posta işletmesinin 23.12.1982 tarih 4122/802 sayılı yazısı ile anlaşılmaktadır. Kendine gönderdiği para iade edilmeyen davalının tediye mahalline gitmesi söz konusu olamaz. Mahkemece aksine kabulü ile yazılı şekilde tediye mahalline gidilmediğinden bahisle davanın kabul edilmesi, usul ve kanuna aykırıdır.”; UYGUR: s. 3111.

⁵⁴⁷ (YHGK., 16.10.1996 T., E. 6-598, K. 706): “Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 25.10.1995 gün ve 1995/10297-10369 sayılı ilâmı ile; (...Dava temerrüt nedeniyle kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkeme istem gibi hüküm vermiştir.

Davacı vekili, davalının 1994 Temmuz ayı kira bedeli ile Ağustos 1994 ayı kira bedelinin, ihtarın tebliğine rağmen 30 gün içerisinde ödenmemesi üzerine temerrüde düştüğünü belirterek kiralananın tahliyesini istemiştir.

Davalı vekili, Temmuz 1994 ayı kira parasının elden davacıya ödendiğini ve ödemeyi belirtmek için kira sözleşmesinin teslimat bölümünde davacının imzasının alındığını, Ağustos 1994 ayı kira parasının da konutta ödemeli olarak, ihtarın tebliğinden önce, 9.8.1994 tarihinde davacının adresine gönderildiğini, bu nedenle temerrüdün söz konusu olmadığını savunmuştur.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık Ağustos 1994 ayına ait kira parasının yasal olarak ödenip ödenmediğini ve bu ay için kiracının temerrüdünün oluşup oluşmadığının, saptanmasından ibarettir. Davalıya 14.10.1994 keşide ve 24.10.1994 tarihinde tebliğ edilen ihtarla. Ağustos 1994 ayı kira parasının 30 gün içerisinde ödenmesi istenmiştir. Davalı ihtarın tebliğinden önce, 9.8.1994 günü konutta ödemeli olarak istenilen ay kira parasını 1.680.000 TL olarak davacının adresine göndermiş, ancak bu para 1 aylık bekleme süresi içerisinde davacı tarafından alınmamış, bunun üzerine davalıya 19.9.1994 tarihinde ihbarname çıkartılarak keyfiyet bildirilmiş ve paranın hâlen PTT'de bekletildiği anlaşılmıştır. Kira paraları, BK 73. maddesi gereğince, kiralayanın ayağına götürülerek ödenmesi gereken borçlardandır. Davalı, ihtarın tebliğinden önce, istenen ay kira parasını konutta ödemeli olarak davacının adresine gönderdiğine ve bu para da hâlen davacı tarafından alınması için emrine

İmparatorluk zamanında, tevdiin, artan öneminden ötürü, kamusal yerlere yapılması zorunluluğu getirilmişti. Müsterek hukukta da, yasal tevdi yeri olarak yetkili mahkemeler kabul edilmişti⁵⁴⁸. 14 Mart 1879 yılında Prusya hukukunda tevdi yerine ilişkin bir kanun çıkarılmış ve para, hamiline yazılı kıymetli evrak, nama yazılı kıymetli evrak için tevdi yeri olarak düzenlemeler getirilmiş, bunun dışındaki taşınır mallar için de mahkemelere denetim ve saklama görevi verilmişti⁵⁴⁹.

Alman Hukukunda, tevdi yerine ilişkin düzenlemelere hem BGB’de hem de Tevdi Kanununda (HintO) yer verilmiştir. Tevdi yeri konusunda BGB 374/1. paragrafında yer alan düzenleme şöyledir: “Tevdi, ifa yerindeki tevdi makamına yapılmalıdır. Borçlu başka bir yerde edimi tevdi ederse, alacaklının bundan kaynaklanan zararını tazmin etmek zorundadır.”.

Tevdi yeri, borçlunun ifa hareketini yapmak zorunda olduğu yerdir (BGB § 269). Buna karşın, ifanın sonuçlanacağı yer önemli değildir. Borçlunun, ifa konusunu masrafları ve hasarı kendisine ait olmak üzere, alacaklının ikametgâhına ulaştırmak zorunda olduğu durumlarda (BGB § 270/1), kendi ikametgâhı, hem ifa yeri hem de tevdi yeri olarak kabul edilir (BGB § 270/4). Tevdi makamları, sulh hukuk

amade tutulduğuna göre, davalı kendi üzerine düşen edimini yerine getirmiştir. Davalının konutta ödemeli olarak kira borcunu PTT’ye yatırdığı tarih alacaklıya ödediği tarih olarak kabul edilmek gerekir. Artık bunun dışında davalı kiracıya 2. bir külfet tahmil edilerek ödeme yeri tayini istenmesi de iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Bu durumda kiracının değil, kiralayanın temerrüdünden söz edileceğinden, temerrüt olgusunun gerçekleşmediği nazara alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kiralananın tahliyesine karar verilmesi hatalı görüldüğünden hükmün bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”; UYGUR: s. 3120-3121.

⁵⁴⁸ MOMMSEN: s. 307.

⁵⁴⁹ KOCH: s. 70.

mahkemeleri ve adliye kasalarıdır (HintO § 1). Borçlu, ifa yerinden başka bir yerdeki sulh mahkemesine tevdi ederse, bu tevdiin geçerliliğini etkilemez. Hakkın kötüye kullanılması hariç olmak üzere, borçlu her sulh hukuk mahkemesine (*Amtsgericht*) tevdi edebilir; bu tevdiin geçerliliğine etki etmez. Fakat borçlu, bu sebeple alacaklının uğradığı zararları, örneğin tevdi konusunu gidip getirmek amacıyla yaptığı masrafları tazmin etmek zorunda kalır⁵⁵⁰. Adliye kasaları, sadece paranın tevdiinin söz konusu olduğu durumlarda yetkilidir⁵⁵¹.

6. Tevdi Edilen Şeyi Geri Alma Hakkı (Geri Alınabilir Tevdi)

a. Genel Olarak

Roma Hukuku kaynaklarında da borçlunun yani tevdi edenin, tevdi konusunu geri alma hakkının varlığına rastlanmaktadır. Bu konudaki iki emirnamede⁵⁵² de ifade edildiği üzere, borçlu tevdi ettiği şeyi, alacaklı tarafından kabul edilinceye kadar, her zaman için geri alma yetkisine sahiptir. Borçlunun geri alma hakkı kabul edildiğine göre, borçlunun tevdi ile borçtan kurtulacağı hükmü nasıl bağdaştırılabilir? Bu soruya verilecek cevap, öncelikle tevdiin borcu *ipso iure* mi yoksa *ope exceptionis* mi sona erdireceği sorusuna verilecek cevaba bağlıdır.

Çoğunlukla ileri sürülen görüşe göre, borçlu borcundan *ipso iure* kurtulur. Ancak KOCH, borçlunun *ipso iure* kurtulabilmesi için, bu konuda *Ius Civile* veya *Ius Praetorium* tarafından verilmiş bir dava hakkının varlığını gerekli görüyor. Bu konuda verilmiş bir hak (dava hakkı) bulunmadığı için, borçlunun ancak *ope exceptionis* borçtan kurtulması gerektiği görüşünü savunuyor. Tevdiin *ope*

⁵⁵⁰ REBMANN/SAECKER: MünchKom, s. 1171-1172; ayrıca bkz. ESSER/SCHMIDT: s. 300.

⁵⁵¹ MEDICUS: s. 127.

⁵⁵² C. 4. 32.19 § 4; C. 8. 27. 8.

exceptionis devreye gireceği kabul edildiğinde, borçlunun borçtan tam olarak kurtulamayacağı sonucu kendiliğinden doğar. Yani tevdi ile “bekleme” durumu kendiliğinden gerçekleşir. Tevdi konusu geri alınmadıkça, borçlunun def’i hakkı devam eder; geri almasıyla, def’i ileri sürme hakkı da ortadan kalkar. KOCH, bunun dışındaki görüşlerin, kaynaklarda bir dayanağının bulunmadığını ifade ediyor⁵⁵³.

WINDSCHEID, borcun *ipso iure* sona ermesini kabul etmekte, fakat bunu bir şarta bağlamaktadır. Borçlunun geri alma hakkı mevcut oldukça, borçlunun borçtan kurtulması kabul edilemez; borçlunun borçtan kurtulması, tevdi edilen şeyi geri almaması şartına bağlıdır. Tevdi ile borç, bekleme durumuna geçer. Başka bir ifadeyle, burada bir bozucu şart vardır. O şart da, tevdi edilen şeyin geri alınmaması şartıdır. Prusya Tevdi Kanununun 19. paragrafında, tevdi edilen şeyin geri alınmasının ancak borçlu tarafından başlangıçta şerh edilmesi durumunda mümkün olacağı kabul edilmiştir⁵⁵⁴.

Borçlunun, tevdi ettiği şeyi geri alma hakkı, Türk-İsviçre Hukukunda, kanundan doğan bir hak olarak kabul edilmiştir. Nitekim Borçlar Kanununun 93. maddesinde, bu hak açıkça tanınmıştır. Maddenin ilk kısmında, hangi hallerde alacaklının tevdi edilen şeyi geri alamayacağı belirtilmiş, devamında, sayılan haller dışında, alacaklının tevdi konusunu geri almaya hakkı olduğundan söz edilerek, geri almayla birlikte, alacağın bütün teferruatıyla yeniden doğacağı hüküm altına alınmıştır.

⁵⁵³ KOCH: s. 71-72.

⁵⁵⁴ KOCH: 72-73.

Geri alma hakkı, niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğuran bir hak olup; sözleşmeden tek taraflı olarak dönme veya üçüncü şahsa verilen bir temsil yetkisinin geri alınması deęildir⁵⁵⁵.

Borçlunun geri alma hakkını kullanabilmesi için, bunu sözleşmede belirtmesine gerek yoktur. Onun geri alma hakkı, yasada açıkça tanınmıştır.

Tevdi alacaklıya bildirilmişse, geri alma hakkının kullanıldığı durumlarda, dürüstlük kuralı, geri almanın da bildirilmesini gerektirebilir. Örneğin geri alma hakkı, alacaklının edimi kabul etmesine imkân bırakmayacak kadar kısa bir süre sonra geri alınmışsa, alacaklının edimi almak için masraf yapmasına meydan vermemek için, geri alma beyanının bildirilmesi gerekir⁵⁵⁶.

Borçlunun tevdi ettiği şeyi geri alma hakkı, Fransız Medeni Kanununun 1261. maddesinin ilk cümlesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre:

“Tevdi alacaklı tarafından kabul edilmedikçe, borçlu tevdi konusunu geri alma hakkına sahiptir...”

Alman Hukukunda, borçlunun geri alma hakkı ve istisnaları, BGB 376. paragrafında düzenlenmiştir. Anılan düzenlemenin birinci fıkrasında, borçlunun tevdi edilen eşyayı geri alma hakkına sahip olduğu, ikinci fıkrasında ise, üç bent halinde bunun istisnaları sayılmıştır.

b. Geri Alma Hakkının İstisnaları (Geri Alnamaz Tevdi)

Yukarıda da açıklandığı üzere, borçlunun, tevdi edilen eşyayı geri almaya hakkı olduğu, yasada açıkça tanınmış; fakat buna bazı istisnalar getirilmiştir.

⁵⁵⁵ AKYOL: s. 149, 151.

⁵⁵⁶ AKYOL: s. 154.

Borçlunun geri alma hakkına getirilen istisnalar, incelemeye çalıştığımız hukuklar bakımından, birebir örtüşmez. Örneğin Türk-İsviçre Hukuku bakımından bu istisnalar, borçlunun geri alma hakkından feragat etmesi, alacaklının tevdi konusu eşyayı kabul etmesi ve tevdiin bir rehnin sona ermesine sebep olması durumu ile sınırlandırılmıştır. Buna karşılık BGB 376. paragrafında ve Fransız Medeni Kanununda (CC), ayrıca tevdiin geçerli olduğunu açıklayan bir mahkeme kararının bulunmasını da, istisnalar arasında saymıştır.

i. Tevdi Edenin Geri Alma Hakkından Feragat Etmesi

Borçlu, şeyi tevdi ederken veya sonradan, bunu geri almayacağını, yani geri alma hakkından feragat ettiğini beyan edebilir. Bu beyan yapıldıktan sonra, tevdi edilen şeyin geri alınması mümkün değildir⁵⁵⁷.

Geri alma hakkından feragat, tek taraflı, karşı taraf ulaşması gereken bir irade beyanıdır. Bu beyanın, eşya tevdi edilirken veya tevdi edildikten sonra yapılmış olması bir fark yaratmaz; her iki durumda da geçerli olur. Borçlu, geri alma hakkından feragat etmekle, üçlü tevdi ilişkisinden çıkar (BGB § 372; HintO § 13). Bu ilişkiden çıktığı için, artık, tevdi konusu eşyanın alacaklıya verilip verilmemesi konusunda, bir onay açıklaması yapma hakkını da kaybeder (HintO § 13/2). Alacaklının, borçludan feragat açıklamasında bulunmasını talep etme yetkisi yoktur. Alman Hukukunda, tevdi ilişkisi bir kamu hukuku ilişkisi olduğundan, feragat açıklamasının doğrudan tevdi edilen makama karşı yapılması gerekir. Borçlu tarafından, sadece alacaklıya yöneltilmiş bir feragat açıklaması, tevdi makamı

⁵⁵⁷ GAUCH/SCHLUEP: s. 78.

bakımından geçersizdir; fakat böyle bir beyan, borçluyu, alacaklıya karşı, tazmin yükümü altına sokabilir⁵⁵⁸.

ii. Alacaklının Tevdi Konusu Şeyi Kabul Etmesi

Alacaklının tevdi konusu şeyi kabul etmesi veya kabul edeceğini bildirmesi üzerine, borçlunun tevdi edilen şeyi geri alma hakkı sona erer. Bu kanunda sayılmış olmakla beraber, aynı zamanda tam üçüncü şahıs lehine sözleşmelerin niteliğinden de çıkan bir sonuçtur. Alacaklının tevdi konusunu talep hakkı, başlangıçta geçici bir nitelik taşır. Borçlu tevdi konusunu geri almayacağını başlangıçta bildirmediği, tevdi konusu alacaklı tarafından kabul edilinceye kadar, geri alma hakkını haizdir. Bu süre içinde, borçlunun tevdi konusu üzerinde tasarruf hakkı vardır. Alacaklının tevdi konusunu kabul etmesi, borçlunun bu hakkına son verir; zira alacaklının kabul beyanı, niteliği itibarıyla, yenilik doğuran bir haktır. Bu hak şekle bağlı olmayan, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıdır. Muhataba yani tevdi olunana ulaşmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla bu andan itibaren, tevdi eden borçlunun tevdi olunan şey üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer. Bu beyanın yapılmasıyla tasarruf yetkisi alacaklıya geçer⁵⁵⁹.

iii. Bir Rehnin Sona Ermesi

Borç, rehinle teminat altına alınmış bir borç ise, hiç şüphesiz adi alacaklara oranla daha güvenceli bir durumdadır. Kanun koyucu birçok bakımdan rehinli alacakları daha güvenceli bir duruma getirmiştir. Borçlar Kanununun 93. maddesindeki düzenleme de bunlardan biridir. Kanun burada şu ihtimali göz önüne

⁵⁵⁸ HEINRICHS, Münchener Kommentar, s. 1173.

⁵⁵⁹ GAUCH/SCHLUEP: s. 78; EREN: s. 1105-1106; benzer yönde HEINRICHS, Münchener Kommentar, s. 1173-1174.

almıştır: Şayet alacaklı temerrüde düşmüş ve bunun üzerine borçlu borç konusunu tevdi etmişse, daha sonra alacaklı edimi kabul etmeme konusundaki düşüncesinden vazgeçerek, elindeki rehni borçluya veya rehin verene iade etmiş olabilir. Bu davranış, onun örtülü olarak, tevdi edilen şeyi kabul ettiği anlamına gelir. Bu ihtimalde alacaklı, rehni elinden çıkarmış ve kendi güvenceli durumuna son vermiştir. Bu durumda borçlunun tevdi ettiği şeyi geri alması, alacaklıyı beklemediği bir zarara uğratabilecektir. İşte bu ihtimalde kanun, borçluya, tevdi ettiği şeyi geri alma hakkı tanımamak suretiyle, alacaklıyı korumak istemiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi, tevdi edilenin durumdan haberdar olmasını gerektirir; zira tevdi edilen rehmin iade edildiğini bilmedikçe, borçluya tevdi konusu malı geri vermekten kaçınamaz.

iv. Tevdiin Bir Mahkeme Kararına Dayanması

Fransız Medeni Kanunu, esas itibariyle borçluya tanıdığı geri alma hakkına, müteselsil borçlular ve kefiller bakımından bir istisna tanımıştır. Buna ilişkin 1262. maddesinde, “Gerçek ve geçerli bir teklifini, kesin hüküm haline gelmiş bir kararla tespit eden borçlu, daha sonra alacaklısının rızasıyla dahi, müteselsil borçlular ve kefiller aleyhine, tevdi ettiği şeyi geri alamaz.” hükmünü taşımaktadır. Dikkat edileceği üzere, burada, borçlunun alacaklı ile anlaşarak, müteselsil borçlular ve kefillere zarar vermesi engellenmek istenmiştir.

Alman Hukukunda geri alma hakkına getirilen bu istisna BGB § 376. paragrafının ikinci fıkrasının üçüncü bendinde şu şekilde ifade edilmiştir: “(3) Eğer tevdi makamına, alacaklı ve borçlu arasındaki tevdiin geçerli olduğunu açıklayan bir mahkeme kararı sunulursa, (bu durumda geri alma hakkı söz konusu olmaz).”.

Alacaklı ile borçlu arasında mahkeme kararının, hukukî ihtilafla ilgili olması gerekir. Talepte bulunanlarla, yani hak sahibi olduğu şüpheli kişilerle ilgili bir karar yeterli değildir; zira aşağıda da açıklanacağı üzere, tevdi kurumu sadece alacaklının temerrüde düşmesi durumunda başvurulabilecek bir yol değildir, aynı zamanda alacaklının şahsının belirsiz olduğu veya kimin alacaklı olduğunun şüpheli olduğu durumlarda da başvurulabilecek bir yoldur. Bunun dışında, tespit hükmü veya ara karar niteliğindeki mahkeme kararlarının da geri alma hakkını ortadan kaldıracı bir etkisi yoktur. Benzer şekilde, alacaklı olduğunu iddia eden tarafça açılan bir ifa davasını, eşyanın tevdi edilmiş olduğu gerekçesiyle reddeden bir mahkeme kararı da, geri alma hakkını ortadan kaldırmaz⁵⁶⁰.

7. Mütemerrit Alacaklının Edimi Kabul veya Reddi

Mütemerrit alacaklı, tevdi sözleşmesiyle edim konusu üzerinde derhal hak kazanır. Borçlar Kanununun 111. maddesinin III. fıkrası da, edimi kabul beyanının, doğmuş olan bir hakkın kullanılmasının açıklanması olduğunu ifade etmektedir. Mütemerrit alacaklının edimi kabul beyanı, hem tevdi edenin geri alma hakkını hem de kendisinin edimi reddetme hakkını sona erdiren bir işleve sahiptir. Şunu da belirtmek gerekir ki, edimi kabul beyanı bir icabın kabulü olmadığı gibi, mütemerrit alacaklıyı da sözleşmenin tarafı durumuna getirmez. Edimi kabul beyanı, şekle tabi olmayan, varması gerekli ve tek taraflı bir irade beyanıdır. Mütemerrit alacaklının hakkı, kural olarak, yenilik doğuran bir haktır; fakat tevdi edenin geri alma hakkından feragat etmiş olması durumunda, bu hakkın yenilik doğuran bir niteliği söz konusu olmaz. Mütemerrit alacaklının hakkı, daha önce sözleşme ile doğduğundan, kurucu değil değiştirici yenilik doğurucu bir haktır. Yenilik doğuran

⁵⁶⁰ HEINRICHS, Münchener Kommentar, s. 1174.s

bir hak olduğu için, şarta bağlanamaz. Bu beyan, tevdi edenin ölümünden, fiil ehliyetini kaybetmesinden veya iflasından sonra da hüküm doğurmaya devam eder⁵⁶¹.

Borçlar Kanununda, tam üçüncü şahıs lehine sözleşmelerde, üçüncü şahsın (mütemerrit alacaklının) edimi ret hakkı düzenlenmemiştir. Ancak bu ret hakkı, kimseye iradesi dışında bir kazandırma yapılamayacağı kuralından doğar. Mütemerrit alacaklının edim üzerindeki hakkı, derhal ve sözleşme ile kurulduğundan, onun yapacağı ret beyanı, şekle bağlı olmayan, tek taraflı, varması gerekli, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu beyan tevdi olunana yöneltilmelidir. Edimi kabul beyanında yasal ve rızaî temsil mümkün iken, ret beyanında mümkün değildir. Bu beyan, bir defa kullanıldıktan sonra geri alınamaz⁵⁶².

8. Tevdiin Hüküm ve Sonuçları

Tevdi işleminin tam üçüncü şahıs lehine sözleşme olduğu ifade edilmişti. Tevdi ilişkisi bir yandan bu üçlü ilişkinin tarafları üzerinde hüküm ve sonuç doğurur, diğer yandan borcun kendisi üzerinde hüküm ve sonuçlar doğurur. Bu bakımdan tevdiin hüküm ve sonuçları incelenirken, böyle bir ayırım yapmak gerekir.

a. Tevdiin Borç Üzerindeki Hüküm ve Sonuçları

Tevdiin etkileri, genel olarak, borçlunun hasardan (*periculum*) kurtulmasının yanı sıra, faizin işlemesinin durması, alacaklının elinde bulundurduğu rehin hakkının

⁵⁶¹ AKYOL: s. 186-196.

⁵⁶² AKYOL: s. 196-199.

ortadan kalkması ve nihayet borçlunun alacaklının açacağı davadan kurtulmasını içerir. Borç konusu tevdi edilmekle, ayrıca hasar da alacaklıya geçer⁵⁶³.

i. Geri Alınabilir Tevdiin Hükümleri

Modern hukuklarda da, geri alınabilir tevdi, ifa niteliğini haiz değildir. Yukarıda da açıklandığı üzere, bazı istisnalar bir tarafa bırakılırsa, borçlu tevdi ettiği şeyi geri alma hakkını haizdir. Dolayısıyla tevdiin, borçluyu borçtan kurtarma etkisi geçicidir. Bu yönüyle tevdiin, bir ifa işlemi değil, “ifa benzeri” işlem olduğu ifade edilmiştir⁵⁶⁴. Oysa Almandada, geri alınabilir tevdiin karşılığı olarak, “ifa benzeri” kavramı değil, “*Erfüllungssurrogat*”, yani “ifa yerine geçen”, “ifa yerine kaim olan” terimi kullanılmaktadır. Bu kullanım, amacı ifade etmek bakımından, daha isabetli gözükmemektedir⁵⁶⁵.

Kural olarak tevdi, geri alma hakkını koruduğu için, borçlunun şey üzerindeki tasarruf yetkisine etki etmemektedir. Buna rağmen, tevdi borçluyu koruyucu bir etki tanınmasının sebebi, onu mütemerrit alacaklıya karşı korumaktır. Bu koruyucu etki de geçici olup, tevdi konusunu geri almama şartına bağlıdır⁵⁶⁶.

Genellikle kabul edildiği üzere, tevdi edilen şeyin geri alınması, tevdiin koruyucu etkisini sona erdirir ve borç eski durumuna geri döner. Yani sanki tevdi hiç yapılmamış gibi bir durum oluşur. Tevdiin geri alınmasının bu hükmü, sadece borçlu bakımından değil, kefillerin sorumluluğu ve rehin bakımından da aynı hükmü

⁵⁶³ MOMMSEN: s. 307; MADAI: s. 472; GUHL: s. 204; SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 238; KILIÇOĞLU: s. 453.

⁵⁶⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 845.

⁵⁶⁵ EREN, “ifa ikamesi” terimini kullanmaktadır ki, bu BGB’de kullanılan terime uygundur.

⁵⁶⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 845.

doğurur. Örneğin kefil, yine borçtan ötürü sorumlu olacak ve alacaklının rehin üzerindeki hakları, sanki sona ermemiş gibi devam edecektir⁵⁶⁷. Burada şu soru sorulmalıdır: Bu sonucun kabul edilmesi, geri alma hakkının niteliğine uygun mudur? Her şeyden önce geri alma hakkının niteliği nedir?

Geri alma hakkının kullanılması durumunda, bunun etkilerinin geçmişe yürürlü olacağı, kanunda açıkça ifade edilmiştir. Aynı sonuç Alman Hukuku bakımından da kabul edilmiştir. Geri alma hakkı, yenilik doğuran bir haktır. Geri alma hakkının kullanılmasıyla, tevdiin doğurduğu bütün hukukî sonuçlar, geriye etkili olarak ortadan kalkar ve eski durum, “*ex lege*” tekrar oluşur⁵⁶⁸. Dolayısıyla bu hakkın hüküm ve sonuçlarının ileriye etkili (*ex nunc*) olması gerekir. Oysa bu hakkın kullanılması ile tevdi ilişkisinden doğan hakların geriye etkili olarak ortadan kalkması kabul edildiğine göre, bu iki durum nasıl bağdaşır? Bu durum, her şeyden önce, yenilik doğuran haklar genel teorisi ile bağdaşmamaktadır. AKYOL, burada genel ilkenin ihtiyaca cevap verememesi sebebiyle, bu ilkeye getirilen bir istisnanın söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Ancak bu istisna genel ilkeyi çokça zedeleyici nitelikte de değildir. Zira mütemerrit alacaklının hakkı (üçüncü şahıs), daha doğumu anında geri alınabilir bir nitelik taşımaktadır. Bununla birlikte, geri alma açıklaması bir tasarruf işlemi değildir ve doğrudan hakkı değiştirmeyi amaçlayan hukukî bir işlem niteliğinde de değildir⁵⁶⁹. BUCHER ise, geri almanın geriye yürürlü olmasının

⁵⁶⁷ BERNSTEIN: s. 43; KOCH: s. 73; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 845; AKYOL, Şener: **Tam Üçüncü Şahıs Lehine Sözleşme**, İstanbul, 1976, s. 155.

⁵⁶⁸ HEINRICHS, Münchener Kommentar, s. 1173, 1177-1178.

⁵⁶⁹ AKYOL: s. 155.

(*ex tunc*), her şeyden önce, mantığın bir gereği olduğunu, yani bunun kendiliğinden ortaya çıkan bir sonuç olduğunu dile getirmiştir⁵⁷⁰.

Alacaklı edimi kabul ettiğini bildirmediği sürece, borçlunun alacaklıları tarafından, tevdiin geri alınması hakkı haczedilebilir. Zira tevdi edilmiş şeyin alacaklısı, borçlunun diğer alacaklılarından üstün bir durumda değildir; bu sonuç tevdiin ifadan ayrılmasının bir sonucudur⁵⁷¹.

Geri alınabilir tevdiin hüküm ve sonuçları, BGB 379. paragrafında üç fıkra halinde düzenlenmiştir:

“ 1. Tevdi dilen eşyanın geri alınması yolu kapalı değilse (yani geri alınabilir tevdi söz konusu ise), borçlu, alacaklıyı tevdi edilen eşyaya yönlendirebilir.

2. Eşya tevdi edildiği sürece, alacaklı hasarı kendisi taşır ve borçlu faizleri ödemeye ya da elde etmediği faydalanmaları tazmine yükümlü değildir.

3. Borçlu, tevdi edilen eşyayı geri alırsa, tevdiin vukuu geçersiz sayılır.”

Birinci fıkroda, geri alınabilir tevdiin söz konusu olduğu ve eşyanın henüz geri alınmadığı bir durumda, alacaklı tarafından yapılan bir ifa talebini, borçlunun dikkate almayarak, alacaklıyı tevdi edilen eşyaya yönlendirebileceği vurgulanmaktadır. İkinci fıkroda ise, eşya tevdi edildiği sürece, borçlunun yararlanacağı geçici korumalardan söz edilmekte ve nihayet son fıkroda, geri alma hakkının kullanılması durumunda, tevdiin hiç gerçekleşmemiş sayılacağı hükme bağlanmaktadır.

⁵⁷⁰ BUCHER: Obligationenrecht, s. 323.

⁵⁷¹ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 771-772.

Geri alma hakkının kullanılması durumunda, Fransız Medeni Kanunu, 1261. maddesinde, müteselsil borçluların ve kefillerin durumunu düzenlemiştir. Buna göre, tevdi ile yükümlülüklerinden kurtulan müteselsil borçlular ve kefiller, geri alma sonucunda, artık bundan yararlanamayacak ve borca ilişkin sorumlu kalmakta devam edeceklerdir.

Alacaklının, normal olarak, borç ödenmediği takdirde, alacağa bağlı ipotek ve diğer imtiyazlardan yararlanma yoluna başvurma hakkı vardır. Fakat alacaklının bu hakkı, Fransız Medeni Kanununun 1263. maddesinde bir sınırlamaya tabi tutulmuştur. Buna göre:

“Alacaklı, borçlunun tevdi konusuna geri almasına razı olduğu durumlarda, tevdiin geçerliliği yargısal bir kararla kesin hüküm halini almışsa, artık alacağının ifa edilmesi için, alacağa bağlı olan ipotek veya diğer imtiyazlarını kullanamaz; alacaklının geri almaya razı olduğu gün, ipotek veya imtiyazlarını kullanma hakkını kaybeder.”

Maddeden de anlaşılacağı üzere, tevdiin geçerliliği bir yargısal kararla kesin hüküm halini aldığı durumlarda, şayet alacaklı, borçlunun geri alma hakkını kullanmasına razı olmuşsa, bu durumda, sonradan borcunun ifa edilmediği gerekçesine dayanarak, alacağa bağlı olan ipotek ve diğer imtiyazları kullanma hakkını kaybeder.

ii. Geri Alınamaz Tevdiin Hükümleri

Tevdiin ifa etkisini taşıması, borçlu tarafından geri alınmama şartına bağlıdır. Borçlu geri alma hakkını elinde tuttuğu sürece, tevdiin ifa etkisi söz konusu olamayacaktır. Geri alınamaz tevdi bakımından tevdi, bir ifa aracıdır ve borçluyu

borcundan kurtarır⁵⁷². Bu sonuç, yani geri alınamaz tevdiin bir ifa aracı olduğu, BGB 378. paragrafında açıkça düzenlenmiştir:

“Tevdi edilen şeyin geri alınma hakkının olmadığı durumlarda, borçlu, tevdi etmekle, tevdi zamanında alacaklıya ifada bulunmuşçasına, yükümlülüğünden kurtulur.”

Geri alınamaz tevdiin borçtan kurtarıcı etkisinin söz konusu olabilmesi için, yapılan tevdiin geçerli, yani hukuka uygun olarak yapılmasını gerektirir. Hukuka uygun tevdiden ne kastedildiği, yukarıda açıklandığı için (örneğin yetkili kişi tarafından yapılması, malın tevdi elverişli olması vb.), tekrar edilmeyecektir.

Borçlunun feragat etmesi sebebiyle, geri alınamaz bir tevdiin söz konusu olduğu durumda, tevdi hukuka aykırı bir şekilde yapılmışsa, borçluyu borçtan kurtarmaz, yani bir ifa etkisi taşımaz. Buna karşılık, hukuka aykırı olmasına rağmen, alacaklı tarafından kabul edilen bir tevdi, alacaklının hatası veya hile gibi sebepler hariç olmak üzere, borçluyu borcundan kurtarır. Başka bir anlatımla, bu durumda, tevdi, ifa etkisine sahiptir; meğerki alacaklı bu kabulde bir hataya düşmüş olsun veya borçlu tarafından aldatılmış olsun⁵⁷³.

Borçlu, geri alınamaz tevdi yoluyla, yükümlülüklerinden, tevdi anından itibaren kurtulur. Bunun dışında, geri alınamaz tevdiin hüküm ve sonuçları, ifanın hüküm ve sonuçlarına benzer. Örneğin, rehin ve kefalet gibi, borcun teminatları, alacaklının borçlusundan olan talep hakkı ve borçlunun temerrüdü sona erer⁵⁷⁴.

⁵⁷² MOMMSEN: s. 308; MADAI: s. 472.

⁵⁷³ HEINRICHS, Münchener Kommentar, s. 1176; ESSER/SCHMIDT: s. 300-301.

⁵⁷⁴ REBMANN/SAECKER: MünchKom, s. 1176; ESSER/SCHMIDT: s. 301.

b. Tevdiin Üçlü Borç İlişkisinin Tarafları Üzerindeki Hüküm ve Sonuçları

Tam üçüncü şahıs lehine sözleşme olarak tevdi, alacaklı (tevdî eden) ve borçlu (tevdî olunan) arasında yapılmasına karşılık, üçlü bir ilişki düzeni kurar. Buna göre alacaklı ile borçlu arasında, üçüncü şahıs(mütemerrit alacaklı) lehine bir sözleşme kurulur ve borçlu üçüncü şahsa karşı bir edimi ifa etmeyi (tevdî olunan şeyi verme) borçlanır. Dikkat edileceği üzere, burada sözleşmenin ancak sözleşenler arasında hüküm ve sonuç doğuracağı ilkesine getirilmiş bir istisna söz konusudur. Bu ilişkide, aslında üçüncü şahıs, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiye yabancısıdır ve bu sebeple o bu ilişkinin dışındadır; bu nedenle üçüncü şahıs ile borçlu arasındaki ilişkiye “dış ilişki” (*Ausserverhältnis*) denir. Alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki, borçlunun üçüncü şahsa yapacağı edim bakımından, alacaklı ile arasında bir kapama işlevi görür ve “kapama ilişkisi” (*Deckungsverhältnis*) olarak adlandırılır. Son olarak alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki ilişkidir ki, bu ilişkiye de “değer ilişkisi” (*Valutarverhältnis*) denir⁵⁷⁵.

Bu ilişkileri konumuz bakımından sıralarsak, tevdi eden ile tevdi olunan arasındaki ilişki kapama ilişkisi; tevdi eden ile üçüncü şahıs durumundaki mütemerrit alacaklı arasındaki ilişki değer ilişkisi ve mütemerrit alacaklı ile tevdi olunan arasındaki ilişki ise dış ilişkidir.

Üçüncü şahıs sözleşmenin tarafı olmadığı için, yapılan bu sözleşme ile üçüncü şahıs yükümlülük altına sokulamaz; bunun yanı sıra, alacaklı ile borçlu

⁵⁷⁵ AKYOL: s. 85–86; EREN: 1103-1105.

arasında yapılacak sözleşme ile üçüncü şahsın borç altına sokulması imkânsızdır⁵⁷⁶. Fakat burada şu durum karıştırılmamalıdır: örneğin bir taşıma sözleşmesinde, gönderilenin taşıma ücretini ödeme borcu, gönderilen mal üzerinde hak kazanmasının şartıdır. Burada gönderileni borç altına sokan taşıyan ile gönderen değil, bizzat gönderilenin, yani üçüncü şahsın kendi iradesidir⁵⁷⁷. Tam üçüncü şahıs lehine sözleşmelerle ilgili bu genel kuralı tevdi ilişkisine uyarlayacak olursak, alacaklının temerrüdü halinde, malın tevdi edilmesi durumunda, üçüncü şahıs olan alacaklının tevdi konusunu kabul edince, tevdi masraflarını ödemesi mecburiyeti, tevdi eden ile tevdi edilen arasındaki sözleşmeden değil, bizzat üçüncü şahsın iradesinden kaynaklanır. Bu durum aynı zamanda, üçüncü şahıs olan mütemerrit alacaklının tevdi konusu mal üzerinde hak kazanmasının bir şartıdır.

Bu bakımdan, taraflar arasındaki ilişkiye göre tarafların hak ve borçları belirlenmelidir:

i. Tevdi Edenle Tevdi Olunan Arasındaki İlişki Bakımından

Tevdi yukarıda da açıklandığı üzere, hukukî niteliği itibariyle tam üçüncü şahıs lehine sözleşmedir. Bu sözleşme gereğince, tevdi eden tarafından tevdi olunan tarafa bırakılan tevdi elverişli bir malı, tevdi olunan tarafından, üçüncü şahsa (mütemerrit alacaklıya) verilmesini yükler.

Bir sözleşme olduğu içindir ki, bu sözleşmenin kurulması, hüküm doğurması ve sona ermesi, sözleşmelere ilişkin genel kurallara tabidir. Bu sözleşme borçlandırıcı bir işlemdir⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ AKYOL: s. 15; EREN: s. 1097.

⁵⁷⁷ AKYOL: s. 15.

⁵⁷⁸ AKYOL: s. 88-89.

Tevdi olunan taraf, sözleşmenin üçlü ilişkii düzenlemesinden ötürü, hem tevdi edene hem de mütemerrit alacaklıya karşı sorumluluk altına girmiştir. Tevdi olunan taraf, bir yandan tevdi konusunu muhafaza etmekle, diğr yandan bunu üçüncü şahıs olan mütemerrit alacaklıya vermekle yükümlüdür.

Tevdi olunan tarafın sözleşmeye aykırı davranması, örneğın, kusuru ile edimi imkânsız kılması, temerrüde düşmesi, sözleşme öncesi kusurlu davranışlarda bulunması (*culpa in contrahendo*) durumlarında, tevdi edenin sözü edilen sebeplerle tevdi olunan tarafa dava açması ve zararını talep etmesi mümkündür⁵⁷⁹.

Daha önce açıklandığı üzere, geri alınamaz bir tevdi söz konusu olmadıkça, tevdi eden, geri alma hakkına sahiptir. Geri alma hakkının kullanılmasından sonra, tevdi olunanın üçüncü şahsa (mütemerrit alacaklıya) ifa yetkisi ve yükümlülüğünü sona erdirir. Usulüne uygun bir geri alma hakkı kullanıldıktan sonra, tevdi konusunun mütemerrit alacaklıya ifa edilmesi, yani teslim edilmesi, tevdi olunanı tevdi edene karşı sorumlu hale getirirse de, mütemerrit alacaklıya yapılan ifanın geçerliliğine etki etmez. Ona yapılan ifa, borcun üçüncü şahıs tarafından yapılan ifası olarak kabul edip geçerli saymak gerekir. Fakat tevdi olunan, mütemerrit alacaklıya hata sonucu ödeme bulunmuşsa veya fazla ödemede bulunmuşsa, birinci halde *condictio sine causa*'ya⁵⁸⁰ dayanan (BK m. 62/I), ikinci halde ise *condictio*

⁵⁷⁹ Daha geniş bilgi için bkz.: AKYOL: s. 116-133.

⁵⁸⁰ *Condictio sine causa*, genel nitelikte bir sebepsiz zenginleşme davası olup, diğr *condictio*'larla istenemeyen ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan her türlü haksız kazancın iadesi için öngörülmüştü. Bununla, geçerli bir sebebe dayanmayan ve gerçekleşmesi mümkün olmayan edimler karşılığı verilmiş olan şeylerin iadesi; şayet iade mümkün değilse, uğranılan zararın tazmin ettirilmesi mümkün olmuştur; Bkz. GÜNAL, A. Nadi: **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)**, Ankara, 1996, s. 20-21 (Condictio).

indebiti'ye⁵⁸¹ dayanan (BK m. 61/II) bir sebepsiz zenginleşme davası açarak, iade talebinde bulunabilir⁵⁸². Şayet tevdi olunan tarafın yaptığı ifa, bu iki sebebe dayanmıyorsa, iadesi istenemeyeceğinden, tevdi edene karşı vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talepte bulunabilir. Fakat tevdi olunan bu hallerde, mütemerrit alacaklıya başvuramaz.

Borçlu, tevdi edilen şeyi geri aldığı takdirde, tevdi ilişkin masraflar kendisi üzerinde kalır.

ii. Tevdi Olunan İle Mütemerrit Alacaklı Arasındaki İlişki Bakımından

Tevdi sözleşmesi, tevdi edenle tevdi olunan arasında yapılmaktadır. Alacaklı bu sözleşmeye taraf değildir. Bu sebeptir ki, onun tevdi sözleşmesine göre durumu, dış ilişki olarak kabul edilir. Yani o bu sözleşmenin dışındadır. Ancak o bu sözleşmenin dışında olmasına rağmen, bu sözleşme gereğince bazı haklara sahiptir. O her şeyden önce, edimin kendisine ifasını talep edebilecektir. Bu, aynı zamanda tevdi sözleşmesinin de amacıdır.

Tevdi olunan tarafın edimi mütemerrit alacaklıya ifa etmemesi durumunda, mütemerrit alacaklının bunu dava etmesi mümkündür. O, her ne kadar tevdi sözleşmesinin tarafı olmasa da, dava hakkının temeli, bu sözleşme gereğince hak

⁵⁸¹ *Condictio indebiti*, “Gerçekte varolmayan bir borcun, varolduğu düşüncesi ile hatâen ifa edilmesi demek olan *Solutio Indebiti* sonucunda, hatâen ifada bulunan kişi ile, iyiniyetle bu ifayı kabul eden kişi arasında sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisi doğmakta ve bunun sonucunda, ifada bulunan kişi, ifayı kabul eden kişiye karşı ödediği şeylerin kendisine iade edilmesini sağlamak amacı ile bir dava açmaktaydı ki; bu dava Roma Hukukunda *Condictio Indebiti* olarak adlandırılmıştır.”; GÜNAL: *Condictio*, s. 21-22

⁵⁸² AKYOL: s. 156-157.

sahibi kılınmasında yatmaktadır. Aksi halde, yani ona dava hakkı tanınmaması durumunda, dava hakkı ile korunmayan bir talep hakkına sahip olacağı kabul edilirdi ki, bu hukuken garip bir durum olurdu⁵⁸³.

Mütemerrit alacaklı, tevdi sözleşmesinin dışında olduğu için, tevdi olunan tarafın, işlemde zarar görmemesi için, tevdi eden karşı sahip olduğu her türlü itiraz ve def'ileri, mütemerrit alacaklıya karşı ileri sürme hakkı tanınmıştır. Buna karşılık, tevdi olunan taraf, tevdi edenle üçüncü şahıs arasındaki ilişkiden doğan itiraz ve def'ileri ileri sürerek, borcu ifa etmekten kaçınmaz. Benzer şekilde, tevdi olunan tarafın, tevdi edene karşı sahip olduğu alacağını, burada takas etme yetkisi yoktur⁵⁸⁴.

Mütemerrit alacaklının hakkı, tevdi edenle tevdi olunan arasındaki sözleşmeye dayanır; o bu hakkı doğrudan kazanır.

iii. Tevdi Edenle Mütemerrit Alacaklı Arasındaki İlişki Bakımından

Tam üçüncü şahıs lehine sözleşme olarak tevdi ilişkisinde, tevdi edenin üçüncü şahıs (mütemerrit alacaklı) lehine yaptığı tevdiin bir hukukî sebebi vardır; bu sebep, ifa sebebidir. Yani burada tevdi eden, bu işlemle borcunu ifa etmek istemektedir.

Mütemerrit alacaklının edim konusunu kabul etmesiyle, tevdi edenin tevdi konusu üzerindeki hakkı, dolayısıyla mütemerrit alacaklı ile arasındaki borç ilişkisi sona erer. Mütemerrit alacaklının edim konusunu kabul beyanı, niteliği itibariyle

⁵⁸³ AKYOL: s. 208-209.

⁵⁸⁴ EREN: s. 1104-1105; AKYOL: s. 182, 222; Tevdi olunan tarafın ileri sürmeye hakkı olduğu itiraz ve def'iler ve bunun geniş açıklaması için bkz. AKYOL: s. 210-224.

yenilik doğuran, şekle bağlı olmayan, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıdır⁵⁸⁵.

9. Tevdi Masrafları

Tevdi sebebiyle yapılacak masrafların kime ait olacağı, B.K.'nın 91. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, alacaklının temerrütte olduğu durumda, borçlu masrafları alacaklıya ait olmak üzere, vereceği şeyi tevdi edebilir. Kanunumuzda, masrafların kime ait olacağı konusu, tevdiin geri alınamaz olup olmadığı dikkate alınmadan tespit edilmiştir. Alacaklı, tevdi kendi temerrüdü ile sebebiyet verdiği için, tevdi masraflarını ödemek zorundadır. Ancak bu zorunluluk, daha önce de ifade edildiği üzere, tevdi sözleşmesi ile kendisine yüklenen bir sorumluluk veya borç değil, hem kanundan kaynaklanan bir zorunluluk, hem de kendisinin tevdiden yararlanmasının bir şartıdır.

Alman Hukukunda, tevdi masraflarına ilişkin düzenlemeler daha açıktır. Konuya ilişkin BGB 381. paragrafa göre: “Tevdi masrafları, borçlu, tevdi edilen şeyi geri almadığı sürece, alacaklının yükündedir.”.

Tevdi edilen yer bakımından, tevdi masraflarının borçlusu, tevdi eden kişi, yani borçludur (HintO § 26/1). Fakat tevdi edilen eşya, alacaklı tarafından alınmışsa veya kabul edilmişse, artık tevdi masraflarının borçlusu, alacaklıdır (HintO §13/1). Tevdi hukuka uygunsa veya hukuka aykırı olmasına rağmen, alacaklı tarafından kabul edilmişse, masrafları artık kendisi yüklenecektir. Bu hükümler, hakkaniyete de

⁵⁸⁵ EREN: s. 1106.

uygundur; zira eşyanın tevdi edilmesinin nedeni alacaklının kendisidir. Başka bir ifadeyle, tevdiin nedeni, alacaklıdan kaynaklanan bir ifa engelinden doğmuştur⁵⁸⁶.

C. Borç Konusu Şeyi Satarak Bedelini Tevdi

1. Genel Olarak

Bazen sözleşme konusu şeyin niteliği, tevdi elverişli değildir. Özellikle, borç konusu malın çabuk bozulacak türden olması veya bakım ve muhafazasının masraflı olması durumunda, malın tevdi edilmesi bazen imkânsız, bazen de tarafların aleyhindedir. Bu gibi durumlarda, borçlunun şeyi tevdi ederek borcundan kurtulması mümkün değildir. Şunu belirtmek gerekir ki, borçlu şeyin satılması ile değil, satış bedelinin tevdi edilmesi ile borcundan kurtulabilir. Satış kurumunun amacı, tevdi uygun olmayan malın yerine, tevdi uygun malın onun yerini almasıdır⁵⁸⁷. Bu şekilde, tevdi elverişsiz bir malın yerini para alacak ve tevdi edilecektir.

Malın sadece bir kısmının satışı yoluna gitmek mümkün olduğu gibi, önce tevdi edilmiş malların, sonradan satışı yoluna da gitmek mümkündür. Borçlu bu yola başvurmak zorunda değildir; satış hakkı ona verilmiş bir yetkiden ibarettir. Fakat dürüstlük kuralları gereğince, satışın istenmemesi sebebiyle, alacaklı zarara uğramışsa, borçlunun da bu zararın ortaya çıkacağını öngördüğü ve buna rağmen zararı engellemediği durumlarda, tazminat ödemekle sorumlu tutulabilir⁵⁸⁸.

Türk-İsviçre Hukuku, bu gibi durumlarda, borçlunun şeyi satmasına ve satış sonucu elde edilecek paranın tevdi edilmesi ile borcundan kurtulmasına imkân

⁵⁸⁶ REBMANN/SAECKER: MünchKomm, s. 1179.

⁵⁸⁷ GAUCH/SCHLUEP: s. 79; GUHL: s. 204; REBMANN/SAECKER: MünchKomm, s. 1181; ARSLANLI: s. 524; EREN: s. 979; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 156; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 845; OĞUZMAN/ÖZ: s. 278-279.

⁵⁸⁸ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 708; ARSLANLI: s. 525 dipnot 98.

tanımıştır. Kanunda satışın yapılacağı yer ve satışın isteneceği zaman hakkında bir hüküm yoktur. Satış yerinin belirlenmesinde yargıç ifa yerine ilişkin kuralları dikkate alabilir; fakat buna mecbur değildir. Özellikle malın bulunduğu yer ile ifa yeri farklı olduğunda, malın ifa yerine götürülmesinin masraflı olduğu hallerde, satışın ifa yerinde yapılmasını direktmek anlamsız olur. Borçlu, dürüstlük kuralını göz önünde tutmak şartıyla, dilediği zaman satışın yapılmasını isteyebilir; zira kanunda bu yönde bir düzenleme yoktur⁵⁸⁹.

Bu yola başvurmak, kural olarak, borçlu bakımından bir haktır; bir yükümlülük teşkil etmez (BGE 115 II 451). Fakat dürüstlük kuralından bu yola başvurulması gerektiği sonucu çıkarılabilirse, o zaman bir yükümlülük haline gelir (BGE 115 II 452)⁵⁹⁰.

Buna karşılık Alman Hukukundaki düzenlemeler daha tatmin edici niteliktedir. Bu konu, “Tevdi Edilemeyecek Eşyaların Açık Arttırma İle Satılması (*Versteigerung hinterlegungsunfähiger Sachen*)” kenar başlığı altında, BGB § 383. paragrafında 4 fıkra halinde, düzenlenmiştir:

“(1) Borçlu olunan menkul eşya tevdi uygun değilse, borçlu, alacaklının temerrüdü durumunda, onu ifa yerinde açık arttırma ile satabilir ve satış parasını tevdi edebilir. Aynı durum, şayet eşyanın muhafazası ve değeri arasında bir oransızlığın olduğu, 372. paragrafın ikinci cümlesi hakkında da geçerlidir.

(2) İfa yerindeki açık arttırma ile satıştan, başarılı bir sonuç beklenemeyecekse, eşya uygun olan başka bir yerde de açık arttırma ile satılabilir.

⁵⁸⁹ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 709-710; OĞUZMAN/ÖZ: s. 278 dipnot 394.

⁵⁹⁰ BUCHER: Obligationenrecht, s. 322 dipnot 16; GAUCH/SCHLUEP: s. 79; BÜREN: s. 418.

(3) Açık arttırma ve satış yeri için davet edilen mahkeme icra memuru (*Gerichtsvollzieher*) ya da açık arttırma ile satışa yetkili olan başka memurlar ya da kamusal olarak görevlendirilen açık arttırma satıcıları tarafından, kamusal bir şekilde yapılır (buna kamusal açık arttırma denir). Açık arttırmanın yeri ve zamanı, eşyanın genel özellikleri ile birlikte, resmi olarak ilan edilmelidir.

(4) 1 ve 3. fıkraya kadar olan düzenlemeler, gemiler ve gemi inşaat eserleri hakkında geçerli değildir.”

Aşağıda açıklanacağı üzere, gerek Türk-İsviçre Hukukunda gerekse Alman Hukukunda, satış, tevdiiden daha ağır şartlara tabi tutulmuştur.

ASHİ’nin “Malın kabulünün reddi” kenar başlıklı 7: 110 (3). maddesinde, alacaklının temerrüdünün bir sonucu olarak değil, satıcının muhafaza yükümlülüğü olarak, bozulabilecek veya muhafazası masraflı malların satışı, düzenlenmiştir: “Bununla birlikte, malın kısa zamanda bozulacağı veya muhafazasının makul olmayan bir biçimde masraflı olması durumunda, ilgili taraf, onu elden çıkarmak için makul adımları atmak zorundadır. Satıştan elde edilen net kârın diğer tarafa ödenmesiyle, malı teslim veya iade yükümlülüğünden kurtulabilinir”. Satış sonucu elde edilen paranın ödenmesi durumlarında, satışı yapan taraf, yaptığı masrafların kendisine ödenmesini talep edebileceği gibi, bu masraflar kendisine ödenmedikçe, satış bedelini kendisinde tutabilir (7: 110 (4)).

Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesinin 88. maddesinde satıcıya, muhafazası masraflı veya çabuk bozulacak cinsten malların satışı hakkı tanınmıştır⁵⁹¹. Fakat burada düzenlenen satış hakkı, alacaklının temerrüdü halinde, borçluya borçtan kurtulması imkânı veren nitelikte bir

⁵⁹¹ ÖZSUNAY: s. 946-947.

satış hakkı olmayıp, kendi zilyetliğinde bulunan malların muhafazası yükümlülüğünden doğan bir satış hakkıdır.

2. Şartları

a. Borcun Konusu Şey Tevdie Elverişli Olmamalı

Borç konusu eşya tevdi elverişli ise, bu durumda tevdi yoluna gidilmelidir. Bu halde, malın satışı ve bedelinin tevdi yoluna gidilemez.

Kıymetli evrak niteliği taşımayan borç senetleri tevdi edilemez; zira tevdiin amacı, borçluya borçtan kurtulma imkânı sağlamak, alacaklının da tevdi konusunu aldığı takdirde hakkına kavuşacağı bir hukukî durum yaratmaktır. O halde, bu tür borç senetleri tevdi edilmekle değil, ancak o senet üzerinde tasarruf yetkisinin alacaklıya geçmesini sağlayacak olan alacağın temliki ile geçer⁵⁹².

Çabuk bozulabilen ve çürüyebilen nitelikteki eşyalar tevdi elverişli değildir; örneğin, süt, et, yaş meyve ve sebze, çiçekler, yağ, bazı kimyasal maddeler, ilaç gibi maddeler bu türdendir.

Modaya tabi mallar ile sezonluk mallar da tevdi elverişli değildir⁵⁹³; özellikle kıyafetler bakımından durum böyledir. Bu gibi mallar, beklemekle değeri düşen mallardandır.

Patlayıcı ve yanıcı maddeler tevdi elverişli değildir. Bu gibi malların tevdi edilmesi, çoğunlukla idarece yasaklandığı için, tevdi elverişli değildirler⁵⁹⁴.

⁵⁹² TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 767.

⁵⁹³ EREN: s. 980.

⁵⁹⁴ SAYMEN/ELBİR: s. 699; SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 239; KAYNAR: s. 211.

Tevdi masrafları, yani bakım ve muhafaza masrafları eşyanın kendi değerinden yüksek olabilecek mallar bakımından da durum aynıdır. Bu mallar özü itibariyle tevdie elverişli oldukları halde, ekonomik bakımdan tevdie elverişli sayılmazlar.

b. Borçlu Alacaklıya İhtarda Bulunmalı

Borçlunun satış hakkını kullanabilmesi için öncelikle, alacaklıya satışın yapılacağını ihtar etmeli ve bu ihtarda alacaklıya bir süre tanınmalıdır. Hatta alacaklı ifa teklifini kabul etmediğini veya etmeyeceğini önceden bildirmiş olsa da, borçlu bu ihtar yapmalıdır⁵⁹⁵. Borçlu tarafından yapılacak bu ihtar, niteliği itibariyle, varması gerekli, şekle tabi olmayan tek taraflı bir irade beyanıdır. Bu beyan ile borçlu, alacaklıya son bir kez düşünmesini, belki vazgeçmesini ve bu yolla satışı önlemesini sağlayacak bir imkân yaratmış olur⁵⁹⁶.

Madde metninde, ihtarın alacaklıya satıştan önce yapılması gerektiği şeklinde kaleme alınmıştır. Buna rağmen BİRSEN, borçlunun önce yargıca başvurarak durumu tespit ettirerek ihtarda bulunmasının daha uygun olacağını, zira bu durumda yargıcın satış yerini ve usulünü de belirlemiş olduğundan, ayrıca bir ihbara gerek kalmaksızın tek bir ihbarla alacaklıyı haberdar edeceğini ifade etmektedir⁵⁹⁷. Ancak, BİRSEN'in de kısmen ifade ettiği gibi, böyle bir uygulamaya her şeyden önce madde metni imkân vermemektedir.

⁵⁹⁵ GAUCH/SCHLUEP: s. 79; GUHL: s. 204; EREN: s. 981.

⁵⁹⁶ FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 156; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 774; OĞUZMAN/ÖZ: s. 279; EREN: s. 980-981.

⁵⁹⁷ BİRSEN; s. 454.

Satışın alacaklıya ihtarı, BGB 384. paragrafında 3 fıkra halinde düzenlenmiştir:

“ (1) Alacaklıya ihtar yapıldıktan sonra, açık arttırma caizdir; eğer eşya bozulabilecekse veya açık arttırmanın ertelenmesi tehlikesi yaratıyorsa, ihtar yapılmayabilir.

(2) Borçlu, alacaklıyı açık arttırma konusunda, gecikmeksizin bilgilendirmek zorundadır; bunun ihmali durumunda, borçlu, zararın tazminine yükümlü olur.

(3) İhtar ve bilgilendirme, yapılamayacak koşullardaysa, yapılmayabilir.”

İhtar (*Androhung*), hukuka uygun bir satış için koşul olarak kabul edilmiştir. İhtar, alacaklıya edimi kabul edip satışı engelleme imkânı tanımak bakımından gereklidir. İhtar ile satış tarihi arasında, uygun bir zaman olmalıdır. Bilgilendirme (*Benachrichtigung*) ise, gecikmeksizin satışın ardından yapılmak zorundadır. Bilgilendirmenin yapılmaması, satışın geçerliliğine etki etmez; fakat alacaklının oluşan zararlarının tazminini gerektirir. Tartışmalı durumlarda, ihtar ve bilgilendirmeye ilişkin ispat yükü borçluya aittir⁵⁹⁸.

c. Yargıçtan İzin Alınmış Olmalı

Borçlu, borç konusu eşyanın tevdi elverişli olmadığı gerekçesiyle, ihtar yaptıktan sonra, kendiliğinden malı satmak yoluna gidemez. Bunun için yargıçtan satış için izin almış olması gerekir. Yetkili yargıç “ifa yeri” yargıcıdır. Bununla birlikte, edim konusu şey başka yerde bulunuyorsa, şeyin bulunduğu yer yargıcının da yetkili kabul edilmesi gerektiği genellikle kabul edilmektedir⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ REBMANN/SAECKER: MünchKom, s. 1183.

⁵⁹⁹ GAUCH/SCHLUEP: s. 79; EREN: s. 981; TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 774.

Yargıç, burada yapacağı incelemede malın tevdi elverişli olup olmadığını, borçluya ihtarın yapılmış olup olmadığını ve nihayet mahkemenin yetkili olup olmadığını inceledikten sonra, yani koşulların varlığına kanaat getirirse, gerekli izni verecektir. Bunun yanı sıra yargıcın, malın satış şeklini, satışın yapılacağı yeri ve zamanı belirleyen bir karar vermesi uygun olur⁶⁰⁰.

d. Satış Kural Olarak Açık Arttırma İle Yapılmalı

i. Kural: Açık Arttırma İle Satış

Türk-İsviçre Hukuku bakımından satış şeklini, satışın yapılacağı yeri ve zamanı belirleme yetkisi yargıca tanınmıştır. Oysa Alman Hukukunda satış, kural olarak açık arttırma yapılmalı ve açık arttırma resmi şekilde yapılmaz. Bunu yanı sıra, açık arttırmanın yapılacağı yer, şekil, açık arttırmanın resmi ilanı gibi konular, ayrıntılı olarak Tevdi Kanununda (HintO) belirlenmiştir.

Satış sonucu elde edilecek para alacaklı adına tevdi edileceğinden ve bu tevdi edilen para edimin yerini tutacağından, alacaklının menfaatlerinin korunması için, satışın açık arttırma yolu ile yapılması gerekir. Açık arttırmanın yapılacağı yer olarak, ifa yeri belirlenebileceği gibi, daha az masrafla olacağı anlaşılırsa, malın bulunduğu yerde de satışın yapılmasına karar verilebilir. Hatta BGB 383/2. paragrafına göre, ifa yerindeki açık arttırmadan başarı beklenmiyorsa, eşya daha uygun olan başka bir yerde de (sadece malın bulunduğu yer değil) açık arttırma ile satılabilir.

⁶⁰⁰ OĞUZMAN/ÖZ: s. 279; EREN: s. 981.

Açık arttırmaya, borçlu da katılabilir⁶⁰¹. Buna karşılık, açık arttırmayı yapan ve yardımcılarının, arttırmaya katılarak pey ileri süremezler. Açık arttırmanın yeri, elverişli yani katılımı beklenen kişilere yetecek şekilde seçilmelidir⁶⁰².

Açık arttırma satışının masraflarının kime ait olacağı, BGB 386. paragrafında düzenlenmiştir. BGB 385. paragrafa göre yapılan satış ya da açık arttırma satışının masrafları, borçlu tevdi edilen satış meblağını almadığı sürece, alacaklıya aittir. Düzenleme, sadece tarafların birbirleriyle ilişkileri için geçerlidir. Açık arttırma yapan karşısında borçlu, vekâlet veren olarak sorumludur. Alacaklının masraf yükümlülüğü sadece, satışın hukuka uygun olması durumunda söz konusu olur. Satış masraflarına ilişkin olarak, açık arttırma masraflarının yanında, ihtar, resmi ilan ve bilgilendirme masrafları da dahildir (BGB § 383-384)⁶⁰³.

Açık arttırmaya ilişkin kuralların uygulanmaması sebebiyle, mal ucuza satılmışsa, borçlu bundan sorumlu tutulur⁶⁰⁴.

ii. İstisnası: Pazarlıkla Satış

BK 92. maddesinin ikinci cümlesi gereğince, satışa konu mal borsada kayıtlı veya cari fiyatı mevcut olan bir mal ise ya da malın değeri açık arttırma için yapılacak masrafa oranla düşük ise, yargıç ihtara veya açık arttırmaya gerek görmeden, pazarlıkla malın satışına izin verebilir. Hisse senetleri, borsada kayıtlı mallara; altın ise, cari fiyatı belli olan mala örnek olarak verilebilir⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ EREN: s. 981

⁶⁰² REBMANN/SAECKER: MünchKom, s. 1181.

⁶⁰³ REBMANN/SAECKER: MünchKom, s. 1184.

⁶⁰⁴ TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 775.

⁶⁰⁵ KILIÇOĞLU: s. 455.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, BK 92. maddesinin ikinci cümlesindeki koşulların varlığı halinde, yargıç, satışın açık arttırma olmaksızın yapılmasını kararlaştırabilir.

Aynı konu, BGB'nin "Pazarlıkla Satış (*Freihändiger Verkauf*)" kenar başlıklı 385. paragrafında düzenlenmiştir: "Eşyanın borsa veya piyasa fiyatı varsa, borçlu bunları, böyle bir satışa yetkili ticarî aracılar (komisyoncular) ya da resmi açık arttırmaya yetkili kişiler aracılığıyla, pazarlıkla sattırmaya yetkilidir."

Görüldüğü üzere, 385. paragrafta yer alan düzenleme, BK 92. maddesindeki düzenlemeden daha dar kapsamda tutulmuştur; burada, malın değerinin açık arttırma için yapılacak masrafa oranla düşük olması, ihtimali düzenlenmemiştir. Pazarlıkla satışa imkân veren bu düzenlemelerin amacı, bir yandan alacaklının diğer yandan da borçlunun menfaatlerini gözetmektir. Bu sayede borçlu, basit ve hızlı bir şekilde satışın yapılmasını sağlayacak; alacaklı ise, açık arttırmanın gerektirdiği ve sonuçta kendisine yüklenecek masraflarda kurtulacaktır.

e. Satıştan Elde Edilen Para Alacaklı Adına Tevdi Edilmeli

Yukarıda da ifade edildiği üzere, malın satılmış olması, borçlunun borçtan kurtulmasını sağlamaz; borçlu, ancak satış sonucu elde edilen parayı tevdi etmekle borcundan kurtulur. Zaten satış, tevdi elverişli olmayan mallar bakımından söz konusu olmaktaydı. Satış sonucu, bu elverişsizlik giderilmiş ve tevdi elverişli olmayan malın yerini, tevdi elverişli para almıştır. Dolayısıyla, borçlu bu parayı tevdi etmekle borcundan kurtulacaktır.

f. Ticarî Satımlarda Bu Şartlara Gerek Olmaması

TTK'nun 25. maddesinin 2. bendine göre, ticari satışta, alıcının temerrüdü durumunda, ayrıca Borçlar Kanununda belirlenen şartların varlığına gerek olmaksızın, borçlunun satış bedelini tevdi edebileceği kabul edilmekte ve bu durumda farklı şartlar öngörülmektedir. Bu düzenlemeye göre, alıcı mütemerrit olduğu takdirde satıcı, malın satışına izin verilmesini mahkemeden isteyebilir. Mahkeme, satışın açık artırma yoluyla veya bu işle görevlendirilen bir kişi tarafından yapılmasına karar verir. Satıcı talep ederse, satışla görevlendirilen kişi, satışa çıkarılacak malların niteliklerini bir uzmana tespit ettirir. Satış masrafları satış bedelinden çıkarıldıktan sonra artan para, satıcının takas hakkı saklı kalmak şartıyla, satıcı tarafından alıcı namına bir bankaya ve banka bulunmadığı takdirde notere tevdi olunur ve bu durum hemen alıcıya bildirilir.

YAVUZ'a göre, bu hüküm, Borçlar Kanununun 92. maddesinin özel bir uygulama alanı olup, ticarî yaşamın gerekleriyle uyumlu olacak şekilde, satıcının satma hakkının kolaylaştırılmasından ibarettir. Yoksa bu hüküm, alıcının satım parasını ödeme borcuna ilişkin temerrüdünü düzenlemez; bu yönüyle de, BK m. 211 hükmüyle bir çelişki söz konusu değildir⁶⁰⁶.

3. Satışın Yapılması ve Hukukî Sonuçları

Satışın hukuka uygun olarak yapılması gerekir. Kanunda belirtilen koşulları taşımayan bir satış hukuka aykırı olur ve borçlunun borçtan kurtulmasını sağlayıcı bir işlev göremez. Örneğin eşyanın tevdi elverişli olduğu veya satışı haklı kılacak sebeplerin oluşmadığı ya da alacaklıya ihtarın yapılmadığı bir durumda yapılan satış, borçluyu koruyucu etkiyi taşımayacaktır. Benzer şekilde, satışı yapılan eşya,

⁶⁰⁶ YAVUZ: s. 164; aksi görüşte TUNÇOMAĞ: Özel Borç İlişkileri, s. 239.

sözleşmede belirlenen nitelikleri taşımıyorsa, bu satış hukuka aykırı olur; meğerki borçlu, kalitedeki eksikliğin satış bedeline etki etmediğini ispatlasın. Alman Hukuku bakımından şunlar söylenebilir: Her şeyden önce borçlu, alacaklının temerrüde düşmüşse, satışa kendisi yetkilidir. Üçüncü şahıslar, eğer tevdi yetkili ise, satışa da yetkilidir. Satış, kanunda ve Tevdi Kanununun (*Hinterlegungsordnung*) belirtilen koşullara uyularak gerçekleştirilmelidir. Satış için belirlenen yerin dışında yapılan bir satış, tek başına satışın geçersizliği sonucunu doğurmasa da, borçluyu, alacaklıya karşı, oluşan zararın tazmin yükümlüsü durumuna getirir. Bu durumda da borçluya kurtuluş delili getirme imkânı tanınmıştır. O, satışın yasal olarak belirlenen yerde yapılsa da, daha yüksek bir bedelin elde edilemeyeceğini ispatlarsa, sorumluluktan kurtulur. Bunu ispatlayamadığı durumlarda ise, BGB § 300/1'de (BK m. 98) düzenlenen sorumluluğun hafifletilmesi hükmünden yararlanabilir⁶⁰⁷.

Daha önce de ifade edildiği üzere, satış, tek başına borçlunun borçtan kurtulması sonucunu doğurmaz. Bunun için elde edilen satış bedelinin tevdi gerekir. Satış sonucu elde edilen bedel, satılan eşyanın yerine geçer; nasıl ki eşya tevdi edilmedikçe borçlu borcundan kurtulamıyorsa, aynı şekilde satıştan elde edilen bedel de (ki, eşyanın yerine geçmiştir) tevdi edilmedikçe, borçluyu kurtarmaz. Tevdi edilmeyen satış bedeli, tevdi edilmemiş borç hükmündedir.

D. Sözleşmeden Dönme

1. Genel Olarak

Borcun konusunun bir yapma borcu olduğu durumlarda, borçlunun borcunu tevdi etmesi veya satış üzerine bedeli tevdi ettirmesi imkânı yoktur. Örneğin bir hizmet sözleşmesi gereğince, borçlu işçi hizmetini sunmayı teklif ediyor ve alacaklı

⁶⁰⁷ REBMANN/SAECKER: MünchKommB, s. 1181-1182.

durumda bulunan işveren bu hizmeti kabul etmiyorsa; bir vekâlet sözleşmesi gereğince, vekil işi yapmayı teklif ediyor, fakat müvekkil olumsuz tutumu ile buna engel oluyorsa; bir eser sözleşmesinde yüklenici binayı yapmak istiyor, fakat iş sahibi gerekli projeyi vermiyor veya imar izni almıyorsa durum böyledir⁶⁰⁸.

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda, alacaklının temerrüdünün sonuçları arasında, yapmaya ilişkin borçlarda, alacaklının edimi kabulde temerrüde düşmesi haline yer verilmemişti. Bu kanunda sadece verme borçlarının sonuçları, yani edimi tevdi hakkı düzenlenmişti. Bu sebeple, yapma borçlarında alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, borçlu edimi tevdi edemeyeceğinden, burada bir boşluk vardı⁶⁰⁹.

Daha sonra yapılan ve hukukumuzda da geçen bir düzenlemeyle, konusu yapma borcu olan borçlarda, borçluya edim konusunu tevdi etmek veya satış sonucu elde edilen bedeli tevdi etmek gibi bir yolla borçtan kurtulma imkânına sahip olmadığından, bu durumda ona borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler gereğince, sözleşmeden dönme imkânı tanındı⁶¹⁰.

Roma Hukukunda alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, borçluya borçtan kurtulması imkânı veren kurumlar sayılmış, ancak görüldüğü üzere, bu kurumlar arasında, sözleşmeden dönmeye yer verilmemiştir.

Bunun dışında, art arda teslimli satışlarda, tek tek edim borçları bir verme borcu oluşturduğundan ve tevdii mümkün olduğundan, bunlarda sözleşmeden

⁶⁰⁸ TUHR: s. 548-549; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 846; EREN: s. 982; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 157-158.

⁶⁰⁹ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 712.

⁶¹⁰ SELİÇİ: Sürekli Borç İlişkileri, s. 215-216.

dönmenin söz konusu olmadığı, fakat alacaklının ifa edilen bu tek edimlerin kabulünde sıklıkla temerrüde düşülmesi durumunda, borçlunun buna katlanmasının dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenemeyeceği durumlarda, borçluya olağanüstü fesih hakkı tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁶¹¹.

Roma Hukukunda sadece alacaklının temerrüdü bakımından değil, genel olarak bütün sözleşmeler bakımından geçerli bir dönme hakkına yer verilmemişti. Roma Hukukunda satım sözleşmesi ile ilgili olarak, dönme hakkına benzeyen sonuçlar doğuran bazı dava ve hukukî kurumlara rastlanmaktaydı. Bunlar, *actio redhibitoria*, *laesio enormis*, alım satıma bağlı ilave anlaşmalar olan *lex commissoria*, *pactum displicentiae* ve *in diem addictio* olarak sayılabilir⁶¹². Dolayısıyla konusu yapma borcu olan borçlarda, Roma Hukukunda borçlunun sözleşmeden dönme gibi bir hakkı söz konusu edilmemişti.

Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, borçluya tanınan sözleşmeden dönme hakkı, pratik olarak çok da önemli bir kurum olarak karşımıza

⁶¹¹ SELİÇİ: Sürekli Borç İlişkileri, s. 216.

⁶¹² Vedat BUZ: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, 1998, s. 45-47; *actio redhibitoria*, *aedilis curulis* adı verilen çarşı ve pazarları denetlemekle görevli *magistra*'ların alıcıya tanıdığı, satın alınan malın ayıplı çıkması durumunda altı ay içinde ödediği semeni geri alarak, malı iade etmesine veya bir yıl içinde semenden indirim yapılmasını talep etmesine imkân veren bir davaydı. *Laesio enormis* ise, gabin diye adlandırılan kurumun temelini oluşturan ve satıcıya sözleşmeyi feshetme yetkisi veren bir kurumdur. *Lex commissoria*, *pactum displicentiae* ve *in diem addictio*, alım satıma bağlı ilave anlaşmalardır. İlave anlaşmalar, tam olarak dönme hakkı değildir; zira, bunlar satım sözleşmesinin kurulduğu zaman, sözleşmeye eklenmesi gereken şartlardı. Sonradan sözleşmeye eklenemez ve ilave anlaşma olarak asıl sözleşmede yer almadıkça kullanılamazdı. Bunlar, sırasıyla: a) satıcıya, satım bedelinin belirlenen zamanda ödenmemesi durumunda, b) alıcıya, satın alınan şeyi denedikten sonra beğenmemesi durumunda, belli bir içinde iade edebileceği, c) satıcıya, belli bir süre içinde şeye daha iyi fiyat veren bir alıcı çıkması durumunda sözleşmeyi feshetme imkânı veren ilave anlaşmalardır; TAHİROĞLU: s. 164-165, 173-174, 178-179; SEROZAN: s. 8-20; BUZ: s. 45-47.

çıkılmamaktadır. Bir kere yapmama edimleri bakımından, zaten alacaklının temerrüdü söz konusu olmamaktadır. Yapma borçlarında (verme ve yapma edimlerini içeren borçlarda), bu hükmün uygulama alanı hemen hemen yok gibidir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, yani karşılıklı sözleşmelerde, ifayı kabul etmeyen alacaklı, aynı zamanda borçlu da olduğundan, kendisi hakkında borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanabilecektir⁶¹³. Yapma edimlerinde diğer yolların mümkün olmaması sebebiyle, borçluya pratik önemi de son derece sınırlı bir “dönme” hakkı tanınmıştır. Yapma edimlerinde büyük bir yer tutan iş sözleşmeleri bakımından, Borçlunun Kanununun tanıdığı dönme hakkını kullanması kullanışlı bir yol değildir; zira Borçlar Kanununun 325. maddesi gereğince, işçiye edim borcunu yerine getirmesine imkân vermeyen işveren (alacaklı), ücreti ödemek zorundadır. Dolayısıyla SEROZAN’ın da belirttiği gibi, işçi (borçlu) bakımından böylesi çekici bir yol ve tatlı nimet dururken, hiçbir işçi, 94. maddede yer verilen, birçok formaliteyi gerektiren sözleşmeden dönme yoluna başvurmayacaktır⁶¹⁴. Öyleyse bu imkân, daha çok, eser sözleşmelerinde kullanım olanağı bulacaktır.

⁶¹³ HONSELL/VOGT/WIEGAND: s. 546.

⁶¹⁴ SEROZAN: s. 348; nitekim Yargıtay da, iş sahibinin temerrüdünün, alacaklının temerrüdünden ayrı olarak, 325. maddede düzenlendiğini, hatta bu durumda mahkemenin doğrudan doğruya bu hükmü göz önünde tutması gerektiğine hükmetmiştir; YHGK., 1.2.1984 T., E. 9-761, K. 52: “Alacaklının temerrüdü hakkındaki genel hükümden (BK 90) ayrı olarak iş sahibinin temerrüdünü özel bir şekilde düzenleyen BK’nun 325. maddesi "... iş sahibi işi kabule temerrüt ederse işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği, yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmakta kasten feragat ettiği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur..." hükmünü içermektedir.

Görülüyor ki, buyurucu nitelikte olmayan bu maddenin ilk fıkrası, aynı Yasanın 90. maddesinin, hizmet sözleşmesindeki bir uygulama yeridir. İş sahibinin gerçekleşecek temerrüdünün sonucu olarak işçi bu maddeye dayanarak, gerçekten iş görmüşçesine ücret istemek hakkına sahip olur. Bununla birlikte, sözleşmenin yerine getirilmesinden kurtulması, işçinin tamamıyla başka bir iş tutmaması gerektiği sonucunu vermez. Çalışma gücü serbest kaldığı için, işçi diğer bir iş bulmak yoluna gidecek

SEROZAN'ın da haklı olarak belirttiği gibi, sözleşmeden dönme hakkı sadece yapma edimleri ile sınırlanmamalı, verme edimlerini de kapsamalıdır. Bu, her şeyden önce, yasanın “karşılıklı menfaatleri ve bağlılığı gözetmesi gereği” ilkesinin bir sonucu olarak mevcut olmalıdır. Hiçbir borçlu, edimini mahkemelerde, ambarlarda, açık arttırmalarda koşuşturmak için borçlanmamıştır⁶¹⁵. Haklı bir sebep olmaksızın, edimin ifasını veya gerçek ifa teklifini reddeden alacaklıya karşı,

ve o işten sağlayacağı kazancı mütemerrit işverenden alacağı ücretinden indirecektir. Ancak burada işçinin sadece mutlak iş zamanı içinde kazandığı para söz konusudur. Yoksa, onun, örneğin pazar günleri yardımcı garson olarak çalışması sonucu elde ettiği para, isteyeceği ücretten düşülemez. Bu arada işçinin işini yapmaması yüzünden tasarruf ettiği giderler de ücretinden indirilir. Bu giderlerin içine yol giderleri, gereç ve malzeme (hammadde) giderleri girer. Öte yandan, işçinin kazanmaktan kasten kaçındığı para dahi mahsup işlemine tâbi tutulacaktır. BK'nun 325/2. fıkrasında öngörülen bu kural, aynı maddenin 1. fıkrasında dile getirilen kuralın kötüye kullanılmasını ve iyi niyet kurallarına aykırı zarar artırıcı bir davranışı önlemek ve dolayısıyla Tuhr'un da belirttiği gibi, "gayrisafi zarar miktarını tenzil suretiyle tazmin edilecek zararın doğru ve gerçek miktarını tayine yarayan ve ücreti hakkaniyete uygun bir miktara indirgeyen (icra eden) bir kuraldır. Bu suretle mahsup edilen miktar takastan farklı olarak müteakıl bir alacak değildir" (V. Tuhr-Borçlar Hukuku'nun Umumi Kısmı - Cilt I ve II. Ankara 1983, Sayfa 685). Yasa koyucu aynı ilkeyi BK 252/H'de de dile getirmiştir.

Yukarıda da çok kısa bir şekilde değinildiği gibi, BK'nun 325/2. maddesinde sözü geçen mahsup deyimi, alacağın hesabına ilişkin bir itirazı ifade eder. Anılan maddede öngörülen indirimde esas olan miktarlar, birer karşı alacak değildir. Bu itibarla Yargıtay, haksız ve sebepsiz olarak feshedilen iş sözleşmesi dolayısıyla ücret istenmesi hâlinde, BK'nun 325. maddesinin II. fıkrası hükmünün, davalının isteği olup olmadığına bakılmaksızın mahkemece doğrudan doğruya (resen) uygulanması gerekeceği yolunda bir uygulama içindedir (HGK., 7.3.1956 gün ve E. T/2319, K. 9. HD. 12.6.1967 gün ve 5377 E. 5485 K.; T.D. 3.11.1959 gün, 1582 E. 2662 K.). Esasen somut olayda, bu konuda yerel mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyuşmazlık bulunduğu tespit edilmiş de değildir.

O hâlde, yukarıdan beri vurgulanan ilke uyarınca, davalıca hizmet sözleşmesi bozulan ve çalışma gücü serbest kalan davacının öğrenim derecesi, meslekî formasyonu, sosyal durumu, yetenekleri ve yaşı gözetilerek, aynı veya pek yakın koşullarla iş gücünü ne kadar süre içinde değerlendirebileceği ve ne oranda bir kazanç sağlayabileceği hususunun tespiti için, Özel Daire bozma ilâmında öngörülen şekilde bir bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yetersiz kanıtlara dayanılarak eski kararda direnilmesi bozmayı gerektirir.”; UYGUR: s. 3111-3112

⁶¹⁵ SEROZAN: s. 349.

borçluya bu imkânı vermemek her şeyden önce sözleşme adaletine ve tarafların eşitliğine de bir aykırılık teşkil edeceğinden şüphe etmemek gerekir. Nitekim Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesinin 64. maddesinde, alıcının malı teslim almaması, yani kabulde temerrüde düşmesi durumunda, satıcıya açıkça sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır⁶¹⁶.

Doktrinde bazı yazarlar, alacaklının hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması veya işbirliği yapması gereken durumlarda bundan kaçınması durumunda, borçlunun, borçlunun temerrüdündeki hükümlere paralel olarak, ifayı teklif edemeyeceğinden, sözleşmeden dönme hakkına sahip olacağı görüşündedirler. Örneğin tahsis kaydıyla yapılan satışlarda, malın belirlenmemesi veya seçimlik borçlarda seçim hakkının alacaklıya tanındığı durumlarda seçimi yapmaması⁶¹⁷. Fakat bu durumların dönme hakkına değil, sözlü teklif hallerine ilişkin olduğu, yukarıda incelenmiştir. Bu sebeple, bu görüşlere katılmadığımızı tekrar belirtmek gerekir.

2. Sözleşmeden Dönmenin Hukukî Niteliği

Tarafların sözleşmeden dönme hakkı, kanundan veya sözleşmeden doğar. Tarafların sözleşmeyi yaparken ileride bu sözleşmeden dönmeyi saklı tutmaları durumunda, iradî dönme; taraflardan birine bu hakkın bizzat kanun tarafından tanınması durumunda, kanunî dönme söz konusu olur⁶¹⁸. Kanunda düzenlenen başlıca dönme halleri, şunlardır: Borçlunun temerrüde düşmesi durumunda,

⁶¹⁶ ÖZSUNAY: s. 937.

⁶¹⁷ BUCHER: Obligationenrecht, 326; GAUCH/SCHLUEP: s. 80; Federal Mahkemenin de bu görüşlere paralel hükmü için bkz. BGE 110 II 148 vd.

⁶¹⁸ EREN: s. 1212-1213.

alacaklıya tanınan dönme hakkı(BK m. 106-108); alacaklının temerrüdü halinde borçluya tanınan dönme hakkı (BK m. 94-95); borçlunun borç ödemekten aczi halinde alacaklıya tanınan dönme hakkı (BK m. 82); satılan malın ayıplı çıkması durumunda alıcının dönme hakkı (BK m. 202/I)⁶¹⁹.

Sözleşmeden dönmenin hukukî niteliği tartışmalı bir konudur. Dönmenin hukukî niteliğine verilecek anlam, henüz ifa edilmemiş edimler konusunda bir sıkıntı yaratmaz. Henüz ifa edilmemiş edimler, bundan sonra ifa edilmeyecek, sona erecektir.

Bu konuda asıl sorunu ifa edilmiş edimler oluşturur. Daha önce ifa edilmiş edimlerin hangi hükümlere göre iadesinin talep edilebileceği, bunların kapsamı, tabi olacağı zamanaşımı süresi, dönülen sözleşme gereğince kazanılan aynî haklara etkisi, dönmenin hukukî niteliğine verilecek anlama göre değişecektir. Sözleşmeden dönmenin hukukî niteliği konusunda, farklı teoriler ortaya konmuştur. Şu husus ifade edilmelidir ki, bu konuda ne doktrinde ne de yargısal içtihatlarda bir görüş birliğine varılabilmiş değildir. Nitekim bu konuyu etraflıca tartışan ülkemizde yayınlanan iki monografi bulunmasına karşılık, bu iki eserde de çok farklı görüşler ortaya konmuştur. Bu bakımdan, inceleme konumuzu çokça aştığından, bu görüşlere mümkün olduğu ölçüde, kısaca değinilecek ve ayrıntılı tartışmalar için bu iki monografiye atıf yapmakla yetinilecektir.

Doktrinde ileri sürülen teorilerin adlandırmasında da bir farklılık olduğu göze çarpmaktadır. Ancak temelde, klasik teori ile yeni dönme teorisi denilen iki teori bulunmakta, bir de bu teori arasında yer alan uzlaştırmacı nitelikte iki teoriye rastlanmaktadır.

⁶¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ: s. 368-369; BUZ: 45 vd.

“Klasik teori” olarak adlandırılan teori, bir dönem genel olarak kabul gören bir teoriydi⁶²⁰. Bu teoriye göre, dönme hakkının kullanılmasıyla, sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi sona erer ve sözleşmeyi geçmişe yürürlü olarak (*ex tunc*) sona erer. Burada sözleşmeden dönme, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla, sözleşme doğduğu andan itibaren hukuk âleminde silinir; hukuk nazarında sözleşmenin kurulması ile kurulmamış olması aynıdır. Sözleşmeden doğan taleplerin artık bir hükmü kalmayacaktır. Dönme sonrası tasfiye ilişkisinin hukukî niteliği de sözleşme dışı bir olgudur. Henüz ifa edilmemiş edimler ifa edilmeyecek; buna karşılık, daha önce yapılmış işlemlerin yarattığı hukukî durum da eski hale iade edilecektir. Bunun sonucu olarak, tarafların daha önce ifa ettikleri edimlerin, artık hukukî bir sebebi kalmamıştır; dolayısıyla bunlar sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Elde edilen edimlerin geri verilmesi talebi sebepsiz zenginleşmeden (BK m. 61) doğmakta, iade borcunun kapsamı da sebepsiz zenginleşme hükümleri (BK m. 64, 64) çerçevesinde yapılması gerekmekte, iadenin bağlı olduğu zamanaşımı süresi de dönme beyanının varması anından itibaren bir yıl olarak hesaplanmalıdır (BK m. 66). Klasik görüş taraftarlarına göre, aynî hak geçiren tasarruf işlemleri geçerliliğini koruyacaktır. Daha önce devredilen haklar bir aynî hak da olsa, bunlar da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenecektir⁶²¹. Bu görüşteki temel tutarsızlık, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkisi kabul edilmekte,

⁶²⁰ Bu teoriyi savunanlara örnek olarak, TUHR: s. 675; OSER/SCHÖNENBERGER: s. 793.

⁶²¹ **ÖZ**, M. Turgut: “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, **MHAD**, 1985, Yıl: 13, No: 16, s. 134, 138-140 (Dönmenin Aynî Haklara Etkisi); **BUZ**: s. 118- 119.

fakat kazanılması sebebe bağı aynî hakların bile bu dönmeden etkilenmeyeceği, bunların sadece sebepsiz zenginleşme oluşturacağıdır⁶²².

“Kanuni borç ilişkisi teorisi” olarak adlandırılan teori, aynî hakların durumunun ne olacağı konusunda bir çözüm üretmemekte, klasik teoriden farklı olarak sadece iadenin tabi olduğu bir yıllık zamanaşımı süresini bertaraf etmek istemektedir⁶²³. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP tarafından savunulan bu görüşe göre, sözleşmeden dönme, taraflar arasında “kanuni borç ilişkisi” meydana getirir. Buna göre iade davası sözleşmeden doğar ve on yıllık zamanaşımı süresine tabi olur. İadenin kapsamı ve iadenin caiz olmaması gibi durumlarda, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir. Yine bu görüşe göre, iade hakkı aynî değil, şahsi bir haktır⁶²⁴.

“Aynî etkili dönme teorisi” veya “istihkak teorisi” olarak adlandırılan üçüncü bir görüş, klasik teoriyi aynen benimsemekte, fakat sözleşmeden dönmeye aynî bir etki tanımaktadır. BUZ ve ÖZ tarafından savunulan bu görüşe göre, sözleşmeden dönme sadece henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini değil, aynı zamanda daha önce ifa edilmiş edimler bakımından da ortadan kalkmakta; bununla birlikte, tasarruf işlemlerini de etkilemektedir. Daha önce ifa edilen edimler ilk olarak istihkak davasıyla talep edilecektir. İşleme karışma, birleşme ve iyiniyetli üçüncü şahısların iktisabı halinde, sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilebilecektir. İş görme ve kullandırma edimlerinde de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, iade talebinde

⁶²² ÖZ, M. Turgut: “İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Ayni Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine”, **MHAD**, 1996, No: 20, s. 53 (Aynî Etki Tanıyan Karar).

⁶²³ ÖZ: Dönmenin Aynî Haklara Etkisi, s. 135.

⁶²⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 968.

bulunulacaktır. Bu görüş, zamanaşımı konusunda bazen sebepsiz zenginleşmeye göre bir yıllık, bazen de aynî etkiden ötürü süresiz bir zamanaşımı önermektedir⁶²⁵.

“Yeni dönme teorisi” veya “dönüşüm teorisi” olarak adlandırılan son bir görüşe göre, dönme hakkının kullanılmasıyla, sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermeyip bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Dönülen sözleşmenin ne geçmişe (*ex tunc*) ne de geleceğe (*ex nunc*) yönelik bir etkisi söz konusu olmaz; borç ilişkisini ters yüz eder. Buna göre henüz ifa edilmemiş edimler silinecek, ifa edilmiş edimler ise, iade borçları haline gelecektir. Dönme hakkının kullanılması durumunda, ne aynî bir talebe, ne de sebepsiz zenginleşme talebine yer olmaksızın bir tasfiye ilişkisi gerçekleşir. Buna göre zamanaşımı süresi on yıl olacak; iadenin kapsamı sebepsiz zenginleşme hükümlerine veya haksız zilyedin iade borcuna ilişkin kurallara göre değil, sözleşmeden doğan ve ifası gereken bir borca ilişkin kurallara göre (BK m. 96 vd.) belirlenecektir. Sözleşmeden dönme, sözleşmenin kurulduğu zamanda mevcut olan durumu (*status quo ante*) dolaylı yoldan sağlanacaktır⁶²⁶. Bu görüş, Alman Hukukunda baskın olan görüş olup, Türk-İsviçre doktrinde de giderek yayılmaktadır⁶²⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi, 1934 yılına kadar verdiği kararlarında, klasik teoriyi benimsemiş, dönme üzerine iade talebinin tabi olacağı hükümlerin ve zamanaşımının hesabında, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına karar

⁶²⁵ BUZ: s. 121-122.

⁶²⁶ ÖZ: Dönmenin Aynî Haklara Etkisi, s.136-137; ÖZ: Dönmeye Aynî Etki Tanıyan Karar, s. 52; SELİÇİ: Sürekli Borç İlişkileri, s. 209; EREN: s. 1076, 1213; SEROZAN: s. 78 vd.; bu görüşü, ülkemizde en açık bir şekilde SEROZAN taşımaktadır; bkz. SEROZAN: s. 78 vd.

⁶²⁷ ÖZ: Dönmeye Aynî Etki Tanıyan Karar, s. 52.

vermişti. Federal Mahkeme daha sonra verdiği iki kararında⁶²⁸, kanuni borç ilişkisini çağrıştıran kararlar vermiş; bu kararlarda zamanaşımı bakımından sözleşme hukuku kurallarının uygulanmasını (yani on yıl), iade talebinin kapsamında ise sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına karar vermişti⁶²⁹. Daha sonra, 1976 yılında verdiği bir kararında, klasik teoriye aynî etki tanıyan bir karar vermiştir⁶³⁰. Bu karardan yaklaşık beş yıl sonra verdiği bir başka kararında, hem iade talebinin hem de zamanaşımının 10 yıllık süreye tabi olduğuna karar vermiş ve açıkça yeni dönme teorisini benimsemiştir⁶³¹.

Yargıtay'ın verdiği kararlarda genel olarak şunu benimsediği söylenebilir: Sözleşmeden dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar; iade borçlarının kapsamını belirlemede sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır; iadenin tabi olduğu zamanaşımı süresi on yıldır. Yüksek mahkeme, şimdiye kadar verdiği hiçbir kararında yeni dönme teorisini tartışmamış, fakat bazı kararlarında, aynî etkili dönme teorisini benimseyen ifadeler yer vermiştir⁶³². Gerek Federal Mahkemenin gerekse Yargıtay'ın verdiği kararlarında, sözleşmenin geçmişe yürürlü olarak ortadan kalktığını kabul etmelerine rağmen, iade borcu ve tazminat talepleri bakımından, bunların sözleşmesel nitelikte olduğunu kabul etmeleri çelişkidir⁶³³.

⁶²⁸ BGE 60 II 27; BGE 61 II 255.

⁶²⁹ BUZ: s. 126-127.

⁶³⁰ Bu karar ve geniş incelemesi için bkz.: ÖZ: Dönmeye Aynî Etki Tanıyan Karar, s. 50 vd.

⁶³¹ BUZ: s. 128-129.

⁶³² BUZ: s. 131-132.

⁶³³ SELİÇİ: Sürekli Borç İlişkileri, s. 208.

Bu konuda bir fikir beyan etmeden önce, şunu belirtmek gerekir ki, ileri sürülen teorilerin hiçbirisi, mutlak anlamda savunmayı veya reddetmeyi haklı kılar boyutta değildir. Dolayısıyla burada yapılacak tercih de, bir doğruluk ve kesin bir haklılık arz etmeyecektir.

Bu teoriler içinde, klasik teori, aynî hakların geçişinde yarattığı sorunlar, özellikle üçüncü şahısların iyiniyetli kazanımlarına zarar vereceği endişesi ile eleştiriye uğramıştı. Bu eleştiri, aynî etkili dönme teorisiyle bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Fakat bu teori de, aynî hakların dışındaki zamanaşımı süresine tatmin edici bir çözüm getirmemiştir. ÖZ'ün de belirttiği gibi, kanunî borç ilişkisi teorisi, klasik teorinin zamanaşımı konusu hariç, değişik bir tekrarından ibarettir. Aynî etkili dönme teorisi de, kanunî borç teorisi gibi, çok farklı hukukî sebepleri, belirli bir kurala dayanmaksızın, her birinden bir parça almak suretiyle soruna çözüm aramaktadır.

Sayılan bu üç teori de, sözleşmeden dönme üzerine, sözleşmenin kurulduğu zamanki durumun (*status quo ante*), sağlanması noktasından hareket etmektedirler. Burada bir benzetme yapılacak olunursa; sözleşmenin kurulması, bir silahın ateşlenmesine benzer. Silahtan çıkan mermiyi hiçbir değişiklik olmaksızın, sanki ateş edilmemişçesine, tekrar o namluya sokmak imkânsızdır. Sözleşmenin kurulmasıyla, dönme arasında, taraflar henüz hiçbir edimi ifa etmemiş olsalar da, *status quo ante*'yi tekrar sağlamak maddi olarak yine de imkânsız hale gelmiştir; zira en azından, geri getirilemeyecek bir zaman ve emek harcanmıştır. Bunlar geri getirilmesi imkânsız, fakat telafisi imkân dâhilinde olan bir durumdur. Dolayısıyla, dönmenin sözleşmeyi geçmişe yürürlü olarak sona ermesinden kastedilen, eski durumun yeniden yaratılması ise, bu imkânsızdır. İmkân dâhilinde olan şey, bu etkinin dolaylı yoldan

sağlanmasıdır. Bu dolaylı etki, yapılmış bir sözleşmeyi, yapılmama noktasına götürmek değil, sözleşmenin yürümesine engel olan taraf aleyhine, mümkün olan şekliyle eski duruma yaklaştırmak olmalıdır. Bunu yaparken de, kendi içinde birçok çelişkiyi barındıran, yamalı bohça görüntüsü arz eden kuralları bir araya getirerek değil, kendi içinde tutarlı bir kurallar dizininden yararlanmak gerekir. İade kapsamında farklı kurallar, zamanaşımında farklı kurallara başvurmak; hele dönme sebebiyle, sözleşmeyi geçmişe yürürlü olarak geçersiz kabul etmek, kendi içinde çelişki barındırmaktır. Nitekim doktrinde ÖZ, aynî etkili dönme teorisini kabul etmesine rağmen, yeni dönme teorisi veya dönüşüm teorisinin dönme üzerine aynî haklara bağladığı sonucun kendi içinde tutarlı olduğunu kabul etmiştir⁶³⁴. Bu sebeplerden ötürü, biz de yeni dönme görüşü veya dönüşüm teorisi olarak adlandırılan görüşe taraftarız. Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili bir sonucu olduğunu da, doğrudan değil, fakat dolaylı yoldan sağlanacağını kabul etmekteyiz. EREN'in de belirttiği gibi, dönmenin geçmişe etkili sonucu, kendisini sözleşmenin ortadan kaldırılması şeklinde değil, sözleşmenin içeriğinin ilk edimler yerine, alınanları geri verme ediminin geçmesi şeklinde gerçekleşir. Dönme, etkilerini sözleşmenin içeriğinin ilk edimler yerine, geri verme edimlerine dönüştüğü ana kadar geriye yürütür. Bunun dışında, dönme, geçmişe değil, geleceğe etkili sonuçlar doğurur⁶³⁵.

Sözleşmeden dönmenin hukukî niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüş olmasına rağmen, genel olarak kabul edilen görüşe göre, bu hak, yenilik

⁶³⁴ ÖZ: Dönmenin Aynî Haklara Etkisi, s.136.

⁶³⁵ EREN: s. 1078.

doğuran bir haktır⁶³⁶. Sözleşmeden dönme, hak sahibi olan tarafın, tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla kurulur ve sonuçlarını muhatabın hâkimiyet alanına ulaşmasıyla, kendiliğinden doğurur⁶³⁷. Dönme hakkının kullanılması şarta bağlanamaz, geri alınamaz⁶³⁸ ve yinelenemez (yani iki kez kullanılamaz); bunun yanı sıra, bu hak açıkça kullanılmalıdır⁶³⁹.

3. Sözleşmeden Dönmenin Benzer Kurumlardan Ayrılması

Yürürlükteki Borçlar Kanununun konuyu düzenleyen 94. maddesinde, “akdin feshi” kavramı kullanılmıştır. BUZ, Türk hukuk literatüründe uzun yıllar, dönme, fesih, iptal ve geri alma kavramlarının birbiri yerine gelişigüzel kullanıldığını ifade etmektedir. Yazarın da ifade ettiği gibi, Borçlar Kanunumuzda dönme kavramına ismen dahi yer verilmemiş; kaynak Kanun çevrilirken, dönmeye ilişkin bütün hükümler, fesih olarak dilimize çevrilmiştir⁶⁴⁰. Nitekim aynı çeviri yanlışlığı, 94. maddede yer alan düzenlemede de görülmektedir. Bu bakımdan, öncelikle bu kavramların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

⁶³⁶ Yeni dönme görüşü veya dönüşüm teorisine göre, sözleşmeden dönme hakkı, değiştirici yenilik doğuran haklardandır; diğer üç görüşe göre ise, bozucu yenilik doğuran haklardandır.

⁶³⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 964; EREN: s. 1212; BUZ: 74-76.

⁶³⁸ EREN: s. 1212; BUZ: s. 75.

⁶³⁹ SEROZAN: s. 487; dönme hakkı konusunda sıralanan, bu ilkeler konusunda geniş bilgi için bkz. SEROZAN: s. 487-503.

⁶⁴⁰ BUZ: s. 79-80.

a. Sözleşmeden Dönme (*Rücktritt*) ve Fesih (*Kündigung*)

Fesih, sürekli bir borç ilişkisini, kanunun öngördüğü bir sebeple, tek taraflı bir beyanla, ileriye dönük sona erdiren bozucu yenilik doğurucu bir haktır⁶⁴¹. Fesih, muhatabın hâkimiyet alanına ulaştığı anda, ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur⁶⁴². Fesih hakkı ya sözleşmeden ya da kanundan doğar; kanundan doğan fesih hakkı, özellikle kira ve hizmet sözleşmelerinde söz konusu olur⁶⁴³. Fesih olağan ve olağanüstü fesih (bozma) olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan fesih, sözleşmenin taraflarının, ifa edilmekte olan süresi belirsiz bir borç ilişkisini, herhangi bir sebep göstermeye ihtiyaç olmaksızın, tek taraflı, yöneltmesi gereken bir irade beyanıyla ileriye etkili olarak sona erdirmesidir. Olağanüstü fesih ise, ifasına başlanmış belirli veya belirsiz sürekli bir borç ilişkisini, sözleşme veya kanunda belirtilen bir sebebe dayanarak, ifa engelleri sebebiyle sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmeye yarayan bir imkândır. Olağanüstü fesih, ani edimli borç ilişkilerinde, dönmenin görevini üstlenir⁶⁴⁴.

Bu iki kavram, her şeyden önce, doğurdukları sonuçlar itibariyle birbirinden ayrıdır. Fesih, ileriye yönelik sonuçlar doğurup, geçmişe etkili olmaz. Buna karşılık dönme, ifa edilmiş edimlerin iadesini gerektiren ve henüz ifa edilmemiş edimleri sona erdiren bir etkiye sahiptir⁶⁴⁵. Fesih hakkının kullanılması ile geçmişte yapılan ifaya dokunulmazken, dönme hakkının kullanılmasında, esas itibariyle, o

⁶⁴¹ SEROZAN: s. 121; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 965; SELİÇİ: Sürekli Borç İlişkileri, s. 115.

⁶⁴² EREN: s. 1211; BUZ: s. 82.

⁶⁴³ EREN: s. 1212.

⁶⁴⁴ SELİÇİ: Sürekli Borç İlişkileri, s. 132, 156-157, 169.

⁶⁴⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 965; EREN: s. 1212; BUZ: s. 82.

sözleşmenin hiç yapılmamış olduğu dönemdeki duruma benzer bir durum yaratılmaya çalışılır⁶⁴⁶.

Sözleşmeden dönme hakkı sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu iken, fesih hakkı her türlü sürekli borç ilişkisine uygulanabilen bir haktır. Sözleşmeden dönmenin konusu ani edimli borç ilişkileri iken, fesih ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinin konusunu oluşturur⁶⁴⁷.

Hizmet ve kira sözleşmesi gibi, sürekli borç ilişkileri bakımından, sözleşmeden dönmenin mi, yoksa sözleşmenin feshinin mi söz konusu olacağı, konumuzu yakından ilgilendirdiğinden, açıklanması gerekir.

Sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmenin sona ermesi durumunda, ifa edilen edimlerin iadesi çoğu zaman imkânsızdır; imkânsızlık derecesinde olmayan durumlarda ise, en azından içinden çıkılmaz derecede güçlükler yaratmaktadır⁶⁴⁸. Örneğin bir yıldan beri devam etmekte olan hizmet veya kira sözleşmesinden dönülmesi halinde, ifa edilen hizmetin veya taşınmazdaki kullanımın geriye etkili olması, başka bir ifadeyle, iadesi mümkün değildir. Bu gibi sözleşmelerde, ifa edilen kısmın tasfiyesi veya geriye etkili olması mümkün olmadığından, bu gibi borç ilişkilerinde, geriye yönelik olmadaki zorluk ve imkânsızlık göz önüne alınarak, geleceğe etkili sonuçlar doğuracak bir kurum olarak kabul etmek veya sözleşmeden dönmeye bir istisna tanımak gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁴⁹. Bu görüşe göre, sürekli borç ilişkilerinin söz konusu olduğu durumlarda, sözleşmeden dönme geçmişe değil,

⁶⁴⁶ BUZ: s. 82.

⁶⁴⁷ BUZ: s. 82-84.

⁶⁴⁸ SELİÇİ: Sürekli Borç İlişkileri, s. 210; EREN: s. 1213.

⁶⁴⁹ EREN: s. 1213.

ileriye etkili sonuçlar doğurur. İfa edilen edimlere dokunulmaz, verilenler geri istenemez. Bu istisnaya, kısmî dönme veya ileriye etkili dönme adı da verilmektedir⁶⁵⁰.

Buna karşılık, katıldığımız bir diğer görüşe göre, sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeden dönme bir istisna olarak kabul etmek yerine, bunu fesih olarak kabul etmek daha doğrudur. Gerek fesih, gerekse dönme borç ilişkisini sona erdiren haklardır. Sözleşmeden dönme, yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcu doğurmasına karşılık, fesih geçmişe etkili olmaksızın bir borç ilişkisini sona erdirir. Dolayısıyla sözleşmeden dönmeye, iade borcu çıkarılınca geriye kalan fesihten başka bir şey olmayacaktır⁶⁵¹.

Görüldüğü üzere, sürekli borç ilişkilerini istisna olarak kabul etmekle, bu istisnaya bağlanan sonuçlar, tamamen fesih durumundaki sonuçların aynısıdır. Dolayısıyla burada bir istisna tanımak yerine, kavram ve kurumların birbirinden kolaylıkla ayrılmasına hizmet edecek kavramlaştırmaların kabulü daha gerçekçi ve amaca hizmet eden bir işlev kazanır.

Borçlar Kanununda yapılan düzenlemeler, genel olarak ani edimli borç ilişkilerini esas almıştır. Kanunun üçüncü bab'ında düzenlenen borçların sona erme sebeplerinde sürekli borç ilişkilerine yer verilmemiştir. Bunlara sadece özel borç ilişkilerini düzenleyen kısımda yer verilmiştir. Bu konuda Borçlar Kanununda değişiklik yapılırken, genel hükümler kısmında bu ayrımın yapılması, ani edimli borç

⁶⁵⁰ SELİÇİ: Sürekli Borç İlişkileri, s. 213.

⁶⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ: s. 370-372; SELİÇİ: Sürekli Borç İlişkileri, s. 210 vd.; ÖZ: Dönmenin Aynî Haklara Etkisi, s. 131-132, 213.

ilişkileri ile sürekli borç ilişkilerinde sona erme halleri tamamen birbirinden ayrılmalıdır⁶⁵².

b. Sözleşmeden Dönme ve İptal (Anfechtung)

İptal, hata, hile, ikrah ve gabin halinde öngörülen, ilgili tarafa, irade fesadı ile baştan sakat olan bir sözleşmeyi sona erdirmeye konusunda yetki veren, varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır. İptal hakkı, iradesi fesada uğrayan tarafa tanınan bir haktır. Oysa sözleşmeden dönme halinde, sözleşme başlangıçta geçerli bir şekilde kurulmuştur; dönmeye sebep olan husus, sözleşmenin kuruluşu aşamasında değil, ifası aşamasında ortaya çıkan durumlara dayanır. İptal sebepleri, bütün sözleşmelere uygulanabilirken, sözleşmeden dönme, sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından söz konusudur. İptal hakkının kullanılması bir zamanaşımına bağlı iken, sözleşmeden dönme hakkı bir zamanaşımına tabi tutulmamıştır. İptal sebepleri sadece kanunda düzenlenmişken, sözleşmeden dönme hakkı, kanundan doğabileceği gibi, sözleşmeden de doğabilir⁶⁵³.

c. Sözleşmeden Dönme ve Geri Alma (Widerruf)

Geri alma, şartları ve sonuçları itibarıyla, kısmen feshe, kısmen de dönmeye benzeyen, sözleşme ilişkisini sona erdiren sebeplerden birisidir. Örneğin BK 245. maddesinde düzenlenen bağışlama vaaadinin geri alınması ve BK 396. maddesinde düzenlenen vekâletin geri alınması feshe benzer. Buna karşılık, BK 244. maddesinde düzenlenen elden bağışlama ve ifa edilmiş bağışlama vaaadinin geri alınması, sözleşmeden dönmeye benzer⁶⁵⁴. Geri alma hakkı, hiç beklemeksizin kullanılabilen

⁶⁵² SELİÇİ: Sürekli Borç İlişkileri, s. 224, 226.

⁶⁵³ BUZ: s. 87-88.

⁶⁵⁴ EREN: 1214.

ve herhangi bir şarta bağlanmamış bir irade beyanı iken, dönme hakkının kullanılması, genellikle ihbar, ihtar, ek süre verilmesi gibi şartlara bağlanır. Bunun yanı sıra, geri alma hakkı tek taraflı hukukî işlemlere, tek taraflı sözleşmelere ve eksik iki taraflı sözleşmelere de uygulanabilen bir hak iken, dönme sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanabilir. Geri alma hakkının sözleşmeden dönmeye benzediği durumlarda bile, iade kapsamı konusunda farklılık vardır. Bazı durumlarda iade borcu daha dar tutulabilirken, sözleşmeden dönme durumunda iade yükümlülüğünden tamamen veya kısmen kurtulmak söz konusu değildir⁶⁵⁵.

4. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları

Sözleşmeden dönmenin aslî amacı, taraflar arasındaki hukukî bağın çözülerek, mümkün olduğu ölçüde sözleşmenin kurulmasından önceki durumun (status quo ante) yeniden sağlanmasıdır. Dönme hakkı bir kez kullanıldığında, bu amaca ulaşabilmek için, tarafların durumuna bakılmaksızın, sadece dönme hakkını kullanan kişi bakımından değil, aleyhine bu yola başvuru yapılan kişi için de sözleşmenin kurulmasından önceki durum yeniden sağlanmaya çalışılır. Bu yönüyle, dönme hakkını kullanan taraf ile diğer taraf arasında fark gözetilmez. Dönme hakkının kullanılmasıyla, taraflar, henüz ifa etmedikleri edimlerden kurtulur; daha önce ifa ettikleri edimleri de, karşılıklı olarak iade ederler. Buna rağmen eski durum sağlanamıyorsa, bunu sağlamak için, tamamlayıcı nitelikte bir hak olarak, sözleşmeden dönen tarafa uğradığı menfi zararın tazminini talep etme hakkı tanınmaktadır⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ BUZ: s. 90-91.

⁶⁵⁶ BUZ: s. 78-79.

a. Sözleşmeden Dönmenin Borçtan Kurtarıcı Etkisi

Sözleşmeden dönmenin borçtan kurtarıcı etkisi, tarihsel gelişim içinde ilk ve tek fonksiyon olarak ortaya çıkmış ve üzerinde en az tartışma yaşanarak kabul görmüş bir sonuçtur. Henüz ifa edilmemiş bir borç, sözleşmeden dönme beyanının yapılmasıyla, herhangi bir hukukî güçlüğü yol açmaksızın borcu ortadan kaldırmakta ve geriye sadece dönme beyanında bulunan tarafın, menfi zararının tazminine ilişkin bir talep hakkı kalmaktadır⁶⁵⁷.

Borcun aslına ilişkin edimlerin dönme ile sona ereceği muhakkaktır. Borcun fer'ilerinde de aynı sonucu kabul etmek gerekir. Örneğin dönme hakkının kullanıldığı zamana kadar işlemiş bulunan temerrüt faizlerinin de sona erdiğini kabul etmek gerekir; zira bu gibi zararları karşılayacak nitelikte bir çözüm, menfi zararın tazminini talep hakkı tanınmasıyla zaten karşılanmıştır. Rehin ve kefalet gibi teminatların devam edip etmeyeceği sorusuna, doktrinde genellikle sözleşmenin yorumuna göre cevap verilmesi gerektiği görüşü hakimdir. Buna göre, sözleşmenin yorumundan, teminatın sadece ilgili edim konusunda bir güvence olduğu anlamı çıkarılıyorsa, dönülen sözleşme ile birlikte teminatların da sona ereceği; buna karşılık, verilen teminatın borçlunun her türlü borcunu ve sözleşmeden dönme halinde sahip olduğu yükümlülükleri de kapsadığı sonucu çıkarılıyorsa, teminatların devam etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵⁸.

b. İfa Edilmiş Edimlerin İadesi

Sözleşmeden dönme halinde, taraflardan her biri daha önce yerine getirdikleri edimlerin iadesini talep edebilecektir. Sözleşmeden dönme halinde iade talebinin

⁶⁵⁷ BUZ: s. 152-153.

⁶⁵⁸ BUZ: s. 152-161.

hukukî dayanağı ve kapsamı, sözleşmeden dönmenin hukukî niteliği konusunda kabul edilen görüşlere göre şekillenecektir. Nitekim sözleşmeden dönmenin hukukî niteliği konusunda ileri sürülen dört farklı görüş, ifa edilmiş edimlerin iadesinde de paralel şekilde dört farklı görüşün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bunlar, sebepsiz zenginleşme görüşü, aynî istihkak görüşü, kanunî borç görüşü ve akdî borç görüşüdür⁶⁵⁹.

Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre, taraflar ifa ettikleri edimleri aynen iade etmelidirler. Aynen iade mümkün değilse, alınanlar sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmelidir. Dönme sebebiyle, daha önce ifa edilmiş edimlerin hukukî sebebi ortadan kalktığından, bunlar sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmelidir⁶⁶⁰. Dolayısıyla iade talebinin bağlı olduğu zamanaşımı, BK m. 66'ya göre hesaplanacaktır ki, bu süre bir yıldır.

Kanunî borç görüşü, yukarıda da ifade edildiği gibi, iadenin kapsamı konusunda bir farklılık içermemektedir. Yalnızca, burada iade davası BK m. 108'e dayandırılmakta, dolayısıyla zamanaşımı süresi BK m. 125 gereğince on yıl olarak kabul edilmekte, fakat iadenin kapsamında sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaktadır.

Aynî istihkak görüşünde, sözleşmeden dönme geçmişe etkili olduğundan, dönme ile mülkiyet hakkının devrinin hukukî sebebini oluşturan sözleşme ortadan kalkmıştır. Sebebe bağlılık ilkesi gereğince, hukukî sebepteki yokluk tasarruf işlemini de etkilediğinden, mülkiyet karşı tarafa geçmez. Dolayısıyla verilenler

⁶⁵⁹ EREN: s. 1076.

⁶⁶⁰ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 793; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 263 vd.

istihkak davası ile zamanaşımına bağlı olmaksızın geri istenebilir⁶⁶¹. İşleme karışma, birleşme ve iyiniyetli üçüncü şahısların iktisabı halinde, sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilebilecektir. İş görme ve kullandırma edimlerinde de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, iade talebinde bulunulacaktır.

Akdî borç görüşüne göre, geri verme borcu, niteliği itibariyle, sözleşmeden doğan bir borçtur. Sözleşmeden dönme sebebiyle, hukukî sebebi oluşturan sözleşme ilişkisi ortadan kalkmamıştır; sadece içerik değiştirmiş ve bir tasfiye ilişkisine dönüşmüştür. Bir organizma olarak borç ilişkisi varlığını devam ettirmektedir; değişen şey sadece borç ilişkisindeki bazı hak ve yükümlülüklerdir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu görüşlerden yeni dönme görüşüne taraftarız. Bu sebeple, ifa edilmiş edimlerin iadesinde, akdî borç görüşünü kabul etmekteyiz. Buna göre, iade borcunun ifa edilmesiyle, taraflar arasında, sözleşmenin yapılmasından önceki durum yeniden kurulur. Bu durumda eski malik veya alacaklı, bu sıfatlarını yeniden kazanırlar. İade borcu ifa edilmeden, bu sıfatların tekrar kazanılması, kendiliğinden gerçekleşmeyecektir. Taraflar bunu sözleşme gereğince, iade edeceklerdir. İade edilecek edimlerin tabii semereleri ve hukukî semereleri, bu edimle birlikte iade edilecektir. İade edilecek şeylerin aynen geri verilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, bunların para olarak objektif piyasa değerleri iade edilmelidir. İadeye tabi şeyin iadesi, iade borçlusunun kusuru ile imkânsızlaşmış ise, kusurlu imkânsızlığa ilişkin BK m. 96 vd.; kusursuz imkânsızlık durumunda, BK m. 117 hükümleri uygulanmalıdır. Buna karşılık şey, dönmeden önce, hasara uğramışsa, bunun parasal değeri geri verilmelidir⁶⁶².

⁶⁶¹ EREN: s. 1077.

⁶⁶² EREN: s. 1078.

c. Menfi Tazminat

BK 94. maddesi, alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, borçluya, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönme hakkı tanımış; fakat bu durumda, borçlunun alacaklıdan tazminat isteyip isteyemeyeceğini açıkça düzenlememiştir. Bu durumda borçlunun tazminat istemi ve kabul edilecekse, bunun kapsamı tartışma yaratmıştır.

Borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümleri düzenleyen BK m. 108/II'de, borçlunun kusursuz olduğunu ispatlayamaması durumunda, alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararını isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Burada sözü edilen zararın menfi zarar olduğu kabul edilmektedir⁶⁶³.

Görüldüğü üzere, 94. maddenin yollama yaptığı düzenleme, borçlunun temerrüde düşmesi durumunda, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının yanı sıra, uğramış olduğu menfi zararı da talep etme hakkı tanımaktadır. Acaba alacaklıya tanınan menfi zararı isteme hakkı, alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçluya da tanınmalı mıdır?

Bir görüşe göre, her şeyden önce, yasa metninde buna açıkça yer verilmediği gerekçesiyle, borçlunun tazminat isteyemeyeceğini savunulmaktadırlar. Aynı yazara göre, borçluya masrafların tazmini talebi dışında bir talep hakkının tanınmadığını; zira temerrüde düşen alacaklının sadece bir hakkını kullanmamış olduğunu, bunun dışında ortada bir hukuka aykırılık ve dolayısıyla haksız fiilden söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁶⁶⁴.

⁶⁶³ EREN: s. 1079; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 969.

⁶⁶⁴ OSER/SCHÖNENBERGER: s. 706.

Diğer bir görüşe göre ise, borçlunun alacaklının kusurunu ispat etmesine gerek olmadan menfi zararının tazminini isteyebileceğini, zira alacaklının temerrüdü için kusur şartı bulunmadığını ileri sürmektedir⁶⁶⁵.

Bu konuda bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, borçluya uğradığı zararın tazmini imkânı tanınmamasının 94. maddede yapılan açık yollamaya aykırı düşeceğini; kaldı ki, BK 370/II maddesinde menfi zararın istenebileceğini hükme bağladığını ifade etmektedir. Fakat bunun için, alacaklının kusurlu olmasının şart olduğunu, sadece haksızlığın yeterli olmadığını eklemektedir⁶⁶⁶. Menfi tazminatın talep edilebilmesi için, BK m. 108/II gereğince, borçlunun kusurlu olması gerekir. Her ne kadar TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, alacaklının temerrüdünde, borçlunun alacaklının kusurlu olması şartı aranmaksızın, menfi zararını talep edebileceğini, zira alacaklının temerrüdü için kusurlu olmasının şart olmadığını ileri sürmüştü de, bunun yasal bir dayanağı yoktur. Kanunun yollama yaptığı maddede, açıkça kusur şartından söz edildiği için, burada yapılması gereken, yollama yapılan maddenin uygulanmasıdır. Dolayısıyla burada, kusur şartı arayan yazarların görüşüne katılmaktayız.

Nitekim Yargıtay da, eser sözleşmesine ilişkin vermiş olduğu kararlarında, sözleşmeden dönme hakkını kullanan yüklenicinin bu tazminat talebini haklı bulmuştur⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 846.

⁶⁶⁶ EREN: s. 983; aynı yönde TUNÇOMAĞ: Genel Hükümler, s. 775-776; FEYZİOĞLU: Genel Hükümler, s. 158.

⁶⁶⁷ "...Taraflar, kendilerine karşılıklı hak ve borçlar yükleyen eser sözleşmesinde yer alan kurallara uymak ve kendilerine düşen edimleri süresinde gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdürler. Davalı, düzenlenen sözleşme uyarınca işyerini davacıya teslim etmek, davacı da plan ve projeye uygun

Görüldüğü üzere, doktrinde alacaklının temerrüdü halinde, sözleşmeden dönmenin yanı sıra, ayrıca menfi tazminat isteme imkânının verilmemesi gerektiği yönünde, kabul edilemez görüşler bile mevcuttur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, kanunun sözleşmenin tarafları arasında eşit ve adil bir çözüm getirmesi için, ona sadece sözleşmeden dönme imkânı tanınması yeterli değildir. Bunun yanı sıra borçluya uğradığı her türlü zararın tazmini imkânı verilmelidir. SEROZAN'ın da haklı olarak belirttiği gibi, borçlunun, alacaklının temerrüdü sebebiyle sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda, uğrayacağı tek menfaati borçtan kurtulmak değildir. Borçlu ifayı gerçekleştirmekle çevresinde iyi bir isim yapacak, bu sayede yeni işler elde etme imkânına kavuşabilecektir. Ayrıca alacaklı tarafından sahneye çıkarılmamış bir sanatçının kaybı, aldığı veya alacağı para ile ölçülemeyeceği gibi⁶⁶⁸, sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanmakla haklarına kavuşabileceğini iddia etmek oldukça zordur.

Menfi zarar, bir sözleşmenin kurulduğuna, geçerli olduğuna veya ifa edileceğine duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan zararı ifade eder⁶⁶⁹. Menfi zarar, sözleşme hiç kurulmamış olsaydı, alacaklının uğramayacak olduğu zarardır. Bu tazminatla, alacaklının malvarlığı, sözleşmenin hiç yapılmamış olduğu duruma

biçimde betonarme işleri yapmakla mükelleftir. Davalı sözü geçen iş yerlerini davacıya teslim etmemiş, ...ve temerrüde düşmüştür...bu durumda davacıya sözleşme hilafına iş vermekten kaçınan ve olayda kusurlu olduğu saptanan davalı, davacının bu yüzden uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür...” Yarg. 15. HD'sinin 08.03.1976 tarih ve E. 5037, K. 973 sayılı kararı, bkz. DAYINLARLI: s. 100-101, dipnot 235.

⁶⁶⁸ SEROZAN: s. 349.

⁶⁶⁹ EREN: 1079; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 855.

getirilmek amaçlanır. Başka bir anlatımla, menfi zarar, alacaklının malvarlığının sözleşmeden önceki ve dönmeden sonraki durumu arasındaki farktır⁶⁷⁰.

Menfi zararın kapsamına, dönülen sözleşme ile uygun nedensellik bağı bulunan bütün zararlar girer. Menfi zarar, müspet zararda olduğu gibi, fiilî zarar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kârdan (*iucrum cessans*) oluşur⁶⁷¹. Bu zararların nelerden ibaret olduğunu açıklamadan önce, şunu belirtmek gerekir ki, bu kapsama giren bütün zararları tek tek saymak mümkün değildir⁶⁷².

Doktrinde genel olarak, şu zararların fiilî zarar olduğu kabul edilir: Sözleşmenin yapılması için harcanan paralar ve yapılan masraflar; sözleşmenin karşılıklı olarak ifa edileceği düşüncesi ile yapılan masraflar; karşı tarafı temerrüde düşürmek için yapılan ihtar masrafları; sözleşmenin ifa edileceğine duyulan güven sebebiyle, edimin kabulüne yönelik yapılan masraflar; dönme nedeniyle üçüncü şahıslarla yapılan sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle, ödenen tazminat ve cezaî şartlar; aslî edim konusu şey veya paranın verilmemiş olsaydı, bunlardan elde edilecek tabii ve hukukî semereler⁶⁷³.

Yoksun kalınan kâr, menfi zarar kapsamında talep edilebilecek zararlardandır. Buna aynı zamanda, “kaçırılan fırsatlar” da denmektedir. Yoksun kalınan kâr, geleceğe ilişkin farazi bir zarardır; bu yönüyle de, ispatı zordur. Fakat bunun hesabında, prensip olarak, dönülen sözleşmeden elde edilmesi umulan kâr

⁶⁷⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 964; EREN: s. 1079; BUZ: s. 240-241.

⁶⁷¹ EREN: s. 1079; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 856; BUZ: s. 243.

⁶⁷² BUZ: s. 243.

⁶⁷³ EREN: s. 1079-1080; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 856-857; ÖNEN: Borçlunun Temerrüdü, s. 95-96; BUZ: s. 243-245.

dikkate alınır⁶⁷⁴. Yoksun kalınan kâr, genellikle dönülen sözleşme sebebiyle, başka bir sözleşme yapılması fırsatının kaçırılmasından ötürü uğranılan zarardır. Bu sebeple uğranılan zarar özellikle iki şekilde gerçekleşir: Alacaklı bazen sözleşmeden dönme sebebiyle, aynı türden bir sözleşmeyi başka şahıslarla yapmasından ötürü, daha fazla bir bedel ödemek zorunda kalabilir; bazen de sözleşmeden dönme sebebiyle, aynı tür sözleşmeyi başka kişilerle yapma imkânı büsbütün ortadan kalkabilir⁶⁷⁵.

Zararın tespitinde esas alınacak tarih, sözleşmeden dönme anı değil, hüküm tarihidir. Menfi zararın talebi, sözleşmeden doğan bir talep olduğu için BK m. 125 gereğince, on yıllık zamanaşımına tabidir⁶⁷⁶.

Sözleşmeden dönen taraf, ayrıca gecikme zararını isteyemez; zira bu zarar sadece ifanın geç yapılması durumunda talep edilebilir. Sözleşmeden dönme halinde, ortada ifa edilebilecek bir borç söz konusu olmaz⁶⁷⁷.

§ 12. DİĞER İFA ENGELLERİ

I. GENEL OLARAK

Borçlar Kanununun 95. maddesinde, alacaklının temerrüdü söz konusu olmaksızın, borçlanılmış edimin ifasına engel olan iki durum öngörülmüştür. Bu düzenlemede öngörülen durumlarda, borçlunun alacaklıyı temerrüde düşürmesine imkân yoktur; fakat bu durumlarda borçlu, alacaklının temerrüdüne ilişkin

⁶⁷⁴ EREN: s. 1080.

⁶⁷⁵ ÖNEN: Borçlunun Temerrüdü, s. 96; BUZ: s. 246, 249-250.

⁶⁷⁶ EREN: s. 1081.

⁶⁷⁷ EREN: s. 1081.

hükümlerden yararlanabilecektir⁶⁷⁸. Bu konu, çalışmamızın temel konusunu teşkil etmediğinden, ayrıntılı açıklama yerine, ana hatları üzerinde durulacaktır.

Bu maddeye göre, verilecek şey ya da yapılacak iş, alacaklıya veya temsilcisine, kişisel sebeplerle teklif edilemezse veya borçlunun kusuru olmaksızın, alacaklının şahsında tereddüt olunursa, borçlu, alacaklının temerrüdünde olduğu gibi, o şeyi tevdi etme veya sözleşmeden dönme hakkına sahip olur.

Bu düzenlemede, borçlunun, alacaklının temerrüdüne göre, edimi tevdi etme veya sözleşmeden dönme hakkından söz edilmiş; fakat satış hakkından söz edilmemiştir. Acaba kanun, borçluya bu hakkı tanımak istememiş midir? ARSLANLI ve SEROZAN'a göre, maddede satış ve bunun sonucunda elde edilen parayı tevdi hakkından söz edilmemekte ise de, bu yolun da borçlu lehine açık tutulduğunun kabulü gerekir⁶⁷⁹. Gerçekten de, alacaklının temerrüde düşmesi durumunda, borçluya borçtan kurtulma imkânı veren kurumların hangisinin uygulanacağı, kanundaki düzenlemeler dikkate alındığında, edimin niteliğine göre belirlenmektedir. Borçlunun bunlardan dilediğini seçme özgürlüğü yoktur. Dolayısıyla edim konusu tevdi elverişli olmayan veya çabuk bozulabilecek nitelikteki bir verme borcu ise, borçlunun tevdi yoluna başvurması mümkün değildir. Fakat bu nitelikteki bir edim için, satış yoluna başvurmak kanunun amacına uygun düşecektir. Hatta borçlu bu durumda, kanunun söze dayalı yorumundan yola çıkarak, dönme hakkını da kullanamaması gerekir. Elbette bu görüşümüzün sebebi, yürürlükte olan hukuk bakımındandır. Yoksa borçlunun, her durumda sözleşmeden dönme hakkına sahip olması, savunduğumuz temel görüştür.

⁶⁷⁸ SEROZAN: s. 354; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 849.

⁶⁷⁹ ARSLANLI: s. 527; SEROZAN: s. 354.

Aşağıda sayılacak sebeplerin varlığı durumunda, borçlunun alacaklıyı temerrüde düşürmesi ve bu yolla alacaklının temerrüdü hükümlerinden yararlanması mümkün değildir. Daha önce de ifade edildiği üzere, alacaklının temerrüdünün gerçekleşmesi konusunda, kusur şartına yer verilmemiştir. Kusur şartına yer verilmemiş olması, sadece alacaklının edimi kabul etmemesi durumunda temerrüde düşmesini sağlar. Başka bir anlatımla, alacaklı, sadece objektif sebeplerle kabul etmeyi reddettiğinde, temerrüde düşmekten kurtulur. Bu ise, birçok durumlarda, özellikle aşağıda sayılan hallerde, hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olur. Bu gibi sakıncaları önlemek amacıyla, Türk-İsviçre Hukuku ve Alman Hukukunda (BGB § 372 ikinci cümle), alacaklının temerrüde düşmeyeceği kabul edilmiş; fakat borçlunun da çıkarlarının zedelenmesinin önüne geçmek amacıyla, bu gibi durumlarda, borçlunun, alacaklının temerrüdü hükümlerinden yararlanması, başka bir ifadeyle, bu yollara başvurabilmesi imkânı kabul edilmiştir.

Bu konu, BGB 372. paragrafın ikinci cümlesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “Aynı durum (tevdi yolan başvurulabilme), alacaklının şahsında var olan nedenlerle veya kusura dayalı olmayan alacaklının şahsı konusundaki belirsizlik sonucu, borçlunun, bağımlılığından kurtulamadığı ya da güven içinde borcunu ifa edemediği durumlar için de geçerlidir.”.

Bu sebepleri, Türk-İsviçre Hukuku ve Alman Hukukundaki düzenlemeleri göz önünde tutarak, şu başlıklar altında toplamak mümkündür:

II. ALACAKLININ ŞAHSINDAN KAYNAKLANAN NEDENLER

Bu ifa engeli, alacaklının şahsına ilişkin bir sebepten doğmalıdır. Örneğin alacaklı ifa yerinde hazır değildir, alacaklı kaybolmuştur, alacaklının ikametgâhı bilinmemektedir, fiil ehliyetinden yoksundur veya sınırlı ehliyetlidir fakat yasal

temsilcisi yoktur ya da alacaklı sıfatını ispat edememektedir⁶⁸⁰. Bu sebeplerle borçlu, borcunu ifa edememektedir. Bu ifa engelinin sonuçlarına, bu durumun oluşmasına hiçbir şekilde sebebiyet vermemiş borçlu değil; ifa engeli kendi etki alanında gerçekleşen alacaklı katlanmalıdır.

Alman Hukukunda, alacaklının geçici olarak kabule engelli olduğu durumlar, bu hükmün kapsamı dışında tutulmuş ve ayrıca hükme bağlanmıştır. Geçici kabul engelinin olduğu durumlarda, alacaklı hem temerrüde düşmeyecek, hem de bu durumda borçlu, tevdi yoluna başvuramayacaktır.

III. KUSURA DAYALI OLMAYAN ALACAKLININ ŞAHSINDAKİ BELİRSİZLİK

Eğer borçlu, ihmali olmaksızın, alacaklının şahsında tereddüt ediyorsa, yani alacaklının alacaklılık sıfatında bir belirsizlik, şüphe varsa ve bu sebeple borcunu güven içinde ifa edemiyorsa, bu durumda da, alacaklının temerrüdü hükümlerine göre, edimi tevdi edebilecek veya diğer imkânlardan yararlanabilecektir.

A. Alacaklının Şahsında Tereddüt Olmalıdır

Alacaklının şahsındaki belirsizlik, sözleşmenin kurulduğu sırada da mevcut olabilir. Örneğin, alacaklı lehine hareket eden kişi, sözleşmeyi kimin için yaptığını bilmiyorsa ya da zarar gören eşyanın maliki olarak birden fazla kişi söz konusu ise, alacaklının kim olduğu konusunda belirsizlik söz konusu olabilir. Bunun yanı sıra, sözleşme kurulduktan sonra da, alacaklının şahsında belirsizlik söz konusu olabilir. Örneğin, ölen alacaklının mirasçıları belli değilse, durum böyledir. Alacaklının şahsındaki şüphe veya tereddüt, objektif nitelikte olmalıdır. Alacaklının şahsındaki

⁶⁸⁰ REBMANN/SAECKER: MünchKomm, s. 1165-1166; ESSER/SCHMIDT: s. 300.

tereddüdün neye dayandığı önemli değildir. Bu tereddüt, bir hukukî işlemin yorumundan, sonuçlarından veya başka hukukî sorunlardan kaynaklanabilir. Önemli olan husus, bu tereddüdün objektif nitelikte olması ve ifa zamanında mevcut olmasıdır. Sonradan tereddüdün ortadan kalkması durumu değiştirmez⁶⁸¹.

Yukarıda sayılan örneklerle paralel olarak hukukumuz bakımından şu örnekler de sayılabilir: örneğin alacağın temlikinden (m. 167) veya mirastan doğan bir dava vardır; taşıma sözleşmelerinde (m. 435); (m. 442 ve 444); anonim ortaklıkların tasfiyesi (TTK 451); kıymetli evraka ilişkin bazı durumlarda (TTK. m. 744, 759, 791, 799, 827 bent 6 ve 10, 857) bu belirsizlikten söz etmek mümkündür.

B. Tereddüt Alacaklının Şahsına İlişkin Olmalıdır

Farklı hukukî sebeplere dayanarak birden çok alacaklı, borçludan ifayı talep ediyorlarsa, örneğin satıcı satım sözleşmesine dayanarak iadeyi talep ediyor, başka bir şahıs da malik sıfatıyla, malının çalındığını ve kendisine iadesini talep ediyorsa, tereddüt, alacaklının şahsına ilişkin değildir⁶⁸².

C. Borçlu Tereddüde Düşmede Kusurlu Olmamalıdır

Belirsizlik borçlunun kusurundan doğmamış olmalıdır, yani borçlu her türlü incelemeyi yapmalıdır. Bu inceleme hem maddi yönden hem de hukukî yönden yapılmalıdır. Borçlu, alacaklının şahsındaki şüpheyi kendisi yaratmışsa veya bu konuda gerekli incelemeyi yapmamışsa, bu hükümlerden yararlanamaz⁶⁸³.

Bu gibi durumlarda, dürüstlük kuralı ve borçluyu edimle sürekli bir biçimde yükümlü tutmanın ondan beklenemezliği (*Unzumutbarkeit*) sebebiyle, borçluya

⁶⁸¹ BÜREN: s. 420; REBMANN/SAECKER: MünchKomm, s. 1166; ESSER/SCHMIDT: s. 300.

⁶⁸² REBMANN/SAECKER: MünchKomm, s. 1166; ESSER/SCHMIDT: s. 300.

⁶⁸³ REBMANN/SAECKER: MünchKomm, s. 1167.

alacaklının temerrüdündeki üç imkân tanınmıştır. Bu durumlarda borçlu, ya edimi tevdi edecek, koşulları varsa satış sonucu elde edilen bedeli tevdi edecek ya da sözleşmeden dönebilecektir⁶⁸⁴.

Bu ihtimalde alacaklının borçluya karşı bir tazminat sorumluluğu söz konusu değildir. Borçlunun sözleşmeden dönme hakkı, sadece yapma edimleri için değil, verme edimlerinde de başvurabileceği bir imkândır⁶⁸⁵.

§ 13. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN SONA ERMESİ

Alacaklının temerrüdünün sona erme nedenlerinden biri, ifadır. Borç ifa edilmekle temerrüt sona erer. Yani alacaklının ifayı kabul etmesi, kendi temerrüdüne son verir⁶⁸⁶.

Borcu sona erdiren diğer sebeplerin varlığı halinde de, alacaklının temerrüdü sona erer. Fakat bu durumda, önceki temerrüt sebebiyle borçlunun elde ettiği haklar (örneğin masrafları talep hakkı gibi) sona ermez⁶⁸⁷.

Alacaklının temerrüdü, her şeyden önce borçlunun vazgeçmesi ile sona erer⁶⁸⁸. Vazgeçmenin açık bir şekilde yapılması zorunlu değildir. Örneğin ifa zamanı geldiği halde, borçlunun daha ileri bir tarih konusunda alacaklı ile anlaşması, onun alacaklıyı temerrüde düşürmek konusunda vazgeçtiğine ilişkin bir zımni irade beyanı olarak kabul edilmek gerekir⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ SEROZAN: s. 354.

⁶⁸⁵ SEROZAN: s. 355.

⁶⁸⁶ MATTHIAS: s. 202.

⁶⁸⁷ MATTHIAS: s. 202.

⁶⁸⁸ MOMMSEN: s. 337-343; KOCH: s. 84.

⁶⁸⁹ KOCH: 84.

Alacaklı tarafından, alacağı kabule hazır olduğuna yönelik yapacağı ihtar (interpellation) da alacaklının temerrüdüne son verir. Fakat burada yapılacak ihtarın tek başına bir anlamı yoktur. Bunun için alacaklı, borçlunun o ana kadar oluşan zararını karşılayacağını da teklif etmesi şarttır. Bu şekilde yapılan bir ihtarla alacaklı, borcun ifasına yönelik engeli ortadan kaldırmış sayılır. Bu ihtardan sonra borcun ifa edilmemesi onun kusuruna dayanmaz⁶⁹⁰.

Borçlu tarafından usulüne uygun olarak yapılan tevdi, satış sonucu elde edilen bedelin tevdi ve Roma Hukukunda malın terki de borçluyu borçtan kurtardığı için, bu andan itibaren alacaklının temerrüdü sona erer⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ BERNSTEIN: s. 50; KOCH: s. 84; MATTHIAS: s. 202; SCHWIND: s. 277.

⁶⁹¹ BERNSTEIN: s. 50; KOCH: s. 84.

SONUÇ

Bu çalışmada, alacaklının temerrüdü konusunda varılan temel sonuçları, özetle şu şekilde ortaya koymak mümkündür:

Alacaklının temerrüdü, Roma Hukukunda borçlunun temerrüdü ile eş kurumlar olarak kabul edilmişti. Her iki temerrüt türünün ortak özelliği, borcun ifasındaki gecikme ile ilgili olması, temerrüde rağmen borcun ifasının mümkün olması ve her ikisinin de kusur temeline dayalı olmasıdır.

Pandekt hukukunda ortaya çıkan ve Alman Hukuku ve Türk-İsviçre Hukukuna da egemen olan yeni alacaklının temerrüdü kurumu, kusur şartından vazgeçmedeki dayanakları yönünden çok tatmin edici olmadığı gibi, Borçlar Hukukunun genel teorisi içinde de tutarlı bir yere oturtulamamıştır.

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, alacaklının temerrüdünün kusur şartına bağlanamayacağının gerekçesi olarak ileri sürülen, edimi kabul hakkı ilkesi tatmin edici değildir. Alacaklının edimi kabul hakkının varlığına ve bu ilkenin istisnasız olduğu görüşündeyiz.

Gerçekten de edimi kabul, alacaklı yönünden sadece bir haktır; hiçbir şekilde alacaklının bir yükümlülüğü olamaz. Alacaklının edimi kabulünün bir borç veya yükümlülük oluşturacağı düşüncesi, borç kavramının mantığına da aykırı düşer. Bu konuda, kanunda açıkça kabul yükümlülüğünden söz edilen durumların, hiçbir şekilde, alacaklının edimi kabul hakkıyla bir ilgisi olmadığı düşüncesindeyiz. Örneğin satım sözleşmesindeki alıcının teslim alma yükümlülüğü (kabz), faizli karz sözleşmesinde veya eser sözleşmesindeki benzer yükümlülükler, alacaklının edimi kabul hakkının bir istisnasını teşkil etmez. Burada sözü edilen yükümlülükler, sözleşmenin bir tarafı olarak borçluya yükletilen yükümlülüklerdir. Bu yönüyle

kavramların doğru kullanılması, hataya düşmemenin temel şartıdır. “Alıcının” bu yükümlülüğü, “alacaklının” yükümlülüğü şeklinde anlaşılmamalıdır. Alıcı, karşılıklı sözleşmenin bir tarafı olarak, aynı zamanda borçludur; o borçlu olduğu için satılanı teslim almakla yükümlüdür. Hiçbir şekilde, alacaklı olarak böyle bir borcun yükümlüsü değildir. Edimi kabul borcu, sadece kanunda sayılanlarla sınırlı da değildir; bu yükümlülük, bütün karşılıklı sözleşmeler bakımından söz konusudur. Kanun üç sözleşme türü bakımından açıkça bu yükümlülüğün söz etmiş ise de, bu diğer sözleşmeler bakımından bu yükümlülüğün söz konusu olmadığını göstermez. Diğer karşılıklı sözleşmelerde de, bu yükümlülükler vardır; fakat bunlar yönünden kanun gerekli ve yeterli yaptırımı kendi içinde gösterdiği için, ayrıca sayma ihtiyacı duymamıştır. Dolayısıyla satım sözleşmesinde alıcı, faizli karz sözleşmesinde ödöncü alan taraf, eser sözleşmesinde iş sahibi, alacaklı olarak kabule borçlu veya kabul yükümlüsü değildir; onlar karşılıklı sözleşmede aynı zamanda borçlu oldukları için kabule yükümlüdürler. Alıcının teslim alma borcunun hukukî niteliği konusunda yapılan tartışmaların da, alacaklının edimi kabul borcunun varlığı veya yokluğu çerçevesinde yapılan tartışmalar şeklinde algılanması da doğru değildir. Yani sadece kabz borcunun hukukî niteliği konusunda yapılan tartışmaların, genelleştirilmesi ve bunun alacaklının edimi kabul borcu şeklinde değerlendirilmesi yanlıştır. Alacaklı, borç ilişkisinin tanımı ve özü gereği edimi kabul konusunda sadece bir hakka sahiptir ve bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Aksi halde bir borç ilişkisinde hem alacaklının hem de borçlunun yükümlülüğü söz konusu olurdu ki, bu durumda kimin alacaklı, kimin borçlu olduğunu tespiti de imkân kalmazdı.

Borç ilişkisinde, borcun ifası, temelde borçlunun yükümlülüğündedir. Borçlunun, bağından, zincirinden (vinculum) kurtulmada bir menfaati vardır.

Borçlunun borcunu tek başına ifa edebileceği durumlarda, alacaklısına ihtiyacı yoktur. Bu gibi durumlarda, o tek başına borcunu ifa etmelidir. Bu gibi durumlarda, aslında alacaklının katılımına da ihtiyaç duyulmadığından, alacaklının temerrüdü söz konusu olmaz. Özellikle yapmama borçları bakımından durum böyledir.

Alacaklının katılımına ihtiyaç duyulan verme ve yapma borçları bakımından, çoğunlukla alacaklının işbirliğine ihtiyaç duyulur. Alacaklı bu gibi durumlarda, borcun ifasına katılmaktan kaçınmaz. Bu gibi durumlar, alacaklının bir yükümlülüğünü oluşturmaz; zira alacaklı edimi kabule yükümlü değildir. Fakat alacaklının burada başka bir yükümlülüğü söz konusudur: borçlusuna zarar vermeme yükümlülüğü. Yine bu konuda kavramsal seçimlerin önemine dikkat çekmek gerekir. Alacaklı ifayı kabule veya borçluyu borçtan kurtarma konusunda bir yükümlülüğe sahip değildir; fakat o, genel bir davranış yükümlülüğü kapsamında, genelde bir başkasına özelde ise, borçlusuna zarar vermeme yükümlülüğü kapsamındadır (*neminem laede!*). Bu yükümlülüğün pozitif hukuktaki dayanağı, çok belirgin bir şekilde dürüstlük kuralıdır. Alacaklının temerrüdünün kusur şartına bağlanabileceği dayanak da işte budur: Borçluya zarar vermeme yükümlülüğü.

Fakat alacaklının borcun ifasına katılım yükümlülüğü, Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında, zararı tazmin yükümlülüğü yüklemeyen bir ödev (*Obliegenheit*) olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda borçluya, sadece temerrüt sebebiyle yaptığı masrafların tazminini talep hakkı tanınmıştır. Daha açık bir anlatımla, alacaklının temerrüdü, kusur şartına bağlı kılınmamış, onun sadece edimi kabul etmemesi veya edimi kabul konusunda katılım eylemini yapmaması yeterli sayılmıştır.

Oysa alacaklının temerrüdünde kusur şartı aranması daha adil sonuçlar doğuracak ve Borçlar Hukuku içinde daha tutarlı bir kurum olarak yer etmesini

sağlayacaktır. Bu durum, aynı zamanda borçlu bakımından da daha adil sonuçlar doğuracaktır. Borçlu sadece yaptığı masrafların tazminini değil, menfi zararının tazminini de talep edebilecektir.

Alacaklının temerrüdü, Alman Hukukunda açıkça kusur şartına bağlı kılınmamıştır. İlgili paragrafların hiçbirinde alacaklının kusurundan veya kusur şartından söz edilmemektedir. Fakat şu husus yanlış anlaşılmamalıdır: Kanundaki ifadeler değerlendirilirken, açıkça “kusur” kelimesini aramamak gerekir. Kusur şartı, daha ziyade hukuka aykırılık şeklinde formüle edilir. Bu çerçevede de BGB kusur şartına yer vermemiş ve bundan titizlikle kaçınmıştır.

Fakat Türk-İsviçre Hukuku bakımından aynı şeyi rahatlıkla söylemek mümkün değildir. Özellikle kanunda geçen “muhtemelen bir sebep olmaksızın” (BK m. 90/ OR m. 91) ifadesi, bu konuyu tartışılır kılmaktadır. Bir kere şunu belirtmek gerekir ki, doktrin ve uygulamada, tartışmasız bir şekilde alacaklının temerrüdünün kusur şartına bağlı olmadığı ifade edilmektedir ve bu konuda ittifak vardır. Fakat kusur şartına bağlı olmayan bir kurumun içinde “muhtemelen bir sebep olmaksızın” ifadesinin yeri ve anlamı nedir? Yazarların tamamı, bu hususu tartışmasız bırakmışlar ve sadece bu ifadenin “kusur” şartı anlamına gelmeyeceğini; zira alacaklının temerrüdü için kusurun şart olmadığını ifade etmekle yetinmişlerdir. Oysa kusur ile ifade edilen şey, hukuka aykırılıktan başka bir şey değildir. “Haklı bir sebep olmaksızın” ifadesine ne gibi bir anlam yüklenebilir? Çok tuhaftır ki, “haklı sebep olmaksızın” kavramı, hiçbir dayanağı olmamasına rağmen, sadece bu konuda farklı bir kimliğe büründürülmüştür. Örneğin kanunun ifadesini bir tarafa bırakırsak, ağır bir hastalığı sebebiyle edimi kabul edemeyen alacaklının temerrüde düşeceği, zira bunun objektif nitelikte bir sebep olmadığı kabul edilmektedir. Geçirdiği ağır bir

trafik kazası sebebiyle edimi kabul edemeyen alacaklının bu mazereti haklı bir sebep değilse, haklı sebep kavramının yeniden tanımlanması gerekir. Sadece objektif nitelikteki sebepleri (deprem, savaş vb.) haklı sebep kabul edip, kişisel sebepleri kabul etmemenin, en azından Türk-İsviçre Hukuku bakımından yasal bir dayanağı yoktur. BGB’de konuya ilişkin hiçbir paragrafta “haklı bir sebep olmaksızın” şeklinde bir ifadeye rastlanmamaktadır; zira orada bu seçim bilinçli yapılmıştır.

Alacaklının ifaya katılmamasının bir ödev olarak görülmesi çerçevesinde, ona bir yükümlülük yükletilmemiş, sadece borçlunun sorumluluğunun azaltılması ve ona borçtan kurtulma yönünde imkânlar tanınması yoluna gidilmiştir. Bu yönüyle kanun koyucu, sözleşmenin tarafları arasında, alacaklı lehine adaletsiz bir düzenleme yapmıştır.

Borçlu, sözleşmenin gereğini yerine getirmedğinde, örneğin borcunu zamanında ifa etmediğinde, alacaklıya birçok imkân tanınmaktadır. Alacaklı bu durumda sözleşmeden dönebilmekte, uğradığı zararların tazminin ve edimin ifasını talep edebilmektedir. Buna karşılık alacaklı, edimi kabul etmemek veya ifa için gerekli katılım hareketlerini yapmamak suretiyle, borcun ifasını geciktirdiğinde veya engellediğinde, borçluya bu haklar tanınmamakta, aksine başka yönde ağır yükümlülükler getirilmektedir. Borcun konusunun verme borcu olduğu durumlarda, borçlu edimi tevdi, şayet edim bozulacak türden veya muhafazası masraflı ise, satış ve satış üzerinden elde edilen bedeli tevdi mecbur tutulmaktadır. Gerçi yasada açıkça böyle bir yükümlülük hükme bağlanmamıştır. Fakat bu yola başvurmamanın sonuçları olarak hükme bağlanan hususlar, bizi tevdi ile satış sonucu elde edilen bedelin tevdiinin fiili olarak bir yükümlülük getirdiğini kabule zorlamaktadır. Sayılan bu iki yöntemin, şartları ve yöntemi dikkate alındığında, borçlu bakımından

açık haksızlıklar içerdiği görülmektedir. Borçlu, çok ağır prosedürlere başvurmak ve masraflar yapmak suretiyle, malı tevdi etmek veya satış yoluna başvurmak zorunda bırakılmaktadır. Bu durum, borcunu ifa etmeye hazır ve istekli olan dürüst bir borçluya, kanun aracılığıyla, alacaklının keyfi bir davranışla zarar verebilmesinin tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Oysa kanunun böyle bir sonuca zemin teşkil etmemesi gerekir.

Yapma borçları bakımından başvurulması mümkün olmayan bu iki yola, kanun borçluya dönme hakkı tanımak suretiyle hakkaniyete uygun bir sonuç getirmek istemiştir. Fakat bunu yaparken, bu kez borçlular arasında başka bir haksızlığa sebep olmuştur. Verme borçluları, tevdi ve satış yöntemine başvurmak zorunda bırakılmakta, uğradıkları zararın tazminini talep edememekte iken, yapma borçluları sözleşmeden dönme yolunu seçerek, uğradıkları menfi zararın tazminini talep edebilmektedirler. Bu haksız sonuçların temelinde de, esasında alacaklının temerrüdünün kusur şartından bağımsız düşünülmesinin büyük rolü vardır.

“Tevdi” ile “satış ve satış sonucu elde edilen bedelin tevdi” gibi iki temel yolun geneldeki haksız sonuçları bir tarafa bırakılsa bile, Türk-İsviçre Hukukunda, bu iki yola ilişkin düzenlemelerde çok belirgin eksiklikler göze çarpmaktadır. Bu konuda ilgili başlık altında ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, Alman Hukuku model alınabilir. Alman Hukukundaki düzenlemeler, daha kapsamlı ve tatmin edicidir. Özellikle tevdi ilişkisinin bir kamu hukuku ilişkisine dönüştürülmesi ve prosedürünün basitleştirilmesi, borçlunun haklarının korunmasına hizmet edecek ve daha güvenceli bir yol olacaktır. Borçlu, günlerce ve hatta haftalarca tevdi veya satış gibi yollara başvurmak zorunda bırakılmamalıdır; bu her şeyden önce tarafların eşitliği ilkesine ve dolayısıyla hakkaniyete aykırıdır. Borçluya genel bir dönme

hakkının tanınması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Borçlunun menfaatini, alacaklının menfaatinden daha önemsiz gösterebilecek nitelikte hiçbir somut gerekçe yoktur. Alacaklıya tanınan haklara paralel haklar borçluya da tanınmak zorundadır.

Hazırlanan yeni Borçlar Kanunu Tasarısına da değinmek gerekir. Doktrinde ve yargısal içtihatlarda, uzun bir süredir dile getirilen ve bu çalışmada da yer verilen tartışmalı ve eksik yasal düzenlemelerin hiçbirine tasarıda yer verilmemiştir. Alacaklının temerrüdü konusunda, yürürlükteki kanunun konuya ilişkin maddeler sadeleştirilmiş ve kavramlar Türkçeleştirilmiştir. “Alacaklının direnimi” kenar başlığıyla 105. maddede koşulları sayılmış, 106-109. maddelerinde hükümleri düzenlenmiş ve 110 maddede diğer ifa engellerine yer verilmiştir. Kısaca tasarı bu konudaki haliyle, yürürlükteki kanunun tekrarından çok da fazla öteye geçememiştir.

Sonuç olarak şunu ifade etmek isteriz ki, alacaklının temerrüdü konusunda benimsenen yeni yaklaşım, gerek teorik olarak gerekse uygulamada ortaya çıkardığı sonuçlar itibariyle, yanlış bir temele dayalıdır. Burada doğru olan yol, tekrar bu kurumun asli kaynağı olan Roma Hukukundaki şekline dönüşten başka bir şey değildir. Alacaklının temerrüdünün yeniden tanımlanması ve kusur teorisi içinde değerlendirilmesi gerekir.

ÖZET

Alacaklının temerrüdü (*mora creditoris*), borçlar hukukundaki birçok kurum gibi, kökenini Roma hukuku'nda bulmaktadır. Roma hukuku'nda alacaklının temerrüdü, borçlunun temerrüdü (*mora debitoris*) ile birlikte ele alınmış ve bu iki kurum, birbirinin ikizi olarak adlandırılmıştı. Roma hukuku'nda her iki temerrüt türü de, kusur temeline dayandırılmış ve bir sözleşme ihlali olarak düzenlenmişti. Alacaklının temerrüdü kurumu, Roma hukuku'nda kabul edilen şekliyle, kendi içinde çelişki içermeyen bir şekilde, kusur temeline dayandırılmış ve uygulanmıştı.

Ancak Pandekt hukukunda bu kurum, kusur teorisinin dışına çıkarılarak, yeniden tanımlanmıştır. Bu sonucu doğuran temel düşünce, alacaklı yönünden edimi kabulün sadece bir hak olduğu, bir borç oluşturmadağı görüşünün ortaya çıkmasıdır. Bu düşünceye göre, edimi kabulle yükümlü tutulamayacak olan alacaklının herhangi bir kusurundan söz edilemez.

Bu görüş, yeni ve farklı bir alacaklının temerrüdü kurumu ortaya çıkarmıştır. Bu yeni kurum, BGB'yi hazırlayanlar tarafından da kabul görmüş ve bu sayede Alman Medeni Kanununa yerleşmiş, oradan da diğer kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerine yayılmıştır.

Türk-İsviçre ve Alman hukukunda kabul edilen şekliyle bu kurum, kusur şartı dışında, şartları ve hukukî sonuçları itibariyle, Roma hukuku'nun genel bir tekrarından ibaret olarak varlığını sürdürmektedir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde, Roma Hukuku'nda ortaya çıkan alacaklının temerrüdü kurumunun kavramsal çerçevesi çizilecek ve bu geçirdiği değişimin yerinde olup olmadığı incelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde, alacaklının temerrüdünün varlığı için gerekli şartlar, ayrıntılı olarak incelenecektir.

Üçüncü bölümde ise, alacaklının temerrüdünün hukukî sonuçları temel olarak incelenecektir. Bunun yanı sıra, alacaklının temerrüdünün hükümlerinin uygulanacağı diğer ifa engelleri ve alacaklının temerrüdünün sona ermesi, ayrıntıya inilmeksizin incelenecektir.

Bu incelemede, alacaklının temerrüdünün şartları ve hükümleri incelenirken, Roma Hukuku, Türk-İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku ağırlıklı olarak ele alınacaktır. Ayrıca Fransız Hukuku ve İngiliz Hukuku gibi bu konuda farklı bir yaklaşım benimsemiş hukuklar da ele alınacaktır. Ayrıca ilgili başlıklar altında ortak hukuk yaratma çabaları çerçevesinde, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri, Unidroit İlkeleri ve Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi (CISG) de, ilgili olduğu ölçüde, birlikte değerlendirmeye çalışılacaktır.

ABSTRACT

Mora creditoris, as in many institutions in law of obligations, takes its roots originally from Roman Law. The mora creditoris was handled together with the mora debitoris and both institutions were called as the twin of each other. Both kinds of the delays in Roman Law were based on fault and consequently were regulated as breach of contract. The institution of mora creditoris, as accepted in Roman Law, was based on fault and then applied in a way that contains no contradiction within itself.

However, this institution in law of Pandekt was redefined through taking it out of the sphere of the theory of fault. The main thought yielding this result was that; the acceptance of the performance on the part of the creditoris was only a right but not a matter of creating debt. According to this consideration, the creditoris who cannot be supposed to be liable to the acceptance of the performance cannot be considered of any faults.

This view has formed a new and different mora creditoris institution. This new institution has been accepted by those who prepared BGB as well and thanks to this it has been placed in civil law in Germany and spreaded to other European countries from there.

This institution as accepted in Turkish-Swiss and German law, survives as a form consisting of a repetition of Roman Law, apart from the fault, in terms of its conditions and legal results

In the first chapter of this study, the conceptual outline of the institution of the mora creditoris appeared in Roman Law is to be marked and whether this change is appropriate or not is to be studied.

In the second chapter of the study, the required conditions for the existence of the mora creditoris are to be studied in detail, within the terms of the existing legal arrangement.

In the third chapter, the legal results of the mora creditoris are to be studied basically. In addition to this, other performance barriers to which the mora creditoris provisions are to be applied and the ending of the mora creditoris are to be studied without detail.

In this study, while examining the conditions and provisions of the mora creditoris, Actio, Turkish-Swiss law and German law are to be handled predominantly. Furthermore, laws which espouse a distinct approach such as French law and British law are to be discussed as well. Besides, within the framework of the efforts to create a common law under the relevant topics, The principles of European conventional law, Unidroit Principles and Convention on International Sale of Goods (CISG) are tried to be discussed to the extent concerned.